

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

### **DIRETOR**

António Pinto Monteiro

### **CONSELHO DE REDAÇÃO**

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

### **DESIGN GRÁFICO**

Ana Paula Silva

### **CONTACTOS**

[cdc@fd.uc.pt](mailto:cdc@fd.uc.pt)

[www.cdc.fd.uc.pt](http://www.cdc.fd.uc.pt)

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

### **ISSN**

1646-0375

### **DEPÓSITO LEGAL**

151684/00

© SETEMBRO 2018

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

---

**DOCTRINA**

---



ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA

Consumer protection online, in special the expected changes to e-commerce from s-commerce, vr-commerce and ar-commerce

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM

Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição

ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ

La sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 20 de diciembre de 2017 (caso uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa

JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA

Política de concorrência, auxílios de estado e direitos dos consumidores

JOÃO PEDRO LEITE BARROS

O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro

JORGE MORAIS CARVALHO

O conceito de consumidor no direito português

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Responsabilidade civil do produtor e nexos de causalidade: breves considerações

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Obrigação geral de segurança e responsabilidade civil

PAULO DUARTE

Obrigações de dinheiro (obrigações monetárias) e obrigações de bitcoins

PEDRO FALCÃO

Wap billing: problemas e soluções

SANDRA PASSINHAS

O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação



## APRESENTAÇÃO

Cá estamos, uma vez mais, a dialogar com os nossos prezados Leitores. E a razão é importante. Conhece a luz do dia um novo volume dos nossos “Estudos de Direito do Consumidor”. É já o n.º 14!

O elenco de temas é importante, variado e actual, predominando, em todo o caso, como é natural, a tónica do direito do consumidor. Também como habitualmente, os artigos são subscritos por qualificados juristas, tanto portugueses — da FDUC e da FDUNL — como estrangeiros, de Espanha e do Brasil. E proporcionamos, ainda, a oportunidade a jovens juristas de se darem a conhecer com os seus estudos. A todos o nosso apreço e agradecimento.

Como sempre, é com a esperança de proporcionarmos aos nossos Leitores um trabalho útil e de qualidade que publicamos este novo volume. Oxalá ele corresponda aos nossos desejos!

Coimbra, FDUC, em 19 de Julho de 2018

O Director de Estudos de Direito do Consumidor  
*António Joaquim de Matos Pinto Monteiro*





# CONSUMER PROTECTION ONLINE, IN SPECIAL THE EXPECTED CHANGES TO E-COMMERCE FROM S-COMMERCE, VR-COMMERCE AND AR-COMMERCE

*Alexandre L. Dias Pereira\**

## **Introduction**

Which changes to e-commerce are expected to take place, and which relate to new forms of online business beyond e-commerce and m-commerce, specifically S-commerce, VR-commerce and AR-commerce?

These are a new field of concern regarding the position of the consumer, within the regulatory framework of e-commerce in the EU concerning consumer rights. Consumer confidence is a major factor to boost the growth of e-commerce, and it relies to a large extent upon effective protection, as we have argued almost two decades ago.<sup>[1]</sup>

In 1995, Amazon started a business as an online bookseller. Less than 10 years latter it was first of the Internet Retailer's annual

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

O presente texto serviu de base à participação numa mesa redonda sobre a proteção do consumidor no ambiente digital no 4.º Congresso dos Notários da



top 400 list<sup>[2]</sup>. Digital wallets such as Apple Pay, Google Wallet, Samsung Pay, have turned common smartphones into instant payment processors, providing customers with fast and secure one-click checkouts. In the European online market, E-commerce reached 61.8 billion euros in the United Kingdom alone<sup>[3]</sup>.

However, geographic and linguistic borders are still a relevant obstacle to e-commerce. In its Communication “A Digital Single Market Strategy for Europe”<sup>[4]</sup> the European Commission states that “61% of EU consumers feel confident about purchasing via the Internet from a retailer located in their own Member State while only 38% feel confident about purchasing from another EU Member State”. This means that the digital single market is not realising its full value, as “EU consumers could save EUR 11.7 billion each year if they could choose from a full range of EU goods and services when shopping online”<sup>[5]</sup>.

Which impact will Social networks (S), Virtual Reality (VR) and Augmented Reality (AR) have upon e-commerce? Will they change the way consumers act online purchasing goods and services?

---

União Europeia, Santiago de Compostela, Galiza, Espanha, 5-7 de outubro de 2017 (<<https://www.notariesofeurope-congress2017.eu/>>).

<sup>[1]</sup> Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica, Coimbra, Almedina, 1999.

<sup>[2]</sup> <https://www.cbsnews.com/news/amazon-e-commerce-success-story/>

<sup>[3]</sup> <https://www.statista.com/statistics/453628/online-retail-revenue-by-country-europe/>

<sup>[4]</sup> COM(2015) 192 final, Brussels, 6.5.2015.

<sup>[5]</sup> A Digital Single Market Strategy for Europe, cit. § 2.1

## 1. S-Commerce (Social Commerce), VR-commerce (Virtual Reality) and AR-Commerce (Augmented Reality)

Social networks sites (mostly through the development in Web 3.0 technologies, smartphones and iPads) have a relevant impact on e-commerce. According to a recent survey, “Social Media Captures Over 30% of Online Time”<sup>[6]</sup>, social interaction through online communities affects the consumers’ decision-making. S-Commerce means using social networks to sell and buy goods, products or services. Consumers share experiences and information, and contribute to building trust in e-commerce.

S-commerce also serves as a marketing tool to promote branding<sup>[7]</sup>, and it empowers consumers. It is a new channel of trade in which firms have to invest to create value in social networks (brand reputation). Firms become social peers. Due to the popularity of social networks, firms use this new channel of communication to build trust and create commercial value in and from social media.

The question is whether peer evaluation or recommendation is similar to advertising for purposes of regulation. Is it social free speech or should it be treated like online advertising? It means,

.....  
<sup>[6]</sup> <http://blog.globalwebindex.net/chart-of-the-day/social-media-captures-30-of-online-time/>

<sup>[7]</sup> <https://www.journals.elsevier.com/computers-in-human-behavior/call-for-papers/social-commerce-and-the-future-of-e-commerce>



for example, that the use of comparisons should comply with the regulation of misleading and comparative advertising.<sup>[8]</sup>

The potential impact of VR and AR in online commerce is high, notably through - but not limited to - gamification. The sale of VR headsets is rising and the penetration in households is likely to have a range of 1% in 2020, mainly in the North America and Western Europe. VR headsets could overcome mobile interfaces as these have once replaced desktops. Therefore, they also bear unneglectable disruptive potential for sales to consumers.

These technologies will enable consumers to visualize or experience what they are about to purchase online. Examples of VR-commerce are the shopping experience called Buy+ introduced by the Chinese retail giant Alibaba, and integrated with Alipay's instrument of payment. With a smartphone and a VR headset like Google Cardboard<sup>[9]</sup> (cheaper than models such as Oculus Rift)<sup>[10]</sup>, customers can browse items in a virtual shopping mall, which emulates real life stores such as Matsumoto Kiyoshi in Japan. Customers have a "brick-and-mortar experience" while buying at home as if they were shopping at a physical store nearby. Another example is the flying company Thomas Cook. Travelers can experience a 60-degree in-flight experience before booking: "try

.....

[8] Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising, OJ L 376, 27.12.2006, p. 21–27. On this topic, with more references, see our paper "Publicidade comparativa, em especial na internet", in *Estudos de Direito do Consumidor* N.º 13 (2017), p. 37-56.

[9] <https://vr.google.com/cardboard/>

[10] In 2016, the Samsung Gear VR sold 4.5 million Gear VR, followed by the Sony PSVR.

before you fly", with interactive video featured real pilots and cabin crew, and surprising characters like Lady Gaga.<sup>[11]</sup>

VR-commerce is a major opportunity not only for travel agents. For example, Vroom can make online shopping as realistic as visiting a dealership to test drive a car but without having to search massive lots. The purpose is to give potential customers the best experience possible so that they buy the product and recommend it to their peers, notably through social networks.<sup>[12]</sup>

Augmented Reality is a variation of VR or computer-mediated reality, consisting of viewing real-world elements augmented by computer-generated or extracted sensors such as sound, video, graphics or GPS data. A perception of reality is modified (reduced or augmented) by a computer. In augmented reality, perception of reality is enhanced, whereas in virtual reality it is simulated. One example of augmented reality is overlaying scores over a live video feed of a sporting event or object recognition in a real-time environment. The user has an interactive experience with the information about the surrounding environment, which he can manipulate. AR adds digital information to the perception of the real objects surrounding the person. Prospective customers can have a more informed perception of reality and objects for sale.

Having this in mind, VR and AR commerce raise the question of whether the right to withdraw from the contract provided in EU

---

<sup>[11]</sup> Other examples of VR-commerce are notably Holoroom, ShelfZone, IKEA; WorldPay. See <http://www.fifthtribe.com/2017/06/21/virtual-reality-ecommerce/>

<sup>[12]</sup> Source: <https://www.forbes.com/sites/michelleevans1/2017/03/07/vr-the-brands-that-are-imagining-a-new-commerce-reality/#4875d9523b9d>



legislation<sup>[13]</sup> should apply where consumers have an experience akin to the “real thing”?

## **2. The proposals of the Commission concerning consumer’s rights for the digital market**

The Commission has submitted two Directive proposals concerning consumers’ rights for the digital market. However, they do not appear to address S-commerce, VR-commerce and AR-commerce.

In order to improve consumer confidence in cross-border purchases, the Commission presented on 9 December 2015 a Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content<sup>[14]</sup> and a Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods<sup>[15]</sup>.

These proposals will add to the EU *acquis* on consumer protection in e-commerce provided by the e-Commerce Directive

.....  
<sup>[13]</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22.11.2011, p. 64–88.

<sup>[14]</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. COM(2015) 634 final, Brussels, 9.12.2015.

<sup>[15]</sup> Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, COM(2015) 635 final Brussels, 9.12.2015.

(2000/31)<sup>[16]</sup> and the Directive on consumer rights (2011/83/EU)<sup>[17]</sup>. They intend to reinforce consumer protection when buying and selling online or by other means at a distance. According to the supporting memorandum, the proposals built upon the experience gained in negotiating the Draft Regulation on the Common European Sales Law.

These proposals regulate only certain aspects considered essential for the proper functioning of the internal market in the view of consumer protection. In particular, existing differences in remedies are an obstacle to the completion of the internal market.

.....  
<sup>[16]</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

<sup>[17]</sup> *Directive 2011/83/EU* of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights. This Directive has replaced, as of 13 June 2014, Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts and Directive 85/577/EEC to protect consumer in respect of contracts negotiated away from business premises. Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees as well as Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts remain in force. The Consumer Rights Directive (CRD) governs all contracts concluded between a "consumer" and a "trader", including e-commerce. Traders are required to provide information prior to the conclusion of consumer contracts. Concerning distance and off-premises contracts, it includes information about the functionality and interoperability of digital content. Then, the CRD regulates the right of withdrawal (length of the withdrawal period, procedure and effects of the withdrawal), including a standard withdrawal form (Annex I(B)) to be provided by traders and which may be used by consumers to give notice of the withdrawal from the contract. The CRD also regulates delivery and passing of risk in contracts for the sale of goods as well as the fees for the use of certain means of payment (e.g. credit or debit cards). It also provides a prohibition to use pre-ticked boxes on websites for charging extra payments in addition to the remuneration for the trader's main performance.



Moreover, the advanced proposals aim to create a friendly legal environment for small and medium-sized enterprises<sup>[18]</sup>.

The proposed directive on digital content supply contracts aims to fill a marked gap in consumer protection in the digital market. Directive 2011/83 on consumer rights completely harmonized the pre-contractual information and the right of withdrawal, but did not regulate consumer rights (remedies), including the right to modify and terminate long-term contracts, which at the EU level is governed only by the Directive on unfair terms. In addition, digital content, as such, does not fall under the concept of consumer goods in the Directive on Consumer Guarantees. The proposal for a directive on the provision of digital content therefore regulates the compliance of the digital content with the contract, establishing the rights of the creditor in the event of non-conformity with the contract, as well as certain aspects relating to the right to terminate long-term contracts and modification of digital content. In this sense, the proposal enshrines the right of withdrawal in case of non-delivery, the right to repair and reduce the price in case of defective supply (non-conformity with the contract). It also establishes the right to cancel long-term contracts, which may last up to 12 months, and it provides for rules on cross-border content portability so that the consumer can enjoy digital content acquired in another Member State in any Member State<sup>[19]</sup>.

---

<sup>[18]</sup> On this issue see our contribution “Novos direitos do consumidor no mercado único digital”, *Estudos de Direito do Consumidor* N.º 10 (2016), p. 155-174.

<sup>[19]</sup> Pointing out a lack of consumer protection in the supply of digital content, see our paper “Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?”, *Estudos de Direito do Consumidor* N. 9 (2015), p. 177-207.

Concerning the proposal for a consumer rights directive in distance selling contracts, it establishes rules on the conformity of goods, the rights of the creditor in the event of breach of contract (non-conformity) and the terms for the exercise of such remedies. It does not apply to service contracts, except for mixed contracts, and provides a broad concept of buying and selling, covering the promise of sale and the contract. However, the notion of good is restricted to tangible movables. In line with the EU acquis of consumer law, the proposal enshrines the concept of non-conformity with the contract but also covers defective installation of the purchased good. The consumer will therefore have the right to order the correct installation of the goods acquired at a distance.

In the event of non-conformity with the contract, the consumer is entitled to have the goods brought into conformity by the seller, free of charge, by repair or replacement, as he chooses. Alternatively, the consumer has the right to reduce the price or to terminate the contract where repair or replacement is impossible or unlawful and the seller has not repaired or replaced within a reasonable period of time, and the seller has failed to place the goods in accordance with the contract within a reasonable term.

Moreover, pre-contractual information and advertising becomes part of the contract and purchased goods have to be free from third parties' rights, including intellectual property rights. Thus, the seller has the duty to guarantee to the consumer the authenticity of the products, and therefore not to supply coun-



terfeit copies (e.g. sports clothing bearing trademarks without the authorization of their right holders).

In our opinion, the Commission's initiative will enhance consumer protection in the digital market by contributing to the creation of a legal environment pro confidence in online shopping and digital content. The consumer of digital content will also have the right of withdrawal, within a period of 14 days, although it is not free, but rather conditioned to the lack of conformity of the content with the contract. It is also worth remarking that, under the proposal, contracts for the use of remote computing services, such as e-mail accounts, social networks, etc., are no longer transactions for free or gifts, because the authorization for the use of personal data is a consideration for purposes of the contract. To that extent, personal data becomes *res intra commercium*.

On the other hand, it is necessary to consider the impact of the proposals on internal legislation of each Member States. For example, although the third party rights rule may contribute to the good faith of the consumer, it will nevertheless have implications for the marketing of third parties' goods. Perhaps this aspect goes beyond consumer protection, entering areas still significantly marked by differences among Member States. The provision is limited to sale of goods by consumers, but, nonetheless, it will not have an impact on the regulation of sale of goods from traders.

According to the findings of a study of the European Parliament, "the harmonisation of rules across Member States and sales channels would reduce the fragmentation of the legal framework and enhance the clarity and transparency of applicable rules to

the benefit of both consumers and businesses. Most importantly, one single regime for online and face-to-face transactions could contribute to increased consumers' and traders' awareness and confidence in purchasing/selling online and offline, domestically and across borders"<sup>[20]</sup>.

## Conclusion

The legal construction of the digital single market is underway. Consumer protection is a key-factor to build confidence and therefore take full potential of e-commerce. At the EU level, consumer protection has justified the adoption of several regulatory instruments, and impact on e-commerce and online business. Moreover, two directive proposals are taking the steps of the UE law-making procedure<sup>[21]</sup> and aim to enhance consumer protection in the digital environment.

However, markets and technologies keep walking and doing their path regardless of what the law may bring. The new realities of S-commerce, VR-commerce and AR-commerce are there to stay and it is not clear whether existing or proposed rules apply to these phenomena. Let us hope that the Law keeps up with the challenges ahead!

.....  
<sup>[20]</sup> Online and other sales of goods – impact assessment of substantial amendments, June 2017 <<http://www.europarl.europa.eu/thinktank/>>

<sup>[21]</sup> See e.g. the Report of the European Parliament of 27 November 2017, on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (COM(2015)0634), disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/>>





# CONCEITO JURÍDICO DE PUBLICIDADE: CONTRIBUTOS PARA UMA REDEFINIÇÃO

*Ana Clara Azevedo de Amorim\**

## **Sumário**

O conceito jurídico de publicidade centra-se tradicionalmente nos elementos objetivo, subjetivo e teleológico previstos no artigo 3.º do Código da Publicidade. A comunicação comercial difundida em ambiente digital reitera a prevalência da dimensão sugestiva, bem como a irrelevância da remuneração do titular do suporte. No entanto, num contexto que a publicidade tende a dissimular-se sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, é sobretudo determinante a imputabilidade da mensagem ao anunciante.

Palavras-chave

Publicidade, ambiente digital, líderes de opinião, relações públicas.

## **Abstract**

The legal concept of advertising traditionally focuses on the objective, subjective and teleological elements provided for in article 3 of the Advertising Code. Commercial communication in digital world reiterates the prevalence of suggestive dimension, as well as the irrelevance of the support holder's remuneration. However, in a context where advertising tends to take the form of seemingly personal opinions, it is mainly crucial whether the message can still be imputed to the advertiser.

Keywords

Advertising, digital world, opinion leaders, public relations.

---

\* Universidade Portucalense.



## 1. Introdução

O surgimento da publicidade como fenómeno massificado de promoção de produtos e serviços coincide com a invenção da imprensa no século XV. Mas o seu desenvolvimento acentuou-se apenas perante o excesso de oferta que caracterizou a economia norte-americana do período que sucedeu à Grande Depressão de 1929 e no continente europeu após a segunda Guerra Mundial. A emissão de mensagens publicitárias visava então informar os consumidores sobre a existência e as características dos bens fabricados, com vista a estimular a compra. No final do século XX, associada à maturidade de alguns mercados, à semelhança das ofertas disponíveis, ao aumento da concorrência e às exigências crescentes dos consumidores, a significativa perda da eficácia da publicidade de massas determinou o aparecimento de novas modalidades de comunicação comercial, como o marketing direto e as relações públicas.

Com a transição para a Sociedade da Informação, a comunicação comercial passou a difundir-se sobretudo em ambiente digital, aproveitando a generalização do acesso às tecnologias. Na medida em que constitui o principal instrumento de resposta à evolução das relações de mercado, a publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização. Ora, num contexto em permanente mutação, o conceito jurídico enunciado a partir do artigo 3.º do Código da Publicidade e de outros diplomas pode revelar-se obsoleto, não abrangendo as realidades emergentes, em detrimento da proteção dos destinatários.

Importa referir que a delimitação do conceito jurídico de publicidade não é uma questão de ordem meramente semântica, dado que releva para efeitos da determinação do âmbito de aplicação das normas constantes de alguns diplomas sectoriais, como o artigo 77.º-C do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro que regula “a publicidade das instituições de crédito e das suas associações empresariais”, o artigo 7.º n.º 2 do DL n.º 176/95, de 26 de julho que proíbe a “publicidade que quantifique resultados futuros baseados em estimativas da empresa de seguros”, o artigo 131.º-A do DL n.º 94-B/98, de 17 de abril relativo à “publicidade efetuada pelas empresas de seguros e pelas suas associações empresariais”, o artigo 121.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de novembro que regula a “publicidade relativa a ofertas públicas” ou o artigo 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho em matéria de publicidade a contratos de crédito a consumidores. Porém, uma definição abrangente resulta já do artigo 150.º n.º 1 do Estatuto do Medicamento, aprovado pelo DL n.º 176/2006, de 30 de agosto e do artigo 2.º alínea b) do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro relativo às práticas de publicidade em saúde.

## 2. Conceito jurídico de publicidade

O legislador nacional adotou uma definição ampla de publicidade, que é independente do “suporte utilizado para a sua difusão” (artigo 1.º do Código da Publicidade) e que coincide



com “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços” e de “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (artigo 3.º n.º 1 alíneas a) e b) do Código da Publicidade). Esta definição foi reiterada pela Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária, nomeadamente por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia (artigo 1.º n.º 4).

Acresce que a publicidade cabe também no conceito de “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores ou, abreviadamente, prática comercial”, enunciado no artigo 3.º alínea d) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, resultante da transposição da Diretiva 2005/29/CE, que designa “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

Anteriormente, o artigo 2.º do Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 421/80, de 30 de setembro, e o artigo 1.º do Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 303/83, de 28 de junho, faziam coincidir a publicidade com a atividade publicitária. Só a partir da entrada em vigor do atual diploma, o legislador passou a distinguir, por um lado, a mensagem enquanto elemento da relação jurídica publicitária que se estabelece entre o anunciante e os destinatários, e por outro lado a dimensão contratual,

relativa aos atos preparatórios e complementares, em especial, os contratos de criação ou difusão publicitária. A atividade publicitária designa, desta forma, "o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efetuem as referidas operações" (artigo 4.º n.º 1 do Código da Publicidade), incluindo operações de "conceção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias" (artigo 4.º n.º 2 do Código da Publicidade).

### *2.1. Elementos objetivo, subjetivo e teleológico*

Nos termos do artigo 3.º n.º 1 do Código da Publicidade, a publicidade caracteriza-se, em primeiro lugar, pela presença de um elemento objetivo ("qualquer forma de comunicação"). Trata-se de uma conduta externa dirigida a determinados agentes económicos, pelo que se distingue das mensagens com efeitos meramente internos.

Este elemento objetivo chegou a ser identificado com o fornecimento de informação sobre o produto ou serviço<sup>[1]</sup>. Assim, nos termos do artigo 40.º n.º 3 do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, posteriormente revogado pelo DL n.º 6/95, de 17 de janeiro, constituía publicidade "toda a informação de ordem comercial,

<sup>[1]</sup> Desenvolvidamente, LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, volume II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 157.



industrial ou profissional feita com o objetivo direto ou indireto de promover junto do público a venda de um bem ou a prestação de um serviço". Tributária da crença na racionalidade das decisões económicas, esta conceção esteve na origem da centralidade dos atos enganosos no regime jurídico vigente. No entanto, como resulta do parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 88/87, emitido em 19 de novembro de 1987, a publicidade afasta-se do conceito de informação, atenta a neutralidade quanto aos fins e a objetividade quanto ao conteúdo<sup>[2]</sup>.

O conceito jurídico de publicidade depende também de um elemento subjetivo, igualmente de conteúdo amplo ("entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal"). Nos termos do artigo 3.º n.º 2 do Código da Publicidade, fica abrangida a comunicação comercial da Administração Pública.

No entanto, o elemento determinante reside na finalidade da mensagem ("com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" ou de "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições"), que a doutrina tende a privilegiar para efeitos da qualificação como publicidade<sup>[3]</sup>. A referência ao conteúdo económico da comunicação exclui do âmbito de aplicação do diploma a propaganda política, segundo o disposto no artigo 3.º

---

<sup>[2]</sup> Publicado em Procuradoria-Geral da República, *Pareceres*, volume IX, Liberdade de expressão e de informação, pp. 247-293.

<sup>[3]</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "O conceito de publicidade", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, p. 129.

n.º 3 do Código da Publicidade, bem como a publicidade legislativa, notarial, registal e ainda a publicidade de atos judiciais, administrativos e fiscais.

Ora, este elemento teleológico não incide sobre a intenção do anunciante, nem sobre a natureza promocional percebida pelos destinatários. O que importa aferir é a idoneidade objetiva da mensagem para promover bens ou serviços, assim como ideias, princípios, iniciativas ou instituições. Só esta interpretação permite assegurar a aplicação do regime jurídico da publicidade, designadamente, no plano probatório. A finalidade da mensagem pressupõe o seu carácter voluntário, constituindo uma manifestação da liberdade publicitária dos anunciantes, axiologicamente fundada nos artigos 37.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa. Resultam, porém, do cumprimento de uma obrigação os casos em que o anúncio decorre de uma imposição administrativa ou judicial, que o artigo 41.º, n.º 7, do Código da Publicidade designa equivocadamente “publicidade corretora”. Quando o conteúdo das mensagens seja determinado por deveres de informação legalmente previstos mas subsista a opção quanto à sua difusão, a comunicação comercial continua a emanar da liberdade publicitária do anunciante.

Considerando a irrelevância do suporte utilizado prevista no artigo 1.º do Código da Publicidade, cabe no conceito jurídico de publicidade a apresentação dos produtos feita nos próprios rótulos e embalagens, na medida em que as alegações tenham carácter voluntário, bem como os brindes enquanto modalidade



paradigmática de publicidade em espécie<sup>[4]</sup>. Mas cabem também os sinais distintivos do estabelecimento comercial, como reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa a propósito da "exposição no exterior de um edifício da denominação da empresa e respetivo logótipo" (acórdão de 4 de outubro de 2001, processo n.º 0019213). O conceito abrange ainda, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Belgian Electronic Sorting Technology*, "a utilização de um nome de domínio e a utilização de etiquetas em metadados de um sítio Internet" (acórdão de 11 de julho de 2013, processo n.º C-657/11).

Dado que se aplica apenas a mecanismos de comunicação, e não a todas as iniciativas comerciais, a disciplina da publicidade não abrange as promoções de vendas, que traduzem incentivos à contratação, extrínsecos aos produtos e quase sempre limitados no tempo<sup>[5]</sup>. Na verdade, as promoções de vendas constituem um instrumento de comercialização enquadrado pelo DL n.º 70/2007, de 26 de março, que regula as práticas comerciais com redução de preço, designadamente, os saldos, promoções e liquidações, bem como pelo artigo 5.º do DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, relativo às vendas com prejuízo. Apesar de surgirem, em regra, acompanhados de uma mensagem publicitária, os incentivos à contratação convocam a necessidade de proteção de interesses diversos, pelo que não de-

---

[4] Neste sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, p. 35.

[5] GERHARD SCHRICKER, *Recht der Werbung in Europa*, tomo I, Einführung in das Recht der Werbung internationales und EWG-Recht, Edition ZAW, Bona, 1990, p. 11.

vem ser abordados estritamente no domínio da comunicação comercial.

Acresce que a definição adotada pelo legislador nacional não alude aos meios de comunicação de massas, ao contrário do que resultava de uma conceção tradicional, que fazia depender a publicidade da indiferenciação das pessoas contactadas e da repetição do conteúdo da mensagem, não obstante a aparência de personalização, como acontece no marketing direto.<sup>[6]</sup> Este alargamento releva sobretudo a partir da emergência, nos anos 70 e 80 do século XX, de mecanismos intrusivos que visam provocar uma ação imediata dos consumidores, como a venda porta-a-porta ou as chamadas telefónicas não solicitadas. De facto, a irrelevância do número de destinatários é hoje maioritariamente aceite na delimitação do conceito jurídico de publicidade, que deixa de depender estritamente do recurso aos meios de comunicação de massas<sup>[7]</sup>. Esta posição fica, aliás, demonstrada pela reiteração do conceito no artigo 1.º n.º 4 da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária.

Em ambiente digital, o recurso às mensagens de correio eletrónico e, mais tarde, aos blogues pessoais e às redes sociais viria a acentuar esta irrelevância do aspeto quantitativo da comunicação comercial para efeitos da aplicação do regime jurídico da publicidade.

---

<sup>[6]</sup> PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 8.

<sup>[7]</sup> Face ao ordenamento jurídico espanhol, JOSÉ MARÍA CUESTA RUTE, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, p. 55.



## 2.2. Dimensão institucional ou corporativa

Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade, ficam igualmente abrangidas pelo conceito jurídico de publicidade as mensagens destinadas a “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. A consagração da publicidade institucional ou corporativa neste diploma chegou a ser criticada com fundamento na alegada natureza não económica<sup>[8]</sup>.

Cabem no conceito de publicidade institucional ou corporativa as relações públicas, que gozam no sistema norte-americano de um estatuto legal privilegiado, em conformidade com o pressuposto da remuneração dos meios. Na verdade, o incremento das relações públicas, geralmente com carácter gratuito, tem assentado na credibilidade das mensagens que os destinatários não percebem imediatamente como publicidade<sup>[9]</sup>. Nas últimas décadas do século XX, as relações públicas deixaram de incidir estritamente sobre o desempenho económico das empresas, para passarem a recorrer também a argumentos relacionados com a sua identidade, cultura e valores, que se refletem, por exemplo, na responsabilidade social ou nos eventos promovidos.

Porém, na medida em que promovem a criação de uma imagem favorável junto dos destinatários — que pode visar também os próprios produtos ou serviços —, as relações públi-

---

[8] Por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”, AA.VV., *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, volume III, Almedina, Coimbra, 2006, p. 19.

[9] AL RIES e LAURA RIES, *A queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*, Editorial Notícias, Lisboa, 2003, p. 18.

cas continuam frequentemente a ter como objetivo indireto a contratação, de acordo com o que resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade. Ou, como afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa, a “publicidade abrange não só a promoção de bens ou serviços, mas ainda todas as formas de comunicação que tenham por objetivo direto ou indireto, essa promoção” (acórdão de 25 de outubro de 2012, processo n.º 5348/11.6TBSXL). Parece, por isso, de afastar o entendimento tradicionalmente maioritário que exclui as relações públicas do conceito de publicidade, com o argumento de que não visam promover a contratação<sup>[10]</sup>.

Acresce que nas relações entre profissionais, as mensagens publicitárias não incidem apenas sobre as especificações técnicas dos bens mas particularmente sobre a identidade, cultura e valores da empresa. Esta prevalência da dimensão institucional ou corporativa na publicidade dirigida a profissionais justifica-se sobretudo pela relevância dos serviços complementares e dos relacionamentos de longo prazo, assente no valor da confiança.

Já a publicidade institucional do Estado fica sujeita ao disposto na Lei n.º 95/2015, de 17 de agosto, que é aplicável a “campanhas, ações informativas e publicitárias e quaisquer outras formas de comunicação (...), divulgadas a uma pluralidade de destinatários indeterminados, com o objetivo direto ou indireto de promover iniciativas ou de difundir uma mensagem relacionada com os seus fins, atribuições ou missões de serviço público,

.....  
<sup>[10]</sup> JOÃO LOUREIRO, *Direito do Marketing e da Publicidade*, Semanário, Lisboa, 1985, p. 14.



mediante a aquisição onerosa de espaços publicitários" (alínea a) do artigo 3.º).

### 2.3. Breve referência de direito comparado

Contrariamente ao que se verifica em Portugal, a generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros da União Europeia não dispõe de um diploma destinado a regular exclusivamente a publicidade<sup>[11]</sup>. Excetua-se em Espanha a *Ley General de Publicidad*, aprovada pela Lei n.º 34/1988, de 11 de novembro e tributária do anterior *Estatuto de la Publicidad*, que serviu de inspiração na elaboração do Código da Publicidade português.

Ora, de acordo com o artigo 2.º da *Ley General de Publicidad*, a definição de publicidade integra também os elementos objetivo, subjetivo e teleológico ("toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones"), excluindo a dimensão institucional mas já não a dimensão corporativa, que a doutrina enquadra mais amplamente na publicidade indireta<sup>[12]</sup>.

---

<sup>[11]</sup> Desenvolvidamente, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, p. 30.

<sup>[12]</sup> FRANCISCO ALONSO ESPINOSA, "Disposiciones generales", AA.VV., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Madrid, 2009, p. 45.

Nos restantes sistemas europeus, face à ausência de autonomia legislativa, o regime jurídico da publicidade integra-se no direito do consumidor, na disciplina da concorrência desleal ou na tutela contra determinadas práticas de marketing em sentido amplo, de acordo também com a opção legislativa tomada no momento da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Estes sistemas acautelam a proteção dos destinatários no quadro da relação jurídica publicitária mas ao contrário do que se verifica no ordenamento jurídico espanhol, não regulam a atividade publicitária, onde se incluem as relações contratuais entre os restantes sujeitos, nomeadamente, para efeitos da criação e difusão das mensagens.

Assim, o regime jurídico da publicidade fica abrangido pelo direito do consumidor no Reino Unido, que aprovou o *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* para integrar o regime jurídico das práticas comerciais desleais, mas também em Itália, que alterou o *Codice del Consumo* através do DL n.º 146/2007, de 2 de agosto, em França, que alterou o *Code de la Consommation* através da Lei n.º 2008/3, de 3 de janeiro, na Grécia, que alterou o *Act on Consumer Protection* através da Lei n.º 3587/2007, de 10 de julho e na Finlândia, que alterou o *Consumer Protection Act* através da Lei n.º 561/2008, de 29 de agosto.

Fica já abrangido pela disciplina da concorrência desleal na Alemanha, onde a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* passou a adotar, após a reforma realizada pela *Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (1. UWGÄndG)*, de 22 de dezembro de 2008, uma abordagem



unitária dos atos comerciais desleais, que especifica no § 3 n.º 2 uma cláusula geral para efeitos das relações com consumidores e que remete para o Anexo o tratamento das hipóteses especialmente proibidas pela Diretiva 2005/29/CE. Esta regulação integrada da publicidade e da concorrência desleal resulta do afastamento da perspectiva corporativa que faz depender a proteção dos consumidores do recurso a outros diplomas.

A disciplina da publicidade fica amplamente abrangida pela tutela contra determinadas práticas de marketing, vocacionada para a proteção coletiva dos consumidores, no *Marketing Practices Act* dinamarquês, no *Marketing Act* sueco, no *Marketing Control Act* norueguês e no *Code de Droit Économique* belga. Estes diplomas integram hoje também o regime jurídico das práticas comerciais desleais, na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Neste sentido, o conceito jurídico de publicidade cabe na definição mais ampla de prática comercial, não sendo objeto de uma abordagem autónoma. Não obstante esta lacuna legislativa, na generalidade dos referidos sistemas de direito comparado, a doutrina e a jurisprudência adotam um conceito jurídico de publicidade tributário do artigo 2.º alínea a) da Diretiva 2006/114/CE relativa à publicidade enganosa e comparativa, que corresponde ao artigo 2.º n.º 1 da anterior Diretiva 84/450/CEE<sup>[13]</sup>. Assim, à semelhança do que consagrou expressamente o legislador espanhol, integra publicidade “qualquer

.....  
[13] Face ao ordenamento jurídico alemão, HELMUT KÖHLER e JOACHIM BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013, p. 1023.

forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações".

### **3. Comunicação comercial em ambiente digital**

A partir dos últimos anos do século XX, a generalização do acesso às tecnologias digitais potenciou o surgimento de novos instrumentos publicitários, como as mensagens de correio eletrónico. No entanto, com a emergência da Web 2.0 em 2004, a proliferação dos blogues pessoais e das redes sociais contribuiu para uma mudança de paradigma nas relações de mercado, que se traduziu na ampla disponibilidade de informação relativa aos produtos e serviços mas também no recurso a influenciadores digitais para promover uma imagem favorável dos produtos. Estas modalidades de relações públicas aproveitam a identificação dos consumidores com as motivações, a personalidades e os estilos de vida veiculados pelos líderes de opinião.

Na verdade, face à emergência de novas modalidades de comunicação comercial, verifica-se hoje uma tendência para a rentabilização dos vários pontos de contacto na difusão de uma mensagem integrada, independentemente dos suportes utilizados. Os anunciantes garantem, assim, a coerência e eficácia da comunicação comercial, aumentando também a credibilidade dos conteúdos difundidos. Esta integração releva especialmente face aos meios tradicionais e às tecnologias digitais, onde os



próprios consumidores assumem um papel ativo, passando a integrar pontos de contacto relativamente a outros destinatários, como se verifica, por exemplo, no marketing viral, cuja eficácia depende de um movimento de difusão espontâneo das mensagens em ambiente digital, determinado pela sua elevada criatividade.

### 3.1. Regime jurídico do comércio eletrónico

O artigo 2.º alínea f) da Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico definiu a comunicação comercial como “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato”. Ao manter a alusão aos elementos objetivo, subjetivo e teleológico que caracterizam a publicidade, o legislador europeu pretendeu designar através da expressão “comunicação comercial” a mesma realidade ampla, consagrando apenas uma evolução terminológica. Como resultava já do *Livro Verde sobre Comunicação Comercial no Mercado Interno*, de 8 de maio de 1996, o conceito aplica-se a “todas as formas de publicidade, marketing direto, patrocínio, promoção de vendas e relações públicas, destinadas a promover produtos ou serviços”.

Embora sem transpor aquela definição, o legislador português adotou no artigo 20.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro a noção de “comunicação publicitária em rede”, reiterando que “é sempre e só a publicidade que está em causa”. Ora, o regime jurídico do comércio eletrónico exclui da noção de comunicação

publicitária em rede as “mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação”, bem como as “mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (alíneas a) e b) do n.º 1). No entanto, reconhece que “a comunicação publicitária pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada” (n. 2).

O afastamento do pressuposto da informação na delimitação do conceito jurídico de publicidade, que resultava já do parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 88/87, emitido em 19 de novembro de 1987, assenta na tendência para a menor objetividade dos conteúdos verificada progressivamente na transição da imprensa para a rádio e a televisão em meados do século XX e, depois, fortemente potenciada pelo recurso à Internet como suporte publicitário. O alcance prático desta exclusão coincide sobretudo com a descrição dos produtos nos sítios eletrónicos que funcionam como ponto de venda.

Na generalidade dos sectores de atividade, encontra-se ultrapassada a distinção entre publicidade informativa e publicidade persuasiva ou sugestiva, que assentava na prevalência de argumentos de natureza técnica ou funcional na comunicação comercial de massas dominante durante quase todo o século XX. Na verdade, a comunicação comercial é sempre eminen-



temente persuasiva ou sugestiva, tendo também um conteúdo informativo mínimo, que incide pelo menos sobre a existência do produto ou serviço anunciado. Acresce que apenas o afastamento do pressuposto da informação permite abranger fenómenos emergentes em ambiente digital, como o recurso aos blogs pessoais ou ao marketing viral. Por esta via, fica garantida a proteção dos interesses dos destinatários, que um conceito mais restrito não poderia assegurar, sobretudo num contexto em que a publicidade invoca maioritariamente os benefícios emocionais e simbólicos da decisão de transação. Neste quadro de semelhança funcional das várias ofertas disponíveis, o posicionamento face à concorrência incide sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores.

O regime jurídico do comércio eletrónico exclui igualmente a publicidade institucional ou corporativa, ainda que a comunicação publicitária em rede possa visar apenas a promoção da imagem do anunciante (artigo 20.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro), como se verifica nas relações públicas, cuja eficácia continua a depender da credibilidade dos líderes de opinião junto do público, por exemplo, no recurso aos blogs pessoais e às redes sociais. A relevância destes instrumentos publicitários resulta, aliás, da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas na mente dos consumidores<sup>[14]</sup>. O efeito persuasivo da comunicação comercial deixa então de coincidir apenas com a ob-

[14] DAVID MEERMAN SCOTT, *The new rules of Marketing & PR*, Wiley, Nova Jersey, 2007, pp. 24-25.

jetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a depender de um envolvimento assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade.

Na medida em que conquistam a fidelidade de um segmento de mercado, caracterizado por atividades e interesses comuns, os influenciadores digitais estão em condições de provocar mudanças de comportamento e mentalidade. Neste contexto, os anúncios salientam elementos extrínsecos aos produtos, convocando, designadamente, os efeitos subjetivos gerados pelo consumo, a experiência resultante da compra e as emoções sociais, que potenciam a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência.

Acresce que à semelhança das relações públicas, que não deixam de ter como objetivo indireto a contratação, também a publicidade veiculada nos meios de comunicação de massas tende hoje a produzir efeitos apenas a longo prazo, que se manifestam sobretudo ao nível do incremento da notoriedade e da promoção da imagem de marca<sup>[15]</sup>. Especialmente nos mercados de grande consumo, a publicidade de marca visa o reforço de comportamentos que através da alusão a valores emocionais e simbólicos transforma uma experiência inicial numa compra habitual repetida. Neste sentido, torna-se cada vez mais evidente a aproximação entre as finalidades das relações públicas e

[15] JOHN BURNETT e SANDRA MORIARTY, *Introduction to Marketing Communications*, Prentice Hall, Nova Jersey, 1998, p. 282.



da publicidade entendida em sentido tradicional. Atendendo ao incremento das relações públicas em ambiente digital, parece injustificado o seu afastamento do conceito de comunicação publicitária em rede no regime jurídico do comércio eletrónico.

### 3.2. Irrelevância da remuneração do titular do suporte

De acordo com um entendimento enraizado, a qualificação publicitária de uma mensagem depende da remuneração do titular do suporte, que permitia ainda excluir do conceito as relações públicas<sup>[14]</sup>. A referência à remuneração resultava da Diretiva 89/552/CEE sobre o exercício de atividades de radiodifusão televisiva, que corresponde ao atual artigo 1.º n.º 1 alínea i) da Diretiva 2010/13/UE. No ordenamento jurídico nacional, o artigo 2.º, n.º 1, alínea r), da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, identifica a publicidade televisiva com a “comunicação comercial audiovisual difundida em serviços de programas televisivos a troco de remuneração ou retribuição similar”. Para os efeitos do artigo 28.º n.º 3 da Lei de Imprensa, aprovada pela Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, “considera-se publicidade redigida e publicidade gráfica todo o texto ou imagem cuja inserção tenha sido paga, ainda que sem cumprimento da tabela de publicidade do respetivo periódico”. E, nos termos do artigo 8.º alínea n) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, sobre práticas comerciais desleais, a publirreportagem coincide com a utilização de um conteúdo

<sup>[14]</sup> Por todos, LUÍS RASQUILHA, *Publicidade*, Gestão Plus Edições, Lisboa, 2009, p. 20.

editado nos meios de comunicação social “tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção”.

No entanto, esta orientação viria a ser contrariada pela Diretiva da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º 1/2009 sobre publicidade em publicações periódicas, que na delimitação da publicidade redigida e da publlirreportagem não alude ao critério da remuneração do titular do suporte, definindo-as respetivamente como “toda a publicidade que revista a forma de um ou mais textos que, pela sua forma, apresentação, estilo de mensagem, organização e tratamento gráfico possam ser confundidos com textos jornalísticos” e “os textos, imagens e outros elementos gráficos destinados a promover ou publicitar um determinado produto, entidade ou serviço, apresentados com as características formais da reportagem e com esta confundível”.

Também no regime jurídico do comércio eletrónico, o conceito de comunicação publicitária em rede exclui as mensagens de conteúdo informativo “particularmente quando não tiverem implicações financeiras” (artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro). Ou seja, na sequência da transposição da Diretiva 2000/31/CE, o legislador retomou o pressuposto consagrado na Diretiva 89/552/CEE sobre o exercício de atividades de radiodifusão televisiva que uma parte da doutrina já tinha criticado<sup>[17]</sup>. No entanto, na medida em que a publicidade difundida em ambiente digital não assenta na separação entre o anunciante e o titular do suporte, característica da televisão, da rádio e da imprensa, o critério da remuneração dos meios deve

.....  
[17] JORGE PEGADO LIZ, “Publicidade na União Europeia”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, dezembro 2006, p. 55.



passar a ser entendido apenas como um indício da existência de comunicação comercial.

A redução do âmbito de aplicação do regime jurídico da publicidade, nomeadamente, pela introdução de pressupostos alheios aos elementos objetivo, subjetivo e teleológico previstos pelo legislador, corresponde a uma cedência perante os interesses dos profissionais, que compromete a proteção dos consumidores<sup>[18]</sup>. De facto, atenta a permanente evolução das modalidades de comunicação comercial, apenas uma noção ampla permite garantir cabalmente os “princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos dos consumidores” (artigo 6.º do Código da Publicidade). Pelo contrário, a opção por um critério formal — como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, ao nível da remuneração do titular do suporte — sacrifica injustificadamente aquela proteção. Assim, desde que o conteúdo da mensagem seja imputável ao anunciante, a qualificação como publicidade deve depender apenas da idoneidade objetiva para promover bens e serviços, que constitui o elemento teleológico dominante.

Na verdade, a difusão da mensagem através dos meios pode ser feita a título gratuito, como se verifica frequentemente na publicidade redigida e na publisreportagem mas também em ambiente digital. Pode, igualmente, o próprio anunciante ser titular do suporte, por exemplo, quando se trate de sinais distintivos de estabelecimentos comerciais, sem que fique prejudicada a necessidade de dar cumprimento ao regime jurídico da publi-

[18] Neste sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 169.

cidade. Ou seja, ao contrário do que decorre da referida conceção tradicional, de inspiração norte-americana, o conceito jurídico de publicidade não depende da remuneração do titular do suporte.

### 3.3. *Imputabilidade da mensagem ao anunciante*

De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do Código da Publicidade, o anunciante é "a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade". Traduz a entidade que visa "promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" e "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições", com carácter instrumental face à atividade económica desenvolvida. Enquanto emissor da mensagem, o anunciante toma a iniciativa da publicidade e assume os respetivos encargos financeiros, quando existam. Impende sobre o anunciante a generalidade das obrigações previstas no regime jurídico da publicidade.

Ora, nos termos do artigo 8.º do Código da Publicidade, o anunciante fica obrigado a identificar de forma inequívoca as comunicações comerciais "qualquer que seja o meio de difusão utilizado". Este princípio da identificabilidade coincide com a transparência quanto à natureza publicitária ou finalidade promocional da mensagem, decorrente de uma determinada configuração externa. Concretiza-se na proibição de publicidade oculta ou dissimulada prevista no artigo 9.º Código da Publicida-



de, mas também num conjunto de práticas comerciais consideradas desleais pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março.

Num contexto de acentuada proliferação de anúncios publicitários, passa a ser especialmente relevante a necessidade de captar a atenção dos destinatários. Assim, através da publicidade oculta, os anunciantes procuram afastar a tendencial resistência dos consumidores face à finalidade promocional das mensagens, recorrendo a informação percebida como imparcial e objetiva, sem um apelo direto ao consumo. Difundida ainda através dos meios de comunicação de massas, a publicidade oculta surge tradicionalmente sob a forma de publicidade redigida e publlirreportagem, que divulgam de modo aparentemente neutro as características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da utilização dos produtos.

Com a transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, sobretudo em ambiente digital, a regulação da publicidade passa a coincidir maioritariamente com este princípio da identificabilidade. Mas ao contrário do que se verifica na publicidade redigida e na publlirreportagem, tende agora a assentar nas opiniões aparentemente pessoais manifestadas por líderes de opinião nos blogues pessoais e nas redes sociais. A finalidade promocional da comunicação comercial dissimula-se através do apelo a sentimentos, aproveitando relações de proximidade com os destinatários, nomeadamente quando os anúncios retratam situações quotidianas dos influenciadores digitais, onde se integram determinados produtos ou serviços<sup>[19]</sup>.

[19] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação", *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, p. 178.

A hipótese tem hoje consagração expressa na alínea ab) do artigo 8.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor”.

O Parlamento Europeu manifestou, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores* de 23 de novembro de 2010, uma preocupação com a “divulgação de comentários em redes sociais, fóruns ou blogues, os quais dificilmente se destringam, pelo seu teor, de meras opiniões; há portanto um risco de o consumidor ser conduzido a tomar decisões erradas convencido que a informação em que se baseia provém de uma fonte objetiva; denuncia casos em que certos operadores económicos financiam, direta ou indiretamente, medidas para encorajar a disseminação de mensagens ou comentários que parecem emanar dos próprios consumidores quando na realidade são mensagens de natureza publicitária ou comercial” (ponto 17).

Ora, as dificuldades probatórias continuam a redundar numa substancial impunidade da publicidade oculta em ambiente digital. No ordenamento jurídico italiano, foram enunciados – para efeitos da imprensa mas suscetíveis de aplicação a todos os meios – alguns indícios da relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte. Entre outros, encontram-se a alusão às características de apenas um produto ou serviço, o conteúdo



particularmente elogioso, a existência de páginas publicitárias dedicadas ao produto ou serviço na mesma publicação e a colaboração ulterior entre as partes<sup>[20]</sup>. Pelo contrário, podem revelar já a neutralidade da mensagem a alusão a produtos ou serviços concorrentes, a assinatura do jornalista, o conteúdo objetivo, a natureza descritiva do artigo e a sua inserção no interior de uma determinada rubrica, o carácter comprovadamente inovador do produto ou serviço em causa, bem como a crítica fundamentada de algumas das suas características.

Daqui decorre que continuam fora do conceito jurídico de publicidade os conteúdos promocionais difundidos espontaneamente pelos usuários, designados *User Generated Content*, a que os pares atribuem hoje credibilidade para efeitos das suas decisões de transação. Na verdade, a confiança depositada em opiniões de desconhecidos manifestou-se especialmente a partir do desenvolvimento das redes sociais, dos fóruns e das comunidades de partilha de conteúdos. Atenta a correspondência entre a informação e o poder de mercado numa estrutura concorrencial, esta disponibilidade de conteúdos relevantes e independentes esteve na origem do afastamento do domínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, transferindo para os consumidores um papel determinante nas relações de mercado<sup>[21]</sup>.

---

<sup>[20]</sup> Desenvolvidamente, LUIGI MANSANI, "La repressione della pubblicità nascosta", *Contratto e Impresa*, 1995, p. 198.

<sup>[21]</sup> PATRICIA SEYBOLD, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002, p. 3.

No entanto, as potencialidades dos mecanismos de passa-palavra em ambiente digital são frequentemente aproveitadas pelos profissionais através do recurso a fenómenos de comunicação comercial como o marketing viral. Importa, por isso, distinguir entre a comunicação espontânea dos consumidores, que corresponde aos conteúdos promocionais gerados na Internet, e a comunicação provocada pelos próprios profissionais. Neste sentido, o regime jurídico da publicidade aplica-se apenas às mensagens imputáveis ao anunciante, ainda que alguns autores defendam o recurso aos princípios gerais também para efeitos da comunicação espontânea entre consumidores<sup>[22]</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu, no caso *Frede Damgaard*, "a possibilidade de uma mensagem proveniente de um terceiro independente ter um carácter publicitário" (acórdão de 2 de abril de 2009, processo n.º C-421/07). Na medida em que "a publicidade de medicamentos é suscetível de prejudicar a saúde pública cuja salvaguarda é o objetivo essencial da Diretiva 2001/83", a apreciação do carácter promocional da informação difundida por um terceiro, nomeadamente quando estão em causa as propriedades curativas ou preventivas, deve atender também à natureza da atividade exercida e ao conteúdo da mensagem, podendo considerar-se comunicação comercial mesmo que o terceiro atue por iniciativa própria e com total independência do fabricante e do vendedor. O entendimento do Tribunal de Justiça funda-se aqui excecionalmente no interesse

.....  
[22] ERNESTO APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2011, p. 25.



público à proteção da saúde pública, que justifica o agravamento das soluções comuns.

#### **4. Considerações finais**

Historicamente condicionado pelo recurso predominante aos meios de comunicação de massas, o conceito jurídico de publicidade assenta na separação tradicional entre o anunciante e o titular do suporte, que justifica o pagamento de uma remuneração. No entanto, este afunilamento é suscetível de comprometer a proteção dos destinatários da comunicação comercial, nomeadamente, na medida em que tende a excluir as relações públicas. A redefinição do conceito jurídico de publicidade releva, por isso, sobretudo num contexto em permanente mutação, como o que resulta da transição para a Sociedade da Informação.

Na verdade, os anunciantes passaram a recorrer a influenciadores digitais para promover uma imagem favorável dos produtos ou serviços, aproveitando a identificação dos consumidores com as motivações, a personalidades e os estilos de vida veiculados nos blogues pessoais e nas redes sociais. Esta influência sobre as decisões de consumo dos seguidores assenta quase sempre em relatos de experiências que não são identificados como comunicação comercial mas que podem ainda ser imputados ao anunciante. Importa, por isso, adotar uma compreensão ampla do elemento teleológico enunciado no artigo 3.º do Código da Publicidade, especialmente para efeitos do objetivo

indireto de promover a contratação. E, considerando que a comunicação comercial tende hoje a dissimular-se sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, atender à imputabilidade da mensagem ao anunciante como um elemento determinante do conceito jurídico de publicidade, sobretudo em ambiente digital.

### Referências bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de — “O conceito de publicidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, pp. 115-134.

ALONSO ESPINOSA, Francisco — “Disposiciones generales”, AA.VV., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 23-52.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de — “Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, pp. 165-189.

— *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.

— *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.

APA, Ernesto — *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2011.



- ASCENSÃO, José de Oliveira — “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”, AA.VV., *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, volume III, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 7-36.
- BURNETT, John; Moriarty, Sandra — *Introduction to Marketing Communications*, Prentice Hall, Nova Jersey, 1998.
- CORREIA, Luís Brito — *Direito da Comunicação Social*, volume II, Almedina, Coimbra, 2005.
- CUESTA RUTE, José María — “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, pp. 51-104.
- KÖHLER, Helmut; Bornkamm, Joachim — *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013
- LIZ, Jorge Pegado — “Publicidade na União Europeia”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, dezembro 2006, pp. 47-63.
- LOUREIRO, João — *Direito do Marketing e da Publicidade*, Semanário, Lisboa, 1985.
- MANSANI, Luigi — “La repressione della pubblicità nascosta”, *Contratto e Impresa*, 1995, pp. 188-205.
- PINTO, Paulo Mota — *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.
- RASQUILHA, Luís — *Publicidade*, Gestão Plus Edições, Lisboa, 2009.
- RIES, Al; Ries, Laura — *A queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*, Editorial Notícias, Lisboa, 2003.

SCHRICKER, Gerhard — *Recht der Werbung in Europa*, tomo I, Einführung in das Recht der Werbung internationales und EWG-Recht, Edition ZAW, Bona, 1990.

SCOTT, David Meerman — *The new rules of Marketing & PR*, Wiley, Nova Jersey, 2007.

SEYBOLD, Patricia — *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002.





# LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (CASO UBER) Y SU INFLUENCIA EN LA INICIATIVA LEGISLATIVA PORTUGUESA<sup>[1]</sup>

*Araya Alicia Estancona Pérez\**

## Resumen

La sentencia del TJUE de 20 diciembre de 2017, Asunto C-434/15 —Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L., marca un hito en la estimación de las aplicaciones informáticas que ocultaban la prestación de servicios de transporte bajo la protección que la legislación sobre la sociedad de la información les brindaba como plataformas de intermediación.

Uno de los principales retos a los que nos enfrentamos con la proliferación de estas aplicaciones informáticas es la necesaria búsqueda de la efectiva actividad económica y servicios que las empresas están ofreciendo a través de Internet para establecer el correcto

---

\* Prof. Derecho Civil, Universidad de Cantabria. araya.estancona@unican.es

<sup>[1]</sup> El estudio ha sido llevado a cabo bajo la dirección del Prof. PINTO MONTEIRO, A., en el Centro de Direito do Consumo de la Universidad de Coimbra durante la estancia de investigación llevada a cabo en 2017 en sus instalaciones.



ámbito de aplicación del régimen jurídico. La naturaleza jurídica de los servicios prestados no muta necesariamente por canalizar su oferta a través de Internet y no es posible una huida del régimen jurídico del sector del transporte urbano no colectivo sobre la base de la aplicación de la LSSICE. En la UE se pone el acento sobre la necesidad de adaptar la normativa de transporte a esta nueva modalidad sin posibilidad de burlarla.

En este sentido, UBER ha sido destapada y los Estados miembros de la UE tienen en sus manos la oportunidad de desarrollar una reglamentación que tenga presente a la empresa que basa su actividad en una aplicación informática y, sin la cual, también perdería su esencia. Portugal tenía en marcha una iniciativa legislativa que tendrá que adaptar a la nueva realidad<sup>[2]</sup>.

## Abstract

The judgement of ECJ December 20, 2017 —Case C-434/15 Professional Association Elite Taxi vs. Uber Systems Spain SL, establishes a landmark relative to the estimation of applications that concealed transport services. These transport services were under the protection that the legislation of information society offered them as an intermediation platform instead of transport legislation.

One of the main challenges that we face with the development of these applications is the necessity of search for the real business

---

<sup>[2]</sup> En la actualidad — julio de 2018 — el legislador portugués ha aprobado el Decreto da Assembleia da República nº 226/XIII, relativo ao regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descharacterizados a partir de plataforma eletrónica. La norma procura dotar de una reglamentación a los vehículos TVDE pero parece haber desoído la naturaleza jurídica de estos servicios reconocida por el TJUE. Analizaremos, en el futuro, la aplicabilidad de la norma y la posible puesta en peligro de la estabilidad del sistema en el ordenamiento jurídico portugués.

activity and services that companies are offering through internet and, sometimes, trying to conceal. Member States shall ensure that the legal requirements applicable to the contractual process cannot be easily side-step European rules from companies which come from countries outside the European Union. Anyway, the EU countries must adapt their rules and to propose an order of headings corresponding to new transport' needs and habits, the use of internet apps included.

In this sense, UBER has been uncovered and the Member State have the opportunity to develop a regulation that takes into account the company that bases its activity on a computer application and, without which, it would lose its essence. Portugal was in train to enact a new Statute which must be adapted to the new facts.

PALABRAS CLAVE

UBER, economía colaborativa, carpooling

KEY WORDS

UBER, collaborative economy, carpooling



## INDICE

### I. INTRODUCCIÓN

### II. ECONOMÍA COLABORATIVA, CONSUMO COLABORATIVO Y NUEVOS RIESGOS EN EL TRANSPORTE

1. Consumo colaborativo como subgénero de economía colaborativa
2. Riesgos derivados de la implantación de sistemas colaborativos en el sector del transporte de personas
3. ¿Y si el consumo colaborativo pierde su identidad?

### III. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DE LOS NUEVOS SISTEMAS DE TRANSPORTE POR CARRETERA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS

1. Reglamentación pionera a nivel europeo: motivación general
2. Análisis de la propuesta impulsada por el legislador portugués
  - a. Despacho núm. 6478/2016, de 17 mayo, del Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e do Ambiente y el trabajo posterior
  - b. Análisis de Propuesta de Ley núm. 50/XIII, de 22 diciembre 2016: ¿cuáles son los sistemas de transporte afectados?

### IV. APLICABILIDAD DE LA NORMA Y SU NECESARIA REFORMA SIGUIENDO EL MANDATO EUROPEO

1. Naturaleza jurídica de la figura Uber en la Unión Europea
  - a. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-434/15 Asociación profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.
  - b. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-434/15 —Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L..
2. Incompatibilidad de la Propuesta de Ley portuguesa con el mandato europeo

- a. Cuestiones a modificar por el legislador portugués
- b. ¿Cómo afectará a la protección del consumidor?

## V. CONCLUSIONES

## VI. BIBLIOGRAFÍA



## I. Introducción

Indudablemente, el interés que UBER ha despertado es manifiesto tanto desde el punto de vista social como jurídico. A la colectividad, UBER es presentada como un sistema de contratación telemática — a través de una app — de desplazamientos urbanos en vehículos automóviles — de puerta a puerta— y a bajo coste. Es decir, una solución low-cost y cómoda frente a los tradicionales servicios prestados en auto-taxi. Además, no cabe duda de la problemática que la falta de servicios de transporte colectivo urbano suficientes plantea en las grandes urbes, ya desde la década de los '80, como ocurrió en las ciudades de Lisboa y Oporto<sup>[3]</sup>.

No obstante, las controversias jurídicas derivadas del establecimiento de los servicios UBER no se han hecho esperar. Son numerosos los estudios centrados en analizar la concurrencia o no de una competencia desleal por parte de la empresa UBER respecto a los servicios prestados por los taxistas. En otras ocasiones, la doctrina ha tenido por objeto analizar, de conformidad con lo resuelto por la jurisprudencia inglesa, si la relación jurídica existente entre la empresa UBER y los conductores puede responder a una relación laboral sometida a las normas tuitivas de los traba-

---

<sup>[3]</sup> Entre las soluciones presentadas en este estudio para descongestionar las ciudades, se propuso la subida de impuestos a los residentes con mayores rendimientos, titulares de predios y empresas, así como la aplicación inmediata de licencias de circulación con un control de circulación limitadas a horas del día concretos. PORTO, M., *A problemática do défice dos transportes colectivos urbanos de passageiros: apreciação e sugestão de soluções*. Coimbra. 1990. pp. 39-42.

jadores por cuenta ajena<sup>[4]</sup>. Finalmente, y por sorprendente que parezca, son escasos los estudios que se encargan del análisis en atención a los riesgos que asume el pasajero que contrata los servicios de transporte urbano prestados en vehículo automóvil y que, debería adquirir la consideración de consumidor o usuario.

Ante la lista de controversias jurídicas, las alternativas que tienen los Estados son dos: su absoluta prohibición o su reglamentación. La primera experiencia ya fue vivida en España cuando el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid ordenó el cese cautelar del servicios de UBER el 9 de diciembre 2015, ante cuyo incumplimiento, el día 26 de diciembre instó a las operadoras de telefonía móvil y a las redes de pago que trabajan con la empresa el cese de todos sus servicios. ¿Cuál ha sido la consecuencia? Pocos meses después, en marzo de 2016, UberX volvió a funcionar en Madrid — así como en el resto de España — sustituyendo la mala fama adquirida por la antigua UberPop y cuya situación

---

[4] En 2014, los propios conductores de UBER, usuarios y diversos competidores tomaron la decisión de demandar a la empresa frente a los tribunales estadounidenses sobre la base de varios motivos: 1) Los conductores de UBER fundamentan su demanda en que la empresa percibe para sí el 50% de la propina que los usuarios abonon en el pago del servicio, entendiéndose que esta propina sería para los conductores y no para la empresa. 2) Los usuarios demandan ante los tribunales estadounidenses la violación de normas de competencia del Estado de California, Código Civil y demás normas de defensa de los consumidores, siendo admitido que las condiciones de UBER hacen que caer en error a los consumidores en cuanto a la propina del 20% del pago total del servicio. Entiende el tribunal que, de conocer los consumidores el destino de esa cuantía, no la entregarían. 3) Por su parte, los competidores en el sector del transporte y, en particular, taxistas, demandan que UBER haga caer en error a los usuarios por el que lleguen a creer que Uber es, realmente, una empresa de transporte. DICKERSON, T.A., Law Journal Press. New York. 2015. § 3.04. 1. [c].



jurídica se ha mantenido a la espera de lo que terminara por resolver el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este iter temporal, el legislador portugués tuvo por objeto elaborar la Propuesta de Ley n.º 50/XIII, de 22 diciembre 2016 a través de la cual dotar de una reglamentación a lo que denominaron «transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica» (TVDE). Estimamos que la falta de aprobación como norma definitiva fue debido, claramente, a la necesaria espera que merecía la asunción de lo prescrito por el TJUE y, probablemente, a todas las connotaciones políticas que la materia envuelve. Esto supuso que toda su reglamentación haya sido retrasada desde que en 2015 aparecieran las primeras voces que alertaban sobre los peligros que entrañaría una prohibición sin regulación<sup>[5]</sup>.

## **II. Economía colaborativa, consumo colaborativo y nuevos riesgos en el transporte**

### *1. Consumo colaborativo como subgénero de economía colaborativa*

Es innegable que el Derecho de Consumo se enfrenta, de manera incesante, a nuevos retos. Sin haber dado por zanjadas discusiones tradicionales que rodean a esta disciplina nacida

---

<sup>[5]</sup> MORAIS CARVALHO, J., "Developments on UBER in Portugal" en *EuCML*, Núm. 4/2015. pp. 157-158.

para proteger a quien padece el desequilibrio en una relación contractual entre consumidores y empresarios<sup>[6]</sup>, el carácter pluridisciplinar del Derecho de Consumo<sup>[7]</sup> propicia el continuo incremento del número de materias colindantes que pueden verse envueltas bajo su reglamentación.

En la actualidad, el Derecho de Consumo ha hecho que las ramas jurídico privadas hayamos de replantearnos el análisis de la inmensa mayoría de actos jurídicos. Y es que, en la inmensa mayoría de relaciones contractuales ordinarias, una de las partes contratantes adquiere la condición de consumidor de conformidad con la definición imperante, al menos, en el territorio de la Unión Europea.

Hasta aquí, nada sorprende por su novedad. Sin embargo, a esta reflexión hemos de añadir recientes movimientos sociales con una trascendental repercusión en la materia que nos ocupa. Con ello nos referimos a la, tan de moda, economía colaborativa. En primer término, resulta imprescindible precisar la existente diferencia terminológica entre economía colaborativa y el de-

.....

[6] Son grandes las discusiones doctrinales presentadas entorno a la estimación o no del Derecho de Consumo como disciplina autónoma y desgranada tanto del Derecho Civil y del Derecho Mercantil. Optando por una posición contraria a la estimación de su carácter autónomo por carecer de objeto y metodología propios, vid. FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Direito do Consumo*. Almedina. Coimbra. 2005. pp. 76-81 y FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Os direitos dos consumidores*, Almedina. Coimbra. 1982. pp. 230-235.

[7] Es resaltado del Derecho de Consumo que, junto a su pluridisciplinariedad, presente una forma categorial, finalista y con clara intención proteccionista. PINTO MONTEIRO, A., "Sobre o direito do consumidor em Portugal" en *Estudos de Direito do Consumidor*. Núm. 4. 2002. p. 133.



nominado consumo colaborativo — englobado éste dentro de aquel. Mientras que el consumo colaborativo abarca nuevos métodos de propiedad y acceso a la misma; la economía colaborativa añade sistemas de financiación entre particulares o crowdfunding, monedas virtuales, o plataformas para compartir «cultura» — películas, libros, música<sup>[8]</sup>. Centrándonos en el consumo colaborativo, una clara clasificación lo distribuye en<sup>[9]</sup> | <sup>[10]</sup>: 1) Mercados redistributivos: redistribución de objetos de lugares en los que no son necesarios a otros en los que sí lo son; 2) Sistemas de servicios de productos: pago por uso del producto sin necesidad de adquirirlo en propiedad; y 3) Plataforma de estilos de vida colaborativos: alquiler, compartir e intercambiar bienes o servicios como tiempo, habilidades, dinero, experiencias o espacio.

Como resultado de la reciente implantación de los sistemas de consumo colaborativo en el sector del transporte a nivel mundial, encontramos diversas modalidades de colaboración cuyo principal objetivo viene marcado por el ahorro de los costes derivados de los sistemas de transporte tradicional.

.....  
<sup>[8]</sup> Los peligros de un uso masivo de *crowdfunding* no se han hecho esperar y el Ministerio de Economía y Competitividad ha elaborado durante el pasado 2014 un Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial en el que incluye, en su Título V, el Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa.

<sup>[9]</sup> VAL, E., *La economía colaborativa: ¿Hacia un modelo más humano y sostenible?*, Universidad Pontificia de Salamanca, Barcelona. 2013. p. 13., en referencia a BOTSMAN, R.,

<sup>[10]</sup> Una clasificación más precisa y en la que podemos encontrar las empresas distribuidas por sectores que participan en el sistema de consumo colaborativo la encontramos en <http://www.consumocolaborativo.com/directorio-de-proyectos/> (Consultado 29-04-2015)

En primer lugar, encontramos las empresas dedicadas al alquiler de vehículos entre particulares<sup>[11]</sup> que ofrecen un servicio de intermediación on-line entre el propietario del vehículo como arrendador y el particular como arrendatario — ambos registrados en la plataforma. Por otra parte, encontramos los sistemas de carsharing — no debe confundirse con su traducción literal de término “share” — que se refiere a un uso compartido de vehículos cuya flota pertenece a una empresa<sup>[12]</sup> que, a cambio de un precio por uso ocasional o tarifa mensual, permite una cómoda utilización del vehículo sin la preocupación de gastos conexos a la propiedad del mismo. En tercer lugar, entre los sistemas más relevantes de economía colaborativa encontramos el denominado carpooling o uso compartido de vehículo ya analizado en estudios anteriores<sup>[13]</sup> por el que la empresa de carpooling<sup>[14]</sup> ofrece un servicio de intermediación entre dos particulares — conductor y pasajero- que desean realizar un viaje con el mismo lugar de salida y destino, compartiendo los gastos derivados. Por último, el más controvertido de los sistemas de consumo colaborativo en el sector del transporte es aquel mediante el cual las empre-

.....  
 [11] Entre otras, SocialCar — alquiler de turismos — o AreaVan — alquiler de caravanas.

[12] Entre otras, Avanzar/ZipCar/Avis, RespiroMadrid, BlueMove, y ClickCar.

[13] Vid. ESTANCONA PÉREZ, A.A., “Carpooling: C2C en el transporte de personas” en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*. Núm. 36. 2014. pp. 467-480., y ESTANCONA PÉREZ, A.A., “Los sistemas de carpooling y su régimen de responsabilidad” en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*. Núm. 38. 2015. pp. 285-320.

[14] Entre otras, BlaBlaCar, Amovens, Carpooling y Carpling.



sas ofrecen servicios de taxi, vehículos con conductor, chófer o similares<sup>[15]</sup>.

Por ser objeto de este trabajo abordar la problemática referida a este último de los sistemas descritos, hemos de adelantar que su controversia general deriva de la obligatoriedad que existe en los principales Estados miembro de contratar una licencia de taxi — municipal en el ordenamiento español — o de vehículo de turismo con conductor (VTC) — autonómica en el ordenamiento español — para que la prestación de sus servicios sea ajustada a derecho.

## *2. Riesgos derivados de la implantación de sistemas colaborativos en el sector del transporte de personas*

Es una clara manifestación de los graves daños que del acaecimiento de un accidente en el sector del transporte pueden derivar que éste quede englobado entre las denominadas *actividades de riesgo*. El avance tecnológico, muy presente en el sector del transporte, se presenta paralelamente unido al incremento de las actividades empresariales que presentan altos índices de riesgo o peligro para la sociedad. Estos altos índices de peligrosidad propiciaron el desarrollo de un nuevo régimen de responsabilidad civil para los sectores en los que se hace más sensible la necesidad de un mayor amparo a la víctima de los daños causados por la materialización de estos riesgos. Se trata del régimen de responsabilidad civil por actividades empresariales.

<sup>[15]</sup> Entre otras, JoinUp Taxi, Uber, Cabify, TaxiSaving, CabMix y TaxiSostenible.

riales en sectores de riesgo o «doctrina del riesgo» desarrollada por la jurisprudencia y materializada en normas especiales que establecen regímenes de responsabilidad objetiva.

Entre otras<sup>[16]</sup>, la actividad de transporte — sin llegar a ser una de las actividades anormalmente peligrosas contempladas en los *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*<sup>[17]</sup> es considerada actividad de riesgo<sup>[18]</sup> de la que deriva un régimen

.....

<sup>[16]</sup> La jurisprudencia ha completado la lista de actividades que deben ser catalogadas como actividades de riesgo. En este sentido, los daños producidos en actividades relacionadas con la explotación de la energía nuclear o cualquier material radiactivo (Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear); responsabilidad medioambiental, prestación de servicios y suministro de bienes a consumidores, manipulación de cables de alta tensión; instalaciones de gas; depósito, venta o manipulación de productos y sustancias peligrosas; instalaciones o sistemas de refrigeración, mantenimiento de ascensores; extracción minera; así como, promoción u organización de espectáculos públicos o actividades lúdicas. Para un mayor desarrollo, ÁLVAREZ LATA, N., "La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo" en *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, 5.ª edición. Aranzadi. Cizur Menor. 2014. pp. 972-990.

<sup>[17]</sup> Conforme al art. 5:101 (2) PETL, una actividad es «anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y, b) no es una actividad que sea objeto de uso común».

<sup>[18]</sup> Al margen de lo establecido en cada una de las normas reguladoras de los diferentes medios de transporte respecto al régimen de responsabilidad civil, la expansión del uso de sistemas tecnológicos, así como la gravedad de los daños que derivan del acaecimiento de un accidente son factores determinantes para considerar el transporte como actividad de riesgo. Además, en materia aseguradora, el artículo 107 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro incluye dentro del contrato de seguro por grandes riesgos: «(c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios) [así como], responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista)». CAAMIÑA DOMINGUEZ, C.M., "Los contratos de seguro del artículo 7 del Reglamento Roma I", en Cuadernos de derecho transnacional, Vol.1. Núm. 2. 2009. pp.32-34.



especial de responsabilidad civil impuesto por el TRLGDCU cuando se trata de proteger a los usuarios de estos servicios, como parte más débil en el contrato.

En concreto, por tratarse de actividad de riesgo, el transporte terrestre de personas, debe estar sometido a niveles determinados de eficacia o seguridad, debiendo llevar a cabo controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. De este modo, serán necesarias inspecciones técnicas periódicas realizadas por profesionales habilitados por el órgano administrativo correspondiente. No obstante, las inspecciones técnicas a las que se ven sometidos los vehículos de transporte público deben cumplir con unos mayores niveles de seguridad e inspecciones más estrictas, lo que llevará a cumplir con el otorgamiento de la debida autorización para realizar la actividad de transporte de personas<sup>[19]</sup>.

Utilizando el lenguaje del legislador español, las debidas autorizaciones administrativas de los transportes no catalogados como transportes privados particulares — que, en definitiva, garantizan el cumplimiento de los niveles de seguridad administrativamente requeridos para realizar los transportes públicos con los menores riesgos posibles-, nos plantea la necesidad de determinar si esta autorización, o una menos rigurosa, habrá de ser

---

[19] Vid. apartado «9. Pruebas suplementarias para los vehículos que transportan personas m2, m3» de la Directiva 2010/48/UE de la Comisión, de 5 de julio de 2010, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 2009/40/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques.

requerida también a los transportes realizados bajo el paraguas de las plataformas de economía colaborativa.

En este punto, solo podemos sostener y reiterar que el transporte de personas — ya sea aéreo, marítimo o terrestre- es una actividad de riesgo y, como tal, habrá de estar sometida a unos niveles de seguridad tales que garanticen la reducción al máximo de los riesgos a los que son expuestos los pasajeros. Siendo esto claro, también lo es que el transporte concertado entre los usuarios — conductor y pasajero- de las plataformas de economía colaborativa no es una modalidad de transporte exenta de riesgos. A los riesgos ordinarios de cualquier servicio de transporte, han de añadirse todas las controversias que pueden ser derivadas del sometimiento a condiciones generales de la contratación, fórmulas de adhesión y contratación a distancia a través de una aplicación móvil.

Todo ello nos lleva a clamar por una reglamentación que dote de la necesaria protección a los usuarios de estas plataformas. En particular, la protección habrá de amparar a quienes se convierten en pasajeros de medios de transporte cuyos servicios son prestados en vehículos automóviles y que, en definitiva, adquirirán la condición de consumidores — más bien, usuarios- de estos servicios<sup>[20]</sup>.

---

[20] Destaca la particular defensa realizada por de Moura Paiva por la que considera necesario otorgar la protección al pasajero desde el prisma del Derecho de Consumo. Manifiesta que solo será posible encontrar una responsabilidad civil justa para el pasajero si éste es tratado por el paraguas del Derecho de Consumo y justifica su afirmación alegando que existen varias desigualdades entre las partes contratantes en: la información que disponen, la formación de cada uno de ellos, poder económico, social y jurídico y el control de la máquina en la que se va a



### 3. ¿Y si el consumo colaborativo pierde su identidad?

Como veníamos señalando, bajo el paraguas del denominado consumo colaborativo se encuentran amparadas numerosas actividades que tienen como objetivo común el aprovechamiento sostenible de los recursos y el ahorro económico a través del uso compartido de ciertos bienes o servicios.

Esta es, indudablemente, la premisa que impulsa el uso compartido de vehículos a través de plataformas de carpooling. Sin embargo, mayores dudas nos plantea si este espíritu subyace bajo el uso de plataformas como UBER. Descartamos que la naturaleza jurídica de estas actividades pueda ser englobadas en sistemas de carpooling. Estos sistemas se caracterizan por la puesta a disposición de las plazas del vehículo particular que quedan libres para la realización de un determinado viaje que, generalmente, suele ser de larga distancia. Por lo que respecta a los sistemas de transporte impulsados por plataformas como UBER, la cuestión es radicalmente diferente:

— no existe un viaje pre-programado por parte del conductor del vehículo: el conductor de UBER está al servicio de las solicitudes que reciba a través de la plataforma, condicionando su desplazamiento a la recepción de las mismas,

— son desplazamientos realizados, casi exclusivamente, en área urbana: se trata de un sistema que permite al conductor del vehículo realizar los desplazamientos en un breve espacio de

.....  
realizar el desplazamiento. Vid. DE MOURA PAIVA, R.A., *Direito, turismo e consumo*. Estudos. Universidade de Coimbra. 2009. pp. 15-17.

tiempo, facilitándole poder realizar un amplio número de ellos en una sola jornada,

— la posibilidad de compartir gastos entre los pasajeros no siempre se verá cumplida: la solicitud del desplazamiento no se ve condicionada a que exista un número determinado de pasajeros que estén interesados en el mismo por lo que, habrá ocasiones en las que el vehículo sea ocupado únicamente por un pasajero que habrá de asumir, en solitario, la totalidad del gasto que conlleva.

DIFERENCIAS ENTRE CARPOOLING Y UBER	
CARPOOLING	UBER
— existencia de un viaje pre-programado por el conductor: no queda condicionado a conseguir ocupar el resto de plazas del vehículo y, por tanto, compartir el viaje	— inexistencia de un viaje pre-programado: es más, el viaje no se llegaría a realizar si no fuera por la solicitud realizada por el pasajero a través de la app
— generalmente, los desplazamientos programados son de larga distancia y podríamos afirmar que nunca en áreas urbanas	— se trata de desplazamientos exclusivamente urbanos, con un rápido recorrido que permitirá al conductor realizar amplio número de viajes en el día



— gastos, en todo caso, compartidos para los pasajeros: el pasajero compartirá siempre gastos, al menos, con el conductor del vehículo	— gastos no siempre compartidos para los pasajeros: el pasajero puede ser el único que solicite el desplazamiento y se verá en la necesidad de asumir el gastos total del desplazamiento en solitario
--	---

Fuente: elaboración propia.

Precisamente ésta última es la causa que nos permite confirmar que las dudas acerca de la idea subyacente bajo la figura de UBER no es la compartición de los gastos derivados de la realización de un desplazamiento urbano. Si así fuera, el desenvolvimiento de la actividad quedaría condicionado a que fueran dos o más los pasajeros que ocuparán el vehículo. Ello nos permite afirmar que el espíritu del consumo colaborativo no se ve reflejado en este sistema o, al menos, no es el prevalente en él.

### **III. Propuesta de reglamentación de los nuevos sistemas de transporte por carretera en el ordenamiento jurídico portugués**

#### *1. Reglamentación pionera a nivel europeo: motivación general*

A diferencia del silencio guardado entre la doctrina española entorno a la consideración que merece el pasajero en medios de transporte terrestre a efectos de su protección, la consideración del pasajero como consumidor ha sido una máxima

sostenida por los autores portugueses. En particular, LACERDA BARATA sostiene la aplicación de las reglas generales de protección al consumidor contenidas en la Lei portuguesa n.º 24/96, de 31 julio, de defensa del consumidor<sup>[21]</sup>. Creemos destacable que, pese a lo dispuesto doctrinalmente, la citada norma no hace mención expresa a la protección otorgada a los consumidores en los medios de transporte terrestre de personas, ocupándose únicamente en el art. 9.º. 8. de los transportes públicos como servicio esencial sobre el que el Gobierno habrá de adoptar las medidas adecuadas y asegurar un equilibrio en las relaciones jurídicas entabladas, y en el art. 9.º-C de los transportes de mercancías — en relación con la asunción de riesgos en caso de pérdida de bienes —. Del mismo modo, en los servicios de transporte terrestre ferroviario los pasajeros adquieren la condición de consumidor, tal y como señala el Preámbulo del Decreto Lei 58/2008 de Transporte ferroviário de passageiros, bagagens, volumes portáteis, animais de companhia e outros bens em Portugal<sup>[22]</sup>.

Este panorama normativo nos lleva a tener que desgarnar las reglas tuitivas aplicables en cada una de las vertientes que el contrato de transporte terrestre adquiera y en las que el pasajero adquiere la condición de consumidor. Plenamente aplicable a los sistemas de transporte que nos ocupan, la dispersa protección del consumidor viene clasificada en, al menos, cuatro disposiciones diferentes: a) régimen de cláusulas contractuales

<sup>[21]</sup> Vid. LACERDA BARATA, C., "Contratos de Transporte Terrestre" en *Revista da Ordem dos Advogados*. Abr./ Set. 2013. Lisboa. p. 638.

<sup>[22]</sup> DE MOURA PAIVA, R.A., "Sobre a proteção da pessoa humana no transporte ferroviário: linhas e linhas" en *Temas de Direito dos transportes*. Vol. II. Coord. Da Costa Gomes, M.J., Almedina. Coimbra. 2013. pp. 351-352.



generales; b) contratación a distancia; c) venta automatizada, telemática y con pago anticipado de los billetes; y d) contratación electrónica<sup>[23]</sup>.

Una de las manifestaciones de esa protección otorgada al consumidor es la aplicación del régimen de responsabilidad civil objetiva. En este sentido, el Código Civil portugués puede ser alabado como el principal impulsor de la implantación de un sistema de responsabilidad protector del pasajero<sup>[24]</sup> sobre la base de un criterio de responsabilidad por riesgo<sup>[24]</sup>.

Muy posiblemente la defensa del pasajero como consumidor y la clarificación del régimen de responsabilidad civil aplicable<sup>[26]</sup>, hayan sido algunas de las importantes motivaciones que

.....  
<sup>[23]</sup> En contra de lo señalado por el autor, descartamos la aplicación del régimen de venta de bienes de consumo en materia de la contratación de servicios de transporte terrestre de pasajeros. LACERDA BARATA, C., "Contratos de Transporte Terrestre" en *Revista da Ordem dos Advogados*. Abr./ Set. 2013. Lisboa. pp. 639-640.

<sup>[24]</sup> Defensor de la existencia de contratos de transporte puramente civiles, aboga por la aplicación de las reglas generales del Código Civil tanto para los contratos de transporte mercantiles como civiles. CASTELLO-BRANCO BASTOS, N. M., *Direito dos transportes*. Almedina. Coimbra. 2004. p. 57.

<sup>[25]</sup> Se descarta que la aplicación de los criterios de responsabilidad por riesgo pueda ser única en los transportes en los que la relación con el pasajero tenga el carácter de extracontractual, debiendo ser aplicable cuando la actividad de transporte tenga como base la relación contractual entre transportista y pasajero, tanto para los daños producidos a éste como a terceros. DE MOURA PAIVA, R.A., *Direito, turismo e consumo. Estudos*, Universidad de Coimbra. 2009. p. 18.

<sup>[26]</sup> Ante la falta de una reglamentación tuitiva del consumidor en el contrato de transporte de pasajeros, se estima que la normativa portuguesa aplicable no mantiene una protección propia del Derecho de Consumo, *manteniendo privilegios injustificables por parte de los operadores, profesionales y demás intervinientes en el sector*. DE MOURA PAIVA, R.A., *Direito, turismo e consumo. Estudos*, Universidad de Coimbra. 2009. p. 15.

han impulsado al legislador portugués a dar este importante paso adelante que le posiciona como Estado pionero en proponer una reglamentación para los que ha denominado transportes en vehículos «descaraterizado» a partir de plataforma electrónica — en adelante, TVDE.

## 2. Análisis de la propuesta impulsada por el legislador portugués

El interés mostrado por el legislador portugués y que estimamos alabable, tiene su manifestación en los laboriosos estudios realizados previamente a la redacción de la Propuesta de Ley n.º 50/XIII, de 22 diciembre 2016.

Encabezando la plasmación por escrito de esta labor, encontramos la Pronúncia Núm. 4/2016 Regulação de Mobilidade e Transportes (Autoridade da Mobilidade e dos Transportes — en adelante, AMT) de 5 de mayo 2016. En ella, entendemos que la AMT comete el error de considera a UBER como sistema *carpooling*<sup>[27]</sup> sirviéndole para justificar algo muy positivo, como es la solicitud de una reglamentación moderna para todas ellas.

Resulta interesante, por otra parte, el análisis realizado respecto a la Sentencia Tribunal de Lisboa de 24 abril 2015 y por la que se procede a la adopción de medidas cautelares inmediatas —

.....  
 [27] Error que, creemos, también podrá derivar de la sentencia del TJUE de 20 diciembre de 2017. En este sentido, las características de los servicios ofrecidos por UBER y que hacen determinar que ésta es una empresa de transporte podrían ser reconocidos en empresas de *carpooling* como puede ser BlaBlaCar. No obstante, nos reafirmamos en nuestro rechazo a esta consideración ya descritas con anterioridad.



el cierre página web [www.Uber.com](http://www.Uber.com), cese de las actividades de transporte de pasajeros, cese de la puesta a disposición de medios y ejecución de los contratos de transporte pasajeros; prohibición de prestación y adjudicación de servicios de transporte de la de pasajeros en vehículos ligeros bajo la denominación de "Uber" o cualquier otra con finalidad análoga; cierre y prohibición de cualquier app o sistema tecnológico o informático con la misma finalidad; prohibición del uso de tarjetas de crédito y sistemas de pago a través de Internet para los efectos previstos en la plataforma "Uber". En ella, el tribunal destaca que UBER representa una nueva concepción de movilidad urbana, nuevos servicios de transporte no abiertos al público en general (grupo diferenciado, específico, conocido de consumidores) con un uso limitado a un ámbito virtual exclusivamente.

Como respuesta a la petición, UBER presentó a la IMT (...) el pasado 16 marzo 2016 y a la AMT en fecha 1 abril 2016 el que denominó "Diploma Regulatorio Moderno" con la firme intención de colmar el vacío legal que presenta el ordenamiento jurídico portugués en la materia.

Entre los preceptos propuestos por la empresa, destacamos los siguientes puntos:

— de conformidad con el art. 1 de esta propuesta, la misma tiene por objeto regular "la actividad de alquiler de vehículo de pasajeros con conductor" estableciendo las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad por personas físicas o jurídicas establecidas en el territorio nacional.

— en atención a los “Principios orientadores” descritos en el art. 2, la AMT interpreta que esta propuesta está hecha a medida del modelo de negocio y actividad realizada por “Uber”, sin tener presente que una reglamentación de tal calado ha de ser elaborada de manera general y abstracta.

— por lo que respecta a las normas relativas sobre protección de datos de los usuarios de la plataforma, AMT entiende que el necesario conocimiento previo por el que aboga UBER solo beneficia a éste, teniendo como único objeto la recopilación de datos que les servirá para llevar a cabo una mejor adaptación de sus servicios a la demanda del mercado (algo contrario a la protección de datos protegida en el art. 5.º a) Ley portuguesa n.º 67/98, de 26 enero de Protección de Datos Personales).

— aboga la empresa, además, por la libre fijación de precios. Esto implicaría que cualquier conductor habilitado con carné de conducir podría utilizar cualquier vehículo que disponga de la inspección técnica en orden para llevar a cabo un servicio de transporte, con el precio acordado entre las partes. Para la AMT esto supondría el establecimiento de un sistema presidido por el caos y la anarquía, en tanto UBER parece confundir la libre fijación de precios con el régimen de precios libres que deja al mercado la determinación de las horquillas de precios y debiendo ser publicados, obligatoriamente, en el Diario de la República.

— por la importancia de su consideración, hemos de destacar los requisitos de acceso a la actividad auto-impuestos por UBER. De este modo, el art. 3, lejos de fijar unos requisitos claros, presenta una confusión que parece resuelta a través de la am-



pliación de las entidades autorizadas hasta considerar, aparentemente, la posibilidad de que los propios vehículos taxi realicen la actividad siempre que respeten la libertad de precios. Esto es considerado absolutamente contrario a lo previsto en el Decreto-ley n.º 181/2012, modificado por el Decreto-ley n.º 207/2015 de 24 septiembre ya que las empresas Rent-a-Car no pueden realizar transporte remunerado de pasajeros.

