

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Com o apoio da: **FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA



N.º 9 | 2015
EDIÇÃO ESPECIAL

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

EDIÇÃO

Centro de Direito do Consumo

e

Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva | Jorge Ribeiro

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.fd.uc.pt/cdc

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

151684/00

© DEZEMBRO 2015

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO | INSTITUTO JURÍDICO

FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ACTAS
COLÓQUIO
O NOVO REGIME DA CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA



COLÓQUIO O NOVO REGIME DA CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA

16.maio.2015 · sala 9 dos Gerais
Faculdade de Direito da Universidade Coimbra

14:30h | Sessão de Abertura

Professor Doutor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
Professor Catedrático da FDUC | Coordenador do grupo de investigação "Contrato e desenvolvimento social" do Instituto Jurídico

14.45h | Primeiro Painel

Moderador: Professor Doutor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

Oradores

Novos desafios para a contratação a distância

Dra. TERESA MOREIRA | Diretora-Geral do Consumidor

O novo regime jurídico dos contratos a distância e fora do estabelecimento comercial

Professor Doutor PAULO MOTA PINTO | FDUC | Membro do Instituto Jurídico

A Directiva 83/2011/UE, de 25 de Outubro de 2011

Doutora SANDRA PASSINHAS | FDUC | Membro do Instituto Jurídico

Uma perspectiva de direito brasileiro

Doutor FRANCISCO AMARAL | Professor Catedrático da UFRJ



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

16.00h | Intervalo

16.15h | Segundo Painel

Moderador: Professor Doutor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

ORADORES

Contratação a distância e práticas comerciais desleais

Professor Doutor PEDRO MAIA | FDUC | Membro do Instituto Jurídico

Comércio electrónico de conteúdos digitais

Professor Doutor ALEXANDRE DIAS PEREIRA | FDUC | Membro do Instituto Jurídico

Assinaturas digitais e responsabilidade civil das entidades credenciadoras

Professora Doutora MAFALDA MIRANDA BARBOSA | FDUC | Membro do Instituto Jurídico

As garantias e o consumidor

Professor Doutor ANTONIO MENEZES CORDEIRO | Professor Catedrático da FDUL



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FREQUÊNCIA GRATUITA COM INSCRIÇÃO OBRIGATORIA EM:
www.fd.uc.pt/cdc/eventos.html

17.45h | Sessão de Encerramento

Professor Doutor PEDRO MAIA | Presidente do Centro de Direito do Consumo

APRESENTAÇÃO

Em 16 de Maio de 2015 teve lugar, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, um Colóquio sobre o tema: “*O novo regime da contratação a distância*”. O Colóquio foi organizado pelo Grupo de Investigação “Contrato e Desenvolvimento Social”, do Instituto Jurídico da mesma Faculdade, com a colaboração do CDC – Centro de Direito do Consumo, ele próprio associado deste Instituto.

O volume que agora se publica reúne a totalidade das conferências proferidas neste Colóquio. Nele intervieram vários membros do referido Grupo de Investigação, todos eles Professores da Faculdade de Direito de Coimbra. Mas o Colóquio foi ainda enriquecido pelas conferências proferidas pela Senhora Directora-Geral do Consumidor, Dr^a Teresa Moreira, bem como pelos Professores Francisco Amaral Neto, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e António Menezes Cordeiro, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Julgou-se que seria útil transpor a *Porta Férrica* e possibilitar a um auditório mais alargado o conhecimento dos resultados da investigação empreendida, em tema tão importante e actual, “maxime” por força do *novo regime jurídico* em vigor. Daí a publicação deste volume. Oxalá ele corresponda às expectativas de todos!

Regista-se, por último, a inclusão desta obra na coleção dos “Estudos de Direito do Consumidor”, retomando-se, assim, ainda que numa nova versão, aquela série de texto da responsabilidade do CDC.

Coimbra, FDUC, em 5 de Novembro de 2015

O Coordenador do Grupo de Investigação

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro



DOCTRINA

O NOVO REGIME DA CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA

BREVE APRESENTAÇÃO

1. Cabe-me a honra de presidir a este Colóquio e, nessa qualidade, de dirigir a todos palavras de saudação e boas-vindas. Faço-o com todo o prazer e formulo votos para que, no final, venham a concluir ter valido a pena terem estado hoje aqui connosco.

Reunimos, à partida, um valioso leque de oradores, de qualidade indiscutível, que nos dão plena garantia de que o Colóquio irá decorrer com elevado sucesso. A todos o nosso profundo agradecimento por nos terem distinguido com a sua participação. E o pedido de que levem às instituições de que fazem parte — a Direcção-Geral do Consumidor e as Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade de Lisboa e da Universidade de Coimbra — as nossas saudações académicas e pessoais.

Por último, uma palavra de felicitações ao Instituto Jurídico desta Faculdade, e particularmente aos Colegas que integram o Grupo “Contrato e Desenvolvimento Social”, assim



como ao Centro de Direito do Consumo, por mais esta importante iniciativa e realização.

2. Quanto ao tema do Colóquio, é bem evidente a sua importância e actualidade.

A contratação a distância constitui um dos modos por que, na actualidade, se forma o contrato.

Longe vão os tempos em que o contrato era exclusivamente celebrado entre pessoas fisicamente presentes e através de negociações. Sem prejuízo de ainda hoje continuar a ser este um dos modos possíveis de celebração do contrato — e até o desejável! —, a verdade é que as condições da vida actual fizeram com que se tivessem desenvolvido outras modalidades de celebração do contrato. Desde logo, os contratos de adesão, “maxime” quando celebrados através de cláusulas contratuais gerais, assim como os contratos a distância, designadamente por via electrónica.

Trata-se, pois, em suma, de modos de formação do contrato, razão por que, no (Anteprojecto e no) Projecto do Código do Consumidor tenhamos incluído, logo no capítulo I, a abrir o título dedicado aos contratos, a formação do contrato através de c.c.g., os contratos de adesão, a celebração por meios de contratação a distância, no domicílio e por outros modos equiparados.

É claro que esta é uma matéria que o Código Civil não tratou. O que bem se compreende, pois o Código foi publicado há quase 50 anos, já em 1966. Mas nem por isso ele deixa de ser um Código importante, muito importante.

Efectivamente, tenho acentuado nas minhas intervenções, em temas de direito do consumidor, que não tenho um

discurso miserabilista em relação ao passado. Aqui, como nos demais países do mundo, a defesa do consumidor é um tema relativamente recente. Verdadeiramente, pode ver-se na Constituição de 1976 um marco decisivo para a sua afirmação, apesar de a primeira Associação de Defesa do Consumidor — a DECO — ter sido constituída já em 1974, pouco tempo antes da Revolução do 25 de Abril.

O Código Civil ignorou, pois, naturalmente, o consumidor. Apesar disso, o Código Civil consagrou princípios e regras de grande importância para a defesa do consumidor: lembro, entre outros, o princípio da boa fé em sentido objectivo (por ex., arts. 227º, 239º e 762º, nº 2), a proibição do abuso do direito (art. 334º) e dos negócios usurários (art. 282º), a doutrina da base do negócio (art. 437º), a responsabilidade civil objectiva ou pelo risco (arts. 500º,ss), ao lado do princípio geral de responsabilidade assente na culpa (art. 483º), a redução equitativa de penas contratuais quando forem manifestamente excessivas (art. 812º), etc.

Por outras palavras, o Código Civil consagra princípios e regras susceptíveis de corrigir desequilíbrios, impedir abusos, promover a correcção e a lealdade nas relações contratuais, impor deveres, fomentar a segurança e encontrar outros fundamentos para a responsabilidade civil, além da culpa. Ou seja, o Código Civil partilha de preocupações de *justiça material* e de *solidariedade social* que, não sendo privativas da defesa do consumidor, têm aqui, todavia, um especial campo de aplicação.

Simplesmente... a vida não é estática, evolui. De 1966 para cá, com a progressiva afirmação da "sociedade de consumo", acentuaram-se consideravelmente as situações de dese-



quilíbrio, multiplicaram-se as fontes de risco e surgiram problemas novos. Houve necessidade de intervir legislativamente, perante a *insuficiência e/ou a inadequação* das soluções tradicionais.

Isso explica a imensa legislação avulsa que existe no *presente*. Pensemos, entre tantos outros exemplos, nos *contratos de adesão*, nos contratos celebrados com base em *condições ou cláusulas contratuais gerais*. Perante este *novo modelo contratual*, em face deste *novo modo de celebração* de contratos, bem distinto do *modelo negociado tradicional*, havia que intervir, para enfrentar problemas específicos ao nível da formação do contrato, do conteúdo das cláusulas predispostas e dos meios de reacção, *maxime* judicial. Daí a legislação publicada, logo em 1985, que consagrou especiais deveres de comunicação e de informação, proibiu cláusulas abusivas e consagrou uma importante acção judicial de índole preventiva, a acção inibitória.

Atentemos, igualmente, na problemática da *responsabilidade do produtor*. Perante a dificuldade e inadequação da via extracontratual — com o pesado encargo do ónus da prova a cargo do lesado —, e pese embora as bem intencionadas e engenhosas tentativas para responsabilizar o produtor pela via contratual (apesar de não ser parte no contrato pelo qual o consumidor adquiriu o bem), houve que intervir legislativamente, já desde 1989, consagrando a responsabilidade pelo risco do produtor, ou seja, *independente* de culpa sua.

Pensemos, ainda, na legislação relativa ao *crédito ao consumo*. Perante a nova filosofia de vida da actualidade, que parece obedecer ao lema “compre primeiro e pague depois”, “goze já férias e pague depois” — bem oposta à mentalidade tradicional, em que as pessoas poupavam primeiro para poderem

adquirir os bens ou serviços de que careciam —, perante a nova filosofia de vida, dizia, em que o apelo ao consumo e a facilidade de crédito são incessantes, havia que disciplinar o contrato de concessão de crédito, o que foi feito logo em 1991.

Tudo isto sem esquecer as novas modalidades de *técnicas de venda*, desde a venda no domicílio aos modernos contratos a distância, designadamente os celebrados por via electrónica. Menção especial merece, ainda, a legislação sobre o *time sharing* e sobre as viagens turísticas e organizadas.

Eis, em suma, uma série de novos problemas em múltiplos domínios, a impor a necessidade de consagrar novas regras, tendo designadamente em conta a necessidade de *proteger o consumidor*. É certo que esta preocupação vem *na linha* de preocupações mais antigas, como as de *proteger os mais fracos*, a *parte débil* da relação contratual, e de zelar pela *segurança* das pessoas. Mas com a “sociedade de consumo” dos nossos dias tornou-se imperioso reagir *de modo específico e organizado* contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo por *denominador comum* a defesa do consumidor, isto é, a defesa de quem é *vítima* de tais práticas ou técnicas, de quem está à mercê, pela sua situação de *dependência* ou de *debilidade* (económica, técnica, jurídica, cultural ou outra), da organização económica da sociedade.

Assistiu-se, assim, por todo o lado, ao aparecimento, que não cessa de crescer, de legislação *avulsa*, de legislação *especial*. Legislação esta que, além de ficar *fora do Código Civil*, dificilmente se poderá qualificar, em muitos casos, de *direito civil* “*tout court*”, relevando, antes, a sua natureza *pluridisciplinar*.



3. Ora, precisamente, um dos sectores em que isso sucedeu, um dos sectores que se viu assoberbado com legislação especial, foi, precisamente, o sector contratual, seja através da publicação de disciplina específica para novas modalidades de contratos, seja, como já atrás dissemos, mediante a publicação de diplomas legais destinados a intervir nas novas *modalidades de celebração do contrato* — e uma dessas modalidades é a *celebração de contratos através de meios de comunicação a distância*. Por isso aqui estamos hoje para analisar e reflectir sobre “o novo regime da contratação a distância”, que é precisamente o tema que escolhemos para o nosso Colóquio.

Os oradores que convidámos irão debruçar-se sobre o tema. Pela minha parte, para concluir, lembraria apenas que entre os problemas que a contratação a distância suscita está, de modo específico, o da *tutela do consentimento*: daí especiais e extensos — porventura até demasiado extensos ... — deveres de *informação*; daí especiais exigências de *forma*; daí a consagração desse importantíssimo *direito de livre resolução do contrato*, que destaco de modo muito particular, constituindo este *direito de arrependimento*, a meu ver, a mais importante conquista do direito do consumidor.

O novo regime da contratação a distância está consagrado no Decreto-Lei nº 24/2014, de 14 de Fevereiro, que transpôs a Directiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011. Mas esta legislação é apenas o passo mais recente de uma caminhada que se iniciou há já bastante tempo.

Efectivamente, logo em 1985, a Directiva 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, visou a protecção

dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, a qual viria a ser transposta pelo Decreto-Lei nº 272/87, de 3 de Abril, que consagrou em Portugal o primeiro regime jurídico aplicável aos contratos celebrados nessas condições.

Depois disso, a fim de transpor a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, foi publicado o Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de Abril, alterado pelos Decretos-Leis nº 57/2008, de 26 de Março, nº 82/2008, de 20 de Maio, e nº 317/2009, de 30 de Outubro.