En definitiva, para la AMT la normativa propuesta por UBER por la que pretende colmar el vacío legal existente en el ordenamiento jurídico portugués —al igual que el español— adolece de incoherencias, conflictos con principios constitucionales, normas fundamentales del derecho europeo y con el ordenamiento jurídico vigente. Por ello, es su intención alertar al legislador de los riesgos derivados de su hipotética implantación. La AMT considera manifiestamente inaceptable el documento presentado por UBER cuya actividad, nos recuerda, es ilegal. Aclara que la negativa de este documento no implica que la AMT no sea favorable a la introducción de innovaciones tecnológicas en el sector, pero éstas habrán de ir acompañadas de innovaciones sociales, económicas y culturales que acojan nuevos modelos de negocio, como representa UBER. Esta será la única manera de proteger una reglamentación que garantice la salvaguarda de una democracia de alta calidad y respeto de los derechos de los ciudadanos.

*a. Despacho núm. 6478/2016, de 17 mayo, del Gabinete de Secretario de Estado Adjunto y de Ambiente y el trabajo posterior*

El Gobierno portugués, en aras de cumplir con el firme objetivo de dotar de una reglamentación clarificadora que se encargue de regular los nuevos sistemas de transporte urbano, impone la creación de un Grupo de Trabajo para modernizar el sector público de transporte público de pasajeros en automóvil ligero.

El estudio llevado a cabo previamente por la AMT — Pronúncia N.º 4/2016, 5 de mayo, Regulação da Mobilidade e Transportes —, sienta las bases sobre las que el Gabinete de Secretario de Estado Adjunto y de Ambiente ordena cuáles serán los puntos a tratar en el trabajo. En este sentido, el Grupo de Trabajo estará compuesto por, al menos, un representante de cada uno de los organismos portugueses que tiene relación con el sector de transporte: Instituto de Movilidad y de Transportes, Gabinete de Secretario de Estado Adjunto y de Comercio, Gabinete de Secretaría de Estado de Turismo, Gabinete de Secretario de Estado Adjunto y de Ambiente, Administración de Puerto de Duero y Leixões, Administración del Puerto de Lisboa, Cámara Municipal de Lisboa, Cámara Municipal de Oporto, ANA — Aeropuertos de Portugal —, Asociación Nacional de Transportes Ferroviarios de Pasajeros, Federación portuguesa de Taxi y DECO — Asociación portuguesa para la Defensa del Consumidor.

El objeto del estudio es claro, no obstante la amplitud de su ámbito. De este modo, el Grupo de Trabajo habría de elaborar



un conjunto de Recomendaciones para el Gobierno en las que se incluyan, en relación con el transporte público de pasajeros en automóvil ligero: a) Requisitos de acceso a la actividad; b) Requisitos de acceso al mercado; y c) Reglamentación de las plataformas que aproximan pasajeros y prestadores.

Poco después de esta petición, la Asamblea de la República (Oficio n.º 124/CEIOP, de 1 julio 2016) solicita a la AMT un nuevo estudio sobre las condiciones de transporte colectivo de pasajeros y servicios practicados por UBER. Esta solicitud da como resultado la Pronúncia N.º 8/AMT/2016, 2 septiembre, de Regulação da Mobilidade e Transportes UBER e "TÁXIS" no contexto das Plataformas Tecnológicas para os Mercados relevantes da Mobilidade.

El objeto de la misma se centra en la solicitud realizada por el Presidente de la Comisión de Economía, Innovación y Obras Públicas por el que AMT debía emitir un estudio sobre las condiciones de transporte colectivo de pasajeros y el servicio practicado por UBER. En este sentido, el estudio analiza la actividad de UBER en orden a llevar a cabo una reglamentación ajustada a la naturaleza jurídica de la figura y a la actividad que desarrolla.

A los efectos de nuestro estudio, las conclusiones más relevantes que pueden obtenerse son las siguientes:

— la plataforma tecnológica que representa a UBER es solamente el medio instrumental de su modelo de negocio (apart. 10.3.1.), optimizando la prestación de servicio de transporte. El sistema debe ser entendido como un servicio representado por

la “tecnología aplicada a los transportes” por ser una innovadora modalidad de servicios de transporte individual que opera como [...] nuevo modelo de movilidad urbana.

— los servicios prestados a través de UBER como servicio de taxi con licencia se presentan en manifiesta violación del principio de igualdad y proporcionalidad, que presiden y orientan el Estado de Derecho Democrático.

— la continuación con la actividad constituye un riesgo para el público en general, en tanto que: a) el servicio de transporte no queda protegido por ningún seguro, al no tratarse de una actividad ilegal; b) no es fácil identificar al responsable del daño causado al pasajero o tercero, ya que UBER puede alegar que no es quien presta el servicio y desentenderse de los daños; c) si quien presta el servicio no es UBER, pero el pago se realiza directamente a este — que se trata de empresa sita en Holanda —, ¿a quién podrá dirigir UBER la petición de cualquier derecho o el resarcimiento de cualquier daño?

— así, desde el punto de vista de los consumidores o usuarios —pasajeros en estos servicios de transporte-, la reglamentación debe garantizar elevados niveles de calidad y seguridad, proporcionando una movilidad eficiente y sostenible, a mejor precio, escogida de forma libre a través de una información suficiente y salvaguardando los derechos, libertades y garantías constitucionales. Además, la reglamentación no puede suponer una merma de la libre competencia entre las diferentes modalidades de transporte terrestre de pasajeros, teniendo UBER una posición claramente privilegiada en el mercado. Asimismo, se manifiesta



especial preocupación por la protección de los datos personales que recoge, trata y utiliza la plataforma UBER.

b. *Análisis de Propuesta de Ley núm. 50/XIII, de 22 diciembre 2016: ¿cuáles son los sistemas de transporte afectados?*

Llegados a este punto, solo nos queda por analizar la Propuesta de Ley núm. 50/XIII, de 22 diciembre 2016. El legislador portugués, el pasado mes de diciembre, se posicionó en un lugar privilegiado entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, siendo pionero en la aprobación de una primera Propuesta de Ley que se lanza a la reglamentación de los nuevos servicios de transporte de pasajeros a título oneroso influidos por el uso de las nuevas tecnologías.

La propia Exposición de Motivos expresa la falta de correspondencia entre la reglamentación en vigor y la aplicación de las nuevas tecnologías en el sector del transporte urbano. La norma se centra en dos ámbitos fundamentales:

- garantizar el conocimiento de los términos y condiciones de funcionamiento de las plataformas electrónicas por parte de sus usuarios,
- determinar los requisitos a cumplir por los operadores que prestan el servicio de transporte en vehículos no caracterizados externamente como vehículos que ofrezcan un servicio de transporte público.

Nos agrada encontrar una clara mención a la necesaria protección que el consumidor merece en estos servicios de transpor-

te. Queda claro que el consumidor al que se refiere es el pasajero que, como usuario de la plataforma, utilizará los servicios de transporte individual en ella ofertados. No obstante, el consumidor juega un doble papel: por una parte, se trata de un usuario de servicios de transporte individual, remunerado y realizado en vehículos «descaracterizados»; por otra parte, es consumidor o usuario de plataformas electrónicas.

Algo con lo que no estamos tan de acuerdo es con su estimación como meros intermediarios en los servicios de transporte. Como ya hemos adelantado, sin perjuicio de que esta consideración pueda ser defendida respecto de los servicios prestados por las denominadas plataformas carpooling, no ocurre lo mismo con estas plataformas representadas por la pionera UBER. Y no solo es ésta nuestra opinión, sino que se trata, como sabemos, de la opinión sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-434/15 — Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.

Las razones que sostiene el legislador portugués son, aparentemente, fundadas: las plataformas no están obligadas a prestar el servicio y tampoco se caracterizan por la puesta a disposición de los medios humanos y materiales para la prestación del servicio. Entienden que la fijación de los términos y condiciones generales de funcionamiento del sistema no puede hacer que sean considerados transportistas, sino que esto simplemente facilita la comunicación y relación entre el conductor y los usuarios. Ello impulsa su consideración como prestadores de servicios de la sociedad de la información, que deberá ser compatible con la regulación europea y nacional.



Como veníamos sosteniendo, el legislador portugués quiere dejar patente su posición contraria a la prohibición de estos servicios, abogando por crear una regulación con la que «definir encargos e obrigações necessários e suficientes para a satisfação do interesse coletivo na segurança do tráfego e dos direitos básicos dos consumidores em termos de transparência, publicidade, não discriminação e proteção de dados pessoais». La presente propuesta, por lo tanto, aboga por reglamentar de manera conjunta las diversas modalidades de transporte urbano, dotando de una reglamentación moderna a los servicios de transporte en taxi y definiendo los requisitos de calidad, idoneidad y acceso a la actividad TVDE.

En este sentido, serían objeto de esta regulación los TVDE, estableciendo el régimen jurídico de las plataformas electrónicas que organizan y ponen a disposición de los interesados esta modalidad de transporte (art. 1.2.). Excluye el mismo art. 1. la aplicación de la presente normativa: a) a las plataformas electrónicas que se dediquen exclusivamente a agregar servicios y no definen los términos y condiciones de los mismos, y b) a los sistemas de transporte en los que se comparta vehículo sin fin lucrativo — carpooling — o en los que la compartición del vehículo venga determinada por el alquiler del mismo — carsharing —, aunque ello sea llevado a cabo a través de plataformas electrónicas.

Sin perjuicio de todo lo expuesto y la alabable labor realizada por el legislador portugués, lo preocupante de esta reglamentación es que parte de una premisa errónea: no considerar a las plataformas UBER servicios de transporte.

## IV. Aplicabilidad de la norma y su necesaria reforma siguiendo el mandato europeo

### 1. Naturaleza jurídica de la figura UBER en la Unión Europea

La cuestión a debatir en esta materia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que mantiene en vilo a los legisladores nacionales es la determinación de la naturaleza jurídica de UBER. Debemos tener claro que la reglamentación que cada Estado miembro establezca para la legal prestación y ejecución de los servicios prestados por UBER, deberá tener como base la naturaleza jurídica de la figura.

En este sentido, dos son las alternativas que se nos presentan. Por una parte, es posible sostener — de acuerdo a lo que la propia UBER manifiesta en las Condiciones Contractuales y como plantea el legislador portugués— que la empresa UBER no lleva a cabo la prestación de servicios de transporte y, por lo tanto, no pudiendo ser considerada empresa transportista. Por otra parte y de conformidad con lo expuesto por el Abogado General del TJUE, los servicios prestados por UBER pueden ser considerados servicios de transporte público y, por lo tanto, UBER sería estimada como empresa de transporte y no un simple intermediario, como afirma Morais Carvalho<sup>[28]</sup>.

[28] Son dos, al menos, las razones por las que posible rechazar la consideración de UBER como simple intermediaria de conformidad con la legislación portuguesa: 1) UBER no puede estimarse como sujeto externo a la relación contractual ya que UBER aparece antes que el proveedor directo del servicio — conductor — e, incluso, sin importar quién será este ya que el pasajero-contratante lo hace por



a. *Conclusiones del Abogado General en el asunto C-434/15 Asociación profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.*

De manera breve y concisa, el Abogado General Maciej Szpunar resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona al entrar a conocer sobre el litigio planteado por la Asociación Profesional Élite Taxi frente a Uber Systems Spain en 2014 por considerar aquellos que la sociedad realizaba actuaciones calificables como competencia desleal contra los taxistas miembros de Élite Taxi. La asociación considera la falta de legitimidad de UberPop para prestar servicios en la ciudad de Barcelona por carecer ésta, los propietarios o los conductores de licencias y autorizaciones requeridas por el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona.

En este sentido, el primer punto a resolver sería la necesidad de determinar si Uber presta servicios propios de la sociedad de la información — en cuyo caso, no sería conforme con el principio de libre prestación de servicios las licencias y autorizaciones requeridas por la asociación para su funcionamiento — o servicios de transporte — en cuyo caso, cada Estado miembro establecerá los requisitos necesarios para su prestación-.

La conclusión a la que llega el Abogado General es la estimación de UBER como un prestador de servicios mixtos — servicio

.....  
el servicio y la marca UBER (art. 236.1 Cc); 2) en la prestación del servicio quedan incluidos todos los elementos de definen los servicios de auto-taxi en tanto UBER pone a disposición del público vehículos automóviles con conductores — lo cual limita su consideración de servicios privados, como ellos pretenden —. MORAIS CARVALHO, J., "UBER in Portugal" en *EuCML*, Núm. 1-2/2015. pp. 63-65.

de la sociedad de la información y servicio de transporte — no incluido en el concepto de servicio de la sociedad de la información: a) la actividad ejercida por UBER debe su existencia, exclusivamente, a la plataforma informática; b) UBER controla económicamente el servicio de transporte urbano imponiendo a los conductores requisitos para desarrollar su actividad, recompensado económicamente su actividad, ejerciendo un control sobre la calidad de la actividad pudiendo llegar a ser expulsados de la plataforma, y determinando el precio del servicio.

En definitiva, la conclusión no vinculante para el TJUE del Abogado General determinó que «la prestación de poner en contacto pasajero y conductor, facilitada por vía electrónica, ni es autónoma ni principal en relación con la prestación del transporte. Por ello, el servicio ofrecido por Uber no puede calificarse de “servicio de la sociedad de la información”: se trata más bien de la organización y gestión de un sistema completo de transporte urbano bajo petición».

*b. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-434/15 — Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.*

Siguiendo la línea planteada por el Abogado General, el TJUE determina la naturaleza jurídica de los servicios prestados por UBER como servicios de transporte. De este modo, UBER habrá de ser tratada como empresa de transporte a todos los efec-



tos y con la particularidad de que son servicios de transporte urbano no colectivo.

La breve STJUE entra al fondo del asunto distinguiendo entre servicios de intermediación y los servicios de transporte urbano no colectivo, al objeto de determinar con exactitud cuál es el prestado por la empresa UBER. Conforme a lo analizado por el Tribunal, se concluye que el servicio de intermediación es accesorio al de transporte, en tanto éste debe ser considerado «elemento principal» de su actividad<sup>[29]</sup>. Son varias las razones que llevan al TJUE a esta conclusión:

a) el servicio de intermediación consiste en la selección de conductores no profesionales que utilizan su vehículo para prestar el servicio de transporte,

b) sin la aplicación puesta a disposición por UBER, los conductores no podrían prestar servicios de transporte ni los pasajeros acceder a los servicios prestados por estos conductores,

c) la empresa UBER ejerce un control sobre las condiciones de la prestación: establece precio máximo, gestiona la recepción del precio del cliente y realiza su abono al conductor, con-

---

<sup>[29]</sup> Se citan la sentencia de 15 de octubre de 2015, Grupo Itevelesa y otros, C-168/14, EU:C:2015:685, apartados 45 y 46, y el dictamen 2/15 (Acuerdo de libre comercio con Singapur), de 16 de mayo de 2017, EU:C:2017:376, apartado 61, en los que el TJUE determinó que el servicio de transporte engloba, además de los servicios de transporte como tales, cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas y mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte.

trola la calidad de los vehículos y la idoneidad y comportamiento de los conductores pudiendo suponer la expulsión del servicio.

En este sentido, el TJUE descarta la aplicabilidad del artículo 56 TFUE (relativo a la libre prestación de servicios) e impone la aplicación del artículo 58 TFUE por tratarse de un «servicio en el ámbito de los transportes», en relación con los artículos 90 a 100. Esto supone que los Estados miembro habrán de determinar la reglamentación aplicable a estos servicios de intermediación derivados del servicio de transporte prestados por empresas como UBER en el territorio europeo — siempre respecto, claro está, al marco común europeo-.

Quedan, por lo demás, bastantes cuestiones jurídicas que precisar a raíz de la STJUE. La empresa UBER responde a la sentencia considerando que solo se vería afectado por la misma el servicio prestado a través de la aplicación UberPop — que ya fue suspendida en el año 2014 en España — y no UberX, por tratarse de un servicio que ya dispone de licencias VTC. Por otra parte, precisamente esta particularidad, nos lleva a plantearnos si la regulación de UBER habrá de tomar como base la de los servicios de auto-taxi o, por el contrario, merecen una reglamentación particular que respondería a las particularidades que presenta un sistema de contratación electrónica y la realización de los transportes en vehículos no identificables externamente.



## 2. Incompatibilidad de la Propuesta de Ley portuguesa con el mandato europeo

### a. Cuestiones a modificar por el legislador português

En concordancia con todo lo que veníamos afirmando, el legislador portugués habrá de dar un gran cambio a la Propuesta de Ley de diciembre 2016 afectando a la base de la misma. En esta línea, el giro será en torno al cambio de naturaleza jurídica de los servicios prestados por UBER, pasando a ser considerados prestadores de servicios de transporte.

Por lo tanto, entendiendo que la Propuesta de Ley portuguesa divide el ámbito subjetivo en el Capítulo II ocupándose de aquellos que destinen su actividad a la prestación de servicios de transporte — Atividade de transporte em veículo descaraterizado a partir de plataforma eletrónica — y en el Capítulo III a los prestadores de servicios de intermediación a través de plataformas electrónicas —Plataformas eletrónicas de reserva —, no vemos mayor inconveniente en que la totalidad de la reglamentación sea exigible a la que ahora es considerada empresa de transporte. Esto facilitaría en gran medida la reforma de la Propuesta de Ley que el legislador portugués elaboró pensando en UBER como un simple intermediario y dejando la reglamentación relativa a los TVDE para los conductores que quisieran llevar a cabo la prestación de los servicios de transporte.

En cualquier caso, todo ello comportará la necesidad de combinar la normativa propia de los servicios de la sociedad de

la información con la protección del pasajero como consumidor en una sola norma. Los cimientos de la misma ya han sido montados, aunque de manera separada, por el legislador portugués. En estos momentos les podría servir como base para dotar de una identidad subjetiva al conjunto de la norma por la que adquiriera un sentido uniforme, pasando a ser UBER quien ocupe el ámbito subjetivo de la misma y siendo los conductores, trabajadores de esta<sup>[30]</sup>.

*b. ¿Cómo afectará a la protección del consumidor?*

La protección al consumidor otorgada por el legislador portugués en la propuesta de ley debe venir superada por una doble vertiente. A la protección inicial centrada en la consideración de los servicios prestados por UBER como englobables exclusivamente en servicios de la sociedad de la información, habrá de añadirse la protección otorgada al consumidor como pasajero en los servicios de transporte prestador por UBER.

No supone, por tanto, obviar y eliminar todo esfuerzo normativo ya realizado por el legislador portugués, sino completarlo con una protección del pasajero como consumidor/usuario de medios de transporte cuyo servicio es prestado en vehículos au-

.....  
<sup>[30]</sup> Para un mayor desarrollo acerca de esta consideración valorando la sentencia *Employment Tribunal* de Londres de 2016. LEAL AMADO., J. y GOMES SANTOS, C., "A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*" en *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º. Núm. 4001, Nov-Dec. 2016, pp. 123-124.



tomóviles «sin caracterizan» -es decir, sin identificar como transporte público- y concertado a través de plataforma electrónica.

Los servicios de transporte urbano no colectivo — tradicionalmente considerados servicios de auto-taxi — vienen sometidos a un régimen de licencias que habrán de ser solicitadas a la administración pública competente en orden a ofrecer las mayores garantías de seguridad e idoneidad al pasajero. Y esto, al menos, es lo que deberá ser garantizado al pasajero de servicios de transporte prestados por UBER en territorio europeo.

Queda claro que, cada Estado miembro podrá determinar cuáles son esos niveles de exigencia mínimos que la empresa UBER habrá de cumplir en aplicación de lo dispuesto en el marco común europeo. Sin embargo, esta libertad puede propiciar situaciones de desigualdad por las que UBER sea tratada de manera más laxa en algunos Estados miembro.

## V. Conclusiones

El desarrollo y evolución de las nuevas tecnologías se presenta a modo de reto continuo para los prácticos del Derecho. No se trata de un capricho del legislador ni de los tribunales de justicia, sino la respuesta legal ante una inquietud y descontento social relevante. Y es precisamente el descontento, ante la falta de respuesta jurídica, de las empresas de transporte terrestre en los Estados miembro — representadas, en este caso, por la Aso-

ciación Profesional española Élite Taxi —, lo que nos ha llevado a obtener la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre 2017.

El TJUE, siguiendo lo alegado por el Abogado General, concluye que los servicios prestados por UBER han de adquirir la consideración de servicio de transporte urbano no colectivo, en tanto que la intermediación es una actividad secundaria e indisolublemente unida a la actividad principal, la prestación del transporte. Sobre la base de diversas características que configuran la actividad de UBER — la aplicación informática es determinante para la realización efectiva del transporte, el precio máximo es fijado por la empresa, la transacción del pago del cliente y la determinación de la calidad, idoneidad y comportamiento del transportista —, el TJUE estima la necesidad de que los Estados miembros doten de una reglamentación a estas novedosas actividades de transporte en las que las nuevas tecnologías adquieren un gran peso.

No obstante, tememos que esta sentencia suponga una confusión entre dos actividades que, a nuestro entender y como hemos manifestado en ocasiones anteriores, merecen una consideración radicalmente diferente. En este sentido, estimamos que UBER realiza una actividad económica que está lejos de poder ser estimada como sistema de carpooling. Esto supone que la reglamentación de ambas — las empresas que realizan actividades de transporte a través de una aplicación informática y las empresas carpooling — no debería ser la misma, ni podrán serles exigidos los mismos requisitos. Muy probablemente, esta confu-



sión se habría evitado si el TJUE hubiera tenido en cuenta que el sistema ofertado en UberPop —sistema de transporte carpooling— y UberX — sometido a las reglas del VTC — guarda muy notables diferencias.

Alabamos, por lo demás, el valor del legislador portugués con la elaboración pionera de la Propuesta de Ley n.º 50/XIII, de 22 diciembre 2016 y por la que pretendía evitar la prohibición de estas empresas a través de una reglamentación que dotara de una protección suficiente a todas las partes intervinientes en esta actividad económica. No obstante, se precipitó en la definición de la naturaleza jurídica de las plataformas representadas por UBER, considerándolas meras empresas intermediarias. Por otra parte, aunque excluye del ámbito de aplicación a las plataformas carpooling, a nuestro modo de entender, confunde ambas figuras. No parece dotar de la importancia merecida al hecho de que los servicios de UBER sean prestados a solicitud del usuario, debiendo remunerar al conductor por ello. A diferencia de esto, en las plataformas de carpooling el trayecto va a ser realizado, de igual manera, existan pasajeros extra o no. Por lo que el pasajero pierde el carácter esencial que adquiere en los transportes realizados por UBER.

En cualquier caso, estimamos que Portugal tiene un gran trabajo avanzado. Podrá aprovechar la oportunidad para, con motivo de la elaboración de esta Propuesta de Ley, conocer las inquietudes de todos los agentes relacionados con el sector del transporte terrestre de pasajero y llevar a cabo una reglamentación que evite levantar el menor número de voces críticas posible.

## VI. Bibliografía

ÁLVAREZ LATA, N., "La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo" en Tratado de Responsabilidad Civil, T. II, 5.ª edición. Aranzadi. Cizur Menor. 2014.

CAAMIÑA DOMINGUEZ, C.M., "Los contratos de seguro del artículo 7 del Reglamento Roma I", en Cuadernos de derecho transnacional, Vol.1. Núm. 2. 2009.

CASTELLO-BRANCO BASTOS, N. M., Direito dos transportes. Almedina. Coimbra. 2004.

DE MOURA PAIVA, R.A., Direito, turismo e consumo. Estudos. Universidade de Coimbra. 2009.

— "Sobre a proteção da pessoa humana no transporte ferroviário: linhas e linhas" en Temas de Direito dos transportes. Vol. II. Coord. Da Costa Gomes, M.J., Almedina. Coimbra. 2013.

DICKERSON, T.A., Law Journal Press. New York. 2015. 3.04. 1. [c].

ESTANCONA PÉREZ, A.A., "Carpooling: C2C en el transporte de personas" en Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías. Núm. 36. 2014.

— "Los sistemas de carpooling y su régimen de responsabilidad" en Revista Aranzadi de derecho patrimonial. Núm. 38. 2015.

FERREIRA DE ALMEIDA, C., Os direitos dos consumidores. Almedina. Coimbra. 1982.

— Direito do Consumo. Almedina. Coimbra. 2005.



- LACERDA BARATA, C., "Contratos de Transporte Terrestre" en Revista da Ordem dos Advogados. Abr./ Set. 2013. Lisboa.
- LEAL AMADO., J y GOMES SANTOS, C., "A Uber e os seus motoristas em Londres: mind the gap!" en Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 146.º. Núm. 4001. Nov-Dec. 2016.
- MORAIS CARVALHO, J., "UBER in Portugal" en EuCML, Núm. 1-2/2015.  
— "Developments on UBER in Portugal" en EuCML, Núm. 4/2015.
- PINTO MONTEIRO, A., "Sobre o direito do consumidor em Portugal" en Estudos de Direito do Consumidor. Núm. 4. 2002.
- PORTO, M., A problemática do défice dos transportes colectivos urbanos de passageiros: apreciação e sugestão de soluções. Coimbra. 1990.
- VAL, E., La economía colaborativa: ¿Hacia un modelo más humano y sostenible?, Universidad Pontificia de Salamanca, Barcelona. 2013.

# POLITICA DE CONCORRÊNCIA, AUXÍLIOS DE ESTADO E DIREITOS DOS CONSUMIDORES

*João Nogueira de Almeida*

## 1. Introdução

Uma das justificações mais usuais para a existência de um direito e de uma política da concorrência tem sido a de que a sua existência proporciona uma proteção acrescida aos consumidores<sup>[1]</sup>. Na União Europeia em particular, a Comissão Europeia tem enfatizado ao longo dos tempos a importância de uma concorrência aberta na Europa, porque na sua opinião, a sua existência contribui para baixar os preços e aumentar a escolha dos consumidores europeus<sup>[2]</sup>, aparecendo assim como elemento garantidor dos interesses dos consumidores, traduzido na exis-

<sup>[1]</sup> Neste artigo seguimos de perto, em alguns pontos, a nossa tese de doutoramento. Vide NOGUEIRA DE ALMEIDA, J. J. (2013). *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia - Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*. Doutoramento, Coimbra. Numa perspetiva crítica, ver CALVETE, V. (2015). *Sobre as Origens do Antitrust*. Doutoramento, Coimbra., pp. 219 e segs.

<sup>[2]</sup> Vide, EUROPEIA, C. "A Política de Concorrência da EU e os Consumidores."



tência de preços mais baixos, inovação e de maior variedade de produtos do que seria possível em mercados de oligopólio e de monopólio.

Todavia esta é uma presunção que carece de uma análise mais cuidada.

Como iremos ver, a regulação em concreto da política da concorrência leva-nos a crer que a proteção dos interesses dos consumidores não parece estar, de facto, na sua primeira linha das preocupações.

Depois, porque não é correta a ideia segundo a qual a concorrência por si só permite invariavelmente, enquanto sistema que premeia a eficiência, a existência de preços mais baixos, sendo que também não garante por si só uma maior variedade de produtos ou uma maior inovação. Assente que o modelo desejável de organização do mercado é o mercado de concorrência perfeita notamos facilmente que podem não se cumprir quaisquer dos três desideratos desejados, preços mais baixos, inovação e maior variedade de produtos. Apesar de, em concorrência perfeita, o preço de mercado se tender a aproximar com o custo marginal no longo prazo, não havendo lugar a lucros anormais duradouros, daqui não se pode inferir simplesmente que os preços de mercado seriam mais baixos do que aqueles que resultariam de mercados oligopolistas ou monopolistas. Mesmo obtendo lucros anormais substanciais, muito acima do custo marginal e do custo médio total, o preço praticado pelas empresas nesses mercados pode ser na verdade mais baixo que numa situação de mercado de concorrência perfeita se os custos médios

totais forem substancialmente inferiores aos que existiriam neste mercado. Acresce ainda que, por definição, em concorrência perfeita não existe inovação (bens são homogêneos), pelo que não teríamos respeitada a exigência de mais inovação e de uma maior variedade de produtos. Por certo, não ignorando esta realidade, os tribunais construíram o conceito de concorrência praticável (*workable competition*) como significando a competência desejável (e possível) tendo em conta a estrutura de mercado existente em concreto.

Acrescente-se ainda, que convém analisar se o que se pretende é a existência de preços mais baixos e de maior variedade de produtos agora ou no futuro. Certas restrições à concorrência podem paradoxalmente ser vantajosas no futuro, quer em termos de preços quer quanto à variedade dos produtos à disposição dos consumidores, ainda que tal tenha um custo medido por preços maiores e menor variedade de produtos no presente.

Importa ainda, não esquecer que o direito da concorrência da União Europeia está ao serviço do ideal de uma integração económica plena, pelo que todos os outros interesses que lhe possam estar associados (v.g., os interesses dos consumidores) quebram sempre que puserem em causa aquele.

Afastando agora as preocupações com a defesa dos interesses dos consumidores, importa relembrar que a política da concorrência tem sido utilizada historicamente, entre outros, como um instrumento, de controlo do poder económico pelo poder político, de protecção dos pequenos empresários e dos pequenos



negócios, de garante da liberdade de iniciativa económica e de busca da eficiência económica<sup>[3]</sup>.

## **2. Regras da concorrência e organização da atividade económica na União Europeia**

Os tratados europeus consagram a existência de uma economia de mercado, pelo que, por definição, a organização da atividade económica deve reger-se de acordo com as regras do mercado.

Neste pressuposto, a resolução do problema económico (o que, como e para quem produzir) deverá, em princípio, ser resolvido pelo mercado.

Ao Estado competirá intervir subsidiariamente quando o mercado não consiga por si só resolver o problema económico ou a sua intervenção conduza a resultados considerados insatisfatórios pela comunidade.

A organização da atividade económica pelo mercado é realizada sob a égide do princípio da concorrência. Tal implica o direito de acesso a qualquer atividade económica por parte das empresas. No espaço económico da União Europeia, a garantia da existência do mercado interno significa que, por princípio, as empresas e os consumidores não devem estar sujeitos a restrições

---

<sup>[3]</sup> Sob este tema, a impressionante tese de doutoramento de VÍCTOR CALVETE, *Sobre as Origens do Antitrust*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

artificiais que os impeçam de oferecer e procurar os bens e serviços nos locais e nas condições que acharem por convenientes.

A regulação da concorrência na União Europeia encontra-se prevista nos artigos 101.º a 109.º do TFUE, e tem por destinatários as empresas e os Estados. Nela se prevê a proibição dos acordos restritivos, do abuso de posição dominante, das concentrações<sup>[4]</sup> e dos auxílios de Estado, embora com diferenças assinaláveis.

A proibição dos acordos restritivos, das concentrações e dos auxílios de Estado é uma proibição de princípio. A razão para tal prende-se com o facto de, em certas situações excepcionais, os acordos restritivos, as operações de concentração e os auxílios de Estado poderem trazer vantagens, económicas e não económicas, que superam os seus efeitos negativos sobre a concorrência. Já a proibição do abuso de posição dominante configura uma proibição absoluta, não admitindo o TFUE que possam resultar vantagens assinaláveis para o mercado interno, sempre que uma empresa abuse do poder que tem no mercado de referência.

### **3. A proteção da concorrência na União Europeia. A escolha do critério de apreciação**

A consagração nos tratados europeus de um conjunto de normas sobre concorrência, destinado a regular quer o compor-

<sup>[4]</sup> De notar que a regulação das concentrações não está nem nunca esteve prevista nos Tratados.



tamento das empresas quer o comportamento dos Estados membros tem, quanto a nós, dois objetivos. Um objetivo imediato, que é o de garantir a existência de uma concorrência não falseada entre as empresas, E, ainda, um objetivo mediato, específico do direito da concorrência europeu, o de contribuir para assegurar o funcionamento do mercado interno. Esta posição de princípio impõe que se esclareçam os conceitos de concorrência e de concorrência não falseada<sup>[5]</sup>.

Não se pode dizer que a regulação da concorrência na União Europeia seja tributária de um certo conceito de concorrência. Todavia, é importante precisar qual o conceito de concorrência que está na base da regulação da concorrência, dado que dele depende a operabilidade da própria noção de falseamento ou distorção da concorrência<sup>[6]</sup>.

Numa primeira abordagem, o conceito de concorrência no campo económico sugere a ideia de luta entre empresas no mercado. As empresas disputam as preferências dos consumidores, no fito de aumentarem a sua produção e os seus lucros. Esta disputa entre as empresas necessita de regras disciplinadoras e de árbitros que velem pelo seu cumprimento.

---

<sup>[5]</sup> Sobre, este ponto, ver SPECTOR, D. (2006). «L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation.» *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*(2): 34-43., pp. 40-43.

<sup>[6]</sup> HEIDHUES, P. N., RAINER (2007). *Comments on State Aid Reform - Some Implications of an Effects-based Approach. The More Economic Approach to European Competition Law.* D. Schmidtchen, M. Albert and S. Voigt. Tübingen, Mohr Siebeck: 321-344., p. 325.

A noção de concorrência aparece por vezes ligada à ideia de *fairness*, de uma concorrência leal entre os participantes do jogo económico, e de um *level-playing field*. Um dos objetivos da regulação da concorrência, quer se pense nos acordos restritivos, no abuso de posição dominante, no controlo das concentrações ou nos auxílios de Estado, é, precisamente, a criação de um *level playing field* dentro da União Europeia. Todos os Estados e todas as empresas deverão estar sujeitos à mesma disciplina regulatória neste domínio<sup>[7]</sup>. A razão pela qual se proíbem, por princípio, os acordos restritivos da concorrência ou os auxílios de Estado, se sujeitam a um controlo apertado as concentrações ou se proíbe, de *iure*, o abuso de posição dominante, radica no facto de, a não ser assim, resultar prejudicada a concorrência entre as empresas e os seus presumidos benefícios. Se virmos bem, a concorrência não é uma situação que agrade sempre às empresas, pelo menos aquelas que já estão no mercado. Constituiria para estas uma situação muito mais vantajosa, que elas tivessem a possibilidade de acordar entre si mecanismos de fixação de preços ou a repartição de mercados e ganhar ou manter uma posição de independência sobre os mercados, que lhes permitissem fixar os preços mais convenientes, diga-se, mais altos.

O mesmo raciocínio vale para os auxílios de Estado. A concessão de auxílios seletivos presume-se, por princípio, incompatível com o mercado interno, com base na ideia de que, devido à

<sup>[7]</sup> De acordo com o ponto 7 do Plano de Acção no domínio dos Auxílios Estatais, o «...controlo dos auxílios estatais decorre da necessidade de assegurar condições equitativas para todas as empresas que operam no mercado único europeu, qualquer que seja o Estado-Membro onde se encontram estabelecidas.»



sua intrínseca natureza seletiva, tendem a criar situações de desigualdade entre as empresas. A regulação dos auxílios de Estado continua, assim, a apresentar a concorrência como sinónimo de uma concorrência leal e justa entre as empresas. Estas devem ser capazes de concorrer por si só no mercado.

O próprio funcionamento adequado dos mercados pressupõe a ausência de intervenção dos poderes públicos, porque esta tende a afastar as economias do objetivo da eficiência económica.

Consequentemente, as intervenções públicas, designadamente, por meio de auxílios de Estado, não devem, em princípio, ser autorizadas. Os auxílios só se justificam, face ao ideal de uma competição leal e justa entre as empresas, quando o próprio mercado não funciona adequadamente (não promovendo a eficiência económica) ou, mesmo funcionando de forma adequada, não produz os resultados de natureza distributiva que a comunidade política entende serem os mais desejáveis.

Neste sentido, compreende-se que a noção de concorrência tenha sobretudo uma dimensão subjetiva de proteção das posições e interesses dos concorrentes. Cada empresa deve aceder ao mercado, nele participar ou dele afastar-se, munida apenas com as suas próprias armas. Nesta medida, compreende-se que os acordos restritivos da concorrência entre as empresas, as operações de concentração, o abuso de posição dominante e os auxílios de Estado sejam objeto de regulação, no intuito de estabelecer um *level-playing field*.

Desde logo, a concessão de um auxílio a uma empresa significa a atribuição de uma vantagem injustificada, que fere a justiça do jogo concorrencial e viola o *level-playing field*. É, por isso, natural que a concessão de um auxílio a uma empresa possa ser entendida como significando, de *per se*, uma distorção da concorrência. Subjacente à noção de concorrência leal está também a ideia de que os auxílios não têm apenas um custo imediato de perda de eficiência no presente, mas também um custo difuso no futuro e, por isso, difícil de quantificar. No presente, a concessão de um auxílio a uma determinada empresa pode não ter qualquer efeito no montante do investimento, no nível da produção ou nos preços, no mercado onde ela participa. Dir-se-á, pois, que o auxílio é neutro. Contudo, será razoável pensar que o auxílio concedido constituirá um sinal errado para o conjunto das empresas a atuar nesse mercado. As empresas ficam a saber que talvez valha a pena mobilizar recursos para conseguir também auxílios, em vez de os empregar na melhoria do produto ou serviço que oferecem. Elas ficam também a saber que as suas posições no mercado não dependem apenas do mérito relativo da sua atuação, mas também de fatores exteriores ao mercado, de forma que, também por esta razão, não terão demasiado interesse em arriscar estratégias de mercado com vista a satisfazer os consumidores<sup>[8]</sup>.

Depois as próprias empresas, elas próprias, podem racionalmente considerar que lhes é mais vantajoso «libertarem-se» por

.....  
[8] SPECTOR, D. (2006). «L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation» *Concurrences — Revue des droits de la concurrence*(2): 34-43., p. 40.



acordo das regras da concorrência do que sujeitar-se ao seu império, quer celebrando acordos entre si quer impondo o seu poder por forma a afetar o comportamento de outras.

O conceito de concorrência na União Europeia não pode ser discutido sem ter em conta o facto de ela funcionar como garante do funcionamento do mercado interno. Deste modo, é entendido como integrando o conceito de distorção da concorrência qualquer medida dos Estados-Membros ou comportamento das empresas que ponha em causa o mercado interno. Muitas das proibições *per se* existentes no domínio da concorrência têm a sua razão de ser no facto de constituírem violações frontais de alguma das condições necessárias à existência do mercado interno, independentemente de poderem até aumentar a eficiência nos mercados<sup>[9]</sup>.

O conceito de concorrência está também ligado à ideia de eficiência económica. Na União Europeia, a ligação da concorrência à promoção da eficiência económica e do bem-estar do consumidor aparece no início dos anos 90<sup>[10]</sup>, no âmbito dos acordos restritivos da concorrência, das concentrações e dos

<sup>[9]</sup> A título de exemplo, consultar o artigo 1.º, n.º 2, a) Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão de 6 de Agosto de 2008 (Regulamento geral de isenção por categoria):

«2. O presente regulamento não é aplicável:

a) Aos auxílios *a actividades relacionadas com a exportação*, nomeadamente os auxílios directamente ligados às quantidades exportadas, a favor da criação e funcionamento de uma rede de distribuição ou a favor de outras despesas correntes atinentes às actividades de exportação» [negrito nosso].

<sup>[10]</sup> Vide, *supra*, o ponto 1.3.

abusos de posição dominante, e ainda mais tarde, no campo dos auxílios de Estado, com o Plano de Ação no domínio dos auxílios estatais.

O conceito de eficiência pode ser tomado sob várias perspectivas, como significando um situação de bem-estar total (*surplus* dos produtores e dos consumidores), como sinónimo do bem-estar do consumidores ou como sinónimo de bem-estar dos consumidores, dos produtores e dos contribuintes<sup>[11]</sup>.

Em geral, a doutrina económica considera, em tese, que as políticas de concorrência devem ter como objetivo a maximização total do bem-estar no conjunto da economia, isto é, deve maximizar a soma do *surplus* de todos os agentes económicos (Estado, empresas e consumidores). A eventual repartição desigual dos ganhos pelos consumidores, pelos produtores e pelo Estado não deve ser considerada diretamente pelas autoridades da concorrência, simplesmente, porque o instrumento mais adequado para corrigir as desigualdades não é a política de concorrência, mas a política fiscal.

Nesta linha, defender que os acionistas são, em média, mais ricos do que os consumidores, pelo que seria preferível favorecer

[11] HEIDHUES, P. N., RAINER (2007). *Comments on State Aid Reform — Some Implications of an Effects-based Approach. The More Economic Approach to European Competition Law*. D. Schmidtchen, M. Albert and S. Voigt. Tübingen, Mohr Siebeck: 321-344., p. 327 ; HAUCAP, J. and U. Schwalbe (2011). *Economic Principles of State Aid Control*. H. Normann, Düsseldorf Institute for Competition Economics. 17., pp. 20-22 ; HAUCAP, J. and U. SCHWALBE (2011). *B. Ökonomische Grundlagen der Beihilfenkontrolle. Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) — Band 3 — Beihilfen- und Vergaberecht*. F. Montag and F. J. Säcker. München, C.S.Beck. 3., pp. 30-31.



estes últimos, não parece ser o argumento mais adequado, até porque todos os acionistas são consumidores mas nem todos os consumidores são acionistas. Depois, porque parece ser preferível deixar que aumente o *surplus* total e, depois, redistribuí-lo, utilizando para o efeito o *instrumentarium* da política fiscal<sup>[12]</sup>.

Todavia, em todos os domínios tradicionais da concorrência (acordos restritivos, abusos de posição dominante e concentrações) a regra tem sido a adoção do critério do *surplus* do consumidor, pelo que a extensão deste critério aos auxílios de Estado permitiria estabelecer um regime jurídico coerente em todos os domínios por ela abrangidos, na medida em que o critério de apreciação da concorrência e das restrições da concorrência seria o *surplus* dos consumidores.

Antes de analisar em que medida se pode aplicar ou não o critério do *surplus* do consumidor aos auxílios de Estado, convém esclarecer, ainda que brevemente, qual é a razão de ser da aplicação do dito critério aos acordos restritivos, abusos de posição dominante e concentrações, em lugar do critério do bem-estar total. Sempre que existe um acordo restritivo, um abuso de posição dominante ou uma concentração, o risco maior é o de que as empresas que estabelecem entre si um acordo restritivo, que abusam da sua posição dominante ou que acordam en-

---

[12] SPECTOR, D. (2006). «L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation.» *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*(2): 34-43., p. 41 ; HEIDHUES, P. N., RAINER (2007). *Comments on State Aid Reform — Some Implications of an Effects-based Approach. The More Economic Approach to European Competition Law*. D. Schmidtchen, M. Albert and S. Voigt. Tübingen, Mohr Siebeck: 321-344., pp. 330-331.

tre si uma concentração, aumentem o seu poder no mercado, em prejuízo dos consumidores. As restrições da concorrência têm quase sempre por efeito aumentar o poder de mercado das empresas, dando-lhes, por isso, a capacidade para impor preços superiores ao custo marginal. A existência de preços superiores ao custo marginal reflete uma situação em que o bem-estar da sociedade não é máximo. O bem-estar da sociedade só é máximo na situação de parificação do custo marginal com o preço de mercado. Um maior poder de mercado, em resultado de uma restrição da concorrência, implica forçosamente um aumento dos preços e, conseqüentemente, menores níveis de produção e diminuição do bem-estar dos consumidores.

A opção pelo *surplus* dos consumidores no domínio das restrições privadas à concorrência tem sido justificada pela necessidade de compensar a diferença de poder entre os consumidores e as empresas. As empresas são menos e estão melhor organizadas do que os consumidores, o que lhes permite estarem sobre representadas nos processos de decisão política e legislativa. A opção pelo critério do *surplus* dos consumidores constitui um contrapeso compensador do maior poder das empresas, tendente a proporcionar um maior equilíbrio entre os interesses antagónicos dos consumidores e das empresas.

Já a aplicação do critério do *surplus* dos consumidores aos auxílios de Estado levanta, pelo menos, dois obstáculos de monta.

Um deles tem que ver com a consideração dos interesses dos contribuintes. O outro está relacionado com a própria ideia de Estado como entidade estratégica que prossegue fins que



não podem ser catalogados como interesses dos consumidores, empresas ou contribuintes, antes importam à comunidade no seu todo. A aplicação estrita do critério do *surplus* dos consumidores não é transferível para os auxílios de Estado. Nos auxílios estão em causa também os interesses dos contribuintes para além dos interesses das empresas e dos consumidores. Salvo casos excepcionais<sup>[13]</sup>, a concessão de auxílios tem um efeito positivo nos consumidores. A sua concessão reduz os custos de funcionamento das empresas e tem um impacto global positivo ou, no mínimo, neutro para os consumidores, apesar de ter ou de poder ter efeitos negativos sobre os concorrentes<sup>[14]</sup>.

Sem a consideração da perda sofrida pelos contribuintes correr-se-á o risco de se adotar uma política muito liberal (*laxista*) de concessão de auxílios. A não consideração da perda dos contribuintes poderá levar a que se perceçione como positiva (do ponto de vista dos consumidores) a concessão de auxílios a empresas ineficientes. A empresa ineficiente, porque recebeu auxílios, produz mais e a custo mais baixo do que as concorrentes. De modo que, os consumidores ficam com a ideia de que a empresa que recebeu os auxílios é a empresa eficiente (produz mais e a custo menos elevado) e as empresas concorrentes são

---

[13] Auxílios de montante elevado que permitem às empresas beneficiárias adotar estratégias de afastamento das rivais, nomeadamente através de preços predadores, ou aumentar o seu poder de mercado, com prejuízo dos consumidores.

[14] Os efeitos negativos dos auxílios sobre os concorrentes estão dependentes, entre outros fatores, da estrutura do mercado. Num mercado em que existam muitas concorrendo intensamente ou num oligopólio com produtos diferenciados os efeitos dos auxílios são menores do que em mercados funcionando em regime de oligopólio com produtos homogéneos.

as empresas ineficientes (produzem menos e a custo mais elevado). A apreciação dos auxílios de acordo com o interesse dos consumidores e dos contribuintes é de difícil aplicação prática, porque é difícil estimar empiricamente o custo económico da tributação.

A aplicação do critério do *surplus* dos consumidores aos auxílios públicos coloca ainda o problema da ignorância da natureza do Estado. Os auxílios têm também de ser vistos como instrumento ao serviço do Estado. A consideração unicamente do critério do *surplus* dos consumidores ignora esta realidade.

A aplicação do critério do bem-estar total (*surplus* dos produtores e dos consumidores), tem a vantagem de juntar o excedente dos produtores ao excedente dos consumidores. Porém, este critério falha na medida em que não permite avaliar os efeitos dos auxílios, Sendo os auxílios um puro mecanismo de redistribuição, qualquer um seria eficiente, desde que aumentasse o excedente do consumidor e do produtor<sup>[15]</sup>.

---

[15] A Comissão parece inclinar-se no documento «Princípios comuns aplicáveis à apreciação económica da compatibilidade dos auxílios estatais nos termos do n.º 3 do artigo 87.º», para o critério do bem-estar total, ao referir expressamente no seu ponto 11, que o «...critério do equilíbrio exige naturalmente um quadro comum de avaliação e comparação dos diferentes elementos a ponderar. Esse quadro é proporcionado pela análise do impacto do auxílio estatal no bem-estar de todos os interessados e, nomeadamente, no bem-estar do beneficiário do auxílio, dos seus concorrentes, dos consumidores, mas também dos fornecedores de factores de produção (por exemplo, mão-de-obra)».

A compreensão do conceito de eficiência como sinónimo de bem-estar dos consumidores, dos produtores e dos contribuintes já escaparia a esta crítica. Todavia, não se vê muito bem, como é que o controlo europeu dos auxílios pode ter em consideração os interesses dos contribuintes, tendo em conta as limitações decorrentes do seu regime normativo estabelecido no TFUE.

A opção mais acertada parece-nos ser a «construção» de um conceito de concorrência que tenha em conta, por um lado, os efeitos dos auxílios sobre as diferentes categorias de agentes (Estados, empresas e consumidores) que são por eles afetados e, por outro lado, os fins que os auxílios querem servir (correção de uma falha de mercado ou contribuição dos auxílios para a realização de um fim de interesse comum europeu). O balanço global resultante da avaliação dos efeitos positivos e dos efeitos negativos dos auxílios presta-se, no entanto, mal a uma avaliação quantitativa. Não é possível quantificar com um grau aceitável de certeza e de segurança nem os efeitos positivos do auxílio (desde logo, quanto aos benefícios resultantes da correção das falhas de mercado) nem os seus efeitos negativos. A solução poderá estar na formulação de critérios<sup>[16]</sup> com o intuito de precisar «...quels types d'éléments factuels sont susceptibles d'être retenus pour démontrer les gains d'efficacité induits par les aides en présence de défaillances du marché»<sup>[17]</sup>.

---

<sup>[16]</sup> Nos mesmos termos em que se já se faz nas Orientações para a apreciação das operações de concentração. Vide, as Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03), JO C 31 de 5.2.2004.

<sup>[17]</sup> SPECTOR, D. (2006). «L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation.» *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*(2):

#### 4. Conclusão

A regulação da concorrência na União Europeia não está diretamente ao serviço dos consumidores.

A primeira e principal finalidade da sua existência consiste em garantir a existência e permanência do mercado interno, traduzido no facto de os bens, serviços, capitais e pessoas poderem circular livremente dentro do espaço económico da União.

O outro objetivo da regulação consiste em proteger, nuns casos os interesses dos concorrentes e noutros a própria concorrência em si.

O que se pode dizer com alguma dose de certeza é que a garantia da concorrência serve os interesses dos consumidores, sempre que tal conduza a preços mais baixos, inovação e variedade de produtos à sua disposição.

Dada a imprestabilidade do conceito de concorrência perfeita para servir de modelo de análise das restrições da concorrência<sup>[18]</sup>, os tribunais europeus construíram o conceito de concorrência praticável, entendida como aquela dose de concorrência imprescindível, variável de mercado para mercado, capaz de permitir aos consumidores um determinado grau de liberdade no acesso e consumo dos produtos e serviços.

.....  
34-43., p. 43.

<sup>[18]</sup> VIDE CALVETE, V. (2015). Sobre as Origens do Antitrust. Doutoramento, Coimbra.



## Bibliografia

CALVETE, V. (2015). *Sobre as Origens do Antitrust*. Doutorado, Coimbra.

EUROPEIA, C. "A Política de Concorrência da EU e os Consumidores."

HAUCAP, J. and U. Schwalbe (2011). *B. Ökonomische Grundlagen der Beihilfenkontrolle*. Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) — Band 3 — Beihilfen- und Vergaberecht. F. Montag and F. J. Säcker. München, C.S.Beck. 3.

HAUCAP, J. and U. Schwalbe (2011). *Economic Principles of State Aid Control*. H. Normann, Düsseldorf Institute for Competition Economics. 17.

HEIDHUES, P. N., Rainer (2007). *Comments on State Aid Reform — Some Implications of an Effects-based Approach*. *The More Economic Approach to European Competition Law*. D. Schmidtchen, M. Albert and S. Voigt. Tübingen, Mohr Siebeck: 321-344.

NOGUEIRA DE ALMEIDA, J. J. (2013). *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia — Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*. Doutorado, Coimbra.

SPECTOR, D. (2006). "L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation." *Concurrences — Revue des droits de la concurrence*(2): 34-43.

# O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

## UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

*João Pedro Leite Barros\**

### **Sumário**

1 INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TERTIUM COMPARATIONS  
2 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS  
2.1 DEFINIÇÃO 2.2 REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE ARREPENDIMEN-  
TO 2.3 EFEITOS DO CONTRATO NA PENDÊNCIA DO PRAZO PARA O  
EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 2.4 EFEITOS DO  
EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 2.5 PRAZO E MODO DE

.....

\* Professor de Direito Civil na Universidade de Brasília. Doutorando em Direito, Especialidade Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público-IDP-Brasília. Especialista em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito de Arbitragem pela Universidade de Lisboa. Diretor Científico do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro. Investigador do grupo de pesquisa reconhecido pelo DGP/CNPq e certificado pela UVA: GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability. Investigador na área de Direito Civil do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR. Advogado. Email: barroseleite@gmail.com



EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 2.6 DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS DE INFORMAÇÃO E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO 2.7 EXCEÇÕES AO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 2.8 ABUSO DO DIREITO E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO 3.1 POSITIVAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 3.2 REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.3 EFEITOS DO CONTRATO NA PENDÊNCIA DO PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.4 EFEITOS DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.5 PRAZO E MODO DE EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.6 DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS DE INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.6.1 DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS DE INFORMAÇÃO NO DECRETO N.º 7.962/2013 E NA LEI N.º 12.965/2014 E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.7 EXCEÇÕES AO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 3.8 ABUSO DO DIREITO E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO DE ARREPENDIMENTO 4 CONCLUSÃO

Palavras-chaves: direito de arrependimento, informação, contratos eletrônicos, direito comparado.

## Summary

1 INTRODUCTION AND DELIMITATION OF TERTIUM COMPARATIONS  
2 THE RIGHT OF REPENTANCE IN THE PORTUGUESE LEGAL SYSTEM  
2.1 DEFINITION 2.2 LEGAL REGIME OF THE RIGHT OF REPENTANCE  
2.3 CONTRACT EFFECTS IN THE PENDENCY OF THE TERM OF THE RIGHT OF REPENTANCE 2.4 EFFECTS OF THE EXERCISE OF THE RIGHT OF REPENTANCE 2.5 TERM AND MODE OF EXERCISE OF THE RIGHT OF REPENTANCE 2.6 PRE-CONTRACTUAL DUTIES OF INFORMATION AND THE RIGHT OF REPENTANCE 2.7 EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF

REPENTANCE 2.8 LAW ABUSE AND ITS IMPORTANCE IN THE RIGHT OF REPENTANCE 3 THE RIGHT OF REPENTANCE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM 3.1 POSITIVATION IN THE CONSUMER DEFENSE CODE 3.2 LEGAL REGIME OF THE RIGHT OF REPENTANCE 3.3 CONTRACT EFFECTS IN THE PENDENCY OF THE TERM OF THE RIGHT OF REPENTANCE 3.4 EFFECTS OF THE EXERCISE OF THE RIGHT OF REPENTANCE 3.5 TERM AND MODE OF THE EXERCISE OF THE RIGHT OF REPENTANCE 3.6 PRE-CONTRACTUAL DUTIES OF INFORMATION IN THE CONSUMER DEFENSE CODE AND THE RIGHT OF REPENTANCE 3.6.1 PRE-CONTRACTUAL DUTIES OF INFORMATION IN DECREE No. 7.962 / 2013 AND IN LAW No. 12.965 / 2014 AND THE RIGHT OF REPENTANCE 3.7 EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF REPENTANCE 3.8 LAW ABUSE AND ITS IMPORTANCE ON THE RIGHT OF REPENTANCE 4 CONCLUSION

Keywords: right of repentance, information, electronic contracts, comparative law.



## Siglas

CDC	Código de Defesa do Consumidor
Cf.	Confira
CICAP	Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto
Fl.	Folha
n.º	Número
n.ºs	Números
Ob. Cit.	Obra citada
Org.	Organização
p.	Página
pp.	Páginas
RPDC	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
Ss	Seguintes
Vol.	Volume

## 1. Introdução e delimitação do *tertium comparations*

A internet tem cumprido sua função social: quebrar barreiras geográficas e permitir o acesso à informação de forma instantânea. Contudo, os imbróglis que esse mecanismo veloz apresenta são inúmeros, sobretudo quando se confronta a necessidade de abarcar mais mercados e, ao mesmo tempo, a violação de direitos básicos dos cidadãos, especialmente no direito do consumo.

A desconfiança<sup>[1]</sup> na contratação eletrônica tem origem, em sua natureza jurídica, *sui generis*: ausência de contato físico com o vendedor, a fluidez ou desmaterialização da contratação, o caráter atemporal da oferta, a complexidade técnica jurídica e a própria execução do contrato, sem contar a busca desenfreada pelos fornecedores de bens para esconder as políticas comerciais ávidas pelo lucro<sup>[2]</sup>.

Atentos a essa realidade, os legisladores português e brasileiro dispuseram de um mecanismo protetivo e de correção de desequilíbrios na relação de consumo, o qual permite a refle-

.....  
[1] A Professora CLÁUDIA LIMA MARQUES arremata que, como usuário da internet, a suposta aparência de liberdade é sucumbida por links e conexões em transações ambiguamente coordenadas, potencializando a vulnerabilidade do consumidor. CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico", *Revista dos Tribunais* (2004), pp. 71–72.

[2] A Professora PAULA VAZ FREIRE desenvolve a ideia dominante de crescimento econômico ilimitado associado a riscos calculáveis. Cf. PAULA VAZ FREIRE, "Sociedade de risco e direito do consumidor", in *Sociedade de risco e direito privado*, TERESA ANCONA LOPEZ (org.), Atlas, São Paulo, 2013, pp. 375–379.



xão.adequada do consumidor face às técnicas agressivas<sup>[3]</sup> de venda realizada por grande parcela de comerciantes: o direito de arrependimento<sup>[4]</sup>. Nesse contexto, o presente artigo assume uma perspectiva dialética entre os direitos português e brasileiro, ao dispor sobre os progressos e obstáculos que os efeitos do direito de arrependimento como forma de extinção das obrigações, princípio transversal aos ordenamentos, podem ter, detectando as zonas onde tal dever nos pareça insuficiente ou excessivo, sem deixar de levantar outras questões pertinentes ao tema.

A delimitação do objeto desse estudo será os contratos de consumo à distância celebrados através da internet em ambos os ordenamentos, notadamente o direito de arrependimento legal que lhe é inerente.

---

[3] Por exemplo, a prática recorrente do fornecedor de promover a chamada publicidade chamariz. Para a Professora CLÁUDIA LIMA MARQUES, são as situações em que o fornecedor anuncia um determinado produto a preço vantajoso pelo sítio eletrônico, mas o consumidor é surpreendido com a informação de que o fornecedor só possui algumas unidades do produto por este preço. Assim, o fornecedor oferta um bem a um determinado preço em seu canal eletrônico, mesmo sabendo a sua incapacidade logística e operacional para cumprir os contratos vindouros. Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, BRUNO MIRAGEM, "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 2.<sup>a</sup> edição, *Revista dos Tribunais* (2006), p. 464. A Professora PAULA RIBEIRO ALVES argumenta que muitas vezes o consumidor adquire bens ou serviços que não necessita, ou em condições que não lhe convém, ou até mesmo assumindo obrigações de que não havia tomado consciência. Veja: PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância: o contrato electrónico*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 69.

[4] O direito do consumo tem por finalidade restabelecer um equilíbrio na relação profissional-consumidor, outorgando ao consumidor direitos susceptíveis de servir de contrapeso às vantagens naturais do profissional, como o caso do direito de arrependimento. JEAN CALAIS AULOY, "La vente à distance en droit français", *Revista RPDC* (1995), n.º 4, p. 7.

Sob essas premissas, o presente artigo partirá do direito de arrependimento como uma forma de extinção das obrigações em razão de fatos supervenientes à sua celebração, examinando notadamente quais os efeitos do contrato na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento.

Neste percurso, delinearemos os contornos gerais sobre o direito de arrependimento, como os elementos característicos, princípios, fundamentos, natureza jurídica, modo e circunstâncias de seu exercício, procurando, desde sempre, problematizar a matéria.

Finalmente, à luz do Direito Comparado Luso-brasileiro, questões controvertidas também serão postas, desde o dever pré-contratual de informação aplicado ao direito de arrependimento, os limites expressos nos dois sistemas (situações excepcionais nas quais não se aplicam o direito de arrependimento) e, por derradeiro, a fronteira entre o exercício do direito de arrependimento e o abuso do direito.

## **2. O direito de arrependimento no ordenamento português**

### *2.1. Definição*

Antes de mais nada, esse estudo<sup>[5]</sup> atentarã tã somente ao direito de arrependimento aplicado às transações à distância

[5] Sobre a evolução histórica do direito de arrependimento, cf. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IX, Parte Geral*, 3.ª edição, Almedina,



realizado através da internet, centrando-nos especificamente ao Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, e ao hodierno Decreto-lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

O direito de arrependimento<sup>[6]</sup> (legítimo, potestativo<sup>[7]</sup>, irrenunciável<sup>[8]</sup> e indisponível) surgiu para responder essencialmente aos problemas colocados pelo descompasso do regime geral da invalidade dos vícios da vontade, especialmente da coação e erro.

Mais que isso: foi elaborado para permitir que o consumidor tomasse uma decisão pensada sobre o contrato, como contraponto à utilização de técnicas de contratação agressivas por parte do fornecedor; corrigir as assimetrias de informação resultantes da distância face ao bem ou serviço e ao profissional e, por fim, para proteger os demais concorrentes e o próprio mercado<sup>[9]</sup>.

Em termos conceituais, o direito de arrependimento é definido como todas as hipóteses em que a lei concede ao consumidor a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida (inindemniza-

.....  
Coimbra, 2017, p. 965 e ss.

<sup>[6]</sup> Alusão histórica feita em JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 119.

<sup>[7]</sup> Convergem com referido entendimento: FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, 3.ª edição, Método, São Paulo, 2014, p. 380; JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 120–121.

<sup>[8]</sup> Vide artigo 11.º, n.ºs 7, 29 do Decreto-lei n.º 24/2014. No Brasil, segue o mesmo entendimento o Professor CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Cf. CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*, 9.ª edição, Saraiva, São Paulo, 2012.

<sup>[9]</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 159 e ss.

vel<sup>[10]</sup>), se desvincular de um contrato por meio de declaração unilateral e desmotivada<sup>[11]</sup>.

Nesse sentido, o direito de arrependimento não é decorrente de uma norma geral aplicável a todos os contratos de consumo. Ao revés, a sua existência tem como fonte contratual ou legal (essa última espécie será o nosso objeto de estudo).

Outrossim, a doutrina pontua a fluidez na definição (direito de retração, direito de arrependimento, direito à livre resolução, direito de reflexão etc), mas que, ao fim e ao cabo, traduzem similar propósito: o adquirente se arrepende da decisão de contratar que já havia tomado, já depois de ter emitido a declaração de vontade<sup>[12]</sup>.

Nos contratos à distância, notadamente aqueles celebrados pela internet, o direito de arrependimento também tem origem na impossibilidade de o consumidor não poder verificar as qualidades da mercadoria adquirida nem tampouco de analisar as características dos serviços antes de ter decidido por sua contratação.

---

<sup>[10]</sup> Não cabe nenhuma punição ao consumidor. Vide artigo 11.º n.º 7 do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[11]</sup> Mesmo que o bem lhe agrade, o consumidor pode resolver o contrato se concluir que determinada cláusula é desajustada de seu interesse. Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 270.

<sup>[12]</sup> Cf. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 99.



Finalmente, apesar de mitigar a força obrigatória dos contratos, o que não deixa de ser uma ingerência na autonomia privada<sup>[13]</sup>, o direito de arrependimento serve para contrapor a força econômica dominante e opressora do fornecedor<sup>[14]</sup> em detrimento da vulnerabilidade<sup>[15]</sup> e hipossuficiência do consumidor<sup>[16]</sup>.

## 2.2. Regime jurídico do direito de arrependimento

A doutrina ainda não é unânime quanto à definição de um regime jurídico ao direito de arrependimento. Entretanto, para

.....  
<sup>[13]</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 114.

<sup>[14]</sup> A noção de fornecedor não passou por mudanças significativas em Portugal. A Lei de Defesa do Consumidor 24/96 define como pessoa que exercesse, com caráter profissional e independente, uma atividade econômica que visasse a obtenção de benefícios. À semelhança do ordenamento português, no Brasil, a caracterização é conferida pelo artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Vide entendimento de FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 215 e ss.

<sup>[15]</sup> Sobre o desequilíbrio institucional entre os contraentes, Cf. CARLOS FERREIRA ALMEIDA, *Contratos I*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 199 e ss. Nesse ponto, se comparado ao revogado Decreto-lei n.º 143/2001 (artigo 6.º, n.º 2 b)), o regime atual é menos favorável ao consumidor, uma vez que ele tinha anteriormente a possibilidade de se arrepender até ao início da execução do contrato de prestação de serviço e, no diploma atual, o prazo inicia-se a partir do momento da celebração do contrato.

<sup>[16]</sup> A definição hodierna de consumidor é fruto do Decreto-lei n.º 24/2014, o qual preceitua ser pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. No Brasil, é conceituado pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, artigo 2.º: "Consumidor

aprofundar sobre o tema, vale a pena recordar as características do direito de arrependimento para isolar, uma por uma, as espécies e extinção das obrigações que não se amoldariam e, por fim, aquelas que mais se aproximariam de sua natureza jurídica.

São características pacíficas e aceitas pela doutrina<sup>[17]</sup> sobre o direito de arrependimento: a) direito discricionário, independente de qualquer justificação para produzir efeitos (únicos pressupostos são atinentes ao prazo e modo de exercício); b) direito potestativo, exercido por declaração lateral e não receptícia, alcançando eficácia desde o momento em que é emitida dentro do prazo, ainda que a outra parte só venha conhecê-la depois de expirado o prazo de resolução; c) caracterizado como uma forma de extinção legal dos efeitos do negócio jurídico e opera de forma retroativa; d) direito temporário ex lege, uma vez que caduca com o prazo fixado legalmente para o seu exercício; e) uma vez exercido, não há qualquer tipo de sanção, em que pese produza efeitos relativamente a terceiros.

.....  
é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Salienta-se que, no Brasil, ao estatuir que pessoa jurídica pode e deve ser considerada consumidora, tão somente sendo relevante se a mesma é destinatária final do produto ou serviço". Nesse sentido, Cf. o desenvolvimento tema em JORGE PEGADO LIZ, *Conflitos de consumo: uma perspectiva comunitária de defesa dos consumidores*, Centro Informação Jacques Delors, Lisboa, 1998, p. 124.

[17] Nesse sentido: MIGUEL PUPO CORREIA, "Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, p. 175; FERNANDA NEVES REBELO, "O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da proteção do consumidor" in *Nos 20 anos do Código das sociedades comerciais: homenagem aos profs. Doutores António Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Universidade de Coimbra (org.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 611 e ss.



Sob essas premissas, afastar-se-ia a modalidade da denúncia<sup>[18]</sup>, apesar de essa forma se efetivar através de uma simples declaração unilateral, ser inerente aos vínculos obrigacionais duradouros e sem termo estipulado, e, regra geral, não operar retroativamente<sup>[19]</sup>.

Por sua vez, a retratação é figura utilizada para uma declaração que tenha como fito evitar a produção de efeitos de outra declaração, exigindo-se como requisito de validade que o destinatário tenha conhecimento dela antes (ou simultaneamente) da outra. Assim, não inscreveria ao direito de arrependimento, vez que pressupõe um contrato celebrado, pelo que não seria adequado falar em retratação a esse propósito<sup>[20]</sup>.

Quanto à resolução<sup>[21]</sup>, a doutrina também diverge. Carlos Mota Pinto preleciona que a resolução é uma forma de extinção dos efeitos negociais com fundamento na lei ou através de cláusula resolutiva. Na verdade, a resolução não é fruto de um vício na formação do contrato, mas sim de um fato *a posteriori* à sua celebração, podendo valer-se de uma simples declaração à outra parte.

.....  
[18] Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 60 e ss. Sobre o tema, cf. MANUEL DAS NEVES PEREIRA, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 413 e ss.

[19] ELSA DIAS OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 110.

[20] JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 158 e ss.

[21] Há muito o Professor JANUÁRIO GOMES aduzia que o direito de arrependimento é uma forma de resolução contratual que possui, de *prima facie*, efeito retroativo. Cf. JANUÁRIO GOMES, "Sobre o direito de arrependimento do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo", *Revista portuguesa de direito do consumo*, n.º 3 (1995), p. 82 e ss.

Regra geral, é necessário invocar um fundamento que a justifique<sup>[22]</sup>, além de possuir eficácia retroativa (retorno ao *status quo ante*<sup>[23]</sup>).

Ademais, esse elemento não se faz presente ao direito à livre resolução, vez que o consumidor, mesmo apreciando o produto em questão, pode exercer seu direito independentemente de qualquer justificação. Aqueles que pensam dessa forma<sup>[24]</sup>, portanto, diriam que não se trata de um direito de resolução do contrato.

Há quem entenda que, apesar desse pressuposto *fattispecie* constitutivo, a ausência de um motivo a invoca como causa de resolução do contrato; assim, a resolução estampada nos artigos 432.º e seguintes do Código Civil seria o instituto que mais se aproximaria da livre resolução<sup>[25]</sup>.

Por outro lado, se entender que a vinculação é uma característica inarredável da resolução, então esse direito não se enquadraria

[22] Cf. Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão do processo n.º 2/09.1YFLSB. Relator: FONSECA RAMOS; Sentença do CICAP. 18 de abril de 2016, processo n.º 1317/2016. Juíza: SARA LOPES FERREIRA.

[23] Sobre o tema, cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 280 e ss.

[24] Cf. ELSA DIAS OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 109 e ss; SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, "O direito de resolução do investidor na contratação de serviços financeiros à distância", in *Direito dos valores mobiliários*, CARLOS COSTA PINA, Instituto dos Valores Mobiliários (Portugal) (orgs.), vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 256 e ss; FERNANDA NEVES REBELO, *ob. cit.*, p. 612.

[25] Talvez o legislador tenha utilizado o termo "livre", dentro do contexto de livre resolução, com o fito de fincar na lei mais uma espécie de resolução não fundamentada. Cf. FERNANDA NEVES REBELO, *ob. cit.*, p. 613. Em sentido contrário, na doutrina espanhola, Cf. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO, "La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de



no âmbito dessa modalidade, podendo ser considerado uma figura *sui generis*<sup>[26]</sup> que, uma vez exercido, faz extinguir o contrato<sup>[27]</sup>.

Sobre a modalidade da revogação, alguns compreendem que também deve ser afastada já que, muito embora possa ser feita através de declaração unilateral sem sujeição a quaisquer pressupostos<sup>[28]</sup>, não opera retroativamente<sup>[29]</sup>. Ademais, tratando-se de um contrato, o negócio jurídico tem mais de um autor, pelo que a revogação diz respeito ao modo de extinção por acordo das partes<sup>[30]</sup>. Na verdade, a revogação tem efeitos para o futuro (*ex nunc*), e, eventualmente tem efeitos retroativos inter partes, dependendo das vontades dos contratantes. Em qualquer delas, não se coadunaria com o direito de arrependimento<sup>[31]</sup>.

.....

los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n.º 11, (2012), pp. 5-30.

[26] Cf. CARLOS LACERDA BARATA, "Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial", vol. A.1, n.º 4, *Revista de direito civil* (2016), pp. 861-919. Sobre os tradicionais modos de extinção de obrigações, Cf. FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, "Modos de Extinção das obrigações", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO, JANUÁRIO DA COSTA GOMES (orgs.), Almedina, Coimbra, 2002, vol. I, p. 172 e ss.

[27] Cf. ELSA DIAS OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 109.

[28] Nesse sentido, cf. JOSÉ MIGUEL DE SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 199.

[29] Cf. ELSA DIAS OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 199 e ss. Na doutrina espanhola, Cf. MICHELE KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 115 e ss.

[30] ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1310 e ss.

[31] Sobre o tema, cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª Reimpressão, Coimbra editora, Coimbra, 2012, p. 628 e ss. Em sentido diverso, Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: teoria geral. Acções e factos jurídicos*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 479, *verbis*: " É discutida a

Há também quem assimile que o direito de arrependimento poderia ser considerado uma forma de revogação unilateral que, na falta de regras próprias, seguiria o regime da resolução<sup>[32]</sup>.

Já o Professor Menezes Cordeiro<sup>[33]</sup> compreende tecnicamente que o direito de arrependimento, manifestado pela lei e pela doutrina de “direito à livre resolução” se agrega à espécie de revogação. Pontua o Professor que tal direito de exercício é unilateral, diferenciando-se, assim, do distrate. Obtempera que surge discricionário, o que o apartaria da resolução. Assim, tanto basta para que se revele como uma forma de revogação, remetendo-se ao paralelismo com a figura do mandato.

Salienta o Professor que a total liberdade de retratação afasta as regras relevantes do incumprimento ou da impossibilidade, inerentes à resolução, fato que permitiria robustecer a “resolução pelo consumidor” como uma modalidade de revogação<sup>[34]</sup>.

Seguindo a mesma linha do Professor Menezes Cordeiro, a doutrina espanhola<sup>[35]</sup> também entende não se tratar de reso-

.....  
 natureza deste direito do consumidor. A Directriz fala em rescisão, que é uma qualificação que, como dissemos, deve ser evitada. O Decreto-lei fala em resolução, mas esta pressupõe justa causa. Também se fala em arrependimento, mas é mais uma descrição que uma precisa qualificação jurídica. Pareceria mais revogação, pois o exercício fica inteiramente na disponibilidade de consumidor (...)."

[32] Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 56 e ss.

[33] Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IX. Parte Geral*, p. 965 e ss.

[34] Cf. *Ibid.*

[35] Cf. JOSÉ RAMÓN GARCIA VICENTE, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 113. *verbis*: “[...] Hubiera sido igualmente correcto (en razón de su función extintiva de una relación obligatoria ya existente y su modo de ejercicio a través de una de-

lução, uma vez que esta figura não está diretamente atrelada ao incumprimento contratual por uma das partes, o que não é o caso, aproximando-se mais da revogação, tendo em conta o efeito retroativo que o seu exercício implica.

Por fim, nos aliamos à posição do Professor Menezes Cordeiro e da doutrina espanhola que entendem que a natureza jurídica do direito de arrependimento se aproxima mais da revogação, pelos motivos já expostos.

### 2.3. Efeitos do contrato na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento

Os contratos de consumo celebrados à distância, em que há previsão legal do direito de arrependimento, são celebrados sob condição resolutiva legal (decorrente da lei) e potestativa<sup>[36]</sup> (porque sua verificação depende de um ato jurídico resultante, ficando a resolução dos seus efeitos subordinada a um acontecimento futuro e incerto, que consiste no exercício do direito pelo consumidor).

.....  
claración de voluntad unilateral recepticia) que el legislador lo hubiera denominado "derecho de desistimiento"; en realidad, desistimiento y revocación son términos plenamente intercambiables desde un punto de vista dogmático, porque las fronteras entre estas figuras son borrosas y el legislador no ha tenido especial cuidado en distinguirlas. Tantas son sus afinidades que si difícilmente podemos apuntar algo más que una simple tendencia en orden a su configuración técnica más precisa, parece imposible señalar esa tendencia en la razón de su atribución". No mesmo sentido: MARIA TERESA ÁLVAREZ MORENO, *El desistimiento unilateral del consumidor en los contratos con condiciones generales*, Endersa, Madrid, 2001, p. 193 e ss.

<sup>[36]</sup> Hoje admite-se pacificamente que se trata de um direito potestativo, concedido ao consumidor, de fazer cessar livremente o contrato, dentro do período de *cooling off*. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 965.

Explico. A condição é resolutiva porque os efeitos do contrato se produzem integralmente com a celebração, podendo ser praticados quaisquer atos dispositivos<sup>[37]</sup>. Ou seja, o contrato fica perfeito, quando da sua celebração<sup>[38]</sup>. A revogação pelo consumidor é uma superveniência permitida pela lei; antes de esgotada a possibilidade legal de utilizá-la, as partes já dispõem de pretensões de cumprimento.

Vale ressaltar que não se trata de um direito de revogação da declaração negocial do consumidor, cuja atuação se inseriria na fase de formação do contrato, que, assim, ficaria suspensa durante o prazo para o exercício do direito<sup>[39]</sup>.

Ao revés, o exercício do direito provocará a cessação da relação contratual existente, tipicamente em seus efeitos retroativos, ou seja, com eficácia extintiva<sup>[40]</sup>.

Sob essas premissas, é mister separar os efeitos resultantes da celebração do contrato, em especial durante o decurso de prazo em que o consumidor pode exercer o direito de arrepen-

.....  
<sup>[37]</sup> Assim, não se aplica o artigo 274.º do Código Civil português, podendo o consumidor alienar o bem após a celebração do contrato, mesmo durante o decurso de prazo para o exercício do direito de arrependimento, não ficando esse segundo ato dependente da não verificação da condição. Nesse caso, o direito de arrependimento deixaria de ser exercido.

<sup>[38]</sup> Segundo o Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ, o contrato produz os seus efeitos nos termos comuns desde à data da celebração, podendo executar-se desde logo, mas, durante o período de reflexão, pode cessar com eficácia retroativa. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>[39]</sup> Cf. CARLOS LACERDA BARATA, *ob. cit.*, p. 914.

<sup>[40]</sup> Cf. Artigos 433.º e 434.º, ambos do Código Civil português. Sobre o tema: *Ibid.*, p. 918.



dimento dos efeitos do exercício do direito de arrependimento (esse último visualizaremos no tópico subsequente).

Nesse quadrante, antes de mais nada, é necessário responder a seguinte indagação: será o contrato celebrado eficaz enquanto não tiver decorrido o prazo para o exercício do direito de arrependimento?

Para resolução do questionamento, o Professor Carlos Ferreira de Almeida<sup>[41]</sup> argumenta ser necessário distinguir os dois modelos de raízes alemãs. No primeiro modelo, nomeadamente modelo da eficácia suspensa, apenas se considera eficaz o contrato, durante o período de reflexão, se o direito de arrependimento não tiver sido exercido. Ou melhor, o contrato começaria ineficaz, tornando-se eficaz pela não verificação do exercício do direito de arrependimento.

Contudo, tal modelo não foi o contemplado recentemente pelo Decreto-lei n.º 24/2014<sup>[42]</sup>. Ao revés, o dispositivo elegeu o modelo da eficácia resolúvel<sup>[43]</sup>, ou seja, o contrato produz eficácia de pronto, apenas ficando sem efeito no caso de o consumidor exercer o direito de arrependimento no lapso temporal do período de reflexão.

Vejam os. Se o contrato possuir como objeto um bem, o artigo 14.º do Decreto-Lei 24/2014 regula uma parcela dos efeitos

---

[41] Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 111 e ss.

[42] Note que o fornecedor está vinculado ao reembolso ao consumidor, no prazo máximo legal, sob pena de devolução em dobro.

[43] Sobre o modelo da eficácia resolúvel, cf. FERNANDA NEVES REBELO, *ob. cit.*, p. 611 e ss. No mesmo sentido: ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 64 e ss.

resultantes dessa celebração, em relevo à utilização que o adquirente pode dar ao produto no transcorrer do prazo para o exercício do direito de arrependimento.

Nesse ponto, a norma não afasta a subsunção das regras gerais ou especiais relativas à essa espécie contratual, ao contrário, infere-se que essas regras devam ser adaptadas à limitação prevista na lei.

Sendo assim, o contrato produz seus efeitos desde sua celebração<sup>[44]</sup>, podendo executar-se imediatamente, mas, durante o período de reflexão, pode cessar com eficácia retroativa. Tratando-se, por exemplo, de um pacto de compra e venda, a propriedade transmite-se por mero efeito do contrato se tratar de coisa específica<sup>[45]</sup> e, em regra, no momento do cumprimento se tratar de uma coisa genérica<sup>[46]</sup>.

No caso em estudo, em que estão em voga as relações jurídicas de consumo à distância celebrada pela internet, o objeto do contrato é, via de regra, uma coisa genérica, coincidindo o

---

[44] Nesse sentido: PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 160 e ss.

[45] Cf. Artigo 408.º n.º 1 do Código Civil português. O ordenamento optou pelo sistema do título e do modo, independentemente da natureza móvel ou imóvel do objeto do direito real em causa. Cf. JOSÉ ALBERTO GONÇALVES, *Código Civil Anotado – Volume II – Direito das Obrigações*, Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 35-36. Cf. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil - Anotado - Volume I*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 375. Veja também: Portugal, Tribunal da Relação de Coimbra, Acórdão do processo n.º 1207/05.OPBTMR.C1. 17 de dezembro de 2008.

[46] Cf. Artigo 541.º do Código Civil português.



momento da recepção do bem pelo consumidor com o da concentração da obrigação e transmissão da propriedade.

Assim, uma vez proprietário, o consumidor goza de pleno exercício dos direitos de uso, fruição e disposição do bem, dentro dos limites da lei com a observância das restrições por ela impostas<sup>[47]</sup>, permitindo o consumidor experimentar e utilizar o bem normalmente.

Aqui é relevante fazer uma importante distinção entre os verbos experimentar e utilizar, especialmente em virtude dos consecutórios advindos dispostos pelo diploma.

Quanto a experimentar o bem, não se vê maiores problemas, especialmente pela necessidade de inspecioná-lo, verificando suas características e observando o bom funcionamento do produto<sup>[48]</sup>.

Com efeito, o direito de livre resolução não deve ser prejudicado pela averiguação realizada pelo consumidor, para observar a natureza do bem, características e seu funcionamento, embora o adquirente possa ser responsabilizado pela depreciação do bem, se o manuseio realizado para tal inspeção em si exceder a manipulação que habitualmente é tolerada em estabelecimento comercial<sup>[49]</sup>.

Ou seja, tal manipulação que corriqueiramente é admitida em estabelecimento comercial é tida como parâmetro defini-

---

[47] Cf. Artigo 1305.º do Código Civil português. Sobre as restrições, cf. ABÍLIO NETO, *Código Civil anotado*, 19.ª edição, Ediforum, Lisboa, 2016, pp. 1192-1196.

[48] Cf. Artigo 14.º n.º 1 do Decreto-lei n.º 24/2014.

[49] Cf. Artigo 14.º n.ºs 1 e 2.

dor<sup>[50]</sup> dos limites da licitude da inspeção aferida ao consumidor; ultrapassá-la o fará incorrer numa obrigação de indenizar o fornecedor pela depreciação do bem.

Quanto à utilização do bem, o Decreto-lei n.º 24/2014 é claro ao dispor que o consumidor pode ser responsabilizado pela depreciação do bem, regra que pode acarretar em problemas probatórios práticos, mas tende a ser mais equitativa. Ou seja, não é legítimo o profissional impedir o exercício do direito do arrependimento com fundamento de utilização do bem pelo consumidor, mas poderá valer-se desse dispositivo para obter um ressarcimento adequado<sup>[51]</sup>, se constatado algum dano.

Vale ressaltar que em nenhum caso, o consumidor é responsabilizado pela depreciação do bem quando o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução<sup>[52]</sup>. Isto é, deve o profissional comunicar ao consumidor, antes da celebração do contrato, sobre do direito de arrependimento (prazo, modo, forma), sob pena de o consumidor poder exercê-lo sem custos.

Apesar da necessária proteção do consumidor, acreditamos que o artigo conjuga, no mesmo patamar, dois fatores distintos.

---

<sup>[50]</sup> Cf. PAULO MOTA PINTO, "O Novo Regime Jurídico dos Contratos à Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial", *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9, pp. 51–91, 2015, p. 76 e ss. No mesmo sentido: SANDRA PASSINHAS, "A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 De Outubro De 2011, Relativa Aos Direitos Dos Consumidores: Algumas Considerações", *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9, (2015), pp. 93–141

<sup>[51]</sup> Vide artigo 14.º n.º 2 do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[52]</sup> Cf. Artigo 14.º n.º 3 do Decreto-lei n.º 24/2014



Para nós, o fato de o consumidor não ser informado não ilide sua responsabilidade pela depreciação do bem.

Compreendemos que seria reparar um erro com outro, podendo inclusive o consumidor se valer desse artifício para usufruir do bem, e, logo em seguida, exercer o direito de arrependimento sobre o pretexto de que não foi devidamente informado, consubstanciando-se em um patente desequilíbrio contratual.

Além dessa limitação, importa observar os limites impostos pela boa-fé no exercício de qualquer direito<sup>[53]</sup>. Por exemplo, a prática de disposição do bem (a sua venda a terceiros) implica automaticamente em renúncia tácita ao direito de arrependimento. Ou seja, o direito de arrependimento não é transferido ao novo adquirente, mesmo que ainda esteja dentro do prazo legal, vez que o novo comprador não é parte no contrato do qual este resulta, bem como o direito não se transmite com o bem<sup>[54]</sup>.

Finalmente, quanto à transferência do risco, o Decreto-lei n.º 24/2014 não dispõe de regra especial, devendo, portanto, valer-se do regime geral do artigo 796.º do Código Civil. Estando em causa um contrato de compra e venda de coisa genérica, o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do consumidor a partir do momento da concentração da obri-

---

[53] Cf. Artigo 334.º do Código Civil português.

[54] Entendimento contrário: ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *ob. cit.*, p. 188. Essa ideia vai de encontro ao que está descrito no Regime Jurídico da Venda e Garantia de Bens de Consumo, Decreto-lei n.º 67/2003 de 8 de abril (alterado e republicado pelo Decreto-lei n.º 84/2008 de 21 de Maio) em seu artigo 4.º n.º 6 – Os direitos atribuídos pelo presente artigo transmitem-se a terceiro adquirente do bem.

gação, ou seja, em regra da entrega do bem. Isto é, na pendência de condição resolutiva, o risco corre por conta do adquirente se a coisa lhe tiver sido entregue<sup>[55]</sup>.

Por outro lado, se o objeto do contrato for a prestação de um serviço, a interpretação é diversa. A regra é que os efeitos do contrato ficam suspensos<sup>[56]</sup> até o termo do prazo para o exercício do direito de arrependimento. Ou melhor, as repercussões do contrato não se produzem de imediato, somente se iniciando a prestação do serviço após ter decorrido o prazo para o exercício do direito de arrependimento, ficando o consumidor inerte.

O exercício do direito de arrependimento pelo consumidor representa a não verificação da condição suspensiva<sup>[57]</sup>, pelo que o contrato não chega a produzir efeitos. Nesse caso, extinguem-se os direitos e as obrigações decorrentes do pacto com efeitos a partir da sua celebração, tendo o exercício do direito eficácia retroativa<sup>[58]</sup>.

.....  
<sup>[55]</sup> Cf. Artigo 793.º n.º 3, do Código Civil português; Portugal, Tribunal da Relação do Porto, Acórdão do Processo n.º 11692/04.1TJPR-TA.P1. Relator: HENRIQUE ANTUNES. 19 de janeiro de 2010.

<sup>[56]</sup> Nesse sentido, cf. PAULA RIBEIRO ALVES, *ob. cit.*, p. 70 e ss.

<sup>[57]</sup> As condições suspensivas são aquelas em que a verificação do fato condicionante desencadeia a eficácia do negócio jurídico condicionado ou de parte do seu regime. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "Teoria geral do direito civil", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, (2015), p. 535 e ss; PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 572 e ss; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra editora, Coimbra, 2002, p. 270 e ss.

<sup>[58]</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 174.



Se por um lado o profissional não incorre em custos com o início da prestação do serviço, por outro, o consumidor pode exercer seu direito sem estar sujeito ao pagamento de qualquer valor.

Demais disso, o consumidor pode exigir assim que queira o cumprimento imediato do contrato<sup>[59]</sup> através de uma declaração em pedido expresso ou em suporte duradouro<sup>[60]</sup>, não podendo o profissional opor-se a esse direito, antes do termo do prazo para o exercício do direito de arrependimento.

Uma vez exigido o cumprimento imediato do contrato, a pedido do consumidor, esse último ainda mantém o direito de arrependimento<sup>[61]</sup>. Ou melhor, em caso de prestação de serviço, o consumidor só deixa de ter o direito de arrependimento se o serviço tiver sido integralmente prestado ou, por outro lado, tiver sido esclarecido a eventual perda do direito pelo profissional<sup>[62]</sup>.

Assim, o contrato fica sujeito à condição resolutiva, o qual não tem, ao contrário da regra geral, efeitos retroativos, já que o consumidor deve pagar ao profissional o montante proporcional àquilo que foi disponibilizado até o momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato<sup>[63]</sup>.

.....  
<sup>[59]</sup> Cf. Artigo 15.º n.º 1, Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[60]</sup> Na verdade, é um ônus do profissional, uma vez que sua inobservância pressuporia inexigibilidade do preço relativo ao serviço prestado. Cf. artigo 15.º n.º 5 a) ii, do Decreto-lei n.º 24/2014. Cf. SANDRA PASSINHAS, ob. cit., p. 129.

<sup>[61]</sup> Cf. Artigo 15.º n.º 2 do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[62]</sup> Cf. Artigo 17.º n.º 1 a) ii, do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[63]</sup> Cf. Artigo 15.º n.º 2, Decreto-lei n.º 24/2014. Sobre o tema, cf. TERESA MOREIRA, "Novos Desafios para a Contratação à Distância a Perspectiva da Defesa do Consumidor", *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, pp. 19–36.

Em suma, o consumidor poderá avaliar com mais clareza a eficácia do serviço e sua qualidade, ainda podendo (dentro do prazo legal), exercer o direito de arrependimento.