Todos estes diplomas legais foram agora revogados pelo já referido Decreto-Lei nº 24/2014, que constitui o *novo regime dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, Decreto-Lei este que transpôs a também já mencionada Directiva 2011/83/UE.

Acrescente-se, apenas, que esta Directiva alterou as Directivas 93/13/CEE, do Conselho, e 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e revogou as Directivas 85/577/CEE, do Conselho, e 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Mesmo assim, para concluir esta breve apresentação, a Directiva 2011/83/UE acabou por ficar bastante aquém da Proposta de Directiva, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Outubro de 2008, que, entre outras medidas, e a fim de “reduzir a fragmentação” e de regular de “forma sistemática” o acervo legislativo respeitante à defesa do consumidor, “eliminando incoerências e colmatando lacunas” — *tudo isto a fazer lembrar a necessidade de um Código!* —, se propunha *fundir* aquelas quatro directivas num único instrumento horizontal e de harmonização total. Embora a harmonização plena se tenha mantido na



actual Directiva, ainda que de forma mais mitigada, pois o art. 4º admite excepções — não sendo isenta de reparos esta *viragem* para directivas de harmonização plena, compreendendo-se em parte, mas contrariando a índole *souple* deste instrumento de harmonização —, a Directiva de 2011, repete-se, não foi tão longe quanto pretendia a Proposta de 2008.

Eis, em suma, um singelo retrato de alguns problemas e do quadro legislativo em vigor, que ficam para sobre eles reflectirmos. Vamos dar agora a palavra aos nossos oradores.

Muito obrigado a todos, mais uma vez!

António Pinto Monteiro

NOVOS DESAFIOS PARA A CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA A PERSPETIVA DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Teresa Moreira¹⁻²

Introdução

Os contratos celebrados à distância - *celebrados entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato*³ – são objeto de regras jurídicas próprias no direito português desde a adoção do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, que transpôs a Diretiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados

¹ Diretora-Geral da Direção-Geral do Consumidor, Ministério da Economia Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Comunitárias).

² Com a colaboração de Ana Catarina Fonseca, Diretora de Serviços de Direito do Consumo da Direção-Geral do Consumidor.

³ Artigo 3.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.



à distância, para o ordenamento jurídico nacional, protegendo os consumidores numa situação de especial assimetria com os fornecedores de bens e prestadores de serviços.

O desenvolvimento do comércio eletrónico e a expansão da economia digital em Portugal e na União Europeia desde o início do século XXI conferiram uma importância acrescida ao regime jurídico dos contratos celebrados à distância, tendo presente o nível e o volume das aquisições de bens e serviços, frequentemente mesmo os Serviços Públicos Essenciais⁴, através da Internet.

Nesse sentido, a Diretiva Europeia 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores⁵, que resultou de um longo e ambicioso processo de revisão do acervo da União Europeia relativo à defesa do consumidor iniciado em 2007 pela Comissão Europeia⁶, revisão determinada pelo reconhecimento da evolução do mercado, da fragmentação da regulamentação existente e da falta de confiança dos consumidores no Mercado Interno, visou “simplificar e atualizar as regras aplicáveis, eliminar incoerências e colmatar as lacunas indesejáveis” (considerando 2), tendo em conta o “potencial das vendas à distância transfronteiras”, muito aquém do comércio nacional nesta modalidade (considerando 5).

⁴ Pelo menos no caso do fornecimento dos serviços de energia e de comunicações eletrónicas. A Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, n.º 24/2008, de 2 de junho, n.º 6/2011, de 10 de março, n.º 44/2011, de 22 de junho e n.º 10/2013, de 28 de janeiro, estabelece o regime jurídico dos serviços públicos essenciais, que abrangem ainda as águas e resíduos e os serviços postais.

⁵ Que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

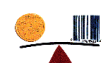
⁶ Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor (apresentado pela Comissão Europeia), COM (2006) 744 final (08.02.2007).



Para tal, a Diretiva harmonizou plenamente alguns aspetos cruciais dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (nomeadamente o direito à informação, particularmente reforçado e o direito de retratação) e promoveu ainda a harmonização de outros aspetos dos contratos de consumo em temas como a entrega, a transferência do risco e os pagamentos adicionais, consagrando um nível de proteção idêntico a todos os consumidores europeus, onde quer que se encontrem no mercado interno e contribuindo para uma maior transparência do funcionamento do mercado.

Em Portugal, a Diretiva relativa aos Direitos dos Consumidores foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que estabelece a disciplina aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento e pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, que procedeu à quarta alteração da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, a Lei de Defesa do Consumidor.

Entre os principais aspetos do novo regime aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento encontra-se o reforço do direito à informação pré-contratual dos consumidores, o que significa que os profissionais têm o dever de, antes da celebração do contrato, facultar em tempo útil, de forma clara e compreensível, informações relevantes designadamente sobre as características do serviço, o preço total do serviço, o modo de cálculo do preço, as modalidades de entrega e de pagamento, o sistema de tratamento de reclamações, a existência do direito de livre resolução, o prazo e o procedimento para o seu exercício, com a entrega do formulário de livre resolução, a aplicação de có-



digos de conduta, quando existam, a obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exerça o direito de livre resolução depois de ter expressamente solicitado a prestação do serviço durante o período de livre resolução; quando não haja direito de livre resolução, a indicação de que o consumidor não beneficia desse direito ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de livre resolução; o regime das contrapartidas estabelecidas para a cessação antecipada dos contratos sujeitos a períodos contratuais mínimos.

Destaca-se igualmente a obrigação dos fornecedores de bens e prestadores de serviços disponibilizarem um conjunto de informações específicas relativas ao pagamento por via eletrónica, bem como o alargamento do prazo para exercício do direito de livre resolução de 14 dias para 12 meses quando o profissional não cumprir o dever de informação pré-contratual quanto à existência do direito de livre resolução e do respetivo prazo para o seu exercício.

Estabelece-se ainda a possibilidade de o direito de livre resolução pelo consumidor ser exercido por carta, contacto telefónico, devolução do bem ou por outro meio suscetível de prova, nos termos gerais, como também a obrigação de reembolso de todos os pagamentos efetuados pelo consumidor, no prazo de 14 dias a contar da data em que o operador económico for informado da decisão de resolução do contrato por parte do consumidor, a proibição de utilização de cláusulas que, direta ou indiretamente, excluam ou limitem os direitos dos consumidores previstos no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.



Decorrido um ano após a entrada em vigor destas regras, a Direção-Geral do Consumidor iniciou no verão de 2015 um exercício de avaliação do impacto da nova legislação aplicável, com a colaboração da ASAE - Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, autoridade competente para a fiscalização do cumprimento das normas em questão, procurando apurar a adequação do regime à realidade atual dos contratos à distância em Portugal, cujos resultados não se encontram ainda sistematizados. Assim, é prematuro tirar conclusões sobre o recente regime jurídico aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

Mas tal não significa que outros desafios nesta matéria não tenham entretanto de ser enfrentados, tanto no plano europeu como no plano internacional.

Desenvolvimentos recentes na União Europeia

É indispensável começar por referir que os contratos à distância assumem especial interesse na vertente do comércio eletrónico e do comércio transfronteiriço, seja no espaço do Mercado Único Europeu, seja na dimensão internacional.

Daí que importe analisar em que medida outros trabalhos em curso no seio da União Europeia podem vir a influenciar a contratação à distância.

Ora, o último referencial da política europeia de defesa dos consumidores, a Agenda do Consumidor Europeu, adotada em 2012 para o período até 2020⁷, reconheceu, entre ou-

⁷ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao



tros, a necessidade de medidas e iniciativas que enquadrem os desafios colocados atualmente aos consumidores europeus, destacando aqueles que se relacionam com “a digitalização da vida quotidiana, o desejo de adotar padrões de consumo mais sustentáveis e as necessidades específicas dos consumidores vulneráveis”.

Como resposta, estabeleceu quatro objetivos principais⁸, o último dos quais - “Ajustar as políticas à evolução da sociedade e garantir a sua relevância para a vida quotidiana: *adaptar a legislação relativa aos consumidores à era digital e eliminar os problemas enfrentados pelos consumidores em linha*”; ter em conta as necessidades dos consumidores vulneráveis; facilitar as escolhas sustentáveis.” - está diretamente ligado à economia digital e ao desejável ajustamento das políticas à nova realidade¹⁰.

Nesta sequência, é de recordar que a atual Comissão

Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - *Uma Agenda do Consumidor Europeu para incentivar a confiança e o crescimento* (COM (2012) 225 final, de 22.5.2012).

⁸ “*Reforçar a segurança dos consumidores*: em relação a bens, serviços e produtos alimentares, mas também reforçar o quadro normativo e garantir uma maior eficiência na fiscalização do mercado. *Promover o conhecimento*: para fazer face à crescente complexidade dos mercados, que exige aos consumidores instrumentos e informação adequados para poderem compreender todos os aspetos, desde o custo real do crédito à localização das entidades competentes para apresentar queixa. Este objetivo é importante para os consumidores e para os comerciantes, tendo um papel crucial as associações de consumidores. *Melhorar a aplicação das regras e os mecanismos de reparação*, sem os quais não poderão existir direitos na prática.”

⁹ Sublinhado nosso.

¹⁰ Entre os 5 sectores chave salientados - *Alimentos, Energia, Finanças, Transportes e Era digital* - o último ilustra a preocupação com a segurança dos consumidores em linha.



Europeia liderada pelo Presidente Juncker estabeleceu como nova prioridade do seu programa de trabalhos para 2015 a criação de um verdadeiro Mercado Único Digital, cuja estratégia foi apresentada publicamente em maio de 2015, depois da divulgação em fevereiro de 2015 de dados relativos ao retrato de cada Estado-Membro neste domínio reportados a 2013 e a 2014 e que concluíam que a experiência digital depende do país onde se vive, com base em aspetos como a conectividade, as competências digitais, a utilização da internet (para visualizar conteúdos ou fazer compras), a integração das tecnologias digitais e os serviços públicos digitais.

Portugal, cuja posição se encontra junto à média da União Europeia mas na metade inferior dos Estados-Membros (no 16.º lugar), regista a pontuação mais alta no aspeto da conectividade e a mais baixa justamente no aspeto da utilização da internet.¹¹

A Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa¹² assenta em três pilares: melhor acesso em linha para os consumidores e as empresas em toda a Europa; a criação de condições adequadas e condições de concorrência equitativas para o desenvolvimento de redes digitais e de serviços inovadores; a otimização do potencial de crescimento da economia digital.

Para reforçar a confiança dos consumidores no ambiente digital e contribuir para o crescimento do comércio eletróni-

¹¹ Comissão Europeia - Comunicado de Imprensa "Quão avançado é o seu país no domínio digitais? Novos dados revelam os avanços necessários para uma Europa digital", Bruxelas, 24 Fevereiro 2015 (IP/15/4475).

¹² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - "Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa" - Bruxelas, 6.5.2015 COM(2015) 192 final.



co, a Comissão Europeia propõe em particular *a definição de um quadro legal harmonizado europeu aplicável ao comércio eletrónico com vista a reforçar a proteção do consumidor*¹³, a criação de condições adequadas para melhoria dos serviços de entrega de forma a fomentar o crescimento do comércio eletrónico (despesas de entrega; maior transparência quanto às condições de entrega dos bens) e, finalmente, a reforma do regime dos direitos de autor (de forma a melhor ajustar-se às novas tecnologias, ao comportamento dos consumidores e às condições de mercado; portabilidade; melhor acesso aos serviços *online* de outros Estado-membros, entre outros aspetos).

Em face da prioridade de assegurar a confiança dos consumidores europeus no comércio eletrónico dentro da União Europeia, a Comissão calendarizou para 2015¹⁴ a discussão de propostas legislativas relativas a novas regras para os contratos transfronteiras, assim como de propostas para ultrapassar o bloqueio geográfico injustificado e para rever o regime dos direitos de autor, aos quais se deve juntar ainda para 2016 a revisão do Regulamento (CE) n.º 2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, porque criou a rede de “enforcement”¹⁵ dirigida às infrações intraeuropeias transfronteiriças que

¹³ Sublinhado nosso.

¹⁴ Ver o Roteiro para a plena realização do Mercado Único Digital, incluído na comunicação relativa à Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa.

¹⁵ A Rede CPC possibilita a troca de informação entre as autoridades nacionais participantes, a assistência mútua em matéria de aplicação das regras europeias, ações conjuntas de fiscalização dos mercados, a formação coordenada e o intercâmbio de funcionários, tendo pontos focais de contacto nacionais e sendo acompanhada pela Comissão Europeia, a qual, contudo, não dispõe de



afetem interesses coletivos dos consumidores, sendo indispensável que num quadro de crescente harmonização do direito europeu a fiscalização e a aplicação das regras sejam coordenadas entre as autoridades competentes dos Estados-Membros.

Assim, no tocante ao regime jurídico dos contratos à distância, veio inevitavelmente à memória o projeto de um Direito Europeu comum da compra e venda¹⁶ apresentado em 2011 pela Comissão Europeia para assegurar um elevado nível de proteção do consumidor na União Europeia mediante regras contratuais uniformes mas de utilização opcional, que pretendia facilitar a atividade transfronteiriça das empresas europeias¹⁷ e que supostamente poderia complementar a Diretiva relativa aos direitos dos consumidores, mas que acabou por ser rejeitado em 2012 pela maior parte dos Estados-Membros.

No entanto, a necessidade imperativa de promover o crescimento económico e a criação de mais emprego na União Europeia, apoiada pelos dados estatísticos disponibilizados com a Estratégia para o Mercado Único Digital, que demonstram o grande potencial do comércio eletrónico - em 2014, apenas

competências próprias para aplicar a legislação europeia de forma direta. Em 2012 as ações conjuntas de fiscalização com enfoque no meio interativo e digital, os "internet sweeps" anuais, que associam as autoridades de "enforcement" na fiscalização coordenada e simultânea da informação ao consumidor e da publicidade de produtos e serviços em diferentes sectores de atividade na internet, foi dirigido aos produtos de conteúdo digital. (Ver os pormenores em http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/index_en.htm).

¹⁶ Ver a proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)).

¹⁷ Para mais informação sobre esta proposta, sobre a sua fundamentação e os dados relativos a cada Estado-Membro ver http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm.



15% dos consumidores fizeram compras em linha na UE (comparando com 44% a nível nacional); apenas 7% das PME vendeu para o Mercado Único (comparando com 20% das grandes empresas), ainda que 14.5% das PME vendam em linha (comparando com 35% das grandes empresas); 37% das empresas que vendem para outros Estados-Membros têm dificuldade em conhecer as regras aplicáveis, percentagem que chega a 63% no que respeita às empresas que vendem em linha¹⁸ - realça a urgência de discutir as regras aplicáveis ao contratos digitais.

Por essa razão, a Comissão Europeia lançou em junho de 2015 uma consulta pública baseada num questionário sobre as regras contratuais aplicáveis às aquisições em linha de produtos de conteúdo digital e de bens tangíveis, concluída em setembro, que deverá permitir identificar as principais preocupações para fazer avançar este projeto. Espera-se que até ao final do ano seja apresentado um projeto de instrumento legislativo, cujos detalhes ainda não são conhecidos, com vista ao reforço dos direitos dos consumidores na contratação em linha.

Numa outra vertente, a do acesso à justiça pelos consumidores, merece referência a entrada em vigor da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre a resolução alternativa de litígios de consumo¹⁹, em julho de 2015, transposta em Portugal pela Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, a qual estabelece o enquadra-

¹⁸ Para mais informação ver http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/index_en.htm#factsheets.

¹⁹ Que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, supra citado, e a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.



mento jurídico aplicável aos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo em Portugal, criando ainda a Rede de Arbitragem de Consumo, e se aplica a litígios transfronteiriços como a domésticos. Cabe à Direção-Geral do Consumidor como autoridade nacional competente avaliar o cumprimento das obrigações previstas na Lei e divulgar que estão autorizadas para proceder à mediação, conciliação e arbitragem de conflitos de consumo.

A Diretiva é acompanhada pelo Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha²⁰, que criou uma plataforma eletrónica para a resolução dos litígios de consumo em linha, cujo funcionamento terá início em janeiro de 2016. Cabe ao Centro Europeu do Consumidor como ponto de contacto nacional desta plataforma, prestar assistência aos consumidores neste domínio. Recorde-se que as entidades de resolução alternativa de litígios de consumo autorizadas e inscritas estão obrigadas a aderir a esta plataforma e ainda que os fornecedores de bens ou prestadores de serviços estabelecidos em Portugal estão obrigados a informar os consumidores sobre as entidades disponíveis ou a que se encontrem vinculados.

Pode, pois, concluir-se que a transposição da Diretiva sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e a entrada em vigor da plataforma eletrónica para os conflitos em linha, que representam um marco na política europeia de defesa do consumidor consubstanciado num enquadramento jurídico harmonizado do acesso a uma justiça simples, fácil e pouco dis-

²⁰ Que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE, já citada.



pendiosa, complementam as novas regras em matéria de contratos à distância na perspectiva transfronteiriça, assegurando o aspeto da reparação.

Em conclusão, existem hoje regras jurídicas harmonizadas na União Europeia que enquadram diferentes aspetos relevantes do comércio eletrónico, conferindo maior segurança aos consumidores nas transações à distância mas igualmente criando maior previsibilidade na perspectiva das empresas, em particular na ótica transfronteiriça do Mercado Único.

Outros desenvolvimentos recentes no plano internacional

A temática da economia da internet vem a ser estudada de forma aprofundada pela OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, organização de que Portugal é país membro, há mais de uma década e meia e sob diferentes ângulos, destacando-se a análise em matéria de política dos consumidores.²¹

Neste âmbito foram adotadas em 1999 as Linhas Diretrizes que regem a Proteção dos Consumidores no contexto do Comércio Eletrónico por uma Recomendação do Conselho²², instrumento não vinculativo mas que exerce influência não só junto dos Governos dos países membros como junto das empresas e dos países não membros.

As Linhas Diretrizes abrangem princípios gerais relativos à transparência, às práticas leais em matéria de comércio, de pu-

²¹ Para mais informações ver <http://www.oecd.org/sti/consumer>.

²² A tradução para português está disponível em <http://www.oecd.org/sti/consumer/34023696.pdf>.



blicidade e de comercialização, e recomendam práticas relativas às informações via internet, tanto sobre a empresa, como sobre os bens e serviços, a transação e o processo de confirmação, para além de abordarem a resolução de litígios, as vias alternativas de resolução de litígios e de recurso, a proteção da vida privada, a educação e a sensibilização, a sua implementação e a cooperação mundial nesta matéria.

Em face das modificações ocorridas nos últimos 15 anos, considerou-se necessário rever as Linhas Diretrizes, atualizando temas como o *âmbito de aplicação, já não limitado às transações entre fornecedores de bens e prestadores de serviços (businesses - B) e consumidores (C), isto é B2C, mas estendido também às transações C2C, isto é, entre consumidores através de plataformas comerciais, operadas no contexto da economia colaborativa (sharing economy), e às transações não monetárias (por exemplo, relacionadas com a troca de dados pessoais ou à publicidade dirigida), e ainda o comércio móvel, os produtos de conteúdo digital, os novos meios de pagamento, a responsabilidade da empresa relativamente a terceiros agindo em seu nome (intermediários), a partilha de dados pessoais dos consumidores, a resolução de litígios e a reparação.*

Este exercício encontra-se na fase final de discussão tendo em vista a adoção das Diretrizes revistas pelo Conselho em 2016, antes da próxima reunião ministerial anual, dedicada à *economia da internet* e prevista para junho de 2016.

Considerando que não existem regras internacionais sobre esta matéria, que os trabalhos de revisão têm sido abertos à participação de países não membros, designadamente com o estatuto de observadores, e que os instrumentos de "soft law"



emanados das organizações internacionais multilaterais tendem a ser muito respeitados, é de esperar que as revistas Linhas Diretrizes da OCDE sobre o Comércio Eletrónico influenciem futuros debates sobre este tema mesmo em sede de outras instâncias internacionais.

Refira-se ainda que, antes do início da revisão das Diretrizes sobre o Comércio Eletrónico, a análise da economia da internet na ótica da política dos consumidores na OCDE conduziu à adoção de dois importantes instrumentos de orientação política divulgados em 2014.

São eles as Linhas Diretrizes de Política dos Consumidores sobre os Pagamentos Móveis e “Online” (*Consumer Policy Guidance on Mobile and Online Payments*²³), que recomenda, entre outros aspetos, informação clara, acessível e em formato facilmente legível pelos consumidores logo no início do processo da transação; medidas de proteção da privacidade dos dados pessoais dos consumidores nestes pagamentos; a segurança dos pagamentos em equipamentos móveis mediante salvaguardas apropriadas relativas à confirmação do pagamento ou cancelamento do processo pelo consumidor antes da sua conclusão; a proteção das crianças através da sujeição de transações e pagamentos a autorização dos pais ou educadores e a utilização de ferramentas de controlos sobre as compras para as quais as crianças estão autorizadas.

E as Linhas Diretrizes de Política dos Consumidores sobre Produtos Intangíveis de Conteúdo Digital (*Consumer Policy*

²³ Disponível em http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/consumer-policy-guidance-on-mobile-and-online-payments_5jz432c11ns7-en.



*Guidance on Intangible Digital Content Products*²⁴) que, por sua vez, recomendam que a informação sobre os produtos seja apresentada em formatos facilmente legíveis em diferentes dispositivos e incluir as eventuais limitações quanto a partilha, cópia, acesso em diferentes jurisdições, direito de resolução se aplicável; que os operadores económicos informem claramente os consumidores sobre o tratamento e utilização de dados pessoais e as medidas que os consumidores têm à sua disposição para controlar os seus dados; que antes do tratamento de dados sensíveis (ex. localização, dados clínicos, dados financeiros) os operadores obtenham o consentimento expresso dos consumidores para esse efeito; que os operadores económicos disponibilizem aos consumidores instrumentos que lhes permitam obter a reposição da conformidade (reparação, substituição do produto ou resolução) em caso de aquisição de produtos digitais não conformes com o contrato; que os operadores económicos informem os consumidores sobre as alterações ou atualizações que detenham sobre os produtos e que podem afetar a utilização dos mesmos por parte dos consumidores e, finalmente, que os Governos, os operadores económicos e as partes interessadas devem trabalhar em conjunto para identificarem os mecanismos adequados de reparação dos consumidores caso estes adquiram produtos com defeito.

Em suma, estas recomendações da OCDE abordam pontos críticos do comércio eletrónico na perspetiva internacional, sendo indiscutível a sua importância e a sua atualidade no quadro da discussão de novas regras aplicáveis aos contratos à distância mesmo no plano da União Europeia.

²⁴ Disponível em http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/consumer-policy-guidance-on-intangible-digital-content-products_5jxvbrjq3gg6-en.



Notas finais

A economia digital e as oportunidades e preocupações que lhe estão associadas - em matéria de publicidade na Internet e nas redes sociais, de informação pré-contratual, da proteção dos dados pessoais, dos pagamentos em linha e móveis, da aquisição de produtos de conteúdo digital, da resolução de litígios e da reparação e da proteção dos consumidores vulneráveis como as crianças - tem sido identificada como uma prioridade da política de defesa do consumidor em Portugal designadamente no âmbito das Grandes Opções do Plano para 2015, aprovadas pela Lei n.º 82-A/2014, de 31 de dezembro, e nos planos anuais de atividades da Direção-Geral do Consumidor, o serviço público com a missão de contribuir para a definição e execução desta política pública visando assegurar um elevado nível de proteção do consumidor.

Para as entidades públicas, o acompanhamento das profundas alterações do mercado trazidas pela globalização económica, pelo desenvolvimento dos transportes e pelo progresso das tecnologias de informação e comunicação constitui um desafio, sendo indispensável conhecer as novas formas de comunicação entre empresas e consumidores, as novas formas de contratação, as novas práticas comerciais para encontrar os instrumentos adequados a uma intervenção em defesa dos direitos dos consumidores, desejavelmente em coordenação com outras autoridades nacionais e de países parceiros.

É também necessário capacitar os consumidores, em particular grupos vulneráveis como as crianças, naturalmente familiarizadas com o meio interativo e digital mas ainda não

dotadas da informação e da maturidade necessária para fazer escolhas avisadas, e como os consumidores seniores para os aspetos específicos das compras à distância, sobretudo na Internet, pois nem sempre dispõem das competências digitais indispensáveis, preocupação reforçada pelos dados sobre o envelhecimento da população em Portugal²⁵. E recorda aos fornecedores de bens e os prestadores de serviços que se dedicam às vendas à distância as regras aplicáveis, sensibilizando-os para cuidados acrescidos no contacto com os consumidores nestes canais.

A dimensão internacional da contratação à distância no âmbito do Mercado Único Europeu conduz inevitavelmente à necessidade de definição e de adoção de regras harmonizadas senão uniformes para os novos contratos da economia digital que assegurem uma proteção acrescida dos consumidores em todo o espaço económico da União, vinculada a atender à proteção dos consumidores em todas as suas políticas e ações²⁶ da União, mas que facilitem igualmente as atividades económicas das empresas presentes neste mercado.

Apesar das competências partilhadas entre a União Europeia e os Estados-Membros nesta matéria e da possibilidade de os Estados-Membros adotarem medidas de proteção acrescida dos consumidores, a coexistência de diferentes níveis de proteção do consumidor na União e a conseqüente fragmentação que daí resulta dificilmente podem subsistir à luz do objetivo de plena integração dos mercados, interferindo com a realiza-

²⁵ Ver os dados do Instituto Nacional de Estatística - "Envelhecimento da população residente em Portugal e na União Europeia", Dia Mundial da População, 11 de julho de 2015, *Destaque - Informação à comunicação social*.