#### 2.4. Efeitos do exercício do direito de arrependimento

Nos contratos entre consumidores e fornecedores que possuem como objeto um bem, são três principais efeitos do exercício do direito de arrependimento: a) dever do profissional de reembolsar o consumidor pelo valor pago; b) resolução dos contratos acessórios; c) dever do consumidor de conservar e restituir o bem ao profissional. Como já visto, uma vez exercido o direito, os efeitos do contrato são extintos, tendo o exercício do direito eficácia *ex tunc*<sup>[64]</sup>.

Quanto ao primeiro efeito, uma das obrigações<sup>[65]</sup> do fornecedor é reembolsar o consumidor de todos os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega do bem, no prazo de 14 dias, a contar da data em que for informado da decisão de resolução do contrato.

Sobre esse ponto, em instituto similar ao brasileiro<sup>[66]</sup>, o não reembolso dos valores em causa no prazo de 14 dias implica em dizer que o montante passa a ser devido em dobro e no prazo de

<sup>[64]</sup> Cf. Artigo 276.º do Código Civil português.

<sup>[65]</sup> Cf. Artigo 12.º n.º 1, Decreto-lei n.º 24/2014. Vale frisar que o fornecedor pode retardar o reembolso até que os produtos sejam enviados pelo consumidor ou até quando o consumidor demonstre que já enviou a mercadoria ao comerciante.

<sup>[66]</sup> Vide Código de Defesa do Consumidor, artigo 42.º, *in fine*.



15 dias<sup>[67]</sup> úteis (caráter sancionatório<sup>[68]</sup>), sem prejuízo do direito do consumidor de pleitear indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Passo a passo, a obrigação do reembolso que recai sobre o fornecedor, tem um sinalagma com a obrigação de devolução do bem por parte do consumidor. Aplicando-se a regra geral do 428.º do Código Civil<sup>[69]</sup>, relativo à exceção de não cumprimento nos contratos sinalagmáticos, a lei permite a qualquer dos contratantes recusar a realização de sua prestação enquanto não ocorrer a prévia realização da contraparte, ou a oferta de seu cumprimento simultâneo<sup>[70]</sup>. Assim, enquanto o consumidor não

.....  
<sup>[67]</sup> Ressalta-se que o revogado Decreto-lei n.º 143/2001 dispunha o prazo de 30 dias.

<sup>[68]</sup> Cf. Portugal, Tribunal da Relação do Porto, Acórdão do processo n.º 4257/13.9TBMTS.P1. Relator: CARLOS GIL. 27 de abril de 2015, *verbis*: “A obrigação de devolução em dobro (...) tem carácter sancionatório da mora do obrigado à devolução, dependendo dos pressupostos gerais do nascimento da obrigação de indemnização, salvo no que respeita a demonstração da existência e extensão do dano, que são legalmente ficcionadas pela própria lei em montante igual ao da devolução”. No mesmo sentido: Portugal, Julgado de Paz do Seixal, Sentença do processo n.º 189/2013-JP. Relatora: FERNANDA CARRETAS. Julgado em 11 de junho de 2013; Portugal, Julgado de Paz do Seixal, Sentença do processo n.º 14/2014-JP. Relatora: SANDRA MARQUES. Julgado em 06 de outubro de 2014; Portugal, Julgado de Paz do Porto, Sentença do processo n.º 130/2011-JP. Relatora: IRIA PINTO. Julgado em 29 de novembro de 2011.

<sup>[69]</sup> A *exceptio non adimpleti contractus* constitui uma exceção peremptória de direito material, cujo objetivo e funcionamento ligam ao equilíbrio das prestações contratuais, valendo, tipicamente, no contexto de contratos bilaterais, quer haja incumprimento ou cumprimento defeituoso. Cf. ABÍLIO NETO, *ob. cit.*, p. 395 e ss.

<sup>[70]</sup> A doutrina entende que para a exceção de não cumprimento do contrato poder ser invocada sem que haja contrariedade à boa-fé, se exige a observância de uma tripla relação entre o não cumprimento do outro contratante e a recusa

devolver o bem, o profissional não tem o dever de reembolsar o consumidor do montante desembolsado.

No que toca ao segundo efeito, o exercício do direito de livre resolução nos termos do Decreto-Lei 24/2014 implica na resolução automática dos contratos acessórios ao contrato celebrado à distância, sem direito à indenização ou pagamento de qualquer espécie de encargos<sup>[71]</sup>.

Se o objeto for um serviço contratado e já tiver iniciado sua prestação, o consumidor deverá pagar um montante proporcional ao serviço prestado calculado com base no preço contratual total<sup>[72]</sup>. Especificamente em relação ao custo de instalação<sup>[73]</sup>, o mesmo só pode ser cobrado quando tal cláusula conste do contrato (deve constar expressamente no contrato, consoante artigos 5º e 8º, do Regime das Cláusulas Gerais).

de cumprir por parte de quem invoca exceção, em termos de sucessão, causalidade e proporcionalidade entre uma e outra. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 246; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A exceção de não cumprimento do contrato no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 124 e ss.

<sup>[71]</sup> Cf. Artigo 16.º do Decreto-lei n.º 24/2014. Consoante Professor PAULO MOTA PINTO, ficam salvaguardadas as disposições sobre ligação entre contratos de crédito ao consumidor e contratos de aquisição de bens ou de serviços, nos termos dos artigos 16.º, 17.º e 18.º do Decreto-lei n.º 133/2009, de 2 de junho (alterado pelos Decretos-leis n.ºs 72-A/2010, de 17 de junho, e 42-A/2013, de 28 de março), que transpõe para o direito português a Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores. Cf. PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 83 e ss.

<sup>[72]</sup> Cf. artigo 15.º n.ºs 2,3 do Decreto-lei n.º 24/2014. Na prática, a determinação do valor a pagar deve ter em conta o custo total e o número de meses do contrato.

<sup>[73]</sup> Se o objeto for um bem, cf. o artigo 13.º n.º 2 do Decreto-lei n.º 24/2014.



Quanto ao terceiro efeito, regra geral, o consumidor deve conservar e encaminhar o produto ao fornecedor ao exercer o direito de arrependimento. Ao tempo em que lei foi mais protetiva<sup>[74]</sup> com relação ao consumidor, o mesmo diploma induziu ao entendimento de que o consumidor possa ser responsabilizado pela depreciação do bem<sup>[75]</sup>, regra que apesar de suscitar problemas práticos de prova, tende a ser mais equilibrada<sup>[76]</sup>.

Por outro lado, o profissional deve recolher<sup>[77]</sup> o bem entregue no domicílio do consumidor nos casos em que, pelas dimensões ou características específicas, o produto não possa devolvido por correio (por exemplo, um frigorífico ou um piano), devendo os custos serem suportados pelo profissional.

Por fim, o efeito imediato do exercício do direito de arrependimento é a extinção do contrato e a inerente liberação das partes, quanto às obrigações contratuais que dele resultavam<sup>[78]</sup>.

.....  
<sup>[74]</sup> Vale ressaltar que o diploma anterior (Decreto-lei n.º 143/2011, artigo 6.º, n.º 3) previa um alargamento do prazo para 3 meses; o que implica em dizer que o novel diploma é mais protetivo.

<sup>[75]</sup> Vide artigo 14.º n.º 2 do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[76]</sup> Cf. PAULO ROQUE KHOURI, *Direito do Consumidor - Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor Em Juízo*, Atlas, São Paulo, 2013, p. 91.

<sup>[77]</sup> Cf. Artigo 12.º n.º 5 do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[78]</sup> Cf. Artigo 11.º n.º 6 do Decreto-lei n.º 24/2014.

## 2.5. Prazo e modo de exercício do direito de arrependimento

Na legislação portuguesa, o prazo é de 14 dias<sup>[79]</sup> para o exercício do direito de arrependimento<sup>[80]</sup>, tanto para bens quanto para prestação de serviços. Na prática, no momento da contratação, o fornecedor de bens deve disponibilizar o formulário de livre resolução para facultar ao consumidor o seu exercício.

A contagem do prazo é contínua, pelos que os 14 dias são contados seguidamente<sup>[81]</sup>. Essa é a dicção do artigo 296.º do Código Civil que implica observar os prazos regulados por lei, subsumindo-se às regras do artigo 279.º<sup>[82]</sup>.

No caso de o contrato se referir a um determinado bem (compra e venda, por exemplo), o prazo<sup>[83]</sup> conta-se a partir do momento em que o consumidor recebe a encomenda e adquire

.....  
<sup>[79]</sup> Cumpre ressaltar que no diploma anterior a previsão era de 30 dias, norma que pontualmente excepciona o carácter protetivo do Decreto-lei n.º 24/2014. Aqui, Pedro Romano Martinez tece crítica sobre a discrepância legislativa, uma vez que a lei de defesa do consumidor também é aplicável ao caso, em seu artigo 8.º n.º 4 que dispõe ser de 7 dias o prazo. Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 267–270.

<sup>[80]</sup> Note que o Decreto-lei n.º 24/2014 excepciona os bens e serviços que não estão sujeitos ao direito de arrependimento, consoante o artigo 17.º *in fine*.

<sup>[81]</sup> Cf. O considerando 41 da Diretiva 2011/83/EU.

<sup>[82]</sup> Em síntese, na contagem de qualquer prazo não se inclui o dia em que ocorrer o evento a partir do qual o prazo começa a correr; bem como o prazo que termine em domingo ou dia feriado transfere-se para o primeiro dia útil seguinte. Vide inteligência da alínea “b” e “e” do artigo 279.º do Código Civil português.

<sup>[83]</sup> Cf. Artigo 10.º na íntegra do Decreto-lei n.º 24/2014.



a posse daquele bem<sup>[84]</sup>. Em se tratando de contratos de prestação de serviço, a regra é que o prazo começa a correr a partir da celebração do contrato<sup>[85]</sup>.

No que concerne à forma do exercício do direito de arrependimento, a lei consignou que a liberdade é a regra, podendo o consumidor utilizar qualquer forma, seja expressamente (telefone, e-mail) ou tacitamente (devolução do produto), sendo o ônus do consumidor provar<sup>[86]</sup> o seu exercício<sup>[87]</sup>. Ou seja, basta uma declaração inequívoca<sup>[88]</sup>, podendo ou não se valer do formulário de livre resolução<sup>[89]</sup>. De forma alternativa<sup>[90]</sup>, o profissional pode ofertar ao consumidor a possibilidade de apresentar, por via eletrônica, o referido formulário ou por qualquer outro meio através de seu sítio eletrônico.

---

[84] Cf. Artigo 10.º n.º 1 b), vale pontuar que o bem pode ser entregue pelo fornecedor ou por terceiros, considerando-se que o prazo começa a correr em qualquer dos casos. Cf. ideia em JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 171.

[85] Cf. Artigo 10.º n.º 1 a) c) do Decreto-lei n.º 24/2014.

[86] Cf. Artigo 11.º n.ºs 1,2 ,5, do Decreto-lei n.º 24/2014.

[87] Cf. Artigo 11.º n.ºs 1,2 do Decreto-lei n.º 24/2014.

[88] Na doutrina espanhola, cf. LUCÍA COSTAS RODAL, "La protección de los consumidores en la contratación a distancia y fuera del establecimiento tras la reforma del TRLCU/2007 por Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista doctrinal*, Vol. II, n.º 5, (2015), Aranzadi civil-mercantil p. 44 e ss.

[89] Vide anexo A do Decreto-lei n.º 24/2014. Mesmo sentido: JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 174.

[90] Sobre o tema, cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "Comércio eletrônico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?", in *Estudos de direito do consumo: homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, [s.l.], CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (ed.), Deco Proteste 2016, p. 54 e ss.

Nesse ponto, o fornecedor que possibilite a livre resolução do consumidor através de seu sítio eletrônico deve acusar a recepção do formulário ao consumidor no prazo de 24 horas a contar da declaração de resolução enviada em suporte duradouro<sup>[91]</sup>.

Por outro lado, quanto ao uso da linha telefônica<sup>[92]</sup> para exercer o direito de arrependimento, possibilidade contemplada pelo diploma, é mister ressaltar que o custo da ligação não deve ser superior àquela cobrada pela tarifa base<sup>[93]</sup>. A jurisprudência<sup>[94]</sup> entende que o mais adequado e seguro para o consumidor seria o envio de carta registrada com aviso de recepção, incluindo de preferência o modelo de livre resolução fornecedor pelo profissional devidamente preenchido<sup>[95]</sup>.

Nesse sentido, exigiria-se que a declaração de arrependimento fosse emitida dentro do prazo previsto em lei<sup>[96]</sup>, podendo ser conhecida posteriormente pelo profissional, valendo-se aqui da teoria da expedição<sup>[97]</sup>. Ou seja, a lei estipula que o direito se

---

[91] Cf. Artigo 11.º n.º 4 do Decreto-lei n.º 24/2014.

[92] Cf. TERESA MOREIRA, *ob. cit.*, p. 22 e ss.

[93] Cf. Artigo 4.º n.º 1 o) assim como artigo 21.º, ambos do Decreto-lei n.º 24/2014.

[94] Nesse sentido, cf. Portugal, Tribunal de Relação de Lisboa. Acórdão do processo n. 428/11.0TVLSB.L1-2. Relator: PEDRO MARTINS. Julgado em 8 de novembro de 2012.

[95] Nessa linha FERNANDA NEVES REBELO, *ob. cit.*, p. 600 e ss.

[96] Além da previsão legal, pode ser também dentro do prazo superior previsto entre as partes.

[97] Nesse sentido, cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 175.



considera exercido desde que a declaração seja enviada antes do termo do prazo<sup>[98]</sup>.

## 2.6 deveres pré-contratuais de informação e o direito de arrependimento

O Decreto-lei n.º 7/2004 transpõe a Diretiva n.º 2000/31/CE, referente ao comércio eletrónico, regulando o que os prestadores de serviços devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um fácil e direto acesso, notadamente um conjunto de elementos completos de identificação<sup>[99]</sup> (nome, endereço, inscrição, etc).

Sobre as informações prévias, o artigo 28.º do Decreto-lei n.º 7/2004 giza que os prestadores de serviços em rede que celebrem contratos em linha devem facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca<sup>[100]</sup> que inclua: o processo de celebração do contrato; os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar, dentre outros.

Tal expressão “informação mínima inequívoca” é uma cláusula aberta, que deve ser preenchida com o recurso ao princípio da boa-fé quando da celebração do contrato, o que nos faz concluir que o rol de informações dispostas no artigo 28.º é mera-

---

[98] Cf. Artigo 11.º n.º 3 do Decreto-lei n.º 24/2014. Vale ressaltar que se deve ter uma leitura diferenciada dada ao artigo 224.º n.º 1, do Código Civil português.

[99] Vide artigo 10.º do Decreto-lei n.º 7/2004.

[100] Sobre o tema, cf. ASSUNÇÃO CRISTAS, *el al, Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 115 e ss.

mente ilustrativo, cabendo ao juiz analisar cada caso e observar a relevância da informação<sup>[101]</sup>.

Teleologicamente orientado pela mesma finalidade, o recente Decreto-lei n.º 24/2014 consagrou um catálogo demasiado extenso e não exaustivo<sup>[102]</sup> de informações pré-contratuais necessárias que o fornecedor deve dispor, dentre elas: a) quando não houver direito de livre resolução, deve o fornecedor indicar ao consumidor que o mesmo não é beneficiário desse direito ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perderá o seu direito de livre resolução; b) quando for o caso, a indicação de que o consumidor suportará os custos da devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução e o montante desses custos, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio normal; c) deverá demonstrar a obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exercer o direito de

---

[101] O veloz acesso à informação proporcionado pela internet elevou-a a um protagonismo até então desconhecido: além de bem de consumo, hoje é tida como fator de produção Confira ideia presente em: DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática internacional da sociedade de informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 13 e ss; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Sociedade da informação e mundo globalizado. Globalização e Direito", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Juridica* (2003), p. 169.

[102] O Professor JORGE CARVALHO ressalta esse rol constitui no conteúdo mínimo que deve ser emitido pelo fornecedor. Cf. em JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 169.



livre resolução depois de ter apresentado o pedido de execução imediata do contrato de prestação de serviços e outras.

Ademais, e tão importante quanto, a lei impõe que o fornecedor disponha,<sup>[103]</sup> quando for o caso, a existência do direito de livre resolução do contrato, o respectivo prazo e o procedimento para o exercício do direito<sup>[104]</sup>.

Ou seja, a informação deve ser prestada em tempo útil<sup>[105]</sup>, de forma clara (se transmitida ao consumidor português, em língua portuguesa<sup>[106]</sup>) e compreensiva (através da linguagem de fácil entendimento), além de ser ônus<sup>[107]</sup> do fornecedor a prova do cumprimento dos deveres de informação.

No novel diploma, a obrigação de informar é mais exigente se comparado ao anterior (Decreto-lei n.º 7/2004), especialmente por delinear melhor o dever pré-contratual do fornecedor, tendo em conta as circunstâncias que se inserem na celebração desse tipo de contrato. Aliás, tais informações são relevantes para entender qual o reflexo que possuem com o direito de arrependimento e, conseqüentemente, com a extinção da obrigação do consumidor.

.....  
<sup>[103]</sup> Cf. Artigo 4.º itens j), l), n) do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[104]</sup> Nos termos previstos no Decreto-lei n.º 24/2014, e com entrega do formulário de livre resolução constante da parte B do anexo ao Decreto-lei.

<sup>[105]</sup> Cf. Artigo 4.º n.º 1, do Decreto-lei n.º 24/2014.

<sup>[106]</sup> Cf. Artigo 7.º n.º 3 da Lei de Defesa do Consumidor.

<sup>[107]</sup> Cf. Artigo 10.º n.º 2 do Decreto-lei n.º 24/2014. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "O direito à não informação", n.º 9, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, (2015), p. 46.

O primeiro reflexo refere-se à contagem do início do prazo<sup>[108]</sup> para os casos em que o consumidor não tenha sido esclarecido corretamente do direito de livre resolução. Simples: se o fornecedor de bens não cumprir o dever de informação pré-contratual já citado (omissão sobre a existência do direito e a forma de utilização), o prazo para o exercício do direito de livre resolução é de 12 meses<sup>[109]</sup> a contar da data do termo inicial.

Se as informações forem supridas<sup>[110]</sup>, o consumidor disporá de 14 dias para resolver o contrato a partir da data de ciência dessa informação. Ou seja, o consumidor terá sempre, no mínimo, 14 dias para exercer o direito de arrependimento a contar da data que recebeu a informação sobre sua existência<sup>[111]</sup>.

A segunda consequência é que tais informações pré-contratuais integram o contrato celebrado à distância, não podendo,

.....  
[108] Aqui jaez a importância do momento em que o contrato é celebrado, já que influencia na contagem do prazo para o exercício do direito de arrependimento.

[109] Os Professores DAVI FALCÃO e MARTA FALCÃO entendem que legalmente o prazo de 12 meses seria aplicado tão somente se observasse a omissão da informação da existência do direito de arrependimento, e não a qualquer outra informação pré-contratual ausente. Essa última, teria somente sanção contraordenacional, o que levaria a concluir que o novo ordenamento, nesse ponto, não albergou a defesa do consumidor de forma correta. Contudo, os Professores entendem que o prazo deve ser alargado também para qualquer tipo de omissão de informação pré-contratual. Cf. DAVI FALCÃO, MARTA FALCÃO, "Análise crítica do Decreto-lei n.º 24/2014, de 14-02, relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial", *Revista jurídica Data Vênia*, vol. Ano 4, n.º 5, (2016), pp. 11–12.

[110] Cf. Artigo 10.º n.º 3 do Decreto-lei n.º 24/2014.

[111] Cf. JOSÉ MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 174.



regra geral<sup>[112]</sup>, o respectivo conteúdo ser alterado. Neste sentido, o consumidor, se quiser, poderá exigir uma prestação correlata a essas informações, vez que será contratualmente devida.

O terceiro reflexo é no sentido de que o não cumprimento do dever de informação no tocante aos custos de devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução, consistirá na desobrigação do consumidor de honrar com custos ou encargos.

Com efeito, além das punições mencionadas e da responsabilidade contra-ordenacional que poderá ser aplicada<sup>[113]</sup>, bem como de outras consequências específicas do regime do direito de livre resolução, a violação destes deveres de informação constitui um ilícito pré-contratual, impelindo o fornecedor à correspondente obrigação de indenizar, uma vez provada que essa violação cause danos ao consumidor.

Finalmente, cumpre frisar que os deveres de informação prévia só comportam derrogação por acordo em contrário se a parte adquirente do bem ou serviço for um não consumidor. Em outras palavras, são inderrogáveis se aplicados aos consumidores, mesmo com seu consentimento expresso<sup>[114]</sup>, ou seja, assumem natureza cogente, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor e que, via de regra, não possui instrumentos contratuais paritários.

---

[112] Cf. Artigo 4.º n.º 3 do Decreto-lei n.º 24/2014.

[113] Nos termos do artigo 31.º n.º 1 b) do Decreto-lei n.º 24/2014.

[114] Cf. MANUEL LOPES ROCHA, *et al.*, *Lei da sociedade da informação - Comércio eletrônico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 319 e ss.

## 2.7. Exceções ao direito de arrependimento

De partida, são nulas<sup>[115]</sup> as cláusulas contratuais gerais que imponham ao consumidor uma penalização pelo exercício do direito de livre resolução ou estabeleçam a renúncia ou afastamento do mesmo.

Contudo, o artigo 17.º elenca uma extensa lista de exceções ao direito de arrependimento, dentre eles: a) fornecimento de bens que, por natureza, não possam ser reenviados ou sejam suscetíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo; b) fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material; c) bens personalizados; d) bens selados que não possam ser devolvidos quando abertos (ex: conteúdo digital).

Fixemos no caso de compra e venda de conteúdos digitais, por exemplo: ebook. O consumidor perde o direito de arrependimento se aceitar a sua transferência instantânea por via eletrônica e reconhecer que por isso não tem esse direito. Contudo, têm de estar preenchidos os seguintes requisitos: sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso<sup>[116]</sup> do consumidor, e se o consumidor reconhecer que o seu consentimento implica necessariamente na perda do direito de livre resolução.

Aqui mais uma vez impera o dever de informação pré-contratual ao consumidor. Há quem compreenda<sup>[117]</sup> ser uma medi-

[115] Cf. Artigo 11.º n.ºs 7, 29 ambos do Decreto-lei n.º 24/2014; Artigo 25.º da Directiva 2001/83.

[116] Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados a distancia e fora do estabelecimento comercial*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 133.

[117] Vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 53-54.



da excessiva que destoia do caráter protetivo do direito de arrependimento, uma vez que o consumidor não poderia visualizar os requisitos mínimos atinentes ao funcionamento e qualidade do produto digital, assim como sua operabilidade.

Contudo, entendemos ser válida a restrição, uma vez que o consumidor poderia ter acesso ao conteúdo, utilizar ao seu contento (visualizando textos e imprimindo-os, por exemplo) e, logo após, valer-se do direito de arrependimento.

Por fim, inferimos também que o rol de restrições é meramente exemplificativo, uma vez que em sede de conteúdos digitais, a evolução tecnológica diária impulsiona o surgimento de novos produtos e situações, devendo o intérprete aplicar o aspecto teleológico da lei.

## 2.8. *Abuso do direito e sua importância no direito de arrependimento*

A possibilidade de o consumidor desistir livremente de um negócio constitui o mais forte apelo<sup>[118]</sup> à sua concretização, vez que eleva a confiança dos consumidores a outro patamar de proteção.

Contudo, apesar de ser demasiadamente protetiva, a tutela do consumidor pode esbarrar em situações concretas que, ao fim e ao cabo, podem prejudicar em muito o equilíbrio contratual.

A figura do abuso do direito é ainda mais importante quando notamos que o rol das hipóteses de restrições ao direito de arrependimento é meramente exemplificativo e não taxativo,

[118] Vide CARLOS FERREIRA ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 109.

dando maior relevo à teoria do abuso do direito para regular os fatos novos não delineados pela norma.

Citemos dois exemplos. Imaginemos no primeiro caso o consumidor que, na dúvida de escolher qual cor de um frigorífico, realize uma compra através da internet de 40 unidades (cada uma diferente da outra), e, dentro do prazo legal, acione o seu direito de arrependimento das 39 unidades que não apreciou.

No segundo exemplo, suponhamos que alguns consumidores, descontentes com o serviço prestado de uma determinada empresa, se organizam e adquirem inúmeros produtos através da internet e, logo depois, acionem o direito de arrependimento e os devolva.

Note que, em ambos os casos, existe um custo envolvido para empresa, desde a logística para entrega e recolhimento dos bens, mão de obra empregada, dentre outros.

Apesar dos fornecedores subsumirem-se à teoria do risco do negócio, situações como essa devem ser interpretadas à luz do instituto do abuso do direito. O artigo 334.º do Código Civil português estabelece que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”, entendendo-se que a desproporcionalidade entre a vantagem do titular e a desvantagem de outrem pode caber no âmbito deste preceito, desde que se encontrem verificados os demais pressupostos.



Aliás, o exercício disfuncional de posições jurídicas<sup>[119]</sup> é con-substanciado como uma conduta humana, omissiva ou comis-siva, que está em conformidade com o sistema formal, mas em desconformidade com o próprio sistema, ferindo a igualdade e a materialidade subjacente.

O fundamento para tanto é extraído da lapidar lição de Me-nezes Cordeiro<sup>[120]</sup> quando aduz que o exercício inadmissível de posições jurídicas pode ocorrer em situações irreduzíveis a direitos subjetivos no sentido estrito: poderes, faculdade, direitos potesta-tivos e outras realidades que, contrariando a boa-fé, tornam-se linguagem ilegítima do Código Civil. Isto é: não tem de haver ne-cessariamente qualquer direito subjetivo; trata-se simplesmente do exercício de posições jurídicas<sup>[121]</sup>.

Nesse contexto, como determinar quando os limites da boa-fé foram ou não excedidos? Pires de Lima e Antunes Varela<sup>[122]</sup> defendem que para averiguação do excesso dos limites da boa-fé e dos bons costumes, há que se atender, de modo especial, às concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade.

---

[119] Vide CÁTIA VENINA SANDERSON DA JORNADA FORTES, "As semelhanças e as diferenças entre os artigos 334.º do Código Civil português e 187.º do Código Civil brasileiro", *Revista de Direito Civil* (2015), p. 169.

[120] Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do abuso do direito: estado das ques-tões e perspectivas*, 2005, disponível em [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614) (23.07.2017).

[121] Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil V*, Almedina, Coim-bra, 2011, p. 374.

[122] Vide JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 7ª. edi-ção, Almedina, Coimbra, 2006, p. 299.

Assim não seria razoável um consumidor adquirir 40 unidades de um determinado produto para escolher qual cor preferida; nem tampouco o caso de vários consumidores propositadamente buscarem “prejudicar” determinada empresa ao adquirir vários produtos sem a real intenção de possuí-los, exercendo logo depois o direito de arrependimento.

Por outro lado, situação diametralmente oposta é o caso de um fornecedor que, tendo a ciência de que deveria prestar as informações ao consumidor sobre o direito de arrependimento, o faça de forma embaralhada, causando prejuízos ao consumidor.

Muitas vezes a densidade informativa é frequente e de tal ordem que mesmo o consumidor atento e perspicaz não consegue prestar atenção, sob pena de não se atinar às informações elementares.

Nesse sentido, o Professor Menezes Cordeiro entende que o direito à não informação ou direito da legítima ignorância do consumidor<sup>[123]</sup> é uma ferramenta hábil no comércio privado<sup>[124]</sup>. Complementa o Professor que em contratos de seguro<sup>[125]</sup>, por

.....  
<sup>[123]</sup> *Mutatis mutandis*, o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ao abordar o contrato bancário, esclarece que o excesso de informação é contraproducente para o consumidor, especialmente para o leigo. Contudo, para o meio eletrônico, é fundamental ter as informações básicas contratuais, sob pena de infração legal do fornecedor. Para mais, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 409. Vide também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil IX...*, cit., pp. 616–617.

<sup>[124]</sup> Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O direito à não informação”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, n.º 9, (2015), p. 50.

<sup>[125]</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 2.ª. edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 616.



exemplo, não há obrigatoriedade de o tomador acolher a informação que lhe seja disponibilizada. Ou seja, se pretender, ele pode assimilar as informações ali transmitidas.

Contudo, entendemos que o comércio eletrônico deve ser visto sob perspectiva distinta. O consumidor deve, compulsoriamente<sup>[126]</sup> (não por questão volitiva) ter acesso às informações elementares (uma espécie de contrato sinótico<sup>[127]</sup> contendo objeto do contrato, preço, informações sobre o direito de arrependimento, dentre outras). Caso o consumidor deseje, há de existir a possibilidade para aceder instantaneamente as informações detalhadas<sup>[128]</sup> em um ícone de fácil visualização, podendo dispô-las quando entender.

Assim, em contratos virtuais com o consumidor, o direito à legítima ignorância do consumidor estaria resguardado somente para as informações menos relevantes para o contrato. Contudo, isso não significa que o fornecedor deva trazer informações a menor, ao revés, deve trazer as opções legítimas para o consumidor, de forma sintética e ao mesmo tempo extensa, uma vez

---

[126] Note que no caso de contratação eletrônica, em regra, não há o contato instantâneo entre as partes, tornando-se indispensável a transmissão das informações contratuais básicas para o consumidor, sob risco do adquirente se valer do *venire contra factum proprium*. Em que pese a autonomia das partes seja a regra, acreditamos que a obrigatoriedade no que toca a informações elementares é para o próprio consumidor, especialmente pela natureza *sui generis* desse tipo de contrato. Na prática, evitaria por exemplo, que o consumidor não incorresse no *venire contra factum proprium*, alegando que o fornecedor não cumpriu os deveres de informação sobre o direito de arrependimento.

[127] Cf. O Decreto n.º 7.962/2013, artigo 4.º.

[128] Todas aquelas já elencadas pelo rol do artigo 4º do Decreto-lei n.º 24/2014.

que o consumidor almeja a qualidade informativa e a legítima compreensão do objeto a ser contratado.

### 3. O direito de arrependimento no ordenamento brasileiro

#### 3.1. Positivação no código de defesa do consumidor

O direito de arrependimento constitui um direito potestativo disponível ao consumidor, contrapondo-se a um estado de sujeição existente em face do fornecedor ou prestador<sup>[129]</sup>.

A *ratio* do instituto é a mesma da portuguesa: a proteção do consumidor em comércio eletrônico à distância, a fim de evitar as compras por impulso ou realizadas sob forte influência da publicidade<sup>[130]</sup>, sem que o produto esteja sob contato do consumidor ou sem que o serviço possa ser melhor examinado<sup>[131]</sup>.

No Brasil, o prazo de reflexão cinge-se ao período de 7<sup>[132]</sup> dias para seu exercício. Da mesma forma que o sistema portu-

.....  
[129] FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual*, 5.ª edição, Método, São Paulo, 2016, p. 541.

[130] Sobre o direito de arrependimento nos atos de consumo levados a efeito no contexto de práticas de marketing agressivo, cf. FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil - Contratos*, 5.ª edição, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 157 e ss.

[131] Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÓNIO HERMAN VASCONCELLOS E BENJAMIN, BRUNO MIRAGEM, "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 3.ª edição, *Revista dos Tribunais* (2010), p. 911 e ss. Nesse sentido, cf. CARLOS ALBERTO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 291.

[132] Vide Código de Defesa do Consumidor, artigo 49.º, *in fine*.



guês, como se trata do exercício de um direito legítimo<sup>[133]</sup>, não há a necessidade de qualquer justificativa<sup>[134]</sup>, inexistindo de sua atuação regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte.

Nesse mesmo sentido, não há incidência de multa pelo exercício, o que contrariaria a própria concepção do sistema de proteção ao consumidor<sup>[135]</sup>.

Para o exercício do direito de arrependimento, o legislador brasileiro estabeleceu dois requisitos cruciais: a) o contrato de consumo deve ser realizado fora do estabelecimento comercial; b) o lapso temporal cingir-se a sete dias, independente de qualquer justificativa, a partir da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço, para o consumidor refletir a hipótese de se arrepender da compra realizada.

Apesar de não estar expressamente disposto no Código de Defesa do Consumidor, a corrente doutrinária majoritária<sup>[136]</sup> en-

---

[133] Cf. FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 380.

[134] Cf. Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Acórdão do Recurso Especial n. 1.340.604. Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL. Julgado em 15 de agosto de 2013, publicado em 22 de agosto de 2013.

[135] Sobre o desequilíbrio entre as partes, cf. ARRUDA ALVIM, THEREZA ALVIM, "Código do Consumidor Comentado", 2.<sup>a</sup> edição, *Revista dos Tribunais* (1995), p. 243 e ss.

[136] Cf. CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, NELSON ROSENVALD, *Curso de Direito Civil 4 - Contratos*, Jus Podivm, Salvador, 2016, p. 115 e ss. No mesmo sentido: CARLOS EDUARDO MENDES DE AZEVEDO, "O direito de arrependimento do consumidor nas contratações eletrônicas" in *Temas de direito do consumidor*, GUILHERME MAGALHÃES MARTINS, AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA (orgs.), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro,

tende que o artigo 49.<sup>o</sup>[137] do Código de Defesa do Consumidor é também aplicável aos contratos eletrônicos, uma vez que, além de ser um contrato à distância, a impessoalidade e a incerteza da satisfação são características inerentes, sendo o consumidor suscetível às práticas comerciais virtuais agressivas.

De outro lado, em sentindo minoritário, há quem defenda<sup>[138]</sup> que a vulnerabilidade do consumidor na Internet não é inferior

.....  
2009, p. 101 e ss; SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 133.

[137] Cf. O Código de Defesa do Consumidor, artigo 49.<sup>o</sup> : "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados."

[138] FÁBIO ULHOA COELHO, "Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico", *Revista do Advogado: 15 Anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor*, ano 27, n.º 89, (2006), pp. 32-37. Em sentido oposto, Cf. decisão do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ARTIGO 49.<sup>o</sup> DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. (...) 2. O artigo 49.<sup>o</sup> do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. (...) 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido." (Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Re-



àquela albergada no meio tradicional, vez que a acessibilidade não seria elemento capaz de descaracterizar o estabelecimento virtual como estabelecimento comercial.

Por fim, cumpre dizer que a oferta vincula o fornecedor, e como o prazo decadencial<sup>[139]</sup> de 7 dias é um mínimo legal, nada impede que ele seja ampliado<sup>[140]</sup> pelo fornecedor. Prática não rara visualizada no Brasil, já que é um artifício que o fornecedor tem para captar maior clientela ou até mesmo demonstrar que seu produto ou serviço são de qualidade.

### 3.2. Regime jurídico do direito de arrependimento

A natureza jurídica do direito de arrependimento é um tema que não foi exaurido pela doutrina brasileira, ainda remanescendo aprofundamento teórico.

.....  
curso Especial n.º 1.340.604. Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL. Julgado em 15 de agosto de 2013, publicado em 22 de agosto de 2013). Em sentido contrário, cf. FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 943; PAULO NADER, *Curso de Direito Civil - Contratos*, 8.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 701 e ss. Ademais, existe o Projeto de Lei 281/2012, ainda em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, que pretende fazer alusão expressa aos contratos celebrados por meio eletrônico, não remanescendo qualquer dúvida a respeito dessa questão.

<sup>[139]</sup> Vide CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, *Direito dos Contratos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 91 e ss.

<sup>[140]</sup> O prazo para o exercício do direito de livre resolução pode ser estendido, servindo muitas vezes de mecanismo de publicidade por parte do fornecedor. Vide artigo 10.º n.º 4 do Decreto-lei n.º 24/2014. Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 269.

Imaginemos que o contrato concluído via internet seja imediatamente eficaz, surtindo efeitos (prestação e contraprestação) até a ocorrência de evento futuro e incerto que resolveria o vínculo contratual, qual seja, o exercício do direito de arrependimento dentro do prazo legal<sup>[141]</sup>.

Nessa hipótese, o contrato estaria perfeito e terminado, prescindindo nova declaração de vontade para que surtisses todos os efeitos. Se o evento previsto acontecer na condição resolutiva<sup>[142]</sup> (desistência do consumidor), se extinguiria o direito estabelecido no contrato, e reestabeleceria o *status quo ante*. Isto é, as partes teriam de devolver as prestações já recebidas eventualmente e ficariam, por conseguinte, liberadas do vínculo contratual.

Contudo, a dicção do artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor não prevê a existência de uma condição, de uma

---

<sup>[141]</sup> Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais", 4.ª edição, *Revista dos Tribunais* (2002), p. 710 e ss.

<sup>[142]</sup> Sobre o tema, veja a consideração interessante do Professor Sílvio Venosa: " (...) Nessa situação, o adquirente não necessita, da mesma forma, justificar o motivo de sua recusa, nem pode o fornecedor a ela se opor. Cuida-se, evidentemente, de aplicação técnica que mais se aproxima da venda a contento em razão da natureza das relações de consumo, do que propriamente do direito de arrependimento, que o legislador denominou no parágrafo de prazo de reflexão. Como a lei refere-se a direito de arrependimento, a hipótese assume feição de condição resolutiva, no silêncio do contrato. (...) Cf. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Código civil interpretado*, 2.ª edição, Atlas, São Paulo, 2011, p. 615 e ss.



cláusula que subordina os efeitos do contrato a algum evento futuro e incerto.

Para o Professor Nelson Rosenvald<sup>[143]</sup>, o direito de arrependimento seria uma hipótese de resilição unilateral oportunizada em favor do consumidor na atividade comercial de oferta de produtos e serviços em sede de contratação à distância. Para o Professor, o contrato não terá a eficácia sustida durante o prazo de reflexão, ao revés, surte efeitos concomitantes ao termo da aceitação pelo consumidor da oferta ao público, como se percebe pela literalidade do artigo 49.º<sup>[144]</sup> do Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, Professora Cláudia Lima Marques<sup>[145]</sup> argumenta que interpretação teleológica do artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor permite afirmar que o direito de arrependimento seria uma nova causa de resolução do contrato, repelindo os conceitos tradicionais das condições suspensiva e resolutiva. Na prática, seria uma faculdade unilateral que o consumidor possui para resolver o contrato no prazo legal de reflexão, sem ter de arcar com os ônus contratuais normais da resolução por inadimplemento.

Com efeito, a resolução opera de pleno direito, não necessitando de intervenção do Poder Judiciário, cuja eficácia depen-

---

[143] Cf. CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, *ob. cit.*, p. 92 e ss.

[144] O artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que " (...) o consumidor pode desistir do contrato (...)" . Com efeito, simplesmente possibilita-se ao consumidor a faculdade unilateral de retratação. Assim, através do exercício da faculdade resilitória, a relação consumerista será desconstituída, restabelecendo-se o *status quo ante*. Cf. *Ibid.*, p. 93.

[145] Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, *ob. cit.*, p. 710 e ss.

de unicamente da simples manifestação de vontade do consumidor em desistir do contrato<sup>[146]</sup>.

Ou seja, resolver-se-ia o contrato por meio dessa cláusula resolutiva tácita, sem remover todos os efeitos produzidos por ele, mas operando retroativamente para restabelecer às partes o *status quo ante*.

Já para o Professor Sérgio Cavaliéri Filho<sup>[147]</sup>, no direito de arrependimento há uma compra e venda perfeita e acabada, um contrato de eficácia imediata, apenas sujeito a um direito potestativo do consumidor. Ou seja, não se trata de venda a contento, comodato, condição suspensiva ou coisa do gênero, mas sim de um contrato consumado até que o consumidor manifeste seu arrependimento, correndo todos os riscos normais do contrato pelo consumidor.

Há quem entenda também que a natureza jurídica do direito de arrependimento seria *sui generis*: o seu exercício aproxima-se da rescisão ou revogação, mas as consequências jurídicas desse ato assemelham-se à resolução contratual<sup>[148]</sup>.

Por fim, como já mencionamos, entendemos que a natureza jurídica do direito de arrependimento se aproxima mais da revo-

.....  
<sup>[146]</sup> Nessa linha, cf. BRUNO MIRAGEM, "Curso de direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor", *Revista dos Tribunais* (2008), p. 243 e ss.

<sup>[147]</sup> SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *ob. cit.*, p. 135 e ss.

<sup>[148]</sup> Nesse sentido, cf. ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *ob. cit.*, p. 61 e ss. O Professor CRISTIANO CHAVES entende que "o artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor, é uma norma complexa, em que contempla várias figuras, como o arrependimento, que até então era pré-contratual, a desistência unilateral, enquanto o direito civil tradicional conhecia somente o distrato e o prazo de reflexão, que



gação, tendo em vista que seu exercício faz cessar os efeitos do contrato, operando retroativamente.

### 3.3. Efeitos do contrato na pendência do prazo para o exercício do direito de arrependimento

A doutrina brasileira é reticente quanto ao tema. Há quem entenda<sup>[149]</sup> que o contrato somente tornará perfeito nos sete dias seguintes à sua assinatura, uma vez que o contratante terá tempo necessário para refletir sobre aquilo pactuado, além de poder se informar melhor sobre o produto adquirido. Ou seja, condiciona o aperfeiçoamento do contrato após o decurso do prazo de sete dias.

Outros advogam<sup>[150]</sup> que mesmo durante o período do *cooling of* o contrato seria válido e eficaz, perdendo somente sua eficácia por meio de uma *simples manifestação de vontade do consumidor em desistir do contrato*.

Essa última foi a posição tomada pelo Código de Defesa do Consumidor, vez que pressupõe um contrato já concluído, o qual produz efeitos desde a manifestação positiva do consumidor. Ou seja: o direito de arrependimento é exercido nos casos de contratos existentes, válidos e eficazes; uma vez que o consumidor

---

antes era considerado um simples dever acessório do contrato.". Cf. CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD, *ob. cit.*, p. 120 e ss.

[149] Cf. ALBERTO DO AMARAL Júnior, "Proteção do consumidor no contrato de compra e venda", *Revista dos Tribunais* (1993), p. 230 e ss.

[150] CLÁUDIA LIMA MARQUES, *ob. cit.*, p. 709 e ss.

exerce seu direito, perde a eficácia do contrato, sendo assim, extinto<sup>[151]</sup>.

Uma vez recebido o produto, o consumidor torna-se efetivamente proprietário. Todavia, acaso exerça o direito de arrependimento, cessa os efeitos desse contrato, com eficácia retroativa, como já dissemos.

Por fim, na mesma toada que a legislação portuguesa, quando se trata de serviços pactuados pela internet, o direito de arrependimento é também garantido<sup>[152]</sup>, mesmo que o fornecedor já tenha iniciado a prestação do serviço.

[151] ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *ob. cit.*, p. 68.

[152] Cf. Seguintes julgados: JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. CONTRATAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE. SERVIÇO CONTRATADO FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PRAZO DE REFLEXÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor pode desistir do contrato no prazo de 7 (sete) dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a compra ocorrer fora do estabelecimento comercial (prazo de reflexão). 2. Na hipótese, restou demonstrado que o autor assinou o contrato com a ré em 06/05/2014 (fl. 136/139), contudo, sua vigência iniciou somente em 01/06/2014 (fl. 51) tendo o pedido de rescisão sido recebido em 02/06/2014 (fl. 53). 3. Portanto, solicitado o cancelamento da contratação do plano de saúde dentro do prazo, in casu, 1 (um) dia após o início da efetiva prestação dos serviços, ao autor é garantido o direito potestativo de resolver o contrato sem qualquer ônus, posto que comprovado o uso no período albergado pela norma consumerista. 4. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. 5. O recorrente responde por custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa, na forma do artigo 55 da lei 9099/95. 6. A súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do artigo 46 da Lei n.º 9.099/95. (Brasil, Juizados Especiais do Distrito Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Acórdão da Apelação Cível n.º 2014 01 1 093349. Relator: CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO. Julgado em 27 de janeiro de 2015.) No mesmo sentido: "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – ARREPENDIMENTO – Admissibi-



### 3.4. Efeitos do exercício do direito de arrependimento

Uma vez operada a desistência do produto ou do serviço pelo consumidor, os efeitos da revogação do ato são *ex tunc*, isto é, retroagem ao *status quo ante*.

Nesse sentido, o que estabelece no artigo 49.º é que se houve eventualmente alguma quantia desembolsada por parte do consumidor, o montante pago deve ser devolvido imediatamente, com correção monetária devida. A leitura desse inciso é a mais ampla possível, tendo em conta que o risco do negócio e do empreendimento é do fornecedor.

No Brasil, a posição doutrinária<sup>[153]</sup> e jurisprudencial<sup>[154]</sup> é no sentido de que o fornecedor arcará com toda e qualquer des-

.....  
lidade – Desistência, através de regular notificação, que se deu anteriormente à vigência do próprio contrato – Artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor – Teleologia da norma que leva em consideração sempre o pleno início das relações – No caso, tratando-se de prestação de serviço, este só tem vigência quando efetivamente prestado – Devolução do preço pago e de qualquer despesa efetuada – Efeito *ex tunc* da desistência – Procedência do pedido – Apelo provido para esse fim" (Brasil, 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação n.º 797.271-8. Relator: LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES. Julgado em 24 de maio de 2000).

<sup>[153]</sup> Cf. FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, cit., pp. 379-381.

<sup>[154]</sup> Vide julgado: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Acórdão do Recurso Especial n.º 1340604/2012. Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL. Julgado em 15 de agosto de 2013. "Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor, especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são

pesa de transporte, serviços postais ou qualquer valor que já tiver sido eventualmente pago (entrada, parcelas de cheque ou cartão de crédito, etc), devendo todo montante ser devolvido de forma corrigida<sup>[155]</sup>. Ou seja, o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor não deve induzir ao enriquecimento sem causa do fornecedor, vez que ambos os contraentes voltam à situação primária, ficando o fornecedor obrigado a devolver todos os valores recebidos, devidamente atualizados<sup>[156]</sup>.

.....  
 inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais.”.

[155] O risco do negócio é do fornecedor. Cf. LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 8.<sup>a</sup> edição, Saraiva, São Paulo, 2015, p. 705. Sobre o fato de que a proteção do consumidor na dicção legal apresenta espectro mais amplo, Cf. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *ob. cit.*, p. 615. No mesmo sentido: THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código Civil e legislação civil em vigor*, 34.<sup>o</sup> edição, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 1615 e ss.

[156] A cláusula contratual que lhe retire o direito de reembolso das quantias pagas é abusiva e, portanto, nula, nos termos do artigo 51.<sup>o</sup>, II, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Cf. NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “Leis Civis Comentadas”, 2.<sup>o</sup> edição, *Revista dos Tribunais*, (2010), p. 308. Cf. Informativo n.º 0528 STJ, Período: 23 de outubro de 2013. Segunda Turma: “(...). O parágrafo único do artigo 49.<sup>o</sup> do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, especifica que o consumidor, ao exercer o referido direito de arrependimento, terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão – período de sete dias contido no caput do artigo 49.<sup>o</sup> do Código de Defesa do Consumidor, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas decorrentes da utilização do serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. (...)”, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cod=052> (14.07.2017).



Aliás, pensar o contrário seria limitar, ainda que financeiramente, um direito estatuído e previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como desestimular o consumidor a não usufruir do comércio eletrônico tão difundido atualmente.

Vale lembrar que no ordenamento português<sup>[157]</sup>, diferentemente do que se sucede ao Brasil, a regra geral é que responsabilidade dos custos fica a cargo do consumidor, exceto se o fornecedor acorde em suportá-lo ou quando o consumidor não tiver sido previamente informado de que teria o dever de pagar os custos da devolução.

Comungamos aqui com o entendimento brasileiro, malgrados a vulnerabilidade<sup>[158]</sup> do consumidor e o instituto da boa-fé<sup>[159]</sup> não devam ser entendidos como artifícios vantajosos na relação jurídica com fornecedor. Ao revés, devem servir tão

.....

<sup>[157]</sup> Vide artigo 13.º, n.ºs 1, 2, 3, 4, do Decreto-lei n.º 24/2014. Cf. Portugal, Tribunal da Relação de Porto, Acórdão n. 4257/13.9TBMTS.P1. Relator: CARLOS GIL. Julgado em 27 de abril de 2015.

<sup>[158]</sup> O Código de Defesa do Consumidor do Brasil também é atento a essa questão: Cf. artigo 4.º- "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (....)."

<sup>[159]</sup> Para coibir tal prática, o Professor Menezes Cordeiro desenvolveu bem o instituto do abuso do direito. Em síntese, o abuso do direito impõe limites à autonomia privada, especialmente no exercício do direito subjetivo e funciona como dispositivo de segurança para as normas jurídicas formalmente aplicadas, atuando sobre o exercício do direito subjetivo (público ou privado). Para mais, Cf. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. Sobre o tema: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O abuso do direito e o artigo 334.º do Código Civil: uma recepção transviada", *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 608.

somente para equipará-lo à parte forte na relação, visando o equilíbrio de interesses de ambos e ao mesmo tempo fomentando o desenvolvimento econômico do país.

Por fim, se a compra for realizada de forma parcelada por meio do cartão de crédito, cabe ao fornecedor informar à administradora do cartão de crédito para que suste as cobranças vindouras daquele bem, sob pena de serem aplicados os consectários da responsabilidade civil.

### 3.5. Prazo e modo de exercício do direito de arrependimento

O *caput* do artigo 49.º dispõe sobre duas proposições ligadas ao direito de desistir, isoladas pela partícula disjuntiva “ou”, o que nos permite concluir a existência de duas situações diversas<sup>[160]</sup>; isto é, o consumidor pode desistir do negócio a contar: a) do ato do recebimento do produto ou serviço; b) da assinatura do contrato.

O comum é que em ambos os casos, a assinatura e entrega ocorram no mesmo dia, entretanto se o contrato for assinado em um dia e a entrega do produto em outro, o início do prazo conta-se a partir do último ato<sup>[161]</sup>. Ademais, é mister aduzir a forma de entrega e recebimento de determinados produtos e certos serviços (por exemplo, remessa do cartão de crédito). Nesses casos em que o produto ou serviço são entregues no domicílio do con-

[160] Cf. LUIZ ANTONIO RIZATTO NUNES, *ob. cit.*, p. 700 e ss.

[161] Cf. CRISTIANO VIEIRA SOBRAL PINTO, *Direito Civil Sistematizado*, 5.ª edição, Método, São Paulo, 2014, p. 561 e ss.



sumidor, o prazo de reflexão inicia-se a partir da efetiva entrega do produto ou da prestação do serviço<sup>[162]</sup>.

Quando couber ao consumidor retirar, por exemplo, em locais pré-determinados (correios, loja física, etc), a contagem do prazo se inicia quando da retirada no estabelecimento acordado.

Por outro lado, a lei pressupõe que, além da aquisição do produto ou serviço, existem outras transações que merecem a tutela do prazo de reflexão, como por exemplo, assinaturas de revistas e jornais, a contratação de serviços de televisão a cabo e telefone solicitadas pela internet. Nesses casos, o prazo inicia-se a contar da assinatura do contrato<sup>[163]</sup>.

Quanto ao modo de exercer o direito de arrependimento, o artigo 5.º, § 1.º do Decreto n.º 7.962/2013 permite que o consumidor exerça o seu direito de arrependimento pelo instrumento idêntico empregado na contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. Assim, pode o consumidor fazê-lo por intermédio<sup>[164]</sup>: a) do telefone; b) notificação por correspondên-

[162] Cf. NELSON NERY JUNIOR; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *ob. cit.*, p. 307 e ss.

[163] O Professor LEONARDO GARCIA MEDEIROS entende que "para alguns serviços específicos, o prazo se iniciará somente quando da assinatura do contrato, como a adesão ao plano de saúde ou ao seguro de automóvel. Não há como o prazo se iniciar quando do recebimento do serviço, uma vez que o consumidor receberá efetivamente o serviço contratado apenas quando ocorrer o sinistro do veículo. Por isso é que, em alguns casos, o prazo será da assinatura do contrato, oportunidade em que o consumidor poderá realmente analisar as condições pactuadas". Cf. LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA, *Direito do Consumidor*, Jus Podivm, São Paulo, 2014, p. 287 e ss.

[164] Cf. LUIZ ANTONIO RIZATTO NUNES, *ob. cit.*, pp. 700–701.

cia por meio dos correios; c) por carta entregue pessoalmente no domicílio do fornecedor, de seu preposto ou representante; d) por telegrama e) por notificação via cartório de títulos e documentos; f) ou até mesmo da própria internet.

Da mesma forma que o sistema português, o prazo conta-se a partir do momento da remessa do produto ao fornecedor (teoria da expedição). Ora, não faria sentido exigir que o consumidor exercesse o arrependimento no primeiro dia para garantir que o fornecedor recebesse o aviso dentro do exíguo prazo, sem poder, por exemplo, se valer do direito de arrependimento no sétimo dia. Pensar de forma diversa acabaria por limitar o direito de arrependimento a menos de 7 dias, o que infringiria a própria *ratio legis*.

Quanto à contagem do prazo, aplica-se supletivamente a norma do Código Civil (artigo 132.<sup>o</sup><sup>[165]</sup>), excluindo o dia do início e incluindo-se o último dia.

Finalmente, outra novidade contemplada pelo Decreto n.º 7.962/2013 refere-se à obrigatoriedade que o fornecedor tem de enviar ao consumidor a confirmação do recebimento da desistência imediatamente após a manifestação do arrependimento (§ 4 do artigo 5.º).

---

[165] Cf. Código Civil brasileiro, artigo 132.º: “ Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, xcluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. § 12 Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.”



### 3.6. Deveres pré-contratuais de informação no código de defesa do consumidor e o direito de arrependimento

No que diz respeito ao dever pré-contratual de informação aplicado ao direito de arrependimento, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro não o trata de forma expressa, em que pese abordá-lo indiretamente em dois momentos.

O primeiro é observado já no artigo 6.º, III, ao dispor que a informação<sup>[166]</sup> tem de ser adequada e clara sobre os diferentes produtos, com especificação correta de suas características quantitativas e qualitativas<sup>[167]</sup>. Ademais, o Código dispôs na Seção sobre publicidade<sup>[168]</sup> o dever de não-abusar, ou dever de proteção que dizem respeito à fase pré-contratual.

.....  
[166] O direito brasileiro protege a confiança legítima do consumidor, seja através das regras relativas à interpretação da declaração de vontade, ao dolo por omissão informativa, à ilicitude no exercício dos direitos e à responsabilidade pré-contratual. Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, "A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito Comparado", *Revista de Direito Civil*, ano I, n.º 2, (2016), p. 287 e ss.

[167] Vide também Decreto n.º 7.962/2013, artigo 2.º, II, que obriga o fornecedor a disponibilizar no seu site o endereço físico do estabelecimento.

[168] Especialmente os itens I a V, do artigo 39.º. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei n.º 8.884, de 11.6.1994) I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

O segundo refere-se à menção expressa do cumprimento da boa-fé entre as partes, insculpida nos artigos 4.<sup>o</sup><sup>[169]</sup> e 51.<sup>o</sup><sup>[170]</sup> do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. A propósito, é do princípio da boa-fé objetiva que são extraídos os chamados deveres anexos de conduta<sup>[171]</sup> (de proteção, cooperação, informação), os quais permeiam toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato<sup>[172]</sup>.

Outrossim, quando se descumprem tais deveres anexos de conduta incorrem-se também na denominada violação positiva

.....  
[169] Cf. Artigo 4.<sup>o</sup> - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170.<sup>o</sup> da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[170] Cf. Código de Defesa do Consumidor brasileiro, artigo 51.<sup>o</sup>: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

[171] Sobre a interpretação implícita do artigo 422.<sup>o</sup> do Código Civil brasileiro, Cf. FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 870.

[172] Cf. TERESA NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 153–154.



do contrato ou adimplemento ruim<sup>[173]</sup>, mesmo sendo a obrigação principal satisfeita.

A Professora Cláudia Lima Marques<sup>[174]</sup> entende que direito à informação transparente significa informação clara e correta não somente sobre o produto a ser vendido, assim como no direito subjetivo de arrependimento que o consumidor possui, caso deseje acioná-lo.

Em que pese o Código de Defesa do Consumidor não ter disposto qual sanção cabível ao fornecedor infrator, no caso de ser omissivo ao direito de arrependimento, concluímos que as sanções aplicáveis devem ser perscrutadas pelo próprio diploma, especificamente em seu artigo 56.º ou, em *ultima ratio*, acarretar em nulidade do próprio contrato celebrado ou das condições nele previstas que demonstrem ser desfavoráveis ao consumidor, consoante inteligência do artigo 166.º, inciso IV, do Código Civil brasileiro.

De toda sorte, diferentemente do ordenamento português, há de se ressaltar que não há nenhuma menção expressa da obrigatoriedade dos fornecedores de informarem ao consumi-

---

[173] Cf. LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA, *Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência*, Impetus, Niterói, 2008, p. 120.

[174] De mais a mais, nos artigos 30.º e 38.º, a Lei n.º 8.078/1990 traz regulamentação própria quanto à matéria, relacionando regras aplicadas ao princípio da transparência ou da confiança. CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais", 5.ª edição, *Revista dos Tribunais* (2006), p. 594. No mesmo sentido: FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM Assumpção NEVES, *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 98. No mesmo viés: LUIZ ANTONIO RIZATTO NUNES, *ob. cit.*, pp. 216-217; CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, NELSON ROSENVALD, FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO, *Curso de Direito Civil 3 - Responsabilidade Civil*, 2.ª edição, Atlas, São Paulo, 2015, p. 275.

dor acerca da existência do direito de arrependimento, fato que, na prática, distancia o consumidor ao pleno exercício da cidadania.

### 3.6.1. *Deveres pré-contratuais de informação no decreto n.º 7.962/2013 E na lei n.º 12.965/2014 e o direito de arrependimento*

Diferentemente do legislador europeu, que compilou no mesmo instrumento o regime jurídico da prestação de serviços da sociedade da informação e da contratação eletrônica, o legislador brasileiro dividiu as matérias: o Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013 que regula a contratação no comércio eletrônico, notadamente sobre o direito de arrependimento, e a Lei n.º 12.965/14 (Marco Civil da Internet) que dispõe acerca dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Quanto à utilização da internet, a Lei n.º 12.965/14, de 23 de abril, declarou<sup>[175]</sup> a defesa do consumidor como um de seus fundamentos, consagrando o direito do usuário à aplicação das normas de proteção nas relações de consumo realizadas na internet, embora o tenha feito 14 anos depois da Directiva Europeia de 2000<sup>[176]</sup>.

[175] Cf. Artigo 2.º, §V e artigo 7.º, inciso XIII da Lei n.º 12.965/14.

[176] Cf. A Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.



Por sua vez, o Decreto n.º 7.962/2013 elenca três elementares deveres anexos que servem de norte nas relações comerciais eletrônicas entre consumidor e fornecedor: o dever de prestar informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor; atendimento facilitado ao consumidor; e respeito ao direito de arrependimento, todas dispostas no artigo 1.º do diploma<sup>[177]</sup>.

A menção expressa aos deveres pré-contratuais de informação está descrita no artigo 4.º, ao dispor que o fornecedor deverá apresentar um sumário do contrato antes da celebração do pacto, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos.

Ademais, deve ainda o fornecedor manter um serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação<sup>[178]</sup>, não atingindo o prazo

---

<sup>[177]</sup> Cf. Artigo 1º: "Este Decreto regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; II - atendimento facilitado ao consumidor; e III - respeito ao direito de arrependimento."

<sup>[178]</sup> Insta destacar interessante julgado que se refere a esse assunto, no qual o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu o direito do consumidor a ter acesso aos termos do contrato formalizado por meio eletrônico. Ementa: Ação de exibição de documento. Contrato eletrônico não impresso no momento da adesão. Aderente que escolhe o valor e quantidade de prestações implicando ciência do conteúdo de algumas cláusulas. Irrelevância. Direito do consumidor de ter acesso a todas as cláusulas do contrato. Recurso não provido. (Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 9096614-70.2007.8.26.0000. Relator: DESEMBARGADOR PAULO SÉRGIO ROMERO VICENTE RODRIGUES. São Paulo, 25 de fevereiro de 2008).

superior a 5 dias para solução do problema<sup>[179]</sup>.

Nesse contexto, ao instrumentalizar o disposto no artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor, o Decreto n.º 7.962 delimitou algumas determinações específicas<sup>[180]</sup>. A primeira refere-se ao *caput* do artigo 5.º que impõe ao fornecedor o dever de informar, de forma clara e ostensiva, os instrumentos apropriados e necessários para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

Essa questão é relevante, uma vez que o decreto não contém critérios para aquisição de bens e serviços de caráter *sui generis*. Como é o caso, por exemplo, de produtos digitais<sup>[181]</sup> ou até mesmo compra de bilhetes aéreos, típicos contratos que demandariam um dever de informação pré-contratual específico.

Ademais, pode o consumidor exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados, o que também abrangerá os contratos acessórios, sem qualquer ônus.

Vale ressaltar que a inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no arti-

.....

[179] Cf. Decreto n.º 7.962, artigo 4.º, inciso V e parágrafo único, de 15 de março de 2013 que regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

[180] Cf. LUIZ ANTONIO RIZATTO NUNES, *ob. cit.*, p. 702.

[181] O Professor TARCÍSIO TEIXEIRA já traduzia a necessidade de critérios diferenciadores para contratos peculiares. Cf. TARCÍSIO TEIXEIRA, *Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2015, p. 83 e ss.



go 56.º do Código de Defesa do Consumidor, que serão delineadas no tópico das Sanções.

Em outro viés, a Lei n.º 12.965/2014 visou estabelecer os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Seu ponto de partida disposto em suas razões: à utilização democrática e justa da internet.

Por fim, a disciplina do uso da internet é fundamentada<sup>[182]</sup> na tutela do hipossuficiente, sem olvidar que ao usuário é assegurado aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet<sup>[183]</sup>, assegurando-lhe especialmente o direito de arrependimento.

### 3.7. Exceções ao direito de arrependimento

Diferentemente do legislador português, o brasileiro não tratou expressamente de exceções aplicadas ao direito de arrependimento.

A construção doutrinária<sup>[184]</sup> entende que não deve incidir o direito de arrependimento do consumidor nas seguintes hipó-

<sup>[182]</sup> Cf. artigo 2.º da Lei n.º 12.965/2014.

<sup>[183]</sup> Cf. Lei n.º 12.965, artigo 7.º, inciso XIII, de 23 de abril de 2014; CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, NELSON ROSENVALD; FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO, *ob. cit.*, p. 728.

<sup>[184]</sup> Vide RICARDO LUIS LORENZETTI, "Comércio eletrônico", *Revista dos Tribunais* (2004), p. 400 e ss. No mesmo sentido: CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, NELSON ROSENVALD, *ob. cit.*, p. 100 e ss; NEWTON DE LUCCA, *Direito do consumidor: teoria geral da relação de consumo*, 2.ª edição, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, p. 455 e ss; CARLOS ALBERTO ROHRMANN, *Curso de direito virtual*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 100 e ss.

teses: aquisição de produtos perecíveis, bens personalizados sob encomenda, com todas as especificações fornecidas; arquivos digitais de som, imagens e textos; livros eletrônicos e outros.

Ademais, não ter exceções<sup>[185]</sup> poderia ocasionar situações esdrúxulas, como por exemplo, o consumidor que adquira um bem de conteúdo digital, acesse as informações expostas, copie todo o conteúdo, e, no final, exerça o seu arrependimento.

Contudo, no tocante a softwares comercializados pela internet, o entendimento jurisprudencial<sup>[186]</sup> é no sentido de que o mero acesso ao conteúdo (através de login e senha), para aferir a qualidade do que foi contratado não ilide o exercício do direito de arrependimento, podendo o consumidor exercê-lo, se lhe aprouver.

Ademais, uma das falhas do artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor é não englobar o direito de arrependimento em

[185] Outros compreendem que o risco é do fornecedor e, sendo assim, deve arcar com a segurança necessária de seu produto (como o caso de bloqueios anticópias, hábeis a perdurar o prazo final de 7 dias do direito de arrependimento). Cf. CARLOS EDUARDO MENDES DE AZEVEDO, *ob. cit.*, p. 112 e ss.

[186] Cf. Seguinte julgado: Recurso inominado. Consumidor. Contratação de curso online, Direito de arrependimento previsto no artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor, e na própria contratação. Prazo deve ser contado a partir da viabilização do acesso ao sistema, quando possível ao consumidor aferir a qualidade do curso contratado, e não partir do mero recebimento do login e da senha, quando ainda sem acesso ao sistema. Contrato adesão cujas cláusulas devem ser interpretadas do modo mais favorável ao consumidor. Exercício de direito ao arrependimento previsto no artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor, dentro do prazo de sete dias, o que enseja a devolução integral do valor pago, bem como a declaração de inexistência de qualquer débito pendente perante a ré. Recurso provido. (Brasil, Tribunal de Justiça de São Paulo, Acórdão do Recurso Cível n.º 71004940532. Relator: ROBERTO BEHRENSDORF GOMES DA SILVA. Julgado em 11 de junho de 2014.).



caso de contratos que envolvem concessão de crédito. Sobre o tema, o doutrinador francês Jean Calais-Auloy<sup>[187]</sup> explica que a facilidade de crédito ao consumidor pode gerar dois graves problemas que não refletem sua decisão: compras desnecessárias e comprometimento financeiro do consumidor.

Por fim, alargar o direito de arrependimento para essa área poderia evitar o superendividamento, as compras inúteis e não desejadas pelo consumidor, promovendo, de forma indireta, melhorias na situação econômica brasileira.

### 3.8. *Abuso do direito e sua importância no direito de arrependimento*

Apesar da construção doutrinária<sup>[188]</sup>, o artigo 49.º do Código de Defesa do Consumidor não traz qualquer limitação ao exercício do direito de arrependimento.

Diante da ausência legal de restrições ao exercício do direito de arrependimento no Brasil, seja no Código de Defesa do Consumidor ou em leis esparsas, a figura do abuso do direito disposta no artigo 187.º do Código Civil<sup>[189]</sup>, torna-se a única via<sup>[190]</sup> que poderá limitar condutas ilícitas por parte de alguns consumidores.

[187] Cf. JEAN CALAIS AULOY, "Les cinq réformes qui rendent le crédit moins dangereux pour les consommateurs", [s.l.]: *Recueil Dalloz* (1975), p. 20 e ss.

[188] Cf. Notas de rodapé 185, 186 e 187.

[189] Sobre o diálogo das fontes e a aplicabilidade da teoria do abuso do direito nas relações consumeristas, Cf. NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *ob. cit.*, p. 273.

[190] A realidade é que essa cláusula geral não é suficiente para conter, em variadas situações, o abuso do direito por parte de alguns consumidores. Note

Pode-se definir<sup>[191]</sup> o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito<sup>[192]</sup> em seu exercício, por parte do titular.

Sendo assim, o abuso do direito ocorrerá sempre que o exercício de um "direito" ultrapassar a barreira da conduta justa; aplicá-lo ao direito de arrependimento significa frear a prática de condutas eivadas de má-fé que via de regra privilegiam os consumidores.

Vale salientar que a ilicitude do ato, no abuso do direito, está na forma de sua execução, ou seja, em sua prática<sup>[193]</sup>. Como consequência imediata, o abuso do direito gera a respon-

.....  
que em Portugal há a menção expressa de exceções ao direito de arrependimento, no artigo 17.º do Decreto-lei n.º 24/2014.

[191] Cf. LUIS ANTONIO RIZATTO NUNES, *ob. cit.*, p. 219 e ss. Sobre o tema, a Professora MARIA HELENA DINIZ é categórica: "(...) Sob a aparência de um ato legal ou fictício, esconde-se a ilicitude, ou melhor, a antijuridicidade *sui generis* no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou até mesmo por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido (...)". Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Código Civil Comentado*, 9.ª edição, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 211.

[192] Estabelecer um fim para o exercício do direito subjetivo implica, necessariamente, em submeter a conduta do indivíduo à avaliação segundo os princípios constitucionais que definem a ordem jurídica brasileira. Cf. RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 146 e ss.

[193] FLÁVIO TARTUCE, DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de Direito do Consumidor - Direito Material...*, cit., p. 722 e ss. No mesmo sentido: FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 371-372; SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 7.º edição, Atlas, São Paulo, 2007, p. 143.



sabilidade civil objetiva do abusador independente do elemento culpa<sup>[194]</sup>.

Sob outra perspectiva, a Professora Cláudia Lima Marques<sup>[195]</sup> argumenta que o exercício do direito de arrependimento deve atender aos ditames do abuso do direito ou da posição contratual do fornecedor, de modo a impedir qualquer exclusão de alguma prerrogativa já reconhecida ao consumidor.

Por fim, a Professora explica que, em sede de comércio eletrônico, o excesso de informação na tela do computador pode acabar por prejudicar o consumidor, sem informá-lo do direito que lhe assiste, no que seria uma forma nova de abuso do direito<sup>[196]</sup>.

#### 4. Conclusão

Ficou patente em ambos os sistemas que o direito de arrependimento imprime à relação contratual eletrônica o necessário equilíbrio entre as partes, de maneira a resguardar os inte-

[194] Cf. Enunciado n.º 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "artigo 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

[195] Cf. CLÁUDIA LIMA MARQUES, ob. cit., p. 594.

[196] Cf. Artigo 39.º inciso II do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Cf. também: CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, p. 273 e ss. No mesmo sentido, João Pedro Leite Barros, "O excesso de informação como abuso do direito (dever)", *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. vol. VII. n.º 25. (2017).

resses dos consumidores, possibilitando uma manifestação que expresse a vontade racional e isenta de qualquer postura determinista do fornecedor.

Verificou-se no estudo que as características do direito de arrependimento são as mesmas nos dois sistemas, notadamente por ser um direito desmotivado, irrenunciável e potestativo, exercido sem qualquer ônus por parte do consumidor.

O estudo trouxe à tona quais os reflexos que o exercício do direito de arrependimento possui como forma de extinção das obrigações, notadamente quando se tratou de contratos eletrônicos ainda em pendência de prazo para o seu exercício entre fornecedores e consumidores.

Quanto à natureza jurídica do direito de arrependimento, concluímos que ainda não reúne na doutrina portuguesa e brasileira entendimento unânime sobre o tema. Apesar disso, perfilhamos que tal direito se aproxima mais da revogação, já que seu exercício faz cessar os efeitos do contrato, operando retroativamente. Por sua vez, na doutrina brasileira, a corrente majoritária compreende o direito de arrependimento como uma espécie de resolução contratual, já que o consumidor poderia resolver o contrato no prazo legal de reflexão, sem ter de arcar com os ônus contratuais normais da resolução por inadimplemento.

No que toca ao prazo legal de reflexão, restou indubitável que a doutrina portuguesa ressoa mais favorável à brasileira quanto ao prazo, vez que no Brasil limita-se a 7 dias e em Portugal a 14 dias. Por outro lado, fato comum aos dois diplomas é



a possibilidade de ampliação de tal prazo, vez que a proteção disposta é o pressuposto mínimo de proteção.

Quanto aos efeitos do exercício do direito de arrependimento, os dois sistemas confluem da mesma forma: o fornecedor fica obrigado a reembolsar o preço pago pelo consumidor com diferenças pontuais entre si (notadamente no que toca aos encargos para envio do produto).

Foi constatado que o dever pré-contratual de informação aplicado ao direito de arrependimento é um pressuposto necessário para o efetivo exercício do direito, uma vez que a transparência, adequação e veracidade são princípios norteadores desse dever de informar, constituindo elemento fulcral para contratação. Nesse ponto, se comparado ao diploma brasileiro, percebemos que ordenamento português demonstrou uma postura mais garantista ao consumidor, alargando o prazo do direito de arrependimento de 14 dias para 12 meses, se houver falha de comunicação da informação pelo fornecedor. Outrossim, uma diferença nítida entre os dois sistemas refere-se aos gastos postais e envio do produto ao fornecedor, quando exercido o direito de arrependimento. Ficou nítida a maior proteção do diploma brasileiro, já que tais despesas ficam por conta do fornecedor (teoria do risco negocial), diferentemente da regra geral portuguesa. Entendemos ser mais adequada a concepção do sistema brasileiro, desde que o consumidor observe os requisitos inerentes da boa-fé.

Constatamos também que a imprecisão do Código do Consumidor brasileiro e das leis que tratam sobre o direito de arrependimento ainda são geram dúvidas não solucionadas sobre o

tema. Acreditamos que somente com dispositivos mais claros poderia sanar a polêmica doutrinária quanto a algumas questões demonstradas (exceção ao direito de arrependimento, aplicabilidade do direito de arrependimento aos contratos aéreos, dentre outras) e reduzir o subjetivismo do operador do Direito quando da subsunção da norma ao caso prático.

Por fim, restou inconteste a simbiose entre os sistemas jurídicos português e brasileiro, longínquos algumas vezes por conceitos, mas sempre imbricados e convergentes pela essência: proteção ao consumidor.





# O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS

Jorge Morais Carvalho\*

## 1. Introdução

No Direito, o conceito de consumidor tem como função principal delimitar o âmbito de aplicação (subjeto) de (vários) regimes jurídicos<sup>[1]</sup>, sendo uma questão muito mais de natureza política do que de técnica jurídica.

Como não existe um conceito único, quer a nível nacional quer a nível internacional, é necessário perceber em cada caso qual o âmbito subjetivo de aplicação do diploma em causa.

Note-se que integram a esfera do direito do consumo muitas normas que não têm o consumidor como referência para a delimitação do seu âmbito de aplicação. As noções de aderen-

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Mais informações: [www.jorgemoraiscarvalho.com](http://www.jorgemoraiscarvalho.com).

<sup>1</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2018, p. 23; MÁRIO TENREIRO, “Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?”, 1997, p. 354.



te (nas cláusulas contratuais gerais<sup>[2]</sup>) ou de utente (nos serviços públicos essenciais<sup>[3]</sup>) não se confundem com a de consumidor, apesar de uma grande proximidade, especialmente no objetivo de proteção que todas pressupõem, proteção esta que é conferida ao adquirente do bem ou do serviço. Estamos, assim, perante normas de direito do consumo que não têm por referência (apenas) o consumidor, qualquer que seja o conceito adotado.

Neste texto, começa-se por enquadrar os vários conceitos de consumidor consagrados na legislação, quer ao nível do direito europeu quer ao nível do direito nacional, realçando o respetivo âmbito. Segue-se uma análise dos quatro elementos que integram o conceito de consumidor. Por fim, reflete-se em torno da alegação e da prova da qualificação como consumidor.

## 2. Conceitos de consumidor

A generalidade das diretivas europeias que se ocupam de matérias ligadas ao direito do consumo define consumidor, com pequenas variações, como “a pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais”.

---

[2] Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto (retificado pela Declaração de Retificação n.º 114-B/95, de 31 de agosto), 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro.

[3] Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 5/2004, de 10 de fevereiro, 12/2008, de 26 de fevereiro, 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

Nada impede, no entanto, os Estados-Membros de adotarem um conceito diverso de consumidor, mesmo no domínio das diretivas em causa, independentemente de estas serem de harmonização mínima ou máxima, desde que esse conceito seja mais abrangente, aplicando-se, assim, as suas regras a outros sujeitos<sup>[4]</sup>.

Esta possibilidade resulta claramente do acórdão *Di Pinto*<sup>[5]</sup>:

“1. O comerciante contactado no seu domicílio com vista à celebração de um contrato de publicidade relativo à cessão do seu estabelecimento comercial não deve ser considerado um consumidor protegido pela Diretiva 85/577/CEE (...).

2. A Diretiva não obsta a que uma legislação nacional sobre promoção de vendas a domicílio estenda aos comerciantes a proteção por si instituída, quando estes pratiquem atos com vista à cessão dos respetivos estabelecimentos comerciais”.

No direito português, podemos encontrar várias definições de consumidor, desde as mais restritas, como a do DL 133/2009<sup>[6]</sup>

<sup>[4]</sup> GILLES PAISANT, *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, 2015, p. 162.

<sup>[5]</sup> Ac. do TJUE, de 14/3/1991.

<sup>[6]</sup> Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho (retificado pela Declaração de Retificação n.º 55/2009, de 31 de julho), alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 72-A/2010, de 18 de junho, 42-A/2013, de 28 de março, e 74-A/2017, de 23 de junho.



("pessoa singular que [...] atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional"), até às mais amplas, como a do DL 29/2006<sup>[7]</sup> ("o cliente final de eletricidade").

A definição central de consumidor é, na ordem jurídica portuguesa, a do art. 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor (LDC)<sup>[8]</sup>:

"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".

Trata-se do diploma que incorpora os princípios gerais do direito do consumo, sendo utilizada como referência no nosso direito, em alguns casos por via de reprodução (DL 67/2003<sup>[9]</sup>) ou

.....  
<sup>[7]</sup> Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 104/2010, de 29 de setembro, 78/2011, de 20 de junho, 75/2012, de 26 de março, 112/2012, de 23 de maio, 215-A/2012, de 8 de outubro (retificado pela Declaração de Retificação n.º 74/2012, de 7 de dezembro), e 178/2015, de 27 de agosto.

<sup>[8]</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, e 47/2014, de 28 de julho.

<sup>[9]</sup> Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

de remissão expressa (DL 171/2007<sup>[10]</sup>; DL 134/2009<sup>[11]</sup>) da lei, noutros por via interpretativa (DL 446/85<sup>[12]</sup>; Lei 23/96<sup>[13]</sup>). Nos casos em que determinado diploma utiliza mas não define o conceito de consumidor, a tendência mais comum consiste em recorrer à definição da LDC<sup>[14]</sup>, podendo esta, assim, considerar-se residual<sup>[15]</sup>.

Faz-se igualmente apelo à definição da LDC para delimitar o âmbito de aplicação do art. 755.º-1-f) do Código Civil (CC).

O Ac. do STJ, de 20/3/2014, uniformizou jurisprudência no sentido de que,

“no âmbito da graduação de créditos em insolvência o *consumidor* promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com *traditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art. 755.º-1-f) do CC”.

[10] Decreto-Lei n.º 171/2007, de 8 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 88/2008, de 29 de maio.

[11] Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho.

[12] ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2010, p. 92, n. 262.

[13] FLÁVIA DA COSTA DE SÁ, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Electrónicas*, 2014, p. 16.

[14] FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, 2009, p. 77. Jurisprudência: Ac. do TRG, de 16/3/2017.

[15] PAULO DUARTE, “A Chamada «Arbitragem Necessária» de «Litígios de Consumo» no Domínio dos Serviços Públicos Essenciais”, 2016, p. 456, n. 21.



Nessa decisão, embora fora do âmbito da uniformização de jurisprudência, considera-se consumidor o “utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda”.

A jurisprudência posterior aponta no sentido de que este entendimento se insere na noção de consumidor consagrada na LDC<sup>[16]</sup>, o que nos parece uma boa solução.

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS entende que deve ser utilizado como referência o conceito de consumidor do Anteprojeto de Código do Consumidor<sup>[17]</sup>. Esta solução não nos parece adequada. Com efeito, existindo tantas definições de consumidor no nosso ordenamento jurídico, não se justifica recorrer a uma que, por decisão legislativa, não foi (pelo menos ainda) acolhida.

Também não parece adequado referir, em simultâneo, os conceitos de consumidor da LDC e do DL 24/2014<sup>[18]/[19]</sup>. Sendo conceitos distintos, a qualificação como consumidor tem de ser

.....  
[16] Ac. do STJ, 14/10/2014; Ac. do STJ, de 25/11/2014; Ac. do STJ, de 17/11/2015; Ac. do STJ, de 24/11/2015; Ac. do STJ, 16/2/2016; Ac. do STJ, de 5/7/2016; Ac. do STJ, de 14/2/2017; Ac. do TRP, de 15/6/2015; Ac. do TRG, de 14/4/2016; Ac. do TRP, de 25/10/2016; Ac. do TRP, de 8/5/2017. Doutrina: BRUNO OLIVEIRA PINTO, “A Insolvência e a Tutela do Direito de Retenção”, 2014, p. 87.

[17] LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência”, 2011, pp. 8 e 9, n. 25. Jurisprudência: Ac. do STJ, de 29/5/2014.

[18] Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

[19] Ac. do STJ, de 24/5/2016; Ac. do TRG, de 26/1/2017; Ac. do TRP, de 6/4/2017.

aferida face a um diploma ou ao outro (em muitos casos, a pessoa poderá ser qualificada como consumidor face a ambos, mas o seu âmbito não é coincidente).

Igualmente criticável parece-nos ser a conclusão de que o conceito de consumidor deve ser entendido no sentido de utilizador final, assim se considerando pessoas que “instalaram nas respetivas frações que prometeram comprar uma agência de seguros e um salão de cabeleireiro”<sup>[20]</sup>.

Se é utilizado o conceito de consumidor, então este deve ter “o significado comum do termo”, como se refere no acórdão de uniformização de jurisprudência, e não outro significado mais lato, não adotado em praticamente nenhum dos muitos diplomas que definem consumidor. Compreende-se o objetivo de limitar os efeitos da interpretação restritiva (se não mesmo da redução teleológica) do art. 755.º-1-f) do CC, resultante do acórdão de uniformização de jurisprudência, mas a via para a limitação dos efeitos daquele acórdão não deve ser feita *por linhas tortas*, colocando em causa um conceito já estabelecido, embora com alguns sobressaltos, no nosso ordenamento jurídico.

Em matéria de resolução alternativa de litígios de consumo (RALC), é necessário ter em conta a definição da Lei 144/2015<sup>[21]</sup>, que adota a definição restrita da Diretiva 2013/11/UE<sup>[22]</sup>. Com

[20] Ac. do STJ, de 3/10/2017.

[21] Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 102/2017, de 23 de agosto.

[22] JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 24 a 37.



feito, o art. 3.º-c) da Lei 144/2005 define consumidor como “uma pessoa singular quando atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, resultando da alínea d) que o profissional, neste diploma designado “fornecedor de bens ou prestador de serviços”, é “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, quando atue, nomeadamente por intermédio de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, com fins que se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”. Ao contrário da LDC, que inclui no conceito de consumidor o requisito de que a contraparte seja um profissional (elemento relacional), a Lei 144/2015, seguindo a tradição do direito europeu, distingue os conceitos de consumidor e de profissional, embora esta distinção não tenha implicações práticas significativas.

### 3. Elementos do conceito de consumidor

O conceito de consumidor pode ser analisado com referência a quatro elementos (embora alguns deles possam, em determinadas normas, ficar vazios): elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional<sup>[23]</sup>.

Partimos agora para uma análise dos quatro elementos do conceito de consumidor, tendo como base a definição da Lei de Defesa do Consumidor, assinalando, em alguns pontos, especificidades resultantes de outros diplomas.

.....  
<sup>[23]</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 29.

### 3.1. Elemento subjetivo

O elemento subjetivo ("todo aquele") é bastante amplo, abrangendo, numa primeira abordagem, todas as pessoas, singulares ou coletivas<sup>[24]</sup>, embora sofra depois uma restrição face ao elemento teleológico.

A questão mais controversa consiste na qualificação jurídica do condomínio, podendo ter quatro respostas: (i) não é consumidor em nenhuma circunstância; (ii) é consumidor se nenhuma fração se destinar a uso profissional; (iii) é consumidor se as frações se destinarem maioritariamente a uso não profissional<sup>[25]</sup>; (iv) é consumidor se pelo menos uma fração se destinar a uso não profissional.

Defende-se a última hipótese, considerando-se consumidor sempre que, numa perspetiva objetiva, o bem ou o serviço em causa possa ser considerado um bem ou um serviço de consumo para uma das pessoas que o condomínio representa. Nos termos do art. 1420.º-1 do CC, "cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício". Neste sentido, não há dúvida de que as partes comuns constituem bens de consumo quando o seu

---

<sup>[24]</sup> PAULO DUARTE, "O Conceito Jurídico de Consumidor", 1999, pp. 661 a 665. Aparentemente contra, limitando a pessoas singulares: DAVID FALCÃO, "Conceito de Consumidor", 2010, p. 152. Jurisprudência: Ac. do STJ, de 20/10/2011; Ac. do STJ, de 17/11/2015; Ac. do STJ, 16/2/2016; Ac. do TRE, de 29/1/2015; Ac. do TRL, de 19/5/2015; Ac. do TRG, de 23/2/2017.

<sup>[25]</sup> JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2015, p. 242. Jurisprudência: Ac. do TRP, de 8/5/2014.



proprietário (ou um dos seus proprietários) puder ser qualificado como consumidor<sup>[26]</sup>, devendo, em consequência, o condomínio ter a possibilidade de defender os interesses relativos a essas partes em representação do (ou dos) condómino(s)<sup>[27]</sup>. A conclusão acerca da qualificação do condomínio como consumidor é independente da circunstância de este estar a ser gerido por um profissional<sup>[28]</sup>.

O elemento subjetivo é menos amplo noutros diplomas, como o DL 57/2008<sup>[29]</sup>, o DL 133/2009 ou o DL 24/2014 (“pessoa singular”), abrangendo apenas as pessoas singulares e não também as pessoas coletivas.

### 3.2. Elemento objetivo

O elemento objetivo também tem uma amplitude significativa (“a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos”), parecendo abarcar qualquer relação contratual estabelecida entre as partes.

Parece-nos que a razão de ser do diploma se estende, no entanto, também a relações não contratuais. Assim, por exemplo, o art. 8.º-1-i) da LDC impõe ao profissional a prestação de informações relativamente à garantia voluntária ou comercial oferecida (por vezes,

[26] ALEXANDRE MOTA PINTO, “Venda de Bens de Consumo e Garantias”, 2016, p. 191.

[27] Ac. do TRP, de 26/6/2008.

[28] Ac. do TRL, de 19/5/2015.

[29] Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro.

negócio jurídico unilateral), podendo referir-se também o art. 12.º-2, que alude à responsabilidade civil extracontratual do produtor.

Noutras definições, o elemento objetivo encontra-se circunscrito pelo objeto do diploma. Assim, por exemplo, o DL 133/2009 (“negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei”) aplica-se apenas a contratos de crédito ao consumo.

Já na Lei 44/2015, que regula a RALC, o art. 2.º-1 determina que esta se aplica aos litígios “resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços”. Numa análise literal, o diploma não se aplicaria, por exemplo, aos contratos de crédito ou aos contratos de locação. Esta restrição é incompreensível, pois não existe qualquer fundamento objetivo que permita a aplicação de regras e princípios diferentes aos mesmos procedimentos de RALC apenas em função do tipo contratual em causa<sup>[30]</sup>. Justifica-se, pois, uma interpretação extensiva do art. 2.º-1, que alargue o seu âmbito de aplicação aos restantes tipos contratuais (com exceção dos excluídos, nos termos do art. 2.º-2<sup>[31]</sup>). A referência expressa aos contratos de compra e venda e de prestação de serviços resulta da sua especial importância no contexto do mercado interno e não visa excluir a aplicação do diploma a outros tipos contratuais.

---

<sup>[30]</sup> CÁTIA MARQUES CEBOLA, “ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal”, 2016, pp. 72 e 73.

<sup>[31]</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 37 a 40.



### 3.3. Elemento teleológico

Quanto ao elemento teleológico (“destinados a uso não profissional”)<sup>[32]</sup>, a atual LDC adota uma formulação diferente da anterior (“uso privado”), embora esta circunstância não reflita qualquer diferença de regime.

A finalidade pode ser revelada por forma positiva (“uso privado”) ou por via negativa (“uso não profissional”)<sup>[33]</sup>. Com efeito, qualquer “uso não profissional” deve ser qualificado como “uso privado”, uma vez que não existe, para este efeito, uma terceira categoria de usos, além dos usos profissionais e dos usos não profissionais, incluindo-se os usos privados neste último grupo. Para assinalar a diferença entre as duas formulações, é dado o exemplo do “comprador de uma fração autónoma de um imóvel para arrendamento”, considerando-se que, neste caso, o imóvel é destinado a “uso não profissional”, embora

.....  
<sup>[32]</sup> A Lei 144/2015 contém uma referência totalmente equivalente (“atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”). Com efeito, parece-nos que a referência a atividade profissional é suficiente para abranger todas as situações, incluindo no seu âmbito as atividades comercial, industrial ou artesanal. É esta também a definição constante do DL 24/2014 (JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, 2014, p. 31).