²⁶ Ver o artigo 12.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.



ção do Mercado Único Digital.

Por isso, o regime jurídico dos contratos à distância irá ser muito em breve e de novo alterado pelo futuro instrumento legislativo europeu ainda em discussão, instrumento que deverá ser também influenciado pelos resultados dos trabalhos na OCDE sobre o comércio eletrónico, os pagamentos móveis e em linha e os produtos de conteúdo digital, oferecendo novas perspetivas às empresas que atuam no Mercado Interno mas também alargando o horizonte aos consumidores europeus, que só assim poderão aproveitar cabalmente a integração económica europeia beneficiando de uma adequada proteção.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTRATO À DISTÂNCIA, NO DIREITO BRASILEIRO

Francisco Amaral¹

Honrado e agradecido pelo convite para participar das atividades que o renomado Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra promove, sob a superior direção do senhor Doutor António Pinto Monteiro, intervindo neste Colóquio sobre a proteção ao consumidor nos contratos à distância, proponho-me a fazer aqui breve e singela comunicação sobre a matéria, especificamente sobre a tutela do consumidor no direito brasileiro, nessa espécie contratual.

Permito-me lembrar que o movimento de proteção ao consumidor no direito do meu país inicia-se no final da década de 70 do século passado, quando a constatação de abusos nos contratos de adesão a cláusulas contratuais gerais ilícitas provocou o surgimento de diversas entidades, de natureza pública e privada, como associações de consumidores, comissões de defesa e institutos de controle de produção e comercialização,

¹ Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.



de nível municipal, estadual ou federal, cujo objetivo comum era a defesa do consumidor. Contribuía para isso, não só o notável desenvolvimento científico e tecnológico da sociedade contemporânea, que se transformava em sociedade do consumo, com problemas crescentes nas relações contratuais, como também a insuficiência do sistema jurídico vigente para responder a esses desafios, protegendo o consumidor, a parte mais fraca no exercício da liberdade de contratação.

No enfrentamento desses desafios, mais especificamente nos conflitos de interesses surgidos nessas relações, o Direito Civil, especialmente a teoria dos vícios do consentimento, mostrava-se insuficiente para a prevenção e solução dos novos problemas, fortalecendo a crença na imprescindibilidade de uma legislação especial protetora do consumidor, o titular de um novo *status*, o de vulnerável, situação de fato em que se tem reduzida a autonomia da pessoa natural para os atos da vida civil, contrariando, assim, valores fundamentais da ordem jurídica, como a liberdade e a igualdade material. A legislação desejada poderia ser de caráter geral, no sentido de um conjunto de leis de ordem pública, como as referentes a juros, a cláusulas penais, a preços no atacado e no varejo, a promessa de venda de imóveis loteados ou não, a vendas diretas a domicílio, a contratos de seguro e de capitalização, as leis do inquilinato etc, ou ser de natureza particular, com um único diploma legal para proteger especificamente os consumidores.

Importante medida, nesse sentido, foi a compilação preliminar que os Ministérios da Indústria e do Comércio e da Justiça realizaram com os textos legais já existentes, concernentes à saúde e à vigilância sanitária, a pesos e medidas, à quali-



dade dos produtos, à economia popular, usura e abuso do poder econômico, a preços e abastecimento, a comercialização e publicidade, à defesa do consumidor no mercado financeiro, à defesa do consumidor no mercado de seguros, à defesa do consumidor no mercado previdenciário, à defesa do consumidor no mercado imobiliário, aos serviços públicos e turísticos, formando uma legislação geral que abriu caminho para uma lei específica e sistematizadora da matéria, um Código de Defesa do Consumidor, que veio a ser aprovado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Em matéria de proteção ao consumidor, registre-se, porém que, antes mesmo do advento desse Código, já a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, não só elegera, como prioritários, no seu Preâmbulo, os valores da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, e no seu artigo primeiro, como princípios fundamentais, os da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, como também impunha ao Estado brasileiro o dever de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (Constituição, artigo 5º, XXXII). Dispunha, ainda, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor (Constituição, artigo 170, V). Enriquecia-se, assim, o quadro das fontes do direito brasileiro, que passava a contar com novos critérios, diretivos e enunciados normativos para a atividade criativa do intérprete, *in casu*, na problemática jurídica das relações de consumo.



O Código brasileiro de Defesa do Consumidor veio explicitar as disposições constitucionais pertinentes às relações de consumo, estabelecendo critérios a seguir na defesa do consumidor, podendo afirmar-se que esses diplomas legais, com seus valores, princípios e regras, se conjugam na proteção dos direitos do consumidor, direitos esses que se especificam no art. 6º do Código.

São direitos básicos do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação



ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

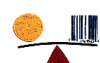
Como um dos objetivos objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo, esse Código estabeleceu, no seu artigo 4º, a transparência e harmonia das relações de consumo, bem como o atendimento das necessidades, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a proteção dos interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida dos consumidores.

Estabeleceu também, no artigo 6º, III, a informação como direito básico do consumidor em face do fornecedor, princípio esse que volta a ser referido no artigo 31 do mesmo código, segundo o qual “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

No que especificamente diz respeito à proteção do consumidor no contrato à distância, há que dizer o seguinte.

Contratos à distância são hoje os contratos de massa, contratos especiais que se formam via internet. Têm como base a transferência de computador para computador, e “o vínculo que se estabelece entre os consumidores e os provedores de acesso à Internet é um contrato de consumo, submetido às regras da Lei nº8.078/90”.

Compreendem “os contratos de acesso técnico às redes eletrônicas, o contrato de venda *on line*,, venda de produ-



tos materiais que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor, e venda de produtos imateriais (*software*) a serem enviados pelo mesmo meio eletrônico, contratos de bens totalmente desmaterializados, como músicas, revistas *on line*, educação a distância, acesso a informações, a imagens, filmes, histórias em quadrinhos, jogos, videogames".

A proteção que a lei lhes confere, como ocorre com todas as espécies de contrato de consumo, está prevista tanto na formação do vínculo contratual quanto no seu desenvolvimento.

No que diz respeito à sua formação, como aliás na dos demais contratos de consumo, na proposta ou oferta a ser feita, toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (Art. 30).

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (Art. 31). Aliás, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, é um dos direitos básicos do consumidor. Como são também direitos básicos a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apre-

sentação ou publicidade, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente, ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, atualizada, mais perdas e danos. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (Art. 34).

No tocante à aceitação da proposta, aplica-se supletivamente a normativa do Código Civil, prevista no seu artigo 434, segundo a qual os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida.

Os contratos não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Prevê o Código de Defesa do Consumidor, ainda, que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (Art.47). Estabelece, também, a nulidade das cláusulas contratuais abusivas, relativas ao fornecimento de produtos e serviços, tipificando, no seu artigo 51, dezesseis hipóteses de fato que possam caracterizar o abuso de direito.

São estas breves referências que nesta oportunidade posso fazer, como singela informação e contributo à matéria dos contratos à distância na legislação de meu país.



O DIREITO À NÃO-INFORMAÇÃO

António Menezes Cordeiro¹

1. Informação e negócios à distância

I. O Decreto-Lei nº 24/2014, de 14 de fevereiro, em transposição da Diretriz 2011/83, de 25 de outubro, estabeleceu um novo regime aplicável aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial ou negócios à distância. Revogou o anterior regime, adotado pelo Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de abril, por último alterado pelo Decreto-Lei nº 317/2009, de 30 de outubro.

Esse diploma não se aplica a contratos relativos a serviços financeiros celebrados com o consumidor, também à distância. Aí, rege o Decreto-Lei nº 95/2006, de 29 de maio, por último alterado pelo Decreto-Lei nº 242/2012, de 7 de novembro.

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa



II. O Decreto-Lei nº 24/2014 prescreve, a título pré-contratual, 23 informações a prestar pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços [4º/1, alíneas a) a z)]. Cabe ao mesmo fornecedor ou prestador o ónus da prova de que tais informações foram prestadas. Em face de serviços financeiros, lidamos com os artigos 11º a 18º do Decreto-Lei nº 95/2006: umas dezenas de pontos a informar.

2. Outras informações

I. As informações a prestar nos contratos à distância cumulam-se com a *culpa in contrahendo* e os deveres dela derivados (227º/1, do Código Civil), com os artigos 5º e 6º da Lei das cláusulas contratuais gerais, sobre informações ao aderente, com o artigo 8º/1, da Lei de Defesa do Consumidor e com o artigo 9º/1, a) e b), do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, os quais prescrevem mais informações.

II. Além disso, acrescem informações a prestar em certas áreas. Por exemplo, no caso dos seguros, temos os artigos 12º e seguintes da Lei do Contrato de Seguro, os artigos 31º a 33º do Decreto-Lei nº 144/2006, de 31 de julho, sobre os deveres de informar do mediador, o artigo 2º do Decreto-Lei nº 211-A/2008, de 3 de novembro, se o seguro em causa for considerado complexo e uma série de outros preceitos a retirar do recém-aprovado diploma sobre o acesso à atividade seguradora, adotada pela Lei nº 147/2015, de 9 de setembro. No domínio bancário,



seria possível apresentar novas sequências desse tipo. Ninguém estará jamais seguro de ter esgotado o *iter* informativo em vigor.

3. Articulação das fontes

I. Perante esta proficiência, pergunta-se como se articulam as diversas fontes em presença². A resposta deverá depender da natureza das normas concorrentes e da determinação do seu escopo, o que envolve a sua dogmatização³.

Frente a frente, temos três teorias:

- a teoria da consumpção;
- a teoria da especialização;
- a teoria do escopo das normas.

II. A teoria da consumpção diz-nos que o concurso de deveres de informação se resolve dando a prevalência às normas que se ocupem do sector considerado. Tais normas iriam consumir, no seu campo de aplicação, os valores compreendidos nas regras gerais. Levada ao seu termo, esta teoria diria que, por exemplo no campo dos seguros, apenas se aplicaríamos os deveres de informação previstos na LCS. Tais deveres, de resto muito amplos, teriam tido a preocupação

² Perante um quadro legislativo geral bastante semelhante ao nosso, Friedrich Schoch, *Neuere Entwicklungen im Verbraucherinformationsrecht*, NJW 2010, 2241-2248 (2247/II), explica que existem cerca de 30 diplomas sobre informações a prestar; isso coloca problemas de coerência, de competência, de codificação, de transparência e de imagem.

³ Dominik Schäfers, *Das Verhältnis der vorvertraglichen Anzeigepflicht (§§ 19 ff. VVG) zur Culpa in contrahendo*, VersR 2010, 301-308 (303/I ss. e 308/I e II), no campo segurador.



de esgotar os valores prosseguidos pela *cic* civil e pela tutela do consumidor. Esta orientação não colhe apoio legal. Mantendo o exemplo, o artigo 19º da LCS prevê que, sendo o seguro celebrado à distância, às informações nela própria previstas acresçam as previstas no regime especial e portanto, no Decreto-Lei nº 95/2006, de 29 de maio (nº 1). E surgindo o tomador do seguro como consumidor, acrescem as informações previstas noutros diplomas, designadamente na LDC (nº 2). Podemos considerar que a própria LCS se assume como visando, apenas, a tutela das partes em seguros. Na restante matéria, valeriam os diplomas competentes. Não há consumpção.

III. A teoria da especialização parte da prevalência da lei especial sobre a lei geral, no campo de aplicação da primeira. Distingue-se da consumpção por ser analítica, isto é: norma a norma, verifica-se se existe uma regra especial para os seguros, dando-lhe precedência, quando a resposta seja positiva. A especialização é puramente formal. Com isso, origina problemas práticos. Por exemplo: o tomador do seguro viola o artigo 24º/1, da LCS: não dá informações exatas sobre aspetos relevantes do risco. Segue-se o regime das omissões ou inexactidões dolosas (25º) e negligentes (26º). Há responsabilidade civil, por via do artigo 227º/1, do Código Civil? Analiticamente, os artigos 25º e 26º da LCS são *lex specialis* relativamente aos artigos 252º (erro sobre os motivos), 253º (dolo) e 254º (efeitos do dolo), todos do Código Civil. O artigo 227º/1, *in fine* (*cic*), fica de fora, pelo que o tomador seria, ainda, civilmente responsável. Todavia, o Direito dos seguros ensina que os “deveres” do artigo 24º da LCS são, na realidade, meros



encargos (*Obliegenheiten*). Logo, não há dever de indemnizar. A teoria da especialização falha por se contentar, no caso do concurso de deveres de informar, com uma ponderação de âmbito de aplicação. Falta um critério material ou uma chave para encontrar tal critério.

IV. Fica a teoria do escopo das normas em presença. Perante qualquer norma relativa a deveres de informar, há que indagar qual o objetivo por ela prosseguido. Este é, em regra, determinado pelo seu regime, através da interpretação, dominada, como é sabido, pelo elemento teleológico. À luz destas considerações, perante cada regra específica dos seguros, deveremos interrogar a lei sobre o seu escopo. Se for o de proteger o consumidor de produtos de seguros, a regra aplica-se, em detrimento das de defesa do consumidor; se se tratar da tutela da confiança, ela opera com sacrifício da própria *cic*.

Em cada caso, a teoria do escopo permite encontrar soluções verosímeis e justificadas.

4. O irrealismo; o direito à não-informação

I. Mau grado a simplificação permitida pela teoria do escopo das normas, afigura-se claro que o simples enunciado das dezenas de informações a prestar dispensa críticas. Todos têm perfeita consciência de que as informações prescritas não são prestadas. E se o forem, nenhum *bonus pater familias* lhes irá prestar atenção. Quando muito, olhará por alto. Em certos casos, a densidade



informativa é de tal ordem que o consumidor atento nem deve prestar atenção, sob pena de não atinar com o essencial.

II. A informação em excesso é nociva: acaba por esconder os pontos delicados, habituando os consumidores a não atinar no que façam. Há que atentar nas realidades. A propósito de cada negócio, existem dois ou três aspetos a sublinhar. Cabe ao vendedor, em nome da boa-fé, chamar a atenção para eles. Quanto ao resto: a informação sempre terá um papel pedagógico, sobretudo para quem a dê.

III. Isto dito: ganha espaço dogmático o direito à não-informação ou o direito à legítima ignorância⁴. Nalguns campos, como no da saúde, o não-saber pode ser uma vantagem para o paciente. Noutros, como no comércio privado, o excesso de informação é contraproducente. Duas consequências: nas áreas dotadas de níveis coletivos, como a supervisão e a ação inibitória, há que transferir, para eles, a sindicância do contratado; em todas, cabe relevar a tutela da confiança e a execução do contratado, como bitolas de valoração supra-informativa.

⁴ Registamos, por último, Jörg Neuner, *Das Recht auf Uninformiertheit / Zum privatrechtlichen Schutz der negativen Informationsfreiheit*, ZfPW 2015, 157-281.



O NOVO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS A DISTÂNCIA E DOS CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL¹

Paulo Mota Pinto²

1. Introdução

O Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que entrou em vigor no dia 13 de junho de 2014 (e entretanto foi alterado pelos artigos 4.º, 5.º e 6.º da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, que também alterou a Lei n.º 24/96, de 31 de julho – lei de defesa dos consumidores), modificou o regime jurídico dos contratos celebrados a distância e fora do estabelecimento comercial, revogando o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril. Com o

¹ Publica-se o texto que serviu de base à conferência proferida em 16 de maio de 2015 no colóquio “O novo regime da contratação a distância”, organizado pelo Centro de Direito do Consumo e pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dada a escassez de tempo, omitimos a inclusão de notas de rodapé ou de referências doutrinárias ou bibliográficas.

² Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Investigador do seu Instituto Jurídico.



Decreto-Lei n.º 24/2014 procedeu-se à transposição para o direito português da “Diretiva relativa aos direitos dos consumidores” (Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho). Pela sua importância, justifica-se uma descrição e análise do regime jurídico introduzido pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro³.

Trata-se, como é sabido, do *terceiro* diploma que entre nós prevê regras sobre contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, datando o primeiro já de 1987: o *Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril*, que transpõe a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. Esse diploma de 1987 tratou

³ Pertencem a este diploma todas as disposições legais doravante citadas sem indicação especial.

Além de disciplinar os contratos a distância e os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, o Decreto-Lei n.º 24/2014 contém normas sobre a venda automática (“na colocação de um bem ou serviço à disposição do consumidor para que este o adquira mediante a utilização de qualquer tipo de mecanismo, com o pagamento antecipado do seu preço” – artigos 22.º a 24.º), sobre vendas especiais esporádicas (“realizadas de forma ocasional fora dos estabelecimentos comerciais, em instalações ou espaços privados especialmente contratados ou disponibilizados para esse efeito” – artigos 24.º e 25.º, além de lhes ser aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto sobre o direito de livre resolução), sobre vendas ligadas (artigo 27.º: subordinação da venda de um bem ou a prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de um outro bem ou serviço junto do fornecedor ou de quem este designar, que é em regra proibida, salvo quando estiverem em causa bens ou serviços que, pelas suas características, se encontrem entre si numa relação de complementaridade e esta relação seja de molde a justificar o seu fornecimento em conjunto), e sobre fornecimento de bens não solicitados (artigo 28.º), que é proibido.



também das “vendas por correspondência” e proibiu as vendas “em cadeia”, “em pirâmide” ou em “bola de neve”, bem como as “vendas forçadas”. A necessidade de transposição de um novo instrumento de direito europeu – a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa a proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância – impôs a substituição desse regime de 1987 pelo previsto no *Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril* (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio e 317/2009, de 30 de outubro), o qual continha regras aplicáveis aos contratos celebrados a distância e aos contratos celebrados no domicílio.

Foi a publicação em 2011 da referida “*Diretiva dos direitos dos consumidores*” (doravante apenas “Diretiva”) – um projeto que começou com um âmbito bastante amplo, mas acabou por confinar sobretudo aos regimes dos contratos a distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – que impôs a substituição do Decreto-Lei n.º 143/2001 pelo regime introduzido pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, transpondo aquela Diretiva (embora fora do prazo nela previsto, que se esgotava em 13 de dezembro de 2013 – artigo 28.º, n.º 1).

Além da definição do respetivo âmbito de aplicação (artigos 1.º a 3.º), este diploma contém regras sobre a informação pré-contratual e os requisitos de forma e a celebração dos contratos a distância e fora do estabelecimento comercial (artigos 4.º a 9.º), sobre o direito de livre resolução nesses contratos (artigos 10.º a 17.º), a execução do contrato celebrado a distância (artigos 19.º), a identificação do fornecedor e seus representantes e o conteúdo dos catálogos e outros suportes (ar-



tigos 20.º e 21.º), bem como disposições sobre algumas outras modalidades de venda (artigos 22.º a 26.º) e práticas proibidas (artigos 27.º e 28.º).

Vejam os cada um destes temas.

2. Âmbito de aplicação

Em aplicação da exigência contida no artigo 28.º, n.º 3, da referida “Diretiva dos direitos dos consumidores”, o Decreto-Lei n.º 24/2014 começa por enunciar que procede à transposição dessa Diretiva (artigo 1.º), aplicando-se aos *contratos celebrados a distância* e aos *contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, com a finalidade de promover a transparência das práticas comerciais e salvaguardar os interesses legítimos dos consumidores. Trata-se, pois, de um típico regime de *direito do consumidor*, que tem como finalidade a disciplina do mercado e a defesa daqueles perante os profissionais.

O artigo 2.º, n.º 2, do DL 24/2014 exclui, porém, um conjunto de contratos do âmbito de aplicação do regime jurídico da contratação a distância e da contratação fora do estabelecimento comercial. Assim, ficam *excluídos*: os contratos relativos a serviços financeiros (artigo 4.º, n.º 2, alínea a), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva); os contratos celebrados através de máquinas distribuidoras automáticas⁴ ou de estabelecimentos comerciais automatizados; (artigo 4.º, n.º 2, alínea b), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea l), da Diretiva); os contratos celebrados com operadores de telecomunicações

⁴ Sobre estas dispõem, porém, os artigos 22.º a 24.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

respeitantes à utilização de cabines telefónicas públicas ou à utilização de uma única ligação telefónica, de Internet ou de telecópia efetuada pelo consumidor (artigo 4.º, n.º 2, alínea c), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea m), da Diretiva⁵); os contratos relativos à construção, à reconversão substancial, à compra e venda ou a outros direitos respeitantes a imóveis, incluindo o arrendamento (artigo 4.º, n.º 2, alínea d), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alíneas e) e f), da Diretiva); os contratos relativos a serviços sociais, nomeadamente no setor da habitação, da assistência à infância e serviços dispensados às famílias e às pessoas com necessidades especiais permanentes ou temporárias, incluindo os cuidados continuados (artigo 4.º, n.º 2, alínea e), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva); os contratos relativos a serviços de cuidados de saúde, prestados ou não no âmbito de uma estrutura de saúde e independentemente do seu modo de organização e financiamento e do seu carácter público ou privado (artigo 4.º, n.º 2, alínea f), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva); os contratos de jogo de fortuna ou azar, incluindo lotarias, bingos e atividades de jogo em casinos e apostas (artigo 4.º, n.º 2, alínea g), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea c), da Diretiva); os contratos relativos a serviços prestados no regime das viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/2012, de 24 de agosto (artigo 4.º, n.º 2, alínea h), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea g), da Diretiva); os contratos celebrados no âmbito do Decreto –Lei n.º

⁵ A Diretiva refere-se, porém, a contratos “celebrados com operadores de telecomunicações através de postos públicos de telefone para a sua utilização”.



275/93, de 5 de agosto (alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 180/99, de 22 de maio, 22/2002, de 31 de janeiro, 76-A/2006, de 29 de março, 116/2008, de 4 de julho, e 37/2011, de 10 de março), que estabeleceu o regime do direito de habitação periódica (artigo 4.º, n.º 2, alínea *i*), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea *h*), da Diretiva); os contratos de fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo fornecedor de bens em deslocações frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor (artigo 4.º, n.º 2, alínea *j*), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea *j*), da Diretiva); os contratos em que intervenha um titular de cargo público obrigado por lei à autonomia e imparcialidade, bem como ao fornecimento de todas as informações jurídicas necessárias (como é o caso de um notário), garantindo que o consumidor apenas celebra o contrato após ponderação e com pleno conhecimento das suas consequências jurídicas (artigo 4.º, n.º 2, alínea *l*), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea *i*), da Diretiva); os contratos de serviços de transporte de passageiros (com exceção da aplicação do disposto sobre a celebração a distância de contratos por via eletrónica, nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 5.º – artigo 4.º, n.º 2, alínea *k*), correspondente ao artigo 3.º, n.º 3, alínea *m*), da Diretiva).

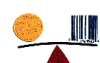
Deve notar-se que o legislador nacional não fez uso da possibilidade prevista em geral no artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva, de não aplicar as suas disposições, manter ou introduzir disposições nacionais correspondentes para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial quando o pagamento a efetuar pelo consumidor não exceder o valor máximo de 50 €, podendo os



Estados-Membros definir um valor inferior na legislação nacional. Todavia, pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, veio a ser acrescentada uma nova exclusão, ficando fora do âmbito do regime os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial para aquisição de assinaturas de publicações periódicas, “quando o pagamento a efetuar pelo consumidor não exceda € 40”. O legislador acrescentou, pois, em julho de 2014, ao critério do valor uma delimitação em função do *objeto*, que se afigura compatível com a Diretiva, aplicando aquele limite de valor apenas para contratos celebrados fora do estabelecimento comercial para aquisição de *assinaturas de publicações periódicas*.

A delimitação do âmbito de aplicação do regime jurídico contido no Decreto-Lei n.º 24/2014 resulta igualmente das definições previstas no artigo 3.º. Assim, entende -se por “bem” qualquer coisa móvel corpórea, com exceção dos bens vendidos em processo executivo ou qualquer outra forma de venda judicial”, mas incluindo água, gás ou eletricidade quando são postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada (artigo 3.º, alínea a), correspondente ao artigo 2.º, n.º 3), da Diretiva); Já o “bem produzido segundo as especificações do consumidor” (noção relevante para a exclusão do direito de livre resolução – artigo 17.º, n.º 1, alínea c)), é a coisa que não sendo pré -fabricada, é produzida com base numa escolha individual ou numa decisão do consumidor.

Quanto à noção de *consumidor*, corresponde ao conceito já “clássico” nos instrumentos comunitários e nacionais de direito do consumidor (artigo 3.º, alínea c), correspondente ao artigo 2.º, n.º 1), da Diretiva): a “pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial,



industrial, artesanal ou profissional”, embora não se refira a necessidade de realização de uma aquisição de um bem ou prestação de serviço. O legislador, seguindo o critério da finalidade da atuação, não esclarece, nem como devem ser qualificados os casos de atuação com finalidades *mistas* (isto é, em parte integradas e em parte não integradas nas referidas atividades), nem prevê expressamente a qualificação das *pessoas coletivas*. Igualmente, nada se diz expressamente sobre a necessidade de a referida finalidade ser *reconhecível* pela contraparte – ou, pelo menos, sobre a possibilidade de a qualificação como consumidor ser contrariada quando tal finalidade não resultar ou for *desmentida objetivamente* pela interpretação da conduta do agente, segundo o critério geral de interpretação.

Deve notar-se, também, que o DL 24/2014 não utiliza a noção de “*profissional*”, como se faz na Diretiva (artigo 2.º, n.º 2), mas antes a de “*fornecedor de bens ou prestador de serviços*” (artigo 3.º, alínea *i*)), que define como a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta. Além da precisão da possibilidade atuação *direta* ou *indireta* (através de outro profissional), nota-se, porém, em confronto com a noção correspondente resultante da Lei de Defesa dos Consumidores (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, artigo 2.º, n.º 1), que não se menciona expressamente a exigência de que se trate de uma atividade *económica visando a obtenção de benefícios*. Pensamos, porém, que a noção deverá ser entendida restritivamente, nesse sentido.