<sup>[33]</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, pp. 209 e 210. Jurisprudência: Ac. do STJ, de 25/11/2014. Contra: PAULO DUARTE, “O Conceito Jurídico de Consumidor”, 1999, pp. 674 e 675; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “A Protecção do Consumidor no Quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico”, 2000, p. 61, n. 35; DAVID FALCÃO, “Conceito de Consumidor”, 2010, p. 152; JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2015, p. 238.

não seja destinado a “uso privado”<sup>[34]</sup>. No entanto, neste exemplo, como veremos ao longo deste ponto, deve entender-se que não estamos perante um “uso não profissional”, uma vez que a coisa se destina ao exercício de uma atividade económica regular (o arrendamento), não relevando se se trata de atividade principal ou secundária do comprador, pelo que não se encontra preenchido o elemento teleológico e não estamos, portanto, perante uma relação de consumo.

O conceito de “uso não profissional” afasta-se da noção de “destinatário final”, mais ampla<sup>[35]</sup>, utilizada em alguns direitos, como o angolano<sup>[36]</sup>, o argentino<sup>[37]</sup> ou o brasileiro<sup>[38]</sup>. Na interpretação destes preceitos, podemos encontrar duas correntes principais na doutrina e na jurisprudência<sup>[39]</sup>: a doutrina finalista (interpretação restrita do conceito, não podendo o objeto ter

[34] DAVID FALCÃO, “Conceito de Consumidor”, 2010, p. 152.

[35] MIRIAM DE ALMEIDA SOUZA, *A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*, 1996, p. 49.

[36] Art. 3.º-1 da Lei n.º 15/03, de 22 de julho.

[37] Art. 1.º da Ley 24.240, de Defensa del Consumidor, alterada pela Ley 26.361.

[38] Art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor.

[39] Sobre a questão, de forma desenvolvida: CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2006, pp. 302 a 393; SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Direito do Consumidor*, 2014, pp. 66 a 73; JÚLIO MORAES OLIVEIRA, *Curso: Direito do Consumidor Completo*, 2014, pp. 95 a 106; CRISTIANO HEINECK SCHMITT, *Consumidores Hipervulneráveis*, 2014, pp. 166 a 202.



uso profissional)<sup>[40]</sup>, mais próxima do direito português<sup>[41]</sup>, e a doutrina maximalista (interpretação ampla do conceito, estando em causa a retirada do bem do circuito de produção)<sup>[42]</sup>.

O elemento teleológico exclui do conceito todas as pessoas, singulares ou coletivas, que atuam no âmbito de uma atividade profissional<sup>[43]</sup>, independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa<sup>[44]</sup>.

.....

[40] Direito angolano: RAÚL CARLOS DE FREITAS RODRIGUES, *O Consumidor no Direito Angolano*, 2009, p. 62. Direito argentino: ANTONIO JUAN RINESSI, *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*, 2006, p. 50; DANTE D. RUSCONI, "Nociones Fundamentales", 2009, p. 156; ARIEL ARIZA, "Contratación Inmobiliaria y Defensa del Consumidor", 2009, p. 43, n. 6; CARLOS A. GHERSI e CELIA WEINGARTEN, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2011, p. 52; SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI e IvÁN VLADIMIR PACEVICIUS, "El Ámbito de Aplicación del Derecho del Consumidor ante el Nuevo Código Civil y Comercial", 2016, p. 69. Direito brasileiro: CLAUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN e BRUNO MIRAGEM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2003, p. 74; LUIZ EDSON FACHIN, "Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor", 2005, p. 118; CLÁUDIO PETRINI BELMONTE, *A Redução do Negócio Jurídico e a Protecção dos Consumidores*, 2003, p. 104; SERGIO PINHEIRO MARÇAL, "Definição Jurídica de Consumidor", 2006, p. 111; JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, *Manual de Direitos do Consumidor*, 2016, p. 25. BRUNO MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor*, 2014, p. 59, refere-se a uma evolução da doutrina finalista – o finalismo aprofundado –, tendo em conta o conceito de consumidor por equiparação, em casos de reconhecida vulnerabilidade.

[41] PAULO R. ROQUE A. KHOURI, *Direito do Consumidor*, 2013, p. 38.

[42] JORGE OSCAR ROSSI, "Derecho del Consumidor", 2009, p. 23; TIAGO MACHADO DE FREITAS, "A Extensão do Conceito de Consumidor em Face dos Diferentes Sistemas de Protecção Adotados por Brasil e Portugal", 2003, p. 405; MÁRIO TENREIRO, "Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?", 1997, p. 346.

[43] MIGUEL CALADO MOURA e JORGE MORAIS CARVALHO, "Perspetivas Extracontratuais e Contratuais da Prevenção do Perigo na Prática Desportiva do Golfe", 2014, p. 155: o contraente não pode ser qualificado como consumidor, "por faltar o elemento teleológico", "por exemplo, se o contrato for celebrado por uma

Incluem-se, contudo, no conceito as pessoas coletivas que não destinem o bem a uma atividade profissional, como as associações ou as fundações<sup>[45]</sup>.

Encontram-se igualmente incluídas as pessoas singulares que, apesar de terem conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa, atuam fora do âmbito de uma atividade profissional<sup>[46]</sup>. Assim, por exemplo, um sapateiro que se dirige a uma sapataria para comprar uns sapatos para utilizar no seu dia-a-dia é um consumidor nessa relação com a sapataria. A

.....  
 sociedade de advogados com o objetivo de permitir aos seus colaboradores ou clientes a utilização das instalações e dos equipamentos desportivos". No Ac. do TRL, de 9/6/2016, exclui-se a qualificação como consumidor num caso em que o imóvel objeto do contrato se destina ao exercício da advocacia.

<sup>[44]</sup> Aparentemente contra (admitindo a extensão do conceito de consumidor a profissionais, desde que estejam a atuar fora da sua atividade): JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, 1999, p. 193; SANDRINA LAURENTINO, "Os Destinatários da Legislação do Consumidor", 2000, p. 430; FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, 2009, pp. 63 a 72; PEDRO MAIA, "Contratação à Distância e Práticas Comerciais Desleais", 2015, p. 151. Jurisprudência: Ac. do TRP, de 11/9/2008; Ac. do TRL, de 18/6/2013; Sentença do JP do Funchal, de 7/7/2015. Excluindo claramente a qualificação como consumidor de uma sociedade comercial que atua no âmbito da sua atividade: Ac. do STJ, de 8/10/2015; Ac. do STJ, de 16/6/2016; Ac. do STJ, de 29/7/2016; Ac. do STJ, de 4/10/2016; Ac. do TRG, de 11/2/2016; Ac. do TRP, de 23/2/2016.

<sup>[45]</sup> LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Direito do Consumo", 2002, p. 22. No Brasil, expressamente: JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, *Manual de Direitos do Consumidor*, 2016, p. 28. GILLES PAISANT, *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, 2015, p. 166, critica o conceito de consumidor que limite o elemento subjetivo a pessoas singulares, defendendo que se justifica a qualificação como consumidor das associações.

<sup>[46]</sup> Contra: PEDRO MANUEL MOREIRA DA SILVA SANTOS, *Responsabilidade Civil e Garantias no Âmbito do Direito do Consumo*, 2012, p. 16; JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2015, p. 241.



jurisprudência do TJUE aponta claramente neste sentido, considerando-se que o conceito de consumidor “é independente dos conhecimentos concretos que a pessoa em questão possa ter ou das informações de que essa pessoa realmente dispõe” (acórdão *Costea*)<sup>[47]</sup>, não relevando “a experiência que essa pessoa pode adquirir no domínio em que se inserem os referidos serviços nem o seu compromisso para efeitos da representação dos direitos e dos interesses dos utilizadores desses serviços” (acórdão *Schrems*)<sup>[48]</sup>. Conclui-se neste último aresto que o art. 15.º do Regulamento 44/2001 “deve ser interpretado no sentido de que um utilizador de uma conta privada Facebook não perde a qualidade de «consumidor», na aceção deste artigo, quando publica livros, faz conferências, gere sítios web, recolhe donativos e obtém a cedência dos direitos de vários consumidores para os exercer em justiça”.

Os conhecimentos jurídicos, resultantes, nomeadamente, do exercício das profissões de advogado ou de solicitador, também não impedem a qualificação como consumidor. Neste sentido, pode ler-se na decisão do acórdão *Costea*<sup>[49]</sup>:

“O artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores,

---

[47] Ac. do TJUE, de 3/9/2015 (n.º 21).

[48] Ac. do TJUE, de 25/1/2018 (n.º 39).

[49] Ac. do TJUE, de 3/9/2015.

deve ser interpretado no sentido de que uma pessoa singular que exerce a profissão de advogado, que celebra um contrato de crédito com um banco, sem que a finalidade do crédito seja precisada nesse contrato, pode ser considerada um «consumidor», na aceção desta disposição, quando o referido contrato não esteja ligado à atividade profissional desse advogado. A circunstância de o crédito nascido do referido contrato ser garantido por uma hipoteca constituída por essa pessoa na qualidade de representante do seu escritório de advogados e que tem por objeto bens destinados ao exercício da atividade profissional da referida pessoa, como um imóvel pertencente a esse escritório, não é pertinente a tal respeito".

Tem-se assistido, em alguns domínios, a um fenómeno de equiparação das empresas<sup>[50]</sup>, nomeadamente as microempresas<sup>[51]</sup>, aos consumidores para efeito de proteção. Essas pessoas não são, no entanto, qualificadas como consumidores.

Sendo o bem destinado a uso misto, ou seja, simultaneamente, a uso profissional e não profissional (por exemplo, automóvel para utilizar no exercício da atividade profissional – o que não se confunde com deslocações para o local de trabalho – e na vida privada), o melhor critério para determinar se se trata de uma relação de con-

---

[50] V., por exemplo, art. 1.º-2 do DL 57/2008, na redação dada pelo DL 205/2015.

[51] GIOVANNI DE CRISTOFARO, "Unfair Business-to-Microenterprise Commercial Practices", 2015, p. 23.



sumo parece consistir no uso predominantemente dado ao bem<sup>[52]</sup>, independentemente de este corresponder ao seu uso normal<sup>[53]</sup>.

No Direito da União Europeia, a questão coloca-se de forma diversa nos domínios da competência judiciária, por um lado, e dos regimes materiais de direito do consumo, por outro lado.

No primeiro caso, o conceito de consumidor é interpretado restritivamente, não sendo aplicável a regra de proteção (que permite ao consumidor, em traços gerais, demandar e ser demandado no tribunal do lugar do seu domicílio), em caso de uso misto, "salvo se a utilização profissional for marginal, a ponto de apenas ter um papel despiciendo no contexto global da operação em causa, sendo irrelevante, a este respeito, o facto de o aspeto extraprofissional ser dominante" (acórdão *Gruber*)<sup>[53]</sup>.

Nos regimes materiais de direito do consumo, pode afirmar-se que o critério do uso predominante é o critério adotado, atualmente, a nível europeu. Por exemplo, o considerando (17) da Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, determina que:

---

[52] SANDRINA LAURENTINO, "Os Destinatários da Legislação do Consumidor", 2000, p. 424; FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, 2009, p. 88. Jurisprudência: Ac. do TRC, de 15/12/2016. Contra: PEDRO MADEIRA FROUFE, "A Noção de Consumidor a Crédito", 1999, p. 436; L. MENEZES LEITÃO, "Caveat Venditor?", 2002, p. 273; JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2015, p. 241. Jurisprudência: Ac. do TRE, de 29/1/2015.

[53] Ac. do TJUE, de 20/1/2005 (n.º 39). GERAINT HOWELLS, "The Scope of European Consumer Law", 2005, p. 362, assinala que esta interpretação restritiva se circunscreve, de um ponto de vista lógico, ao domínio da competência judiciária. Esta solução é reafirmada no Ac. do TJUE, de 25/1/2018.

“no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade e se o objetivo da atividade for *tão limitado que não seja predominante* no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor” (itálico nosso).

Releva, portanto, a utilização predominante.

Outra questão diz respeito ao momento em que deve ser verificado o destino a dar aos bens ou serviços, podendo colocar-se três hipóteses: (i) celebração do contrato<sup>[54]</sup>; (ii) entrega do bem ou prestação do serviço<sup>[55]</sup>; (iii) utilização do bem ou serviço<sup>[56]</sup>.

Uma vez que o cumprimento das regras específicas de proteção dos consumidores depende do conhecimento da natureza

.....

[54] JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2015, p. 237.

[55] Ac. do TRL, de 8/6/2006.

[56] A propósito da interpretação do art. 15.º do Regulamento 44/2001, defende-se no Ac. do TJUE, de 25/1/2018 (n.ºs 37 e 38), que, em conformidade com a exigência de interpretar de maneira restritiva o conceito de consumidor, previsto nesse diploma, “há, nomeadamente, que ter em conta, no que respeita aos serviços de uma rede social digital destinados a serem utilizados durante um longo período de tempo, a *evolução posterior da utilização que é feita desses serviços*” (itálico nosso), implicando essa interpretação, “nomeadamente, que um demandante utilizador desses serviços possa invocar a qualidade de consumidor apenas se a *utilização essencialmente não profissional desses serviços, para a qual foi inicialmente celebrado um contrato, não tiver adquirido, em seguida, um caráter essencialmente profissional*” (itálico nosso).



da relação por parte do profissional, o momento da celebração do contrato é o momento a que se deve reportar a determinação do uso pretendido para o bem ou serviço.

O caráter apenas futuro da atividade profissional que se pretende exercer não afasta a qualificação do uso como profissional, se for esse o objetivo da parte no momento da celebração do contrato. No acórdão *Benincasa*<sup>[57]</sup>, conclui-se que os vários preceitos da Convenção de Bruxelas que estavam em causa naquele processo:

“devem ser interpretados no sentido de que um demandante que celebrou um contrato com vista ao exercício de uma atividade profissional não atual mas futura não pode ser considerado como consumidor”.

Sendo o negócio jurídico realizado com intervenção de representante, o elemento teleológico deve verificar-se em relação ao representado, independentemente de o representante ter ou não a qualidade de profissional. Assim, por exemplo, se um advogado celebra um contrato de compra e venda de um imóvel em nome de um cliente, que destina o imóvel a uso não profissional, o cliente poderá ser qualificado como consumidor se estiverem preenchidos os restantes elementos; se uma empresa gestora de um condomínio, preenchendo este o elemento sub-

[57] Ac. do TJUE, de 3/7/1997.

jetivo do conceito de consumidor, celebra um contrato para a manutenção dos elevadores do prédio, deve considerar-se verificado o elemento teleológico. No mandato sem representação, a qualidade de consumidor deve ser aferida por referência ao mandatário, independentemente de o mandato ser conhecido (art. 1180.º do CC). Nos termos do art. 1181.º-2 do CC, “o mandante pode substituir-se ao mandatário no exercício dos respetivos direitos”. Para perceber quais são os “respetivos direitos”, é necessário verificar o elemento teleológico: se o mandatário agir profissionalmente, não estamos perante uma relação de consumo; agindo fora do âmbito de uma atividade profissional, estamos perante uma relação de consumo, podendo o mandante exercer os direitos que originariamente se encontravam na esfera jurídica do mandatário<sup>[58]/[59]</sup>.

A aplicação das regras especiais de proteção do consumidor relativas à competência judiciária, previstas na legislação europeia, também implicam, naturalmente, que a verificação da qualificação como consumidor seja feita em relação ao representado e não ao representante, não relevando a eventual

[58] Ac. do TRE, de 15/1/2015.

[59] No Ac. do TJUE, de 28/1/2015, conclui-se que não foi celebrado um contrato entre as partes e que, face ao Regulamento 44/2001, “o requisito da celebração de um contrato com o *próprio* profissional em questão não se presta a uma interpretação no sentido de que esse requisito também estaria preenchido no caso de uma cadeia de contratos em aplicação da qual são transferidos determinados direitos e obrigações do profissional em causa para o consumidor” (itálico nosso).



qualificação deste como consumidor. É esta a conclusão, quanto a este ponto, do acórdão *Schrems*<sup>[60]</sup>:

“O artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que não se aplica à ação de um consumidor para invocar, no tribunal do lugar em que está domiciliado, não só os seus próprios direitos mas também os direitos cedidos por outros consumidores domiciliados no mesmo Estado-Membro, noutros Estados-Membros ou em Estados terceiros”.

Independentemente do destino a dar ao bem ou serviço, se uma pessoa se apresentar perante a contraparte como profissional, indicando o nome ou o número de identificação fiscal de uma empresa (por razões fiscais, por exemplo), não se aplica o regime de proteção previsto nos diplomas de direito do consumo. Com efeito, não se admite que uma pessoa pretenda ser simultaneamente consumidor e profissional, beneficiando das vantagens conferidas, em domínios diversos, a cada uma destas categorias de pessoas. Por um lado, a contraparte pode não saber que está a contratar com um consumidor e, portanto, que tem de cumprir regras específicas naquela relação; se, da interpretação da declaração, nos termos gerais<sup>[61]</sup>, resultar que aquela pessoa é profissional, a prova do uso não profissional de nada lhe serve. Por outro lado, mesmo que saiba, seria abusivo o consumidor beneficiar deste seu comportamento contraditório.

[60] Ac. do TJUE, de 25/1/2018.

[61] PAULO MOTA PINTO, “O Novo Regime Jurídico dos Contratos a Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial”, 2015, p. 58.

A jurisprudência já considerou — acertadamente — que o uso é “não profissional” no caso de o adquirente do bem ter ajudado, como trabalhador, na sua construção<sup>[62]</sup>, no caso de o adquirente ter cedido o bem a uns amigos que o utilizam para uso não profissional<sup>[63]</sup> e no caso de o bem ter sido adquirido para uso pessoal do filho<sup>[64]</sup>. Conclui-se também que o facto de o objeto do contrato ser um terreno destinado à construção urbana não afasta a qualificação como consumidor, se o promitente-comprador não exerce qualquer atividade profissional relacionada com o mercado imobiliário<sup>[65]</sup>. Diríamos que, mesmo que exercesse uma atividade nessa área, se o terreno se destinasse a uso não profissional, sempre estaria verificado o elemento teleológico. Também não afasta a qualificação como consumidor “a circunstância de o promitente-comprador ter acabado por arrendar as frações prometidas comprar”<sup>[66]</sup>.

A qualificação do investidor não qualificado como consumidor é discutível, embora aponte neste sentido o DL 95/2006, que regula os contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros, incluindo no conceito de serviço financeiro qualquer serviço “de investimento” [art. 2.º-c)]. Este regime é aplicável se o serviço de investimento não for integrável no âmbito de uma atividade profissional do investidor. Se uma pessoa viver dos seus

[62] Ac. do TRG, de 14/4/2016.

[63] Ac. do STJ, de 5/7/2016.

[64] Sentença do JP de Coimbra, de 27/1/2015.

[65] Ac. do TRP, de 15/6/2015.

[66] Ac. do TRG, de 26/1/2017.



investimentos, não pode ser qualificada como consumidora. Se tiver uma poupança e investir o montante resultante da poupança, será, à partida, consumidora. Numa situação intermédia, a qualificação pode ser mais complexa. O art. 321.º-3 do Código dos Valores Mobiliários parece apontar no sentido de que o investidor não qualificado não é consumidor, ao estabelecer que “aos contratos de intermediação financeira é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, sendo para esse efeito os investidores não qualificados equiparados a consumidores” (itálico nosso). Se a lei os equipara a consumidores é porque não os considera como tal.

Igualmente complexa é a questão de saber se um consumidor doméstico de eletricidade que é simultaneamente microprodutor ou microgerador de energia continua a poder ser qualificado como consumidor. Julgamos que mantém a qualidade de consumidor no que respeita ao contrato de fornecimento de energia elétrica que celebra com o comercializador, mas não pode como tal ser qualificado na parte em que vende eletricidade à rede. Isto significa também que o equipamento que permite a geração de energia não pode ser considerado um bem de consumo se for total ou predominantemente utilizado para vender energia à rede. Se for total ou predominantemente utilizado para consumo próprio, é um bem de consumo.

### 3.4. Elemento relacional

A noção de consumidor contém ainda o elemento relacional, impondo que a contraparte (em relação ao consumidor) seja uma “pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Nos termos do art. 2.º-2 da LDC, não releva para a qualificação como consumidor a natureza pública ou privada da atividade exercida pelo profissional. É, no entanto, no que respeita a entidades públicas, necessário que se trate de uma atividade económica desenvolvida pela administração, pela qual seja cobrado um preço (ou, tratando-se de uma liberalidade, esta se insira na estratégia comercial da entidade em causa). Não são relações de consumo aquelas que se estabelecem com a administração relativas a serviços que constituem missão do Estado, como os que dizem respeito à justiça, à polícia, ao serviço nacional de saúde ou à educação pública<sup>[67]</sup>.

A circunstância de a atividade consistir no exercício de uma profissão liberal é irrelevante. A restrição operada pelo art. 23.º da LDC deve entender-se que diz apenas respeito à responsabilidade disciplinar. O direito europeu também aponta neste sentido, considerando-se que o elemento relacional do conceito de consumidor abrange serviços jurídicos. Neste sentido, conclui-se de forma clara no acórdão *Šiba*<sup>[68]</sup>:

.....  
<sup>[67]</sup> GILLES PAISANT, *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, 2015, p. 182.

<sup>[68]</sup> Ac. do TJUE, de 15/1/2015.



“A Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretada no sentido de que se aplica aos contratos *standard* de prestação de serviços jurídicos, como os que estão em causa no processo principal, celebrados por um advogado com uma pessoa singular que não atue para fins que pertençam ao âmbito da sua atividade profissional”.

Não resulta deste elemento que o objetivo seja a obtenção de benefícios por parte do profissional na relação concreta estabelecida com o consumidor, abrangendo-se, assim, por exemplo, a oferta de brindes, que têm um conteúdo promocional e se inserem numa atividade económica que visa a obtenção de benefícios, embora não o lucro imediato<sup>[69]</sup>. Se o profissional ceder o seu crédito a um terceiro, deve considerar-se verificado o elemento relacional no âmbito da relação entre esse terceiro e o devedor, pelo que, se estiverem verificados os restantes elementos do conceito de consumidor, o devedor deve ser qualificado como consumidor. Neste sentido, no acórdão *Gelvora*<sup>[70]</sup>, conclui-se que a Diretiva 2005/29/CE é aplicável “a relação jurídica entre uma sociedade de

---

<sup>[69]</sup> FERNANDO DIAS SIMÕES, “O Conceito de Consumidor no Direito Português”, 2012, p. 4.

<sup>[70]</sup> Ac. do TJUE, de 20/7/2017.

cobrança de dívidas e o devedor em incumprimento num contrato de crédito ao consumo cuja dívida foi cedida a essa sociedade".

Já não se encontra abrangido pela definição, por faltar o elemento relacional, o contrato celebrado entre não profissionais (ou particulares)<sup>[71]</sup>. Note-se que não se pode falar em contrato entre consumidores, uma vez que, se não estiver preenchido o elemento relacional, não estamos perante um consumidor.

A identificação da contraparte poderá nem sempre ser fácil, em especial nos negócios de compra coletiva ou na designada economia colaborativa (ou de plataformas), que se vai estendendo a setores de atividade muito diversificados<sup>[72]</sup>, em que o contrato é celebrado numa aplicação, muitas vezes não sendo evidente com quem é que se está a contratar. Por exemplo, no caso da plataforma Uber, apesar de esta indicar nas condições gerais que não presta serviços de transporte, deve concluir-se que a empresa não é simples intermediária, sendo parte no contrato<sup>[73]</sup>. Como a atividade é exercida a título profissional, o ele-

.....  
<sup>[71]</sup> Ac. do TJUE, de 5/12/2013.

<sup>[72]</sup> Por exemplo, o setor do crédito: CHRISTOPH BUSCH e VANESSA MAK, "Peer-to-Peer Lending in the European Union", 2016, p. 181.

<sup>[73]</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, "Uber in Portugal", 2015, p. 64; JORGE MORAIS CARVALHO, "Developments on Uber in Portugal", 2015; JOANA CAMPOS CARVALHO, "A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*", 2016, p. 306; JOANA CAMPOS CARVALHO, "Enquadramento Jurídico da Atividade da Uber em Portugal", 2016; CHRISTOPH BUSCH, HANS SCHULTE-NÖLKE, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e FRYDERYK ZOLL, "The Rise of the Platform Economy", 2016, p. 8. No sentido de que a Uber



mento relacional encontra-se preenchido. Já no caso de outras plataformas, como o OLX ou o CustoJusto, a relação com estas empresas é de consumo (se estiverem preenchidos os outros elementos), mas a relação estabelecida com o vendedor do bem poderá ou não ser de consumo, consoante este venda os bens usados com carácter profissional ou não<sup>[74]</sup>.

A fronteira que delimita o carácter profissional de uma atividade, que pode definir a aplicação de regras jurídicas muito diversas<sup>[75]</sup>, não é fácil de traçar. Nos extremos, a solução é clara. Assim, se uma pessoa resolve vender através de uma aplicação o carrinho de bebé do filho que entretanto cresceu não está a exercer uma atividade a título profissional. O mesmo se diga de alguém que herda uma casa no Algarve e resolve arrendá-la uma semana na Páscoa através da plataforma Airbnb. Já se o negócio for comprar e vender carrinhos de bebé nessas aplicações ou arrendar casas, o carácter profissional do exercício da atividade é claro. Mais complexa é a conclusão quanto à verificação do elemento relacional em situações intermédias. Por exemplo: a pessoa em causa compra e, posteriormente, vende um carrinho de bebé de seis em seis meses através do OLX (ou um por mês ou de dois em dois meses); a casa herdada é arrendada o ano todo na Airbnb (ou não se trata apenas de uma casa, mas de duas ou

.....  
presta serviços de transporte, v. Ac. do TJUE, de 20/12/2017, que não se pronuncia, no entanto, sobre questões contratuais.

<sup>[74]</sup> JOANA CAMPOS CARVALHO, "A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*", 2016, pp. 124 e 125.

<sup>[75]</sup> TIMOTHY J. DODSWORTH, "Intermediaries as Sellers – A Commentary on *Wathelet*", 2017, p. 213.

três). As plataformas digitais, além de constituírem, elas próprias, um negócio com grande relevância social e económica, potenciam a existência de muitos negócios à sua volta. Se pensarmos na Airbnb, muitas pessoas passaram, nos últimos anos, a exercer uma atividade profissional, ainda que não seja a sua principal atividade, ao oferecer serviços de alojamento local, celebrando, assim, contratos de consumo.

Em suma, o preenchimento do elemento relacional não implica que o negócio se enquadre na atividade profissional principal da pessoa em causa, podendo tratar-se de uma atividade profissional secundária, mas pressupõe um mínimo de continuidade no exercício dessa atividade<sup>[76]</sup>.

#### **4. Alegação e prova da qualificação como consumidor**

A qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada (nem, muito menos, provada, porque não é matéria de facto).

O ónus da alegação dos factos que consubstanciam a noção de consumidor, nos casos em que o consumidor pretende exercer os seus direitos enquanto tal, é seu, por se tratar de factos que o direito material consagra como constitutivos do direito que

---

<sup>[76]</sup> DAVID FALCÃO, "Conceito de Consumidor", 2010, p. 152.



pretende fazer valer, sem prejuízo do dever do juiz de o convidar a completar a sua exposição<sup>[77]</sup>.

Já relativamente ao ónus da prova, este cabe ao consumidor relativamente aos factos, referentes aos elementos indicados, que sustentam a qualificação como consumidor, nomeadamente o “uso não profissional”. É no elemento teleológico que, a propósito dos elementos da noção de consumidor relativos a este (excluindo, portanto, o elemento relacional), mais provavelmente se poderá colocar a questão da dúvida quanto aos factos que a fundamentam.

Como refere Micael Martins Teixeira<sup>[78]</sup>:

“Segundo o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova, este deverá impender sobre o consumidor relativamente aos factos que implicam a verificação dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico da noção de consumidor e sobre o (suposto) profissional quanto aos factos que implicam a verificação do elemento relacional da mesma noção”.

Com efeito, os elementos relativos ao (hipotético) exercício com carácter profissional de uma atividade económica que vise

---

<sup>[77]</sup> MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, 2016, p. 142.

<sup>[78]</sup> MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, 2016, p. 149.

a obtenção de benefícios não são, em princípio, conhecidos da contraparte, sendo totalmente dominados pelo (suposto) profissional, que assim tem toda a facilidade na prova de que não é profissional (versão factual que o favorece).

Pense-se no caso da pessoa que arrenda uma ou várias casas na Airbnb.

O hóspede terá dificuldade em saber se essa pessoa arrenda casas com carácter profissional, pois não tem informação sobre o número de casas arrendadas, o volume de negócios, etc... Já o arrendatário tem essa informação disponível, uma vez que lhe diz diretamente respeito, podendo facilmente fornecê-la aos autos.

Imaginemos a situação, relativamente comum, em que fica provado nos autos que o imóvel objeto do contrato de compra e venda ou de empreitada se destina à habitação do comprador ou dono da obra e que o vendedor ou empreiteiro é profissional. Neste caso, deve aplicar-se o regime de direito do consumo<sup>[79]</sup>, mesmo que a qualificação como consumidor não tenha sido alegada. Em casos como os deste exemplo, os nossos tribunais aplicam, por vezes, infelizmente, o regime geral sem chegar a discutir a questão<sup>[80]</sup>.

O acórdão *Faber*<sup>[81]</sup> aponta claramente neste sentido, determinando que o tribunal nacional

---

[79] Ac. do TRG, de 14/4/2016.

[80] Ac. do TRP, de 8/5/2014. V., também, Ac. do TRC, de 27/5/2014; Ac. do TRE, de 29/1/2015; Ac. do TRG, de 25/5/2016.

[81] Ac. do TJUE, de 4/6/2015.



“está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor [...], ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade”.

A referência a um pedido de esclarecimento aponta, no direito português, para a aplicação dos arts. 7.º e 590.º-2 do Código de Processo Civil (princípio da cooperação)<sup>[82]</sup>.

Esta solução deve ser igualmente aplicada no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo, considerando-se a entidade de RALC competente se tiver os elementos necessários para a qualificação do reclamante como consumidor. No caso de ter dúvidas sobre essa qualificação, deve solicitar ao reclamante os esclarecimentos necessários para uma análise adequada da situação. Em princípio, num processo de mediação, a investigação poderá não ser tão intensa, uma vez que, pela sua própria natureza, não é tão relevante a prova dos factos subjacentes ao litígio, centrando-se a negociação assistida pelo mediador essencialmente nos interesses das partes e na tentativa da obtenção de um acordo. Já no que diz respeito à arbitra-

<sup>[82]</sup> MICAEL MARTINS TEIXEIRA, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, 2016, p. 142. Segundo este autor (p. 143), o juiz deve mesmo, se for necessário, recorrer “aos mecanismos de produção de prova por sua iniciativa que a lei processual lhe atribui, no âmbito do dever de inquisitorialidade do julgador, constante do art. 411.º do CPC”.

gem, a qualificação como consumidor definirá, em regra<sup>[83]</sup>, a competência do tribunal, afetando, portanto, os seus poderes jurisdicionais.

## 5. Conclusão

O conceito jurídico de consumidor não é uniforme, existindo várias definições quer no direito português quer a nível internacional. Importa, portanto, verificar, em cada caso, qual o conceito relevante.

Em Portugal, a definição central de consumidor é a que consta do art. 2.º-1 da Lei de Defesa do Consumidor, que qualifica como tal “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

O elemento subjetivo é bastante amplo, abrangendo todas as pessoas, singulares e coletivas, incluindo o condomínio, que deve ser qualificado como consumidor se pelo menos uma fração se destinar a uso não profissional.

O elemento objetivo é igualmente amplo, abarcando qualquer relação contratual (ou até não contratual) estabelecida entre as partes.

.....  
<sup>[83]</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, 2017, pp. 45 a 49.



O elemento teleológico assenta no uso não profissional que a pessoa pretende dar ao bem, ao serviço ou ao direito. Todas as pessoas que agem no âmbito de uma atividade profissional são excluídas do conceito, independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa. Já as pessoas coletivas que não destinem o bem a uma atividade profissional, como as associações ou as fundações, podem ser incluídas no conceito. Encontram-se igualmente incluídas as pessoas singulares que, apesar de terem conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa (bem como conhecimentos jurídicos), atuam fora do âmbito de uma atividade profissional. Em caso de uso misto, o melhor critério para determinar se se trata de uma relação de consumo parece consistir no uso predominantemente dado ao bem. O momento em que deve ser verificado o uso é o da celebração do contrato.

O elemento relacional impõe que a contraparte do consumidor seja um profissional. Este pode ter natureza privada ou pública, desde que exerça uma atividade económica com vista a obtenção de benefícios, ou ter uma profissão liberal. O preenchimento deste elemento não implica que o negócio se enquadre na atividade profissional principal da pessoa em causa, podendo tratar-se de uma atividade profissional secundária, mas pressupõe um mínimo de continuidade no exercício dessa atividade.

A qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada ou provada. O consumidor tem, no entanto, o ónus da alegação dos factos que consubstanciam essa qualificação, constituindo dever do juiz convidar o consu-

midor a completar a exposição que, quanto a este aspeto, se encontre incompleta ou imprecisa. Ao consumidor cabe fazer prova dos factos relativos ao preenchimento dos elementos subjetivo, objetivo e teleológico, enquanto a prova dos factos relativos ao elemento relacional cabe ao profissional.

### **Bibliografia:**

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

ARIZA, Ariel, "Contratación Inmobiliaria y Defensa del Consumidor", in *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, pp. 39-55

BELMONTE, Cláudio Petrini, *A Redução do Negócio Jurídico e a Protecção dos Consumidores – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

BENJAMIN, Antônio Herman, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003 (com CLAUDIA LIMA MARQUES e BRUNO MIRAGEM)

BUSCH, Christoph, "Peer-to-Peer Lending in the European Union", in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2016, p. 181 (com VANESSA MAK)

— "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law", in *EuCML – Journal of European Con-*



*sumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10 (com HANS SCHULTE-NÖLKE, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e FRYDERYK ZOLL)

CARVALHO, Joana Campos, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2017 (com JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA)

— "A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*", in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 115-129

— "Enquadramento Jurídico da Atividade da Uber em Portugal", in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, n.º 26, 2016, pp. 221-238

— "A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*", in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, 2016, pp. 294-309

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018

— *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2017 (JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO)

— "Developments on Uber in Portugal", in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2015, pp. 157-158

— "Uber in Portugal", in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, pp. 63-65

— "Perspetivas Extracontratuais e Contratuais da Prevenção do Perigo na Prática Desportiva do Golfe — A Propósito

do Acórdão do TRL, de 16 de Abril de 2013, e do Acórdão do STJ, de 15 de Novembro de 2013”, in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, Ano XI, n.º 32, 2014, pp. 141-172 (com MIGUEL CALADO MOURA)

CEBOLA, Cátia Marques, “ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. V, n.º 22, 2016, pp. 67-92

CRISTOFARO, Giovanni De, “Unfair Business-to-Microenterprise Commercial Practices: The Italian Solution in the European Context — The Extended Scope of Application of UCP Directive's Implementing Provisions”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, pp. 20-29

DODSWORTH, Timothy J., “Intermediaries as Sellers – A Commentary on *Wathelet*”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017, pp. 213-215

DUARTE, Paulo, “A Chamada «Arbitragem Necessária» de «Litígios de Consumo» no Domínio dos Serviços Públicos Essenciais: Âmbito, Natureza e Aspectos Processuais”, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, 2016, pp. 452-469

— “O Conceito Jurídico de Consumidor, segundo o Artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, 1999, pp. 649-703

FACHIN, Luiz Edson, “Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: Um Approach de Suas Relações



- Jurídicas", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, 2005, pp. 111-135
- FALCÃO, David José Geraldês, "Conceito de Consumidor", in *Ges-  
tin*, Ano VIII, n.º 8, 2010, pp. 151-152
- FILHO, Sergio Cavaliéri, *Programa de Direito do Consumidor*, 4.ª  
edição, Atlas, São Paulo, 2014
- FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de Direitos do Consumidor*,  
14.ª edição, Atlas, São Paulo, 2016
- FREITAS, Tiago Machado de, "A Extensão do Conceito de Consu-  
midor em Face dos Diferentes Sistemas de Proteção Adota-  
dos por Brasil e Portugal", in *Estudos de Direito do Consumi-  
dor*, n.º 5, 2003, pp. 391-421
- FROUFE, Pedro Madeira, "A Noção de Consumidor a Crédito", in  
*Scientia Iuridica*, Vol. XLVIII, n.os 280/282, 1999, pp. 427-441
- GHERSI, Carlos A., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consu-  
midores*, La Ley, Buenos Aires, 2011 (com CELIA WEINGARTEN)
- HOWELLS, Geraint, "The Scope of European Consumer Law", in *Eu-  
ropean Review of Contract Law*, n.º 3, 2005, pp. 360-372
- KHOURI, Paulo R. Roque A., *Direito do Consumidor – Contratos,  
Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*,  
6.ª edição, Atlas, São Paulo, 2013
- LAURENTINO, Sandrina, "Os Destinatários da Legislação do Consu-  
midor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp.  
415-434

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, "O Direito do Consumo: Autonomização e Configuração Dogmática", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. I, 2002, pp. 11-30
- "Caveat Venditor? A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a Venda de Bens de Consumo e Garantias Associadas e suas Implicações no Regime Jurídico da Compra e Venda", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 263-303
- LIZ, Jorge Pegado, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Editorial Notícias, Lisboa, 1999
- MAIA, Pedro, "Contratação à Distância e Práticas Comerciais Desleais", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, pp. 143-176
- MAK, Vanessa, "Peer-to-Peer Lending in the European Union", in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 4, 2016, p. 181 (com CHRISTOPH BUSCH)
- MARÇAL, Sergio Pinheiro, "Definição Jurídica de Consumidor – Evolução da Jurisprudência do STJ", in *Revista do Advogado*, Ano XXVI, n.º 89 – 15 Anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor, 2006, pp. 107-113
- MARIANO, João Cura, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015
- MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*, 5.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006



– *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003 (com ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN e BRUNO MIRAGEM)

MIRAGEM, Bruno, *Curso de Direito do Consumidor*, 5.ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 59

– *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003 (com ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN e CLAUDIA LIMA MARQUES)

MONGILLO, Roberta, "Beni di Consumo, Beni ad Uso Promiscuo e Squilibrio Negoziale", in *Il Diritto dei Consumi – Realtà e Prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 359-384

MOURA, Miguel Calado, "Perspetivas Extracontratuais e Contratuais da Prevenção do Perigo na Prática Desportiva do Golfe — A Propósito do Acórdão do TRL, de 16 de Abril de 2013, e do Acórdão do STJ, de 15 de Novembro de 2013", in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, Ano XI, n.º 32, 2014, pp. 141-172 (com JORGE MORAIS CARVALHO)

OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *O Conceito de Consumidor – Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, Coimbra, 2009

OLIVEIRA, Júlio Moraes, *Curso: Direito do Consumidor Completo*, D'Plácido Editora, Belo Horizonte, 2014

PAISANT, Gilles, *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, LexisNexis, Paris, 2015

PEREIRA, Alexandre Dias, "A Protecção do Consumidor no Quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 43-140

- PINTO, Alexandre Mota, "Venda de Bens de Consumo e Garantias – O Direito Vivido nos Tribunais", in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 189-209
- PINTO, Bruno Oliveira, "A Insolvência e a Tutela do Direito de Retenção – Em Especial os Casos do Promitente Comprador e do (Sub)empreiteiro – Uma Perspetiva Prática", in *Jurismat*, n.º 5, 2014, pp. 81-100
- PINTO-FERREIRA, João Pedro, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2017 (com JORGE MORAIS CARVALHO e JOANA CAMPOS CARVALHO)
- PINTO, Paulo Mota, "O Novo Regime Jurídico dos Contratos a Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, pp. 51-91
- PRATA, Ana, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, Coimbra, 2010
- RINESSI, Antonio Juan, *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006
- RODRIGUES, Raúl Carlos de Freitas, *O Consumidor no Direito Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009
- ROSSI, Jorge Oscar, "Derecho del Consumidor: Ámbito de Aplicación, Documento de Venta y Garantía Legal, a la Luz de la Reforma de la Ley 26.361", in *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, pp. 19-37



- RUSCONI, Dante D., "Nociones Fundamentales", in *Manual de Derecho del Consumidor*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, pp. 115-186
- SÁ, Flávia da Costa de, *Contratos de Prestação de Serviços de Comunicações Eletrónicas: A Suspensão do Serviço em Especial*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014 (policopiado)
- SANTOS, Pedro Manuel Moreira da Silva, *Responsabilidade Civil e Garantias no Âmbito do Direito do Consumo*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2012 (policopiado)
- SCHMITT, Cristiano Heineck, *Consumidores Hipervulneráveis – A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, Atlas, São Paulo, 2014
- SCHULTE-NÖLKE, Hans, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law", in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10 (com CHRISTOPH BUSCH, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e FRYDERYK ZOLL)
- SEBASTIÁN BAROCELLI, Sergio, "El Ámbito de Aplicación del Derecho del Consumidor ante el Nuevo Código Civil y Comercial", in *Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y Perspectivas a la Luz de sus Principios*, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, pp. 60-89 (com IVÁN VLADIMIR PACEVICIUS)
- SIMÕES, Fernando Dias, "O Conceito de Consumidor no Direito Português", in *JusNet 118/2012*, 2012 (jusnet.wolters kluwer.pt)
- SOUZA, Miriam de Almeida, *A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*, 2.ª edição, Nova Alvorada Edições, Belo Horizonte, 1996

- TEIXEIRA, Micael Martins, “A Prova no Direito do Consumo: Uma Abordagem Tópica”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 139-158
- TENREIRO, Mário, “Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur? Quelques Réflexions Critiques sur la Codification et la Notion du Consommateur”, in *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, pp. 339-356
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, “Direito de Retenção, Contrato-Promessa e Insolvência”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2011, pp. 3-29
- VLADIMIR PACEVICIUS, Iván, “El Ámbito de Aplicación del Derecho del Consumidor ante el Nuevo Código Civil y Comercial”, in *Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y Perspectivas a la Luz de sus Principios*, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, pp. 60-89 (com SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI)
- WEINGARTEN, Celia, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 2011 (com CARLOS A. GHERSI)
- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10 (com CHRISTOPH BUSCH, HANS SCHULTE-NÖLKE e FRYDERYK ZOLL)
- Zoll, Fryderyk, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law”, in *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 1, 2016, pp. 3-10 (com Christoph Busch, Hans Schulte-Nölke e Aneta Wiewiórowska-Domagal

## **Jurisprudência:**

### *Tribunal de Justiça da União Europeia*

- Acórdão de 14 de março de 1991, Processo C-361/89, Acórdão *Di Pinto*
- Acórdão de 3 de julho de 1997, Processo C-269/95, Acórdão *Benincasa*
- Acórdão de 20 de janeiro de 2005, Processo C-464/01, Acórdão *Gruber*
- Acórdão de 5 de dezembro de 2013, Processo C-508/12, Acórdão *Vapenik*
- Acórdão de 15 de janeiro de 2015, Processo C-537/13, Acórdão *Šiba*
- Acórdão de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13, Acórdão *Kolassa*
- Acórdão de 4 de junho de 2015, Processo C-497/13, Acórdão *Faber*
- Acórdão de 3 de setembro de 2015, Processo C-110/14, Acórdão *Costea*
- Acórdão de 20 de julho de 2017, Processo C-357/16, Acórdão *Gelvora*
- Acórdão de 20 de dezembro de 2017, Processo C-434/15, Acórdão *Asociación Profesional Elite Taxi*
- Acórdão de 25 de janeiro de 2018, Processo C-498/16, Acórdão *Schrems*

*Supremo Tribunal de Justiça*

- Acórdão de 20 de outubro de 2011, Processo n.º 1097/04.0TBL-LE.E1.S1 (Moreira Alves)
- Acórdão de 20 de março de 2014, Processo n.º 92/05.6TYVN-G-M.P1.S1 (Távora Victor)
- Acórdão de 29 de maio de 2014, Processo n.º 1092/10.0TBLSD-G.P1.S1 (João Bernardo)
- Acórdão de 14 de outubro de 2014, Processo n.º 986/12.2TB-FAF-G.G1.S1 (João Camilo)
- Acórdão de 25 de novembro de 2014, Processo n.º 7617/11.6TBBERG-C.G1.S1 (Fernandes do Vale)
- Acórdão de 8 de outubro de 2015, Processo n.º 1944/11.0TBP-BL.C1.S1 (Mário Mendes)
- Acórdão de 17 de novembro de 2015, Processo n.º 1999/05.6TB-FUN-I.L1S1 (Fonseca Ramos)
- Acórdão de 24 de novembro de 2015, Processo n.º 7368/10.9TB-VNG-C.P2.S1 (Pinto de Almeida)
- Acórdão de 16 de fevereiro de 2016, Processo n.º 135/12.7TB-MSF.G1.S1 (Maria Clara Sottomayor)
- Acórdão de 24 de maio de 2016, Processo n.º 3374/07.9TBG-MR-C.G2.S1 (Nuno Cameira)
- Acórdão de 16 de junho de 2016, Processo n.º 2188/14.4TB-VNG.P1.S1 (Tavares de Paiva)
- Acórdão de 5 de julho de 2016, Processo n.º 1129/11.5TBCVL-C.C1.S1 (Ana Paula Boularot)
- Acórdão de 29 de julho de 2016, Processo n.º 6193/13.0TBBERG-H.G1.S1 (Júlio Gomes)



- Acórdão de 4 de outubro de 2016, Processo n.º 2679/13.4TBV-CD.P1.S1 (Nuno Cameira)
- Acórdão de 14 de fevereiro de 2017, Processo n.º 427/12.5TB-FAF-F.G1.S1 (João Camilo)
- Acórdão de 3 de outubro de 2017, Processo n.º 212/11.1T2A-VR-B.P1.S1 (Júlio Gomes)

#### *Tribunal da Relação de Coimbra*

- Acórdão de 27 de maio de 2014, Processo n.º 544/10.6TBCVL.C1 (Henrique Antunes)
- Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Processo n.º 1638/11.6TBACB.C1 (Maria Domingas Simões)

#### *Tribunal da Relação de Évora*

- Acórdão de 15 de janeiro de 2015, Processo n.º 268/13.2TBACN.E1 (Mário Serrano)
- Acórdão de 29 de janeiro de 2015, Processo n.º 1840/11.0TTS-TB.E1 (Elisabete Valente)

#### *Tribunal da Relação de Guimarães*

- Acórdão de 11 de fevereiro de 2016, Processo n.º 185/10.8TBPTL.G1 (Francisco Cunha Xavier)
- Acórdão de 14 de abril de 2016, Processo n.º 432/10.6TBCHV.G1 (Maria da Purificação Carvalho)
- Acórdão de 25 de maio de 2016, Processo n.º 36/09.6TBSBR.G1 (Fernando Fernandes Freitas)

- Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Processo n.º 1446/15.5T8CHV. G1 (Eva Almeida)
- Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Processo n.º 1594/14.9TJ-VNF.2.G1 (Lina Castro Baptista)
- Acórdão de 23 de fevereiro de 2017, Processo n.º 4247/11.6TBBR-G-B.G1 (Fernando Fernandes Freitas)
- Acórdão de 16 de março de 2017, Processo n.º 2506/13.2TBG-MR-D.G2 (Higina Castelo)

*Tribunal da Relação de Lisboa*

- Acórdão de 8 de junho de 2006, Processo n.º 2483/2006-8 (Salazar Casanova)
- Acórdão de 18 de junho de 2013, Processo n.º 2154/12.4.TBAL-M-A.L1-7 (Ana Resende)
- Acórdão de 19 de maio de 2015, Processo n.º 252/10.8TCFUN.L1-1 (Manuel Marques)
- Acórdão de 9 de junho de 2016, Processo n.º 5450/14.2T2SNT.1.-2 (Ezagüy Martins)

*Tribunal da Relação do Porto*

- Acórdão de 26 de junho de 2008, Processo n.º 0833784 (Fernando Baptista)
- Acórdão de 11 de setembro de 2008, Processo n.º 0834643 (Fernando Baptista)



- Acórdão de 8 de maio de 2014, Processo n.º 298/11.9TBPFR.P1 (Leonel Serôdio)
- Acórdão de 15 de junho de 2015, Processo n.º 2857/12.3TBV-FR-G.P1 (Rita Romeira)
- Acórdão de 23 de fevereiro de 2016, Processo n.º 2679/13.4TB-VCD.P1 (Tomé Raimão)
- Acórdão de 25 de outubro de 2016, Processo n.º 343/09.8TBLH-B.P1 (Rui Moreira)
- Acórdão de 6 de abril de 2017, Processo n.º 1210/11.0TYVNG-C.P1 (Anabela Dias da Silva)
- Acórdão de 8 de maio de 2017, Processo n.º 989/07.9TBMCN-Y.P1 (Jorge Seabra)

#### *Julgado de Paz de Coimbra*

- Sentença de 27 de janeiro de 2015, Processo n.º 391/2014 (Daniela Santos Costa)

#### *Julgado de Paz do Funchal*

- Sentença de 7 de julho de 2015, Processo n.º 55/2015 (Margarida Simplício)

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR E NEXO DE CAUSALIDADE:

BREVES CONSIDERAÇÕES

*Mafalda Miranda Barbosa\**

## **Sumário:**

Tendo em conta que a jurisprudência portuguesa tem exigido, no âmbito da responsabilidade do produtor, a prova quer do defeito, quer da causalidade entre aquele e o dano gerado e que o Tribunal de Justiça da União Europeia, num caso concreto sobre o qual foi chamado a pronunciar-se, embora tenha afastado a exigência de uma prova científica e irrefutável do nexo causal, recusa igualmente a comprovação do requisito com apelo a uma presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo de causalidade, propomo-nos, neste artigo, confrontar o tradicional entendimento acerca da causalidade com uma perspetiva imputacional. No final, estaremos em condições de perceber em que medida a exigência da jurisprudência portuguesa e europeia faz ou não sentido.

---

\* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra.



## Abstract:

Taking into consideration that the Portuguese Courts, in the context of product liability, require the proof of defect and of causation between the defect and the damages and that the European Union Court of Justice, in a specific case, even considering that it is not required a scientific and irrefutable proof of the causal link, also refuses the proof by presumption that automatically demonstrates causation, we intend to confront the traditional understanding of causation with an imputational perspective of the requisite. In the end, we will be able to conclude to what extent the requirement of Portuguese and European case-law makes sense.

## 1. Introdução

Se a necessidade de garantir a proteção do consumidor determinou a consagração de uma hipótese de responsabilidade civil independentemente de culpa, fundada no risco que o produtor assume ao colocar no mercado um determinado produto defeituoso<sup>[1]</sup>, o certo é que a complexidade com que os problemas surgem na realidade não permitiu que só pela objetivação da responsabilidade se eliminassem todas as dificuldades que a esse nível se podem enfrentar. Na verdade, a previsão da responsabilidade do produtor garantiu que se ultrapassasse o estrito domínio contratual, viabilizando que o consumidor/adquirente de um bem que, por causa de um defeito que ele contivesse,

.....  
<sup>[1]</sup> Cf., com amplo desenvolvimento, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1999, 37 s.

sofresse danos demandasse o fabricante e não apenas o fornecedor direto<sup>[2]</sup>, ao mesmo tempo que permitiu afastar a necessidade de prova do desvalor objetivo de cuidado, sempre difícil de apurar pela intermediação dos diversos agentes do circuito produtivo. Mas nem por isso arredou a exigência quer da prova do defeito, quer da prova da causalidade entre aquele e o dano gerado.

A jurisprudência portuguesa tem sido perentória na afirmação dessa exigência. O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 25 de Março de 2010<sup>[3]</sup>, recordou que, numa ação de responsabilidade do produtor, “o lesado terá de alegar e provar os seus elementos constitutivos: danos, defeitos, nexo causal entre estes e aqueles”, não obstante admitir que, porque a prova da causalidade se pode revelar extremamente árdua, “as regras da experiência da vida, o *id quod plerumque accidit* e a teoria da causalidade adequada poderão permitir a preponderância da evidência, uma espécie de causalidade”<sup>[4]</sup>. Também no

.....

[2] Sobre a questão de saber se, no domínio contratual, haveria ou não possibilidade de se obter o ressarcimento junto do produtor do bem, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, “A responsabilidade civil do produtor pelos danos causados ao consumidor”, *Panóptica*, 6/2, 2011, 16 s. ([www.panoptica.org](http://www.panoptica.org)), considerando a possibilidade de se aplicar o artigo 800.º CC, vendo-se o produtor como um auxiliar do vendedor, o que permitiria tornar o último responsável perante o consumidor; ou a possibilidade de se configurar a existência de um contrato entre o produtor e o consumidor.

[3] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2010, Processo n.º 5521/03.OTBALM.S1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

[4] Sobre o ponto, cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, tomo III, *Direito das Obrigações*, Almedina, 2010, 686



Acórdão de 20 de Novembro de 2007<sup>[5]</sup>, a Relação do Porto, a propósito de um caso em que A, produtora de vinhos, adquiriu postes de suporte de vinha, que acabaram por se degradar e rachar, caindo e provocando danos decorrentes da necessidade de remoção dos mesmos, considerou que o “lesado não tem de provar a culpa e a ilicitude, bastando provar a existência do defeito, do dano e do nexo de causalidade entre um e outro”, razão pela qual se deveria conceder a indemnização solicitada, por aplicação do regime da responsabilidade do produtor<sup>[6]</sup>. E, no Acórdão de 13 de Setembro de 2007<sup>[7]</sup>, a Relação de Évora voltou a repetir a disciplina, negando o ressarcimento, porque não foi demonstrada a existência do defeito, nem o nexo causal entre o defeito do automóvel que tinha sido adquirido e o acidente que com ele foi sofrido.

A lição resulta, aliás, da disciplina legal, fruto da transposição da diretiva comunitária sobre responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, segundo a qual cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo causal.

.....  
<sup>[5]</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Novembro de 2007, Processo n.º 0725464, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>[6]</sup> Não se entende a decisão do Tribunal da Relação do Porto, por dois motivos. Em primeiro lugar, os postes de suporte da vinha não se destinavam a um uso não profissional; em segundo lugar, os danos que se verificaram não resultam de uma lesão num objeto diferente daquele que é reputado de defeituoso. A decisão, aliás, contraria a decisão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Junho de 2004, que distingue claramente, a propósito de um carro defeituoso, a responsabilidade do produtor e a responsabilidade do vendedor por falta de conformidade ou qualidade das coisas vendidas.

<sup>[7]</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13 de Setembro de 2007 (Processo n.º 1139/07-2), [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Não se estranha, por isso, que sejam diversas as ações que improcedem a este nível e que, em virtude disso, se procurem forjar expedientes de facilitação do ónus *probandi*. Menezes Cordeiro aduz a este respeito que o ponto delicado da prova do vício e da causalidade “foi suplantado com a ideia de prova da primeira aparência (alemã) ou da *res ipsa loquitur* (*common law*): as coisas falam por si; se uma roda se desintegra, é porque houve negligência no seu fabrico, ainda que não seja possível provar como tal ocorreu”<sup>[8]</sup>. Embora o autor se refira a um período anterior à consagração definitiva da responsabilidade objetiva do produtor, não é menos seguro afirmar que desses mesmos mecanismos se socorrem hoje a jurisprudência e a doutrina para fazer face aos problemas que tem de enfrentar.

A este propósito e recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão no processo C-621/15<sup>[9]</sup>, foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, numa situação em que não há um consenso científico, o juiz se pode ou não basear, a despeito da exigência de prova do dano, do defeito e do nexo causal pelo lesado, em indícios graves, precisos e concordantes para estabelecer a ligação que se exige entre um determinado produto e o resultado lesivo advindo. Em causa estava a administração de uma vacina, entre finais de 1998 e meados de 1999, contra a hepatite B, produzida pela Sanofi Pasteur. Em Agosto de 1999, o senhor a quem tinha sido administrada começou a apresentar diversas perturbações, que leva-

[8] António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/III, 686.

[9] Cf. Comunicado de imprensa n.º 66/17.



ram ao diagnóstico de esclerose múltipla, acabando por falecer em 2011. No quadro da ação proposta contra a Sanofi para obter uma indemnização, a *Cour d'Appel* de Paris considerou que não estaria provado o nexo de causalidade, por não haver consenso científico entre a vacinação contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal de Justiça da União Europeia, fazendo referência ao excelente estado de saúde anterior do lesado, à inexistência de antecedentes familiares e à relação temporal entre a vacinação e o aparecimento da doença, veio considerar que é compatível com a diretiva comunitária na matéria um regime probatório que, na falta de provas certas e irrefutáveis, permita ao juiz concluir pela existência de um defeito e do exigível nexo de causalidade. Basta que haja um conjunto de indícios que levem a considerar, com um grau suficientemente elevado de probabilidade, que essa conclusão corresponde à realidade. Tais indícios devem ser suficientemente graves e precisos, de molde a permitirem extrair as conclusões que se procuram. Mais considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia que o legislador nacional não pode lançar mão de uma prova por presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo causal, quando estejam reunidos certos indícios predeterminados.

Em face do exposto, suscitam-se diversas dúvidas. Com efeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia orienta-se pela ideia de (*elevado grau de*) probabilidade, não indo ao ponto de impor a prova certa e irrefutável, ao mesmo tempo que recusa a possibilidade de comprovação do requisito com apelo a uma

presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo de causalidade. Portanto, haverá que, em primeiro lugar, perceber qual a probabilidade relevante para este efeito.

Tal não será, contudo, bastante: de facto, orientando-se a jurisprudência pelo critério da causalidade adequada, o centro nevrálgico da indagação é exatamente a probabilidade de que se fala. Simplesmente, a leitura atenta do acórdão em questão parece apontar para a ideia de que, ao invés de se recorrer ao juízo probabilístico próprio da adequação, se está a alijar o ónus probatório ao nível fáctico. Nessa medida, questiona-se se, afinal, não entra em cena um primeiro patamar de indagação causal, a identificar-se com uma noção de condicionalidade.

O dado importa uma terceira consideração, talvez a mais relevante: saber, então, do que se fala quando se fala de causalidade, e, conseqüentemente, quando se lida com o problema da prova do nexo que se procura erigir.

## **2. O regime da responsabilidade civil do produtor (breve excurso). Causalidade adequada e condicionalidade. A probabilidade do surgimento do dano.**

O artigo 1.º DL n.º383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º 131/2001, de 24 de Abril, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, entendendo-se por produtor o fabricante do produto acabado, de uma parte



componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (artigo 2.º, n.º 1). De acordo com o n.º 2 do artigo 2.º, é também considerado produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior produto para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente.

Não basta que o produtor coloque o produto em circulação. É necessário que o produto seja defeituoso. O defeito de que se cura tem, no entanto, uma abrangência muito mais do que ampla do que aquela com que somos confrontados ao nível da linguagem corrente ou no quadro de outros regimes privatísticos. Na verdade, o produto tem-se por defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação, nos termos do artigo 4.º.

Há, no entanto, exceções a esta responsabilidade, que estão consagradas no artigo 5.º. O produtor não é responsável se provar que a) não pôs o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em

circulação; c) que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com as normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito; f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Além disso, o artigo 8.º estabelece um limite aos danos resarcíveis, considerando que só o são os que resultem de morte ou lesão pessoal e os que ocorram em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinado ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino. E o artigo 9.º consagra que os danos causados em coisas só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros.

Fundamental passa a ser, como se compreenderá, o estabelecimento de um nexo de ligação entre o defeito do produto e os danos que sobrevenham. Embora o diploma não se refira especificamente ao requisito, ele resulta com naturalidade quer da finalidade da responsabilidade civil do produtor (ressarcitória), quer do fundamento último que para ela encontremos: o produtor não deve ser onerado com uma hiper-responsabilidade, mas tão só deve ser chamado a responder pelos danos que tenham sido gerados pelo seu produto.



O busílis da questão está em saber o que entender por este nexo de causalidade. Tradicionalmente, a doutrina maioritária tem deposto no sentido de que ele se descobre com base na questão “é normal e provável (*adequado*) que de um comportamento do tipo do do lesante — no caso, *a colocação de um produto com aquele tipo de defeito em circulação* — resulte um dano daquele género?”. Tal indagação surgiria na sequência de uma prévia inquirição condicional, por meio da qual se procuravam afastar todos os comportamentos irrelevantes para o surgimento do dano — haveria de determinar se o dano teria surgido se não tivesse existido aquele defeito.

Porque a realidade não se nos oferece em termos determinísticos e continuamente lineares, a resposta que se pudesse obter para a questão da condicionalidade acabaria por ser oferecida, as mais das vezes, em termos probabilísticos. A aproximação entre os dois critérios de estabelecimento da causalidade passa, portanto, a ser notória, sem que, contudo, se confunda a sua intencionalidade<sup>[10]</sup>. Se a condicionalidade surge a depor no sentido de afastar comportamentos irrelevantes, a adequação pretenderia introduzir uma solução normativizada para o problema.

[10] Veja-se, a este propósito, WESTER-OUISSÉ, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, [www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962\\_vwesterouisse.pdf](http://www.grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962_vwesterouisse.pdf), 6, considerando que, no articulado em análise, a *conditio sine qua non* dá, em muitas situações, lugar à probabilidade, sendo consideradas pertinentes todas as causas que, de maneira provável, causaram ou contribuíram para causar o dano. No fundo, haveria uma aproximação à doutrina da causalidade adequada em casos como aqueles em que a) há múltiplas causas que isoladamente terão causado o dano; b) há múltiplas causas que, em conjunto, causaram o dano; c) há múltiplas putativas causas, não se sabendo qual delas causou efetivamente o dano; d) há muitas vítimas de

Simplesmente, dependendo da perspectiva do observador que se assuma, assim chegaremos ou a uma formulação probabilística-estatística que não só quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade, como não nos permite avançar em relação ao resultado que se obtém com a *conditio*; ou a uma formulação que, porque baseada nos dados do conhecimento do agente concreto, nos aproxima da culpa, não permitindo dar uma resposta consistente para a indagação causal.

Em tudo isto, o que se deteta é uma predominância da probabilidade, a cumprir diversos papéis. Por um lado, ela é critério do juízo causal, por outro lado, é índice probatório de determinação do *iter* conducente ao dano.

.....  
 uma atividade, a ser tratadas igualmente em termos de causa provável; e) há a contribuição causal da vítima.

Para uma aproximação entre a doutrina da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, cf. Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I — Pantheon — Sorbonne, 2005, 163 e 171. Afirma a autora francesa que a teoria da causalidade adequada implica, também, um raciocínio contrafactual na medida em que leva a interrogar sobre o aumento da probabilidade do dano gerado por um antecedente. Ao mesmo tempo, explica que, "mesmo centrando-nos no concreto e individual, temos de recorrer, pela referência ao curso normal das coisas, às regras da experiência, às generalizações causais que pensávamos reservadas para a teoria da causalidade adequada. De facto, a lógica probabilística da teoria da adequação ressurgue quando o carácter *sine qua non* da condição examinada não se impõe pela evidência", ou seja, "o raciocínio contrafactual supõe que se represente aquilo que teria sido o curso provável dos eventos na ausência do fator considerado", pelo que "a resposta à questão da *conditio sine qua non* não é dada senão em termos de probabilidade".

Sobre o ponto, cf., também, 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*, Princípiã, 2017, 98 s.



Percebe-se, portanto, que não existe um grande desvio entre as soluções a que chegamos no seio do nosso ordenamento jurídico e aquelas que são veiculadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. A referência ao elevado grau de probabilidade parece, claramente, apontar no sentido da determinação da concatenação ao nível factual. E, se ela nos desonera em certa medida, por não nos impor a prova certa e irrefutável, nem por isso afasta todos os nossos problemas.

Em primeiro lugar, haveremos de questionar qual o grau de probabilidade de que se cura. Exigir-se-á, apenas, uma probabilidade de 50% ou a elevada probabilidade implicará a presença de índices estatísticos superiores? Acresce que o facto de existir, por exemplo, uma probabilidade de 99% não garante que o facto efetivamente ocorrido não se situe no intervalo percentual remanescente, pelo que não se conseguirá determinar com certeza qual a causa natural do dano. Por outro lado, o critério probabilístico estatístico parece claudicar sempre que em causa esteja um comportamento omissivo ou qualquer outro que escape a uma lógica naturalística de regularidade causal. Ademais, o resultado que se obtém para a indagação variará consoante os termos de descrição dos eventos, mais ou menos pormenorizados, correndo-se o risco de termos de lidar com o que a doutrina designa, a propósito da causalidade adequada, por fórmula vazia. *In fine*, enfrentar-se-ão problemas sempre que a probabilidade estatística nos indicar mais do que um eventual efeito causador do dano, sem que nos ofereça, concomitantemente,

a possibilidade de discernir com certeza sobre qual foi a verdadeira causa. No fundo, entramos aí no cerne do que vem conhecido por causalidade múltipla, com as suas *nuances* próprias, mais ou menos dilemáticas, que se agigantam nas hipóteses de causalidade alternativa incerta e justificaram, inclusivamente, no seio da responsabilidade do produtor, a teorização de critérios como o da *market share liability*<sup>[11]</sup>.

### 3. As críticas à teoria da *conditio sine qua non* e à teoria da causalidade adequada

As dificuldades anunciadas no ponto expositivo anterior correspondem, afinal, às dificuldades a que somos conduzidos, isoladamente, pela teoria da *conditio sine qua non* e pela teoria da causalidade adequada.

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre que se conclua que este não se teria verificado sem aquela. Fortemente inspirada na doutrina filosófica de Stuart Mill<sup>[12]</sup>, percebe-se que a mesma tenha colhido

.....

[11] Sobre a teoria e a sua inviabilidade no quadro do ordenamento jurídico português, quer porque, numa perspetiva, afronta a intencionalidade predicativa da juridicidade, quer porque, mesmo que surja normativizada de acordo com um ideal de justiça, quadra mal com os dados intrassistemáticos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, "Responsabilidade por danos em massa : reflexões em torno da *market-share liability*", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º10, 2016.

[12] Para Stuart Mill, a causa real é o grupo de antecedentes que determinaram o fenómeno e sem o qual ele não teria lugar, pelo que "ninguém tem o



grande entusiasmo no século XIX, fruto do clima cientista e positivista que naquela época se viveu<sup>[13]-[14]</sup>. Para o autor, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal modo que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele. Importada para o mundo jurídico pelas mãos de Von Buri<sup>[15]-[16]</sup>,

.....  
direito, filosoficamente falando, de dar o nome de causa a um deles" (*Sistema de lógica dedutiva e indutiva*, apud PEREIRA COELHO, "O nexó de causalidade na responsabilidade civil", *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 181. Cf., ainda, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, 392 s.)

[13] Sobre a justificação para esta equiparação entre a causa e qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado, cf. PEREIRA COELHO, "O nexó de causalidade na responsabilidade civil", *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 183. Veja-se, ainda, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 31 s., expondo a transição para o mundo da juridicidade da doutrina filosófica de Mill através da ideia de sínodoque.

[14] Neste sentido, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.º edição, Almedina, Coimbra, 2003, 883. Note-se que o autor, apesar de repudiar a teoria, salienta que a mesma configura já uma forma de delimitação dos danos a ressarcir, designadamente no cotejo com o critério puramente empírico do *post hoc ergo propter hoc*. Limita a obrigação de indemnizar aos danos que se inserem no processo de causalidade em que interfere aquele facto e, dentro desses, àqueles que não se verificariam sem tal facto. No mesmo sentido, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 497. Veja-se, também, RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, I, *Source des obligations*, t. IV, Librairie A. Rousseau, Paris, 1923, 25.

[15] Cf. VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung*, 1885, n.º308 e *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 13.

Note-se que, enquanto penalista, Von Buri acabaria por estabelecer limitações à responsabilidade falando de um nexó de vontade. Ou seja, só haveria, efetivamente, responsabilização do agente se a vontade dele tivesse previsto o desenvolvimento causal que conduziu ao evento danoso. Ou seja, seria necessário que o agente perpetrador do facto tido como condição do evento tivesse

a recondução da causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias potenciadoras do resultado, aquela que efetivamente possa ser vista como determinante <sup>[17]</sup>. A intervenção da condição seria necessária para a produção do dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade<sup>[18]-[19]</sup>.

.....  
querido o evento e o particular desenvolvimento causal que conduziu àquele (cf. VON BURI, *Über Kausalität*, 15).

Há uma conexão psicológica que se exige que, remontando à previsão ou previsibilidade, leva TRIMARCHI a considerar Von Buri defensor da doutrina da previsibilidade — cf. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, 26 s. .

<sup>16</sup> Aderindo à doutrina, cf., ainda, DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, I, *Source des obligations*, Libraire A. Rousseau, Paris, 1923, t. IV, 24.

<sup>17</sup> Para outras considerações, veja-se ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, 916; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 532 s.; M. FRANZONI, "Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059", in F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, 95 s.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 194 s.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, "I fatti illeciti", *Tratatto di diritto civile*, 14, *Obligazioni e Contratti*, VI (a cura di PIETRO RESCIGNO), 2ª edição, UTET, Torino, 1995, 63 s.; FRITZ HAUSEISEN, "Die Theorie der wesentlichen Bedingung — ein wichtige Ursachenlehre", *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, 9 s.

<sup>[18]</sup> Cf. A. M. HONORÉ, "Causation and remoteness of damage", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts* (ANDRE TUNC, ed.), chapter 7, Tübingen, Paris, New York, 1971, 34.

<sup>[19]</sup> Qualquer condição seria vista como causa e nessa medida todas as condições seriam equivalentes. Não há, portanto, uma importação literal do pensamento de Mill para o mundo jurídico, já que não é a soma das condições que determinaria a relevância da causa.

É, aliás, neste ponto que se localiza a crítica de Birkmeyer a Von Buri. É que, partindo da ideia de que o evento só ocorre pelo concurso de todas as condições predispostas para o efeito, Von Buri, sustentando a impossibilidade de alguma se destacar das demais, defende a equivalência entre todas, recusando a ideia de causa eficiente ínsita à teoria protagonizada pelo primeiro autor. Acontece que este, exatamente porque todas se mostram necessárias para a produção



A despeito da aparente simplicidade da teoria, a granjear adeptos pela desoneração a que conduz o julgador, a verdade é que não só aquela é meramente aparente — conduzindo, na prática, ao artificialismo do critério mobilizado em concreto —, como se mostra improcedente na prática judicativa<sup>[20]</sup>.

Assim, o critério quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida

.....  
do dano, deduz daqui o corolário da insuficiência dela, dizendo que, consentaneamente com o ponto de partida do autor, se deveria sustentar como causa a soma de todas as condições. Afasta, desta forma, a crítica que Von Buri lhe dirige relativamente à impossibilidade de eleição de uma causa eficiente entre as diversas condições.

Para uma análise comparatística entre os dois autores, cf. PEREIRA COELHO, "O nexa de causalidade", 186 s. O autor afirma, contundentemente, que Von Buri parte de um sofisma. Parte da ideia de que todas as condições são necessárias para chegar à conclusão que o efeito é produto de cada uma delas, porque cada uma das condições torna causais as restantes. Ora, como salienta Pereira Coelho "se  $A+B+C+D$  são iguais a  $E$ , é evidente que só uma dessas grandezas não pode ser igual a  $E$ . E é isto que em resumo afirma Buri" (cf. pág. 187).

Acentua, por isso, o autor a *nuance* da concepção hodierna da teoria da equivalência das condições. "Os juriconsultos que hoje em dia defendem a teoria da *conditio sine qua non* limitam-se a acentuar que todas as condições são necessárias para o efeito e que portanto elas são, neste sentido, equivalentes, não sendo possível fazer entre elas qualquer distinção". Dito de outro modo, todas podem ser consideradas causas.

Cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexa causal*, Dissertação do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, 112 s.

[20] Cf. G. MARTY, "La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile", 691 s.; FRANÇOIS CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes*, n.º100; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, 42. Para outras considerações, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. II

em que se traduz num dever-ser. Por outro lado, deixa-nos sem resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Desde logo, há a considerar todos aqueles casos em que se desvela um comportamento do lesado que, concorrentemente, desempenha um papel ativo no processo causal. E não falamos só das hipóteses de concorrência de culpas do lesado — a encerrar a *vexata quaestio* da qualificação do seu âmagos como um problema atinente à culpa ou à causalidade —, mas também daquelas outras em que o processo causal tem início num comportamento da vítima, adotado em face da influência psicológica que um terceiro sobre ela exerceu. Lembremo-nos, num exercício de chamada à colação de uma memória predisponível dos problemas com que o sistema se vai debatendo, das situações de responsabilidade por informações<sup>[21]</sup>.

Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade<sup>[22]</sup>. Na verdade, o imbricamento em cadeia

[21] Na verdade, sempre que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica torna-se extremamente difícil, ou mesmo impossível, raciocinar em termos contrafactuais. Será que, sem o conselho recebido, o lesado teria atuado de forma diferente? Mas isso não afeta o núcleo de autonomia que predica a decisão em que radica, afinal, o agir humano?

[22] Nesse sentido, cf. VAZ SERRA, "Obrigação de indemnização", 22-23; PEREIRA COELHO, "O nexo de causalidade", 189 s.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 884-885; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 761-762; PESSOA JORGE, *Ensaio*, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1.º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; SINDE MONTEIRO, "Rudimentos da responsabilidade civil", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2.º, 2005, 379; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil*, 101; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 349; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 547 e *Direito das Obrigações*, 334; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 498; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 404 s.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 655; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, ES-



de acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal<sup>[23]-[24]</sup>. Do mesmo passo, mas sem contradição,

.....  
sai sur la causalité, 35; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, 45; G. VALCAVI, "Intorno al rapporto di causalità nel torto civile", 488; W.V.H. ROGERS, *Winfiel and Jolowicz* 212 e 213, adiantando que a *conditio sine qua non*, identificada ao nível da *Common Law* com o *but-for test*, não serve para restringir a responsabilidade, sendo, amiúde, visto como um primeiro filtro no sentido da eliminação das condições irrelevantes.

<sup>[23]</sup> Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 885; PEREIRA COELHO, "O nexó de causalidade", 80; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*, 67 s.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 359 e n.760.

<sup>[24]</sup> Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta, como dissemos, ao quadro filosófico de inspiração millesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por Pereira Coelho (cf. "O nexó de causalidade" 181, n. 1). Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando Stuart Mill "define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições". Cf. STUART MILL, *A system of logic*, 392 s. Diante da explicação — que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente — concita-se uma dúvida e afiguram-se razoáveis alguns esclarecimentos. Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias? A imprestabilidade de tal juízo — quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições — só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspectivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como eleger uma como o polo de imputação da responsabilidade? Prospetivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável? Contrariamente à pressuposição epistemológica da condicionalidade como padrão explicativo da realidade, do ponto de vista da intencionalidade jurídica ela nada nos comunica, senão a idoneidade do meio para produzir um determinado dano. Tanto mais

restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática do conceito de causalidade cumulativa ou alternativa. A e B dispararam ao mesmo tempo sobre C, pelo que nenhum dos ferimentos pode ser visto como condição sem a qual o dano não teria ocorrido, já que qualquer um deles poderia desaparecer, continuando o processo causal a seguir o seu curso letal<sup>[25]</sup>.

que, no seio do que pode ser identificado com o kantiano reino dos fins, a estrutura dos acontecimentos é menos linear e mais tentacular.

No plano jurídico, Pereira Coelho mostra-se crítico da doutrina da *conditio sine qua non* exatamente pela "latitude verdadeiramente demarcada e incomportável" que ela fornece à noção de causa (cf. "O nexo de causalidade" 188 e 190 s. Nelas, o autor, afastando visões caricaturais acerca da teoria, mostra que o que releva é saber em que medida o dano pode ser causalmente reconduzido ao facto que viole ou ofenda um direito de outrem).

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adoção da doutrina da *conditio sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. VAZ SERRA, "Obrigação de indemnização", 23; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexo causal*, 115.

Acerca da possível recondução do pensamento a um regresso *ad infinitum*, veja-se, ainda, LARENZ, *Schuldrecht*, I, 434.

Cf., igualmente, PAUL ESMEIN, "Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d'irresponsabilité", 317-369. Para uma sistematização das críticas apontadas à doutrina, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 34 s. (alargamento desmesurado do número de potenciais responsáveis, risco de condução da responsabilidade *ad infinitum*, impossibilidade de repartição do encargo ressarcitório entre os diversos coautores ou entre a vítima e um dos autores do dano, insusceptibilidade de resolução dos problemas de sobredeterminação causal).

<sup>[25]</sup> Cf., no mesmo sentido, dando este exemplo, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, I, 884, n. 1 e 739 s.

Note-se que a crítica pode ser contornada, considerando que o que importa para o estabelecimento da conexão causal é o evento concreto — a morte



## Em face das inconcludências da doutrina da condicionali-

tal como ela ocorreu — e não abstrato. Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual*, 9, n. 6 e 180 s. [Entre os principais argumentos invocados pelo autor, referência nacional em matéria de causalidade, contam-se o facto de o juízo de condicionalidade dever ser um juízo puro, não devendo resvalar para nenhuma seleção segundo razões atinentes à valiosidade do comportamento e as dúvidas suscitadas pelos casos de causalidade cumulativa]; VAZ SERRA, "Obrigação de indemnizar. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º84, Março 1959, 63-64 e n. 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 5; BYDLINSKI, "Mittäterschaft im Schadenrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 416 [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, 499; GERALDES DE CARVALHO, "A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral", 26 s.; JORGE CARLOS DA FONSECA, "A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português)", *Revista Jurídica*, AAFDL, n.º4, 1984, 43; HART E HONORÉ, *Causation in the law*, 2<sup>nd</sup> edition, Claredon Press, Oxford, 2002, reimpressão, 124, 235, 252 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, I, 360; CHRISTOPH ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003, 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. pág. 60 s.).

Sobre o ponto, cf., também, VAZ SERRA, "Obrigação de indemnização", 95. No âmbito dos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, e aderindo previamente à doutrina da causalidade adequada, Vaz Serra pondera uma hipótese prática com uma intencionalidade análoga à que problematizámos em texto. Relativamente a ela, pode aí ler-se: "poderia julgar-se que falta a conexão causal entre o facto e um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, tal não seria razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total". Note-se que o discurso do civilista se dirige à doutrina da causalidade adequada, mostrando, em sintonia com o que posteriormente denunciaremos, que, ao partir-se da doutrina da equivalência das condições para a corrigirmos, continuamos a ser contagiados com alguns dos seus anátemas. Saliente-se, ain-

da, que em debate está a possibilidade de, no seio do ordenamento jurídico pátrio, se chegar a uma solução como a que é viabilizada pelo §830 BGB.

Mais se diga que, no que à teoria da *conditio sine qua non* tange, a possibilidade corretiva a que aqui aludimos se traduz, afinal, na total subversão do seu núcleo predicativo, já que com ela deixa-se de conseguir eliminar os acontecimentos irrelevantes para a emergência do resultado.

Acerca desta problemática, veja-se, ainda, com amplo desenvolvimento, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 659 s. Fala o autor, ademais, num outro desafio lançado às teorias por si designadas de contrafactuais, a coincidir com a problemática da causalidade virtual, que receberia uma possível resposta com base no argumento da conformação concreta do resultado. E nesse ensejo, dualiza as posições dos autores, agrupando-as entre aqueles segundo os quais "é indispensável abstrair de algumas características do resultado, de acordo com um critério jurídica, sob pena de se chegar a resultados estranhos" e aqueloutros para quem há que "considerar o resultado na sua configuração concreta, com as suas características individualizadoras, isto é, tal como ocorreu, naquele momento e lugar e daquele modo". Entre os primeiros encontrar-se-ia Traeger; entre os segundos Müller e Engisch. Ponderando argumentos a favor e contra cada uma das posições, Paulo Mota Pinto erige como nóculo problemático central destas lucubrações a indagação: "o problema é, pois, o de saber qual é a configuração concreta do resultado relevante e o que são circunstâncias adjacentes irrelevantes: a separação entre circunstâncias ou elementos laterais em relação à produção do resultado e irrelevantes para este (mas que o caracterizam em concreto), por um lado, e circunstâncias ou elementos relevantes para o resultado." [A propósito do pensamento de MÜLLER, cf. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912].

No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a fatores causais (cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 661s., acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em "Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen", FRANZ HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, p. 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir "obter as conclusões causais que se pretender, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justa-



dade, os autores passaram, com formulações diversas, a propor um entendimento causal que — aparentemente — se afasta de uma impositação naturalista e lógica para abraçar, do ponto de vista da juridicidade, a específica intencionalidade que a predica<sup>[26]</sup>. Já não se indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para ver se, em abstrato, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo. Encontra-se, por isso, o ponto de clivagem entre esta perspetiva e as doutrinas que se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*<sup>[27]</sup>. A questão que passa a orientar o jurista é — numa formulação positiva — a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou — numa formulação negativa — a

.....  
mente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso" (PAULO MOTA PINTO, *Interesse contractual negativo*, 663), pelo que se exigiria a seleção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. "Die Vermutung aufklärungsrichtigen", 15). Sobre a consideração do resultado em concreto, v., igualmente, WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, "Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459", *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, 22; e CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 43.

<sup>[26]</sup> A teoria, tendo origem doutrinal, terá sido consagrada na jurisprudência tedesca em 1913 e confirmada em 1951, a propósito do naufrágio do navio *Edelweiss* — cf. HART e HONORÉ, *Causation*, 474 s. Com a mesma referência, acrescentando ainda um outro acórdão, datado de 1972, v. FLORENCE G'SELL-MACREZ, *Recherches*, 111.

<sup>[27]</sup> A propósito da classificação das teorias causais, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 23 s.

Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 86 s.

de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante.

Sobre a doutrina da causalidade adequada haveremos desde já de considerar que ela não constitui um magma uniforme. Pelo contrário, no seu seio albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com a intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa de adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta<sup>[28]</sup>.

Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que, consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato — porque se perde a necessária relevância do caso concreto — ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que,

[28] Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.



a priori, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que — consoante afirmam certos autores — a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)<sup>[29]</sup>.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam — e bem — para estabelecer o nexo de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo for um juízo *ex ante*? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido?

---

[29] MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas "espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético"; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 325; GÜNTHER BERNERT, "Die Leeformel von der Adäquanz", *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442.

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

As dúvidas e dificuldades expostas acerca da justeza das soluções alicerçadas na probabilidade refletem estes dados, embora, pela confluência a que aludimos entre a condicionalidade sem a qual e a causalidade adequada, eles possam surgir miscigenados.

Do mesmo passo, permitem-nos perceber que não podemos — se quisermos ser congruentes na busca de uma solução normativamente fundada e materialmente justa — ficar presos às soluções doutrinárias tradicionais. Há que, portanto, repensar o problema.

#### **4. Uma perspetiva imputacional do problema causal**

Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de sentido comunicadas pelo direito — desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na personalidade) — só será lo-



grado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração —, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Na interpretação que se faça dos referidos requisitos, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na personalidade. Assim, em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia de personalidade livre em que se ancora toda a juridicidade. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que, num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser. É ele que torna a causalidade imprescindível como requisito delitual: permite estabelecer a ponte entre a teleonomologia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que este apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projete num dano. Na verdade, não basta que se olhe para uma dimensão de validade. Qualquer critério jurídico há-de ser passado por uma ideia de eficácia. Nessa medida, na busca dos

contornos com que deve ser desenhada a causalidade, importa não obnubilar o dado ontológico envolvente. Será ele a chamar-nos a atenção quer para a complexidade causal, quer para o imbricamento condicional. Nesta medida, influenciará, numa dialética entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisito do direito delitual. O risco é, assim, chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada ato concreto — ou atividade encabeçada — do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraído do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compagável com a noção de ação em se estrutura o nosso delito.

Nas hipóteses de responsabilidade pelo risco, como aquela que estamos a contemplar a propósito da responsabilidade do produtor<sup>[30]</sup>, o risco cumpre, ainda, a função de fundamento da própria responsabilidade.

A mutação de perspectiva é possível a partir do momento em que olhamos para a responsabilidade do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático<sup>[31]</sup>. A própria ação, de

[30] A este propósito — e em geral acerca de toda a responsabilidade do produtor —, cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 503 s., considerando que se trata de uma responsabilidade objetiva. Em sentido contrário, sustentando que em causa está uma responsabilidade subjetiva, veja-se Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 692.

[31] Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bi-



onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta

.....  
bliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada, hipótese que ocorre, concretamente, no caso da responsabilidade objetiva; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a "causalidade". Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá



de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

No tocante à responsabilidade pelo risco, a esfera de risco é definida previamente pelo legislador, atento o modelo de tipicidade com que nos confrontamos, sendo encabeçada no momento em que o sujeito (pretensamente responsável) a assume.

Abre-se, posteriormente, o segundo patamar da indagação “causal”.

Contemplando, *prima facie*, a esfera de risco geral da vida, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos — indiferenciadamente — estão expostos?

O confronto com a esfera de risco titulada pelo lesado impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem



a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico — mormente o pensamento jurídico transfronteiriço — tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda esfera de risco, concorrente com aquela, vir encabeçada por um terceiro. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre



o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro — independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais — torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito — deveres de evitar o resultado — pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

O modelo cogitado para a causalidade, assim transmutada em imputação, continua a ser válido para a responsabilidade pelo risco. Pensemo-lo, então, por referência à responsabilidade do produtor. Ao colocar no mercado um determinado produto (defeituoso), o produtor assume uma esfera de risco, pelo que responderá, em regra, por todos os danos que possam ligar-se funcionalmente ao defeito detetado. Não se exige, para que a ligação se estabeleça, um qualquer grau de probabilidade bastante, contentando-nos antes com a mera possibilidade. Na verdade, a densificação da imputação que se começa, assim, a erigir será oferecida pelo cotejo entre esta esfera de risco com outras esferas de risco que com ela se confrontem. Tal como no caso da responsabilidade subjetiva, a *esfera de risco geral da vida* conduz à exclusão da imputação quando a atividade em questão (a colocação do produto defeituoso no mercado), identificando em-

bora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo.

A consideração da *esfera de risco do lesado*, por seu turno, levar-nos-á, igualmente, a ponderar a este nível o problema das predisposições constitucionais do lesado. Ao assumir uma atividade arriscada, o agente assume a responsabilidade pelos danos que se inscrevem na sua esfera de risco, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. Fundamental neste júzo — porque de uma responsabilidade alargada se trata — é considerar a própria intencionalidade da responsabilidade em questão. Ora, no caso da responsabilidade do produtor, a defeituosidade de que se parte implica a falta de segurança do produto, tendo em conta todas as circunstâncias, entre as quais a utilização que razoavelmente dele se faça, donde as predisposições constitucionais do lesado podem ser de molde a, se determinarem uma utilização não razoável do bem, excluir a imputação. Já não será esta a ponderação se o defeito não for afastado, mas o impacto que o produto tiver no lesado determinar uma lesão agravada. Nessa hipótese, parecem-nos ser mobilizáveis os critérios predispostos em geral para resolver a questão imputacional, a partir dos quais a responsabilidade pode ser excluída ou limitada.

É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 7.º/1 DL n.º383/89, nos termos do qual, “quando um facto culposo do lesa-



do tiver concorrido para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização". Tal como por referência ao artigo 570.º CC, a ideia de culpa não deve ser compreendida em sentido estrito, por não ser possível fazer recair um juízo de censura ético-jurídica sobre a própria pessoa, pelo que a simples presença de uma predisposição constitucional não acompanhada dos deveres de cuidado em relação a si mesmo que deveriam ser adotados pode ser de molde a desencadear a consequência jurídica.