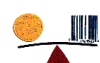
O DL 24/2014 define também “conteúdo digital”, como



sendo os “dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio” (artigo 3.º, alínea *d*), correspondente, com desenvolvimento, ao artigo 2.º, n.º 11), da Diretiva).

Quanto aos *contratos*, define-se “contrato celebrado a distância” como sendo o contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio a distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação a distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração (artigo 3.º, alínea *f*), correspondente ao artigo 2.º, n.º 7), da Diretiva). Exige-se, pois, que a celebração do contrato se integre num *sistema organizado* para o comércio a distância, pelo fornecedor ou por terceiro, não sendo esse o caso de vendas esporádicas, com iniciativa do consumidor, mesmo que sem presença física das partes e utilizando uma ou mais técnicas de comunicação a distância.

Quanto à “técnica de comunicação a distância” (artigo 3.º, alínea *m*)), trata-se de “qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes” – incluindo, portanto, quer a correspondência, em papel ou eletrónica, quer o telefone, a telecópia, a Internet, etc. “Operador de técnica de comunicação” (artigo 3.º, alínea *k*)), é qualquer pessoa singular



ou coletiva, pública ou privada, que tenha por atividade profissional disponibilizar a fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação a distância". E a lei define igualmente o que é um "suporte duradouro" (noção relevante designadamente para o cumprimento de deveres de informação), como sendo "qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read -Only Memory (CD -ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder -lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada" (artigo 3.º, alínea l)).

Já o "contrato celebrado fora do estabelecimento comercial" é aquele que "é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual". O legislador esclarece, porém, como faz a Diretiva (artigo 3.º, alínea g), correspondente ao artigo 2.º, n.º 8), da Diretiva), que se incluem os contratos:

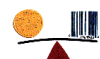
- celebrados *no estabelecimento comercial* do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação a distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços – incluindo, pois, casos de "angariação" pessoal e individual fora do estabelecimento com celebração



subsequente *no estabelecimento*, por se entender que as mesmas necessidades de proteção do consumidor estão aqui presentes;

- celebrados no *domicílio do consumidor* ou no *local de trabalho do consumidor* (casos que já resultariam do critério geral, pois são contratos que se celebram fora do estabelecimento comercial do profissional);
- celebrados em *reuniões* em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário – o que inclui os casos em que uma pessoa convidada, em nome próprio mas por sugestão do fornecedor, representante ou mandatário, um conjunto de amigos para a referida reunião no domicílio de uma delas;
- celebrados durante uma *deslocação organizada* pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respectivo estabelecimento comercial; ou
- celebrados no *local indicado pelo fornecedor* de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário.

A noção de “estabelecimento comercial” é definida como sendo “quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a



sua atividade de forma permanente, ou quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma habitual" (artigo 3.º, alínea h), correspondente ao artigo 2.º, n.º 9), da Diretiva).

"Contrato acessório" é aquele contrato ao abrigo do qual o consumidor adquire bens ou serviços no âmbito de um contrato a distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, quando os bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional – incluindo, portanto, serviços de transporte e montagem dos bens, serviços de assistência técnica, etc. (artigo 3.º, alínea e), correspondente ao artigo 2.º, n.º 15), da Diretiva).

A noção de "leilão" (prevista no artigo 3.º, alínea j), do DL 24/2014 na sua redação originária) foi alterada para a de "hasta pública", pela Lei n.º 47/2014 (artigo 4.º), sendo relevante para efeitos de cumprimento dos deveres de informação pré-contratual (artigo 4.º, n.º 6). Afigura-se, porém, que a noção introduzida pelo legislador nacional, mesmo com esta alteração (meramente terminológica) *não está em conformidade* com a exigência da Diretiva, na qual se pode ler que a noção de "hasta pública" implica que "que os profissionais e os consumidores compareçam ou tenham a possibilidade de comparecer pessoalmente no local. O profissional oferece bens ou serviços aos consumidores através de um procedimento de licitação legalmente autorizado em certos Estados-Membros, para vender bens ou serviços numa hasta pública. O adjudicatário é obrigado a comprar os bens ou serviços. A utilização, para efeitos de leilão, de plataformas em linha à disposição dos consumi-

res e dos profissionais não é considerada uma hasta pública na acepção da presente directiva” (considerando 24). Diferentemente, segundo a noção prevista no artigo 3.º, alínea j), do DL 24/2014, não se afigura necessário que o consumidor *compareça* ou *possa comparecer* pessoalmente no local, podendo incluir aparentemente plataformas *online*. Impõe-se, pois, uma interpretação restritiva da referida noção prevista no artigo 3.º, alínea j), em conformidade com a Diretiva – com o considerando 24 e com o artigo 2.º, n.º 13).

3. Deveres de informação pré-contratual, requisitos de forma e deveres na celebração

O capítulo II do DL 24/2014 trata dos contratos celebrados a distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, começando por prever um conjunto de *deveres de informação pré-contratual*, de *requisitos de forma* e *outros deveres* ou restrições no processo de celebração do contrato (artigos 4.º a 9.º).

Impõe-se aqui distinguir entre o regime dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e o regime dos contratos celebrados a distância. Trata-se de uma distinção que é imposta pela própria *diferença material da situação*: nalguns contratos a distância impõe-se, pela possibilidade de celebração do contrato sem a presença física de ambas as partes, ou pelas especificidades do meio de comunicação utilizado (telefone, Internet), um regime específico, com dispensa, por exemplo, da forma escrita, na aceção normal desta, e imposição de



deveres de confirmação adicionais. O regime dos deveres de informação pré-contratual é, porém, estabelecido em comum, para ambas as espécies de contrato (contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e o regime dos contratos celebrados a distância), sendo depois objeto de algumas precisões para os contratos celebrados a distância.

A lei prevê um extenso *elenco de informações* que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar ao consumidor, em tempo útil e de forma clara e compreensível, antes de este se vincular a um contrato celebrado a distância ou fora do estabelecimento comercial, aceitando-o ou enviando uma proposta correspondente (artigo 4.º, n.º 1, correspondente ao artigo 5.º da Diretiva). São devidas pelo fornecedor as seguintes informações:

- a. Identidade do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, incluindo o nome, a firma ou denominação social, o endereço físico onde se encontra estabelecido, o número de telefone e de telecópia e o endereço eletrónico, caso existam, de modo a permitir ao consumidor contactá-lo e comunicar com aquele de forma rápida e eficaz;
- b. Quando aplicável, o endereço físico e identidade do profissional que atue por conta ou em nome do fornecedor de bens ou prestador de serviços;
- c. Características essenciais do bem ou serviço, na medida adequada ao suporte utilizado e ao bem ou serviço objeto do contrato;
- d. Preço total do bem ou serviço, incluindo taxas e impostos, encargos suplementares de transporte, despesas

- postais ou de entrega ou quaisquer outros encargos que no caso caibam;
- e. O modo de cálculo do preço, incluindo tudo o que se refira a quaisquer encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando a natureza do bem ou serviço não permita o cálculo em momento anterior à celebração do contrato;
 - f. indicação de que podem ser devidos encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando tais encargos não possam ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato;
 - g. O preço total, que deve incluir os custos totais, por período de faturação, no caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura de periodicidade;
 - h. O preço total equivalente à totalidade dos encargos mensais ou de outra periodicidade, no caso de um contrato com uma tarifa fixa, devendo ser comunicado o modo de cálculo do preço quando for impossível o seu cálculo em momento anterior à celebração do contrato;
 - i. Modalidades de pagamento, de entrega, de execução, a data -limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço, e, se for o caso, o sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços;
 - j. Quando seja o caso, a existência do direito de livre resolução do contrato, o respetivo prazo e o procedi-



- mento para o exercício do direito (nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 24/2014, e com entrega do formulário de livre resolução constante da parte B do anexo a esse decreto-lei);
- k. Quando seja o caso, a indicação de que o consumidor suporta 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;
 - l. A obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exerça o direito de livre resolução depois de ter apresentado o pedido de execução imediata do contrato de prestação de serviços;
 - m. Quando não haja direito de livre resolução, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 24/2014, a indicação de que o consumidor não beneficia desse direito ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de livre resolução;
 - n. Custo de utilização da técnica de comunicação a distância, quando calculado em referência a uma tarifa que não seja a tarifa base;
 - o. A duração do contrato, quando não seja indefinida ou instantânea, ou, em caso de contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica ou de renovação automática, os requisitos da denúncia, incluindo, quando for o caso, o regime de contrapartidas estabelecidas para



- a cessação antecipada dos contratos sujeitos a períodos contratuais mínimos;
- p. A existência e o prazo da garantia de conformidade dos bens, quando seja aplicável o regime jurídico da venda de bens de consumo (previsto no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio);
 - q. A existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais quando for o caso;
 - r. A existência de códigos de conduta relevantes, quando os haja, e o modo de obter as respetivas cópias;
 - s. A duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, quando for o caso;
 - t. A existência de depósitos ou outras garantias financeiras e respetivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional, quando as houver;
 - u. Sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica;
 - v. Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso;
 - w. A possibilidade de acesso a um mecanismo extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja vinculado e o modo de acesso a esse mesmo mecanismo, quando for o caso.

A lei impõe, também que, nos sítios na Internet dedicados ao comércio eletrónico se inclua a indicação, de forma



clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, da eventual existência de *restrições geográficas* ou *outras* à entrega e aos meios de pagamento aceites (artigo 7.º).

Quanto à *forma da prestação* das informações, elas são, no caso dos contratos *celebrados fora do estabelecimento comercial*, fornecidas em *papel* ou, se o consumidor concordar, noutro *suporte duradouro* (artigo 4.º, n.º 5), podendo, no caso de *hastas públicas*, as informações relativas ao fornecedor ser substituídas pelos elementos equivalentes relativos ao leiloeiro (n.º 6).

As informações relativas ao *direito de livre resolução* podem ser prestadas mediante o *modelo de informação* sobre o direito de livre resolução constante da parte A do anexo ao Decreto –Lei n.º 24/2014, considerando-se que o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumpriu o dever de informação quanto a esses elementos, se tiver entregue essas instruções ao consumidor corretamente preenchidas (artigo 4.º, n.º 2).

Quanto aos *efeitos* das referidas informações, o artigo 4.º, n.º 3, esclarece que elas “*integram o contrato celebrado a distância ou fora do estabelecimento comercial, não podendo o respetivo conteúdo ser alterado, salvo acordo expresso das partes em contrário anterior à celebração do contrato*”. Assim, o consumidor poderá exigir uma prestação correspondente a essas informações, pois ela será *contratualmente devida*.

O ónus da prova do cumprimento dos deveres de informação incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços (artigo 4.º, n.º 7).

Em caso de *não cumprimento* do dever de informação quanto aos encargos suplementares ou outros custos para o consumidor (incluindo o preço, modo de cálculo, etc.), ou



quanto aos custos de devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução, a *consequência jurídica* consiste no facto de o consumidor ficar “desobrigado desses custos ou encargos” – o consenso contratual não se formou, devido à falta de informação, quanto a esses custos, mantendo-se, porém, o contrato na parte restante. Além destas sanções – e da responsabilidade contra-ordenacional a que pode haver lugar, nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 24/2014, bem como de outras consequências específicas do regime do direito de livre resolução –, a violação destes deveres de informação constitui um *ilícito pré-contratual*, que constitui o agente na correspondente obrigação de indemnizar, caso se prove que essa violação cause danos ao consumidor.

Quanto aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, a lei prevê *requisitos de forma* (artigo 9.º): deve ser celebrado por escrito e, sob pena de nulidade, deve conter, de forma clara e compreensível e na língua portuguesa, as informações elencadas no artigo 4.º A falta de forma escrita acarretará a nulidade nos termos gerais do artigo 220.º do Código Civil, e a lei elevou mesmo a prestação, por escrito, das referidas informações a *requisito de forma* do contrato, cuja falta causa também a sua nulidade. Além disso, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve *entregar ao consumidor uma cópia* do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor para a execução imediata do contrato de fornecimento de conteúdos digitais e o reconhecimento da correspondente perda do direito de livre



resolução (alínea l) do n.º 1 do artigo 17.º).

Quanto aos contratos celebrados a distância, pela própria natureza do meio de celebração destes contratos, a lei dispensa a forma escrita, que supõe a presença das partes, substituindo-a por outros requisitos.

Assim, quanto às informações pré-contratuais elencadas, elas devem prestadas de forma clara e compreensível, e *por meio adequado à técnica de comunicação* a distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial dos menores (artigo 5.º, n.º 1)

Importa distinguir, porém, consoante a técnica de comunicação a distância, devendo começar por notar-se que a lei remete, quanto à exigência de consentimento prévio expresso do consumidor para o envio de comunicações não solicitadas através da utilização de técnicas de comunicação a distância, para a Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (na redação dada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto), artigo 13.º-A.