Finalmente, há que confrontar a esfera de risco do lesante com a *esfera de risco encabeçada por um terceiro*. Fundamental é, então, perceber em que medida o comportamento do terceiro é ou não livre, qual a amplitude do risco assumido pelo lesante e qual a gravidade do comportamento do terceiro. Ao contrário do que se sustentou durante largo tempo, a disciplina da responsabilidade civil do produtor abre-nos as portas para situações de concurso entre culpa e risco, afastando soluções radicais de exclusão da responsabilidade pelo risco, sempre que se verifique uma hipótese concorrente de culpa<sup>[32]</sup>.

## 5. Consequências do entendimento imputacional

A aceitar-se como boa a perspetiva imputacional assim delimitada, o problema da prova, ou melhor, do ónus probatório ga-

<sup>[32]</sup> Cf. artigo 6.º e 7.º DL n.º383/89.

nha outros contornos. Na verdade, transmutada numa questão imputacional, a causalidade adquire um cunho normativo, con-substanciando-se num juízo a ser levado a cabo pelo julgador. É claro que ele se há-de alicerçar em dados da realidade concreta. Mas, para tanto, basta que o lesado prove a edificação de uma esfera de risco e a existência do evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização judicativo-decisória do direito.

Perguntar-se-á, contudo, e sobretudo porque estamos diante de uma hipótese de responsabilidade pelo risco (em que a esfera de risco é assumida a montante, no momento em que se dá início a uma qualquer atividade tida pelo legislador como arriscada ao ponto de, com base em critérios de justiça distributiva, se admitir a imposição de uma obrigação ressarcitória independentemente de culpa), se será bastante a comprovação da edificação/assunção da esfera de risco de que se cura, para, de imediato, se responder que urge, num caso como este, provar a interferência daquela atividade na história de surgimento do evento lesivo. Mas, para tanto, não nos precisamos de enredar numa lógica contrafáctica, própria de um juízo condicionalista (que, aliás, se mostra irrealizável em concreto), nem necessitamos de partir em busca de uma verdade científica acerca dos factos.

Numa hipótese de responsabilidade do produtor, devemos contentar-nos com a prova da utilização/consumo/aquisição do produto defeituoso pelo lesado e do dano. A ligação entre a colocação do produto no mercado e a emergência da lesão implica o referido juízo normativo a cargo do julgador.



Resta, porém, um problema de não pequena monta. Confrontados com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, torna-se forçoso pensar em que medida é que o que fica dito é compatível com a ideia de que, embora haja a possibilidade de se dar por estabelecida a causalidade com base num grau suficientemente elevado de probabilidade, deixando de lado a exigência de uma verdade científica, se posterga a hipótese de se lançar mão de uma prova por presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo causal, quando estejam reunidos certos indícios predeterminados.

A dúvida, sendo pertinente, não nos conduz a uma aporia. Em primeiro lugar, embora a diretiva pretenda harmonizar os diversos ordenamentos jurídicos nesta matéria, introduzindo uma proteção bastante para o consumidor e, assim, consolidando as bases de um mercado único, ela não vai ao ponto de impor uma dada conceção dogmática acerca dos pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória em relação aos quais, explicitamente, não crie uma disciplina excepcional. Embora no artigo 4.º Diretiva 85/374/CEE se disponha que cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo de causalidade, o certo é que a prova que se exige a este nível ficará sempre dependente do entendimento que se derrame sobre o requisito. Ora, a partir do momento em que a nossa perspectiva é imputacional, a prova que se requer não pode ir além do que ficou explicitado *supra*.

Note-se, aliás, que, de acordo com o modelo que edificámos, não está em causa qualquer presunção de causalidade. O que se propõe não é que o julgador presuma a ligação exigível a partir

de qualquer dado apresentado pelo lesado, mas que edifique um juízo normativo com base na comprovação da existência de uma esfera de risco, na comprovação da participação dessa esfera de risco na história de surgimento do evento e na comprovação do próprio evento lesivo. Estas provas terão de ser oferecidas pelo lesado, prescindindo-se, contudo, da prova da ligação entre eles. Se em certo sentido se pode aqui falar de uma inversão do ónus probatório, fazendo-se recair o risco processual sobre aquele que assume, *ab initio*, o risco substancial, não menos seguro é afirmar que tal inversão se alicerça quer nos princípios normativos operantes a este nível, quer em pressupostos metodológicos, não redundando na discussão fáctico-probabilística a que se refere o Tribunal de Justiça da União Europeia.





# OBRIGAÇÃO GERAL DE SEGURANÇA E RESPONSABILIDADE CIVIL

*Mafalda Miranda Barbosa \**

## **Sumário:**

A obrigação geral de segurança implica uma mudança de perspectiva na proteção do consumidor: de uma tutela repressiva passamos para uma tutela preventiva. Não obstante, ela não deixa de exercer a sua influência em sede delitual. Nas páginas que se seguem, depois de explicitarmos o que é a obrigação geral de segurança e quais são os traços mais marcantes do seu regime, procuraremos analisar em que termos se denota ou pode denotar aquela influência.

## **Abstract:**

A general safety requirement of products implies a change of perspective in the protection of the consumer: from a repressive protection we move into a preventive protection. Nevertheless, the general safety requirement of products continues to influence tort law. In this paper, after explaining what general safety requirement of products is and what are the most striking features of its regime, we will try to analyse in what terms that influence can be denoted.

.....  
\* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra.



## 1. Introdução

A obrigação geral de segurança surge diretamente relacionada com a proteção dos consumidores. Como o próprio nome indica, diz respeito à segurança dos produtos, de todos os produtos. Estabelece-se um padrão mínimo a que todos os produtos devem obedecer, impondo-se o dever de não colocar no mercado produtos não seguros. A obrigação diz-se, assim, geral quer porque vincula todos os produtores; quer porque se apresenta como não setorial. E surge como o resultado da proclamação de um direito à saúde e à segurança do consumidor, quer no plano constitucional, quer no plano comunitário. Na verdade, estando em causa bens jurídicos fundamentais, integrantes da personalidade de cada um, como a saúde e a segurança, e tendo-se em conta que as lesões que os possam afetar não são, as mais das vezes, suscetíveis de reparação natural, o legislador comunitário — e, por impulso deste, o legislador nacional — sentiu necessidade de regular a matéria. Dá-se, portanto, uma mudança de perspectiva: a tutela do consumidor deixa de ser unicamente repressiva e delineada *a posteriori* para passar a ser preventiva e desenhada *a priori*. O artigo 5.º da lei n.º24/96, de 31 de Julho, espelha isso mesmo, ao consagrar um direito dos consumidores à proteção da saúde e da segurança física e ao estabelece que “é proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança física das pessoas”.

Não obstante a intenção do legislador (comunitário e nacional), facilmente se compreende que não é possível alcançar, no tocante aos produtos ou a qualquer outra realidade, o risco zero. Esta constatação simples exige que se assuma comprometidamente a necessidade de compreender qual o sentido da segurança dos produtos que está subjacente à disciplina jurídica com que lidamos. Para tanto, iremos, nas páginas que se seguem, analisar a gênese da obrigação geral de segurança, os pilares fundamentais em que se estrutura, para, depois, tecermos as considerações conclusivas acerca daquele sentido que se procura. Só então estaremos em condições de, com base nisso, refletirmos sobre alguns casos jurídicos eivados de uma problematidade acrescida, relacionando a questão com o problema da responsabilidade civil, com o que chegamos ao cerne da reflexão que pretendemos levar a cabo: apesar de a obrigação geral de segurança implicar uma mutação na perspectiva (passando-se de uma tutela repressiva para uma tutela preventiva), ela não deixa de exercer a sua influência em sede delitual. São os traços gerais dessa influência que procuraremos delinear.

## **2. A gênese e a evolução da obrigação geral de segurança. Os interesses subjacentes à sua consagração.**

Na base das preocupações securitárias com o consumidor não esteve — ou não esteve só — o cuidado com o bem-estar daquele e com a sua posição subjetiva. Na verdade, as ques-



tões atinentes à segurança e saúde dos consumidores só num segundo momento, que não o originário da construção europeia, foram colocadas na agenda das instituições comunitárias<sup>[1]</sup>, já que, num primeiro momento, o objetivo era o da criação de um mercado único e o da integração europeia. Segundo explicita Kai Purnhagen, "a história da segurança dos produtos começa em 1965 em resposta à catástrofe da talidomide", sendo aí que surge a Diretiva 65/65/CEE, que "introduziu um requisito obrigatório para a autorização das farmacêuticas na Europa". Depois desta, outros foram os diplomas adotados na matéria: Diretiva 67/548/CEE (relativas às regras de classificação, embalagem e rotulagem de substâncias perigosas na CEE); Diretiva 73/241/CEE (relativa às condições dos produtos de chocolate e cacau destinados ao consumo humano); regulamentação, em 1985, de uma obrigação de segurança dos produtos que se enquadrassem na maquinaria elétrica e industrial<sup>[2]</sup>.

Mas, paulatinamente, foi-se inculcando a ideia de que seria necessário estender estas obrigações de segurança a todos os produtos. Marcos importantes, na evolução da perspectiva comunitária na matéria, foram os acórdãos *Dassonville* e *Cassis de Dijon*<sup>[3]</sup>. Se desde o início da construção europeia se afirma como fundamental a liberdade de circulação de mercadorias, comprometendo-se os Estados membros "a um armistício legislativo" e vinculando-se a não introduzir direitos aduaneiros, restri-

---

[1] Cf., nesse sentido, KAI PURNHAGEN, *The politics of systematization in EU product safety regulation*, Springer, 2013, que aqui acompanhamos de muito perto.

[2] Cf. KAI PURNHAGEN, *The politics of systematization*.

[3] Cf. KAI PURNHAGEN, *The politics of systematization*.

ções quantitativas às importações e exportações e medidas de efeitos equivalentes<sup>[4]</sup>, o Tribunal de Justiça acabou por ir desvelando princípios que estruturam e densificavam esta liberdade: “princípio da ilicitude de toda a regulamentação comercial dos Estados Membros que atual ou potencialmente, direta ou indiretamente, constitua um entrave à circulação de mercadorias (acórdão *Dassonville*)”<sup>[5]</sup>; “princípio do esgotamento dos direitos (de propriedade industrial ou intelectual)”<sup>[6]</sup>; “princípio do reconhecimento mútuo das legislações (no domínio não harmonizado: acórdão *Cassis de Dijon*)”<sup>[7]</sup>.

Em causa no acórdão *Cassis de Dijon* estava o seguinte:

“Um revendedor alemão, Rewe-Zentral, importa-va o chamado crème de cassis ou *Cassis de Dijon* — um licor preto produzido em Dijon (França) que continha um teor de álcool compreendido entre 15% e 20%. O governo alemão tinha adotado uma lei que previa que os produtos vendidos como licores tinham de conter, pelo menos, um teor de álcool de 25%. Por esta razão, o *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (uma secção do Ministério das Finanças

[4] Cf., sobre todas as questões de Direito Comunitário, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito da União Europeia — História, Direito, Cidadania, Mercado interno e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 6ª edição, 2010, que aqui seguimos de muito perto.

[5] Cf. MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito da União Europeia*, 537 s., 549-550.

[6] Cf. MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito da União Europeia*, 537 s.

[7] Cf. MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito da União Europeia*, 538 s. e 550.



da Alemanha) comunicou a Rewe-Zentral que o produto *Cassis de Dijon* não poderia ser comercializado uma vez que o seu teor de álcool não preenchia os requisitos mínimos previstos por lei. O mencionado importador alegou que tal constituía uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa às importações proibida pelo tratado"<sup>[8]</sup>.

O Tribunal de Justiça das Comunidades<sup>[9]</sup> definiu, no acórdão *Dassonville*, o que é uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa. Sendo tais restrições proibidas, pode haver derrogações a tal proibição. Algumas derrogações gerais estão previstas no Tratado (por razões de moralidade pública, ordem e segurança pública, proteção da saúde e da vida das pessoas e animais, preservação das plantas, proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, proteção da propriedade industrial e comercial); outras foram definidas pelo Tribunal, acrescentando àquelas. Em causa estão agora a eficácia dos controlos fiscais, a proteção da saúde pública, a lealdade das transações comerciais e a defesa dos consumidores. Mais considerou que a exigência de teor mínimo de álcool imposta pela legislação alemão não pode ser com-

[8] Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 20 de Fevereiro de 1979, processo 120/78, "Rewe-Zentral" (*Cassis Dijon*), resumo dos elementos de facto (<https://eucaselaw.wordpress.com/2013/06/21/rewe-zentral-cassis-de-dijon-1979/>)

[9] Atual Tribunal de Justiça da União Europeia.

preendida à luz das derrogações mencionadas. O Tribunal de Justiça das Comunidades viria, também, consagrar o princípio do reconhecimento mútuo: qualquer mercadoria que seja produzida e comercializada legalmente num Estado-membro e não ponha em risco a saúde dos seus cidadãos pode ser introduzida em qualquer Estado-membro<sup>[10]</sup>.

De acordo com o Acórdão que acompanhamos, o princípio do reconhecimento mútuo conhecia uma limitação: a saúde e a segurança dos consumidores. Isto é, deixaria de se impor a livre circulação de produtos se eles colocassem um risco para estes bens jurídicos essenciais. Ora, segundo explica Kai Purnhagen, “se fosse deixado aos Estados-membros a tarefa de estabelecer medidas *post-market*, o resultado seria a divergência na comercialização dos produtos perigosos”, o que poria em causa a própria integração europeia. Ou seja, se apenas se prevê a livre circulação de produtos até ao limite em que não impõem um risco aos consumidores, então seria necessário harmonizar os critérios de determinação dessa segurança. Esta perspectiva seria adotada pelo Conselho da Europa e denotar-se-ia com a proposta de uma Diretiva sobre Responsabilidade do Produtor, em 1985. Ao mesmo tempo, o Conselho adotou uma Diretiva (92/59/CEE) relativa à Segurança Geral dos Produtos<sup>[11]</sup>.

---

[10] Cf. <https://eucaselaw.wordpress.com/2013/06/21/rewe-zentral-cassis-de-dijon-1979/>

[11] Cf. KAI PURNHAGEN, *The politics of systematization*, que se continua a acompanhar de muito perto.



Esta Diretiva 92/59/CEE, do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos, seria transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo DL n.º311/95, de 20 de Novembro. Posteriormente, foi aprovada, na matéria, a Diretiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro de 2001, também relativa à segurança geral dos produtos, transposta pelo DL n.º69/2005, de 17 de Março. Para além de pontuais diferenças, de que a seu tempo daremos conta, o traçado geral da obrigação mantém-se, assentando em alguns pilares fundamentais.

### **3. Os pilares fundamentais do regime da obrigação geral de segurança**

#### *3.1. O âmbito de aplicação da “obrigação geral de segurança”*

A Diretiva 92/56/CEE, de 29 de Junho de 1992, apresentava um âmbito de aplicação genérico e, simultaneamente, subsidiário. Na verdade, ela aplicava-se, tendencialmente, a todos os produtos colocados no mercado, sempre que, no âmbito da regulamentação comunitária, não existissem disposições específicas que disciplinassem, sectorialmente, a segurança dos referidos produtos. A diretiva, contudo, aplicar-se-ia quando, havendo legislação comunitária sectorial, ela não fosse exaustiva, isto é, quando deixasse sem regulamentação determinados aspetos específicos. Isto é, havendo regulamentação setorial, seria ela a que se aplicaria em tudo o que estivesse especificamente

previsto; em tudo o que não tivesse sido objeto da previsão do legislador, mobilizar-se-ia, subsidiariamente, a diretiva. O produto vinha, então, definido, nos termos do artigo 2.º/a), como “qualquer produto destinado aos consumidores ou suscetível de ser utilizado pelos consumidores, fornecido a título oneroso ou gratuito no âmbito de uma atividade comercial, que seja novo, usado ou recuperado”, excluindo-se deste âmbito os “produtos usados, fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitassem de ser reparados ou recuperados antes de serem utilizados, desde que o fornecedor disso informasse claramente a pessoa à qual fornecesse o produto”. Na transposição que foi feita do diploma comunitário, manteve-se o quadro geral supletivo de segurança de todos os produtos. Nos termos do DL n.º311/95, era considerado produto qualquer bem, novo, usado ou recuperado, destinado aos consumidores ou suscetível de por eles ser utilizado, fornecido a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade profissional (artigo 2.º/1/a)). Estavam, porém, excluídos do âmbito de aplicação do diploma os imóveis (artigo 2.º/1/a), *in fine*) e os produtos usados, fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitassem de reparação ou recuperação antes de serem utilizados, desde que o fornecedor informasse claramente a pessoa a quem fornecia o produto acerca daquelas características (artigo 2.º/2). Em termos subjetivos, o diploma aplicava-se a todos os produtores, entendidos como os fabricantes de um produto que se encontrassem estabelecidos na União Europeia ou qualquer pessoa que se apresentasse como tal ao apor o seu nome, marca ou outro sinal distintivo do produto ou que procedesse à sua recuperação. Aplicava-se, ainda, ao representante do fabricante, quando este não se en-



contrasse estabelecido na União ou, na sua falta, ao importador do produto na União, bem como aos outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respetivas atividades pudessem afetar as características de segurança do produto colocado no mercado. Algumas das obrigações consagradas no diploma vinculavam, igualmente, os distribuidores, ou seja, os operadores profissionais da cadeia de comercialização, cuja atividade não afetasse as características de segurança do produto.

Se compararmos os âmbitos de aplicação — objetivo e subjetivo — da 1.º diretiva e do diploma de transposição da mesma, concluiremos que eles eram análogos. Contudo, não seriam perfeitamente coincidentes. Enquanto a diretiva falava de exercício de uma atividade comercial, o diploma pátrio usava a expressão atividade profissional. Ora, nem sempre uma atividade profissional (mesmo que lucrativa) pode ser qualificada como comercial. A divergência não era, contudo, perturbadora, tanto quanto a diretiva se mostrasse, assim, menos ampla do que a lei nacional e se apresentasse como uma diretiva de harmonização mínima. Essencial seria, pois, para delimitar o seu âmbito de aplicação subjetivo e objetivo, determinar quem é consumidor. Não nos sendo fornecido pelo DL n.º311/95, de 20 de Novembro, seria na lei n.º24/96, de 31 de Julho, que colheríamos o conceito: é 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 be-

nefícios. Trata-se, como se pode ver, de uma noção relacional: de um lado temos um profissional que, no âmbito do exercício de uma atividade lucrativa, fornece bens, presta serviços ou transmite direitos; do outro lado temos alguém que adquire esses bens, serviços ou direitos e os afeta a um uso não profissional. Mas ele é, também, um conceito operativo, que, por isso, vai ganhando colorações diversas consoante o domínio problemático em que se seja mobilizado. Nessa medida, importava não esquecer que, sendo as obrigações impostas pelo DL n.º311/95 genéricas, o jurista ficava libertado da tarefa de densificação dogmática do conceito de consumidor. É que ele surgia, na arquitetura do diploma, para qualificar o produto e, conseqüentemente, o produtor, não exigindo o estabelecimento de uma concreta relação de consumo que fosse necessário escarpelizar. O consumidor com que se lidava era, afinal, o potencial consumidor<sup>[12]</sup>.

A Diretiva 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro, continua a estabelecer um quadro regulamentar geral e supletivo: assim, se existir legislação comunitária específica a fixar obrigações de segurança é ela que deve ser aplicada; no entanto, se tal legislação específica apenas se aplicar a certos riscos, são aplicáveis aos demais riscos as exigências da diretiva em questão. No mais, aplica-se a todos os produtos,

[12] Na explicitação de Cassiano dos Santos, como são abrangidos todos os produtos que, de acordo com um juízo de probabilidade assente num critério de razoabilidade, podem vir a ser utilizados por consumidores, ainda que não se lhes destinem, estamos perante uma proteção alargada, que reflexamente também beneficia os não consumidores. Nas palavras do autor, "vale por dizer que é a pessoa humana, em geral, independentemente da sua condição, que vem a ser protegida" — cf. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 206.



independentemente da técnica de comercialização a que estão sujeitos. Incluem-se, portanto, neste âmbito de aplicação, os produtos que sejam comercializados com recurso a vendas à distância e a meios eletrónicos. Os produtos são entendidos, nos termos do artigo 2.º/a), como aqueles que, inclusivamente se utilizados numa prestação de serviços, se destinam ao consumidor ou são suscetíveis de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, serem utilizados por um consumidor mesmo que não lhes sejam destinados, desde que tenham sido disponibilizados, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade comercial. Em causa estão, portanto, quer os produtos especificamente destinados aos consumidores, quer aqueles que, de acordo com um juízo de previsibilidade e com as circunstâncias, podem vir a ser por eles utilizados<sup>[13]</sup>. Por outro lado, tendo em conta que a obrigação se cumpre no momento da colocação no mercado do produto — isto é, antes de estabelecida uma relação de consumo no sentido estrito do termo —, o consumidor a que aqui se alude não pode ser senão aquele que poderá vir a usar o produto a título não profissional, isto é, o potencial consumidor<sup>[14]</sup>.

O regime aplica-se indistintamente aos produtos que sejam novos, quer sejam usados, quer sejam recuperados, embora se

---

[13] Cf. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 206. Na explicitação do autor, incluem-se os brindes, as ofertas, as promoções e todos os bens que, mesmo destinando-se a um uso profissional, são suscetíveis de ser utilizados por consumidores, de acordo com um juízo de probabilidade, assente num critério de razoabilidade.

[14] Tem, por isso, razão Cassiano dos Santos quando refere que esta é uma proteção alargada, que se dirige, afinal, à pessoa. Cf. nota 12. Retoma-se, no

excluam os produtos usados que sejam fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitam de ser reparados antes de serem utilizados, desde que o fornecedor disso informe claramente a pessoa a quem fornece o produto. De fora ficam os serviços (*considerandum 1*). Contudo, a diretiva deve ser aplicada aos produtos fornecidos ou postos à disposição dos consumidores no âmbito de uma prestação de serviços, excluindo-se apenas da alçada da diretiva a segurança dos equipamentos que sejam utilizados na prestação de serviços (*considerandum 9*).

Pelo contrário, o DL n.º69/2005 inclui no seu âmbito objetivo de aplicação os serviços prestados aos consumidores, quando os respetivos requisitos não constem de legislação especial, a par da aplicação a todos os produtos colocados no mercado. No tocante a legislação especial, rege a regra geral, segundo a qual a norma especial derroga a norma geral. Nessa medida, caso ela exista, também em relação a certos produtos, o diploma de referência não se aplica. Contudo, ele funcionará como direito subsidiário nesses casos, aplicando-se aos riscos ou categorias de riscos não cobertos por essa legislação especial. Nos termos do n.º3 do artigo 2.º, ficam excluídos do âmbito de aplicação os produtos usados, quando fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitem de reparação ou de recuperação antes de poderem ser utilizados, desde que o fornecedor informe claramente a pessoa a quem o fornece daquelas especificidades. De acordo com o n.º4 do mesmo preceito, o ónus da prova

.....  
fundo, o que se disse a propósito da anterior diretiva. Veja-se, ainda, o artigo 8.º/3 Lei n.º24/96, a falar de potencial consumidor.



do cumprimento deste dever de informação<sup>[15]</sup> — que afasta a aplicação do regime em apreço — cabe ao fornecedor.

Subjetivamente, o diploma aplica-se, à semelhança do que já acontecia no quadro do anterior regime, não só ao produtor, mas também ao distribuidor do produto. Para Cassiano dos Santos, o destinatário central da obrigação geral de segurança é o industrial ou aquele que atua sobre o produto, ficando, no entanto, também todo aquele que, no exercício de uma atividade profissional, coloque bens ou serviços no mercado vinculado pela obrigação, o que se justifica pela intenção de proteção do consumidor relativamente a qualquer produto que circule no mercado, independentemente da sua origem<sup>[16]</sup>. No mais, como esclarece o autor, o produtor pode ser ou não um comerciante.

A noção de produtor oferecida pelo artigo 3.º/e) DL n.º60/2005 afigura-se, assim, ser bastante ampla, incluindo o fabricante de um produto que se encontre estabelecido na União Europeia ou qualquer pessoa que se apresente como tal ao apor o seu nome, marca ou outro sinal distintivo do produto ou que proceda à sua reparação; o representante do fabricante,

.....  
<sup>[15]</sup> O dever de informação a que se alude tem de se dirigir claramente ao consumidor. Coloca-se, portanto, a questão de saber se esta pode ser uma informação anónima ou se terá de ser uma informação pré-contratual. Respondendo no primeiro sentido, cf. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 206.

Repare-se que a exclusão nos aponta para um dado muito importante da disciplina da obrigação geral de segurança, que passa pela consideração de que a segurança do produto se liga diretamente com as expectativas do próprio consumidor.

<sup>[16]</sup> CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 207.

quando este não se encontre estabelecido na União Europeia; o importador do produto na União Europeia; e os outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respectivas atividades possam afetar as características de segurança do produto colocado no mercado. Mas o diploma vai mais longe e abrange, em algumas das suas obrigações, os próprios distribuidores, ou seja, os operadores profissionais da cadeia de comercialização, cuja atividade não afete as características de segurança do produto. O artigo 7.º/1 DL n.º69/2005 dispõe que aquele é obrigado a atuar com diligência, nomeadamente, durante o armazenamento, transporte e exposição dos produtos, por forma a contribuir para o cumprimento das obrigações de segurança aplicáveis. Esta obrigação de atuação diligente não acrescenta, verdadeiramente, nada àquilo que já decorre dos princípios gerais em matéria privatística. Na verdade, quer no domínio contratual, quer no domínio das relações generalizadas entre sujeitos, cada um deve atuar com a diligência de um homem médio, podendo, se não o fizer, e porque assim se desvela a culpa, vir a ser responsabilizado, bastando para o efeito que os restantes pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória se verifiquem. Porém, o n.º2 do artigo 7.º concretiza esse dever de atuação diligente. Assim, o distribuidor deve abster-se de fornecer produtos quanto aos quais saiba ou deva saber, com base nas informações de que dispõe e enquanto profissional, que não satisfazem essa obrigação de segurança; participar no controlo da segurança dos produtos colocados no mercado, designadamente mediante a transmissão de informações sobre os riscos dos produtos às entidades competentes; manter



durante o período de vida útil do produto a documentação necessária para rastrear a origem dos produtos e fornecê-la quando solicitado pelas entidades competentes; desencadear as ações que se revelem adequadas para a eliminação dos riscos, nomeadamente a retirada do produto do mercado e a recolha junto dos consumidores; colaborar, de forma eficaz, em quaisquer ações desenvolvidas tendentes a evitar os riscos. No fundo, o que se pretende com a imposição de tais padrões de comportamento é que o distribuidor contribua para o cumprimento das obrigações do produtor, servindo, inclusivamente, de instância de controlo do cumprimento das mesmas por parte deste.

### 3.2. *A obrigação geral de segurança e as obrigações que a rodeiam*

#### *a) A obrigação geral de segurança*

Nos termos dos artigos 4.º e 5.º do DL n.º69/2005, o produtor fica obrigado a só colocar produtos seguros no mercado. A colocação do produto no mercado significa a saída do produto da esfera de produção e a sua entrada no circuito de distribuição<sup>[17]</sup>. Por produtor não devemos entender apenas o fabricante que se encontre estabelecido na União Europeia, mas ainda qualquer pessoa que se apresente como tal ao apor o seu nome, marca ou outro sinal distintivo do produto ou que proceda à sua recuperação; o representante do fabricante, quando este não

.....  
<sup>[17]</sup> CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 207.

se encontre estabelecido na União Europeia ou, na sua falta, o importador do produto na União Europeia. A obrigação recai, ainda, sobre os outros profissionais da cadeia de comercialização, na medida em que as respetivas atividades possam afetar as características de segurança do produto colocado no mercado (artigo 3.º/e)). O produto, por seu turno, surge definido no artigo 3.º/a) como qualquer bem, novo, usado, recuperado ou utilizado no âmbito de uma prestação de serviços, destinado aos consumidores ou suscetível de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, por eles ser utilizado, mesmo que lhes não seja destinado, fornecido ou disponibilizado, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma atividade profissional, com exceção dos bens imóveis. Ele será seguro, nos termos do artigo 3.º/c), quando, "em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis, incluindo a duração, se aplicável a instalação ou entrada em serviço e a necessidade de conservação, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de protecção da saúde e segurança dos consumidores, tendo em conta, nomeadamente: as características do produto, designadamente a sua composição; a apresentação, a embalagem, a rotulagem e as instruções de montagem, de utilização, de conservação e de eliminação, bem como eventuais advertências ou outra indicação de informação relativa ao produto; os efeitos sobre outros produtos quando seja previsível a sua utilização conjunta; as categorias de consumidores que se encontrarem em condições de maior risco ao utilizar o produto, especialmente crianças e os idosos". Deve ter-se em conta a uti-



lização normal ou previsível (razoável, segundo um padrão de normalidade), não tendo de ser considerados os usos anormais ou aberrantes<sup>[18]</sup>. Consoante explicita Cassiano dos Santos, "os riscos que estejam associados ao produto mas resultem de circunstâncias de utilização anómala não relevam — continuando o produto a ser reputado seguro"<sup>[19]</sup>. Repare-se, ademais, que a segurança do produto não pode ser considerada absoluta. A segurança do produto não é determinada, exclusivamente, pelas características intrínsecas do produto, mas fica dependente da sua apresentação, embalagem, rotulagem, instruções, dos efeitos sobre outros produtos e das categorias de consumidores a que se destina<sup>[20]</sup>. Não se procura obter a proscrição de todo e qualquer risco. Continuando a acompanhar Cassiano dos Santos, vemos que "são tolerados riscos e até riscos tecnicamente evitáveis — basta que se formule um juízo de compatibilidade desses riscos com a utilização e que eles sejam conciliáveis com um nível elevado de proteção. Assim, a conclusão segundo a .....

[18] CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I - *Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 208. Para o autor, "têm de ser tidos em conta todos os usos compatíveis com as características e natureza do produto, incluindo os usos laterais ou errados, mas possíveis — aqui deverá ter-se em conta também o tipo de consumidor a que o bem é normalmente destinado; excluem-se apenas as utilizações aberrantes".

[19] CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 208.

[20] Um produto pode ser seguro e não o ser, se a categoria preferencial de consumidores a que se destina forem as crianças ou os idosos. No mais, um produto pode apresentar riscos e ser considerado seguro se devidamente acompanhado de informações e instruções que permitam não só reduzir os referidos riscos, como garantir as expectativas dos consumidores quanto à sua utilização.

qual seria possível, à luz da técnica, o produto apresentar um nível superior de segurança ou riscos mais pequenos não chega para concluir pela falta de segurança, nos termos do artigo 4.º<sup>[21]</sup>. Mas isto não significa que o estado dos conhecimentos e da técnica não sejam relevantes para aferir da segurança do produto e que, no acompanhamento subsequente que dele seja feito, que ulteriores e superiores patamares de segurança não possam ser relevantes.

Nos termos do artigo 4.º/2, “considera-se conforme com a obrigação geral de segurança o produto que estiver em conformidade com as normas legais ou regulamentares que fixem os requisitos em matéria de proteção de saúde e segurança a que o mesmo deve obedecer para poder ser comercializado”. Na falta de tais normas legais ou regulamentares, a segurança do produto é aferida considerando “as normas portuguesas que transpõem normas europeias cujas referências tenham sido publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, bem como as normas nacionais que transpõem normas comunitárias pertinentes; as normas em vigor no Estado membro em que o produto é fornecido ou disponibilizado; as recomendações da Comissão Europeia que contêm orientações em matéria de avaliação de segurança dos produtos; os códigos de boa conduta em matéria de segurança dos produtos em vigor para o sector em causa; o estado atual dos conhecimentos e da técnica; o nível de se-

[21] CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 209.





fosse seguro. Segundo a doutrina<sup>[23]</sup>, esta obrigação estendia-se também aos serviços, por ser essa a solução que, em face do silêncio da lei relativamente à questão, melhor se coadunava com o disposto no artigo 5.º/1 Lei n.º24/96. O produto seguro era, nos termos do artigo 2.º/1 b) DL n.º311/95, aquele que, em condições de uso normal ou razoavelmente previsível, incluindo a duração, não apresentasse quaisquer riscos ou apresentasse riscos reduzidos, compatíveis com a sua utilização e considerados aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e segurança das pessoas, tendo em conta, nomeadamente, as características do produto, designadamente a sua composição; os efeitos sobre outros produtos quando seja razoável presumir que serão utilizados conjuntamente; a apresentação, embalagem, rotulagem, eventuais instruções de utilização, montagem, conservação e eliminação, bem como qualquer outra indicação ou informação do produtor; as categorias dos consumidores que

.....  
o produto será perigoso, e podem ser tomadas medidas em conformidade, pois o valor superior que se prossegue é a proteção dos consumidores" — cf. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 211.

Isto mostra, como salientado em texto, que os ulteriores desenvolvimentos técnicos podem ser relevantes para efeitos de cumprimento da obrigação geral de segurança. No mais, se não forem, caso o produto se venha — apesar de conforme com os requisitos técnicos impostos por uma norma legal — a mostrar perigoso, adotadas medidas para fazer face a esse perigo, já no âmbito do que consideraremos ser a obrigação de acompanhamento do produto, então o produtor pode vir a ser responsabilizado.

[23] PINTO MONTEIRO/CASSIANO DOS SANTOS/PEDRO MAIA, *Relatório sobre a implementação da directiva comunitária sobre a segurança geral dos produtos em Portugal e a sua transposição para o ordenamento jurídico interno*, [http://europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/surveys/13\\_14\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/13_14_en.pdf).

Cf., também, CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I.



se encontrem em condições de maior risco ao utilizar o produto, especialmente as crianças. Se é certo que o anterior quadro normativo também ordenava, para efeitos de determinação da segurança do produto, que se atendesse às características dos consumidores a que o bem se destinava, não especificava, ao contrário do atual DL n.º65/2007, os idosos.

O artigo 5.º DL n.º311/95 consagrava, igualmente, uma presunção de segurança. Era considerado seguro o produto cujas características correspondessem às fixadas na lei ou em regulamentos que estabelecessem os requisitos em matéria de proteção da saúde e da segurança a que o mesmo deve obedecer para ser comercializado. À semelhança do que determina o atual artigo 4.º/4 DL n.º69/2005, esta não era uma presunção absoluta, podendo ser ilidida em concreto. Ditava o n.º2 do citado artigo 5.º que, apesar da conformidade do produto com as mencionadas regras, as autoridades competentes podem adotar as medidas que considerem necessárias para restringir a comercialização de um produto ou para ordenar a sua retirada do mercado, se ele se revelar perigoso para a saúde e a segurança dos consumidores.

A violação da obrigação geral de segurança, isto é, a colocação no mercado de um produto que os produtores ou distribuidores saibam ou devam saber que não cumpre os requisitos de segurança, determina a responsabilidade contraordenacional dos obrigados, nos termos do artigo 26.º/1/e) DL n.º69/2005.

E pode, ainda, ter repercussões ao nível da responsabilidade civil<sup>[24]</sup>.

### b) Obrigação de informação

O produtor está vinculado por duas obrigações de informação.

A primeira dirige-se aos consumidores, nos termos do artigo 6.º/1/a) DL n.º69/2005. Aquele deve, na verdade, fornecer a todos os consumidores as informações relevantes que lhes permitam avaliar os riscos inerentes a um produto durante a sua vida útil normal ou razoavelmente previsível e precaver-se contra esses mesmos riscos, sempre que eles não sejam imediatamente perceptíveis sem essas informações. Trata-se de uma informação anónima dirigida a todo o potencial consumidor<sup>[25]</sup>. Por aqui se percebe, desde já, aquilo que anteriormente referimos. Na verdade, se a obrigação do produtor se dirige a todo o potencial consumidor, não temos de indagar numa relação concreta se um determinado sujeito é efetivamente um consumidor. Esta é

---

<sup>[24]</sup> Estas serão analisadas *infra*.

<sup>[25]</sup> Repare-se, contudo, que, segundo a doutrina, há determinadas informações que devem ser prestadas pelo produtor que não se confinam a meras informações anónimas. Assim, nos termos do artigo 2.º DL n.º69/2005, estão excluídos do âmbito da obrigação geral de segurança os produtos usados, quando fornecidos como antiguidades ou como produtos que necessitem de reparação ou de recuperação antes de serem utilizados, desde que o fornecedor informe claramente a pessoa a quem informe o produto acerca daquelas características. De acordo com Cassiano dos Santos, "não basta uma informação anónima. Ela deve ser especialmente dirigida ao adquirente: artigo 2.º/3) — cf. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I, 206.



uma obrigação que se localiza antes de qualquer contacto especial entre um produtor e um consumidor: não é uma informação pré-contratual; muito menos é uma informação contratual. Esta diferença resulta claramente do disposto no artigo 8.º/3 Lei n.º24/96, quando confrontado com o n.º1 do mesmo preceito. Na verdade, diz-nos o n.º3 do artigo 8.º que “os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor”. Por seu turno, o n.º1 do mesmo artigo dispõe que “o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto”. Fala-se não de um potencial consumidor, mas do consumidor, o que — sem embargo da fraqueza do argumento literal — não pode deixar de ser entendido em termos eloquentes, sobretudo se com a divergência terminológica concorre a própria intencionalidade subjacente à regulamentação da obrigação geral de segurança, a obrigar o jurista a olhar a montante. Quando, na norma do artigo 6.º/1/a) DL n.º 69/2005, somos confrontados com o termo consumidor e não potencial consumidor, isso vem-nos mostrar que não temos, como sublinhado anteriormente, que nos ater à fórmula técnico-jurídica de consumidor a que se refere a Lei n.º 24/96. No fundo, haverá um consumidor mesmo que não haja uma relação de consumo firmada. Lidamos com o potencial consumidor. Quanto ao seu conteúdo, a informação deve ser completa, clara, objetiva e adequada, não podendo

conter ambiguidades, consoante decorre do artigo 8.º, n.º 1, n.º 3 e n.º 4 (*a contrario*) da lei n.º 24/96. Ademais, a informação deve permitir ao consumidor avaliar os riscos inerentes ao produto e precaver-se contra estes. Para além desta obrigação de informação anónima, impende sobre o produtor uma obrigação de informação pré-contratual e uma obrigação de informação contratual, nos termos do artigo 8.º/1 lei n.º 24/96.

Em caso de violação da obrigação de informação, o produtor (bem como os demais sujeitos obrigados) seria condenado ao pagamento de uma coima, nos termos do artigo 26.º/1/a) DL n.º 69/2005. A lei n.º 24/96 prevê, ainda, que o consumidor tenha o direito de resolver o contrato (direito de retratação) no prazo de sete dias a contar da data da receção do bem<sup>[26]</sup>. Pode, ainda, gerar-se responsabilidade civil<sup>[27]</sup>.

Mas, o produtor está também obrigado a informar as autoridades das medidas que resolva adotar sempre que constate que colocou no mercado produtos não seguros. Trata-se, por-

<sup>[26]</sup> Sobre o ponto, cf., novamente, CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, I.

<sup>[27]</sup> A hipótese de responsabilidade civil está prevista no artigo 8.º/5 Lei n.º 24/96. Trata-se de uma hipótese de responsabilidade pré-contratual ou contratual, consoante os casos, sempre que esteja em causa a violação de uma obrigação de informação pré-contratual ou contratual. Dúvidas colocam-se por referência ao caso particular de violação de uma obrigação de informação anónima, como aquela a que se refere o artigo 8.º/3 Lei n.º 24/96. Tendo em conta que lidamos com situações em que da violação da obrigação de informação pode resultar a lesão de um direito absoluto, mobiliza-se aqui o regime da responsabilidade extracontratual, colocando-se, apenas, o problema da imputação da lesão ao comportamento do sujeito. Esta responsabilidade não se confunde com a que analisaremos, *infra*, resultante da violação da obrigação geral de segurança propriamente dita.



tanto, de dois deveres absolutamente diferentes entre si. Se o primeiro tem como destinatários os consumidores, funcionando como um dever de informação anónima (situada antes de qualquer informação pré-contratual e contratual); o segundo tem como destinatários as autoridades do Estado e cumpre-se num momento posterior à entrada em circulação do produto. Liga-se, então, a uma ideia de acompanhamento do produto. Esta segunda obrigação (de natureza administrativa) de informação surge concretizada no artigo 8.º do mesmo diploma, estendendo-se, igualmente, ao distribuidor. Assim, se qualquer um dos dois tiver, em função da atividade profissional que leva a cabo, conhecimento de que um produto que colocou no mercado apresenta riscos para o consumidor, que sejam incompatíveis com a obrigação geral de segurança, ficam obrigados a comunicar de imediato tal facto à Direção Geral do Consumidor<sup>[28]</sup>. Tal comunicação deve conter as seguintes menções: identificação precisa do produto ou do lote do produto; descrição completa do risco que o produto encerra; informação completa e relevante para rastrear o produto; descrição das medidas adotadas para fazer face ao risco. O dever de informação do produtor (bem como do distribuidor) não cessa pela alegação do segredo profissional. De acordo com o artigo 8.º/4, uma vez que existe um dever de colaboração com as autoridades competentes, aqueles profissionais podem ter de fornecer, no prazo máximo de 5 dias (ou menos, em situações urgentes), todas as informações pertinentes que sejam solicitadas.

[28] Cf. Decreto Regulamentar 57/2007, de 27 de Abril (artigo 10.º: a DGC sucede nas atribuições do Instituto do Consumidor, que se extingue).

*c) Obrigação de acompanhamento do produto*

O produtor, nos termos do artigo 6.º/1/b) DL n.º 69/2005, deve adotar todas as medidas necessárias para, em função das características do produto, se informar sobre os riscos que o produto possa apresentar e para desencadear as ações que se revelarem adequadas, incluindo a retirada do produto do mercado, o aviso aos consumidores em termos adequados e eficazes ou a recolha do produto junto destes. Entre estas medidas contam-se, nos termos do artigo 6.º/3, a indicação, no produto ou na respetiva embalagem, da identidade e do endereço físico completo do produtor e do responsável pela colocação do produto no mercado, bem como das respetivas instruções de uso, das referências do produto, incluindo o nome, o modelo e o tipo, ou do lote de produtos a que pertence e, sempre que tal se revele adequado, a realização de ensaios por amostragem dos produtos ou do lote de produtos comercializados, bem como a informação aos distribuidores sobre o controlo desses produtos e seus resultados.

A recolha do produto, enquanto medida adequada, fica submetida a critérios de necessidade e subsidiariedade. Assim, ela deve ter lugar, nos termos do artigo 6.º/4, sempre que as outras ações não forem suficientes para fazer face aos riscos e nos casos em que o produtor considere necessário. Haverá também lugar a uma ação de recolha sempre que tal seja ordenado pelas entidades responsáveis pelo controlo do mercado. Ao mesmo tempo, nos termos do artigo 6.º/1/d), o produtor deve analisar e manter atualizado um registo de reclamações que possam surgir.



Já o artigo 3.º/2/b) DL n.º311/95 previa que o produtor tinha a obrigação de adotar todas as medidas apropriadas, em função das características do produto, que lhe permitissem manter-se informado sobre os riscos que o produto pudesse apresentar e desencadear as ações que se mostrassem adequadas, incluindo, se necessário e para evitar tais riscos, a retirada do produto do mercado. Entre estas medidas, contavam-se, por exemplo, a marcação do produto ou de lotes do produto que permita a sua identificação, a realização de ensaios por amostragem, a análise das queixas apresentadas, e a informação aos distribuidores sobre esse controlo.

### 3.3. O sistema RAPEX

Intimamente conexionado com a eventual obrigação de retirada do bem do mercado está o sistema de informações e alerta. Regulamentado nos artigos 16.º e s., o sistema vem dar resposta a uma imposição comunitária, nos termos da Diretiva 2001/95/CE. Nos termos do artigo 6.º da Diretiva, os Estados-membros devem garantir que os produtores e os distribuidores cumpram a obrigação geral de segurança e as obrigações que lhe andam associadas. Para tanto, deverão ser criadas ou designadas as autoridades competentes para a verificação da conformidade dos produtos com a obrigação geral de segurança. As autoridades criadas ou designadas para o efeito deverão estar munidas de poderes suficientes que lhes permitam levar a cabo as medidas especificadas no artigo 8.º da Diretiva. Além disso, a Diretiva criou, nos artigos 11.º e s., aquilo que é conhecido por sistema RA-

PEX (*rapid alert system for non-food dangerous products*)<sup>[29]</sup>. Com este sistema, visa-se garantir que os produtos perigosos sejam rapidamente retirados de circulação, prevenindo a consumação dos riscos que eles envolvem para os consumidores. Atualmente, participam no sistema a Comissão Europeia, todos os Estados-membros da União Europeia e os países da Associação Europeia do Comércio Livre (EFTA — *European Free Trade Association*), ou seja, a Noruega, o Liechtenstein e a Islândia. São trocadas informações relativamente aos produtos que colocam um risco para a saúde e a segurança dos consumidores, bem como relativamente às medidas adotadas para fazer face a esse risco. Sempre que um Estado-Membro adote medidas que restrinjam a colocação no mercado de produtos ou imponham a sua retirada ou recolha do mercado deve notificar a Comissão Europeia de tais medidas. Se o Estado-Membro notificante considerar que os efeitos do risco não transpõem ou não podem transpor o seu território, deverá proceder à notificação das medidas na medida em que estas incluam informações suscetíveis de interessar os Estados-Membros do ponto de vista da segurança dos produtos. Nos termos do artigo 12.º, sempre que um Estado-Membro adote ou decida adotar, recomendar ou acordar com produtores e distribuidores, a título voluntário ou compulsivo, medidas ou ações destinadas a impedir, limitar ou sujeitar a condições específicas a eventual comercialização ou utilização de produtos, no seu território, por motivo de risco grave, deverá notificar imediatamente a Comissão desse facto através do RAPEX. São então reportadas quer as medidas impostas pelas autoridades nacionais, quer as

[29] Cf. [http://ec.europa.eu/consumers/consumers\\_safety/safety\\_products/rapex/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumers_safety/safety_products/rapex/index_en.htm)



medidas adotadas voluntariamente pelos produtores e distribuidores. Ou seja, sempre que seja detetado um produto não alimentar perigoso a autoridade competente do Estado-membro alerta a Comissão Europeia. Esta, por seu turno, emite um alerta dirigido ao ponto de contacto em cada Estado-membro, que as transmite à autoridade de controlo do mercado, de modo a permitir a sua atuação. Posteriormente, informa a Comissão Europeia acerca das atuações das autoridades de controlo do mercado e dos agentes económicos. Todas as sextas-feiras, a Comissão Europeia publica uma lista de produtos que envolvem um sério risco, de acordo com o relatório dos diversos países. Este relatório semanal fornece informações acerca do produto, do risco que ele envolve e da medida adotada para o contornar. São também publicadas, atualmente, as notificações relativas aos produtos que envolvem um risco que não seja sério, bem como as notificações relativas a produtos profissionais e àqueles que colocam em risco outros interesses protegidos como a segurança e o ambiente. Foi também criado um sistema de troca de informação entre a União Europeia e a China (RAPEX-China)<sup>[30]</sup>.

### 3.4. A violação da obrigação geral de segurança

#### a) *A obrigação geral de segurança e a segunda modalidade de ilicitude extracontratual. Considerações gerais.*

A violação da obrigação geral de segurança dá lugar, como sublinhado anteriormente, a responsabilidade contraor-

<sup>[30]</sup> Em Portugal, o ponto de contacto é a Direção Geral do Consumidor.

denacional. Igualmente desencadear-se-á (ou poder-se-á desencadear) uma pretensão indemnizatória fundada em responsabilidade civil. Se tal é inegável, pela consciência de que a lesão juridicamente relevante a este nível afetará a segurança ou a saúde dos consumidores, haveremos de tentar saber em que medida podem ser as normas constantes do DL n.º69/2005 tidas como disposições legais de protecção de interesses alheios, a determinar a facilitação do preenchimento da responsabilidade civil nos termos do artigo 483.º CC, por se desvelar a ilicitude por via da sua segunda modalidade.

O modelo de responsabilidade civil consagrado em Portugal prevê três modalidades de ilicitude, que funcionam como filtro objetivo de selecção das pretensões indemnizatórias procedentes. Na falta de violação de um direito absoluto e perante o carácter excepcional do abuso do direito, entende-se por que razão pode ser tão importante a mobilização de uma disposição legal de protecção de interesses alheios no quadro da tentativa de ressarcimento dos prejuízos causados por uma conduta violadora de interesses dos consumidores. É que, sempre que esteja em causa a pura preterição de interesses económicos, será esta a única via de alicerçar. Além disso, a desvelação da ilicitude por esta via terá impacto em sede de articulação dogmática dos diversos pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória.

Torna-se, por isso, mister compreender o que são e como podem funcionar a este nível as disposições legais de protecção de interesses alheios.



A aparente simplicidade enunciativa da segunda modalidade de de ilicitude extracontratual — “violação de disposições legais de protecção de interesses alheios” — é proporcionalmente inversa ao grau de complexidade que a sua mobilização em concreto acarreta<sup>[31]</sup>. E se a dúvida que se podia concitar em alguns espíritos acerca da bondade de autonomização dela por referência à violação de direitos absolutos se esvanece pelo rememorar da lição de Ihering e do seu acolhimento por Guilherme Moreira, dado que, ao privilegiar a separação estanque entre culpa e ilicitude, tinha de ser garantida a sindicância autonomizada da segunda, tornando-se imperioso, fora do quadro dos direitos absolutos, encontrar uma norma que viesse tutelar determinados interesses, nem por isso os problemas prático-normativos que daí resultam são eliminados<sup>[32]</sup>.

Desde logo é o alcance de *disposição legal* a ser posto em causa. Pois que, se no tempo da sua emergência, os ares do po-

[31] A propósito da importância prático-normativa da consagração desta segunda modalidade de ilicitude, dicotomizando o domínio pessoal do domínio patrimonial, cf. VAZ SERRA, “Requisitos da responsabilidade civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º92, 94-95; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, informações e recomendações*, Almedina, Coimbra, 1989, 237 s. Mais recentemente, cf., com amplo desenvolvimento, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009. Na doutrina portuguesa, acerca desta modalidade de ilicitude delitual, vide, igualmente, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2003, 540 s.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 488 s.

[32] A diferença entre o parágrafo I e II do § 823 BGB ou entre a primeira e a segunda modalidade de ilícito em Portugal esbateu-se no momento em que os bens da personalidade passaram a ser entendidos como direitos subjetivos. Neste sentido, cf., entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 237 e VAZ SERRA, “Requisitos”, 94 s.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e per-*

sitivismo poderiam tornar líquida a resposta — no sentido da sua identificação com uma norma legal *tout court* —, hodiernamente, a recusa fundada de identificação do direito com a mera legalidade formal, o reconhecimento da índole constitutiva da tarefa judicativa e a obliteração do carácter injuntivo do cânone metodológico consagrado nos artigos iniciais do Código Civil legitimam a pergunta: interpretar-se-á ou não o segmento do artigo 483.º CC no sentido de nele integrar as *normas* de raiz jurisprudencial<sup>[33]</sup>? Erigida em modalidade charneira da responsabi-

.....  
*sonalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncípia, 2013, 586.

[33] No sentido de considerar que em causa estão apenas as leis enquanto fonte de direito definida no artigo 1.º, n.º2 do CC, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 246. Admite, porém, que o conceito seja entendido em termos materiais. Assim, em causa estaria não só a lei em sentido próprio (emanada da Assembleia da República), mas todos os restantes atos legislativos e regulamentares. Essencial é que ela provenha de um órgão estadual. Sinde Monteiro, colhendo a lição germânica, apresenta os outros elementos essenciais da qualificação de uma norma como disposição legal de proteção de interesses alheios: 1) tem de proibir um determinado comportamento, acantonando-se aí a nota de ilicitude que se pretende desvelar, razão pela qual não podem ser consideradas para o efeito as normas que estabelecem nulidades de determinados atos (cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 247 e n. 225); 2) tem de visar proteger interesses alheios, isto é, tem de dirigir à tutela de uma pessoa ou círculo de pessoas, não sendo suficiente que tenha por objetivo a protecção da coletividade em geral (cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249); 3) importa que a norma vise a protecção daquela pessoa contra aquela espécie de danos e contra aquele modo de lesão (aquele tipo de perigos) [cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249 e n. 234.

Não respondendo diretamente à questão, mas indiciando uma solução positiva, pela recusa de autonomização do abuso do direito como modalidade de ilicitude delitual, cf. CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 205, n. 504. O autor considera ser o artigo 334.º CC uma norma de protecção de interesses alheios. Ora, o carácter aberto do preceito, a impor



lidade, a violação de direitos absolutos assume-se como pórtico de entrada do instituto, identificando-o, as mais das vezes, por antonomásia. Seria, por isso, estranho que se invertesse a arquitetura consagrada, pela abertura desmedida da cláusula delitual, a permitir uma ampla tutela do património<sup>[34]</sup>, pelo que se impõe a adoção de critérios de circunscrição da relevância da violação das disposições legais de proteção de interesses alheios. Em causa terá de estar a violação de uma norma legal, isto é, pro-

.....  
a sua redensificação em sede judicial, implica que seja o julgador a, em face das exigências do caso concreto, descobrir o dever de conduta concretamente violado. Em causa, portanto, a dilemática questão de saber se os deveres de prevenção do perigo se reconduzem à primeira modalidade de ilicitude, à segunda modalidade ou se se podem autonomizar das previsões do § 823 BGB (correspondente ao nosso artigo 483.ºCC).

Na doutrina estrangeira, entre outros, para a especificação do conceito de disposição legal de proteção de interesses alheios, cf. RÜMELIN, ““Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, 186 s.; ROBERT KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz um Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, 697-702; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s; HEINRICH DÖRNER, “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, 1987, 522 s.

[34] Cf., no mesmo sentido, *inter alia*, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 49 s. Canaris mostra-se, por isso, muito restritivo na qualificação das normas que podem aceder à qualificação de disposições de proteção. Sobre o ponto, em sentido tendencialmente concordante, veja-se, entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253. Em sentido contrário, apresentando razões para a não circunscrição das normas de proteção às normas penais, veja-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 429. Cf., igualmente, pág. 418 (questionando se, para além da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as normas constitucionais podem ser utilizadas como disposições de proteção) e pág. 377 (onde se coloca o problema de saber se as normas internacionais e as normas comunitárias podem valer como tal).

veniente de um órgão estadual, posto que a legitimidade para edificar a referida proteção de certos interesses, ainda que não tutelados por via da atribuição ou reconhecimento de um direito subjetivo, reside no poder legislativo. Por outro lado, essa norma legal tem de proteger determinados interesses alheios, não bastando que vise a tutela de meros interesses gerais ou coletivos. Não quer isto dizer que a proteção desses interesses genéricos não possa integrar-se na teleologia da norma. Significa sim que esta deve integrar especificamente a tutela dos interesses alheios (de uma pessoa ou grupo particular de pessoas) entre os seus fins. Mais do que isso, a norma deve proteger — proibindo ou impondo um comportamento — contra um especial risco (contra um determinado dano infligido de um certo modo). Afirma Brügge-meier que importa saber se a norma tem ou não em vista a proteção de outros. Neste contexto, a tradicional fórmula, segundo a qual se impõe que a norma proteja não só a coletividade, mas também erija a proteção de uma pessoa ou grupo de pessoas, é uma tautologia. O problema passa por saber como determinar a finalidade da norma, abrindo-se dois caminhos: a) saber se a norma também prossegue a proteção de um interesse individual; b) saber se a proteção jurídica delitual desses interesses privados se justifica. Nesta medida, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual a norma edificava a sua proteção — *modaler Schutzbereich*)<sup>[35]</sup>. A desvelação da segunda modalidade de ilicitude depende da

.....  
<sup>[35]</sup> GERT BÜGGERMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 537 s.



assimilação do âmbito de relevância concreto do caso pelo âmbito de relevância hipotético, teleologicamente compreendido, de uma norma primária ordenadora de condutas, pelo que a imputação assim vazada transpira essa dependência e apresenta um recorte específico. Na verdade, a insuficiência do resultado para justificar a reação do ordenamento faz impender sobre a conduta o peso acrescido de ancoragem da imputação que se estabelece. E, exatamente por isso, ela apresenta uma concreitude — própria da proibição normativa que foi posta em causa — que não pode deixar incólumes as soluções ensaiadas aquando da mobilização do sistema à luz das especificidades do caso concreto. Com a desvelação da ilicitude por via da violação de uma disposição legal de proteção de interesses alheios, antecipa-se a tutela delitual, segundo a lição da doutrina.

Sublinha Sinde Monteiro que "a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos"<sup>[36]</sup>. O alcance exato da afirmação só pode, contudo, ser logradamente apreendido se e quando tivermos em conta a estrutura da norma violada, reforçando-se a nota de dependência a que já fizemos alusão. Haveria como que uma antecipação da tutela. Tal antecipação equivaleria a uma antecipação do juízo de culpa, que apenas tem de se referir à violação da

---

[36] Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonderer Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 445.

Cf., nota de rodapé seguinte.

norma<sup>[37]</sup>. Por outro lado, a violação da norma implica, segundo

.....  
<sup>[37]</sup> Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 445; CHRISTIAN VON BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela.

Em sentido diverso, cf. HANS STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968, 22 e ss. O Autor considera que o § 823 II BGB não se esgota na violação da norma, sustentando que a culpa também se deve referir ao interesse violado, uma vez que, se assim não fosse, o risco de responsabilidade tornar-se-ia tanto maior quanto mais geral e abstrata fosse a norma que preconiza uma proibição de pôr em perigo. Rejeitando o princípio geral de que, quanto mais abstrata seja a norma, mais severa deve ser a responsabilidade, cf. SINDE MONTEIRO, „Seguro automóvel“, para o que acaba por não prescindir totalmente do juízo de adequação a este nível.

De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 914 s.

Veja-se, ainda, LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 3/4, 1950, 206 s., 215, considera que a culpa/previsibilidade tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas não em relação aos danos subsequentes; VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Gel-



.....

tendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen", *Deutsches Autorecht* 70, 283 s., 290, sustenta que a culpa não tem de estar referida à direta lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo; TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 217, sublinha que, ao nível da responsabilidade por culpa, esta não tem de se referir à direta violação do bem jurídico, mas à criação da fonte de perigo.

Entre nós, cf., a este propósito, VAZ SERRA, "Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º84, Março 1959., 31, defendendo que o agente deve ter previsto o primeiro resultado contrário ao direito; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 (considerando que a culpa se deve referir à ofensa dos direitos e não apenas à infração do dever, como acontece na segunda modalidade de ilicitude, mas admitindo que tal não implica uma diferença de monta, já que é difícil conceber uma violação culposa de um dever no tráfego que conduza a uma lesão não culposa de direitos absolutos, exceto se eles fossem estabelecidos de forma abstrata).

Com isto acabamos por ser confrontados com outras nervuras problemáticas. Elas alimentam-se, sobretudo, por uma preocupação de coerência intrassistemática. A segunda modalidade de ilicitude: a) serve para ampliar o leque de bens jurídicos/interesses tutelados por via delitual; b) antecipa a tutela dos bens jurídicos protegidos ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Um dos índices dessa antecipação passa pela referência da culpa, não ao resultado lesivo, mas à violação normativa. Não implicará a interpretação expendida a introdução de um fator de perturbação na medida em que se torna mais difícil a perceção da mais-valia das normas de proteção de interesses alheios? Não cremos que assim seja. Desde logo, há que perguntar "por que razão é que a antecipação da tutela ocorre por referência a interesses menos valiosos e não existe sempre que esteja em causa a violação de direitos absolutos"? Se a justificação pode passar pela intencionalidade que presidiu à edificação de um modelo delitual assente na estrutura iheringiana, bem como pela perceção da existência de comunidades de risco estabilizadas que determinam a intervenção do legislador, pronta a ser aproveitada em sede aquiliana, então perceberemos que, inexistindo uma disposição legal de proteção de interesses alheios, deixa de se presumir a esfera de risco/responsabilidade, que há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao

a posição de alguns autores, uma presunção de culpa<sup>[38]</sup>. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade<sup>[39]</sup>. Prescindir-se-ia a este nível da ideia de adequação e da ideia de

contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. Com isto podemos dizer que a culpa se refere ao resultado. Trata-se contudo do resultado imediatamente verificado e não daqueles danos subsequentes que, se forem também danos-lesão, colocarão problemas ao nível da própria imputação.

<sup>[38]</sup> A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os Autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do ónus *probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples.

Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. Dando conta da divergência, vide, também, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 728.

Cf., a este propósito, HANS STOLL, "Haftungsverlagerung durch beweismittelrechtliche Mittel", *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, 145-196, em especial 179. O autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa e de causalidade ao nível da violação de normas de protecção tendo em conta a estrutura e o conteúdo multiformes de tais prescrições legislativas. Em regra, poder-se-á falar de uma alteração do ónus *probandi* ao nível das normas de pôr em perigo abstrato.

<sup>[39]</sup> ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 689. Diz-nos a autora que "(...) [a] característica da ilicitude assente na própria ação e não num resultado determinado, designadamente a lesão de um bem jurídico determinado, implica consequências ao nível do nexos de causalidade. Com efeito, a causalidade tem de ser equacionada no contexto de normas de pôr em perigo".

LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 433. Salientam os autores, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, que importa que a pessoa lesada figure entre as que são protegidas pela pretensão indemnizatória. E além disso importa que o interesse seja tutelado pela norma. Há que saber, em concreto, se o risco específico nesta previsto se verificou. Mas, contrariamente ao entendimento do BGH, não se trata de uma questão de causalidade. Na verdade, segundo os insígnis juristas, não questionamos aí se a violação da norma foi causal, já que o que tem de ser causal é a conduta do lesante em relação ao dano. A violação da norma diz respeito à *Tatbestandsmäßigkeit* e à *Rechtswidrigkeit*, só sendo relevante a esse ensejo; já a causalidade representa uma conexão entre a conduta e o dano.

Veja-se, ainda, ERICH SCHICKEDANZ, "Schutzwecklehre und Adäquanztheorie", *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang, 1. Halbband, 1971, 917 s.



probabilidade que lhe anda associado, porque o que revelaria seria saber se o dano se inscreve ou não entre aqueles que a norma visava obliterar.

Estas ideias não devem, contudo, ser sobrevalorizadas.

Para o perceber, tenhamos em conta algumas ideias: em primeiro lugar, há que ter presente o ponto de referência da culpa no quadro da primeira modalidade de ilicitude; em segundo lugar, não se pode ignorar os mais recentes desenvolvimentos doutrinários a propósito da causalidade. Ao afastarem-nos da ideia de probabilidade e ao apontarem-nos para uma perspetiva imputacional assente na edificação de uma esfera de risco/responsabilidade que dialoga com outras esferas de risco/responsabilidade, acabamos por encontrar uma resposta diversa para o problema do ónus probatório, com a qual nos aproximamos, apesar de centrados noutros fundamentos, da flexibilização que era conseguida exclusivamente por via da segunda modalidade de ilicitude<sup>[40]</sup>.

A grande mais-valia da segunda modalidade de ilicitude parece, portanto, encontrar-se no alargamento dos bens jurídicos que podem ser tutelados ao nível extracontratual.

Os autores questionam se a segunda modalidade de ilicitude se limita a antecipar a reforçar a tutela que é dispensada aos bens jurídicos tutelados ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude ou se verifica, de facto, um alargamento dos interesses mercedores de proteção. A questão foi colocada sobretudo

.....  
<sup>[40]</sup> Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. V.

na Alemanha, a propósito da relação entre o § 823 I e o § 823 II BGB, mas deve ser ponderada entre nós, atenta a similitude dos modelos aquilianos com que estamos a operar.

Ora, a nossa resposta não pode ser senão a de que — para além de antecipar e reforçar a tutela, compreendida nos moldes atrás enunciados — há um efetivo alargamento do leque de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Contra o que sustentam alguns autores<sup>[41]</sup>, não tem de haver uma coincidência entre os interesses aqui intencionados e os bens jurídicos protegidos, *ex via direito absoluto*, ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude. O segmento em apreço do artigo 483.º, n.º1 CC — embora de forma prudente que impele à contemplação da conduta e não apenas do resultado — é de molde a alargar o espetro dos valores tutelados delitualmente. De outro modo, tornar-se-ia incompreensível — se bem que não despicienda — a bifurcação criteriológica<sup>[42]</sup>. O que não significa, porém, que não

---

[41] Assim, cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 376 s., considerado que o § 823 II não acrescenta nada ao § 823 I BGB, sendo o seu alcance meramente subjetivo, ou seja, ele só teria relevo em sede de determinação da culpa que se passa a referir à norma violada e não ao resultado. Para ele, não é bastante a violação culposa da norma de proteção, sendo necessário que o resultado lesivo implique a preterição de um dos bens jurídicos previstos no § 823 I BGB.

[42] Assim, na Alemanha, o § 823 I serviria para tutelar direitos e bens jurídicos com eficácia *erga omnes*, enquanto o § 823 II se destinaria à proteção de interesses.

Sobre o ponto, cf., igualmente, CANARIS, "Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten", 49 s., considerando que o § 823 II BGB cumpre uma dupla função: complemento e concretização da primeira modalidade de ilicitude; alargamento da tutela nos delitos de perigo abstrato. Caso a disposição legal de proteção de interesses alheios vise tutelar um dos bens elencados no § 823 I BGB, ela fun-



possa haver uma coincidência entre eles<sup>[43]</sup>. Pensemos na norma que proíbe a circulação automóvel a uma velocidade superior a 120 km/h para evitar o perigo dos outros utentes da via. Estaríamos, aí, diante de uma concretização de determinados deveres

.....  
ciona como uma mera concretização da tutela; na hipótese inversa, o preceito aproxima-se do § 826 BGB.

Veja-se, ainda, WOLFHARD KOHTE, "Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, — BGH NJW 1987, 1818", *Jura*, 1988, Heft 3, 125 s., em especial 128 s., sublinhando a importância da segunda modalidade de ilicitude ao apresentar a sua dupla função: alargamento das hipóteses susceptíveis de ressarcimento; repercussão em sede processual.

[43] Importa, a este ensejo, referir que dialogam na doutrina duas posições acerca da concreta comunicação entre as duas modalidades de ilicitude. De um lado, encontramos os autores que, constatando a coincidência de bens jurídicos tutelados por uma e outra, sustentam que a segunda via de desvelação do ilícito não pode funcionar no sentido da limitação do âmbito de protecção conferido pela primeira. Nesse sentido, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 254 s.; NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, "O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002", *Cadernos de Direito Privado*, n.º12, Outubro/Dezembro, 2005, 13-20; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 561. De outro lado, estariam aqueles que sustentam que a norma de protecção positivaria uma ponderação entre interesses do lesante e do lesado pelo que qualquer conduta que, atentando bens jurídicos nela tutelados, não preenchesse o seu conteúdo impositivo e/ou proibitivo deveria ser considerada lícita. Cremos não ser sustentável o segundo entendimento posto em diálogo. Duas razões apontam claramente no sentido do seu afastamento: a) aceitá-lo implicaria um reconhecimento de que o estrato normativo ditaria a relevância jurídica dos comportamentos, independentemente das exigências de sentido comunicadas por cada caso, aproximando-nos perigosamente de uma lógica positivista nos termos da qual o que não é proibido é permitido; b) em contravenção com a própria ideia do domínio ou predomínio sistemático, inverter-se-ia a relação hierárquica entre as hipóteses delituais básicas plasmadas pelo legislador.

de cuidado<sup>[44]</sup>. A partir dela, tomada como exemplo, e imaginado que *B*, conduzindo a 180 km/h, colide com o veículo de *C*, ferindo-o gravemente, construímos duas hipóteses discursivas diversas, cada uma das quais centrada numa específica modalidade de ilicitude extracontratual<sup>[45]</sup>. No que à primeira tange, ela desvelar-se-ia pelo resultado lesivo, ou seja, pela violação do direito à integridade física. Essencial seria, contudo, e deixando por ora de lado o nexo de causalidade exigível (entendido, como deve ser, como nexo de imputação), que o lesado viesse provar a culpa do agente perpetrador do ilícito. Para tanto, entende-se ser a culpa um desvio na conduta que era exigível a um homem médio, traduzindo-se — na sua conformação básica da negligência — na preterição de um dever de cuidado, a pressupor a previsibilidade do dano e a exigibilidade de adoção de um comportamento diverso. E sustenta-se que a mesma deve ser referida à violação do direito de que se parte e não aos danos concretos em que a mesma se refrate (ou, de acordo com o modelo imputacional por nos desenhado a que já fizemos referência, à esfera de responsabilidade que se erige a partir de tal preterição)<sup>[46]</sup>. Já no âmbito de relevância da segunda modali-

.....  
<sup>[44]</sup> Nesse sentido, cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. Refere o autor que nestes casos não se alarga a protecção de bens jurídicos que já resultava da primeira modalidade de ilicitude.

<sup>[45]</sup> Circunscrevemo-nos às duas modalidades básicas de ilicitude previstas expressamente no artigo 483.º CC. Desconsidera-se, portanto, a possibilidade de entrar em cena a responsabilidade objetiva pelos danos causados por um veículo automóvel.

<sup>[46]</sup> Cf. . Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 914 s.



dade de ilicitude, algumas notas de dissenso haveriam de ser sublinhadas, pese embora as mesmas sejam amparadas por zonas de convergência. A ilicitude seria matizada já não pela violação da integridade física, mas pela quebra de uma norma legal de proteção de interesses alheios. Na sindicância dela, urgia, em primeiro lugar, num juízo interpretativo que se afigura essencial, indagar acerca da referida natureza da prescrição normativa mobilizada. Para tanto, há que ter em conta que a norma deve intentar a proteção de interesses particulares contra determinados perigos, na sua hipótese normativa tipificados. Ora, no caso concreto, parecem eles identificar-se, a par do interesse público na segurança rodoviária, com os interesses na incolumidade da integridade física e propriedade dos utentes estradais. A norma vem tutelar uma zona específica do bem jurídico objeto de proteção pelo direito absoluto cuja violação tinha sido denotada ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude delitual. Ou melhor, a disposição legal vem estabilizar um modo de evicção daquela posição subjetiva eficaz *erga omnes* que, exatamente por o ser, já era protegida em termos gerais. Há que, portanto, procurar a mais-valia da sobreposição denotada. Dir-se-á, como já se disse, que a culpa se refere exclusivamente à violação da norma, não tendo de ser previsível o resultado. Só que, como bem nota Sinde Monteiro, não há aqui grande divergência em termos práticos, dado que “quem tem de prever o perigo concreto tem sempre de contar com a realização do resultado”<sup>[47]</sup>. Passaria, então, para o insigne civilista, a apurada compreensão

[47] Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239.

do sistema pela dicotomização entre os delitos de perigo concreto e de perigo abstrato, posto que, nos segundos, “nem sequer é necessário que seja previsível a ocorrência de um dano”, correspondendo a divisória à distinção entre as disposições de proteção em sentido amplo e em sentido estrito<sup>[48]</sup>. Com o que também não se agigantariam as consequências práctico-normativas, dado que não só a existência de qualquer dessas normas não conduz à redução do âmbito de proteção, mas tão-só ao seu alargamento<sup>[49]</sup>, como a estabilização legislativa de um comportamento tido por perigoso torna difícil a afirmação da não

<sup>[48]</sup> Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 240. A distinção, neste quadro, não é, porém, exclusiva do pensamento do civilista português (para quem só as normas de perigo abstrato são normas de protecção *stricto sensu*). Encontramo-la, também, *inter alia*, em VON BAR, *Verkehrspflichten*, 286-287

Note-se que, para Sinde Monteiro, a generalidade das normas do código penal, na medida em que protegem bens jurídicos coincidentes com os que, ao nível do direito civil, são tutelados por via de direitos absolutos, não seriam verdadeiras disposições de proteção em sentido estrito (a sua importância ficaria, pois, limitada ao facto de estabelecerem uma proibição de pôr em perigo concreto).

Quanto ao ponto, cf., ainda, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 344 e ss., incluindo na categoria as normas destinadas a proteger interesses pessoais como a vida, a honra, as normas de direito privado que tenham como intenção evitar violações de direitos e normas que, protegendo a coletividade, incluem a tutela do lesado; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 241 e ss.;

Veja-se, também, entre nós, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 221, considerando que o § 823 II BGB só consegue atingir um campo de aplicação autónomo quando recorre a normas de conduta abstratas, como, por exemplo, a que proíbe circular a mais de 50 km/h dentro das localidades.

Sublinhe-se, por isso, em abono do rigor, e na sequência do que ficou dito nesta nota que, não obstante o que dizemos em texto, o exemplo de que partimos neste pequeno excurso reporta-se a uma proibição de pôr em perigo abstrato.

<sup>[49]</sup> Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 241-242.



cognoscibilidade do resultado pelo lesante. Haveria para Sinde Monteiro um adiantamento da responsabilidade sempre que em causa estivesse a proibição de um pôr em perigo abstrato. Elas incluiriam “também justamente a falta de cognoscibilidade de um concreto pôr em perigo nas suas considerações de proteção e impedem por isso o agente de invocar a falta de cognoscibilidade desse concreto pôr em perigo”<sup>[50]</sup>. No que nos diz respeito, cremos não haver aí uma dessintonia latente. Na verdade, pode o agente, com o seu comportamento, apenas prever a violação da norma delitual, mas, ao fazê-lo, e porque a negligência se basta com a previsibilidade de um homem médio, não impondo que o agente tenha, de facto, previsto o resultado, não pode deixar de reconhecer a possibilidade de aquele sobrevir. Os delitos de perigo abstrato caracterizam-se pela inexigibilidade de verificação de um resultado. Mas, na mobilização civilística que destas normas se faça, porque consumada à luz das exigências que o caso, inteligido dialeticamente de acordo com um sistema privatístico que se pressupõe, parece esbater-se a anunciada diferença. Em apreço, verdadeiramente, estaria a previsão, pelo legislador, de um comportamento perigoso e suscetível de pôr em causa determinados interesses polarizados num grupo delimitado de sujeitos particulares. Se em determinadas situações se basta com a censura dirigida à conduta, antecipando a proteção, noutras, exige-se um resultado, ainda que seja um puro pôr em perigo. Este, incorporado no âmbito normativo, faria parte do tipo, pelo que a norma vertida em disposição de proteção, uma

[50] Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 244.

vez violada, obviamente o incorporaria e, havendo culpa referida à preterição dela, o próprio resultado seria tido como culposo. Ou seja, violada a norma, o perigo concreto não pode deixar de ser reconhecido pelo agente. Outra seria a impostação do problema no caso de um pôr em perigo abstrato.

Uma linha divisória, aos nossos olhos, se impõe. Aquela que coloca, de um lado da fronteira, as disposições de proteção de interesses alheios distintos dos direitos subjetivos e, do outro, as que intentem tutelar interesses confluentes com essas posições dotadas de eficácia *erga omnes*<sup>[51]</sup>.

O legislador consagra, no artigo 483.º CC, a possibilidade de se desvelar a ilicitude extracontratual por via da violação de dis-

.....  
<sup>[51]</sup> Sobre o ponto, veja-se, igualmente, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 618 s. A autora fala de dois núcleos distintos de normas de protecção: a) normas que se localizam no âmago de protecção dos direitos subjetivos, como seu complemento ou concretização, de que é exemplo a norma que proíbe a condução de veículos automóveis a uma velocidade superior a 50km/h nas localidades (teriam como vantagem o alargamento da ilicitude e do âmbito de protecção, permitindo um mais fácil preenchimento dos pressupostos da imputação delitual. Assim, segundo testemunha a autora, em consonância com a posição de outros juristas já por nós citados, a ilicitude cingir-se-ia à violação da norma, não ficando dependente da lesão do direito subjetivo, pelo que abrangeria o perigo de lesão do bem jurídico protegido — cf. p. 619; a culpa verter-se-ia num juízo de censura sobre aquela; a causalidade implica aferir se o resultado danoso se produziu no círculo de protecção da norma); b) normas que não se inserem no âmbito da protecção dos direitos subjetivos, mas permitem autonomizar a tutela de outros interesses.

Cf., ainda, quanto ao ponto, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção*, 163 s. A autora, procurando esclarecer qual o ponto de referência da culpa ao nível da segunda modalidade de ilicitude e atendo-se à análise da evolução doutrinal germânica na matéria, vem dizer que, „segundo a posição corrente, interessam só a previsibilidade e a evitabilidade do comportamento contrário à



posições legais de proteção de interesses alheios. Saber o que elas são é matéria controversa, deixada ao labor jurisprudencial e doutrinal. Duas notas parecem, no entanto, prestimosas na orientação dessa tarefa. De um lado, a referência inolvidável ao carácter legal da disposição que se pretere; do outro, a proteção de interesses alheios, a chamar a atenção para a noção de interesse legalmente protegido que com o direito subjetivo estabelece uma relação de complementaridade e não de identidade, não havendo uma perfeita sinonímia, pois que a tutela erigida pelo segmento primeiro do artigo 483.º circunscreve-se aos direitos absolutos, enquanto aqui — nesta segunda modalidade de ilícito — se haverá de dar abertura à relatividade dos direitos dotados de eficácia *inter partes*. O legislador estabelecerá uma conduta proibida, a qual é erigida, embora não exclusivamente, para salvaguarda de interesses particulares. Para cumprir tal intenção prescritiva, pode optar por uma de duas vias. Considerar uma conduta proscrita, pela sua especial perigosidade, ou considerar que ela só deve ser considerada ilícita — independentemente do nicho dogmático em que se esteja mergulhado — quando haja um concreto pôr em perigo de determinados interesses. Neste caso, ao conside-

norma por o § 823 II não se referir a um resultado ilícito. Isto é equívoco na medida em que muitos tipos legais de muitas normas de referência pressupõem um resultado ou pelo menos um resultado de colocação em perigo. A culpa tem de se referir ao tipo legal, o que significa que o ponto de referência da culpa é a ilicitude. Em delitos de perigo abstracto, a culpa é de pressupor só em relação ao comportamento. O tipo legal não exige mais. Em sentido diferente, uma posição exige igualmente que a culpa abranja a violação dos interesses que fundamentam a responsabilidade. Esta solução equipara os pressupostos da culpa do § 823 I e II BGB. A responsabilidade não se estendem a todas as consequências possíveis, mas só àquelas que resultam da violação do interesse imediatamente protegido".

rarmos que a culpa se refere à violação da norma, estamos, no fundo, a dizer que a culpa se há-de referir também a essa concreta colocação em risco, pelo que nenhuma dessintonia existe em relação à primeira modalidade de ilicitude delitual. Na primeira hipótese, o preenchimento da norma não envolve a previsão do resultado danoso. Mas não será legítimo que o homem medianamente sensato, prudente, razoável possa vir dizer que não previu o resultado danoso na situação concreta. Pois que, ao ser cristalizada a conduta por via normativa, tal implica que ela seja informada por um potencial danoso que tolhe a justificação aduzida. Há uma antecipação da proteção, é certo, mas estamos em crer que ela não se projeta, em termos práticos, na exigência ou não de previsibilidade do resultado, dado ser esta implícita. Supomos antes que ela se agigantará naqueloutro problema da repartição do ónus da prova, pelo que, afinal, as duas questões, não sendo uma só, apresentam uma conexão estreita. Mais se diga que, a partir do momento em que o interesse protegido vem a desembocar num direito subjetivo absoluto, a segunda modalidade de ilicitude de que se fala passa a só ter interesse em matéria de determinação da forma de imputação. Posto isto, e no seguimento do que anteriormente tínhamos dito, sempre que assim seja não há propriamente uma autonomia valorativa da preterição normativa, mas uma diversa ordenação dos pressupostos de imposição de uma pretensão indemnizatória. Com as disposições em causa a transverterem-se em normas fixadoras de deveres de precaução. Retomemos, então, o problema da obrigação geral de segurança. Atentos os interesses por ela protegidos podemos extrair uma conclusão: os interesses tutelados coincidirem com o objeto de



direitos dotados de eficácia *erga omnes* — trata-se da saúde e da segurança dos consumidores. Ora, porque os interesses objeto de tutela coincidem com direitos absolutos, e porque, também fundadamente, concluímos que uma perspetiva imputacional de compreensão do fenómeno delitual não afasta, em termos de articulação dogmática dos requisitos, irreconciliavelmente a primeira e a segunda modalidades de ilicitude, sempre haveremos de concluir que a presença das normas que impõem a obrigação geral de segurança nos serve como auxiliar da determinação de uma esfera de risco/responsabilidade que se erige a partir do momento em que o produtor coloca no mercado um produto não seguro<sup>[52]</sup>.

A *priori*, fica comprovada a preterição de deveres de cuidado, a partir dos quais podemos — ligando-a a uma ideia de cognoscibilidade e de exigibilidade — fundar um juízo de censura ético-jurídica (culpa); e alicerçar um juízo de imputação objetiva que pretende ligar a lesão verificada ao comportamento do produtor<sup>[53]</sup>.

---

[52] No fundo, comprovamos com base num nicho problemático concreto, a ideia já anteriormente aflorada de que não se devem sobrevalorizar em termos dogmáticos as diferenças entre a primeira e a segunda modalidades de ilicitude, a partir do momento em que o fenómeno delitual é compreendido em termos personalísticos e imputacionais. A grande vantagem da consagração legal de uma obrigação geral de segurança, a este nível, é, portanto, o de se estabilizarem a *priori* deveres de cuidado que, em regra, apenas emergem em concreto. Donde, a questão, porque os interesses tutelados são também objeto de direitos absolutos, ultrapassa a inserção na primeira ou na segunda modalidade de ilícito.

[53] Para maiores desenvolvimentos, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipe, 2013; *Responsabilidade civil extracontratual: novas*

b) *A obrigação geral de segurança e a questão da dificuldade de identificação do lesante*

Não raras são as situações que, emergindo na realidade, têm suscitados problemas acrescidos no tocante à identificação do lesante em virtude da fungibilidade do bem que diretamente causa a lesão. Em apreço estão todas aquelas situações que, nos ordenamentos de inspiração estadunidense, deram origem à formulação da teoria da *market-share liability* e, entre nós, conduzem à problematização da causalidade alternativa incerta, podendo explicar-se em poucas palavras: ao longo dos tempos, diversas pessoas sofrem danos por virtude da utilização de um determinado bem obtido no mercado. Simplesmente, sendo certo que a lesão resulta do consumo daquele bem, não se consegue identificar o autor da lesão, por existirem diversos produtores e por o bem ser caracterizado pela sua fungibilidade.

Perante um cenário como este — que aqui não consideraremos autonomamente, por extravasar o nosso âmbito de análise —, a obrigação geral de segurança terá pouco a ditar como auxiliar de desvelação dos pressupostos delituais. Mas sempre se poderá considerar que a obrigação de acompanhamento do produto — dela subsidiária —, a impor os deveres consagrados no artigo 6.º/3

.....  
*perspetivas em matéria de nexos de causalidade*, Princípia, 2014; *Lições de responsabilidade civil*, Princípia, 2017.

Haveria, posteriormente, que analisar os diversos critérios de imputação objetiva e cotejar esta esfera de risco com outras esferas de risco para concluir acerca da efetiva imputação e imposição da responsabilidade.



DL n.º69/2005, poderá facilitar a identificação do produtor cujo bem se adquiriu e consumiu.

Refira-se, porém, que este é um efeito meramente lateral — sem impacto na mobilização dogmática dos pressupostos delituais — da obrigação geral de segurança, o que, não obstante, não impede que seja sublinhado.

Refira-se, ainda, que em nada este dado altera, dogmaticamente, a impositão dos problemas em sede de responsabilidade: não é uma solução prático-normativa justa que se obtém por esta via, mas uma constatação da mais-valia que a obrigação de acompanhamento do produto pode ter, quando cumprida, para além da salvaguarda imediata dos bens jurídicos que intenta proteger.

*c) A obrigação geral de segurança e a imputação nos casos de danos causados por um consumidor a terceiro*

Aqui chegados, impõe-se uma reflexão sobre um aspeto particularmente dilemático da dogmática civilística. Falamos daquelas situações em que, através da utilização de um produto posto no mercado, um consumidor — ao qual ele se destinava — causa danos a terceiros, colocando-se o problema de saber se o produtor pode ser por eles responsabilizado. Repare-se que é por referência a nichos problemáticos como este que as maiores dificuldades se fazem sentir. Na verdade, parece ser relativamente pacífico que, se um consumidor sofre um dano na sua saúde ou se a sua segurança é afetada, por ter consumido ou utilizado um de-

terminado produto que foi colocado no mercado em desrespeito pelas regras de segurança impostas, o produtor terá de responder pelos danos que se liguem funcionalmente a essa lesão: em todos esses casos, a lesão do direito subjetivo absoluto pode reconduzir-se a uma esfera de risco/responsabilidade que foi edificada a partir do momento em que a colocação do produto no mercado não corresponde aos níveis de segurança exigidos<sup>[54]</sup>. Porém, o que está aqui em causa é mais amplo e mais complexo: um determinado produtor coloca um produto no mercado e, não tendo as características que faria dele um produto seguro, é utilizado por um consumidor contra outro, que sai lesado.

---

[54] Exigir-se-á, apenas, que haja cognoscibilidade da esfera de risco que se assume, donde se afastará a responsabilidade sempre que, no momento da colocação do produto no mercado, o produtor estava convencido não culposamente, de acordo com um juízo de razoabilidade, que ele não apresentava quaisquer riscos para a saúde e a segurança dos consumidores. Nessa medida, Cassiano dos Santos afirma (cf. *supra*) que, funcionando a presunção do artigo 4.º/2, deixa de ser possível a afirmação da responsabilidade civil. Note-se, porém, que, se posteriormente o produto se revelar perigoso para a saúde ou a segurança dos consumidores, não só se deve adotar as medidas necessárias para se restringir a sua comercialização ou ordenar a sua recolha ou retirada do mercado (artigo 4.º/4), como, a não serem cumpridas essas obrigações, pode recrudescer a responsabilidade que, previamente, tinha sido afastada.

A recondução é, desde logo, possível porque a lesão é uma daquelas que possivelmente (e não provavelmente) teria sido evitada com o cumprimento do dever. Posteriormente, exige-se o cotejo com outras esferas de risco.

Particularmente interessante a este nível é, de facto, a ponderação das diversas esferas de responsabilidade que comunicam com a esfera de risco do produtor — a disciplina da obrigação geral de segurança remete-nos para esse cotejo, ao afastar da responsabilidade todo o produtor que se confronte com a produção de danos que resultem de um uso não normal e não previsível do produto por parte do consumidor a que ele se destinava.



A questão foi colocada, longe da problematização da obrigação geral de segurança, a propósito dos danos causados por armas de fogo que foram colocadas no mercado por produtores — pode um produtor de armas ser responsável pelo homicídio que com ela se venha a praticar<sup>[55]</sup>? — e esteve na base da distinção feita pelos civilistas entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta. No fundo, os autores constataram que, por referência a situações como esta, a ilicitude deveria colimar-se na conduta e não no resultado ou, e dito de outro modo, "a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado"<sup>[56]</sup>. Não concordamos com a resposta a que chegaram. Pelo contrário, continuamos a entender que a ilicitude se desvela, no tocante à primeira modalidade prevista no

.....

[55] Cf. MIREIA ARTIGOT I GOLOBARDES, "City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A. Corp. et al. Análisis de los litigios contra los fabricantes de armas de fuego en los Estados Unidos", *Indret*, 4/2003, [www.indret.com](http://www.indret.com), em especial 11 e n. 43, onde se referem os especiais problemas que as hipóteses práctico-normativas em apreço suscitam a propósito da causalidade. Saliente-se que as dificuldades aí patenteadas levaram os juristas norte-americanos a questionar a plausibilidade da chamada à colação daquilo que vai conhecido por *public nuisance*. Trata-se, nas palavras do autor, de uma alteração da ordem pública por via de um determinado comportamento, a levantar o problema da viabilidade de obter o ressarcimento dos danos a que aquele — gerando um perigo para a comunidade em geral — conduziu.

[56] Cf. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos*, 300, acrescentando que "não age ilicitamente quem atua no âmbito da adequação social". Veja-se, sobre o ponto, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonderer Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 365, criticando a ideia segundo a qual a ilicitude deve partir da violação de uma norma especial.

Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, 2017.

artigo 483.º CC, pelo resultado, por diversos motivos (que se prendem com a necessidade de manter a unidade no conceito de ilicitude, com a necessidade de salvaguardar o desenho da responsabilidade pensado por Lhrering, por ser nesse modelo que se forja o regime previsto no nosso Código Civil; e com a necessidade de recusar o finalismo a que, por vezes, os arautos da ilicitude da conduta acabam por aderir). Mas isto não significa que não se deva dar relevância à conduta. Por outro lado, o problema leva-nos à consideração da imperiosa urgência de ponderar a causalidade como verdadeira imputação e de lhe reconhecer um primeiro segmento de problematização (o da causalidade fundamentadora da responsabilidade). É exatamente esse segmento da causalidade fundamentadora da responsabilidade, isto é, da ligação entre a lesão do direito absoluto (no caso, a vida do terceiro que é baleado) e o comportamento do sujeito (no caso, a colocação no mercado das referidas armas) que é questionado. E, verdadeiramente, o que se haverá de dizer é que, a partir do momento em que nenhum dever objetivo de cuidado tenha sido preterido, não é possível estabelecer-se a imputação<sup>[57]-58</sup>.

[57] Cf., numa perspetiva que não é a nossa, MARK A. GEISTFELD, "Social value as a policy-based limitation of the ordinary duty to exercise reasonable care", *Wake Forest Law Review*, vol. 44, 899 s., com referência ao precedente *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corporation*. Ensina o autor que o Tribunal de recurso de Nova Iorque considerou que os fabricantes de armas não têm um dever de cuidado na comercialização e distribuição das suas armas relativamente às pessoas lesadas ou mortas pelo uso ilegal daqueles objetos. O Tribunal chega a esta conclusão ponderados diversos fatores, incluindo as expectativas razoáveis das partes e da sociedade em geral, a proliferação de demandas, a desproporção do risco e da alocação da reparação, entre outras. Segundo o autor, a extensão do escopo do dever tem de ter em conta a extensão dos benefícios sociais em comparação

Problema análogo foi colocado, nos Estados Unidos, a propósito da eventual responsabilidade dos produtores de jogos de computadores violentos: tendo adquirido um desses jogos de realidade virtual, um jovem acaba por desenvolver uma adição

.....  
com os custos. Atenção especial para o alerta do autor. Segundo o seu testemunho, a resolução de um litígio referente à responsabilidade civil pode implicar a consideração de interesses sociais, sem que isso se traduza na adesão a uma racionalidade de tipo economicista ou utilitarista. Cf. p. 906, onde o autor, mais enfaticamente, nos diz que o *tort duty* é matéria de direito privado, mas os tribunais podem basear-se em *public-policy factors* para o limitar, sem que isso coenvolva uma visão utilitarista, até porque "podem ter em conta determinados valores sociais sem se pôr em causa o recorte privatístico do instituto": "se os custos sociais e os benefícios forem definidos por referência ao valor normativo da autonomia individual, então os tribunais podem considerar os valores sociais quando formulam os direitos individuais e os correlativos deveres. A *right-based liability* deve respeitar a autonomia quer do titular do direito, quer do titular do dever. Deve também respeitar a autonomia de outros indivíduos da comunidade que sejam por ela afetados. O conteúdo do direito e o escopo do dever dependem de um *social-value factor* que assume o tópico distributivo em como a regra da responsabilidade vai afetar os interesses da autonomia para lá dos interesses particulares envolvidos".

[58] Poder-se-ia aventar, portanto, a hipótese de responsabilidade se o fabricante das armas tivesse violado regras no tocante às instruções de utilização, se as disponibilizasse com indicação de que são adequadas para manuseamento de pessoas sem especial habilitação ou por menores etc.

Note-se que, sendo possível constatar a edificação de uma esfera de risco/responsabilidade por parte do produtor, sempre se haveria, posteriormente, de cotejar essa esfera com a esfera de risco/responsabilidade do terceiro que desferiu o tiro contra o lesado. Para outras considerações acerca desta teoria das esferas de risco, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. VIII.

Uma última nota para sublinhar uma ideia já implícita: não seria possível olhar para o problema do ponto de vista da condicionalidade *sine qua non* ou da causalidade adequada. Em tudo o que vai dito vai, portanto, pressuposta a superação de uma visão tradicional e causalista da causalidade, entendida agora como imputação.

em relação a ele, com a consequência de deixar de distinguir claramente a realidade da virtualidade. Imbuído da dinâmica do dito jogo, o jovem acaba por utilizar uma arma e, disparando sobre várias pessoas, fere umas e mata outras. O problema que se coloca é o de saber até que ponto a violação do direito à integridade física e à vida das vítimas pode ser imputada ao produtor. Ora, se os critérios orientadores do decidente são aqui os mesmos, importa referir que é possível — pela ausência de uma advertência expressa acerca dos riscos próprios de adição e eventual alienação — estabelecer-se, em algumas situações, a imputação e, conseqüentemente, assacar a responsabilidade ao produtor<sup>[59]</sup>.

E se a solução passa, como se percebe, pela possibilidade de edificação de uma esfera de risco/responsabilidade — a qual teria, necessariamente, de ser depois cotejada com a esfera de responsabilidade do segundo lesante (o terceiro que desferiu os tiros) —, sempre se haverá que reconhecer que a imposição de uma obrigação geral de segurança, com os contornos daquela a que o nosso ordenamento jurídico nos conduz, nos facilita nesse

---

[59] THIMOTHY DYLAN REEVES, "Tort liability for manufacturers of violent video games: a situation discussion of the caution calamity", *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, p. 541, considerando o problema da conduta criminosa de um terceiro e sublinhando que, tradicionalmente, ela interromperia o nexo de causalidade, embora, atualmente, com a passagem de uma era individualista para uma fase em que a *tort law* reflete mais extensivamente as noções de responsabilidade pela conduta dos outros, haja casos em que a *criminal misconduct* seja, por ser suficientemente previsível, suscetível de ancorar a responsabilidade do primeiro lesante.



primeira tarefa<sup>[60]</sup>. Dito de um modo mais simples, a questão da eventual imputação só se poderá colocar a partir do momento em que o produto que se coloca no mercado não possa ser reputado como seguro. E para tanto encontramos no DL n.º69/2005 um precioso auxiliar.

#### **4. Obrigação geral de segurança e responsabilidade do produtor**

O artigo 1.º DL n.º383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL n.º131/2001, de 24 de Abril, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, entendendo-se por produtor o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (artigo 2.º, n.º1). De acordo com o n.º2 do artigo 2.º, é também considerado produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior produto para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente.

.....  
[60] Para esse cotejo, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, cap. VIII.

Não basta que o produtor coloque o produto em circulação. É necessário que o produto seja defeituoso. O defeito de que se cura tem, no entanto, uma abrangência muito mais ampla do que aquela com que somos confrontados ao nível da linguagem corrente ou no quadro de outros regimes privatísticos. Na verdade, o produto tem-se por defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação, nos termos do artigo 4.º.

Há, no entanto, exceções a esta responsabilidade, que estão consagradas no artigo 5.º. O produtor não é responsável se provar que a) não pôs o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; c) que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com as normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito; f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Além disso, o artigo 8.º estabelece um limite aos danos resarcíveis, considerando que só o são os que resultem de morte ou



lesão pessoal e os que ocorram em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinado ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino. E o artigo 9.º consagra que os danos causados em coisas só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros.

Fundamental passa a ser, como se compreenderá, o estabelecimento de umnexo de ligação entre o defeito do produto e os danos que sobrevenham. Embora o diploma não se refira especificamente ao requisito, ele resulta com naturalidade quer da finalidade da responsabilidade civil do produtor (ressarcitória), quer do fundamento último que para ela encontremos: o produtor não deve ser onerado com uma hiper-responsabilidade, mas tão só deve ser chamado a responder pelos danos que tenham sido gerados pelo seu produto. E, em consonância com o que temos vindo a defender, para o estabelecimento desse nexo não nos contentamos com uma visão causalista que faça apelo à doutrina da *conditio sine qua non* ou, em alternativa ou complementarmente, à causalidade adequada, mas procuraremos sempre uma perspetiva imputacional assente na edificação e cotejo de esferas de risco.

Posto isto, pergunta-se, qual é, então, a mais-valia da imposição da obrigação geral de segurança se o nosso ordenamento jurídico já prevê uma hipótese de responsabilidade civil independentemente de culpa ao onerar o produtor?

Não raro, de facto, ecoam vozes no sentido do estabelecimento de uma conexão estreita entre os dois regimes. No Acórdão da Relação de Lisboa de 1 de Março de 2007, o coletivo de

juízes frisa essa mesma conexão. Lê-se, na fundamentação da decisão, que o regime da responsabilidade do produtor é um regime complementado pelo DL n.º311/95 relativo à segurança geral dos produtos. Focando-se no artigo 4.º/1 do DL n.º383/89, o acórdão refere que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação. No tocante ao artigo 2.º/1/b) do DL n.º311/95, sublinham que o produto seguro é qualquer produto que, em condições de uso normal ou razoavelmente previsível, incluindo a duração, não apresente quaisquer riscos ou apresente riscos reduzidos, compatíveis com a sua utilização e considerados aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança das pessoas. Concluem, então, que "em ambas as definições, a essência da noção de defeito reside na falta de segurança legitimamente esperada do produto e não propriamente na falta de conformidade ou qualidade do produto para a realização do fim a que se destina". Também o Acórdão da Relação de Guimarães de 21 de Fevereiro de 2008 estabelece o paralelo entre o regime do DL n.º383/89 e o regime do DL n.º311/95.

Há, no entanto, algumas diferenças entre os dois regimes que se devem sublinhar. Desde logo, há que considerar que o âmbito de aplicação subjetivo da obrigação geral de segurança é mais amplo, fazendo recair sobre o simples distribuidor algumas obrigações. Por outro lado, o regime estende-se, com as necessárias



adaptações, à segurança dos serviços, o que não sucede no caso da responsabilidade do produtor<sup>[61]</sup>. Acresce que fica, no quadro da responsabilidade objetiva, limitada a responsabilidade quer aos danos resultantes de morte ou lesão pessoal e aos danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino, o que parece contrariar aquele que é o necessário resultado imputacional quando tornamos operante o instituto aquiliano por via da violação da obrigação geral de segurança (já que os interesses que as normas em que ela pode ser decantada dizem respeito à saúde e à segurança do consumidor), quer pelo facto de só se indemnizarem os danos que excedam os 500 euros.

Já no tocante às causas de exclusão da responsabilidade do produtor, parecem não andar longe da ideia de que, por força da violação da obrigação geral de segurança, apenas poderá haver lugar à responsabilidade do produtor quando fosse conhecido (ou cognoscível) que, em condições de normal utilização, o produto apresentava riscos não reduzidos para a segurança ou a saúde dos consumidores<sup>[62]</sup>. Contudo, se ao nível da responsabilidade do produtor, este não responde pelo risco do desenvol-

---

[61] Pode, eventualmente, colocar-se o problema da responsabilidade do produtor no âmbito de uma prestação de serviço, quando ela envolva o fornecimento de bens. Pense-se, por exemplo, no caso do serviço de restauração.

[62] O dado, curiosamente, levanta o problema de saber se a responsabilidade do produtor, prevista no diploma de 1989, será uma verdadeira responsabilidade objetiva. Sobre o ponto, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, tomo III, *Direito das Obrigações*, Almedina, 2010, 687.

vimento, no tocante à obrigação geral de segurança pode ser necessário, posteriormente à entrada do produto em circulação, mesmo quando se presume a conformidade dele com um nível exigido de segurança, a adoção de determinadas medidas que venham garantir a segurança e a saúde dos consumidores.

Pode, portanto, concluir-se que existe, efetivamente, um espaço de sobreposição entre estas duas hipóteses de responsabilidade civil. Se do ponto de vista prático-dogmático, ela se resolve com apelo a uma ideia de concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indenizatória, do ponto de vista teórico-axiológico justifica-se pelo facto de, se é consabido que o princípio da precaução — que parece derramar a sua influência na ideia de obrigação geral de segurança — tem como efeito o recrudescimento da culpa no seio da responsabilidade civil, não ser menos evidente que, atuando o princípio precaucional em domínios onde a necessidade de tutela de um determinado bem jurídico se sente mais intensamente, o legislador faz intervir, não raramente, a responsabilidade independente de culpa. O paralelismo, aqui evidente, não é inédito.



## 5. A lógica da precaução

O que ficou dito justifica umas breves palavras acerca do princípio da precaução que aqui se parece tornar atuante. A imposição de uma obrigação geral de segurança implica, como se pode perceber, uma lógica preventiva. Esta prevenção faz com que o ordenamento jurídico não atue apenas repressivamente, no momento da concretização do risco, mas que se antecipe, impondo a observância de determinadas regras a montante. Poderemos, portanto, adiantar que neste domínio as relações entre privados são contaminadas pelo princípio da precaução<sup>[63]</sup>.

O princípio da precaução surgiu nos anos 80, embora só tenha obtido uma consagração formal em 1992, na conferência do Rio sobre questões ambientais. Essa e outras consagrações formais que o princípio tenha obtido até hoje levam a concluir que ele se desenha como uma injunção dirigida às autoridades, não consubstanciando uma regra jurídica com valor normativo

---

<sup>[63]</sup> Sobre o princípio da precaução, seu alcance e conformação, veja-se CONSELHO DE ESTADO, *Responsabilidade e socialização do risco*, tradução do parecer francês coordenado por Marcelo Dias Varella, Brasília, 2006, 130 s. (trata-se aí de um enfoque publicista da matéria); PHILIPPE KOURILSKY/GENEVIEVE VINEY, *Le principe de précaution*, rapport au Premier Ministre, Edition Odile Jacob, La documentation française, Janvier, 2000; ANNE GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'environnement*, 2, 2000, A. Veja-se, ainda, a este propósito, *inter alia*, ALEXANDRA ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 23, 1997. Cf., igualmente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra e Do nexo de causalidade ao nexo de imputação, 514 s.

autônomo. Mas a posição não é clara. Para os responsáveis pelo relatório dirigido ao Primeiro-ministro francês, Geneviève Viney e Philippe Kourilsky, o princípio deve ser visto como uma regra colocada à disposição do julgador, que deve ser concretizada caso a caso. Outros autores vão mais longe e entendem que o princípio da precaução pode ser integrado na ordem jurídica pela assimilação desta regra a um princípio de direito. Qualquer que seja o seu entendimento, não deixará incólume o conceito de responsabilidade. Adverte, porém, Anne Guégan que a responsabilidade que está em causa quando se fala de precaução não será a responsabilidade civil propriamente dita, mas um outro conceito de responsabilidade, presente na obra de Hans Jonas<sup>[64]</sup>. Ou seja, diante da constatação dos perigos que a atuação do homem, fruto dos avanços técnicos operados, comporta para o meio ambiente e para a própria sobrevivência da espécie humana, a responsabilidade deixa de ser vista como um expediente de imputação causal de danos, para se afirmar *a priori* que cada um é responsável por aquilo que faz. Nos quadros de convocação do princípio da precaução, os danos em causa caracterizam-se muitas vezes pela sua irreparabilidade, sobretudo por serem danos coletivos cuja gravidade avulta inequívoca. Daí que a lógica subjacente ao princípio em análise seja uma lógica preventiva e não compensatória. Daí também que, amiúde, o princípio seja consagrado em matéria ambiental e entendido como um princípio político destinado a guiar a atuação dos poderes públicos. Por isso, a maioria dos estudos acerca do mesmo

[64] Cf. « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'environnement*, 2, 2000, A.



surgem no âmbito do direito público. Mas se historicamente se compreende a restrição do princípio da precaução aos decisores públicos, atualmente, não faz sentido tal limitação. Ela parece só ser justificada pelo facto de inicialmente o princípio ter surgido na forma de uma diretiva, e usamos aqui o termo em sentido não técnico-jurídico, dirigida aos diversos Estados como forma de fazer face aos problemas que a destruição ambiental fazia emergir<sup>[65]</sup>.

Hoje, pelo contrário, deve-se entender que o princípio se dirige a todos aqueles que tenham “o poder de desencadear uma atividade suscetível de constituir um risco para outrem”<sup>[66]</sup>. Consideram os autores que as empresas devem estar submetidas a tal princípio, embora reconheçam que as autoridades públicas têm um papel diferente, ao serem garantes da saúde pública, da segurança e do bem-estar em geral dos cidadãos. Além disso, continuam os autores, as autoridades públicas, porque dotadas de *ius imperium*, têm a possibilidade de impor deveres aos demais cidadãos, podendo mesmo derogar, em nome do princípio da precaução, outros princípios como a liberdade industrial ou de concorrência<sup>[67]</sup>. Refira-se, ainda, que, de acordo com os autores do relatório que acompanhamos, a noção de decisão deve ser entendida em termos hábeis, englobando igualmente a abstenção e a prossecução de uma atividade<sup>[9]</sup>.

.....  
<sup>[65]</sup> Cf. BOUTONNET e GUÉGAN, “Historique du principe de précaution”, in KOURILSKY e G. VINEY, *Le principe*, annexe 1, 253.

<sup>[66]</sup> PHILIPPE KOURILSKY e GENEVIEVE VINEY, *Le principe*, 143 s.

<sup>[67]</sup> PHILIPPE KOURILSKY e GENEVIEVE VINEY, *Le principe*, 143 s.

A este propósito impõem-se algumas considerações. Em primeiro lugar, é inegável que, ao nível da colocação de produtos no mercado, o princípio da precaução funciona antecipando a tutela dispensada pelo ordenamento jurídico. Mas, isto não nos condena a um entendimento da precaução em termos meramente ontológicos ou assentes na filosofia de Hans Jonas, como tem sido proposto por muitos autores. Na verdade, é plausível falar-se de precaução sem que o modelo proposto pelo autor nos condicione. Ou dito de outro modo, é viável mobilizar outros fundamentos alicerçadores da personalidade livre e responsável fora do quadro filosófico por si tratado. Ou seja, pese embora a referência, estamos em crer que o sentido da precaução é mais amplo e mais denso do que a mera orientação do decisor por uma finalidade preventiva dirigida às gerações futuras. Sobreretudo porque, no quadro em que agora nos inserimos, essa lógica prospetiva está ausente.

O cuidado em relação ao outro é suscetível de fundar uma ideia de precaução que tenha como alicerce exclusivo uma referência personalista com contornos ético-axiológicos. No confronto entre as duas perspetivas, há diferenças assinaláveis. Enquanto a primeira perspetiva prima pela ideia de acréscimo de

.....  
[68] No mesmo sentido, considerando que o princípio é aplicável aos decisores privados, v. ANNE GUEGAN, «L'apport ». Afirma a autora que «si le principe de précaution a été incontestablement conçu comme un principe politique destiné à guider l'action des pouvoirs publics, son ambition paraît justifier son application à des personnes de droit privé, dans une mesure qu'il conviendra de préciser». Mais à frente refere que os agentes privados lidam igualmente com riscos e são capazes de os colocar em prática, pelo que fará todo o sentido estender o princípio da precaução a estes.



risco no plano ontológico, aumento esse que tem de ser combatido, a personalidade alicerçadora da responsabilidade, não obnubilando o plano do ser, colora-se essencialmente pela ideia de respeito devido ao outro, independentemente do nicho concreto de atuação em que o sujeito se insira. Por isso, não temos de ficar circunscritos a determinados domínios, antes propondo que a prevenção/precaução opere em termos amplos. Essa prevenção/precaução atuante em termos amplos — e alicerçada numa ideia de personalidade — permite-nos compreender de outro modo o fenómeno responsabilizatório que, em termos civilísticos, se projeta no instituto da responsabilidade civil extracontratual. Isto não implica, no entanto, que não se encontre — pela imperiosa necessidade de proteção da saúde e segurança dos consumidores — aqui um reforço preventivo, que é espelhado, inclusivamente, pelo esquema de controlo administrativo instituído, sucessivamente, pelos diversos diplomas — comunitários e nacionais — na matéria<sup>[69]</sup>.

Ora, se o reforço precaucional tem, como vimos, impacto em sede de responsabilidade civil, leva-nos mais longe, antecipando uma tutela e procurando impedir, *a priori*, que circulem no mercado produtos que não ofereçam as garantias de segu-

[69] Verdadeiramente, a precaução não se confunde com a prevenção. De acordo com os teorizadores do princípio da precaução, a prevenção não se confunde com ela. E os autores distinguem as duas realidades em moldes que se aproximam dos que nós utilizamos para distinguir perigo e risco. Kourilsky e Viney afirmam que a distinção entre os riscos potenciais e os riscos verificados funda a diferença entre precaução e prevenção. Na verdade, continuam aqueles juristas, a precaução é relativa a riscos potenciais e a prevenção diz respeito a riscos verificados. Tudo dependeria, pois, do grau de probabilidade de ocorrência do

rança. No fundo, a ideia é, mesmo antes de ocorrer alguma lesão, evitá-la, proscrevendo certas práticas.

.....  
prejuízo, devendo a precaução ser entendida como um prolongamento dos métodos de prevenção aplicados a riscos incertos.

Cf. ALEXANDRA ARAGÃO, *O princípio do poluidor pagador — pedra angular da política comunitária do ambiente*, *Studia Iuridica*, 23, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 68. A autora diferencia claramente a precaução da prevenção. Afirma, inequivocamente, que a precaução exige a sua atuação antes do princípio da prevenção impor qualquer atividade preventiva. "Enquanto que a prevenção requer que os perigos comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos no ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido como uma evidência científica absoluta". A cisão estabelecida entre os autores não afeta, contudo, o núcleo das nossas considerações. Na verdade, é inegável que na base do princípio da precaução está um determinado entendimento da responsabilidade e que, se o mesmo não pode ser aceite integralmente, não deixa de depor em muitos nichos dogmáticos. A mesma ideia de cuidado com o outro acaba por contaminar o direito privado através de uma ideia de prevenção jogada a montante. E se ela se torna premente por referência a determinados sectores — de que é exemplo o direito do consumo ou o direito ambiental — isso não significa, como veremos, que esteja ausente da conformação do restante ordenamento jurídico. Portanto, a lógica precaucional a que fazemos aqui referência deve ser entendida como uma lógica preventiva, que, contudo, abdique da concretude de uma especial relação entre sujeitos (há, no fundo, uma antecipação da tutela dos bens jurídicos). Ou seja, e de uma forma mais simples, explicando o sentido da precaução, afastamo-nos da sua fundamentação na filosofia de Hans Jonas e aproximamo-la de uma noção ampla de prevenção (que atua antes de existir uma concreta atuação dirigida a um sujeito específico).





# OBRIGAÇÕES DE DINHEIRO (OBRIGAÇÕES MONETÁRIAS) E OBRIGAÇÕES DE BITCOINS

*Paulo Duarte \**

## 1. A questão

Imaginemos esta hipótese prática: A, através da internet, usando a aplicação disponível no sítio electrónico da empresa B, encomenda-lhe um livro, em contrapartida de 0,0094 de Bitcoins — o equivalente a cerca de 50 euros, ao câmbio actual. Uma interrogação nos sai imediatamente ao caminho: pode qualificar-se como “preço” a referida quantidade de Bitcoins e como compra e venda o contrato assim concluído? O ensaio da resposta exige uma digressão prévia sobre os conceitos de dinheiro (ou moeda) e de obrigação de dinheiro (ou obrigação monetária)<sup>[1]</sup>, com passagem obrigatória pelos conceitos de obrigação pecuniária e de obrigação de valor.

.....  
[1] Advogado.

[1] Sem prejuízo das especificações que a necessidade de clareza vá impondo ao texto (que nos lugares próprios se assinalam), uso indistintamente, em relação de sinonímia, as expressões “dinheiro” e “moeda”, por um lado, e “obrigação de dinheiro” e obrigação monetária”, por outro lado.



## 2. Um conceito sistémico-funcional de dinheiro

Predomina nas literaturas jurídica e económica uma perspectiva realista-funcionalista do dinheiro, que o concebe como uma coisa que desempenha simultaneamente três funções: unidade de conta; meio de troca; e reserva de valor <sup>[2]</sup> <sup>[3]</sup> <sup>[4]</sup>.

<sup>[2]</sup> A fórmula tradicional da trilogia das funções monetárias não é consensual. Para além daqueles que afirmam a existência de uma quarta função monetária — a criação de valor (*Wertschöpfung*), por via das medidas de política monetária —, como sucede com *Grundmann* (*in Münchener Kommentar*, § 245, Rn.3, 6. Auflage), há autores, tanto na economia como no direito, cujas posições se podem classificar ora como "dualistas" ("dualismo funcional"), ora como "monistas" ("monismo funcional") — seguindo aqui a catalogação adoptada por *Sebastian Omlor*, *Geldprivatrecht*, Mohr Siebeck, 2014, pp. 51-55. Entre os autores "dualistas" (que, em regra, hierarquizam as funções monetárias, distinguindo entre as "principais" e as "secundárias" — "*Haupt- und Nebenfunktionen*"), não há sequer consonância quanto ao par de funções que selecionam: enquanto uns salientam as funções de unidade de conta e de meio de troca, outros preferem o duo funcional "meio de pagamento/reserva de valor" (cfr. *Sebastian Omlor*, ob.cit., p. 52). O que, por outro lado, diferencia o "monismo funcional" não é tanto a negação da existência de uma pluralidade de funções monetárias, mas, sobretudo, a afirmação da prevalência de uma certa função (a "função central" ou "elementar") sobre as demais, dependendo (ou derivando) estas daquela. Segundo *Friederich Von Wieser*, por exemplo, a função essencial do dinheiro seria a de servir como meio de pagamento, derivando dela todas as outras, incluindo a função de unidade de conta (*apud Sebastian Omlor*, ob. cit.p. 53). Num plano teórico diferente, e com motivações de organização didáctica do debate sobre a matéria, colocam-se aqueles que, admitindo a variedade funcional do dinheiro, distinguem entre as funções "abstractas" e as funções "concretas" (implicando estas um concreto "bem" que as desempenhe), incluindo na primeira categoria a função de unidade de conta e na segunda a função de meio de troca — sobre o ponto, cfr. *SEBASTIAN OMLOR*, ob.cit. p. 55, e *PETER W. HEERMANN*, *Geld und Geldgeschäfte*, Mohr Siebeck, 2003, p. 15

<sup>[3]</sup> Compreensível no quadro da narrativa histórica do "myth of barter", que liga a origem do dinheiro à transição de uma imaginária "truck and barter economy" para uma economia (monetária) de "trocas indirectas" [cfr., sobre o pon-

Do ponto de vista da sua configuração epistémica, o que caracteriza esta concepção do fenómeno monetário é a presunção da ideia (presunção que não é assumida expressamente, como se fosse uma “*default position*”) de que aquelas três funções se concentram num só objecto (“o” dinheiro), do qual seriam uma projecção natural. Este entendimento realista-funcionalista do dinheiro resiste mesmo ao reconhecimento da determinação do objecto pela função (em lugar da relação, inversa, da determinação das funções pela específica material-

.....  
 to, Paulo Duarte, *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*, in Estudos de Direito do Consumidor, Faculdade de Direito da UC, n.º10, 2016, pp. 377-381], o uso da palavra “troca” é propiciador de equívocos. Desde logo no plano económico, porque a ideia da troca “indirecta”, operada através do *medium* monetário, entendido como um simples instrumento inócuo de facilitação das transações, assenta no questionável postulado da “neutralidade” do dinheiro (GEOFFREY INGHAM, *The Nature of Money*, Polity, 2004, pp. 16-17). Mas também no plano jurídico se revela a equivocidade do conceito de “troca”, na medida em que induz em erro quanto à natureza dos contratos onerosos que incluem na sua estrutura típica uma prestação monetária, como sucede, paradigmaticamente, com a compra e venda – o contrato modelar das relações de mercado. Não se trata, aqui, da troca de uma coisa por outra coisa (não se trata, quanto 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*”.



dade do objecto), que leva ao progressivo apagamento da importância do primeiro — reconhecimento bem expresso nas fórmulas “*money is what money does*” e “*Geld ist das, was als Geld fungiert*”<sup>[5]</sup>.

Em alternativa a esta perspectiva “realista-funcionalista”, proponho uma compreensão “sistémico-funcional” do dinheiro, que assenta no conceito geral de “sistema monetário”, o qual se define como o conjunto de objectos, processos, sujeitos, convenções, relações e mecanismos institucionais envolvidos na produção, circulação e extinção de dinheiro. Nesta perspectiva epistémica, as funções monetárias não são concebidas como atributos de um qualquer objecto, mas, diversamente, como funções que, dentro do sistema monetário, podem ser alocadas a diferentes segmentos ou componentes que o integram.

Como já defendi em estudo anterior<sup>[6]</sup>, são quatro os elementos estruturais de qualquer sistema monetário (elementos que

[4] Não deve confundir-se a função de “meio de troca” com a função de “meio de pagamento” (cfr., no mesmo sentido, FRANCISCO MENDES CORREIA, *Moeda Bancária e Cumprimento; O Cumprimento de Obrigações Pecuniárias Através de Serviços de Pagamento*, Almedina, 2017, pp. 44-45). Na verdade, mesmo que tomemos o vocábulo “troca” numa amplíssima (e descomprometida de qualquer qualificação jurídica) acepção de “transação de mercado” (capaz de abranger todos os contratos onerosos, reais e obrigacionais), sempre ficam fora da sua extensão aquelas hipóteses em que o dinheiro é usado no cumprimento de obrigações monetárias que escapam ao domínio das relações de mercado. É o que acontece, por exemplo, com as obrigações fiscais e com as sanções penais e contraordenacionais. O que pode, talvez, dizer-se é que a utilização do dinheiro como “meio de troca”, na medida em que opera sempre através do mecanismo do “preço” (que é objecto de uma obrigação monetária), acaba inevitavelmente por coincidir com a sua utilização como “meio de pagamento”. O que significa, afinal, que o conjunto dos casos em que o dinheiro funciona como meio de

compõem a sua *grelha construtiva* invariável); uma unidade monetária; 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 monetária representada através de 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. Considerando a tradicional trilogia das funções monetárias, pode fazer-se a seguinte *divisão de tarefas*: enquanto a unidade monetária desempenha a função de unidade de conta, os suportes monetários asseguram as funções de meio de pagamento<sup>[7]</sup> e de reserva de valor.

.....  
troca está contido, mas não o esgota, no conjunto (mais vasto) de casos em que funciona como meio de pagamento.

[5] SPIROS SIMITIS, *Bemerkungen zur Rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, Band 159, Heft 5, 1960, p. 418

[6] PAULO DUARTE, loc.cit., pp. 351 ss.

[7] Sobre o sentido da expressão, sobretudo no confronto com a noção de "meio de troca", ver supra notas 3 e 4.



### 3. A unidade monetária como elemento nuclear de qualquer sistema monetário

#### 3.1. Caracterização geral

A unidade monetária, que é o elemento nuclear de qualquer sistema monetário<sup>[8]</sup>, é uma certa quantidade de valor monetário<sup>[9]</sup>, definindo-se este, com recurso a uma fórmula corrente, como “poder de compra” (*kaufkraft*). O que equivale a dizer que a unidade monetária é uma certa quantidade de poder de compra. Um euro, tal como um bitcoin, é uma certa quantidade nominal de poder de compra <sup>[10]</sup>.

Ainda que corrente e vulgarizada, a fórmula do “poder de compra” não é inteiramente rigorosa: porque, em primeiro lugar, não se trata de um verdadeiro “poder” (nem ontologicamente, nem juridicamente); e porque, em segundo lugar, a utilidade do dinheiro não se resume à “compra” de bens (mesmo que à expressão se dê a amplitude suficiente para abranger a “aquisição de serviços”).

.....  
<sup>[8]</sup> Como salienta GEORG SIMMEL, *Philosophy of Money*, Routledge, Third Edition, 2004, p. 358, “[s]ince the very essence of money rests upon quantity, since money in itself without the determining factor of ‘how much’ is a completely empty concept, it is of the utmost importance and quite essential that each monetary system possesses a unit, the multiple or part of which represents each specific money value”.

<sup>[9]</sup> A expressão “valor monetário” é usada pelo legislador em várias normas do Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, desde logo no art. 2.º-d), que define “moeda electrónica” 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 (...)”.

<sup>[10]</sup> Ver, *infra* no texto, ponto 3.2.

Numa perspetiva de “*social ontology*”, o “poder” (enquanto propriedade caracterizadora de relações intersubjectivas) é uma “*capacity, or ability*” (no sentido em que se distingue, neles não se esgotando, dos concretos actos de exercício em que se manifesta), que permite ao que dele dispõe (o “*agent of power*”) conseguir que aquele que lhe está sujeito (o “*subject of power*”) actue como ele pretende, independentemente da sua vontade<sup>[11]</sup> <sup>[12]</sup>. Ora o poder de compra que a unidade monetária exprime não confere, só por si, a quem dela disponha (o que supõe a detenção ou a disponibilidade de um “suporte monetário” que a represente e a “transporte”<sup>[13]</sup>) a prerrogativa de impor a outrem a venda daquilo que seja sua vontade comprar (ou, mais indiferenciadamente, adquirir). O “poder” de compra não é mais do

.....  
<sup>[11]</sup> JOHN R. SEARLE, *Making the Social World, The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010, pp. 146-147. Nas palavras do próprio de Searle, “(...) the core notion of power concerning the power of some people over others (...) is that it involves the ability of an agent of power to get subjects to do what the agent wants them to do whether the subjects want to do so or not”.

<sup>[12]</sup> É de notar alguma similitude entre este conceito socio-ontológico de poder e a categoria jurídica do direito potestativo, sobretudo se considerarmos o aspecto da inelutável submissão do “sujeito passivo” do poder à vontade do “sujeito activo”. WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais na Argumentação Judicial*, FCG, 2008, p. 57-58, realça a impropriedade do uso do termo “direito” para denotar aquelas situações em que alguém “pode”, sob o seu “controlo volitivo”, “provocar a alteração de [uma] relação jurídica”. Nessas situações, “poder (jurídico)” é a palavra certa para significar a especificidade deste tipo de posições jurídicas, cuja compreensão se completa pela referência à posição “oposta”: a “sujeição”.

<sup>[13]</sup> Ver, infra, no texto, ponto 4.



que a possibilidade de comprar (ou de adquirir) algo a quem esteja disposto a vendê-lo<sup>[14]</sup>.

O “poder monetário” que a unidade monetária quantifica (ou “conta”) não se limita à possibilidade de “comprar”, ou, em geral, de adquirir bens e serviços: consiste, com mais exactidão, na capacidade geral de pagar dívidas (obrigações monetárias), assumindo-se, neste sentido, como “poder liberatório” (poder que se liga à função monetária de meio de pagamento<sup>[15]</sup>).

Uma qualquer unidade monetária é, assim, uma certa quantidade de *capacidade aquisitiva de facto*: não é, inequivocamente, uma *situação jurídica* (nem sequer, num plano de maior abstracção conceitual, uma “atribuição” jurídica<sup>[16]</sup>), seja ela creditória ou de outra natureza, embora possa seja objecto da situação jurídica em que consiste a obrigação monetária<sup>[17]</sup>.

Enquanto expressão numérica de uma certa quantidade de poder de compra, a unidade monetária é, pois, um objecto pu-

.....  
<sup>[14]</sup> Poderia porventura dizer-se, num exercício de comparação com o universo das categorias jurídicas, que o poder de compra está para o verdadeiro poder (no sentido socio-ontológico que se lhe dá no texto) como o “poder jurídico” (seja ele de “gozo, credifício ou potestativo” — sobre o recorte destas figuras, cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2007, pp. 246-248) está para a capacidade jurídica de gozo.

<sup>[15]</sup> Cfr., supra, nota 4.

<sup>[16]</sup> Sobre o conceito de “atribuição”, enquanto conceito de cúpula do direito das obrigações, ver PEDRO MÚRIAS, *Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento*, in *O Direito*, ano 140.º/IV, 2008.

<sup>[17]</sup> Não é confundível (nem a unidade monetária *qua tale*, nem os suportes que a representem), portanto, com a figura do *valor mobiliário*. De resto, o art. 1.º-b) do Código dos Valores Mobiliários afasta mesmo os “meios de pagamento” da

ramente ideal-nocional que, ultrapassada, com a dissolução do sistema de Breton Woods, a era dos padrões monetários metálicos, não tem (nem se confunde com) nenhum referente físico do mundo exterior (seja, por exemplo, um objecto padronizado, seja uma certa quantidade de um certo tipo de metal com um determinado grau de pureza)<sup>[18]</sup>. A actual e concreta medida desse poder de compra afere-se, no entanto, pela quantidade (e qualidade) dos bens (coisas, serviços, situações jurídicas, ou

.....  
 extensão da "categoria legal dos instrumentos financeiros do mercado monetário" — cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, 3.ª Edição, 2018, 359-360. Todavia, a unidade monetária partilha com os valores mobiliários escriturais uma característica que é própria das "situações jurídicas meramente categoriais" (que se identificam pela pertença a uma "classe"); em ambos os casos se trata de "meras unidades ideais indiferenciadas" "sem individualidade" — sobre estes conceitos, cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Fungibilidade de Valores Mobiliários e Situações Jurídicas meramente Categoriais*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, 2002, pp. 606-608. De resto, o próprio Miguel Galvão Teles "deixa em aberto a questão de saber (...) se a moeda não constitui um objecto meramente categorial" — ob. cit., p. 610 —, parecendo referir-se (sem o explicitar, porém) não aos seus suportes representativos, mas à *dimensão ideal* do fenómeno monetário em que consiste a unidade monetária. Diga-se, contudo, que o *grau de idealidade* e de "desindividuação" da unidade monetária supera o das "situações jurídicas meramente categoriais", na medida em que, dentro do mesmo sistema monetário, não é possível distinguir diferentes "classes" ou "categorias" de unidades monetárias, designadamente em função do seu "emitente": as unidades monetárias são absolutamente indiferenciadas. Considerando esta absoluta indiferenciação das unidades monetárias, pode dizer-se que o dinheiro é "ultrafungível" — cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Registo de Valores Mobiliários*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, p. 94. A fungibilidade de que aqui se trata (tal como sucede com a fungibilidade das "situações jurídicas meramente categoriais") não é aquela, porém, a que se refere o art. 207.º do Código Civil, que apenas abrange objectos "que possuem individualidade" — cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, ob. cit., p. 610.

<sup>[18]</sup> Cfr. PAULO DUARTE, ob. cit., pp. 358-361.



até suportes representativos de unidades monetárias de outros sistemas) que permite adquirir: é o chamado “*poder aquisitivo real*”<sup>[19]</sup> do dinheiro<sup>[20]</sup>. É precisamente a flutuação do poder aquisitivo real do dinheiro (isto é: a variação, ao longo do tempo, da quantidade, e qualidade, de bens que uma unidade de poder de compra — *correspondente* a uma unidade monetária — permite adquirir) que coloca o problema da actualização (do *montante*) das obrigações monetárias, em particular nas hipóteses em que esse poder diminui (inflação)<sup>[21]</sup>.

### 3.2. As funções da unidade monetária

Num qualquer sistema monetário, a unidade monetária desempenha a função de “unidade de conta” (unidade de conta em sentido amplo), que se pode desdobrar em três sub-funções: função de unidade de conta em sentido estrito; função de denominação e quantificação do objecto da obrigação monetária; função de cálculo.

---

[19] ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Inflação e Direito Civil*, 1984, p. 15

[20] Sobre os métodos de determinação do concreto poder de compra do dinheiro (em particular a constituição de cabazes de mercadorias e dos índices de preços), cfr. WOLFGANG ERNST, *Mensura et mensuratum: money as measure and measure for money*, in *Money as God?: The Monetization of the Market and its Impact on Religion, Politics, Law, and Ethics*, Cambridge University Press, 2014, pp. 74-78.

[21] Sobre o problema do “nominalismo” monetário e da actualização das obrigações “pecuniárias”, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 15 e ss., e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Nominalismo e indexação*, in *Obra Dispersa*, pp. 425 e ss.

Começamos pela função de unidade de conta em sentido estrito. Em termos matemáticos, *contar* consiste em estabelecer uma *função bijectiva* entre dois conjuntos, de tal modo que a cada elemento de um dos conjuntos *corresponde* um elemento do outro conjunto (*correspondência um-para-um*)<sup>[22]</sup>. Contar, por exemplo, as maçãs de um cesto que contém doze maçãs significa fazer corresponder cada peça do conjunto de maçãs a cada um dos números do conjunto de números de um 1 a 12.

Neste sentido matemático estrito, a unidade monetária é o elemento unitário do conjunto de números<sup>[23]</sup> que corresponde a um certo *quantum* unitário de “valor monetário” (isto é: de “poder de compra” — usada a expressão com a advertência que já se deixou quanto ao seu rigor denotativo)<sup>[24]</sup>. Por outras pala-

[22] Cfr. as entradas “Counting” e “Bijection” na Wikipedia: [https://en.wikipedia.org/wiki/Main\\_Page](https://en.wikipedia.org/wiki/Main_Page). Enquanto que a *contagem* se refere à *quantidade* de objectos *descontínuos* (quantidade como *pluralidade* — *how many*), a *medição* refere-se à quantidade de objectos *contínuos* (quantidade enquanto *magnitude* — *how much*) — cfr. a entrada “Quantity” na Wikipedia.

[23] Nos termos do art. 2.º do Regulamento (CE) n.º 974/98 do Conselho de 3 de Maio de 1998, relativo à introdução do euro, a “unidade monetária” do sistema monetário europeu é “**um euro**”, que se “*divid[e] em cem cents*”. Nesta acepção, a “numeralidade” (“*Numeralität*”) é um atributo inerente ao dinheiro — cfr. SEBASTIAN OMLOR, *ob. cit.*, p. 268.

[24] Quando se diz que a unidade monetária corresponde a um certo *quantum* de valor monetário (de poder de compra), apenas se quer significar que este se apresenta como um conjunto de objectos (*nocionais*) descontínuos (de unidades) susceptíveis de *contagem*. Já a determinação da concreta extensão, em cada momento, em cada sistema monetário, de uma unidade de poder de compra pertence a outra temática: a temática do chamado “valor real” do dinheiro. Trata-se, neste campo temático, de determinar, através da observação das variações dos preços de certas mercadorias de referência ao longo de determinados períodos de tempo, as quantidades de bens que uma



bras, a unidade monetária serve para contar, quantificando-o, o “valor monetário”, em termos de à unidade quantitativa deste *corresponder* a unidade numérica daquela.<sup>[25]</sup>

Com origem em Aristóteles, e atingindo o seu apogeu teórico na idade média, é ainda corrente a afirmação de que o dinheiro (a unidade monetária) é uma unidade de medida (*mensura*) do valor dos bens, da mesma natureza das unidades de medida das grandezas físicas<sup>[26]</sup>. No período medieval, as moedas (peças metálicas) eram consideradas unidades sujeitas a pesos standardizados, verificáveis através do uso de balanças<sup>[27]</sup>. A associação das unidades monetárias (que neste período histórico correspondiam a peças amoadadas com teores metálicos uniformes) com

.....  
unidade monetária permite adquirir. Dir-se-á, fazendo uso da alegoria, que uma coisa é contar as maçãs existentes numa cesta (encontrando o correspondente múltiplo da unidade), outra coisa, diferente, é determinar a exacta dimensão e composição de cada uma delas.

<sup>[25]</sup> Sendo, como veremos mais adiante no texto, o “valor monetário” (ou o poder de compra em que ele analiticamente consiste) um objecto puramente nocional-nominal (sem prejuízo das suas instanciações representativas nos suportes monetários), pode soar estranho aplicar-lhe uma categoria ontológica — a *quantidade* — que parece reservada aos objectos do mundo exterior aos conteúdos mentais. Trata-se, aqui, de uma paradigmática manifestação daquela dificuldade que, segundo WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *ob.cit.*, p. 16, complica a tarefa da “terminologia jurídica”: a dificuldade “que decorre do facto de muitas das palavras serem originariamente aplicáveis apenas a coisas físicas”, o que obriga ao seu “uso ficcional ou figurativo”. Retomando *Simmel* (cfr., supra, nota 8), dir-se-á que a quantificação (a contagem) do objecto nocional “valor monetário”, através da unidade monetária, é inerente à natureza do dinheiro, pois que “(...) money in itself without the determining factor of ‘how much’ is a completely empty concept”.

<sup>[26]</sup> Assim, WOLFGANG ERNST, *ob. cit.*, pp. 61-64.

<sup>[27]</sup> WOLFGANG ERNST, *ob. cit.*, p. 62.

as demais unidades de medida fornecia, de resto, um fortíssimo argumento contra a sua adulteração pelo próprio soberano e a favor do postulado da estabilidade monetária<sup>[28]</sup>. E era, por outro lado, favorecida pela ideia de que os preços eram qualidades inerentes às mercadorias e pela doutrina do *justum pretium*<sup>[29]</sup>.

A unidade monetária (digamo-lo: o dinheiro — com a consciência de que a unidade monetária é apenas um elemento de qualquer sistema monetário) não é, porém, uma unidade de medida (*mensura*) que sirva, como se se tratasse de uma régua, para determinar o valor ínsito nos bens (*mensuratum*). Em primeiro lugar, porque falta, na relação entre a unidade monetária (a *mensura*) e os bens (o *mensuratum*) a “identidade qualitativa” mínima que é pressuposto da comparação de quantidades em que consiste uma verdadeira medição<sup>[30]</sup>.

Em segundo lugar, porque, na linha da superação das teorias objectivistas e ontologistas do valor, deve rejeitar-se o pressuposto em que assenta a afirmação do dinheiro como uma espécie de métrica do valor dos bens: o pressuposto, precisamente, de que o valor é uma qualidade das coisas, acessível ao conheci-

[28] WOLFGANG ERNST, ob. cit., pp. 62 e 64.

[29] WOLFGANG ERNST, ob. cit., p. 63.

[30] Como salient GEORG SIMMEL, ob. cit., p. 129: “A measuring instrument, it is said, has to have the same quality as the object to be measured: a measure of length has to be long, a measure of weight has to be heavy, a measure of space has to have dimensions; consequently, a measure of value has to be valuable. No matter how unrelated two things may be in all other respects, when I measure them against each other they must both have the quality that I am comparing. Any quantitative and numerical equality or inequality that I assert would be meaningless if it did not refer to relative quantities of one and the same quality”.



mento e susceptível de determinação quantitativa<sup>[31]</sup>. Essencial à estrutura do valor é a “referência a um sujeito” (*Subjektbezogenheit*): “valor é sempre valor para alguém; valor — pode dizer-se — é a qualidade de uma coisa que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado com uma certa consciência capaz de a registar. (...) O valor não pode assim ser desligado desta relação (...). O valor não é, como pretende N. Hartmann (...), algo em si existente (*an sich seiendes*), mas algo existente para alguém (*für jemandes seiendes*)”<sup>[32]</sup>. Não haverá propriamente valores, mas valorações.

[31] LUDWIG VON MISES, *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, Duncker Humblot, 1912, p. 15. O mesmo autor, ob. cit., p. 19, sublinha que só uma concepção subjectiva do valor é compatível com a “lei” da utilidade marginal.

[32] JOHANNES HESSEN, *Filosofia dos Valores*, Tradução de L. Cabral Moncada, Almedina, 2001, p. 50. A essencial “referência a um sujeito” que caracteriza o valor não exclui, antes admite, que o sujeito experimente interiormente a “valoração” como uma “pretensão de reconhecimento do objecto”, como convocação ou apelo que o objecto da valoração lhe dirige. Neste sentido, diz-nos Georg Simmel, ob. cit., p. 65: “*In conformity with the practical sphere to which it belongs, it has a particular form of relationship to the subject which does not exist for the merely abstract content of our theoretical concepts. This form may be described as a claim or demand [“Forderung oder Anspruch”, lê-se no original em língua alemã]. The value that attaches to any object, person, relationship or happening demands recognition. This demand exists, as an event, only within ourselves as subjects; but in accepting it we sense that we are not merely satisfying a claim imposed by ourselves upon ourselves, or merely acknowledging a quality of the object. The ability of a tangible symbol to awaken in us religious feelings; the moral challenge to revolutionize particular conditions of life or to leave them alone, to develop or retard them; the feeling of obligation not to remain indifferent to great events, but to respond to them; the right of what is perceived to be interpreted in an aesthetic context—all of these are claims that are experienced or realized exclusively within the Ego and have no counterpart or objective point of departure in the objects themselves, but which, as claims, cannot be traced either to the Ego or to the objects to which they refer. Regarded from a naturalistic point of view such a*

A fixação de preços (ou de outro tipo de prestações monetárias) não consiste, portanto, na determinação do valor “dos” bens, mas, diversamente, na manifestação de valorações, de preferências e de graduações (ou “escalas”) subjectivas<sup>[33]</sup>. Em certo sentido, o dinheiro é um “código” (ou uma linguagem) de expressão e representação de valorações<sup>[34]</sup>.

Para além de servir de unidade de conta (em sentido estrito), a unidade monetária cumpre também uma função de denominação e quantificação: cumpre uma função de denominação, dado que permite identificar o sistema monetário no quadro do qual se define o objecto das obrigações monetárias <sup>[35]</sup>; cumpre uma função de quantificação porquanto é através dela que se determina numericamente a quantidade do objecto da obriga-

.....  
*claim may appear subjective, while from the subject's point of view it appears to be objective; in fact, it is a third category, which cannot be derived from either subject or object, but which stands, so to speak, between us and the objects.”.*

<sup>[33]</sup> WOLFGANG ERNST, ob. cit., p. 73, e Ludwig von Mises, ob. cit., p. 16.

<sup>[34]</sup> O que talvez permita compreender melhor, sem desconforto ético, a compensabilidade pecuniária dos danos infligidos a bens iminentemente pessoais, como a vida ou a integridade física e moral: não se trata, aí, de degradar o estatuto axiológico desses bens, equiparando o “seu valor” ao valor do dinheiro, mas apenas de representar, através da fixação de uma quantia monetária, a experiência valorativa em que eles se “impõem” ao sujeito, “exigindo-lhe reconhecimento”.

<sup>[35]</sup> É à luz desta função da unidade monetária que deve entender-se 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. A unidade monetária é, neste sentido, o “morfema da linguagem da dívida” — cfr. PAULO DUARTE, ob. cit., p. 361.



ção monetária (uma obrigação monetária tem por objecto, precisamente, um certo número de unidades monetárias).

A unidade monetária tem, enfim, uma função de cálculo, permitindo fazer registos contabilísticos, calcular e prever custos e receitas, estabelecer preços e fazer projecções económico-financeiras.

#### 4. Os suportes monetários e as suas funções

Sendo o elemento nuclear de qualquer sistema monetário, a unidade monetária não cumpre, só por si, todas as funções tradicionalmente atribuídas ao dinheiro. As funções de meio de pagamento e de reserva de valor dependem da representação da unidade monetária em suportes monetários com um mínimo de materialidade, susceptíveis de titularidade individual e de circulação<sup>[36]</sup>. Um sistema monetário completo não se basta com

---

<sup>[36]</sup> Feita já a advertência de que a unidade monetária não é uma situação jurídica, há no entanto uma certa homologia entre, por um lado, a relação que se estabelece entre aquela e o suporte monetário que a transporta e, por outro lado, a relação que liga o valor mobiliário aos seus veículos representativos (títulos ou registos escriturais). Deve notar-se, todavia, que, ao contrário do que sucede nos valores mobiliários (cfr., quanto à emissão dos valores mobiliários, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 91 e ss), não é possível distinguir o momento da emissão de uma unidade monetária e o momento da sua incorporação num suporte: a emissão de unidades monetárias não é destacável, nem jurídica nem ontologicamente, da emissão dos respectivos suportes. Embora se admita que o modelo de incorporação do dinheiro escritural (dinheiro criado pelos bancos centrais e, sobretudo, pelos bancos comerciais) possa ter influenciado a representação escritural de valores mobiliários (cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, pp. 92-93), creio que a tendência evolutiva de abstractização da unidade

a unidade monetária (*money of account*); exige também a sua concretização representativa em suportes (*money of payment*)<sup>[37]</sup> [38]. Os criadores dos suportes monetários são, verdadeira-

.....  
 monetária (que, durante séculos, se confundiu com objectos metálicos qualitativa e quantitativamente padronizados) parece provar que são os sistemas monetários a aproximar-se do modelo de representação de situações jurídicas que é próprio dos valores mobiliários, não o inverso.

[37] Os SDR (*Special Drawing Rights*) — emitidos pelo Fundo Monetário Internacional, originariamente no quadro do sistema de Bretton Woods — e o ECU (*European Currency Unit*) — que constituía a unidade de conta do EMS (*European Monetary System*), no quadro do qual operava o ERM (*European Exchange Rate Mechanism*), a que sucedeu o Euro — são, em regra, consideradas *meras unidades de conta* que, por falta de representação em suportes (e das suas correspondentes funções monetárias), não chegam a ser verdadeiramente dinheiro (tratar-se-ia, na perspectiva epistémica que adopto no texto, de sistemas monetários imperfeitos ou incompletos). Este entendimento não é inteiramente exacto, porque se é certo que não se conhecem moedas ou notas expressas em SDRs ou ECUs, ambas as unidades monetárias (a segunda já desaparecida) encontram representação em inscrições em contas cujos saldos permitem a realização de pagamentos escriturais entre os participantes (em regra, Estados e Bancos Centrais). Sobre os SDRs, cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, SDR, <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/14/51/Special-Drawing-Right-SDR>, Douglas B. Mudd, *International Reserves and the Role of Special Drawing Rights*, acessível em [https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/review/78/01/International\\_Jan1978.pdf](https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/review/78/01/International_Jan1978.pdf), ORREN MERREN, *The SDR as a unit of account in private transactions*, in *The International Lawyer*, 1982, Vol. 16, pp. 503-520, e K. ALEC CHRYSAL, *International Money and the Future of SDR*, in *Essays in International Finance*, 1978, n.º 128, pp. 1-34, e MARTINY, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2018, Anh. I Art. 9 Rom I-VO:Währungsrecht, Rn. 38-39. Sobre o ECU, cfr. MICHAEL LINDEN, *Die Europäische Währungseinheit (ECU)*, in ZIP, 1987, pp.672-673. Parece ser a estas *unidades de conta* (em particular os SDR) que o legislador português se refere quando, nos arts. 99.º/3 e 107.º/3-c) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, utiliza a expressão "divisas (...) ou unidades de cálculo". A Unidade de Conta Processual (UC), essa sim, será uma *simples* unidade de conta, uma vez que não existe (nem sequer na modalidade, menos *materializada*, de inscrição em conta) nenhum suporte que a represente, ao qual fosse possível atribuir as demais funções de um qualquer sistema monetário:



mente, os produtores do dinheiro (aqueles a quem está reservado o privilégio da chamada *senhoriagem*)<sup>[39]</sup>.

## 5. Obrigações monetárias (ou obrigações de dinheiro), obrigações de valor e obrigações pecuniárias

Obrigaçãõ monetária (ou obrigaçãõ de dinheiro — *Geldschuld*<sup>[40]</sup>) é aquela cuja prestação tem por objecto unidades monetárias: o devedor está obrigado a proporcionar ao credor uma certa *quantidade* de unidades monetárias (uma *quantia* ou *importância*), que se exprime aritmeticamente num múltiplo do número 1 ou numa fracção dele. Sendo a unidade monetária uma unidade de *valor monetário* (que corresponde a uma certa quantidade de “poder de compra”) <sup>[41]</sup>, a obrigaçãõ monetária é, pois, uma “obrigaçãõ de prestação de valor” (*Wertverschaf-*

.....  
meio de pagamento e de reserva de valor. A UC serve apenas para denominar e quantificar o objecto de diversas obrigações (designadamente as taxas de justiça e outros encargos processuais) — obrigações que, após conversão em unidades monetárias de Euro, segundo a equivalência legalmente estabelecida, são cumpridas com suportes denominados em euros.

[38] Sobre o conceito e classificação dos suportes monetários, assim como a sua inventariação no atual sistema monetário do Euro, cfr. PAULO DUARTE, *ob. cit.*, pp. 362-366 e 382-413.

[39] Sobre os produtores de dinheiro no sistema monetário europeu, cfr. PAULO DUARTE, *ob. cit.*, pp. 370 e ss.

[40] Tomo ambas as expressões como sinónimas — como significando o mesmo conceito.

[41] Cfr., *supra*, no texto, ponto 3.1.

*fungsschuld*)<sup>[42]</sup>. Enquanto vínculo que tem por objecto uma “prestação de valor” (que se quantifica em unidades monetárias), a obrigação monetária distingue-se das obrigações que têm por objecto a entrega de coisas ou a prática de outros actos, materiais ou jurídicos<sup>[43]</sup>. Embora o cumprimento da obrigação monetária não dispense o recurso a um suporte monetário (que pode traduzir-se na entrega de uma coisa, como sucede quando o pagamento se faça com moedas ou notas, ou na constituição de um crédito, como acontece quando o devedor use dinheiro escritural bancário), tanto a sua concreta materialidade como a sua específica utilidade são irrelevantes (e indiferentes) para a satisfação do interesse do credor. Na obrigação monetária, o suporte usado no cumprimento apenas importa (apenas interessa ao credor — e apenas permite atingir o “resultado definidor” da obrigação) porque (e na medida em que) *representa* valor monetário, expresso em unidades monetárias. Assim caracterizada, a obrigação monetária *não é uma obrigação genérica*, pois que a absoluta indiferenciação dos suportes (que apenas relevam pelo valor que *representam* e não pelas suas qualidades compositivas ou funcionais) esvazia de sentido e utilidade qualquer acto de escolha determinativa ou de concentração<sup>[44]</sup>. Na obrigação monetária, o que está *in obligatione* não é o suporte representativo, mas o próprio valor monetário, denominado e quantifica-

[42] PETER W. HEERMANN, *ob. cit.*, pp. 24-25, e Sebastian Omlor, *ob. cit.* p. 258. Cfr. também, BENJAMIN BECK/DOMINIK KÖNIG, *Bitcoins als Gegenstand von sekundären Leistungspflichten*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 2015, pp. 660-662.

[43] Cfr. PETER W. HEERMANN, *ob. cit.*, pp. 23-24.

[44] PETER W. HEERMANN, *ob. cit.*, p. 24, e Sebastian Omlor, *ob. cit.* p. 259.



do em unidades monetárias<sup>[45]</sup>. Não são, portanto, verdadeiras obrigações monetárias as “obrigações de moeda específica sem quantitativo expresso em moeda corrente”<sup>[46]</sup> (art. 553.º do Código Civil), ao invés das obrigações pecuniárias de quantidade, previstas no art. 550.º do Código Civil, e das obrigações de moeda específica ou de certo metal com quantitativo expresso em moeda corrente (art. 554.º do Código Civil)<sup>[47]</sup>.

O conceito jurídico-civil de obrigação pecuniária (tomada a expressão no sentido específico de obrigação pecuniária de quantidade) tem um alcance mais curto do que o conceito de obrigação monetária. Este abrange todos os vínculos em que o

.....

[45] O “princípio nominalista” adoptado, quanto às obrigações pecuniárias de quantidade (que são, como se diz mais adiante, no texto, obrigações monetárias), no art. 550.º do Código Civil mais não é, creio, do que uma implicação natural da específica textura do que nelas é devido: uma quantidade (um número) de unidades monetárias. Se o que é devido é um certo número de unidades monetárias (sendo que a unidade monetária é uma expressão numérico-nominal), é inevitável que, para se aferir o cumprimento, seja determinante o “valor nominal” (leia-se: o número de unidades monetárias) inscrito nos suportes monetários (que, quanto às obrigações pecuniárias propriamente ditas, são moedas metálicas ou notas de papel). Embora movendo-se num quadro terminológico diverso, parece ser também neste sentido que aponta JOÃO BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 431, quando, desligando o princípio nominalista de opções fundadas na ideia de justiça, o “recondu[z] a uma simples regra técnica necessariamente postulada pela existência de um sistema legal de medida de valores”.

[46] O termo “moeda corrente” tem aqui o sentido de “unidade monetária”, não denotando um qualquer suporte monetário. Só esta interpretação é compatível com o facto, que a norma pressupõe, de o “quantitativo [ser] expresso” em moeda corrente.

[47] Embora para as partes não seja indiferente o suporte usado *in solutione*, o que realmente está *in obligatione* é uma certa *quantia* — isto é: uma certa quantidade (um certo número) de unidades monetárias.

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". O critério definidor do conceito de obrigação pecuniária é uma certa qualificação dos suportes monetários (a sua força de curso legal). Em suma: todas as obrigações pecuniárias (de quantidade) são obrigações monetárias (ou obrigações de dinheiro), mas nem todas as obrigações monetárias são pecuniárias. Quando, por exemplo, de acordo com a convenção das partes, o comprador possa pagar o preço com dinheiro escritural bancário, a obrigação (do comprador) é monetária, mas não pecuniária (tomando a expressão no estrito sentido juscivilístico de obrigação apenas cumprível com notas ou moedas dotadas de curso legal).

É de uso corrente na doutrina a distinção entre as (verdadeiras) obrigações de dinheiro (*Geldsummensschulden*) e as dívidas de valor (*Geldwertschulden*). Entre umas e outras não há diferença essencial<sup>[48]</sup>: em ambas a prestação debitória tem por

[48] Neste sentido, cfr. *Peter W. Heermann, ob. cit.*, p. 26, que, não negligenciando a utilidade prática e dogmática da distinção, realça, todavia, que "(...) darf nicht verkannt werden, daß es sich lediglich um eine terminologische Klassifizierung der Geldschulden handelt". Parece ser também esta a posição adoptada, na doutrina



objecto dinheiro; em ambas o que está *in obligatione* é uma certa quantidade de "valor monetário", expresso num certo número de unidades monetárias; ambas são, em suma, obrigações de "prestação de valor" (*Wertverschaffungsschulden*). O que as distingue é apenas o modo (e o tempo) da determinação do *quantum* de unidades monetárias *in obligatione*: enquanto que nas simples obrigações de dinheiro a quantidade de unidades monetárias é logo e imediatamente fixada no momento da constituição do vínculo (como sucede, por exemplo, com o preço convencional num contrato de compra e venda), nas *dívidas de valor* a determinação do montante (isto é: o número de unidades monetárias) devido é relegada para um momento posterior ao nascimento do vínculo e fica dependente da avaliação (em termos de fixação de um equivalente monetário) de certos bens ou situações, reais ou hipotéticas, orientada pela finalidade (restitutória, indemnizatória, alimentar, ou outra) justificadora da obrigação (*Schuldzweck*)<sup>[49]</sup>. À fisiologia das *dívidas de valor* é

portuguesa, por ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª Edição, Almedina, 2005, que, a p.860, referindo-se às dívidas de valor, e depois de advertir que "a categoria (...) tem dado lugar a inúmeras dúvidas e hesitações na doutrina", diz o seguinte: "Trata-se, ao cabo e ao resto, de obrigações pecuniárias, uma vez que a sua liquidação é feita ou tem de ser efectuada em dinheiro. O problema que está verdadeiramente em causa nas situações em regra destacadas pelos autores é o de saber a que momento deve atender-se na fixação do montante da obrigação. E, nesse aspecto, é inquestionável a existência de casos em que o pensamento da lei conduz, excepcionalmente, à fixação do montante da prestação num momento posterior à constituição da obrigação, mais próximo da época do cumprimento".

<sup>[49]</sup> PETER W. HEERMANN, *ob. cit.*, p. 25-26, que, com especial ênfase, afirma que "Geldwert- und Geldsummenschuld sind nicht etwa verschiedene Forderungen, sie unterscheiden sich nur bei der Bemessung der geschuldeten Geldebtragshöhe".

inerente, por conseguinte, um momento de *liquidação* funcional e estruturalmente destacado do momento da sua constituição, mais ou menos próximo do momento do cumprimento<sup>[50]</sup>. São exemplos paradigmáticos das dívidas de valor a obrigação de “indenização em dinheiro” (cuja “liquidação” implica a “avaliação” dos danos, nos termos dos arts. 566.º e 569.º do Código Civil), a obrigação de restituição do “valor” obtido pelo enriquecido (quando não seja possível a restituição em espécie, nos termos do art. 479.º/1 do Código Civil) e a obrigação de prestação de alimentos (cuja determinação quantitativa depende da avaliação dos meios e das necessidades do devedor e do credor da prestação alimentar, nos termos dos arts. 2003.º e 2004.º do Código Civil)<sup>[51]-[52]</sup>. Não parece correcta, assim, a afirmação, co-

[50] Quanto ao problema da relevância, na determinação do *quantum debeat* na obrigação de indemnizar, das variações do valor real do dinheiro (em particular, as variações que consistem em desvalorização monetária) entre o momento da constituição do vínculo e o momento da liquidação, por um lado, e entre este e o momento do pagamento, por outro lado, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 23-26.

[51] Referindo os mesmos exemplos, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 23, e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, 2011, p. 736.

[52] No quadro da polémica dogmática e político-legislativa que opõe o “valorismo” ao “nominalismo” monetário (sobre a temática monetária “valorismo/nominalismo”, cfr. SEBASTIAN OMLOR, *ob. cit.* pp. 265 e ss.), é habitual associar-se o primeiro ao domínio das dívidas de valor e o segundo ao campo das puras obrigações de dinheiro. Mas, em bom rigor, o problema da opção entre o “valorismo” e o “nominalismo” apenas se coloca a partir do momento em que o montante *in obligatione* se acha determinado num certo número de unidades monetárias (numa certa *quantidade*). Nesse (e só a partir desse) momento, pode (e faz sentido) perguntar se a quantidade de unidades monetárias fixada (*ab initio* ou em liquidação posterior) deve alterar-se em função das variações do



mum na doutrina nacional, de que as dívidas de valor “não têm directamente por objecto dinheiro”, mas uma “prestação de outra natureza”<sup>[53]</sup>. As dívidas de valor têm, na verdade, o mesmo objecto que as demais obrigações monetárias: uma certa quantidade (um certo número) de unidades monetárias. Aquilo que, acessoriamente, as diferencia é apenas o modo (e o tempo) de determinação dessa quantidade de unidades monetárias.

## 6. O sistema (monetário) Bitcoin e as obrigações (monetárias) denominadas em bitcoins

### 6.1. Aspectos tecnológicos

Independentemente das suas oscilações no “mercado cambial”<sup>[54]</sup>, o bitcoin<sup>[55]</sup>, assim como outras criptomoedas estrutural

.....  
valor real do dinheiro (do seu efectivo “poder aquisitivo”): aumentando, em caso de desvalorização monetária (de modo a que o credor obtenha o mesmo poder de compra que correspondia às unidades monetárias *inicialmente* devidas); diminuindo, na hipótese inversa de apreciação monetária (de modo a que o devedor não atribua ao credor mais poder de compra do que aquele que correspondia às unidades monetárias inicialmente devidas). Só a partir desse momento, portanto, se coloca o problema da admissibilidade das cláusulas de estabilização monetária ( *Wertsicherungsvereinbarungen*) — cfr. JOAQUIM BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.* pp. 434 e ss. e SEBASTIAN OMLOR, *ob. cit.*, p. 270. Nas dívidas de valor, este problema não chega a pôr-se, uma vez que o valor real do dinheiro é logo atendido no momento, posterior à constituição da obrigação, da *liquidação*. A consideração do valor real do dinheiro é incorporada na própria operação de determinação do *quantum in obligatione*.

<sup>[53]</sup> Cfr. JOAQUIM BAPTISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 433, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 23, e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 736.

mente afins <sup>[56]-[57]</sup>, vem sendo usado como *unidade* através da

[54] Interessam-me, no texto, apenas os casos em que o bitcoin é usado para fixar preços que consistem na contrapartida da aquisição de produtos ou serviços, estando fora do alcance deste estudo as hipóteses em que é, ele próprio, objecto de aquisição, em troca de unidades monetárias convencionais ou de outras criptomoedas. Sobre a distinção entre as duas situações, cfr. PAULINA JO PESCH, *Cryptocoin-Schulden, Haftung und Risikoverteilung bei der Verschaffung von Bitcoins und Alt-Coins*, C. H. Beck, 2017, pp. 129 e ss. Não pretendo, por outro lado, tratar aqui de todas as questões jurídicas suscitadas pelas criptomoedas (que se distribuem por diversos ramos e institutos jurídicos, desde o direito da regulação monetária ao direito fiscal, passando pelo direitos das obrigações, das coisas, laboral, penal e da protecção de dados — sobre esta diversidade de problemas, cfr. GERALD SPINDLER/MARTIN BILLE, *Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung*, in WM, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2014, pp. 1357 e ss., e FRANZISKA BOEHM/PAULINA PESCH, *Bitcoins: Rechtliche Herausforderungen einer virtuellen Währung; Eine erste juristische Einordnung*, in MMR-B, 2014, pp. 75 e ss, Beck Online) —, cingindo a reflexão ao necessário para oferecer uma resposta às interrogações jurídico-obrigacionais formuladas no início do texto.

[55] Uso "bitcoin", com o "b" inicial minúsculo, para designar a unidade monetária do sistema monetário "Bitcoin", denotando este com o "B" inicial maiúsculo. Adiante, no texto, apresenta-se a ideia do "Bitcoin" como um verdadeiro sistema monetário.

[56] O que se diz no texto a respeito do Bitcoin é, quanto à questão jurídico-obrigacional de que nele se trata, extensível a outras criptomoedas que utilizam, na sua essência, uma infraestrutura tecnológica e algorítmica semelhante, ainda que com variações de configuração, como sucede, sobretudo, com as chamadas "Alt-Coins" (cfr. PAULINA JO PESCH, ob.cit., p. 46-47).

[57] Emprego o termo "criptomoedas" ("*cryptocurrencies*"; "*digital currencies*") num sentido muito apertado, de modo a incluir apenas os "tokens" que desempenham apenas a função de meio de pagamento de produtos e serviços oferecidos fora do "ecossistema" respectivo. Excluo, portanto, do âmbito das minhas considerações os chamados "utility tokens" (que envolvem, para o seu detentor, o acesso a funcionalidades oferecidas pela plataforma emitente, como sucede, por exemplo, com o "ether", que permite a utilização da "Ethereum Virtual Machine", integrante do "ecossistema Ethereum", para a criação de "smart contracts") e os "investment tokens" (mais próximos do figurino conceitual do valor mobiliário, como mostra o conhecido exemplo da DAO —



qual se expressam os preços de produtos e serviços comercializados na internet e, no mesmo ambiente digital, através do suporte electrónico que o representa, como meio de pagamento. Em Fevereiro de 2017, o bitcoin foi usado como meio de pagamento em 286 419 transacções diárias, em média<sup>[58]</sup>.

Em traços gerais, o sistema Bitcoin consiste numa rede de computadores que, com base nos algoritmos e software criados pelo misterioso Satoshi Nakamoto (cuja identidade histórica é desconhecida) — que os apresentou num “white paper” publicado em 2008<sup>[59]</sup> —, permite, sem a intervenção de qualquer terceiro (peer-to-peer), a circulação de bitcoins (suportes digitais representativos da correspondente “unidade”), que são usados como meio de pagamento de produtos e serviços objecto de contratos concluídos entre os participantes. Desde que ambos descarreguem para o seus computadores o software necessário (o programa “Bitcoin-Client”), A, por exemplo, pode pagar a B o par de sapatos que lhe comprou através da transferência do montante de bitcoins convenicionado. O propósito dos criadores (não se exclui a hipótese de Satoshi Nakamoto ser um pseudónimo que

.....  
“Decentralized Autonomous Organization”). Sobre esta classificação dos “crypto-assets”, cfr. PHILIPP HACKER/CHRIS THOMALE, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3075820](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075820), p. 12, e JOÃO VIEIRA DOS SANTOS, *Desafios Jurídicos das Initial Coin Offerings*, Instituto dos Valores Mobiliários, pp. 9-11, [https://institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1523367861joao\\_vieira\\_santos.pdf](https://institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1523367861joao_vieira_santos.pdf).

<sup>[58]</sup> Fonte: Cambridge Centre for Alternative Finance, Global Cryptocurrency Benchmarking Study.

<sup>[59]</sup> SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

esconde não uma mas um grupo de várias pessoas) do “código-fonte” original foi, assumidamente, o de gerar um sistema alternativo de pagamentos electrónicos, livre e autónomo do sistema bancário. Em 2008, Satoshi Nakamoto era claro:

“Commerce on the Internet has come to rely almost exclusively on financial institutions serving as trusted third parties to process electronic payments. While the system works well enough for most transactions, it still suffers from the inherent weaknesses of the trust based model. Completely non-reversible transactions are not really possible, since financial institutions cannot avoid mediating disputes. The cost of mediation increases transaction costs, limiting the minimum practical transaction size and cutting off the possibility for small casual transactions, and there is a broader cost in the loss of ability to make non-reversible payments for nonreversible services. With the possibility of reversal, the need for trust spreads. Merchants must be wary of their customers, hassling them for more information than they would otherwise need. A certain percentage of fraud is accepted as unavoidable. These costs and payment uncertainties can be avoided in person by using physical currency, but no mechanism exists to make payments over a communications channel without a trusted party. What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party. Transactions that are computationally impractical to reverse would protect sellers from fraud, and routine escrow mechanisms could easily be implemented to protect buyers. In this paper, we



propose a solution to the double-spending problem using a peer-to-peer distributed timestamp server to generate computational proof of the chronological order of transactions. The system is secure as long as honest nodes collectively control more CPU power than any cooperating group of attacker nodes.”

Do ponto de vista da sua infraestrutura tecnológico-digital, o sistema Bitcoin assenta em dois pilares essenciais: por um lado, o recurso à técnica da *criptação assimétrica*, baseada na geração de um par de chaves (uma chave privada e uma chave pública — que funciona como uma espécie de “conta” ou “endereço”) por cada um dos intervenientes na transacção, em termos de o remetente (originador da transacção de “transferência” de bitcoins) poder encriptar a sua mensagem com a sua chave privada (que funciona como “assinatura”), remetê-la para o destinatário, que é identificado pela sua chave pública, e de este, reconhecendo o remetente pela sua chave pública, poder descriptá-la através da sua chave privada<sup>[60]</sup>; por outro lado, a *Blockchain*, que, usando a *Distributed Ledger Technology* (DLT), consiste numa base de dados descentralizada e distribuída, constituída por blocos de informação ligados entre si, que

---

<sup>[60]</sup> Cfr. PAULINA JO PESCH, *ob.cit.*, p. 8 e 13, GERALD SPINDLER/MARTIN BILLE, *ob.cit.*, pp. 1358-1359, e MICHAEL NIELSEN, *How the Bitcoin protocol actually works*, <http://www.michaelnielsen.org/ddi/how-the-bitcoin-protocol-actually-works/>, ROBLEH ALI/JOHN BARRDEAR/ROGER CLEWS/JAMES SOUTHGATE, *The Economics of Digital Currencies*, Quaterly Bulletin, Bank of England, 2014, Q3, e *Innovations in payment technologies and the emergence of digital currencies*, Quaterly Bulletin, Bank of England, 2014, Q3, e *Bank For International Settlements, Digital Currencies*, 2015.

valida e arquiva todas as transacções de bitcoins<sup>[61]</sup>. A encriptação assimétrica permite assegurar aos participantes na rede o anonimato<sup>[62]</sup>, a autenticidade e a integridade das transacções (assim como, através da técnica de Linked-Timestamping, impedir o fenómeno fraudulento do “double-spending” (“dupla alienação”), que consiste na utilização da mesma unidade de bitcoin em mais do que uma transacção<sup>[63]</sup>). A *blockchain*, na medida em que dispensa uma base de dados centralizada e uma entidade central que a administre, assegurando a distribuição de toda a informação acumulada na cadeia de blocos por todos os participantes que disponham do software necessário (“full-nodes”) e a validação descentralizada das transacções<sup>[64]</sup>, permite a realização de transacções peer-to-peer, sem intervenção ou intromissão de qualquer terceiro. Garante, por outro lado, a irreversibilidade das transacções (embora não impeça a

.....  
 [61] Cfr. PAULINA JO PESCH, *ob.cit.*, p. 17 e ss., e JOACHIM SCHREY/THOMAS THALHOFER, RECHTLICHE ASPEKTE DER BLOCKCHAIN, in NJW, 2017, Beck Online, pp. 1431 e ss., e Johannes Seitz, *Distributed Ledger Technology — Die Revolution hat begonnen und das Recht muss folgen*, in DSRITB, 2017, Beck Online, pp. 777 e ss.

[62] Ou apenas, em rigor, o “pseudonimato”. A *blockchain* regista, de modo transparente, todas as transacções e as suas ligações sequenciais, identificando os “endereços” (pares de chaves de encriptação) entre os quais elas se processam, que funcionam como pseudónimos. O que a cadeia de blocos de dados não revela é apenas a identidade do titular real dos endereços. O acesso a qualquer informação que permita estabelecer a ligação entre o pseudónimo criptográfico e o verdadeiro titular dos dados abre o caminho ao conhecimento da história (e dos sujeitos reais) das transacções em que ele tenha participado. Sobre a questão do “pseudonimato” permitido pela *blockchain*, cfr. PAULINA JO PESCH, *ob.cit.*, p. 45, e JOACHIM SCHREY/THOMAS THALHOFER, *ob. cit.*, p. 1359.

[63] Cfr. PAULINA JO PESCH, *ob.cit.*, p. 17.

[64] Cfr. *infra*, no texto, o ponto 6.2.



realização de transacções de sentido inverso) e, uma vez que a cadeia de blocos se encontra replicada, de modo distribuído, em todos os "full-nodes", propicia uma tendencial indestrutibilidade da informação.

## 6.2. Aspectos monetários: os elementos do sistema monetário Bitcoin

O sistema Bitcoin incorpora todos os elementos compositivos da grelha construtiva do conceito geral de sistema monetário, ainda que a específica consistência de cada um deles lhe confira fortes traços distintivos em relação aos sistemas convencionais, sobretudo aqueles que são de matriz estatal.

Existe, desde logo, uma unidade monetária: o bitcoin. Unidade que, incorporada na estrutura do algoritmo criador do sistema, cumpre todas as funções típicas de qualquer unidade monetária<sup>[65]</sup>: funciona como unidade de conta, permitindo contar "poder de compra" abstracto e nominal (como sucede com qualquer unidade monetária); desempenha, igualmente, a função de denominação e quantificação, porquanto, além de identificar o sistema Bitcoin, distinguindo-o dos demais, serve para determinar numericamente a quantidade de unidades (monetárias) que o devedor se obriga a prestar, permitindo a comercialização de produtos e serviços com preço indicado em bitcoins; é, por fim, uma unidade de cálculo.

[65] Cfr., supra, no texto, o ponto 3.2.

A unidade monetária bitcoin é representada em suportes puramente digitais, em *ficheiros electrónicos* ("strings of bits"), os quais consistem "numa representação abstracta de informação através de uma codificação em formato binário registada num qualquer suporte electromagnético"<sup>[66]</sup>, ou seja, num "dispositivo físico que apenas necessita de representar dois estados (p.e.: um comutador — ligado ou desligado; uma ligação — aberta ou fechada; ou uma bandeira [flag] — levantada ou caída)"<sup>[67]</sup>. Uma unidade de bitcoin, ou fracção ou múltiplo dela, não é mais do que a representação binária da mensagem encriptada em que se corporiza a transacção, que, através da utilização de "hash functions", se liga à transacção anterior, que assume como "input", e se continua na transacção subsequente, gerando um "output" que esta tomará como "input", e assim sucessivamente<sup>[68]</sup>. Daí que o "próprio" Satoshi Nakamoto defina "*an electronic coin as a chain of digital signatures*", acrescentando, logo a seguir, que "[e]ach owner transfers the coin to the next by digitally signing a hash of the previous transaction and the public key of the next owner and adding these to the end of the coin."<sup>[69]</sup> Do ponto de vista daquele que recebe bitcoins em cumprimento de obrigação neles denominada e quantificada, o suporte correspondente traduz-se, na prática, no código criptográfico da sua chave privada, armazenada numa "wallet". É a disponibilidade desta

[66] PEDRO DIAS VENÂNCIO, *A Tutela Jurídica do Formato do Ficheiro Electrónico*, Almedina, 2016, p. 56.

[67] PEDRO DIAS VENÂNCIO, *ob. cit.*, pp. 80-81.

[68] MICHAEL NIELSEN, *cit.*

[69] SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, *cit.*



informação binária (que pode, naturalmente, ser convertida de linguagem de máquina em linguagem humana e ser representada em suportes não digitais) que constitui a "titularidade" (*Inhaberschaft*) do suporte monetário representativo de uma unidade (fracção ou múltiplo) de bitcoins<sup>[70] [71]</sup>.

Não obstante os seus suportes representativos terem também natureza digital-electrónica, os bitcoins não se confundem

---

[70] JOHANNES SEITZ, *ob. cit.*, p. 782.

[71] Não representando o ficheiro informático que materializa as unidades de bitcoins um direito de crédito, nem um bem incorpóreo susceptível de propriedade intelectual (não se trata nem de um "programa de computador, nem de um "formato de ficheiro electrónico" — sobre o Formato de Ficheiro Electrónico" como objecto de protecção jurídico-intelectual, ver PEDRO DIAS VENÂNCIO, *ob.cit.* pp. 411 e ss.), nem sendo sequer uma coisa corpórea distinta e separável (*abgrenzbar*) do suporte de gravação em linguagem de máquina (sobre a questão, controvertida, da qualificação dos simples ficheiros como coisas corpóreas, cfr. PETER BYDLINSKI, *Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 198, 1998, pp. 288 e ss, JOHANNES SEITZ, *ob. cit.*, p. 783, e GERALD SPINDLER/MARTIN BILLE, *ob. cit.*, p. 1360), torna-se difícil, atendendo aos limites do sistema de fontes das obrigações, encontrar um apoio normativo para a ressarcibilidade dos danos que, afectando o ficheiro, deixem incólume o suporte de gravação (quando a destruição do ficheiro resulte da danificação do suporte de gravação, o valor monetário correspondente pode ser incluído na indemnização devida pela violação do direito de propriedade que sobre aquele incide, nos termos do art. 483.º/1 do Código Civil), como sucede nos casos de simples apagamento ou cópia. Considerando a amplitude do conceito de "dado informático" que integra o tipo do crime de "dano relativo a programas ou outros dados informáticos" (como salienta *Pedro Dias Venâncio*, em parecer jurídico inédito), não é de afastar a possibilidade de considerar como "disposição legal de protecção" a norma do art. 4.º da Lei do Cibercrime (Lei n.º109/2009, de 15/09), actuando por essa via (a via da segunda modalidade de ilicitude prevista no art. 483.º) a protecção delitual dos bitcoins. Problema diferente deste, e que aqui apenas se deixa referenciado, é o da existência de pretensões indemnizatórias de origem contratual nas hipóteses em que o detentor de bitcoins não esteja ligado

com o dinheiro escritural bancário, que se apresenta na forma de inscrições em contas de depósito. Ao invés destas, que exprimem créditos (obrigações monetárias) do titular da conta em face do banco<sup>[72]</sup>, os bitcoins não representam nenhuma relação jurídica entre o seu detentor (aquele que tem a disponibilidade da chave privada que permite autenticar a transacção) e um qualquer emitente. Neste sentido (e só neste sentido), os suportes digitais que representam os bitcoins assemelham-se mais às moedas metálicas do que ao dinheiro escritural — trata-se, portanto, de “electronic cash”<sup>[73]</sup>.

Os suportes representativos de bitcoins desempenham as funções típicas de qualquer suporte monetário: são usados como

.....  
directamente à rede, usando antes online-wallets disponibilizadas por prestadores de serviços de “exchange” — sobre o ponto, cfr. JOHANNES SEITZ, *ob. cit.*, pp. 784-785.

[72] Cfr. PAULO DUARTE, *ob.cit.*, pp. 396 e ss.

[73] Não deve, por outro lado, confundir-se o fenómeno das “digital currencies”, em que se insere o Bitcoin, com a chamada “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 dos sistemas monetários convencionais (dotados de uma entidade central): notas, moedas e depósitos bancários. A “moeda electrónica”, portanto, é um suporte monetário de segundo grau, que “representa” um suporte monetário de primeiro grau (notas, moedas e depósitos bancários). As instituições de moeda electrónica não podem criar depósitos, e só muito limitadamente podem conceder crédito [art. 8.º-A/2-b)].



meio de pagamento em transações realizadas, a distância, através da internet e como reserva de valor<sup>[74]</sup>.

No plano da criação de suportes monetários, há uma diferença abissal (que, para além das especificidades tecnológicas, encerra conotações ideológicas e mundividenciais) entre o sistema Bitcoin e os sistemas monetários convencionais: no sistema Bitcoin, não há banco central, nem qualquer outra autoridade a que seja atribuído o poder de conceber e executar uma qualquer política monetária. Com excepção da transação original, no valor de 50 bitcoins, executada pelo “próprio” Nakamoto (correspondente ao “genesis block”)<sup>[75]</sup>, e com o limite algoritmicamente estabelecido de 21 milhões, todas as unidades de bitcoin (assim como as suas fracções e múltiplos) são criadas através do processo de *mining*, que consiste na validação dos blocos de transações através da descoberta (que implica a resolução de problemas matemáticos de dificuldade progressivamente crescente) do “hash” que o identifica (cada novo bloco inclui a referência ao “hash” do bloco anterior, dessa forma se estabelecendo o encadeamento entre eles). Os “miners” são os utilizadores que, dispondo de software e poder computacional para o efeito (“full-nodes”), disputam a corrida pela validação

---

[74] A volatilidade do bitcoin no mercado cambial não lhe retira, só por si, a funcionalidade de veículo de reserva de valor, ainda que possa, seguramente, reduzir a apetência dos investidores para a sua aquisição — o que, por tabela, pode também comprometer a sua utilização como meio de pagamento. A volatilidade e a fragilidade cambiais não são, todavia, exclusivo das criptomoedas, não faltando na história episódios de crises que abalaram profundamente sistemas monetários convencionais, de matriz estatal.

[75] MICHAEL NIELSEN, *loc. cit.*

das transações, constituindo a descoberta do “hash” o “proof-of-work” que justifica a “remuneração” da criação monetária (o que contrasta, no plano da “ética da criação monetária”, com a criação “out of nothing” do dinheiro escritural produzido pelos bancos comerciais)<sup>[76]</sup>.

A comunidade monetária do sistema Bitcoin, desligada de qualquer vínculo territorial ou de nacionalidade, é tendencialmente “globalizada”, incluindo todos aqueles que, directa ou indirectamente, se liguem à rede, e que pretendam, sem necessidade de recurso a qualquer terceiro prestador de serviços financeiros, realizar pagamentos, cumprindo obrigações denominadas em bitcoins.

## 7. Conclusão

No quadro da grelha analítica do conceito de sistema monetário, o Bitcoin e outras criptomoedas baseadas em algoritmos e protocolos semelhantes são dinheiro tal qual o são as chamadas moedas tradicionais de matriz estatal (ainda que marcadas

<sup>[76]</sup> O facto de os suportes monetários serem produzidos por sujeitos privados não é exclusivo do sistema Bitcoin. No sistema monetário europeu, a maior parte do dinheiro em circulação é criada pelos bancos comerciais, através da inscrição de valor monetário em contas de depósito. Em 31 de Dezembro de 2017, segundo dados estatísticos do BCE, apenas cerca de 9% da massa monetária global (M3) 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 comerciais), que representavam, naquela data, cerca de 56% (o correspondente a 6 676 biliões de euros).



por uma fortíssima componente bancária). Tanto umas como outras (*rectius*, os respectivos sistemas monetários) participam da essência do “ser dinheiro” (“moneyness”): permitem *denominar* e quantificar dívidas em unidades monetárias (“money of account”) e *pagá-las* com suportes expressos nas mesmas unidades (“money of payment”). Uma dívida denominada e quantificada em bitcoins é, estruturalmente (e independentemente do seu valor real e grau de aceitação e disseminação), idêntica a uma dívida denominada em euros: ambas são obrigações monetárias (ou obrigações de dinheiro), que têm a natureza de “obrigações de prestação de valor”, por oposição a obrigações de prestação de coisas ou serviços<sup>[77]</sup>.