No caso de *contratos celebrados a distância por via eletrónica* em que a encomenda pelo consumidor implique uma obrigação de pagamento, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve em qualquer caso dar ao consumidor, de forma clara e bem visível, e imediatamente antes de o consumidor concluir a encomenda, as informações pré-contratuais previstas nas alíneas c), d), e), f), g), h), p) e t) do n.º 1 do artigo 4.º: características essenciais do bem ou serviço; preço total do bem ou serviço, incluindo taxas e impostos, encargos suplementares de transporte, despesas ou quaisquer outros encargos; modo de cálculo do preço, incluindo tudo o que se refira a quaisquer

encargos suplementares e outros custos, quando a natureza do bem ou serviço não permita o cálculo em momento anterior à celebração do contrato; indicação de que podem ser devidos encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando tais encargos não possam ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato; preço total (que deve incluir os custos totais, por período de faturação, no caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura de periodicidade); preço total equivalente à totalidade dos encargos mensais ou de outra periodicidade, no caso de um contrato com uma tarifa fixa, incluindo o modo de cálculo do preço; duração do contrato, quando não seja indefinida ou instantânea, ou, em caso de contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica ou de renovação automática, os requisitos da denúncia; duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato.

Além disso, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve garantir que o consumidor, ao concluir a encomenda *confirma*, de forma expressa e consciente, que a encomenda implica a obrigação de pagamento (artigo 5.º, n.º 3), e, se a conclusão da encomenda implicar a ativação de um *botão* ou *função semelhante*, o botão ou a referida função deve ser identificada de forma facilmente legível, apenas com a expressão “encomenda com obrigação de pagar” ou uma formulação correspondente e inequívoca, que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional (n.º 4).

Como sanção para o não cumprimento destes deveres



de informação, e da exigência de confirmação do contrato em caso de conclusão deste por via eletrónica, dispõe-se que o consumidor não fica vinculado ao contrato (artigo 5.º, n.º 8). Em qualquer caso, também para os contratos a distância, o *não cumprimento* do dever de informação quanto aos encargos suplementares ou outros custos para o consumidor (incluindo o preço, modo de cálculo, etc.), ou quanto aos custos de devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução, tem como *consequência* o facto de o consumidor ficar “desobrigado desses custos ou encargos”, nos termos do artigo 4.º, n.º 4, e eventual responsabilidade pré-contratual do fornecedor ou prestador de serviços.

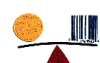
Se o contrato for celebrado através de um *meio de comunicação a distância com espaço ou tempo limitados* para divulgar a informação (artigo 5.º, n.º 5), e sem prejuízo do dever de comunicação das restantes informações de acordo com o meio de comunicação a distância utilizado, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar, nesse meio específico e antes da celebração do contrato, pelo menos as informações pré-contratuais exigidas pelas alíneas *a), c), d), e), f), g), h), j)* e *p)* do n.º 1 do artigo 4.º (as acima elencadas para a conclusão do contrato por via eletrónica, a que acresce a identidade do fornecedor ou prestador de serviço, mas não incluindo a alínea *t)* do n.º 1 do artigo 4.º, isto é, a duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato).

Em caso de *comunicação por via telefónica*, a *identidade* do fornecedor do bem ou prestador de serviços ou do profissional que atue em seu nome ou por sua conta e o *objetivo comercial* da chamada devem ser explicitamente comunicados no início de qualquer contacto com o consumidor (artigo 5.º, n.º 6). Quanto à

vinculação do consumidor em caso de celebração do contrato por telefone, esta só se verificará, nos termos do artigo 5.º, n.º 7, depois de aquele assinar a oferta ou enviar o seu *consentimento escrito* ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto (como veio esclarecer o legislador da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, alterando correspondentemente o artigo 5.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 24/2014) nos casos em que o primeiro contacto telefónico tenha sido efetuado pelo próprio consumidor.

Uma vez que o contrato celebrado a distância não carece de forma escrita, e que dispensa mesmo em algumas hipóteses a comunicação prévia de todas as informações previstas no artigo 4.º, n.º 1, o legislador previu um dever, a cargo do fornecedor dos bens ou do prestador de serviços, de “*confirmação da celebração do contrato celebrado a distância*” (artigo 6.º, n.º 1), no prazo de cinco dias a contar da celebração, e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço. Esta confirmação deve incluir a entrega ao consumidor das *informações pré-contratuais* exigidas no n.º 1 do artigo 4.º, em *suporte duradouro*, ficando dela dispensado o fornecedor de bens ou prestador de serviços que, antes da celebração do contrato, tenha fornecido ao consumidor em tal suporte essas informações (n.ºs 2 e 3). Daqui resulta, pois, que, em rigor, mais do que uma verdadeira declaração negocial *indispensável para a perfeição* do contrato, se está perante uma *confirmação do conteúdo* (e não verdadeiramente “da celebração”) do contrato celebrado a distância, destinada também a comunicar as informações que (nos termos do artigo 4.º, n.º 3) integram o conteúdo desse contrato.

Quanto à conclusão de contratos por via exclusivamente eletrónica (e salvo nos casos de comunicações eletrónicas



individuais, como correio eletrônico ou outro meio de comunicação individual equivalente), afigura-se, porém, indispensável tomar em conta também o preceituado no Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, artigos 29.º e 32.º. Segundo estes, recebida do consumidor uma ordem de encomenda por via exclusivamente eletrônica, o prestador de serviços deve acusar a receção igualmente por meios eletrônicos, apenas sendo dispensado o aviso de receção da encomenda nos casos em que há a imediata prestação em linha do produto ou serviço (artigo 29.º, n.ºs 1 e 2), mas a encomenda apenas se torna “definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida” (artigo 29.º, n.º 5), sem que o “mero aviso de receção da ordem de encomenda” tenha “significado para a determinação do momento da conclusão do contrato” (artigo 32.º, n.º 2). Dir-se-ia, pois, que o poder de decisão sobre a conclusão do contrato é deferido ao consumidor, mesmo depois do envio da encomenda, com a confirmação desta na sequência do aviso de receção, ao contrário do modelo que parece estar subjacente aos n.ºs 3, 4 e 8 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014. Afigura-se-nos, porém, que o modelo deste último diploma, além de mais adequado aos termos em que se processa hoje a contratação eletrônica com consumidores, não implica uma diminuição da sua proteção (tendo em conta o instituto do direito de livre resolução). E, tratando-se de um diploma posterior, cremos que deverá prevalecer, por isso, o disposto no artigo 5.º, n.ºs 3, 4 e 8 do Decreto-Lei n.º 24/2014, ficando o contrato perfeito com a conclusão da encomenda, desde que observados os requisitos deste diploma.

4. Direito de livre resolução

a) Prazo

Os artigos 10.º a 17.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 tratam daquele que já foi considerado como o instituto mais característico do direito do consumidor no domínio do regime jurídico dos contratos: o direito de livre resolução. Trata-se, como é sabido, da possibilidade, prevista na lei, de o consumidor se arrepender, num “período de arrefecimento” (*cooling-off period*), independentemente da invocação e prova de qualquer falta ou vício da vontade. Com efeito, o legislador verificou que a celebração de contratos entre profissionais e consumidores em certas circunstâncias é tipicamente acompanhada de certas formas de “influência indevida” sobre a decisão do consumidor, sendo tais circunstâncias particularmente propícias à precipitação. Impõe-se, por isso, reconhecer ao consumidor *ad nutum* – independentemente da prova de falta de informação, e, portanto, do mecanismo previsto no artigo 8.º, n.º 4, da Lei de Defesa dos Consumidores, ou de qualquer falta ou vício da vontade – um direito de “retratação” (como o designa a “Diretiva sobre os direitos dos consumidores”, artigos 9.º e segs.), que o legislador qualificou como “direito de livre resolução” do contrato. Tal direito, que pode ser exercido no prazo de 14 dias, está previsto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, e ficou também consagrado, depois da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, no artigo 9.º, n.º 7, da Lei de Defesa dos Consumidores⁶.

⁶ O legislador do Decreto-Lei n.º 24/2014 preocupou-se, porém, em esclarecer que o disposto sobre o direito de livre resolução não dispensa o cumprimento



As regras sobre o prazo para o exercício do direito de livre resolução – designadamente quanto ao *dies a quo* do prazo de 14 dias – estão previstas no artigo 10.º, n.ºs 1 a 3, sendo, porém, as partes livres de fixarem prazos mais alargados para o exercício desse direito.

Assim, o consumidor pode resolver o contrato, sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias *a contar*:

- a. No caso dos contratos de prestação de serviços, logo do dia *da celebração* do contrato (compreendendo-se que o prazo não se começa a contar a partir da prestação, pois esta não pode ser devolvida);
- b. No caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, igualmente do dia *da celebração* do contrato, o que se compreende igualmente pela impossibilidade ou dificuldade de devolução;
- c. No caso dos contratos de compra e venda, do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a *posse física dos bens* – isto é, a posse com entrega física desses bens, podendo o consumidor ou o terceiro indicado por ele ter contacto físico com eles;
- d. No caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separada-

das regras legais relativas ao dever de ligação à rede pública de abastecimento de água e à utilização de captações de água para consumo humano, nos termos da legislação aplicável (Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, e Decreto-Lei n.º 226 -A/2007, de 31 de maio).



- mente, do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a *posse física do último bem entregue*;
- e. No caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos, do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a *posse física do último lote ou elemento*,
- f. No caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período, do dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do *primeiro bem* – devendo distinguir-se, pois, entre contratos de entrega periódica de bens e contratos de entrega de um único bem consistente em diversos lotes ou elementos.

Nos termos do artigo 10.º, n.º 2, se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não cumprir o dever de informação pré-contratual sobre o direito de livre resolução, o prazo alarga-se para 12 meses a contar da data do termo do prazo inicial que o consumidor teria em caso de cumprimento – isto é, alarga-se para 12 meses e 14 dias. Continua, porém, a existir um prazo, embora muito mais longo, não podendo o referido direito vir a ser exercido, por exemplo, vários anos depois do momento relevante para o seu início (a celebração do contrato ou a entrega dos bens). Caso, decurso deste prazo alargado, o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumpra o dever de informação pré-contratual, o consumidor disporá em qualquer caso de 14 dias para resolver o contrato a partir da data de receção dessa informação.



b) Exercício e efeitos

O consumidor pode exercer o seu direito de livre resolução através do envio do modelo de "Livre resolução" constante da parte B do anexo ao Decreto-Lei n.º 24/2014, ou por *qualquer outra "declaração inequívoca"* de resolução do contrato, entendendo-se por esta a declaração "em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato designadamente por carta, por contacto telefónico, pela devolução do bem ou por outro meio suscetível de prova, nos termos gerais" (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2). É, porém, ao consumidor que incumbe o ónus da prova do exercício do direito de resolução, nos termos e prazos legais (artigo 11.º, n.º 5), pelo que poderá facilitar essa prova o envio do modelo de livre resolução, anexo ao decreto-lei, por exemplo por carta registada com aviso de receção, ou por via eletrónica com prova de envio.

Em exceção ao critério geral sobre o *momento de eficácia* das declarações negociais, prevê-se também que o direito de resolução se considera exercido pelo consumidor dentro do prazo "quando a declaração de resolução é enviada antes do termo dos prazos" previstos na lei (artigo 11.º, n.º 3). Se no sítio na Internet do fornecedor de bens ou prestador de serviços for possibilitada a livre resolução por via eletrónica e o consumidor utilizar essa via, o fornecedor de bens ou prestador de serviços, deve acusar, no prazo de 24 horas, ao consumidor a receção da declaração de resolução em suporte duradouro (artigo 11.º, n.º 4).

A lei considera *nulas* as cláusulas contratuais que imponham ao consumidor uma penalização pelo exercício do direito de livre resolução ("multa penitencial"), ou que estabeleçam

a renúncia ao mesmo. No entanto, o consumidor pode, através de vários comportamentos posteriores ao contrato, tornar inviável o exercício, que mais tarde pretende, do direito de livre resolução, por exemplo, usando o bem extensivamente, vendendo-o a terceiro ou praticando outros atos de apropriação que impossibilitem a sua restituição. Com efeito, prevê-se que o consumidor deve “conservar os bens de modo a poder restituí-los nas devidas condições de utilização”, no prazo previsto para a sua restituição ao fornecedor ou à pessoa para tal designada no contrato, incorrendo se o não fizer em responsabilidade. Apesar de parecer que o não cumprimento deste dever apenas tem como consequência a responsabilidade do consumidor, e não a exclusão do direito de resolução, pensamos que uma utilização intensa no prazo de resolução, que implique a deterioração ou destruição dos bens, ou a prática de outros atos de apropriação irreversíveis como a venda a terceiro, devem levar à exclusão do próprio direito de livre resolução.