Embora a doutrina seja maioritariamente resistente à ideia de tratar os bitcoins como dinheiro<sup>[78]-[79]</sup>, há algumas manifesta-

---

<sup>[77]</sup> Em sentido idêntico, BENJAMIN BECK/DOMINIK KÖNIG, *ob. cit.*, pp. 659-662. GERALD SPINDLER/MARTIN BILLE, *ob. cit.*, p. 1361, concedem, pelo menos, que não se pode recusar ao Bitcoin o reconhecimento do desempenho das funções do dinheiro (“Geldfunktionen”) e que a relatividade do conceito jurídico de dinheiro torna admissível a aplicabilidade (“excepcional”) às obrigações de bitcoins normas que versam sobre obrigações de dinheiro denominadas em “moeda corrente”. DAVID PLITT/REBECCA FISCHER, *Kryptowährung im Arbeitsrecht — Wieviel Bitcoin darf es sein?*, NZA, 2016, Beck Online, pp. 799 e ss. admitem, no âmbito do direito laboral, o pagamento de parte da remuneração do trabalhador em bitcoins.

<sup>[78]</sup> Ressalvando a exceção dos autores citados na nota anterior, pronunciam-se contra a orientação que defendo, entre outros, CHRISTIAN ENGELHART/SASCHA JKLEIN, *Bitcoins — Geschäfte mit Geld, das keines ist: Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung*, MMR, 2014, pp. 355 e ss, Beck Online, PAULINA JO PESCH, *ob. cit.*, pp. 95-96 (ainda que a autora não rejeite a possibilidade de, em relação a hipóteses e questões circunscritas, tratar os bitcoins como dinheiro e as obrigações neles denominadas como “Geldschulden”), SCHIMANSKY

ções jurisprudenciais, administrativas e regulatórias que assentam, expressa ou implicitamente, com maior ou menor alcance, no reconhecimento dessa possibilidade.

Já em 2011, a *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) considerara os bitcoins incluídos no conceito de “unidade de conta”, (“*Rechnungseinheit*” — categoria onde cabem também os SDR e o ECU<sup>[80]</sup>), que, a par das “divisas”, define uma das espécies do género “instrumento financeiro”, segundo o § 1/11.7. da *Kreditwesengesetz*<sup>[81]</sup>.

Já em 2015, em acórdão de 22 de Outubro, o TJUE, no processo C-264/14, *Skatteverket/David Hedqvist*, equiparando os bitcoins às “divisas tradicionais”, decidiu que “o artigo 135.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva IVA deve ser interpretado no sentido de que prestações de serviços (...) que consistem no câmbio de divisas tradicionais por unidades da divisa virtual «bitcoin», e vice-versa, efetuadas mediante o pagamento de uma quantia correspondente à margem constituída pela diferença entre, por um lado,

.....  
/ BUNTE / LWOWSKI, *Bankrechts-Handbuch*, GL-secct55a-II-III-2-b, Rn 15- 157, Beck Online.

[79] O facto de não existir norma que atribua “curso legal” aos bitcoins não constitui argumento decisivo na discussão sobre a sua natureza monetária. O facto de o “dinheiro escritural bancário” (também) não beneficiar desse estatuto jurídico-monetário não impede que se lhe reconheça a qualidade de “moneyness”. Sobre a questão do “curso legal”, a respeito da “moeda bancária”, cfr. FRANCISCO MENDES CORREIA, ob. cit., pp. 129 e ss.

[80] Cfr., supra, nota 37.

[81] Sobre o sentido e alcance desta decisão da BaFin, cfr. LUTZ AUFFENBERG, *Bitcoins als Rechnungseinheitn — Eine kritische Auseinandersetzung mit der aktuellen Verwaltungspraxis der BaFin*, NVWZ, 2015, pp. 1184 e ss., Beck Online.



o preço pelo qual o operador em causa compra as divisas e, por outro, o preço a que as vende aos seus clientes, constituem operações isentas de IVA, na aceção dessa disposição”<sup>[82]</sup>.

Já em 2018, o Ministério das Finanças da Alemanha, na *Anwendungserlass* de 27 de Fevereiro, na linha da jurisprudência do TJUE, no caso *Skatteverket/David Hedqvist*, sobre o tratamento, em sede de IVA, do Bitcoin e de outras criptomoedas, determinou que “as chamadas moedas virtuais (criptomoedas, por exemplo o Bitcoin) são equiparadas aos meios legais de pagamento, desde que sejam aceites pelas partes como imediato meio de pagamento e que não sirvam para qualquer outra finalidade que não seja a de funcionarem como meio de pagamento (...)”.

Importa terminar respondendo à questão cuja formulação dá início ao texto: podendo qualificar-se como “preço” a contraprestação (que é objecto de uma “obrigação de prestação de valor”) fixada em bitcoins, não há nenhuma razão para recu-

---

<sup>[82]</sup> Nas suas Conclusões, a Advogada-Geral, Juliane Kokott, considera que “o que é aplicável aos meios com valor liberatório deve igualmente aplicar-se aos restantes meios de pagamento, cuja função se esgota em si mesma. Estes meios de pagamento simples, ainda que não sejam legalmente garantidos ou controlados, para efeitos de IVA, cumprem a mesma função que os meios com valor liberatório e, por conseguinte, em conformidade com o princípio da neutralidade fiscal, na sua dimensão de princípio da igualdade de tratamento, devem, em princípio, ser tratados de modo igual”. Acrescenta, mais adiante, que “(...) as bitcoins constituem igualmente um meio de pagamento simples. A sua posse não tem qualquer outra finalidade que não seja a sua utilização em qualquer momento como meio de pagamento. Por conseguinte, para efeitos do facto gerador do IVA, as bitcoins devem ser tratadas do mesmo modo que os meios com valor liberatório.”

sar ao contrato a que se refere a hipótese considerada a qualificação de compra e venda (afastando, assim, a qualificação alternativa de contrato de troca — que sempre seria dificultada pelas especificidades digitais-electrónicas do suporte que é característico das criptomoedas).





# WAP BILLING: PROBLEMAS E SOLUÇÕES

*Pedro Falcão\**

## **Sumário:**

I. Introdução. II. O Negócio. III. Os Problemas. IV. Propostas de Solução: 1) Falta da Vontade de Acção; 2) Representação sem Poderes; 3) Dever de Informação; 4) Alteração à Lei das Comunicações Electrónicas. V. Conclusões.

## **I. Introdução**

A breve análise que se segue tem como objectivo explicar o que é e como se processa o chamado “WAP Billing”, procurando, do mesmo passo, recortar juridicamente os problemas que este sistema tem suscitado e esboçar possíveis soluções.

.....  
\* Adjunto de Ensino, a prestar actualmente serviço na Faculdade de Direito de Coimbra. Pós-graduado em Direito dos Contratos e do Consumo e mestrando em Direito Civil na mesma Faculdade.



Sistema este que se traduz numa forma de pagamento (“*billing*”) de conteúdos digitais a que se acede na internet por meio de um conjunto de protocolos de comunicação que facilita a ligação de dispositivos portáteis sem fios aos ambientes aplicativos em que tais conteúdos estão disponíveis (WAP — “*Wireless Application Protocol*”)<sup>[1]</sup>. Ou seja, um método de pagamento de conteúdos de entretenimento (v.g. jogos, músicas, vídeos, toques, fundos de ecrã, serviços de informações) disponíveis na internet e destinados a uma utilização móvel.

Conteúdos que são disponibilizados directamente pelo fornecedor, por meio de um contrato celebrado à distância por via electrónica, mas facturados conjuntamente com o serviço de comunicações electrónicas, pelo respectivo prestador, em nome e por conta do fornecedor.

A pertinência do tema radica no volume de reclamações que tem chegado aos serviços da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) e que motivou já a emissão de uma Recomendação às empresas que oferecem redes de comunicações públicas e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público no sentido de que estas garantam a *prévia, expressa e específica* autorização dos utentes para a efectividade do sistema de cobrança relativamente a cada conteúdo<sup>[2]</sup>.

---

<sup>[1]</sup> Cfr. ANTÓNIO SANTOS PINTO, *WAP (Wireless Application Protocol)*, 2000, pág. 3.

<sup>[2]</sup> Cfr. ANACOM, *Recomendação dirigida às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas relativamente aos serviços de WAP Billing*, aprovada por Decisão de 2 de Novembro de 2017, pág. 4.

Só em 2016, o número de reclamações incidentes sobre a prestação de serviços da sociedade da informação<sup>[3]</sup>, que é do que se trata, ascendeu a 977, consubstanciando um aumento de 172,9% face ao ano de 2015<sup>[4]</sup>. Os números divulgados pelo Portal da Queixa (rede social de consumidores) sublinham a tendência, revelando um aumento de 635%, em 2017, nas reclamações especificamente dirigidas ao "WAP Billing" (1.307 reclamações, face às 206 registadas em 2016)<sup>[5]</sup>.

Sendo válido na sua essência, este esquema jurídico deixa, contudo, dúvidas quanto ao modo como tem operado. A julgar pelas queixas dos consumidores e pela preocupação da entidade reguladora, nem a celebração do contrato que estabelece o acesso ao conteúdo, nem a prestação do consentimento do utente relativamente ao sistema de cobrança têm respeitado as regras imperativamente consagradas em ordem à protecção do *declarante*, do *consumidor* ou do *utente*.

<sup>[3]</sup> Serviços definidos pelo art. 3.º/1 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de Agosto: "qualquer serviço prestado a distância por via electrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário".

<sup>[4]</sup> Cfr. ANACOM, *Relatório de Regulação, Supervisão e Outras Atividades (2016)*, 2017, pág. 123.

<sup>[5]</sup> Cfr. PORTAL DA QUEIXA, *SMS de Valor Acrescentado: Reclamações Aumentam 635%*, comunicado de 19 de Janeiro de 2018.



Aparentemente, nem o declarante tem consciência da declaração emitida (cfr. art. 246.º do Código Civil — CC), nem o consumidor sabe que contratou (cfr. art. 5.º/4 e 8 do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro<sup>[6]</sup>), nem o utente está ciente da efectividade do sistema de pagamento (cfr. arts. 3.º e 4.º/1 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho<sup>[7]</sup>, art. 47.º/1 da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro<sup>[8]</sup>, e arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro<sup>[9]</sup>).

## II. O Negócio

O modelo, como foi dado a entender, é simples.

O utilizador navega pela internet, interessa-se por um destes conteúdos, indica o seu número de telemóvel, emite uma ordem

.....

<sup>[6]</sup> Diploma aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial por consumidores, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

<sup>[7]</sup> Diploma conhecido por Lei dos Serviços Públicos Essenciais (LSPE), que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger os utentes de tais serviços, várias vezes alterado, a última das quais pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro.

<sup>[8]</sup> Lei das Comunicações Electrónicas (LCE), que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos, e define as competências da autoridade reguladora nacional neste domínio, várias vezes alterada, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31 de Julho.

<sup>[9]</sup> Diploma que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, algumas vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

de subscrição e esta é facturada juntamente com o serviço de comunicações electrónicas.

A contraprestação traduz-se normalmente no pagamento de um valor semanal ou mensal, incluído na factura (serviço pós-pago) ou descontado no saldo do utente (serviço pré-pago), podendo também traduzir-se no pagamento de determinado montante por cada utilização. Tal foi o caso da utente que recebeu uma factura que totalizava cerca de € 5.000,00 graças, sobretudo, à subscrição efectuada pelo filho de um jogo que custava € 49,50 por cada dia em que era jogado<sup>[10]</sup>.

O método de cobrança assenta num contrato de mandato celebrado entre o fornecedor de conteúdos e o prestador do serviço de suporte (cfr. arts. 231.º e segs. do Código Comercial), por meio do qual se estabelece, nomeadamente, o modo como a facturação irá processar-se. O serviço de subscrição mantém-se activo até que o utilizador solicite o seu cancelamento ao fornecedor, o que, por vezes, terá custos associados.

A licitude do negócio pressupõe, por um lado, a consciência da celebração do contrato, inequívoca e informada, e, por outro, o consentimento esclarecido do utente no sentido da efec-

<sup>[10]</sup> Cfr. PEDRO ANDERSSON, *Evite centenas ou milhares de euros de fatura de telemóvel*, reportagem televisiva de 4 de Outubro de 2017.

As condições gerais da iTouch Movilisto Portugal (Mobile Apps), fornecedora de conteúdos digitais, referem um sistema deste tipo: "o serviço solicitado dá acesso, de acordo com o modelo de compra, a um ou vários conteúdos em específico, limitado por sessão ou no tempo, mediante o pagamento único de um preço fixo e previamente especificado" (cláusula 1.3.2. — condições descarregadas em mobile-apps.pt, em 04/04/2018, às 13:50h).



tividade da cobrança nestes termos. Deste modo, o fornecedor disponibilizará licitamente os conteúdos e o utilizador pagará a subscrição mediante um sistema que validamente autorizou.

A questão é que, na prática, e ao que parece, os utilizadores apenas se apercebem de que contrataram quando recebem uma mensagem de texto a confirmar a subscrição ou até quando verificam a factura do serviço de comunicações ou o saldo do cartão<sup>[11]</sup>, o que obriga a considerar as questões que seguidamente se expõem.

### III. Os Problemas

Pretendendo, sobretudo, abordar o “*billing*” propriamente dito, não podemos, todavia, deixar de apreciar os problemas que emergem a montante, e o primeiro está na *inconsciência da celebração do contrato* que estabelece a subscrição.

Com efeito, boa parte das queixas incide sobre a falta de noção que o utilizador tem de estar a efectuar uma subscrição. A celebração do contrato parece ser equívoca, inconsciente mesmo, havendo utilizadores que se queixam da dissimulação do comando informático que efectiva as suas declarações negociais, encoberto por uma imagem ou por um anúncio. E, ao que tudo indica, basta a navegação realizada através do uso da internet móvel para que o número associado ao dispositivo utili-

[11] Cfr. ANACOM, *Recomendação...*, cit., pág. 1.

zado na subscrição seja imediatamente identificado e com ele o respectivo serviço de comunicações, através do qual se fará a cobrança.

Outra situação comum é a da *subscrição efectuada, não pelo utente do serviço de comunicações electrónicas, mas por um terceiro*, tipicamente uma criança. Isto é, o utente paga periodicamente o acesso a um conteúdo em cuja contratação não interveio.

A este propósito dispõem as condições gerais da IDNA (Zig-ZagFone)<sup>[95]</sup>, uma das empresas fornecedoras destes conteúdos: “caso seja um terceiro a efectuar os pagamentos referentes aos Serviços que lhe são fornecidos (o pagador da conta autorizado), o cliente deverá ter a respectiva autorização para efectuar a compra e a utilização dos Serviços, bem como os pagamentos dos Serviços” (cláusula 2./2).

*A ignorância da efectividade do “WAP Billing”* é outro dos aspectos reclamados. Os utentes queixam-se de que as cobranças se realizam sem que alguma vez tenham autorizado conscientemente tal sistema. Ou seja, por um lado, não se apercebem de ter subscrito qualquer conteúdo e, por outro, não têm noção de ter consentido no pagamento de subscrições por esta forma<sup>[13]</sup>.

Problema que foi objecto da Recomendação, referida na introdução deste estudo, que a ANACOM dirigiu, em finais de 2017, às empresas que suportam este sistema: “as empresas que ofere-

[12] Descarregadas em [zigzagfone.com/PT](http://zigzagfone.com/PT), em 04/04/2018, às 14:31h.

[13] Referindo-se a este problema, um utente queixava-se em tempos ao jornal Público (ANA BRITO e JOÃO PEDRO PEREIRA, *Queixas contra serviços através de telemóvel no Parlamento*, 21 de Maio de 2017) de que os operadores permitiam que



cem redes de comunicações públicas e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público apenas devem exigir aos seus assinantes o pagamento de conteúdos digitais ou de serviços que não sejam de comunicações eletrónicas disponibilizados quando aqueles tenham prévia, expressa e especificamente autorizado perante as mesmas, a realização do pagamento de cada um dos referidos conteúdos ou serviços, através de declaração em qualquer suporte duradouro"<sup>[14]</sup>.

Por último, discute-se a *falta de regulamentação* desta realidade, que exorbita o âmbito de aplicação dos regimes que enquadram o *serviço de comunicações electrónicas* propriamente dito<sup>[15]</sup>, os *serviços de audiotexto* e os *serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem*<sup>[16]</sup>, com a consequência

.....  
terceiros utilizassem a conta do cliente "como se [de] um cartão de crédito sem PIN se tratasse" (pág. 15).

<sup>[14]</sup> ANACOM, *Recomendação...*, *cit.*, pág. 4.

<sup>[15]</sup> Regulado pela Lei n.º 5/2004 e por esta definido como o "serviço [...] que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 2.º [os serviços da sociedade da informação que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações electrónicas, e os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações electrónicas, incluindo os serviços de programas televisivos e de rádio e os serviços de audiotexto e de valor acrescentado baseados no envio de mensagem]" (art. 3.º/ff).

<sup>[16]</sup> Disciplinados em parte pelo Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, que estabelece o regime de acesso e de exercício da respectiva atividade de prestação, várias vezes alterado, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 8/2013, de 18 de

de tal impossibilitar a ANACOM de intervir directamente e de sancionar as práticas abusivas dos fornecedores de conteúdos<sup>[100]</sup>.

Aspecto também referido na já mencionada Recomendação da entidade reguladora: “considerando que os serviços em causa não são serviços de comunicações eletrónicas, nem são serviços de audiotexto nem de valor acrescentado baseados em mensagens, (SMS/MMS), não estão, como tal, abrangidos por disposições sectorialmente específicas”<sup>[17]</sup>.

#### IV. Propostas de Solução

##### 1) Falta da Vontade de Acção

Face aos problemas acabados de expor, parece-nos que uma primeira abordagem deverá passar pela apreciação da validade

.....  
Janeiro, e, quanto à relação entre o prestador do serviço de suporte e o utente, pela Lei n.º 5/2004 (cfr. art. 45.º).

O art. 2.º do Decreto-Lei n.º 177/99 define *serviços de audiotexto* como “os que se suportam no serviço fixo de telefone ou em serviços telefónicos móveis e que são destes diferenciáveis em razão do seu conteúdo e natureza específicos” (n.º 1), e *serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem* como “serviços da sociedade de informação prestados através de mensagem suportada em serviços de comunicações eletrónicas que impliquem o pagamento pelo consumidor, de forma imediata ou diferida, de um valor adicional sobre o preço do serviço de comunicações eletrónicas, como retribuição pela prestação do conteúdo transmitido, designadamente pelo serviço de informação, entretenimento ou outro” (n.º 2).

<sup>[17]</sup> ANACOM, *Recomendação...*, cit., pág. 1.



da declaração negocial emitida pelo subscritor, seja ele simultaneamente utente do serviço de suporte ou não. Isto é, antes de se apreciar a legitimidade para contratar, fundada na qualidade de utente do serviço através do qual se processa a realização da contraprestação ou na existência de poderes de representação, terá que avaliar-se se a declaração negocial do utilizador é, efectivamente, válida.

E essa validade depende, entre outros aspectos, da coincidência entre a vontade real do declarante e a declaração propriamente dita. Isto é, pese embora a declaração valha, em princípio, com o sentido objectivamente exteriorizado e como tal percebido pelo declaratário, em nome da protecção das expectativas deste e dos interesses gerais da contratação, o respectivo negócio jurídico poderá estar em risco se aquela coincidência, sustentadora da autonomia da vontade, não se verificar: em risco de inexistência, nulidade ou anulabilidade.

Este risco pode concretizar-se por duas vias, atinentes à *formulação da vontade*: a existência de uma *divergência intencional* entre a vontade e a declaração (simulação, reserva mental, declaração não séria); ou de uma *divergência não intencional* (falta de consciência da declaração, coacção física, erro na declaração ou erro na transmissão da declaração).

A divergência não intencional entre a vontade do declarante e a declaração por ele objectivamente emitida pode, portanto, resultar da *falta de consciência da declaração* ou mesmo da *falta da vontade de acção*, casos em que o decla-

rante emite uma declaração *sem consciência ou até vontade de o ter feito*<sup>[18]</sup>.

Nos casos em apreço, em que os utilizadores afirmam não ter noção de estar a celebrar qualquer contrato, parecem configurar-se situações de falta de consciência da declaração ou, mais rigorosamente, de *falta da vontade de acção*: falta da “voluntariedade (consciência e intenção) do comportamento declarativo”<sup>[19]</sup>.

Dispõe para estas hipóteses o art. 246.º CC que “a declaração *não produz qualquer efeito*” (itálico nosso), consequência para que já MANUEL DE ANDRADE se inclinava, entendendo tratar-se de um caso de *nulidade*, considerando que “se o declarante nem sequer quis concluir qualquer negócio jurídico, nem chegou a ter consciência de que o seu procedimento assim seria ou poderia ser interpretado, seria violento obrigá-lo a responder pelo sentido objectivo da declaração”<sup>[20]</sup>. CARLOS MOTA PINTO foi ainda mais longe, defendendo que, nas situações em que, mais do que faltar a consciência da declaração, *falta a vontade de acção*, “parece estar-se, antes, perante um caso de verdadeira *inexistência* da declaração”<sup>[105]</sup> (itálico nosso).

[18] O exemplo dado por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil: Teoria Geral*, Volume II, 2003) para ilustrar esta matéria é particularmente claro: “Está-se a proceder numa instituição de beneficência a uma recolha de roupas para sinistrados. Alguém entra casualmente, pensa que se trata da fila do vestiário e entrega o seu sobretudo. Doou-o?” (pág. 126).

[19] CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012, pág. 419.

[20] MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 1992, pág. 221.



Mas este mesmo problema, visto embora por outro prisma, surge também disciplinado nos diferentes regimes aplicáveis às relações de consumo.

A Lei de Defesa do Consumidor é inequívoca ao dispor que “o consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido” (art. 9.º/4). Norma que concretiza o direito dos consumidores à *protecção dos seus interesses económicos*, constitucionalmente consagrado como direito fundamental (cfr. art. 60.º/1 da Constituição da República Portuguesa — CRP).

Da mesma forma que o regime previsto no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março<sup>[221]</sup>, consagra a proibição da *prática comercial desleal*, porque agressiva em qualquer circunstância, de “exigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços [...] que o consumidor não tenha solicitado” (art. 12.º/f — cfr. arts. 4.º e 6.º/c). Ou que o regime fixado no Decreto-Lei n.º 24/2014, aplicável aos *contratos celebrados à distância*, estabelece que “é proibida a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento não solicitado de [...] conteúdos digitais” (art. 28.º/1).

Face ao concreto problema que estamos a analisar e à alegada *dissimulação do interface* que confirma a contratação,

---

[221] CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 491. No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, cit., Volume II, págs. 126 e 127.

[222] Diploma que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro.

importa também considerar a norma que neste último regime determina que “quando a conclusão da encomenda implicar a ativação de um botão ou função semelhante, o botão ou a referida função é identificada de forma facilmente legível [...] que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional” (art. 5.º/4), e cuja violação acarreta a *não vinculação do consumidor* ao contrato (cfr. art. 5.º/8).

Resulta assim do exposto que os contratos celebrados nas condições descritas pelos utilizadores reclamantes serão *inexistentes* (cfr. art. 246.º CC), ao menos *nulos* porque celebrados contra a lei (cfr. arts. 9.º/4 LDC e 494.º CC), ou, na pior das hipóteses, *anuláveis* porque celebrados sob a influência de uma prática comercial desleal (cfr. arts. 12.º/f e 14.º/1 do Decreto-Lei n.º 57/2008). Com a consequência, no primeiro caso, do eventual ressarcimento do dano patrimonial causado ao utilizador pela violação da obrigação pré-contratual de informação que impedia sobre o fornecedor (cfr. art. 227.º CC) ou, sendo tal improcedente, da restituição do indevido (cfr. arts. 473.º e segs. CC)<sup>[23]</sup>, e, nos dois últimos casos, da restituição do que houver

<sup>[23]</sup> Parece-nos que a consideração da *autonomia* da figura da inexistência (ver, por todos, CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, págs. 617 e segs.) deve conduzir-nos, nestes casos, em que algo foi já prestado por força da execução de um negócio jurídico inexistente e não tenha viabilidade outra solução jurídica, ao regime do *enriquecimento sem causa*, obrigando consequentemente o enriquecido a restituir aquilo com que injustamente se locupletou.

Achamos, ainda assim, não ser totalmente inconcebível a ideia de aplicar o regime da *nulidade* a estas situações. Tratando-se a inexistência do negócio jurídico de uma sanção mais grave do que a da nulidade, talvez por maioria de razão se pudesse aplicar o regime próprio desta invalidade (*a maiori ad minus*), particularmente no que toca à restituição do que foi prestado, de forma análoga



sido prestado (cfr. art. 289.º/1 CC), nada havendo aparentemente a exigir ao utilizador, que desconhecia, sem culpa, a realização da subscrição (cfr. arts. 289.º/3 e 1270.º/1 CC).

## 2) Representação sem poderes

O segundo aspecto que cumpre apreciar respeita à subscrição contratada por um sujeito utilizador do dispositivo móvel que não o utente do serviço de suporte.

Aqui abrem-se duas hipóteses, comuns nas queixas dos utilizadores: o conteúdo é subscrito por um menor, utilizando um dispositivo associado a um serviço de suporte contratado pelo progenitor; o conteúdo é subscrito por um sujeito maior, utilizando um dispositivo associado ao serviço de suporte que outrem contratou. A formulação das hipóteses resulta algo estranha por uma questão de rigor: o problema não está obviamente na utilização de um dispositivo móvel próprio ou emprestado, não está

.....  
ao que já acontece com a admissibilidade jurisprudencial do *conhecimento officioso da inexistência baseado no art. 286.º CC* (cfr. Ac. TRL de 14-09-2017, Proc. n.º 9065/15.0T8LSB-2, Pedro Martins, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Mas tal prejudicaria a sustentada autonomia da inexistência, que assim mal se distinguiria da nulidade, contrariando até a *presunção do legislador razoável*, legislador este que, em vários lugares e no âmbito de um mesmo regime, sanciona expressamente com a nulidade certas hipóteses, optando deliberadamente por sanções reconduzíveis à inexistência noutras (caso v.g. do regime das cláusulas contratuais gerais, em que se determina, nos arts. 12.º e 15.º e segs, a nulidade de cláusulas efectivamente existentes que padecem de vícios que afectam a sua validade e, no art. 8.º, a exclusão dos contratos singulares de cláusulas que, comprometida a sua cognoscibilidade pelo aderente, devem ter-se por inexistentes).

no aparelho em si, mas no facto de se ser ou não o utente do serviço de comunicações electrónicas subjacente.

A abordagem proposta para qualquer das hipóteses baseia-se nos seguintes pressupostos: sendo utente do serviço através do qual se fará a cobrança um determinado sujeito, só ele, em princípio, terá legitimidade para contratar a subscrição, a não ser que constitua seu procurador ou tolere que o represente um terceiro; se o terceiro for maior, não se coloca, em princípio, um problema de capacidade de agir; se o terceiro for menor, a contratação em causa integrar-se-á, em regra, nas excepções à sua incapacidade.

Ou seja, sendo certo que, em geral, “os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos” (art. 123.º CC), a lei admite, neste mesmo preceito, que possa haver situações especiais em que tal capacidade lhes seja reconhecida. É, nomeadamente, o caso dos “negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância” (art. 127.º/1/b CC)<sup>[24]</sup>.

Poderia, portanto, ser essa a situação se o menor subscrevesse um conteúdo cujo acesso custasse v.g. € 3,99 por semana, a descontar no saldo do seu próprio cartão SIM. Partindo do princípio de que a iminência e as condições da contratação eram claras, e de que o menor tinha total consciência da declaração, o contrato não sofreria, à partida, de qualquer enfermidade.

.....  
<sup>[24]</sup> Num exemplo expressivo usado por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil...*, cit., Volume I), “ninguém estranha que o menor pague o bilhete do autocarro a caminho da escola” (pág. 182).



Mas e quando o menor, capaz no que toca a este negócio, utiliza o dispositivo do progenitor, associado ao serviço de suporte de que este é utente e em cuja factura surgirá incluído o valor da subscrição?

Aqui, tal como acontece no caso em que é um sujeito maior a celebrar o contrato, parece-nos que, sendo válido, só deverá produzir efeitos na esfera jurídica do utente do serviço de comunicações electrónicas, que realiza a contraprestação, se este tiver *constituído o terceiro como seu procurador* ou, ao menos, *tolerado a representação*. Isto mesmo em relação ao menor, já que “o procurador não necessita de ter mais do que a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do negócio que haja de efectuar” (art. 263.º CC)<sup>[25]</sup>.

Donde, ou o utente do serviço de suporte se fez validamente representar pelo terceiro, conferindo-lhe poderes para a celebração daquele contrato em seu nome, ou, celebrando ainda assim o contrato, o terceiro actuou *sem poderes de representação*, caso em que o negócio *não produzirá efeitos* na esfera jurídica daquele utente, a não ser que seja por ele *ratificado* (cfr. art. 268.º/1).

A questão já não será, todavia, tão clara se admitirmos a hipótese de uma *procuração por tolerância*. Situação em que o representado “tolera a conduta, dele conhecida, do representante, e essa tolerância, segundo a boa fé e considerando os usos do tráfico, pode ser interpretada pela contraparte no negócio no

.....  
<sup>[25]</sup> Nas palavras de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil...*, cit., Volume II), “se alguém manda um menor comprar ovos à mercearia, ajuíza da capacidade natural deste” (pág. 264).

sentido de que o representante recebeu procuração do representado para agir por ele”<sup>[26]</sup>.

<sup>[26]</sup> Formulação do Tribunal Federal de Justiça alemão, *apud* CARLOS MOTA PINTO, ANTÔNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *cit.*, pág. 551.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2017) explica que a *procuração tolerada*, figura autonomizada no direito alemão (“*Duldungsvollmacht*”) e fundamentada por alguns autores na tutela da aparência (v.g. CLAUDIUS WILHELM CANARIS), terá a sua correspondência entre nós na *procuração tácita* “quando a existência dos poderes de representação seja de concluir, com toda a probabilidade, do comportamento tolerante daquele de quem a representação é invocada” (pág. 307), constituindo então o comportamento tolerante do representado uma declaração tácita nos termos do art. 217.º/1 CC e fundamentando-se a respectiva procuração, neste caso, na autonomia privada.

O autor não deixa, contudo, de sublinhar o problema da falta de forma dos factos concludentes quando esta fosse exigível (cfr. arts. 217.º/2 e 262.º/2 CC) e que, a verificar-se, prejudicaria a validade da procuração. Algo que poderia relevar no contexto em que nos movemos, atendendo a que se trata de contratos de consumo, mas que ao contrato em análise, celebrado à distância, não se aplica, pois “a distância entre as partes, que caracteriza esta modalidade de contratos, associada à intenção de fomentar e incentivar a contratação, não colocando qualquer obstáculo, leva à não previsão de uma forma especial” (JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2018, pág. 215), optando-se antes por “uma solução alternativa, impondo ao profissional uma série de deveres, anteriores, contemporâneos e posteriores à celebração do contrato, que visam garantir a existência de uma decisão esclarecida de contratar por parte do consumidor” (*idem, ibidem*).

Importará ainda considerar neste ponto o disposto no art. 23.º/1 do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que regulamenta o contrato de agência, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de Abril: “o negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro”. Uma norma que dispõe sobre a *representação aparente*, que, nota ANTÔNIO PINTO MONTEIRO (*Contrato de Agência: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 2007), “não andar, assim, porventura, [...] muito longe da ‘representação tolerada ou consentida’” (pág. 112). Parece-nos, não obstan-



Claro que nenhuma das hipóteses abordadas prejudica a consideração do problema da falta da vontade de acção<sup>[27]</sup>, sendo este de suscitar, uma vez que "à excepção dos elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado, é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio" (art. 259.º/1 CC). Pelo que, sem prejuízo da responsabilidade dos pais pela segurança dos filhos, que abrange a segurança destes no comércio jurídico e que poderá ser apreciada no contexto de alguns destes casos (cfr. arts. 1877.º e 1878.º/1 CC), mantém-se a ideia de que o negócio, que já seria *ineficaz* relativamente ao utente do serviço de suporte por força da representação sem poderes, não deixará de ser mesmo *inexistente* ou *nulo*, a verificarem-se as circunstâncias descritas nas reclamações dos utilizadores (cfr. art. 246.º CC).

Julgamos também que não poderá assacar-se responsabilidade pré-contratual ou contratual ao representante sem poderes, pois nestes casos, ao que parece pelas circunstâncias descritas, não chegará a colocar-se a questão de saber se este desconhecia, com culpa, ou se conhecia mesmo a sua falta de

.....  
te, que a solução oferecida pela norma não deverá ter aplicabilidade no nosso caso, uma vez que o estamos a perspectivar do lado do consumidor, cuja vulnerabilidade o direito pretende compensar através da consagração e mobilização de normas protectivas (*in casu*, o art. 268.º/1 CC) que, em eventual conflito com outras potencialmente aplicáveis (*in casu*, o art. 23.º/1 do Decreto-Lei n.º 178/86), deverão prevalecer.

[27] Cfr. *supra*, IV/1.

legitimidade representativa<sup>[28]</sup>, posto que este não terá sequer noção de estar a contratar ou, suspeitando que possa estar em curso a celebração de um contrato, de que o “*billing*” operará directamente na esfera jurídica do “representado”.

### 3) Dever de Informação

A falta de conhecimentos especializados e de informação técnica em geral é uma das causas da vulnerabilidade negocial dos consumidores, sobretudo em domínios menos tradicionais e tecnologicamente sofisticados, o que o direito procura, desde há 50 anos<sup>[29]</sup>, compensar ou corrigir com esforços legislativos apostados na sua protecção e traduzidos, no nosso ordenamento, em regimes que concretizam o direito fundamental dos consumidores “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos” (art. 60.º/1 CRP).

[28] Cfr. CARLOS MOTA PINTO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pág. 549.

[29] O discurso proferido por JOHN F. KENNEDY no Congresso dos Estados Unidos, em 15 de Março de 1962 (*Special Message on Protecting the Consumer Interest*), efeméride que se comemora anualmente como Dia Mundial dos Direitos do Consumidor, marca tradicionalmente o ponto de partida do esforço do Direito na protecção dos consumidores. E, precisamente, alguns parágrafos abaixo da célebre frase “*consumers, by definition, include us all*” (pág. 1) surge o elenco de direitos apontado pelo Presidente, em que se inclui “*the right to be informed — to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice*” (pág. 2).



Um desses esforços legislativos foi precisamente o que deu origem à Lei n.º 23/96, transversalmente aplicável à prestação dos serviços públicos essenciais nela abrangidos<sup>[30]</sup> e apresentada ao Parlamento, em conjunto com a LDC, como proposta de lei de protecção do consumidor<sup>[31]</sup>. Uma lei que, apesar de não distinguir categorias de utentes, englobando todos, consumidores e profissionais, no seu espectro protectivo (cfr. art. 1.º/3), não deixa de ter subjacente o reconhecimento de que “é a protecção do consumidor a principal razão que justifica este diploma e de nele se consagrar uma protecção acrescida para o consumidor quando é caso disso”<sup>[32]</sup>.

Essa preocupação nota-se, designadamente, no dever de *informação* consagrado no art. 4.º/1 do diploma, que dispõe que “o prestador do serviço deve *informar, de forma clara e conveniente, a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias*” (itálico nosso). Dever que, de-

.....  
<sup>[30]</sup> Sobre o carácter *taxativo* ou *meramente exemplificativo* do elenco de serviços a que se aplica esta lei, veja-se o nosso *A Tutela do Prestador de Serviços Públicos Essenciais no Ordenamento Jurídico Português*, 2017, págs. 391 e segs.. Cfr. também ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, 2000, pág. 339, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?*, 2004, pág. 424 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *cit.*, pág. 356.

<sup>[31]</sup> Cfr. *Diário da Assembleia da República, I Série*, Número 56, de 12 de Abril de 1996, pág. 20.

<sup>[32]</sup> Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 20/VII, *Diário da Assembleia da República, II Série-A*, Número 33, de 4 de Abril de 1996, pág. 590.

correndo do já referido direito fundamental do consumidor à informação, surge também articulado na própria LDC, que obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviços a, “tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, *informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada*, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto” (art. 8.º/1 — itálico nosso)<sup>[33]</sup>.

A própria LCE refere no seu art. 47.º/1 que “as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público são obrigadas a disponibilizar ao público, bem como a quem manifeste intenção de subscrever um contrato de prestação de serviços por elas prestado, *informações adequadas, transparentes, comparáveis e atualizadas sobre os termos e condições habituais* em matéria de acesso e utilização dos serviços que prestam aos utilizadores finais e aos consumidores” (itálico nosso)<sup>[34]</sup>. Salvaguardando, de qualquer modo, no seu art. 2.º/2/f, a aplicabilidade do regime instituído pela LSPE que, a montante do já mencionado dever de informação (art. 4.º), impõe ao prestador que proceda “de boa fé [...], tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger” (art. 3.º).

[33] Como refere ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (*A protecção do consumidor...*, cit.), trata-se de um “instrumento *imprescindível* de tutela do consumidor” (pág. 343), que “não é uma panaceia capaz de resolver todos os problemas [...] mas é, sem dúvida, o *primeiro passo*, e um passo *muito importante*, em ordem ao *esclarecimento* do consumidor” (*ibidem*).

[34] Obrigação cujo não cumprimento constitui, além do mais, *contra-ordenação grave*, punível com coima de valor compreendido entre € 10.000 e € 1.000.000,00 se praticada por grande empresa (cfr. art. 113.º/2/r e /8/e LCE).



Tratando-se o contrato de prestação do serviço de comunicações electrónicas, como quase todos os que estabelecem a prestação de serviços públicos essenciais, de um *contrato de adesão*, aplicar-se-ão também os arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 446/85: o primeiro a impor a *comunicação integral e adequada* das cláusulas contratuais gerais predispostas no contrato; o segundo a obrigar o predisponente a *informar, de acordo com as circunstâncias*, a outra parte dos aspectos que se revelem menos claros. Regras que visam “combater o risco de *desconhecimento* de aspectos significativos do contrato”<sup>[35]</sup>, tornando ao mesmo tempo “acessível ao aderente a *compreensão* do seu conteúdo, mormente dos aspectos técnicos envolvidos”<sup>[36]</sup>.

Ora, o que é que pode retirar-se, de fundamental e a nosso ver, das alusões precedentes? No fundo, que o prestador deve *informar cabalmente o utente de todos os aspectos relevantes atinentes ao contrato*, com particular acuidade tratando-se de um consumidor, por forma a corrigir efectivamente a assimetria informacional existente entre ambos e assim acautelar os interesses do destinatário da prestação. Tal significa, para o nosso caso, que o prestador do serviço de comunicações electrónicas tem o dever de informar adequada e tempestivamente o utente acerca do serviço de “WAP Billing” (noção e modo de operar) e de comunicar-lhe, também adequada e tempestivamente, que, ao celebrar o contrato, está a consentir na efectividade daquele serviço, não barrado por defeito,

---

<sup>[35]</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, 2001, pág. 139.

<sup>[36]</sup> *Idem, ibidem*, pág. 140.

ao contrário do que essencialmente acontece com os serviços de audiotexto e com os serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem (cfr. art. 45.º/1 e 3 LCE)<sup>[121]</sup>.

De acordo com o disposto no art. 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, consideram-se *excluídas dos contratos singulares* as cláusulas "que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º" (al. a)) ou as "comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo" (al. b)). Mantendo-se, em princípio, o contrato singular, "vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos" (art. 9.º/1 do mesmo diploma).

Mas o que fazer relativamente à *inexistência*<sup>[38]</sup> de uma cláusula que já produziu os seus efeitos, obrigando o aderente ao

[37] Referimos *essencialmente*, pois os serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem barrados por defeito são apenas aqueles que "impliquem o envio de mais de uma mensagem ou o envio de mensagens de forma periódica ou continuada" (art. 45.º/3/a) e aqueles que "tenham conteúdo erótico ou sexual" (art. 45.º/3/b).

[38] É discutida a qualificação das cláusulas excluídas dos contratos singulares como nulas ou como inexistentes: o Ac. TRP de 22-11-2004, Proc. n.º 0454928 (Pinto Ferreira), decidiu no sentido da  *nulidade* da cláusula, que não acarretaria a nulidade de todo o contrato; na mesma época, o Ac. TRP de 18-04-2005, Proc. n.º 0551491 (Sousa Lameira), considerou-a  *inexistente*; mais recentemente, o já mencionado Ac. TRL de 14-09-2017 sustentou também a inexistência destas cláusulas.

Abordando esta questão, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO (*O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, 1999) defendeu tratar-se de cláusulas inexistentes, uma vez que "essas cláusulas são tratadas como se não fizessem parte do contrato, não precisam de ser consideradas como elemento do seu conteúdo, nem, conseqüentemente, se constituem como objecto de valoração" (pág. 378, nota 322). Nesta linha decidiu o Ac. TRL de



“WAP Billing” do acesso a conteúdos que aparentemente nem se apercebeu de ter contratado?

Por um lado, o decurso do tempo parece-nos não dever afastar a pretensão do utente. Neste sentido decidiu o já referido Ac. TRL de 14-09-2017<sup>[39]</sup>, apoiado no Ac. STJ de 02-12-2013, Proc. n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1 (Maria Clara Sottomayor), sustentando que, face à alegação de que a invocação tardia da falta de comunicação e/ou de informação, e consequente excluibilidade das respectivas cláusulas, constituiria abuso do direito, tal assim não poderia entender-se por ser “completamente natural e nada contraditório, que o cidadão assine o contrato, confiando que não vai encontrar percalços na sua execução, e reaja apenas quando esses percalços, normalmente imprevisíveis na data da celebração do contrato, surgem” (ponto IV do sumário).

Por outro, parece-nos que, tratando-se de um caso de inexistência, deverá ter cabimento solução idêntica à sugerida *supra*, ou seja, neste caso, a efectivação da responsabilidade do prestador do serviço de suporte em sede pré-contratual (cfr. art. 227.º CC) ou, sendo esta improcedente, a condenação na restituição

.....  
29-10-2009, Proc. n.º 6644/04.4TJSLB.L1-2 (Teresa Albuquerque), entendendo que “a justificação para o diferente regime entre as cláusulas excluídas e cláusulas nulas encontra-se na distinção entre a violação de uma regra pré-negocial, caso em que a cláusula não é admitida, e a incorrecção do conteúdo, caso em que a cláusula é nula” (ponto 3 do sumário — todos os acórdãos descarregados em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Cfr. ainda, no mesmo sentido, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, 2013, pág. 185.

<sup>[39]</sup> Tratava-se, no caso, de um problema relacionado com as condições gerais de utilização de um cartão de crédito.

do indevido fundada em enriquecimento sem causa (cfr. arts. 473.º e segs. CC).

#### 4) Alteração à Lei das Comunicações Electrónicas

Quanto ao problema da falta de regulamentação, julgamos que talvez pudesse resolver-se com uma pequena alteração ao art. 45.º LCE, que dispõe sobre o *barramento selectivo de comunicações*, isto é, sobre o barramento do acesso a serviços que se suportam em redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, como os serviços de audiotexto e os serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem<sup>[40]</sup>.

Com efeito, poderá concluir-se que a preocupação que informa o art. 45.º é análoga à que agora motivaria uma nova alteração ao preceito (a terceira). A própria ANACOM, ao analisar a *mens legislatoris* subjacente à alteração promovida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro (primeira alteração), nota que “historicamente, as alterações ao art. 45.º da LCE surgem num contexto de significativa contestação à cobrança de SVA's a assinantes de serviços de comunicações electrónicas que alegam não ter solicitado aquelas prestações”<sup>[41]</sup>, acrescentando ser também um facto que “muitas vezes aqueles serviços são so-

[40] Cfr. *supra*, nota 16.

[41] ANACOM, *Aplicabilidade da obrigação de barramento selectivo de comunicações a contratos anteriores à entrada em vigor da Lei n.º 51/2011*, entendimento aprovado por Decisão de 22 de Dezembro de 2011, pág. 6.



licitados sem que quem os subscreve se aperceba do que está a contratar”<sup>[42]</sup>.

Nesta base, a proposta vai no sentido do aditamento de um novo n.º 7 ao art. 45.º, com conteúdo idêntico ao do n.º 1 e, portanto, com a seguinte formulação: *as empresas que oferecem redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público que sirvam de suporte à prestação de serviços de fornecimento de conteúdos digitais devem garantir, como regra, que o acesso a estes serviços se encontre barrado sem quaisquer encargos, só podendo aquele ser activado, genérica ou selectivamente, após pedido escrito efectuado pelos respectivos assinantes*. O que, obviamente, não prejudicaria a aplicabilidade do atual n.º 9, que obriga os prestadores do serviço de suporte, por determinação das autoridades competentes com fundamento na verificação de fraude ou utilização abusiva, a “bloquear, caso a caso, o acesso a determinados [...] serviços e reter as receitas provenientes da interligação com os mesmos”.

Parece-nos que esta singela alteração, porventura acrescentada ao diploma da anunciada revisão do regime da fidelização, contribuiria para resolver, pelo menos, uma parte do problema. A parte que respeita à efectividade por defeito do “WAP Billing”, muitas vezes ignorada pelo utente, que em boa parte dos casos nem conhece as próprias características do sistema, assim prevenindo a cobrança de subscrições involuntárias<sup>[43]</sup>.

.....  
[42] *Idem, ibidem.*

[43] O utente que solicitar a activação do serviço não poderá hipoteticamente evitar algumas subscrições involuntárias, mas estará, por um lado, esclarecido

A outra parte julgamos estar já suficientemente tratada, quer no nosso Código Civil, quer na Lei de Defesa do Consumidor, quer nos diplomas que instituem os regimes das práticas comerciais desleais e dos contratos celebrados à distância. Mobilizáveis, por exemplo, em sede de resolução alternativa de litígios de consumo, sem prejuízo da denúncia da situação à ASAE, aliás sugerida pela Direcção-Geral do Consumidor num folheto com recomendações a este propósito<sup>[44]</sup>.

## V. Conclusões

O presente estudo pretendeu contribuir modestamente para a discussão de um problema actual, que nos parece suscitar as considerações que se seguem.

Julgamos decorrer do exposto que o sistema do "WAP Billing" tem trazido à luz, fundamentalmente, duas perplexidades: a da inconsciência ou, pelo menos, equivocidade da subscrição dos conteúdos digitais; a do desconhecimento da efectividade do sistema de cobrança propriamente dito.

Para a abordagem do primeiro serão eventualmente pres-táveis as soluções que o ordenamento jurídico já oferece, seja

.....  
quanto às características do sistema de cobrança que activou e, por outro, alertado para a possibilidade de cobranças futuras, pelo que passará a estar mais atento à sua factura e ao seu comportamento em linha.

<sup>[44]</sup> Descarregado através de uma hiperligação com o título *WAP BILLING - Cuidados a ter*, disponível em [www.asae.gov.pt](http://www.asae.gov.pt).



quanto à falta da vontade de acção (cfr. art. 246.º CC), quanto à cobrança não solicitada de bens ou serviços (cfr. art. 9.º/4 LDC, arts. 4.º, 6.º/c, 12.º/f e 14.º/1 do Decreto-Lei n.º 57/2008, art. 28.º/1 do Decreto-Lei n.º 24/2014 e art. 294.º CC) ou quanto à representação sem poderes (cfr. art. 268.º/1 CC).

Para a abordagem do segundo terá utilidade, no imediato, o regime aplicável às cláusulas contratuais gerais não comunicadas ou comunicadas sem esclarecimento (cfr. arts. 5.º, 6.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85) e, a prazo, a alteração que se faça ao art. 45.º da Lei das Comunicações Electrónicas, no sentido de barrar por defeito o acesso a serviços de fornecimento de conteúdos em regime de "WAP Billing", à semelhança do que já acontece com os serviços de audiotexto e com os serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem.

## Bibliografia

ANACOM — *Aplicabilidade da obrigação de barramento selectivo de comunicações a contratos anteriores à entrada em vigor da Lei n.º 51/2011*. Decisão de 22 de Dezembro de 2011

— *Recomendação dirigida às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas relativamente aos serviços de WAP Billing*. Decisão de 2 de Novembro de 2017.

— *Relatório de Regulação, Supervisão e Outras Atividades (2016)*. Lisboa: Autoridade Nacional de Comunicações, 2017.

ANDERSSON, Pedro — Evite centenas ou milhares de euros de fatura de telemóvel. *Contas Poupança*. Carnaxide: Sociedade Independente de Comunicação, S.A.. Reportagem televisiva de 4 de Outubro de 2017, visionada em [contaspoupanca.pt](http://contaspoupanca.pt), em 04/04/2018, às 10:36h.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II. 7.ª Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

ANTUNES, Ana Filipa Morais — *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito Civil: Teoria Geral*, Volume I. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

— *Direito Civil: Teoria Geral*, Volume II. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BARBOSA, Mafalda Miranda — Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 6 (2004), págs. 401-434.

BRITO, Ana; PEREIRA, João Pedro — Queixas contra serviços através de telemóvel no Parlamento. *Público*. Lisboa: Público, Comu-



nicação Social, S.A.. Reportagem de 21 de Maio de 2017, págs. 14-15.

CARVALHO, Jorge Morais — *Manual de Direito do Consumo*. 5.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

FALCÃO, Pedro — A Tutela do Prestador de Serviços Públicos Essenciais no Ordenamento Jurídico Português. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 12 (2017), págs. 389-422.

KENNEDY, John F. — *Special Message on Protecting the Consumer Interest*. United States of America: The White House, 1962. Documento consultado em [www.jfklibrary.org](http://www.jfklibrary.org), em 17/04/2018, às 10:09h.

MONTEIRO, António Pinto — A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 2 (2000), págs. 333-350.

— *Contrato de Agência: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

— Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. N.º 3 (2001), págs. 131-163.

PINTO, António Alberto dos Santos — *WAP (Wireless Application Protocol)*; sob a orientação de António Cardoso Costa. Por-

to: Instituto Superior de Engenharia do Porto, 2000. Projecto de Licenciatura.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota — *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PORTAL DA QUEIXA — *SMS de Valor Acrescentado: Reclamações Aumentam 635%* [Em linha]. Porto: Portal da Queixa, 2018 [Acedido a 18 de Abril de 2018]. Disponível na Internet: <https://portaldaqueixa.com>.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa — *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de — *Teoria Geral do Direito Civil*. 8.ª Edição (Reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2017.





# O NOVO REGIME DO CRÉDITO AOS CONSUMIDORES PARA IMÓVEIS DE HABITAÇÃO

*Sandra Passinhas \**

## **1. A Diretiva 2014/17/UE e a definição de um quadro regulatório comum para o crédito aos consumidores**

Foi em março de 2003 que a Comissão lançou um processo de identificação e avaliação do impacto dos obstáculos ao mercado interno no domínio dos contratos de crédito para imóveis destinados a habitação. Posteriormente, em 18 de dezembro de 2007, adotou um Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da UE<sup>[1]</sup>, onde anunciava a intenção de

.....  
\* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra. Este texto corresponde, com ligeiras alterações, à apresentação feita no Workshop "Sobreendividamento", organizado pelo Centro de Direito do Consumo (com o apoio da Direcção-Geral do Consumidor, através do Fundo para a Promoção dos Direitos dos Consumidores), no passado dia 24 de fevereiro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, subordinada ao tema "Contratos de crédito para imóveis destinados a habitação – o DL 74-A/2017").

<sup>[1]</sup> COM (2011) 142 final.



proceder a uma avaliação do impacto das diferentes opções de ação política, nomeadamente quanto à informação pré-contratual, às bases de dados sobre crédito, à avaliação da solvabilidade do mutuário, à taxa anual de encargos efetiva global (TAEG) e à consultoria sobre contratos de crédito. Para o efeito, a Comissão criou um Grupo de Peritos do Historial Creditício, para a ajudar a preparar medidas que melhorassem a acessibilidade, a comparabilidade e o caráter exaustivo dos dados relativos ao crédito, e promoveu diversos estudos sobre o papel e as operações dos intermediários de crédito ou outras instituições que, não sendo instituições de crédito, celebravam contratos de crédito para aqueles imóveis.

Apesar de um mercado de crédito mais transparente e mais eficiente no espaço europeu ser considerado vital para a promoção do desenvolvimento das atividades transfronteiriças e para a criação de um mercado interno de contratos de crédito para imóveis de habitação, a Comissão havia encontrado diferenças substanciais nas legislações dos vários Estados-Membros relativamente às normas de conduta na concessão de crédito, bem como na regulação e supervisão dos intermediários de crédito e das instituições que celebravam esses contratos. Essas diferenças criavam obstáculos que restringiam o volume da atividade transfronteiriça<sup>[2]</sup>, tanto do lado da oferta como do lado da procura, reduzindo assim a concorrência e as opções de escolha

.....

<sup>[2]</sup> Sobre a dificuldade jurídica e prática na constituição de uma hipoteca sobre bens situados noutros Estados-Membros, vide AFONSO PATRÃO, *Removendo Obstáculos ao Mercado Europeu de Garantias Bancárias: A Autonomia Conflitual na Hipoteca e o Reforço da Cooperação Internacional*, tese de doutoramento

disponíveis no mercado, aumentando o custo do crédito para os contraentes e constituindo mesmo, em concreto, um obstáculo à realização de negócios. Foi neste quadro que surgiu a Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação<sup>[3]</sup>, que visa *“desenvolver um mercado interno mais transparente, eficiente e competitivo, através de contratos de crédito para bens imóveis que sejam coerentes, flexíveis e equitativos, promovendo simultaneamente a concessão e contração de empréstimos de forma sustentável e a inclusão financeira, e proporcionando assim um nível elevado de proteção dos consumidores”*<sup>[4]</sup>.

Sendo uma diretiva de mercado, o seu propósito essencial é a (re)construção da confiança dos diversos atores. A crise financeira havia demonstrado que o comportamento irresponsável de alguns participantes no mercado pode minar os alicerces

.....  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em julho de 2015, págs. 247 e ss.

<sup>[3]</sup> OJ L 60, 28.2.2014, págs. 34-85. A Diretiva 2014/17/UE alterou as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 e foi alterada pelo Regulamento (UE) n.º 2016/1011, do Parlamento e do Conselho, de 8 de junho de 2016. Sobre as origens da Diretiva, vide ESTHER ARROYO AMAYUELAS, “Crisis? What Crisis? Common EU Rules for Mortgage Credits”, em *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe – Contrasting Views from Member States*, MIRIAM ANDERSON e ESTHER ARROYO AMAYUELAS (ed.), págs. 7 e ss, e bibliografia aí citada, bem como ANDREA FUSARO, “Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive”, págs. 17 e ss., em “I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo”, *Commentario alla direttiva 2014/17/UE*”, coord. por PIETRO SIRENA, Fondazione Italiana del Notariato, 2016, págs. 17 e ss.

<sup>[4]</sup> Cfr. Considerando 6.



do sistema financeiro, provocando desconfiança entre as partes, em especial nos consumidores, com consequências sociais e económicas potencialmente graves. Verificou-se que muitos consumidores haviam perdido a confiança no setor financeiro e que os mutuários sentiam cada vez mais dificuldade em reembolsar os seus empréstimos, daí resultando um aumento das situações de incumprimento e de venda coerciva do imóvel<sup>[5]</sup>. Foi neste contexto que o G20 solicitou a colaboração do Conselho de Estabilidade Financeira para estabelecer princípios sobre normas idóneas em matéria de concessão de crédito para habitação. Ainda que alguns dos maiores problemas associados à crise financeira houvessem ocorrido no exterior da União, os níveis de dívida dos consumidores na União eram já significativos e concentravam-se em grande parte em créditos para imóveis de habitação. Portanto, era conveniente assegurar que o enquadramento regulamentar da União nesta área fosse robusto e coerente com os princípios internacionais e utilizasse adequadamente o *leque de instrumentos existentes*, incluindo o recurso à *ratio* entre o valor do empréstimo e o valor da garantia, à *ratio* entre o valor do empréstimo e o rendimento, à *ratio* entre o rendimento e o endividamento ou a outras semelhantes, com níveis mínimos abaixo dos quais nenhum crédito seria considerado aceitável, ou *outras medidas compensatórias* para as situações em que os riscos fossem maiores para os consumidores ou necessárias para prevenir o endividamento excessivo das famílias.

[5] Em Portugal, vide LUÍS MENEZES LEITÃO, "O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação", em *I Congresso de Direito Bancário* (coord. por LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS), Almedina, Coimbra, 2015, págs. 9 e ss.

Face aos problemas revelados pela crise financeira e tendo em vista garantir a existência de um mercado interno eficiente e competitivo que contribuísse para a estabilidade financeira, a Comissão, na sua comunicação de 4 de março de 2009, intitulada “Impulsionar a retoma europeia”, propôs medidas relativas aos contratos de crédito para imóveis de habitação, em especial um enquadramento fiável para a intermediação de crédito, na perspetiva da criação de mercados responsáveis e de confiança para o futuro e do restabelecimento da confiança dos consumidores e, na sua Comunicação de 13 de abril de 2011, intitulada “Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua”<sup>[6]</sup>, a Comissão voltou a afirmar o seu empenho num mercado interno eficiente e competitivo.

Os problemas detetados nos mercados de crédito hipotecário na União estavam relacionados com a contratação (concessão e contração) irresponsável de empréstimos e com comportamentos potencialmente irresponsáveis dos intervenientes no mercado, incluindo os intermediários de crédito e outras instituições. *Refira-se, a título de exemplo a concessão de créditos em moeda estrangeira, pelos quais os consumidores tinham optado para tirar vantagem das taxas devedoras oferecidas, mas sem terem a informação ou compreensão adequadas do inerente risco de taxa de câmbio, ineficácia, acompanhada da incoerência ou inexistência de regimes aplicáveis aos intermediários de crédito e às instituições que, não sendo instituições de crédito,*

.....  
<sup>[6]</sup> COM (2011) 206 final.



concediam crédito para imóveis de habitação. Estes problemas, repetimos, tinham repercussões potencialmente significativas a nível macroeconómico, suscetíveis de resultar em prejuízos para os consumidores, constituir obstáculos económicos ou jurídicos à atividade transfronteiriça e criar condições de concorrência desiguais entre os diversos intervenientes<sup>[7]</sup>.

O objetivo da Diretiva 2014/17/UE foi promover a concessão responsável de crédito e assegurar que os consumidores que celebrem contratos de crédito para bens imóveis beneficiem de um elevado nível de proteção, sendo que naqueles se compreendem os *créditos garantidos por bens imóveis*, independentemente da finalidade do crédito, os *contratos de refinanciamento e outros contratos de crédito* cuja finalidade seja permitir que um proprietário ou comproprietário mantenha direitos reais sobre um edifício ou terreno, e os créditos que sejam utilizados para *aquisição de um imóvel* em determinados Estados-Membros, incluindo os créditos que não impliquem o reembolso do capital ou, a não ser que os Estados-Membros disponham de um quadro alternativo adequado, os créditos cuja finalidade seja conceder um *financiamento temporário* entre a venda de um bem imóvel e a aquisição de outro e os *créditos garantidos para a realização de obras em imóveis de habitação*<sup>[8]</sup>. Os contratos de crédito sem

---

<sup>[7]</sup> Vide, a propósito, IAIN RAMSAY, "Two Cheers for Europe: Austerity, Mortgage Foreclosure and Personal Insolvency Policy in the EU", em *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, HANS-W. MICKLITZ e IRINA DOMURATH, Ashgate, 2016, págs. 189 e ss. Sobre a situação portuguesa, em especial, vide o relatório de CATARINA FRADE e MARIANA PINHEIRO ALMEIDA, págs. 47 e ss.

<sup>[8]</sup> Sobre as dificuldades na determinação do que é o crédito hipotecário, vide PETER SPARKES, "What is Mortgage Credit?", em *The Impact of the Mortgage*

garantia associada cuja finalidade seja a realização de obras em imóveis de habitação e envolvam montantes superiores a 75.000 EUR caem no âmbito de aplicação da Diretiva 2008/48/CE<sup>[9]</sup>, que foi para tal alterada.

Cabe a este propósito referir que o legislador europeu pretendeu assegurar a todos os consumidores que celebram um contrato de crédito um nível de proteção equivalente, ainda que com especificações quando se trate de crédito ao consumo ou de crédito para imóveis de habitação. Algumas *definições essenciais*, nas quais se incluem as de “consumidor” e de “suporte duradouro”, bem como os conceitos-chave utilizados na informação normalizada para designar as características financeiras do crédito, incluindo o “montante total imputado ao consumidor” e a “taxa devedora”, estão em consonância com as definições e conceitos utilizados na Diretiva 2008/48/CE, utilizando-se *a mesma terminologia* para o mesmo tipo de factos, independentemente de se tratar de um crédito hipotecário ou de um outro tipo de crédito aos consumidores. A fim de assegurar um enquadramento coerente para os consumidores no domínio

.....  
*Credit Directive in Europe cit.*, págs. 24 e ss, com observações muito pertinentes sobre os objetivos (possíveis) da Diretiva.

[9] A Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores, determina no artigo 2.º, n.º 2, alínea c), que é aplicável a “*Contratos de crédito cujo montante total de crédito seja inferior a 200 EUR ou superior a 75 000 EUR*”. Foi-lhe agora acrescentado o artigo 2-A: “*Não obstante o n.º 2, alínea c), a presente diretiva aplica-se aos contratos de crédito sem garantia associada cujo objetivo seja a realização de obras em imóveis de habitação, com um montante total de crédito superior a 75 000 EUR*”. Em sentido concordante, vide o artigo 2.º, n.º 2, alínea c), e n.º 5, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho.



do crédito, bem como de minimizar os encargos administrativos para os mutuantes e os intermediários de crédito, o núcleo da Diretiva 2014/17/UE segue a *estrutura* da Diretiva 2008/48/CE, sempre que possível. Da mesma forma, garante um *acesso não discriminatório* às bases de dados de crédito relevantes, a fim de assegurar condições equitativas relativamente ao disposto na Diretiva 2008/48/CE<sup>[10]</sup>. Tal como acontece com a Diretiva 2008/48/CE, a Diretiva 2014/17/UE assegura um *processo de admissão* adequado e a *supervisão* de todos os mutuantes que celebrem contratos de crédito para bens imóveis e estabelece requisitos para a criação de mecanismos de *resolução extrajudicial de litígios* e de garantia de acesso aos mesmos<sup>[11]</sup>. Os Estados-Mem-

[10] A consulta de uma base de dados de crédito é um elemento útil na avaliação da solvabilidade, e os mutuantes só deverão ter a possibilidade de consultar a base de dados de crédito durante a vigência do crédito para identificar e avaliar o potencial de incumprimento. Essa consulta da base de dados de crédito deverá ser sujeita às salvaguardas adequadas para garantir que só é utilizada para a identificação e resolução precoces do risco de crédito no interesse do consumidor, e não para informar em sede de negociações comerciais. A Diretiva 2014/17/UE trata a questão da utilização de dados pessoais no contexto da avaliação da solvabilidade do consumidor e impõe o respeito pela legislação em vigor.

[11] O enquadramento legal da União no domínio dos contratos de crédito para imóveis de habitação é coerente ainda com outros atos normativos e supletivo em relação aos mesmos, em particular nos domínios da proteção do consumidor e da supervisão prudencial. A Diretiva 2014/17/UE complementa a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores. Para serem consideradas fidedignas, as normas de avaliação deverão ter em conta aquelas reconhecidas internacionalmente, em particular as desenvolvidas pela Comissão Internacional de Normas de Avaliação, pelo Grupo Europeu de Associações de Avaliadores e pela *Royal Institution of Chartered Surveyors*. A este respeito é assegurada a consonância dos mecanismos previstos com a Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho

broz tiveram, por conseguinte, de assegurar, na transposição da Diretiva, a coerência de aplicação e interpretação no que respeita a essas definições essenciais e a esses conceitos-chave.

Ao nível das soluções, a Diretiva 2014/17/UE prevê regras harmonizadas no que se refere aos domínios de *conhecimentos e competências* que o pessoal dos mutuantes, dos intermediários de crédito e dos representantes nomeados deverá possuir para a elaboração, a oferta, a concessão e a intermediação de contratos de crédito<sup>[12]</sup>. No que respeita à publicidade dos produtos, pretendeu-se assegurar que a *publicidade dos contratos de crédito* não dê uma imagem enganadora do produto (de acordo com a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das

de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das empresas de investimento. Porque os intermediários exercem frequentemente outras atividades para além da mera intermediação de crédito, nomeadamente a mediação de seguros ou a prestação de serviços de investimento, a Diretiva 2014/17/UE garante também a coerência com a Diretiva 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros, e com a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros. Em particular, as instituições de crédito autorizadas nos termos da Diretiva 2013/36/UE e outras instituições financeiras sujeitas a regimes de admissão equivalentes nos termos da lei nacional não deverão precisar de admissão de forma separada para exercerem a atividade de intermediário de crédito, a fim de simplificar o estabelecimento e as operações transfronteiriças dos intermediários de crédito.

[12] A Diretiva não prevê regras específicas diretamente relacionadas com o reconhecimento de qualificações profissionais obtidas por uma pessoa num Estado-Membro para satisfazer os requisitos de conhecimentos e competências noutra Estado-Membro, pelo que continuam a ser reguladas pela Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais.



empresas face aos consumidores no mercado interno). Definiu-se o modo de cálculo do *custo total do crédito* para o consumidor, que deverá incluir todos os custos que este tenha de pagar no âmbito do contrato de crédito e que sejam do conhecimento do mutuante (*maxime* juros, comissões, impostos, remuneração dos intermediários de crédito, despesas de avaliação do imóvel para efeitos da hipoteca e quaisquer outros encargos, com exceção dos emolumentos notariais, necessários para a obtenção do crédito, por exemplo, um seguro de vida, ou para a sua obtenção nos termos e condições comercializadas, v.g., um seguro contra incêndio). Oferece ainda a Diretiva 2014/17/UE regulamentação para a oferta de produtos e serviços acessórios (por exemplo no tocante às despesas de abertura e manutenção de uma conta bancária), sem, todavia, prejudicar a aplicação da já referida Diretiva 2005/29/CE e da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

Núcleo fundamental a ter em consideração é, sublinhe-se, a regulamentação relativa à prestação de informação pré-contratual, que terá de ser feita, de acordo com o artigo 14.º, n.º 2, e com o Anexo II, Parte A, através da *ficha de informação normalizada europeia (FINE)*, e ao cálculo da TAEG (de acordo com o artigo 17.º, n.º 1 a n.º 5, 7 e 8, e o Anexo I), pois, no que diz respeito a estas matérias, a Diretiva 2014/17/UE apresenta-se como um *instrumento de harmonização total*<sup>[13]</sup>. Os

.....  
<sup>[13]</sup> As definições constantes da Diretiva 2014/17/UE determinam o âmbito da harmonização, mas os Estados-Membros podem aplicar, nos termos do direito da

Estados-Membros, contudo, mantêm a faculdade de introduzir disposições mais restritivas no que diz respeito às instruções de preenchimento da FINE<sup>[14]</sup>.

No restante, tendo em conta a especificidade dos contratos de crédito para bens imóveis e as diferenças na evolução do mercado e nas condições existentes nos Estados-Membros, especialmente no que diz respeito à estrutura do mercado e aos participantes no mercado, às categorias de produtos disponíveis e às formalidades inerentes ao processo de concessão de crédito, os Estados-Membros mantêm, todavia, a possibilidade de manter ou introduzir disposições mais restritivas em domínios que não estejam claramente identificados como objeto de harmonização máxima. O artigo 2.º da Diretiva, quanto ao nível de harmonização, estabelece que o diploma não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam disposições mais restritivas para a proteção dos consumidores, desde que tais disposições sejam compatíveis com as suas obrigações decorrentes do direito da União. E, em particular, os Estados-Membros podiam decidir não aplicar os artigos 11.º (sobre a informação normalizada a

.....  
União, as disposições nela contidas a outros domínios. Além disso, não obstam a que os Estados-Membros aprovem, no direito nacional, subdefinições para efeitos específicos, desde que sejam conformes com as definições constantes da diretiva. Trazendo um exemplo tirado da Diretiva, os Estados-Membros deverão poder determinar, no direito nacional, subcategorias de intermediários de crédito que não estejam identificadas, quando essas subcategorias forem necessárias a nível nacional para, por exemplo, diferenciar o nível de conhecimentos e exigências de competência a satisfazer pelos diferentes intermediários de crédito.

[14] Quanto a este aspeto, vide *infra* nota 52.



incluir na publicidade) e 14.º (sobre informação pré-contratual) e o Anexo II (FINE) a contratos de crédito aos consumidores garantidos por hipoteca ou outra garantia equivalente habitualmente utilizada num Estado-Membro para imóveis destinados a habitação, ou garantidos por outro direito relativo a esses imóveis, cuja finalidade não seja a aquisição ou manutenção de direitos sobre imóveis destinados a habitação, desde que apliquem a esses contratos de crédito os artigos 4.º e 5.º e os Anexos II e III da Diretiva 2008/48/CE. Podiam também decidir não aplicar a Diretiva a contratos de crédito relativos a imóveis caso tais contratos de crédito estipulem que o imóvel não pode nunca destinar-se a habitação própria (casa, apartamento ou outro local de residência) do consumidor ou de um membro da sua família, *destinando-se a referida habitação (casa, apartamento ou outro local de residência) a arrendamento*, desde que assegurassem a aplicação de um enquadramento adequado para este tipo de crédito a nível nacional; a contratos de crédito relativos a *crédito concedido a um público restrito* ao abrigo de uma disposição legal de interesse geral, sem juros, com taxas devedoras inferiores às praticadas no mercado, ou noutras condições mais favoráveis para os consumidores do que as praticadas no mercado e com taxas devedoras não superiores às praticadas no mercado; aos empréstimos intercalares; a contratos de crédito cujo mutuante seja uma organização abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 5, da Diretiva 2008/48/CE<sup>[15]</sup>. Caso os Estados-Mem-

[15] A Diretiva 2008/48/CE prevê no seu artigo 5.º, n.º 2, que: "Os Estados-Membros podem determinar que apenas sejam aplicáveis os artigos 1.º a 4.º, 6.º, 7.º e 9.º, o n.º 1 do artigo 10.º, as alíneas a) a h) e l) do n.º 2 do artigo 10.º, o n.º 4 do

bro optassem por não aplicar a Diretiva aos contratos de crédito relativos a crédito concedidos a um público restrito ao abrigo de uma disposição legal de interesse geral, sem juros, com taxas devedoras inferiores às praticadas no mercado, ou noutras condições mais favoráveis para os consumidores do que as praticadas no mercado e com taxas devedoras não superiores às praticadas no mercado, ou aos contratos de crédito cujo mutuante fosse uma organização abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 5, da Diretiva 2008/48/CE, deveriam assegurar a aplicação de medidas alternativas adequadas para assegurar que os consumidores receberam em tempo oportuno informações sobre as principais características, riscos e custos desses contratos de crédito na fase pré-contratual, e que a publicidade desses contratos de crédito seja leal, clara e não enganosa.

.....  
artigo 10.º, os artigos 11.º, 13.º e os artigos 16.º a 32.º aos contratos de crédito celebrados por uma organização que: a) Seja criada em benefício mútuo dos seus membros; b) Não obtenha lucros em benefício de qualquer outra pessoa para além dos seus membros; Responda a um objeto social imposto pelo direito interno; d) Receba e gira apenas as poupanças dos seus membros e proporcione fontes de crédito unicamente aos seus membros; e e) Proporcione crédito com base numa TAEG que seja inferior às taxas praticadas no mercado ou esteja sujeita a um limite estabelecido pelo direito interno, e cuja composição esteja restringida a pessoas que residam ou trabalhem num local específico ou a trabalhadores, incluindo os já reformados, de um determinado empregador, ou a pessoas que preencham outras condições previstas no direito interno para a existência de um elo comum entre os membros.



Vejamos, pois, quais as opções tomadas pelo legislador português<sup>[16]</sup>.

## 2. O Decreto-Lei n.º 74-A/2017 de 23 de junho

A Diretiva 2014/17/UE foi transposta para o direito português através de dois diplomas: pelo Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho, que regula as atividades de *intermediação de crédito* e de *prestação de serviços de consultoria*, e pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, que procedeu à transposição das disposições da Diretiva que regulam a comercialização dos contratos de crédito com garantia hipotecária ou equivalente, objeto do presente texto<sup>[17]</sup>.

Como observámos acima, o legislador europeu imprimiu coerência ao regime jurídico do crédito aos consumidores: utilizou vários conceitos-chave da legislação já aplicável ao cré-

---

[16] Sobre a necessidade de intervenção do legislador nacional, vide J. M. MILO, "Comparative Remarks in the Impact of Mortgage Credit Directive 2014/17/EU", in *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, cit, págs. 446 e ss. Na mesma obra encontramos o texto de MARIANA FONTES DA COSTA, "The Impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17/EU, Views from Portugal", págs. 424 e ss, finalizado antes da transposição. Vide, numa perspetiva geral, JORGE MORAIS CARVALHO e KRISTIN NEMETH, "Implementation of the EU Mortgage Credit Directive in the EU Member States", *EuCML* (3/2017), págs. 131 e ss, e ISABEL MENÉRES CAMPOS e JORGE MORAIS CARVALHO, "Mortgage Credit in Portugal", *EuCML* (5/2017), págs. 219 e ss.

[17] Com entrada em vigor a 1 de janeiro de 2018. Como bem sublinha RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017): Uma Apresentação*, Almedina, 2017, pág. 8, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil, as novas regras sobre relações obrigacionais aplicar-se-ão a todos os contratos celebrados anteriormente àquela data que se mantenham em vigor.

dito aos consumidores, na Diretiva 2008/48/CE (transposta pelo já referido Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho), e criou regimes semelhantes, em particular no que respeita à previsão de regras sobre publicidade, deveres de assistência ao consumidor, acesso não discriminatório a bases de dados para avaliação da solvabilidade do consumidor, vendas associadas e informação a prestar durante a vigência do contrato de crédito.

Os dois regimes, ainda que partilhando um quadro regulatório comum, não obnubilam as especificidades do crédito hipotecário, que justificam e fundamentam uma abordagem diferenciada, desde logo, o facto de o crédito para aquisição de habitação própria ser tipicamente o mais importante compromisso financeiro da vida de um consumidor, atendendo aos valores mutuados, ao prazo de amortização e às consequências da execução da hipoteca. Com o Decreto-Lei 74-A/2017, em síntese, reforçaram-se as disposições relativas à avaliação da capacidade do consumidor para reembolsar o crédito hipotecário, por comparação com outros tipos de crédito aos consumidores, bem como as garantias de que o consumidor tem condições para tomar uma decisão racional e esclarecida sobre as características do crédito a celebrar. Além disso, considerando a frequência com que, no mercado hipotecário português, se recorre à garantia da fiança, estendeu-se, em parte, esta proteção também ao consumidor que atua enquanto fiador, e que também assume um compromisso financeiro. Dada a importância da transação, assegurou-se que os consumidores dispõem de um prazo suficiente para ponderarem as implicações da con-



tratação do crédito ou da concessão da fiança. Entre as demais medidas tomadas para a promoção da concessão responsável de crédito, destaca-se a exigência de que os trabalhadores e prestadores de serviços aos mutuantes tenham um nível elevado de conhecimentos e competências, a fim de desempenharem as suas funções com qualidade e eficiência e conseguirem prestar explicações cabais aos consumidores. Com vista à correta avaliação do imóvel, quando a mesma é necessária para a obtenção do crédito, exigiu-se a intervenção de perito avaliador independente<sup>[18]</sup>. Adicionalmente, procurou-se acautelar uma gestão adequada de conflitos de interesse: o Decreto-Lei estabeleceu regras de remuneração dos trabalhadores e prestadores de serviços aos mutuantes, com o objetivo de limitar práticas de venda inadequadas e de acautelar que a forma de remuneração não prejudica o cumprimento dos deveres de diligência, neutralidade e lealdade. Finalmente, em moldes análogos ao já regulado para os prestadores de serviços de pagamento e emittentes de moeda eletrónica, e sem prejuízo do direito de recurso aos tribunais, previu-se a obrigação de disponibilização de meios de resolução extrajudicial de litígios, quer para o crédito hipotecário, quer para o demais crédito aos consumidores, através da adesão dos mutuantes a, pelo menos, duas entidades habilitadas a realizar arbitragens.

---

[18] Acautelando-se a aplicação da legislação específica quanto ao exercício da atividade de perito avaliador de imóveis, e tendo em consideração a importância das regras internacionais na matéria, como sejam os padrões desenvolvidos pelo Grupo Europeu de Associações de Avaliadores (TEGoVA), pelo Conselho de Normas Internacionais de Avaliação e pela *Royal Institution of Chartered Surveyors*.

O Decreto-Lei 74-A/2017 surge num contexto normativo em que já existiam, em Portugal, um acervo de direitos assegurados no domínio do crédito hipotecário, quer por via legislativa, quer regulamentar, que impôs a necessidade de tratar sistematicamente esses textos. O legislador optou pela recolha de grande parte dessas regras dispersas, procedendo à sua consolidação num único ato legislativo<sup>[19]</sup>, revogando os seguintes diplomas: a) os artigos 5.º, 6.º, 7.º-A, 7.º-B, 18.º a 22.º, 23.º-B, 24.º, 28.º-A e 30.º-A do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro<sup>[20]</sup>; b) o Decreto-Lei n.º 240/2006, de 22 de dezembro (sobre o arredondamento da taxa de juro; c) o Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março<sup>[21]</sup> (sobre as práticas comerciais das instituições de crédito); d) o Decreto-Lei n.º 171/2008, de 26 de agosto (medidas de tutela do mutuário no crédito à habitação respeitantes à renegociação das condições dos empréstimos e à respetiva mobilidade); e) o Decreto-Lei n.º 192/2009, de 17 de agosto (estendeu o regime das práticas comerciais das instituições de crédito a outros contratos de crédito garantidos pelo mesmo imóvel); f) o Decreto-Lei n.º 226/2012, de 18 de outubro (estendeu o regime das práticas comerciais das instituições de crédito aos demais contratos de

.....  
[19] De acordo com o propósito de simplificação legislativa expressamente insito no Programa do XXI Governo Constitucional.

[20] Alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 320/2000, de 15 de dezembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 231/2002, de 4 de novembro, e 305/2003, de 9 de dezembro, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 107/2007, de 10 de abril, e 222/2009, de 11 de setembro, e pela Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro.

[21] Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 88/2008, de 29 de maio, 192/2009, de 17 de agosto, e 226/2012, de 18 de outubro.



crédito garantidos por hipoteca, ou por outro direito sobre imóvel, e celebrados com clientes bancários particulares)<sup>[22]</sup>.

Vejamos, agora, em particular o regime substantivo do crédito imobiliário aos consumidores.

#### a) *Âmbito de aplicação*

O artigo 2.º do Decreto-Lei determina que aquele se aplica aos seguintes contratos de crédito, quando celebrados com consumidores: a) contratos de crédito para a aquisição ou construção de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento; b) contratos de crédito para aquisição ou manutenção de direitos reais sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projetados<sup>[23]</sup>; c) contratos de crédito que, independentemente da finalidade, estejam garantidos por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada sobre imóveis, ou garantidos por um direito relativo a imóveis. A aplicação deste regime é ainda estendido aos contratos de locação financeira de bens imóveis para habitação própria permanente, secundária-

<sup>[22]</sup> Cfr. artigo 46.º, n.º 1.

<sup>[23]</sup> A versão portuguesa da Diretiva utiliza, no seu artigo 3.º, n.º 1, alínea b), a expressão "direitos de propriedade", à semelhança das versões espanhola, italiana, francesa e alemã. A versão inglesa utiliza "property rights", pelo que tendemos a concordar com RUI PINTO DUARTE, *O novo regime, cit.*, pág. 20, nota 19, em que se deve entender por "direitos" de propriedade todos os direitos reais, *maxime*, os direitos reais de gozo.

ria ou para arrendamento<sup>[24]</sup>. O legislador português optou pela aplicação do regime aos contratos de mútuo para aquisição de imóveis destinados a um aproveitamento indireto do imóvel, através da obtenção de frutos civis, as rendas, em virtude de um contrato de arrendamento. Note-se, todavia, que a noção de consumidor constante do artigo 4.º, alínea d) (*“a pessoa singular que, nos negócios abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade profissional”*)<sup>[25]</sup>, exclui a aquisição de imóveis para o exercício do arrendamento como atividade empresarial. O mesmo se deve entender quanto ao exercício da atividade de prestação de serviços de alojamento local<sup>[26]</sup>.

Nos termos do artigo 3.º, o Decreto-Lei não se aplica aos: a) contratos de crédito cuja finalidade seja financiar a realização de obras e que não estejam garantidos por hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel; b) contratos de crédito com reafectação da cobertura hipotecária (*equity release*) em que o mutuante efetue um pagamento único, pagamentos periódicos ou de outra forma desembolse o crédito como contrapartida de um montante resultante da futura venda de um bem imóvel ou da

.....

[24] Com exceção do disposto no n.º 3 do artigo 14.º (negociação do contrato de crédito), na alínea a) do n.º 2 e nos n.ºs 6 e 7 do artigo 25.º (renegociação do contrato de crédito) e no artigo 28.º (retoma do contrato de crédito).

[25] Para a noção de empresa, vide COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 41 e ss, e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português I*, Coimbra Editora, 2007, págs. 33 e ss.

[26] Vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA, SANDRA PASSINHAS e DULCE LOPES, *Alojamento Local e Uso de Fração Autónoma*, Almedina, 2017, sobre a qualificação da atividade de alojamento local.



transmissão de um direito sobre bem imóvel; e não exija o reembolso do crédito enquanto não ocorrerem um ou mais eventos específicos na vida do consumidor, a menos que o incumprimento das obrigações contratuais pelo consumidor permita ao mutuante resolver o contrato de crédito<sup>[27]</sup>; c) contratos de crédito em que o crédito seja concedido por um empregador aos seus trabalhadores enquanto benefício associado ao respetivo vínculo, sem juros ou com TAEG inferiores às praticadas no mercado, e que não seja proposto ao público em geral; d) contratos de crédito em que o crédito seja concedido sem juros e outros encargos, com exceção dos que cubram custos diretamente relacionados com a garantia do crédito; e) contratos de crédito que resultem de transação em tribunal ou perante outra autoridade pública; f) contratos de crédito que se limitem a estabelecer o pagamento diferido de uma dívida preexistente, sem quaisquer encargos, e que não estejam abrangidos pelo disposto nas alíneas a) ou c) do n.º 1 do artigo 2.º. Estes contratos, verificando-se os requisitos legais, ficarão, contudo, sujeitos ao regime constante do Decreto-Lei 349/98, de 11 de novembro, na parte em que se mantém em vigor.

---

[27] Estes contratos de crédito têm características específicas que ultrapassam o âmbito de aplicação da Diretiva. A avaliação da solvabilidade do consumidor, por exemplo, é irrelevante, uma vez que os pagamentos são feitos pelo mutuante ao consumidor e não o contrário, e sempre requereriam uma informação pré-contratual substancialmente diferente.

b) *Obrigações para os mutuantes*

i) *Política de remuneração*

O novo regime do crédito imobiliário incidiu especialmente na atividade dos mutuantes, ao intervir diretamente na sua política de remuneração, que era considerada à altura um dos elementos que mais propiciava a concessão irresponsável de crédito.

O artigo 5.º, sobre *política de remuneração*, estabelece que, sem prejuízo da observância de outros requisitos estabelecidos na lei, os mutuantes devem assegurar que as políticas de remuneração dos trabalhadores<sup>[28]</sup> envolvidos na elaboração, comercialização e concessão de contratos de crédito respeitam, de forma adequada à sua dimensão e organização interna, os requisitos seguintes: não colocam em causa o cumprimento dos deveres de conduta previstos no artigo 74.º do RGICSF, nomeadamente os deveres de diligência, neutralidade, lealdade e discricção e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados; b) são consentâneas e promovem a gestão sã e prudente de riscos, não podendo incentivar a assunção de risco a um nível superior ao tolerado pelo mutuante; c) são compatíveis com a

.....  
[28] É considerada trabalhador a pessoa singular que, ao abrigo de um contrato de trabalho ou de prestação de serviços celebrado com um mutuante, participa de forma direta nas atividades relacionadas com a concessão de crédito, tem contatos com consumidores na prestação de serviços, ou está diretamente envolvida na gestão ou supervisão daquelas pessoas singulares.



estratégia empresarial do mutuante, os seus objetivos, valores e interesses de longo prazo; d) e incluem medidas destinadas a evitar conflitos de interesse, nomeadamente estabelecendo que a remuneração, incluindo eventuais comissões, não depende, direta ou indiretamente, de qualquer aspeto relacionado com os pedidos de crédito aprovados ou contratos de crédito celebrados, designadamente do seu número ou percentagem mensal ou anual por trabalhador, montantes, tipo, taxa aplicável.

O Banco de Portugal estabeleceu, através do Aviso 5/2017, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2018, regras necessárias à execução deste preceito nos seus artigos 3.º a 8.º. Em particular, na definição das políticas de remuneração (que abrangem todas as formas de remuneração fixa e variável que possam ser atribuídas aos trabalhadores, incluindo os benefícios monetários e não monetários quando atribuídos a título de incentivo), os mutuantes devem: a) assegurar um equilíbrio entre as componentes fixa e variável da remuneração, sempre que se preveja a atribuição destas duas componentes; b) estabelecer, nas situações abrangidas pela alínea anterior, um limite máximo para a componente variável da remuneração, o qual deve ser definido com base numa percentagem da componente fixa da remuneração; c) condicionar a atribuição da componente variável da remuneração ao cumprimento de critérios quantitativos e qualitativos; d) definir como critérios qualitativos, entre outros, indicadores relacionados com o cumprimento de regras e procedimentos internos e com a qualidade do serviço prestado aos consumidores; e) assegurar que os critérios fixados para a de-

terminação da componente variável da remuneração tenham em consideração o desempenho do trabalhador e da estrutura interna em que este se encontra inserido; f) garantir que o pagamento da componente variável da remuneração depende da verificação rigorosa do cumprimento dos critérios definidos para a sua atribuição; e g) prever a possibilidade de a componente variável de remuneração não ser atribuída quando tal seja apropriado.

As políticas de remuneração devem constar de instrumento próprio e ser de fácil compreensão pelos trabalhadores abrangidos e, nos termos do artigo 4.º do Aviso, os documentos relativos às políticas de remuneração dos trabalhadores envolvidos na elaboração, comercialização e concessão de contratos de crédito devem ser redigidos de forma clara, simples e transparente e incluir, pelo menos, as seguintes informações: a) os objetivos dessas políticas; b) os trabalhadores abrangidos pelo seu âmbito de aplicação; c) as situações em que se prevê a atribuição de componente variável de remuneração, o seu limite máximo, bem como os critérios e condições para a sua atribuição<sup>[29]</sup>. Os mutuantes devem implementar mecanismos de controlo eficazes, que permitam identificar e solucionar situações em que as políticas de remuneração dos trabalhadores envolvidos na elaboração, comercialização e concessão de contratos de crédito sejam suscetíveis de prejudicar os consumidores, assegurando,

[29] Os mutuantes devem conservar os documentos relativos às políticas de remuneração pelo período mínimo de cinco anos após a última data em que estas foram aplicadas, devendo disponibilizar os documentos em causa ao Banco de Portugal, sempre que este os solicite.



em particular, a monitorização da informação relativa à comercialização e concessão de contratos de crédito, com vista à identificação de tendências ou de padrões que indiciem a existência de conflitos de interesses ou de prejuízos para os consumidores, e a avaliação da qualidade do serviço prestado, através, por exemplo, de contactos com consumidores e a realização de ações de cliente mistério. Estas medidas devem ser avaliadas, com periodicidade mínima anual, cabendo aos mutuantes adotar, sempre que necessário, as providências que se mostrem adequadas a assegurar que elas têm em devida consideração os direitos e interesses dos consumidores e não criam incentivos para que os interesses dos consumidores sejam prejudicados.

*ii) Conhecimentos e competências*

O artigo 6.º do Decreto-Lei 74-A/2017 impõe exigências no que ao nível de conhecimento e de competências diz respeito. Os mutuantes com sede ou sucursal em Portugal devem assegurar que os seus trabalhadores possuem e mantêm atualizado um nível adequado de conhecimentos e competências, no que se refere à elaboração, comercialização e celebração dos contratos de crédito, bem como relativamente aos serviços acessórios que possam estar incluídos nesses contratos. Consideram-se conhecimentos e competências adequados o domínio das seguintes matérias: a) as características dos produtos de crédito co-

mercionalizados e dos serviços acessórios habitualmente propostos em associação a esses produtos; b) a legislação aplicável aos contratos de crédito, em particular quanto à proteção do consumidor; c) o processo de aquisição de imóveis; d) a avaliação das garantias habitualmente exigidas para a concessão do crédito; e) a organização e funcionamento dos registos de bens imóveis; f) o mercado do crédito hipotecário em Portugal; g) a avaliação de solvabilidade dos consumidores; h) normas de ética empresarial; e i) noções fundamentais de economia e de finanças<sup>[30]</sup>.

.....

<sup>[30]</sup> O n.º 3 do artigo 6.º estabelece os critérios para determinar quem possui conhecimentos e competências adequados. Um dos critérios - "Tenham trabalhado, durante pelo menos três anos consecutivos ou interpolados, em domínios, funções ou responsabilidades relacionadas com a celebração dos contratos de crédito regulados pelo presente Decreto-Lei" - deixará de poder ser considerado autonomamente a partir de 21 de março de 2019. A Portaria n.º 385-C/2017, de 29 de dezembro, veio, entretanto, estabelecer os conteúdos mínimos da formação e a Portaria 385-D, da mesma data, definiu o regime de certificação das entidades formadoras que ministram a formação. A certificação das entidades formadoras é da competência do Banco de Portugal, que divulga a lista das entidades certificadas no seu sítio na Internet e informa o serviço central competente responsável pela área de formação profissional do ato de certificação, para efeitos de divulgação de uma lista geral de entidades formadoras certificadas, nos termos da Portaria 851/2010, de 6 de setembro (republicada pela Portaria n.º 208/2013, de 26 de junho). As qualificações obtidas fora de Portugal pelos nacionais de Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu são reconhecidas pelo Banco de Portugal, nos termos previstos na Lei n.º 9/2009, de 4 de março, alterada pelas Leis n.os 41/2012, de 28 de agosto, 25/2014, de 2 de maio, e 26/2017, de 30 de maio.



### iii) Comunicação comercial e publicidade

No que às comunicações comerciais<sup>[31]</sup> e à publicidade diz respeito<sup>[32]</sup>, o legislador não afastou o regime geral, em especial o Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março<sup>[33]</sup>. Este Decreto-Lei aplica-se a todas as práticas comerciais, isto é, qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor, e proíbe aquelas que possam ser consideradas desleais, em virtude do seu carácter enganoso (artigos 7.º, 8.º, 9.º e 10.º) ou agressivo (artigos 11.º e 12.º), ou que, desconformes à diligência profissional, distorçam ou sejam suscetíveis de distorcer de maneira substancial

.....

[31] Note-se que o artigo 7.º, sobre a prestação genérica de informações, impõe que todas as informações prestadas aos consumidores, em cumprimento do Decreto-Lei 74-A/2017, sejam efetuadas a título gratuito, estando vedada a cobrança de qualquer comissão ou despesa pela prestação de informação.

[32] Sobre a publicidade na formação do contrato, por todos, PAULO MOTA PINTO, *Elementos de Estudo – Direito da Publicidade*, polic., págs. 81 e ss.

[33] Alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro. Este Decreto-Lei estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, e que altera as Diretivas n.ºs 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de setembro, 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, e 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro.

o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afetem este relativamente a certo bem ou serviço (artigo 5.º)<sup>[34]</sup>.

O artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017 determina, ademais, que as comunicações comerciais e de publicidade sobre contratos de crédito devem ser leais, claras e não enganosas, sendo proibida, em especial, qualquer forma de comunicação que possa criar falsas expectativas nos consumidores quanto à disponibilização ou ao custo de um crédito.

No que se refere à informação normalizada a incluir na publicidade, estabelece o artigo 10.º<sup>[35]</sup> que a publicidade ou qualquer comunicação comercial por meio da qual um mutuante se proponha conceder crédito deve indicar a TAEG do contrato de crédito a que se refere. Se, em função das condições concretas do crédito, houver lugar à aplicação de diferentes TAEG, todas devem ser indicadas<sup>[36]</sup>. A TAEG é o custo total do crédito para o consumidor, expresso em percentagem anual do montante total do crédito, incluindo, se for o caso, os custos previstos no n.º 2 do artigo 15.º, e que torna equivalentes, numa base anual, os valores atuais do conjunto das obrigações assumidas, considerando

.....  
<sup>[34]</sup> Vide o nosso "A Propósito das Práticas Comerciais Desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor", em *EDC* 13 (2017), págs. 107 e ss.

<sup>[35]</sup> Cabe ainda lembrar o artigo 4.º da Lei n.º 32/2018, de 18 de Julho, que estabelece que na publicidade ao crédito e em todas as comunicações comerciais que tenham por objetivo direto ou indireto a sua promoção com vista à comercialização, deve ser feita referência expressa à possibilidade de a taxa de juro aplicada poder assumir valores negativos em função da evolução do respetivo indexante. Vide, em geral, o Aviso do BP, n.º 10/2008, em especial o artigo 14.º, na redação que lhe foi dada pelo artigo 18.º do Aviso do BP n.º 5/2017.

<sup>[36]</sup> Não cumpre este requisito a indicação de TAEG que, pelo seu tratamento gráfico ou audiovisual, não seja legível ou perceptível pelo consumidor.



o crédito utilizado, os reembolsos e os encargos, atuais e futuros, que tenham sido acordados entre o mutuante e o consumidor. O artigo 15.º determina que a TAEG é calculada com base no custo total do crédito para o consumidor, segundo uma fórmula matemática constante do anexo II. São igualmente incluídos no cálculo da TAEG, exceto se não for obrigatória a abertura e manutenção de uma conta específica para a obtenção do crédito, ou para a sua obtenção nos termos e condições comercializados: a) os custos de abertura e manutenção de uma conta específica; b) os custos de utilização de um meio de pagamento, tanto para operações de pagamento como para a utilização do crédito nessa conta; c) outros custos relativos a operações de pagamento. O cálculo da TAEG é efetuado no pressuposto de que o contrato de crédito vigora pelo período de tempo acordado e de que o mutuante e o consumidor cumprem as respetivas obrigações nas condições e nas datas especificadas no contrato de crédito. No caso dos contratos de crédito com cláusulas que permitem variações da TAN (a taxa de juro expressa numa percentagem fixa ou variável aplicada numa base anual ao montante do crédito utilizado) e, se for o caso, dos encargos incluídos na TAEG, que não sejam quantificáveis no momento em que a mesma é determinada, a TAEG deve ser calculada com base no pressuposto de que a TAN e restantes encargos se mantêm fixos em relação ao estabelecido aquando da celebração do contrato. Nos contratos de crédito para os quais seja acordada uma TAN fixa para um período inicial de, pelo menos, cinco anos, findo o qual se negoceia uma nova TAN fixa para um novo período, o cálculo da TAEG adicional indicativa, divulgada na FINE, abrange apenas o período inicial com a TAN fixa e baseia-

se no pressuposto de que, findo esse período, o capital em dívida é reembolsado. Sublinhe-se que, caso o contrato de crédito permita variações da TAN, o consumidor deve ser informado dos eventuais impactos das variações nos montantes a pagar e na TAEG, devendo ser indicada ao consumidor uma TAEG adicional destinada a ilustrar os eventuais riscos associados a um aumento significativo da TAN. Caso não exista um limite máximo da TAN, aquela informação deve ser acompanhada de uma advertência de que o custo total do crédito para o consumidor, representado pela TAEG, pode sofrer alterações. Sempre que necessário, devem ser utilizados para o cálculo da TAEG os pressupostos adicionais enumerados na parte II do anexo II do Decreto-Lei 47-A/2017. Se a celebração de contrato relativo a um serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente contrato de seguro, for necessária para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e nas condições publicitadas, e o custo desse serviço acessório não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada, de modo claro, conciso e destacado, a obrigação de celebrar esse contrato, em conjunto com a TAEG.

A publicidade ou qualquer comunicação comercial relativa a operações de crédito em que se indique uma taxa de juro ou outros valores relativos ao custo do crédito, deve incluir informações normalizadas que especifiquem e destaquem, de modo claro e conciso, os elementos seguintes: a) a identidade do mutuante e, se for o caso, do intermediário de crédito; b) se for o caso, a indicação de que o contrato de crédito deve ser garantido por hipoteca ou por um direito relativo a um imóvel; c) a TAN, indicando se é fixa, variável ou uma combinação de ambas,



juntamente com a indicação de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor; d) no caso de a TAN ser variável, a identificação do indexante utilizado; e) o montante total do crédito; f) a TAEG, que deve ser indicada na publicidade de modo pelo menos tão destacado como o de qualquer taxa de juro; g) a duração do contrato de crédito; h) o montante total imputado ao consumidor; i) o montante e o número das prestações; j) se for caso disso, uma advertência relativa ao facto de as flutuações da taxa de câmbio poderem implicar um aumento do montante a pagar pelo consumidor. As informações normalizadas enumeradas nas alíneas c), d), e), f), g), h) e i) devem ser especificadas através de um exemplo concreto representativo.

O legislador reconhece, no n.º 8, que o critério da legibilidade ou da perceptibilidade das informações variará em função do meio utilizado para a publicidade<sup>[37]</sup>.

#### *iv) Práticas comerciais proibidas*

O artigo 11.º regula a licitude das vendas associadas ao contrato de crédito. Estas vêm definidas no artigo 4.º, alíneas v) e w). Assim, são vendas associadas facultativas (*bundling*) a disponibilização ou a proposta do contrato de crédito em conjunto com outros produtos ou serviços financeiros distintos, sendo o contrato de crédito também disponibilizado ao consumidor se-

.....  
[37] O artigo 5.º, alínea c), do Código da Publicidade define como suporte publicitário o veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária. Vide, em geral, ANA AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, 2018, págs. 47-48.

paradamente, mas não necessariamente nos mesmos termos e condições em que é proposto quando associado àqueles produtos e serviços financeiros. As vendas associadas obrigatórias (*tying*) consistem na disponibilização ou na proposta do contrato de crédito em conjunto com outros produtos ou serviços financeiros distintos, não sendo o contrato de crédito disponibilizado ao consumidor separadamente.

Ao mutuante está vedado fazer depender a celebração ou renegociação dos contratos abrangidos pelo Decreto-Lei 74-A/2017 da realização de vendas associadas obrigatórias, com exceção das previstas no n.º 2 do artigo 11.º. Assim, o mutuante pode exigir ao consumidor que abra ou mantenha aberta uma conta de depósito à ordem, ou que constitua um ou mais contratos de seguro adequado, relacionado com o contrato de crédito; neste caso o mutuante deve aceitar o contrato de seguro de um prestador que não seja o da sua preferência, se esse contrato salvaguardar um nível de garantia equivalente ao do contrato proposto pelo mutuante.

Naqueles casos em que sejam propostos ao consumidor outros produtos ou serviços financeiros como forma de reduzir as comissões ou outros custos do contrato de crédito, nomeadamente o *spread* da taxa de juro, o mutuante deve apresentar ao consumidor uma TAEG que reflita aquela redução de comissões ou outros custos, indicando clara e expressamente que a efetiva aplicação desta está condicionada à contratação dos produtos ou serviços financeiros adicionais.



### 3. O contrato de mútuo hipotecário

#### a) A preparação do contrato de crédito

##### i) Informação e práticas prévias à celebração do contrato de crédito

Reafirmando o carácter nuclear do dever de informação na relação entre o profissional e o consumidor, o artigo 8.º determina que a informação a prestar pelos mutuantes e, sendo o caso, pelos intermediários de crédito no âmbito da negociação, celebração e vigência dos contratos de crédito deve ser completa, verdadeira, atualizada, clara, objetiva e adequada aos conhecimentos do consumidor individualmente considerado, estando os mesmos obrigados a disponibilizá-la aos consumidores de forma legível.

No que diz respeito à *informação pré-contratual de carácter geral*, o artigo 12.º determina que os mutuantes e, se for o caso, os intermediários de crédito vinculados, devem ter disponível em permanência, nos seus sítios na Internet, informação geral clara, verdadeira, completa, compreensível e legível sobre os contratos de crédito, que deve ser disponibilizada em suporte de papel ou outro suporte duradouro<sup>[38]</sup>, mediante solicitação dos consumi-

[38] O Decreto-Lei n.º 74-A/2017 define, no seu artigo 4.º, n.º 1, alínea r), como suporte duradouro qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de modo a que, no futuro, possa ter acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam, e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas.

dores nos balcões dos mutuantes e, se for o caso, dos intermediários de crédito vinculados. A informação geral deve incluir, pelo menos, os seguintes elementos: a) a identidade do prestador das informações bem como o seu endereço geográfico e eletrónico, e respetivos contactos telefónicos; b) as finalidades para as quais o crédito pode ser utilizado; c) os tipos de garantias, incluindo, se for o caso, a possibilidade de a garantia se situar num Estado-Membro diferente; d) os prazos padrão dos contratos de crédito; e) os tipos de TAN, indicando se a mesma é fixa, variável ou uma combinação de ambas, acompanhada de uma breve descrição das características da taxa fixa e da taxa variável<sup>[39]</sup>, incluindo

[39] No caso de o contrato de crédito estar sujeito a taxa de juro variável, determina o artigo 21.º que os mutuantes devem: a) assegurar que o indexante utilizado para calcular a taxa de juro é claro, acessível, objetivo e verificável pelas partes do contrato de crédito e pelo Banco de Portugal; b) assegurar que o indexante que corresponda a uma variável monetária de referência seja determinado por instituição independente e adequado às características do contrato de crédito em causa; c) manter os registos históricos do indexante utilizado para a taxa de juro, os quais devem estar acessíveis aos consumidores de forma simples e gratuita.

A taxa de juro é apurada com base na soma do *spread* da taxa de juro com o indexante (o indexante é o índice ou taxa de referência cuja evolução determina as alterações periódicas da taxa de juro variável das operações inerentes ao crédito (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea k)), devendo o valor deste último resultar da média aritmética simples das cotações diárias do índice ou taxa de referência, observadas no mês de calendário anterior ao início do período de contagem de juros. O arredondamento da taxa de juro variável, a incidir exclusivamente sobre o indexante, é obrigatoriamente feito à milésima, da seguinte forma: a) quando a quarta casa decimal é igual ou superior a cinco, o arredondamento é feito por excesso; b) quando a quarta casa decimal é inferior a cinco, o arredondamento é feito por defeito. A revisão do indexante não pode ocorrer com uma periodicidade diferente da do prazo a que o mesmo reporta. A contratação de instrumentos financeiros para limitação do risco de taxa de juro do empréstimo deve constar de documento autónomo ao contrato de crédito.



do<sup>[40]</sup> a identificação do indexante, do respetivo administrador e as suas potenciais implicações para o consumidor; f) caso sejam disponibilizados empréstimos em moeda estrangeira, a indicação da ou das moedas estrangeiras, incluindo uma explicação das implicações para o consumidor caso o crédito seja denominado em moeda estrangeira; g) um exemplo representativo que inclua o montante total do crédito, o custo total do crédito para o consumidor, o montante total imputado ao consumidor e a TAEG; h) a indicação de outros custos não incluídos no custo total do crédito para o consumidor, a pagar no âmbito do contrato de crédito; i) o leque das diferentes opções disponíveis para o reembolso do crédito ao mutuante, incluindo o número, periodicidade e montante das prestações; j) se for o caso, uma declaração clara e concisa de que o cumprimento dos termos e condições do contrato de crédito não garante o reembolso do montante total do crédito decorrente do contrato de crédito; k) uma descrição das condições aplicáveis ao reembolso antecipado; l) a indicação da eventual necessidade de avaliação do imóvel e a identificação da parte responsável por assegurar a sua realização, bem como indicação de eventuais custos para o consumidor, decorrentes dessa avaliação ou de uma segunda avaliação, nos termos do artigo 18.º; m) a indicação dos serviços acessórios que o consumidor deve contratar para a obtenção do crédito, ou para a sua obtenção nos termos e condições comercializados e, se for o caso, o esclarecimento de que os serviços acessórios podem ser adquiridos a um prestador distinto do mutuante; n) uma advertência geral de que o consumidor deve prestar informação correta e completa, no prazo que lhe seja

indicado pelo mutuante ou intermediário de crédito, para efeitos de avaliação da sua solvabilidade, sob pena de o crédito não lhe poder ser concedido; e, por último, o) uma advertência geral relativa às eventuais consequências do incumprimento dos compromissos associados ao contrato de crédito.

Quanto à questão da fixação da taxa de juro<sup>[41]</sup>, *rectius*, os seus limites, nos contratos de mútuo celebrados por entidades bancárias com consumidores, esta requer uma resposta diferenciada. Nos contratos de crédito abrangidos pelo Decreto-Lei 133/2009, o artigo 28.º determina que é havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, *exceda em um quarto a TAEG média praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior*, para cada tipo de contrato de crédito aos consumidores, bem como o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, embora não exceda o limite anterior, ultrapasse em 50/prct. a TAEG média dos contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior. Os contratos de crédito sob a forma de facilidade de descoberto são usurários quando estabeleçam a obrigação de reembolso do crédito no prazo de um mês, cuja TAEG, no momento da sua celebração, exceda o valor máximo de TAEG estabelecido para os contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto que estabeleçam a obrigação de

.....

[40] Nos termos do Regulamento (UE) n.º 2016/1011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016.

[41] Referimo-nos aos juros remuneratórios, isto é, aqueles que visam remunerar a disponibilização do capital. No que se refere aos juros moratórios, vide o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio.



reembolso do crédito em prazo superior a um mês. Os contratos de crédito na modalidade de ultrapassagem de crédito cuja TAN, no momento da sua celebração, exceda o valor máximo de TAEG definido para os contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto que estabeleçam a obrigação de reembolso do crédito em prazo superior a um mês são igualmente considerados usurários <sup>[42]</sup> | <sup>[43]</sup>. Já quanto aos contratos de crédito aos consumidores<sup>[44]</sup> abrangidos pelo Decreto-Lei 74-A/2017, não existe neste diploma norma equivalente. Poderia pensar-se que não existe limite para a taxa de juros, pensamento que parece sustentar-se no Aviso do Banco de Portugal n.º 3/93 — que revogou o Aviso 3/88, nos termos do qual a taxa máxima de juros nas operações ativas se fixava em 17% —, onde se determinou, no seu artigo 2.º, que: “São livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal”. A ideia de que este Aviso veio operar uma liberalização absoluta das taxas de juros bancárias não é, todavia, de sufragar. Em primeiro lugar, como sublinha Pedro Pais de Vascon-

.....  
[42] Determina o n.º 6 do artigo 28.º que: “Considera-se automaticamente reduzida a metade do limite máximo previsto nos n.os 1, 2, 4 e 5 a TAEG, ou, no caso de ultrapassagem de crédito, a TAN, que os ultrapasse, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal”.

[43] As taxas máximas aplicáveis no 2.º trimestre de 2018 podem ser encontradas aqui: [https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/instrucoes/298631881\\_2.docx.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/instrucoes/298631881_2.docx.pdf).

[44] A questão vale igualmente para os contratos de mútuo celebrados entre profissionais. O que dizemos *infra* vale *mutatis mutandis* para estes contratos.

celos<sup>[45]</sup>, o Aviso do Banco de Portugal 3/88 foi emitido ao abrigo da Lei Orgânica do Banco de Portugal, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 644/75, de 15 de novembro, que lhe conferia nessa altura competência para “*com vista à orientação e contrôle das instituições de crédito*” fixar o “*regime das taxas de juro, comissões e quaisquer outras formas de remuneração para as operações efectuadas pelas instituições de crédito ou por quaisquer outras entidades que actuem nos mercados monetário e financeiro*”. A Lei Orgânica do Banco de Portugal de 1990, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 337/90, de 30 de outubro, deixou de lhe conferir essa competência (o que se manteve na Lei Orgânica de 1998) e é neste contexto, em que as taxas de juros bancários deixam de estar sujeitas a fixação administrativa, que surge o Aviso 3/93. Em segundo lugar, fortes razões materiais impedem que se possa aceitar aquela posição — de que a fixação da taxa de juro num contrato celebrado por entidades bancárias não está sujeita a qualquer limite legal —, e se entenda que as taxas de juros são livremente estabelecidas *pelas instituições de crédito e sociedades financeiras...* mas dentro dos limites da lei. Como bem refere Pestana de Vasconcelos<sup>[46]</sup>, ao admitir-se a liberdade de fixação das taxas de juros, sem qualquer limite legal, significaria admitir-se no nosso ordenamento jurídico dois regimes distintos: um para

[45] Vide “Taxas de Juro de Crédito ao Consumo: Limites Legais”, in *II Congresso de Direito Bancário*, coord. por MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 329 e ss.

[46] MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 367 a 269. Vide, mais recentemente, “Os limites máximos das taxas de juros das instituições de crédito e das sociedades financeiras”, *Revista de Direito Comercial* 2 (2018), págs. 620 e ss, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/os-limites-maximos-das-taxas-de-juro>.



os contratos de crédito concedidos em geral, ao abrigo da lei civil e da lei comercial, e um regime para os contratos de crédito comerciais/bancários, no qual se permitiria a fixação de taxas de juros que seriam ilícitas no âmbito da lei geral. Nas palavras do autor: *“a lei criava quase sem brechas (ver art. 559.º-A) um regime protector do creditado, e afastava-o na esmagadora maioria dos casos em que é concedido crédito, através dos seus concedentes profissionais. Para estes últimos vigoraria — só — o limite do artigo 282.º. Ora, semelhante resultado consistiria em aniquilar na prática a valoração subjacente tanto ao art. 1146.º, como ao art. 559.º-A.”*. Acompanhamos igualmente o autor quando considera que não existem razões que justifiquem o afastamento dos limites legais no âmbito do crédito concedido pelos bancos e outras instituições de crédito e sociedades financeiras. Estando a determinação das taxas de juros estruturalmente ligada ao custo e ao risco do crédito, aquelas instituições têm uma capacidade maior para o obter mais barato e para melhor avaliarem o risco. Por outro lado, visando os limites das taxas de juros proteger o mutuário, a parte vulnerável do contrato, é precisamente perante aquelas instituições que existe maior desequilíbrio em termos negociais e, citando o autor, *“é nestes casos que a necessidade e protecção se verifica com mais força”*.

Assim, cabe perguntar, pois, quais os limites das taxas de juro. Eles encontram-se no regime geral do mútuo (aplicável aos juros comerciais por força do artigo 102 §2 do Código Comercial<sup>[47]</sup>),

.....  
[47] Sobre os atos bancários como atos de comércio, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª edição, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 464 e 465.

em especial no artigo 1146.º, n.º 1, onde se estabelece que é havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real. Nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, se a taxa de juros estipulada exceder o montante máximo fixado considera-se reduzida a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes. O artigo 559.º-A do Código Civil veio alargar a proibição do artigo 1146.º a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou atos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos<sup>[48]</sup>. Este regime não obsta à aplicação das regras constantes dos artigos 282.º a 284.º do Código Civil, quanto ao regime da usura. Dito de outro modo, continuam a considerar-se usurários os contratos em que, apesar de a fixação da taxa de juro cair no âmbito da permissão daquelas normas, exista em concreto uma situação em que alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtém deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados. O lesado pode requerer a anulação do contrato ou a sua modificação segundo juízos de equidade.

[48] Como sublinha MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, *Os limites máximos das taxas de juro*, cit., pág. 631, a fixação acima dos limites referidos consubstancia um caso de nulidade parcial em que a lei determina a redução automática, sem que se possa provar que o contrato não teria sido concluído sem a parte viciada. Consequentemente, é de conhecimento oficioso pelo tribunal e pode ser invocada a todo o tempo. O mutuário pode ainda exigir a restituição dos juros já pagos, nos termos do artigo 289.º.



Requerida a anulação, o lesante tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio, igualmente segundo juízos de equidade.

Ainda quanto à taxa de juro, foi recentemente aditado o artigo 21.º-A<sup>[49]</sup>, determinando que, quando do apuramento da taxa de juro resultar um valor negativo, deve este valor ser refletido nos contratos de crédito, *maxime*, através da sua dedução ao capital em dívida na prestação vincenda. Em alternativa, o mutuante pode optar pela constituição de um crédito a favor do cliente no montante dos valores negativos apurados, a deduzir aos juros vincendos, a partir do momento em que estes assumam valores positivos, sendo os juros vincendos abatidos ao crédito, até à extinção deste. Se no fim do prazo convencionado para o contrato de crédito ainda não existir um crédito a favor do cliente, as instituições de crédito devem proceder ao seu integral ressarcimento.

Determina o artigo 20.º que caso o empréstimo seja feito em moeda estrangeira<sup>[50]</sup>, os mutuantes e, se for o caso, os in-

---

<sup>[49]</sup> Pela Lei n.º 32/2018. Vide, a propósito, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Juros negativos: reflexões em face do novo artigo 21.º-A do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, *Revista de Direito Comercial* 2 (2018), págs. 789 e ss, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/juros-euribor-negativos>

<sup>[50]</sup> Veja-se a Recomendação do Comité Europeu de Risco Sistémico relativa aos empréstimos em moeda estrangeira, de 21 de setembro de 2011 (CERS/2011/1). A concessão de crédito em moeda estrangeira colocou muitos problemas em países como a Polónia, onde era comum a concessão de crédito em francos suíços. Vide, sobre este ponto, MAGDALENA HABDAS, "Implementing the Mortgage Credit Directive 2014/17 in Poland", em *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe, cit.*, págs. 402 e ss. A título ilustrativo, ainda na Europa de Leste, vide o Acórdão

intermediários de crédito, devem transmitir aos consumidores informação adequada sobre os riscos inerentes à contratação de empréstimos em moeda estrangeira, nomeadamente através da FINE e do contrato de crédito, de forma a garantir que as decisões dos consumidores são tomadas de forma esclarecida e fundamentada. Sempre que um consumidor pretenda contratar um empréstimo em moeda estrangeira, os mutuantes ou intermediários de crédito devem propor-lhe, se aplicável, a contratação de um empréstimo em moeda com curso legal em Portugal para os mesmos fins que o empréstimo em moeda estrangeira, ou a contratação autónoma de instrumentos financeiros disponíveis no mercado para limitação do risco cambial. Caso não seja previsto qualquer instrumento financeiro para limitação de risco cambial, os mutuantes ou intermediários de crédito devem incluir na FINE um exemplo representativo do impacto de uma forte flutuação da moeda nacional (o caso de esta sofrer uma depreciação de 20 % relativamente à moeda do empréstimo) nas prestações do empréstimo, bem como do impacto de uma forte flutuação da moeda nacional, aliada a um aumento da taxa de juro do empréstimo em moeda estrangeira, nas prestações do empréstimo. O mutuante, durante a vigência do contrato de crédito, deve alertar o titular de empréstimo em moeda estrangeira de forma periódica, através de documento em papel ou noutro suporte duradouro, pelo menos quando a variação do montante total em dívida ou do montante das prestações exceda em mais de 20% a variação que resultaria da aplicação da taxa de câmbio

.....  
do TJUE proferido no Processo C-483/16, *Zsolt Sziber contra ERSTE Bank Hungary Zrt*, de 31 de Maio de 2018.



entre a moeda do contrato de crédito e a moeda nacional no momento da celebração do contrato de crédito. Desta advertência deverá constar a informação do aumento do montante total em dívida e explicar qualquer outro mecanismo aplicável para limitar o risco cambial a que o consumidor esteja exposto<sup>[51]</sup>.

Em concreto, quanto à *informação pré-contratual personalizada*, determina o artigo 13.º que os mutuantes ou intermediários de crédito disponibilizam aos consumidores a ficha de informação normalizada elaborada (FINE) com base na informação por estes apresentada, com a simulação das condições do contrato de crédito, que pode ser realizada aos balcões do mutuante ou do intermediário de crédito, através dos seus sítios na Internet ou por qualquer outro meio de comunicação à distância. A FINE, cujo modelo consta do anexo I, deve ser prestada em papel ou

---

[51] Sem prejuízo dos restantes deveres elencados no diploma, nomeadamente no que à clareza da informação diz respeito. Veja-se, a propósito, o acórdão do TJUE, de 20 de setembro de 2017, no Processo C-186/16, *Ruxandra Paula Andriuc e o. contra Banca Românească SA*: "O artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que o requisito segundo o qual uma cláusula contratual deve ser redigida de maneira clara e compreensível pressupõe que, no caso dos contratos de crédito, as instituições financeiras devam prestar aos mutuários informação suficiente que os habilite a tomar decisões prudentes e fundamentadas. A este respeito, esse requisito implica que a cláusula relativa ao reembolso do crédito na mesma divisa estrangeira em que foi contratado seja compreendida pelo consumidor, tanto no plano formal e gramatical como quanto ao seu alcance concreto, no sentido de que um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, possa não só conhecer a possibilidade de a divisa estrangeira em que o empréstimo foi contratado sofrer uma valorização ou uma depreciação mas também avaliar as consequências económicas, potencialmente significativas, dessa cláusula nas suas obrigações financeiras. Cabe ao órgão jurisdicional nacional proceder às verificações necessárias a este respeito".

noutro suporte duradouro<sup>[52]</sup>. No caso da venda associada facultativa de serviços acessórios, os mutuantes devem informar o consumidor sobre a possibilidade de resolver separadamente o contrato relativo a cada serviço, bem como as respetivas consequências.

Na negociação do contrato de crédito, o mutuante deve ainda *informar o consumidor* da possibilidade de sujeitar o contrato, por acordo expresso entre as partes, às seguintes regras especiais: a) ser apenas constituído seguro de vida do consumidor e de outros intervenientes no contrato de crédito e seguro sobre o imóvel, em reforço da garantia de hipoteca; b) previsão expressa de que a venda executiva ou dação em cumprimento do imóvel na sequência de incumprimento do contrato de crédito, pelo mutuário, o exonera integralmente e extingue as respetivas obrigações no âmbito do contrato, independentemente do produto da venda executiva ou do valor atribuído ao imóvel para efeitos da dação em cumprimento ou negócio alternativo<sup>[53]</sup>.

As insuficiências do direito à informação conduziram ao surgimento de um outro meio de tutela do consumidor, individualmente considerado. Referimo-nos ao *dever de assistência*. Determina o artigo 14.º que o mutuante e, se for o caso, o intermediário de crédito, devem esclarecer de modo adequado o consumidor, devendo colocá-lo em posição que lhe permita

---

[52] Vide a Instrução do Banco de Portugal n.º 19/2017, de 15 de dezembro, sobre o preenchimento da FINE.

[53] Porque, como se sabe, o montante obtido com a venda executiva do imóvel pode não ser suficiente para desonerar integralmente o devedor.



avaliar se o contrato de crédito proposto e os eventuais serviços acessórios se adaptam às suas necessidades e à sua situação financeira, cabendo-lhes, designadamente fornecer as informações pré-contratuais acima referidas (previstas no artigo 13.º), explicitar as características essenciais dos contratos de crédito propostos e de quaisquer serviços acessórios e descrever os seus efeitos específicos para o consumidor, incluindo as consequências da respetiva falta de pagamento.

O artigo 9.º do já citado Aviso 5/2017 do Banco de Portugal determina que, para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei 74-A/2017, o mutuante e, se for o caso, o intermediário de crédito devem, designadamente: a) esclarecer o consumidor, de modo adequado, sobre o conteúdo da FINE, da minuta do contrato de crédito e dos documentos anexos à FINE<sup>[54]</sup>; b) identificar separadamente as características e o custo de cada um dos produtos ou serviços propostos como vendas associadas facultativas, bem como o impacto da contratação desses produtos ou serviços no custo do contrato de crédito, nomeadamente no *spread* da taxa de juro; c) esclarecer o consumidor sobre a possibilidade de o contrato de crédito ser celebrado sem vendas associadas facultativas; d) esclarecer o consumidor sobre o processo de contratação do crédito; e) responder às dúvidas colocadas pelo consumidor; f) informar o consumidor sobre os canais de comunicação disponibilizados para o esclarecimento de dúvidas adicionais e para a solicitação de outras informações. Reafirma-se no Aviso que, nos casos em que a informação

[54] Vide a Instrução do Banco de Portugal n.º 19/2017, de 15 de dezembro.

pré-contratual seja prestada através de meios de comunicação à distância, o mutuante e, se for o caso, o intermediário de crédito devem disponibilizar ao consumidor linhas de atendimento dedicadas e conteúdos específicos, em suporte áudio, vídeo ou texto, adequados ao meio de comunicação utilizado para a prestação de informação pré-contratual<sup>[55]</sup>.

*ii) Avaliação da solvabilidade do consumidor*

Antes da aprovação do contrato de crédito, o mutuante avalia a solvabilidade do devedor, *id est*, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), avalia a capacidade e propensão do consumidor para o cumprimento do contrato de crédito. O mutuante deve fazê-lo, segundo o artigo 16.º<sup>[56]</sup>, com base em fatores relevantes para verificar essas capacidade e propensão, tendo em conta, nomeadamente, o seguinte: a) a avaliação de solvabilidade deve basear-se em informação necessária, suficiente e proporcional sobre os rendimentos e as despesas do consumidor e outras circunstâncias financeiras e económicas que lhe digam respeito; b) a avaliação de solvabilidade não deve basear-se predominantemente no valor do imóvel que excede o montante

.....  
<sup>[55]</sup> Cabe ao mutuante e, se for o caso, ao intermediário de crédito implementarem mecanismos de controlo contínuo que lhes permitam avaliar a assistência prestada aos consumidores, designadamente através da realização de ações de cliente mistério.

<sup>[56]</sup> A Autoridade Bancária Europeia emitiu em agosto de 2015, no contexto da implementação da Diretiva n.º 2014/17/UE, orientações sobre a avaliação da solvabilidade em contratos de crédito hipotecário.



do crédito nem no pressuposto de que o imóvel se irá valorizar, salvo se a finalidade do contrato de crédito for a construção ou a realização de obras no imóvel<sup>[57]</sup>; c) o mutuante deve proceder à consulta das bases de dados de responsabilidades de créditos, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar a avaliação de solvabilidade, sendo o consumidor previamente informado dessa consulta, em conformidade com o disposto na legislação relativa à proteção de dados pessoais; d) o mutuante pode, complementarmente, proceder à consulta da lista pública de execuções<sup>[58]</sup> ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores.

O Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017 veio concretizar procedimentos<sup>[59]</sup> e critérios a observar pelas instituições na avalia-

<sup>[57]</sup> Como vimos, o valor obtido em eventual venda executiva do imóvel pode não ser suficiente para o pagamento do valor em dívida.

<sup>[58]</sup> A que se refere o Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro.

<sup>[59]</sup> Os mutuantes devem elaborar e implementar um documento interno que descreva o método de avaliação da solvabilidade, definindo os elementos informativos e os procedimentos em que a mesma deve fundar-se. O artigo 13.º do Aviso determina que: "1 - As instituições estão obrigadas a elaborar e a implementar procedimentos internos para a avaliação da solvabilidade dos consumidores que assegurem o cumprimento das disposições legais aplicáveis, bem como o disposto no presente Aviso. 2 - Os procedimentos internos devem, nomeadamente, especificar: a) as informações e os documentos a solicitar aos consumidores; b) o método e os critérios utilizados na avaliação da solvabilidade dos consumidores; c) as unidades de estrutura com responsabilidades no processo de avaliação da solvabilidade dos consumidores, descrevendo as respetivas competências; d) os procedimentos a adotar pelos trabalhadores envolvidos no processo de concen-

ção da solvabilidade dos consumidores no âmbito da concessão de contratos de crédito abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei 74-A/2017, de 23 de junho, e pelo Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho, na redação em vigor<sup>[60]</sup>. Impõe o artigo 3.º que, no cumprimento do Aviso, as instituições devem proceder com diligência e lealdade, promovendo a concessão de crédito responsável, tendo em consideração a situação financeira, os objetivos e as necessidades dos consumidores e a natureza, montante e características do contrato de crédito. No artigo 5.º determina-se que na avaliação da solvabilidade do consumidor, a instituição deve ter em consideração, entre outros, que sejam considerados relevantes, os seguintes elementos: a) natureza, montante e características do contrato de crédito; b) idade e situação profissional do consumidor; c) rendimentos auferidos pelo consumidor<sup>[61]</sup>;

.....  
*são de crédito no âmbito da avaliação da solvabilidade dos consumidores. 3 - As instituições devem atualizar os seus procedimentos internos sempre que tal se revele necessário. 4 - As instituições devem assegurar a divulgação dos procedimentos internos junto dos trabalhadores envolvidos no processo de concessão de crédito, em moldes que permitam a sua consulta imediata e permanente".*

<sup>[60]</sup> Note-se, todavia, que para os contratos de crédito abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, o Aviso entrou em vigor a 1 de janeiro de 2018, e para os contratos abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 133/2009 a data de entrada em vigor foi a 1 de julho do mesmo ano. Sobre a avaliação da solvabilidade nos contratos de crédito ao consumo, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 370 e ss.

<sup>[61]</sup> Segundo o artigo 7.º sobre a determinação do rendimento do consumidor, a avaliação da solvabilidade deve basear-se preferencialmente nos rendimentos auferidos pelo consumidor que, pelo seu montante e periodicidade, apresentam um caráter regular, incluindo, nomeadamente, os rendimentos auferidos a título de salário, a remuneração pela prestação de serviços ou as prestações sociais. A instituição deve ter em consideração o rendimento auferido pelo consumidor, pelo menos, nos três meses anteriores ao momento em que procede à avaliação



d) despesas regulares do consumidor<sup>[62]</sup>; e) cumprimento das obrigações assumidas pelo consumidor noutros contratos de crédito, designadamente tendo em conta a informação constante de bases de dados de responsabilidades de crédito enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados. O artigo 10.º do Aviso 4/2017 refere ainda que, na avaliação da solvabilidade do consumidor, a instituição deve ter em consideração quaisquer circunstâncias futuras que, sendo previsíveis, possam ter um impacto negativo no nível de endividamento global do consumidor e na sua capacidade para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito. No caso de o contrato de crédito vigorar para além do termo do contrato de trabalho ou de prestação de serviços do consumidor e nas situações em que a vinculação do consumidor ao contrato de crédito se estende para além da idade legalmente prevista para a sua reforma, a instituição deve ponderar a eventual redução futura do rendimento auferido pelo consumidor. Se o consu-

.....  
da solvabilidade, bem como a evolução que o rendimento registou nesse período. A avaliação da solvabilidade não deve basear-se na expectativa de aumento dos rendimentos auferidos pelo consumidor. Se o consumidor for trabalhador independente ou apresentar rendimentos sazonais ou irregulares, a instituição deve promover as diligências adicionais que se afigurem necessárias com vista a determinar o nível de rendimento a considerar para efeitos de avaliação da solvabilidade.

[62] O artigo 8.º estabelece que a instituição deve considerar, no âmbito da avaliação da solvabilidade, um montante razoável e prudente para as despesas regulares do consumidor: despesas de natureza pessoal e familiar, além dos encargos associados ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito em análise e das obrigações assumidas pelo consumidor noutros contratos de crédito. A avaliação da solvabilidade não deve basear-se na expectativa de redução das despesas regulares do consumidor.

midor intervier noutros contratos de crédito enquanto fiador ou avalista, a instituição deve atender ao potencial aumento das despesas resultante do cumprimento, em substituição do devedor principal, dos encargos a suportar com o cumprimento dos contratos de crédito em causa. Sempre que estejam em causa contratos de crédito a taxa de juro variável ou a taxa de juro mista, a instituição deve avaliar o impacto de um aumento do indexante aplicável, nos termos definidos pela Instrução n.º 3/2018, de 1 de fevereiro<sup>[63]</sup>. Nos casos em que o contrato de crédito preveja um período de carência no pagamento de juros ou de capital, a instituição deve considerar a capacidade do consumidor para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito após o termo do período de carência. Caso o contrato de crédito preveja o diferimento do pagamento de parte do capital mutuado, a instituição deve ponderar, com base nos elementos disponíveis, a capacidade do consumidor para pagar, no termo do contrato, o montante cujo pagamento foi diferido.

A instituição deve solicitar ao consumidor a prestação das informações consideradas necessárias para a avaliação da solvabilidade, bem como os documentos indispensáveis à comprovação da veracidade e atualidade dessas informações<sup>[64]</sup>. A

[63] Que revogou a Instrução n.º 15/2017, do Banco de Portugal, de 22 de setembro.

[64] O artigo 9.º do Aviso 4/2017 permite que a instituição determine os rendimentos e as despesas regulares do consumidor por estimativa, com base em informações que considere suficientes, sempre que esteja em causa a celebração de um contrato de crédito de montante igual ou inferior ao valor equivalente a dez vezes a remuneração mínima mensal garantida, ou quando esteja em causa o aumento do montante total do crédito na vigência de contrato de crédito, des-



informação relativa ao consumidor pode ainda ser obtida pelo mutuante junto de fontes internas ou externas relevantes, para além da prestada pelo próprio consumidor, incluindo a prestada ao intermediário de crédito durante o processo de pedido de crédito. A instituição deve advertir expressamente o consumidor de que a não prestação das informações ou a não entrega dos documentos solicitados, bem como a prestação de informações falsas ou desatualizadas, tem como efeito a não concessão do crédito ou, sendo o caso, o não aumento do montante total do crédito (neste caso, a instituição está igualmente obrigada a atualizar a informação financeira de que dispõe relativamente ao consumidor).

Cabe ainda ao mutuante *verificar* a informação, nomeadamente através da referência a documentação passível de verificação independente, se necessário. O artigo 19.º determina que as entidades gestoras de bases de dados utilizadas em Portugal para avaliar a solvabilidade dos consumidores; e para efeitos exclusivos de acompanhamento do cumprimento das obrigações de crédito durante a vigência do contrato, asseguram a mutuantes que atuem noutros Estados-Membros o acesso não discriminatório a essas bases de dados. Por seu lado, o Banco de Portugal assegurará igualmente o acesso de mutuantes que atuem noutros Estados-Membros

.....  
de que o montante total do crédito resultante do aumento seja igual ou inferior ao valor equivalente a dez vezes a remuneração mínima mensal garantida, ou o montante total do crédito resultante do aumento apenas seja colocado à disposição do consumidor de forma temporária, por um período não superior a três meses. Nestas situações, a instituição deve ainda ter em conta a informação relativa ao consumidor constante de bases de dados de responsabilidades de crédito, com cobertura e detalhe informativo adequados.

à base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito<sup>[65]</sup>. Aprovado o contrato de crédito, o mutuante não o pode resolver ou alterar em prejuízo do consumidor com base no facto de a avaliação de solvabilidade ter sido incorretamente efetuada, a menos que seja comprovado que o consumidor deliberadamente omitiu ou falsificou informações.

Os mutuantes devem criar, em suporte duradouro, processos individuais para os consumidores cuja solvabilidade foi avaliada, os quais devem conter toda a documentação relevante, nomeadamente o relatório de avaliação do imóvel, as comunicações entre as partes, o relatório de avaliação da capacidade financeira e as propostas apresentadas<sup>[66]</sup>. Os mutuantes devem conservar os processos individuais durante todo o período de vigência do contrato de crédito e nos cinco anos seguintes ao seu termo<sup>[67]</sup>.

O mutuante só deve celebrar um contrato de crédito com o consumidor quando o resultado da avaliação de solvabilidade indicar que é provável que as obrigações do contrato de crédito sejam cumpridas, tal como exigido nesse contrato, na formula-

.....

<sup>[65]</sup> As informações são prestadas nos termos previstos no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro, e destinam-se aos mutuantes, devendo estes assegurar, de acordo com a legislação relativa à proteção de dados pessoais, a segurança dos dados relativos a pessoas singulares, sendo-lhes vedada a sua transmissão a terceiros.

<sup>[66]</sup> Cfr. artigo 12.º do Aviso 4/2017.

<sup>[67]</sup> Contudo, se as partes, após a celebração do contrato de crédito, decidirem aumentar o montante total do crédito, o mutuante atualiza a informação financeira de que dispõe relativamente ao consumidor e avalia de novo a respetiva solvabilidade.



ção do artigo 16.º, n.º 2, do artigo 18.º, n.º 5, da Diretiva, no seguimento da que impunham aos Estados-Membros assegurarem que: “O mutuante só disponibilize o crédito ao consumidor se o resultado da avaliação da solvabilidade indicar que é provável que as obrigações decorrentes do contrato de crédito sejam cumpridas tal como exigido nesse contrato”. No direito francês<sup>[68]</sup> e no direito inglês<sup>[69]</sup>, o legislador consagrou uma proibição expressa de celebração de contratos de crédito contra a avaliação negativa da solvabilidade do mutuário. No nosso ordenamento jurídico, em conformidade com a Diretiva, e na esteira do que tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça<sup>[70]</sup>, caberá

.....  
[68] Veja-se o artigo L313-16 do *Code de la Consommation*. Vide, a propósito, H. AUBRY, “Mortgage Credit in France” (2017) 4 *Journal of European Consumer and Market Law*, 173-175, pág. 175.

[69] Vide Mortgage Conduct of Business Regulation (MCOB) 11.6.2.R: “(1) Except as provided in MCOB 11.6.3 R, MCOB 11.6.57 R (Interest roll-up mortgages) and MCOB 11.7 (Transitional arrangements): (a) before entering into, or agreeing to vary, a regulated mortgage contract or home purchase plan, a firm must assess whether the customer (and any guarantor of the customer’s obligations under the regulated mortgage contract or home purchase plan) will be able to pay the sums due; and (b) the firm must not enter into the transaction in (a) unless it can demonstrate that the new or varied regulated mortgage contract or home purchase plan is affordable for the customer (and any guarantor)”.

[70] Vide o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 27 de março de 2014, no Processo C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA contra Fesih Kalhan, “O artigo 23.º da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de um regime nacional de sanções por força do qual, em caso de violação pelo mutuante da sua obrigação précontratual de avaliar a solvabilidade do mutuário através da consulta de uma base de dados relevante, o mutuante perde o direito aos juros convencionais mas beneficia automaticamente dos juros à taxa legal, exigíveis a partir da data da prolação de uma decisão

ao mutuário uma indemnização por responsabilidade pré-contractual do mutuante, compensando a diferença entre o montante de crédito efetivamente concedido e aquele que deveria ter sido concedido em função da propensão e capacidade do consumidor para pagar<sup>[71]</sup>.

Se o pedido de crédito for rejeitado com fundamento nos dados constantes das bases de dados de responsabilidades de

.....  
*judicial que condena o mutuário no pagamento das quantias em dívida, as quais, por outro lado, são majoradas em cinco pontos se o mutuário não tiver pagado a sua dívida no termo de um prazo de dois meses após essa prolação, quando o órgão jurisdicional de reenvio constatar que, num caso como o do processo principal, que implica a exigibilidade imediata do capital do empréstimo em dívida por motivo de incumprimento do mutuário, os montantes suscetíveis de serem efetivamente recebidos pelo mutuante na sequência da aplicação da sanção de perda dos juros não são significativamente inferiores àqueles de que este poderia beneficiar caso tivesse cumprido a sua obrigação de verificação da solvabilidade do mutuário" e o Acórdão de 18 de dezembro de 2014, no Processo C-449/13, CA Consumer Finance SA contra Ingrid Bakkous e o: "34. Resulta do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2008/48 que, antes da celebração do contrato de crédito, o mutuante deve avaliar a solvabilidade do consumidor com base em informações suficientes, fornecidas, se for caso disso, por este último e, se necessário, com base na consulta da base de dados relevante. 35. A este respeito, o considerando 26 da referida diretiva enuncia que os mutuantes deverão ser responsáveis por verificar, individualmente, a solvabilidade do consumidor e deverão ser autorizados a utilizar informações prestadas pelo consumidor não só durante a preparação do contrato de crédito mas também durante uma relação comercial de longa data. Assim, esta obrigação visa responsabilizar os mutuantes e evitar a concessão de empréstimos a consumidores insolventes".*

[71] Neste sentido, ESTHER ARROYO AMAYUELAS, "Crisis? What Crisis? Common EU Rules for Mortgage Credits", *cit.*, pág. 15. Vide JORGE MORAIS CARVALHO, "Crédito ao consumo e crédito à habitação", em *Estudos de Direito Bancário I*, org. por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *et al.*, Almedina, Coimbra, 2018, pág. 323, considerando que não existe no nosso regime um juízo suficientemente negativo sobre o contrato celebrado a ponto de justificar a sua invalidade.



créditos, ou da lista pública de execuções, ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores, o mutuante deve informar o consumidor imediata, gratuita e justificadamente desse facto e dos elementos constantes da respetiva base de dados, salvo se a prestação destas informações for proibida por lei ou for contrária a objetivos de ordem pública ou de segurança pública<sup>[72]</sup>.

### *iii) Avaliação dos imóveis*

A avaliação do imóvel vem apresentada no artigo 18.º do Decreto-Lei 74-A/2017. Os mutuantes devem proceder à avaliação dos imóveis através de perito avaliador independente, habilitado para o efeito através de registo na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. O mutuante entrega ao consumidor um duplicado dos relatórios e outros documentos da avaliação feita ao imóvel pelo perito; se a avaliação for realizada a expensas do consumidor, o mesmo é titular do relatório e de outros documentos da avaliação. O consumidor pode apresentar ao mutuante uma reclamação escrita relativamente aos resultados e fundamentação da avaliação, a qual deve ser objeto de resposta fundamentada por parte do mutuante, e pode ainda requerer ao mutuante a realização de uma segunda avaliação ao imóvel. Quando a reavaliação do imóvel aconteça por iniciativa do mutuante, está vedada a cobrança de qualquer encargo ou despesa ao consumidor.

<sup>[72]</sup> Cfr. artigo 11.º do Aviso 4/2017.

*iv) Aprovação do contrato de crédito pelo mutuante e aceitação pelo mutuário*

Aprovada a celebração do contrato de mútuo pela entidade financeira, esta é comunicada ao mutuário. Em simultâneo com a comunicação da aprovação do contrato de crédito, os mutuantes devem entregar aos consumidores uma *ficha de informação normalizada* que incorpore as condições do contrato de crédito aprovadas, acompanhada da *minuta do contrato de crédito*. Nos casos em que, nos termos da proposta contratual a apresentar ao consumidor, o crédito deva ser garantido por fiança, o mutuante deve entregar simultaneamente a cópia da FINE e da minuta do contrato ao fiador e prestar-lhe as explicações adequadas, assegurando-lhe o período mínimo de reflexão, antes da celebração do contrato de crédito. Igualmente, só se considera que o mutuante e, se for caso disso, o intermediário de crédito, cumpriram os requisitos de prestação de informação ao consumidor antes da celebração de um contrato à distância<sup>[73]</sup> se tiverem, pelo menos, disponibilizado a FINE e a minuta do contrato de crédito antes da celebração do contrato. Qualquer informação adicional que os mutuantes ou, se for caso disso, os

[73] Nos termos do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, pelas Leis n.os 46/2011, de 24 de junho, e 14/2012, de 26 de março, e pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro. No caso das comunicações por telefonia vocal a que se refere o artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, pelas Leis n.os 46/2011, de 24 de junho, e 14/2012, de 26 de março, e pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro, a descrição das características principais do serviço financeiro a prestar deve incluir, nos termos do artigo 14.º daquele diploma, pelo menos os elementos a que se referem as secções 3 a 6 da parte I do anexo I.



intermediários de crédito entendam prestar ao consumidor deve ser dada em documento separado, anexo à FINE.

Os contratos de mútuo consistirão, normalmente, em contratos de adesão, sujeitos, por isso ao regime do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Note-se que, nos termos do artigo 5.º deste diploma, a cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las. Impõe ainda o legislador que a comunicação seja realizada *“de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência”*. A entrega da FINE e da minuta do contrato serão um indício da adequação do modo de comunicação das cláusulas, mas, dada a exigência deste preceito, que onera o predisponente com um especial dever de diminuir a concreta assimetria de informação entre predisponente e aceitante<sup>[74]</sup>, não constituem presunção inilidível do cumprimento daquele dever, cabendo ao mutuante a prova do seu cumprimento, nos termos do artigo 5.º, n. 3<sup>[75]</sup>.

O mutuante permanece vinculado à proposta contratual feita ao consumidor durante um prazo mínimo de 30 dias contados,

<sup>[74]</sup> Vide o nosso “O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos”, *Revista de Direito Comercial* 2 (2018), págs. 36 e ss, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-problema-das-clausulas-contratuais-gerais-e-o-da-usura-em-massa>

<sup>[75]</sup> Pense-se, como exemplo paradigmático, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2016 [Processo: 1262/14.1T8VCTB.G1.S1], sobre

para que o consumidor tenha tempo suficiente para comparar propostas, avaliar as suas implicações e tomar uma decisão informada.

No que diz respeito ao consumidor, o legislador impôs-lhe um período mínimo de reflexão: este não pode aceitar a proposta contratual durante os primeiros sete dias contados do prazo a que se refere o n.º 4, de forma a observar um período mínimo de reflexão, antes da celebração do contrato de crédito. Este período de reflexão obrigatória<sup>[76]</sup> deve ser-lhe comunicado pelo mutuante.

.....

a renúncia ao benefício da excussão prévia por parte do fiador. Já quanto ao dever de informação, atente-se na doutrina de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Banca e Cláusulas Contratuais Gerais", in *I Congresso de Direito Comercial*, cit., pág. 105, sobre a prática corrente dos bancos de entregarem uma declaração, que os clientes assinam, onde se afirma terem aqueles cumprido os deveres de informação a que estão adstritos, ao mesmo tempo que os clientes declaram conhecer e compreender o sentido e o alcance do contrato que subscrevem, os riscos a que se submetem, etc. Nas palavras do autor: "Temos entendido, a este respeito, que essa declaração *inverte*, em princípio, o *ónus da prova*: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre, *terá de ser o cliente*, dizíamos, que assina uma declaração desse teor, *a ter de vir provar o contrário do que afirma nessa declaração*. É o princípio da *auto-responsabilidade* que aconselha esta solução. Só não seria assim se tal declaração fosse inválida por algum motivo. Mas continuaria a recair sobre o cliente o ónus da respetiva prova em sede de anulação da mesma. É claro, no entanto, para concluir, que se deve ser *prudente* nesta matéria, não podendo levar-se a sério uma declaração daquele teor se, por exemplo, o declarante afirma ter conhecido e compreendido perfeitamente expressões de elevada sofisticação e rigor técnico, que pressupõem, além do mais, uma importante formação económico-financeira, quando a formação dele não passou de instrução primária... É sempre indispensável, pois, uma particular atenção pelo *caso concreto*".

<sup>[76]</sup> Na designação adoptada por JORGE MORAIS CARVALHO, "Crédito ao consumo e crédito à habitação", cit., pág. 320.



b) *O contrato de crédito*

As cláusulas do contrato de mútuo são fixadas na proposta definitiva apresentada pela entidade mutuante ao consumidor, nos termos acima descritos. O artigo 10.º do Aviso BP 5/2017 estabelece que a minuta do contrato entregue ao consumidor nos termos do n.º 2, do artigo 13.º do Decreto-Lei 74-A/2017, deve conter os elementos indicados no artigo 11.º do Aviso e refletir as condições do contrato de crédito efetivamente aprovadas. São os seguintes elementos a especificar no contrato de crédito: a) a identificação, o endereço geográfico e eletrónico do mutuante, e se for o caso, do intermediário de crédito; b) a finalidade do contrato de crédito; c) o montante total do crédito e condições de utilização; d) o montante total imputado ao consumidor; e) o regime de taxa de juro aplicável; f) a TAN, suas componentes e forma de cálculo, incluindo a taxa de juro fixa, a taxa de juro fixa contratada, o indexante, o *spread* base e o *spread* contratado, se aplicáveis; g) a TAEG; h) a descrição das condições promocionais, se aplicáveis; i) a identificação dos produtos e serviços financeiros adquiridos pelo consumidor, de forma facultativa, em associação ao contrato de crédito, se aplicável; j) a descrição dos efeitos das vendas associadas facultativas no custo do contrato de crédito, designadamente no *spread* da taxa de juro, se aplicável; k) a explicitação das condições de manutenção e de eventual revisão dos efeitos das vendas associadas facultativas no custo do contrato de crédito, quando aplicável; l) a identificação de outras situações suscetíveis de afetar o custo do contrato de crédito e explicitação das respetivas condições

de aplicação, manutenção e possibilidade de revisão, se aplicável; m) as condições de reembolso do contrato de crédito (a modalidade de reembolso, o regime das prestações, o prazo do contrato de crédito, o número e periodicidade das prestações, o montante das prestações a vigorar até à primeira revisão da taxa de juro, sempre que determinável, e sem prejuízo de, no caso de contrato de crédito à habitação enquadrado em regime de crédito bonificado, esse montante depender de posterior confirmação pela entidade competente e a data de vencimento das prestações); n) o direito de reembolso antecipado, o procedimento a seguir nesse caso, o modo e a forma de cálculo da redução dos juros e dos encargos relativos ao período remanescente do contrato e, se for o caso, as informações sobre o direito do mutuante a uma comissão de reembolso antecipado e a forma da sua determinação; o) a identificação das garantias e seguros exigíveis, se aplicável; p) a identificação e quantificação das comissões relativas à manutenção de uma conta de depósito à ordem eventualmente aplicáveis, exceto se a abertura de conta for facultativa; q) a identificação e quantificação das comissões relativas à utilização de instrumentos que permitam, ao mesmo tempo, operações de pagamento e de utilização do crédito, se aplicável; r) a identificação e quantificação de quaisquer outras comissões e das despesas decorrentes do contrato de crédito, se aplicável; s) a identificação da sobretaxa anual máxima aplicável em caso de mora e da comissão pela recuperação de valores em dívida, nos termos legais, bem como das condições em que as mesmas poderão ser revistas no futuro; t) o procedimento a adotar para a extinção do contrato; u) as consequências da falta de pagamento;



v) a informação adequada sobre os riscos inerentes à contratação de empréstimo em moeda estrangeira, se aplicável; w) a indicação dos procedimentos extrajudiciais de reclamação e de resolução alternativa de litígios à disposição do consumidor e o respetivo modo de acesso; e x) a identificação, endereço geográfico e eletrónico da autoridade de supervisão competente.

Após a celebração do contrato e durante a sua vigência, a entidade mutuante está obrigada ao cumprimento de determinados deveres de informação. O Aviso BP n.º 5/17 regula minuciosamente esta matéria. No seu artigo 12.º pode ler-se que, sem prejuízo do cumprimento de outros requisitos estabelecidos na lei e nos regulamentos em vigor, os mutuantes devem disponibilizar aos consumidores *um extrato* que inclua, pelo menos, os seguintes elementos: a) a data do extrato; b) a identificação atribuída pelo mutuante ao contrato de crédito; c) indicação do tipo de crédito; d) a identificação da conta de depósito à ordem indicada pelo consumidor para débito dos montantes devidos no âmbito do contrato de crédito; e) o montante do capital vincendo à data de emissão do extrato; f) o número e data de vencimento da prestação subsequente à data de emissão do extrato; g) o montante da prestação subsequente à data de emissão do extrato, com desagregação das respetivas componentes de capital e juro; h) a TAN aplicável à prestação subsequente, com identificação das suas componentes; i) a indicação do escalão e montante de bonificação de juro aplicável à prestação subsequente à data de emissão do extrato, no caso de contrato de crédito à habitação enquadrado em regime de crédito bonificado; j) a identificação e montante de eventuais comissões e despesas a pagar pelo consu-

midor na data de vencimento da prestação subsequente à data de emissão do extrato; e k) montante total a pagar pelo consumidor na data de vencimento da prestação subsequente à data de emissão do extrato, em resultado do disposto nas alíneas g), i) e j). Esta informação deve ser prestada com periodicidade equivalente à fixada no contrato de crédito para o pagamento das prestações, devendo, em todo o caso, observar-se uma periodicidade mínima anual.

Estabelece o artigo 22.º do Decreto-Lei 74-A/2017<sup>[77]</sup> que o consumidor deve ser informado de quaisquer alterações da TAN, em papel ou noutro suporte duradouro, antes da produção de efeitos dessas alterações. A informação, a prestar no extrato, deve incluir o montante dos pagamentos a efetuar após a entrada em vigor da nova TAN e, se o número ou a frequência dos pagamentos forem alterados, os detalhes das alterações<sup>[78]</sup>. Quando o extrato não for enviado com uma antecedência mínima de 15 dias relativamente ao vencimento da prestação subsequente, os mutuantes devem informar o consumidor sobre a alteração da taxa de juro através de documento autónomo. Este deve

---

<sup>[77]</sup> Sem prejuízo do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro. O artigo 14.º do Aviso 5/2017, estabelece que, quando, nos termos do contrato de crédito, seja conferido ao mutuante o direito de modificar por sua iniciativa as condições contratuais com reflexo no valor da prestação ou do montante a pagar, o mutuante deve comunicar ao consumidor o teor dessas alterações através do extrato previsto no artigo 12.º ou em documento autónomo. A informação prevista no artigo 14.º deve ser prestada com uma antecedência mínima de 30 dias relativamente à data pretendida para a aplicação das alterações a que se refere essa informação, sem prejuízo de outros prazos legal ou regulamentarmente fixados.

<sup>[78]</sup> Cfr. artigo 13.º.



conter, pelo menos, o número, data de vencimento e montante da prestação subsequente a essa alteração, e a TAN aplicável à prestação subsequente, com identificação das suas componentes e deve ser disponibilizado ao consumidor com uma antecedência mínima de 15 dias relativamente à data de vencimento da prestação subsequente à alteração da taxa de juro.

O artigo 15.º do Aviso 5/2017 determina ainda a prestação de informação complementar — que o mutuante deve prestar, através de extrato ou em documento autónomo (disponibilizado ao consumidor no prazo de 15 dias após a ocorrência de qualquer uma das situações) — nas situações de incumprimento de obrigações contratuais por parte do consumidor, de regularização de situações de incumprimento por parte do consumidor ou de reembolso antecipado do contrato de crédito por parte do consumidor.

Na situação de *incumprimento de obrigações contratuais por parte do consumidor*, o mutuante deve indicar: a) a identificação atribuída pelo mutuante ao contrato de crédito; b) a data de vencimento das obrigações em mora e a duração do incumprimento, em número de dias, à data de emissão do extrato ou do documento autónomo; c) o montante total em incumprimento à data de emissão do extrato ou do documento autónomo, com descrição detalhada dos montantes relativos a capital vencido e não pago, juros remuneratórios, comissões e despesas e respetivas datas de vencimento; d) a identificação da taxa, da base de incidência do montante devido a título de juros moratórios e do montante de juros de mora calculado à

data da emissão do extrato; e) os elementos de contacto do mutuante que o consumidor deve utilizar para obter informações adicionais e para negociar eventuais alternativas para a regularização da situação de incumprimento; f) a existência da rede de apoio ao consumidor endividado e a menção de que as informações sobre a rede podem ser consultadas no “Portal do Consumidor”<sup>[79]</sup>. Nos casos em que o incumprimento de obrigações contratuais pelo consumidor esteja abrangido pelo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), previsto no Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, a prestação de informação aplica-se apenas após a extinção do PERSI nos termos constantes do artigo 17.º daquele diploma legal.

Para efeitos de *regularização de situações de incumprimento* por parte do consumidor, os mutuantes devem informar o consumidor sobre: a) a identificação atribuída pelo mutuante ao contrato de crédito; b) as quantias entregues no âmbito da regularização de montantes em mora; c) a data de entrega dessas quantias; d) a imputação das quantias ao pagamento da dívida; e e) no caso de regularização parcial, o montante em dívida após essa regularização.

Caso o propósito seja o *reembolso antecipado do contrato de crédito* por parte do consumidor, o mutuante está obrigado a informar o consumidor sobre os montantes entregues tendo em vista o reembolso antecipado, parcial ou total, do contrato de crédito, o montante pago a título de comissão de reembolso antecipado e eventuais despesas, quando aplicável, a data dos

<sup>[79]</sup> Disponível em [www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt)



pagamentos efetuados pelo consumidor nos termos das alíneas anteriores e o capital vincendo após o reembolso, no caso de reembolso antecipado parcial.

Os mutuantes podem cumprir os deveres de informação previstos mediante a prestação de informação em suporte de papel ou noutro suporte duradouro, exceto se o consumidor solicitar, de forma expressa, a prestação de informação em suporte de papel; compete-lhes a eles, todavia, a prova da disponibilização da informação ao consumidor.

c) *Vicissitudes no cumprimento do contrato de crédito*

i) *Reembolso antecipado*

O reembolso antecipado vem expressamente regulado no artigo 23.º do Decreto-Lei 74-A/2017. O consumidor tem o direito de reembolsar antecipadamente, total ou parcialmente, o contrato de crédito, com a respetiva redução do custo total do crédito, correspondente à redução dos juros e dos encargos relativos ao período remanescente do contrato. O *reembolso antecipado parcial* pode ocorrer em qualquer momento da vigência do contrato, independentemente do capital a reembolsar, desde que efetuado em data coincidente com o vencimento das prestações e mediante pré-aviso de sete dias úteis ao mutuante. O *reembolso antecipado total* pode ser efetuado em qualquer mo-

mento da vigência do contrato mediante o pré-aviso de 10 dias úteis ao mutuante. Se o consumidor pretender efetuar o reembolso antecipado parcial ou total do contrato, o mutuante deve prestar-lhe, sem demora após a receção do pedido, em papel ou noutro suporte duradouro, as informações sobre o impacto do reembolso do crédito para o consumidor, descrevendo para o efeito os pressupostos utilizados.

O valor da comissão a pagar, caso tenha sido convencionada<sup>[80]</sup>, pelo consumidor nos casos de reembolso antecipado, consta clara e expressamente do contrato e não pode ser superior a 0,5 % a aplicar sobre o capital que é reembolsado, no caso de o reembolso ocorrer num período em que é aplicável o regime de taxa variável, ou 2 %, no caso de o reembolso ocorrer num período em que é aplicável o regime de taxa fixa. É proibido o débito de qualquer encargo ou despesa adicional à comissão referida pela realização das operações de reembolso antecipado parcial ou total do contrato de crédito, com exceção da repercussão dos demais encargos suportados pelo mutuante que lhes sejam exigíveis por terceiros, e repercutíveis nos consumidores, nomeadamente os pagamentos a conservatórias e cartórios notariais, ou que tenham natureza fiscal, mediante justificação documental das respetivas despesas ao consumidor. Não

.....

[80] Naturalmente, não fica prejudicada convenção entre as partes no sentido da isenção do pagamento de comissão ou o pagamento de uma comissão de montante inferior. Sublinhe-se ainda que o mutuante não pode exigir ao consumidor qualquer comissão de reembolso por efeito do reembolso antecipado de crédito concedido no âmbito de facilidade de descoberto com garantia hipotecária.



podem ser aplicadas comissões ao reembolso antecipado por motivos de morte, desemprego<sup>[81]</sup> ou deslocação profissional<sup>[82]</sup>.

No caso de *reembolso antecipado com vista à transferência do crédito*, determina o artigo 24.º que o mutuante do consumidor deve facultar, no prazo de 10 dias úteis, ao novo mutuante todas as informações e elementos necessários à realização daquela operação, designadamente o valor do capital em dívida e o período de tempo de empréstimo já decorrido. O reembolso antecipado total com vista à transferência do crédito para mutuante diverso não prejudica a validade dos contratos de seguro, sem prejuízo da substituição do beneficiário dos contratos de seguro pelo novo mutuante, em condições que não afetem os riscos abrangidos pelos seguros celebrados para garantia da obrigação de pagamento. Este regime prevalece sobre qualquer cláusula contratual em sentido contrário, ou que de alguma forma agrave a posição do segurado ou do consumidor em função da transferência do crédito.

---

[81] Considera-se estar em situação de desemprego quem, tendo sido trabalhador por conta de outrem ou por conta própria, se encontre inscrito como tal em centro de emprego há mais de três meses, constituindo prova da situação de desemprego a exibição de declaração do Instituto do Emprego e Formação Profissional.

[82] Considera-se como deslocação profissional a mudança do local de trabalho do consumidor ou de outro membro do agregado familiar, à exceção dos descendentes, para um local cuja distância do imóvel seja superior a 50 km em linha reta, e que implique a mudança da habitação permanente do agregado familiar, constituindo prova da deslocação profissional a exibição do respetivo contrato de trabalho ou de declaração do empregador.

## ii) Renegociação

Em caso de renegociação, o artigo 25.º estabelece que aos mutuantes está vedada a cobrança de qualquer comissão pela análise da renegociação das condições do crédito, nomeadamente do *spread* ou do prazo de duração do contrato de crédito. Os mutuantes não podem agravar os encargos com o crédito cuja finalidade seja financiar a aquisição, realização de obras ou manutenção de direitos de propriedade sobre habitação própria permanente, nomeadamente aumentando os *spreads* estipulados, em caso de renegociação motivada por qualquer uma das seguintes situações: a) celebração entre o consumidor e um terceiro de um contrato de arrendamento<sup>[83]</sup> da totalidade ou parte do imóvel, na sequência da mudança de local de trabalho do consumidor ou de outro membro do agregado familiar<sup>[84]</sup>,

[83] Os contratos de arrendamento a que se refere a alínea a) do n.º 2 devem conter, como condição de aplicabilidade da proibição prevista naquele número: a) menção expressa a que o imóvel se encontra hipotecado em garantia de um crédito cuja finalidade é financiar a aquisição, a realização de obras ou a manutenção de direitos de propriedade sobre habitação própria permanente do consumidor; b) obrigação de o arrendatário depositar a renda na conta bancária associada ao empréstimo. O contrato de arrendamento previsto na alínea a) do n.º 2 caduca com a venda executiva ou dação em cumprimento do imóvel hipotecado fundada em incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor, salvo se o mutuante e o consumidor tiverem, com fundamento no arrendamento, acordado na alteração das condições do crédito.

[84] O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), define o agregado familiar como o conjunto de pessoas constituído pelos cônjuges ou por duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, nos termos do artigo 2020.º do Código Civil, seus ascendentes e descendentes em 1.º grau ou afins, desde que com eles vivam em regime de comunhão de mesa e habitação, bem como o conjunto constituído por pessoa solteira, viúva, divorciada ou separada de pessoas e bens, seus



à exceção dos descendentes, para um local cuja distância do imóvel seja superior a 50 km em linha reta, e que implique a mudança da habitação permanente do agregado familiar ou da situação de desemprego do consumidor ou de outro membro do agregado familiar; b) ocorrência superveniente de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, dissolução da união de facto ou falecimento de um dos cônjuges, quando o empréstimo fique titulado por um consumidor que comprove que o respetivo agregado familiar tem rendimentos que proporcionam uma taxa de esforço inferior a 55 %, ou, no caso de agregados familiares com dois ou mais dependentes, inferior a 60 %. O preenchimento das condições e prova daquelas situações é efetuada nas mesmas condições previstas nos n.ºs 10 e 11 do artigo 23.º.

### *iii) Vicissitudes no cumprimento do contrato de crédito*

A designação, regulada no artigo 783.º do Código Civil, é a faculdade que o devedor tem, em caso de diversas dívidas da mesma espécie ao mesmo credor e se efetuar uma prestação que não chegue para as extinguir a todas, de escolher as dívidas a que o cumprimento se refere. O artigo 26.º do Decreto-Lei 74-A/2017 vem conferir este direito ao consumidor, impondo ao mutuante o dever informar o consumidor, em linguagem simples e clara, das regras de imputação aplicáveis na falta da designa-

.....  
ascendentes e descendentes do 1.º grau ou afins, desde que com ela vivam em comunhão de mesa e habitação.

ção. Prestado este esclarecimento, o mutuante interpela o consumidor para fazer a designação.

Em caso de incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor, determina o artigo 27.º que o mutuante só pode invocar a perda do benefício do prazo (nos termos do artigo 781.º do Código Civil) ou a resolução do contrato (nos termos do artigo 801.º, n.º 2) se, cumulativamente, ocorrer a falta de pagamento<sup>[85]</sup> de três prestações sucessivas e a concessão, pelo mutuante, de um prazo suplementar mínimo de 30 dias para que o consumidor proceda ao pagamento das prestações em atraso, com a expressa advertência dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato, sem que este o faça:

O consumidor tem direito à retoma do contrato, nos termos do artigo 28.º, no prazo para a oposição à execução relativa a créditos à habitação ou até à venda executiva do imóvel sobre o qual incide a hipoteca, caso não tenha havido lugar a reclamação de créditos por outros credores, e desde que se verifique o pagamento das prestações vencidas e não pagas, bem como os juros de mora e as despesas em que o mutuante tenha incorrido, quando documentalmente justificadas. Caso o consumidor exerça o direito à retoma do contrato, considera-se sem efeito a sua resolução, mantendo-se o contrato de crédito em vigor nos exatos termos e condições iniciais, com eventuais alterações, não se verificando qualquer novação do contrato ou das garan-

.....  
[85] O incumprimento parcial da prestação não é considerado para os efeitos, desde que o consumidor proceda ao pagamento do montante em falta e dos juros de mora eventualmente devidos até ao momento da prestação seguinte.



tias que asseguram o seu cumprimento. O mutuante apenas está obrigado a aceitar a retoma do contrato duas vezes durante a respetiva vigência.

#### **4. Considerações finais: regime de tutela e aspectos processuais e procedimentais**

O artigo 35.º do Decreto-Lei 74-A/2017 determina a imperatividade do regime. O consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos pelo Decreto-Lei, sendo nula qualquer convenção que os exclua ou restrinja. Caso tal aconteça, o consumidor pode optar pela manutenção do contrato de crédito mesmo que algumas das suas cláusulas sejam nulas, passando a vigorar, na parte afetada, as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos. Se esta faculdade não for exercida, ou sendo-o, conduzir a um desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos.

O artigo 37.º prevê expressamente que são nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do regime. Configuram, nomeadamente, casos de fraude à lei a transformação de contratos de crédito sujeitos ao regime do Decreto-Lei 74-A/2017 em contratos de crédito excluídos do seu âmbito da aplicação e a escolha da legislação de um país terceiro aplicável ao contrato de

crédito, se esse contrato apresentar uma relação estreita com o território português ou de um outro Estado-Membro da União Europeia.

Especialmente relevante em termos processuais é a inversão do ónus da prova prevista no artigo 36.º: compete ao mutuante e, se for o caso, ao intermediário de crédito, fazer prova do cumprimento das obrigações previstas no Decreto-Lei 74-A/2017.

O artigo 38.º <sup>[86]</sup> regula expressamente o acesso a meios de resolução extrajudicial de litígios. Assim, sem prejuízo do acesso pelos consumidores aos meios judiciais competentes, os mutuantes devem permitir-lhes o acesso a meios extrajudiciais eficazes e adequados de reclamação e de resolução de litígios, respeitantes aos direitos e obrigações estabelecidos, através da sua adesão a, pelo menos, duas entidades que possibilitem a resolução alternativa de litígios, nos termos previstos na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro. Em face da atual configuração dos centros de resolução alternativa de litígios, o cumprimento desta obrigação tem levado a resultados pouco satisfatórios, que, em alguns casos, podemos considerar enganadores para o consumidor. Assim, se uma entidade financeira aderir ao centro de arbitragem com competência territorial correspondente à sua sede (por exemplo, tendo a sua sede no Porto, adere ao CICAP) e ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra (CACCDC), criada fica uma situação de desigualdade perante os restantes consumi-

<sup>[86]</sup> O Decreto-Lei n.º 74-A/2017 veio prever igual obrigatoriedade para os demais contratos de crédito ao consumo. Vide o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, na redação que lhe foi dada pelo artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017.



dores portuguesas do continente<sup>[87]</sup>, que não têm acesso a meios extrajudiciais de resolução de litígios<sup>[88]</sup> com aquele mutuante.

Os mutuantes devem ainda assegurar que a resolução de litígios transfronteiriços seja encaminhada para entidade signatária do protocolo de adesão à rede de cooperação na resolução alternativa de litígios transfronteiriços no setor financeiro (FIN-NET).

Por último, refira-se que compete ao Banco de Portugal a fiscalização do cumprimento dos deveres estabelecidos no Decreto-Lei 74-A/2017, bem como das normas regulamentares emitidas, a averiguação das contraordenações previstas, a instrução dos respetivos processos e a aplicação das correspondentes sanções<sup>[89]</sup>. Sem prejuízo do acesso aos meios judiciais competentes, os consumidores, os fiadores e as suas associações representativas, bem como os demais interessados, podem apresentar, diretamente ao Banco de Portugal, reclamações fundadas no incumprimento das normas Decreto-Lei 74-A/2017, por parte dos mutuantes e dos intermediários de crédito<sup>[90]</sup>. Na sua resposta, o Banco de Portugal informa os reclamantes da existência de meios de resolução alternativa de litígios,

.....  
[87] A situação só é ligeiramente diferente se a segunda adesão for ao CNIACC, que tem competência territorial residual. Mas neste caso, teriam competência o CICAP e o CNIACC (deixando de fora os conflitos que são da competência dos restantes Centros de Arbitragem do Consumo, isto é, o TRIAVE, o CIAB, o CACCCD e o CIMAAL).

[88] Acompanhamos, pois, as críticas de JORGE MORAIS CARVALHO, "Crédito ao consumo e crédito à habitação", cit., pág. 324, quando considera que a solução legal não tomou em conta a realidade do nosso país.

[89] À Direção-Geral do Consumidor compete a averiguação das contraordenações previstas em matéria de publicidade, bem como a instrução dos respetivos processos e a aplicação das correspondentes sanções.

[90] Cfr. artigo 41.º, sobre reclamação para o Banco de Portugal.

sempre que as reclamações não possam ser resolvidas através de medidas que lhe caiba legalmente adotar, ou quando a respetiva matéria não caiba nas suas atribuições legais<sup>[91]</sup>.

.....  
[91] Às reclamações previstas neste artigo é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime das reclamações dos clientes das instituições de crédito estabelecido no artigo 77.º-A do RGICSF.





# ÍNDICE GERAL

Apresentação.....7

CONSUMER PROTECTION ONLINE, IN SPECIAL THE  
EXPECTED CHANGES TO E-COMMERCE FROM  
S-COMMERCE, VR-COMMERCE AND AR-COMMERCE

*Alexandre L. Dias Pereira*

Introduction.....9

1. S-Commerce (Social Commerce), VR-commerce (Virtual Reality) and AR-Commerce (Augmented Reality).....11

2. The proposals of the Commission concerning consumer's rights for the digital market.....14

Conclusion .....19

CONCEITO JURÍDICO DE PUBLICIDADE:  
CONTRIBUTOS PARA UMA REDEFINIÇÃO

*Ana Clara Azevedo de Amorim*

1. Introdução.....22

2. Conceito jurídico de publicidade.....23

2.1. Elementos objetivo, subjetivo e teleológico. ....25

2.2. Dimensão institucional ou corporativa.....30



2.3. Breve referência de direito comparado. ....	32
3. Comunicação comercial em ambiente digital. ....	35
3.1. Regime jurídico do comércio eletrônico.....	36
3.2. Irrelevância da remuneração do titular do suporte. ....	40
3.3. Imputabilidade da mensagem ao anunciante.....	43
4. Considerações finais. ....	48
Referências bibliográficas.....	49

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN  
EUROPEA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 (CASO UBER) Y SU  
INFLUENCIA EN LA INICIATIVA LEGISLATIVA PORTUGUESA

*Araya Alicia Estancona Pérez*

I. Introducción.....	58
II. Economía colaborativa, consumo colaborativo y nuevos riesgos en el transporte. ....	60
1. Consumo colaborativo como subgénero de economía cola- borativa. ....	60
2. Riesgos derivados de la implantación de sistemas colabora- tivos en el sector del transporte de personas. ....	64
3. ¿Y si el consumo colaborativo pierde su identidad?. ....	68
III. Propuesta de reglamentación de los nuevos sistemas de transporte por carretera en el ordenamiento jurídico portu- gués.....	70
1. Reglamentación pionera a nivel europeo: motivación general.	70
2. Análisis de la propuesta impulsada por el legislador portugués..	73
a. Despacho núm. 6478/2016, de 17 mayo, del Gabinete de	

Secretario de Estado Adjunto y de Ambiente y el trabajo posterior.....	77
b. Análisis de Propuesta de Ley núm. 50/XIII, de 22 diciembre 2016: ¿cuáles son los sistemas de transporte afectados?.....	80
IV. Aplicabilidad de la norma y su necesaria reforma siguiendo el mandato europeo.....	83
1. Naturaleza jurídica de la figura UBER en la Unión Europea.....	83
a. Conclusiones del Abogado General en el asunto C-434/15 Asociación profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.....	84
b. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-434/15 — Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain S.L.....	85
2. Incompatibilidad de la Propuesta de Ley portuguesa con el mandato europeo.....	88
a. Cuestiones a modificar por el legislador português.....	88
b. ¿Cómo afectará a la protección del consumidor?.....	89
V. Conclusiones.....	90
VI. Bibliografía.....	93

POLITICA DE CONCORRÊNCIA, AUXÍLIOS DE ESTADO  
E DIREITOS DOS CONSUMIDORES

*João Nogueira de Almeida*

1. Introdução.....	95
2. Regras da concorrência e organização da atividade económica na União Europeia.....	98
3. A proteção da concorrência na União Europeia. A escolha	



do critério de apreciação. .... 99

4. Conclusão. .... 111

Bibliografia..... 112

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NOS CONTRATOS  
ELETRÔNICOS DE CONSUMO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DAS OBRI-  
GAÇÕES. UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

*João Pedro Leite Barros*

1. Introdução e delimitação do tertium comparations. .... 117

2. O direito de arrependimento no ordenamento português..... 119

2.1. Definição . .... 119

2.2. Regime jurídico do direito de arrependimento ..... 12

2.3. Efeitos do contrato na pendência do prazo para o exercí-  
cio do direito de arrependimento. .... 128

2.4. Efeitos do exercício do direito de arrependimento. .... 137

2.5. Prazo e modo de exercício do direito de arrependimento. ... 141

2.7. Exceções ao direito de arrependimento. .... 149

2.8. Abuso do direito e sua importância no direito de arrenpen-  
dimento . .... 150

3. O direito de arrependimento no ordenamento brasileiro. .... 155

3.1. Positivção no código de defesa do consumidor. .... 155

3.2. Regime jurídico do direito de arrependimento. .... 158

3.3. Efeitos do contrato na pendência do prazo para o exercí-  
cio do direito de arrependimento . .... 162

3.4. Efeitos do exercício do direito de arrependimento. ....	164
3.5. Prazo e modo de exercício do direito de arrependimento. ...	167
3.6. Deveres pré-contratuais de informação no código de defesa do consumidor e o direito de arrependimento. ....	170
3.6.1. Deveres pré-contratuais de informação no decreto n.º 7.962/2013 E na lei n.º 12.965/2014 e o direito de arrependimento .....	173
3.7. Exceções ao direito de arrependimento. ....	176
3.8. Abuso do direito e sua importância no direito de arrependimento. ....	178
4. Conclusão. ....	180

## O CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS

*Jorge Morais Carvalho*

1. Introdução.....	185
2. Conceitos de consumidor. ....	186
3. Elementos do conceito de consumidor. ....	192
3.1. Elemento subjetivo. ....	193
3.2. Elemento objetivo.....	194
3.3. Elemento teleológico. ....	196
3.4. Elemento relacional. ....	209
4. Alegação e prova da qualificação como consumidor. ....	213
5. Conclusão. ....	217
Bibliografia.....	219



RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR E NEXO  
DE CAUSALIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES

*Mafalda Miranda Barbosa*

1. Introdução.....	234
2. O regime da responsabilidade civil do produtor (breve ex- curso). Causalidade adequada e condicionalidade. A pro- babilidade do surgimento do dano. ....	239
3. As críticas à teoria da <i>conditio sine qua non</i> e à teoria da causalidade adequada. ....	245
4. Uma perspectiva imputacional do problema causal . ....	257
5. Consequências do entendimento imputacional. ....	268

OBRIGAÇÃO GERAL DE SEGURANÇA E RESPONSABILIDADE CIVIL

*Mafalda Miranda Barbosa*

1. Introdução.....	274
2. A génese e a evolução da obrigação geral de segurança. Os interesses subjacentes à sua consagração. ....	275
3. Os pilares fundamentais do regime da obrigação geral de segurança. ....	280
3.1. O âmbito de aplicação da “obrigação geral de seguran- ça” .....	280
3.2. A obrigação geral de segurança e as obrigações que a rodeiam .....	288
a) A obrigação geral de segurança. ....	288
b) Obrigação de informação. ....	295
c) Obrigação de acompanhamento do produto.....	299

3.3. O sistema RAPEX. ....	300
3.4. A violação da obrigação geral de segurança. ....	302
a) A obrigação geral de segurança e a segunda modalidade de ilicitude extracontratual. Considerações gerais. ....	302
b) A obrigação geral de segurança e a questão da dificuldade de identificação do lesante. ....	323
c) A obrigação geral de segurança e a imputação nos casos de danos causados por um consumidor a terceiro. ....	324
4. Obrigação geral de segurança e responsabilidade do produtor. ....	330
5. A lógica da precaução. ....	336

OBRIGAÇÕES DE DINHEIRO (OBRIGAÇÕES  
MONETÁRIAS) E OBRIGAÇÕES DE BITCOINS

*Paulo Duarte*

1. A questão. ....	343
2. Um conceito sistémico-funcional de dinheiro . ....	344
3. A unidade monetária como elemento nuclear de qualquer sistema monetário. ....	348
3.1. Caracterização geral. ....	348
3.2. As funções da unidade monetária. ....	352
4. Os suportes monetários e as suas funções. ....	358
5. Obrigações monetárias (ou obrigações de dinheiro), obrigações de valor e obrigações pecuniárias. ....	360
6. O sistema (monetário) Bitcoin e as obrigações (monetárias) denominadas em bitcoins. ....	366



6.1. Aspectos tecnológicos.....	366
6.2. Aspectos monetários: os elementos do sistema monetário	
Bitcoin. ....	372
7. Conclusão. ....	377

### WAP BILLING: PROBLEMAS E SOLUÇÕES

*Pedro Falcão*

I. Introdução.....	383
II. O Negócio. ....	386
III. Os Problemas.....	388
IV. Propostas de Solução. ....	391
1) Falta da Vontade de Acção. ....	391
2) Representação sem poderes.....	396
3) Dever de Informação. ....	401
4) Alteração à Lei das Comunicações Electrónicas.....	407
V. Conclusões. ....	409
Bibliografia.....	410

### O NOVO REGIME DO CRÉDITO AOS CONSUMIDORES PARA IMÓVEIS DE HABITAÇÃO

*Sandra Passinhas*

1. A Diretiva 2014/17/UE e a definição de um quadro regulatório comum para o crédito aos consumidores.....	415
2. O Decreto-Lei n.º 74-A/2017 de 23 de junho.....	428
a) Âmbito de aplicação.....	432

b) Obrigações para os mutuantes .....	435
i) Política de remuneração.....	435
ii) Conhecimentos e competências.....	438
iii) Comunicação comercial e publicidade.....	440
iv) Práticas comerciais proibidas. ....	444
3. O contrato de mútuo hipotecário .....	446
a) A preparação do contrato de crédito.....	446
i) Informação e práticas prévias à celebração do contrato de crédito. ....	446
ii) Avaliação da solvabilidade do consumidor.....	459
iii) Avaliação dos imóveis .....	468
iv) Aprovação do contrato de crédito pelo mutuante e aceita- ção pelo mutuário.....	469
b) O contrato de crédito .....	472
c) Vicissitudes no cumprimento do contrato de crédito.....	478
i) Reembolso antecipado.....	478
ii) Renegociação.....	481
iii) Vicissitudes no cumprimento do contrato de crédito.....	482
4. Considerações finais: regime de tutela e aspectos proces- suais e procedimentais .....	484