Em qualquer caso, o legislador esclareceu que o direito de livre resolução não é prejudicado pela *inspeção pelo consumidor*, realizada com o devido cuidado, sobre a natureza, características e funcionamento do bem, embora aquele possa ser responsabilizado pela depreciação do bem, se a manipulação efetuada para tal inspeção em si “exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial” (artigo 14.º, n.ºs 1 e 2). A “manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial” define, pois, os limites da licitude da inspeção consentida ao consumidor, cuja ultrapassagem o fará incorrer numa obrigação de indemnizar a depreciação do bem. No entanto, em caso algum, o consumidor



será responsabilizado pela depreciação do bem quando o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução (artigo 14.º, n.º 3).

O exercício do direito de livre resolução tem como consequência *extinguir as obrigações* de execução do contrato e *toda a eficácia* da proposta contratual, quando o consumidor tenha feito tal proposta. O legislador não remeteu, porém, para o regime geral da resolução, antes tendo definido com previsão as obrigações do fornecedor e do consumidor decorrentes da livre resolução do contrato.

Assim, para o *fornecedor de bens ou prestador de serviços*, a principal obrigação decorrente da livre resolução é a obrigação de, no prazo de 14 dias a contar da data em que for informado da decisão de resolução do contrato, “reembolsar o consumidor de todos os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega do bem” (salvo quando for o consumidor que o deve suportar). Tal reembolso deve ser feito através do mesmo meio de pagamento que tiver sido utilizado pelo consumidor na transação inicial, salvo acordo expresso em contrário e desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso (artigo 12.º, n.ºs 1 e 2). O fornecedor do bem não é, porém, obrigado a *reembolsar* custos adicionais de entrega quando o consumidor tenha solicitado expressamente uma modalidade de entrega diferente, e mais onerosa, que a modalidade comumente aceite e menos onerosa que é proposta pelo fornecedor do bem.

Em caso de bens entregues no domicílio do consumidor no momento da celebração de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, que não possam, pela sua natureza



ou dimensão, ser devolvidos por correio, incumbe também ao fornecedor recolhê-los e suportar o respetivo custo (artigo 12.º, n.º 5).

Quando não incumbir ao fornecedor recolher os bens, ou ele não se ofereça para recolher ele próprio os bens, o fornecedor pode *reter o reembolso*, enquanto os bens não forem recebidos ou enquanto o consumidor não apresentar prova da sua devolução – em aplicação da ideia de que as obrigações de restituição são sinalagmáticas, devem ser cumpridas reciprocamente e estão sujeitas à exceção de não cumprimento (v. o artigo 290.º do Código Civil).

Para o caso de não cumprimento da obrigação de reembolso dentro do prazo de 14 dias a contar da informação sobre a resolução, prevê-se uma *sanção compulsória*: o fornecedor de bens ou prestador de serviços fica obrigado a, no prazo de 15 dias úteis, a *devolver em dobro* os montantes pagos pelo consumidor, sem prejuízo do direito do consumidor a *indemnização*, por danos patrimoniais e não patrimoniais (artigo 12.º, n.º 6), desde que, evidentemente, estes danos sejam provados (e que, no caso da compensação – e não verdadeiramente “indemnização”, como se lê na lei – dos danos não patrimoniais, estes sejam graves e mereçam a tutela do direito, conforme se dispõe no artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil).

Quanto às obrigações do consumidor decorrentes da livre resolução do contrato, a principal delas consiste, caso o fornecedor de bens não se ofereça para recolher ele próprio o bem, na obrigação de no prazo de 14 dias, a contar da data em que tiver comunicado a sua decisão de resolução, devolver ou entregar o bem ao fornecedor de bens ou a uma pessoa autorizada para o efeito.



Deve notar-se também que – uma vez que a resolução é uma opção sua – é ao consumidor que incumbe suportar o custo da devolução, salvo se o fornecedor acordar em suportar esse custo ou se o consumidor não tiver sido previamente informado pelo fornecedor do bem de que terá o dever de pagar os custos de devolução (artigo 13.º, n.º 2).

E, como vimos, o consumidor tem também a obrigação de conservar os bens de modo a poder restituí-los nas devidas condições de utilização, no prazo previsto na lei, ao fornecedor ou à pessoa para tal designada no contrato. Deve, pois, entender-se que o *risco* do perecimento ou deterioração dos bens, no decurso do prazo de resolução, corre por conta do consumidor, fazendo, pelo menos, o consumidor incorrer em responsabilidade. Em qualquer caso, trata-se, porém, de um regime mais favorável para o *accipiens* do que o regime geral da resolução (artigo 432.º, n.º 2, do Código Civil), que exclui esta sempre que aquele não esteja em condições de restituir o que houver recebido, e desde que não seja por razões imputáveis ao outro contraente.

O exercício do direito de livre resolução implica também a resolução automática dos contratos acessórios ao contrato celebrado a distância ou do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial sem direito a indemnização ou pagamento de quaisquer encargos (excetuados os previstos para as obrigações do fornecedor ou do consumidor, nos termos gerais). Ficam, porém, 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 transpôs 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.

Uma vez que a devolução dos serviços prestados é impossível, o legislador previu que a prestação dos serviços nesse período depende de pedido expresso do consumidor, em suporte duradouro. Caso o consumidor exerça o direito de livre resolução após ter apresentado esse pedido previsto, deverá pagar “ao prestador do serviço um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato” (artigo 15.º, n.º 2), sendo tal montante calculado com base no preço contratual total, ou, se esse preço “for excessivo”, com base “no valor de mercado do que foi prestado” (n.ºs 3 e 4). O legislador limita, pois, a tomada em consideração das condições de um contrato que foi resolvido, para fim de pagamento parcial da prestação, pela adequação do preço nele estabelecido ao “valor de mercado” – caso o preço seja excessivo, é aquele que valerá.

Porém, o consumidor não suportará quaisquer custos relativos à execução dos serviços durante o prazo de livre resolução, se o prestador do serviço não tiver cumprido o dever de informação pré-contratual sobre o preço e encargos do consumidor ou sobre o direito de livre resolução, ou se o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de livre resolução (artigo 15.º, n.º 5, alínea a)). E também não suportará quaisquer custos relativos ao fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se o consumidor não tiver



dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias para o exercício do direito de livre resolução, se não tiver reconhecido que perde o seu direito de livre resolução ao dar o seu consentimento, ou se o fornecedor de bens não tiver fornecido a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor.

Deve também notar-se que o legislador manda aplicar o disposto sobre a prestação de serviços durante o período de livre resolução mesmo aos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade que não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano.

b) Exceções

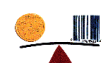
O direito de livre resolução, visando proteger o consumidor, não deixa, porém, de assentar num delicado equilíbrio entre a posição daquele e a do fornecedor ou prestador, uma vez que não depende da indicação de qualquer motivo, da existência de uma falta ou vício da vontade, ou de qualquer prática censurável por parte do fornecedor, e o seu exercício, se não conhecesse limites ou exclusões em certos casos, poderia acarretar frequentemente prejuízos relevantes para o fornecedor de bens ou prestador de serviços. Por isso, o legislador, na sequência do que se prevê na Diretiva sobre os direitos dos consumidores, previu no artigo 17.º um conjunto amplo de exceções ao direito de livre resolução.

Assim, e salvo acordo das partes em contrário, o consumidor não pode resolver livremente *contratos de prestação*

de serviços, quando os serviços tenham sido *integralmente prestados* após o prévio *consentimento expresso* do consumidor, e este reconheça que perde o direito de livre resolução se o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional nesse caso. A principal razão para esta exclusão reside na impossibilidade de devolução dos serviços, conjugada com o consentimento na prestação e reconhecimento expresso de perda do direito de livre resolução por parte do consumidor – artigo 17.º, n.º 1, alínea a).

De igual modo, não pode ser livremente resolvido o contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor de bens ou prestador de serviços não possa controlar, e que possam ocorrer durante o prazo de livre resolução, pois tal direito de livre resolução permitiria ao consumidor, durante o referido prazo de 14 dias, especular com a possibilidade de exercício desse direito, em prejuízo do fornecedor, consoante a variação das taxas – artigo 17.º, n.º 1, alínea b).

Do mesmo modo, contratos de fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados (exemplo, de um fato ou outra peça de vestuário, ou de um móvel ou cortinados feitos à medida), ou de bens que, por natureza, não possam ser reenviados ou sejam suscetíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo (leite, ovos, etc.), não são abrangidos pelo direito de livre resolução – artigo 17.º, n.º 1, alíneas c) e d) –, o mesmo acontecendo com contratos de fornecimento de bens selados não suscetíveis de devolução, por motivos de proteção da saúde ou de higiene, quando abertos após a en-



trega (como pensos, roupa interior, produtos de higiene ou cosméticos), e com contratos de fornecimento de bens que, após a sua entrega e por natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos, como será o caso de um tipo especial de adubo ou fertilizante – artigo 17.º, n.º 1, alíneas e) e f).

Do mesmo modo, não podem ser resolvidos contratos de fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional (v. o exemplo do *vin en primeur*, vinho comprado logo depois da vindima, cujo preço depende de variações que permitiriam especulações, referido no considerando 49 da Diretiva sobre os direitos dos consumidores) – artigo 17.º, n.º 1, alínea g).

É também o caso de contratos de fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega, pois o exercício do direito de resolução depois deste momento poderia ser abusivo, após se ter permitido o gozo e até a cópia dos referidos bens – artigo 17.º, n.º 1, alínea h).

Também não existe direito de livre resolução dos contratos de fornecimento de um jornal, periódico ou revista (bens que perdem utilidade em regra logo com a leitura, e no próprio dia), com exceção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações (artigo 17.º, n.º 1, alínea i)), de contratos celebrados em hasta pública (artigo 17.º, n.º 1, alínea j)), de contratos de fornecimento de alojamento, para fins não residen-

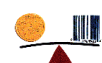


ciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com atividades de lazer se o contrato prever uma data ou período de execução específicos (artigo 17.º, n.º 1, alínea k)), ou de contratos de prestação de serviços de reparação ou de manutenção a executar no domicílio do consumidor, a pedido deste (artigo 17.º, n.º 1, alínea m)), salvo relativamente a serviços prestados além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou a fornecimento de bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efetuar a manutenção ou reparação.

Também os contratos de fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material não podem ser objeto de resolução, se a sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor, e se o consumidor reconhecer que o seu consentimento implica a perda do direito de livre resolução (artigo 17.º, n.º 1, alínea l)).

5. Execução do contrato celebrado a distância

Quanto ao cumprimento ou execução do contrato celebrado a distância, importa notar que a Lei n.º 47/2014 veio revogar o disposto, sobre pagamento cartão de crédito ou de débito, no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 24/2014. Trata-se de regras que, aliás, não correspondiam a exigências da Diretiva, e das quais resultava a possibilidade de pagamento através da utilização de qualquer meio de pagamento idóneo, incluindo cartão de crédito ou de débito, e o direito do consumidor de,



em caso de utilização fraudulenta de um cartão de crédito ou de débito por outrem, o consumidor solicitar a anulação do pagamento efetuado e a conseqüente restituição dos montantes debitados para pagamento, que incumbiria à entidade bancária ou financeira emissora do aludido cartão, através de crédito em conta ou, caso não seja possível, por qualquer outro meio adequado, no prazo máximo de 60 dias a contar da data em que este formulou fundamentadamente o pedido. Tais regras eram, aliás, imperativas.

Mantém-se, porém, no artigo 19.º, n.º 1, a obrigação de, salvo acordo em contrário entre as partes, o fornecedor de bens ou prestador de serviços em contrato celebrado a distância dar cumprimento à encomenda no *prazo máximo de 30 dias*, a contar do dia seguinte à celebração do contrato (v. agora também o artigo 9.º-B, n.º 2, da Lei de Defesa dos Consumidores, na redação dada pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho).

Além disso, em caso de não cumprimento do contrato devido a *indisponibilidade do bem ou serviço* encomendado, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve informar o consumidor desse facto e reembolsá-lo dos montantes pagos, no prazo máximo de 30 dias a contar da data do conhecimento daquela indisponibilidade (artigo 19.º, n.º 2). Prevê-se (artigo 19.º, n.º 3) uma sanção compulsória para o decurso desse prazo esse sem que o consumidor tenha sido reembolsado dos montantes pagos: o fornecedor fica obrigado a devolver em dobro, no prazo de 15 dias úteis, os montantes pagos pelo consumidor, sem prejuízo do seu “direito à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais que possa ter lugar” – de novo desde que evidentemente, estes danos sejam provados (e que,



no caso da compensação – e não verdadeiramente “indenização”, como se lê na lei – dos danos não patrimoniais, estes sejam graves e mereçam a tutela do direito, conforme se dispõe no artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil).

O fornecedor pode, contudo, fornecer um bem ou prestar um serviço ao consumidor de qualidade e preço equivalentes, desde que essa possibilidade tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato (obrigação com facultade alternativa) e o consumidor o tenha consentido expressamente, e que o fornecedor informe por escrito o consumidor da responsabilidade pelas despesas de devolução previstas no número seguinte. Nesta situação prevista no número anterior, caso o consumidor venha a optar pelo exercício do direito de livre resolução, as despesas de devolução ficam a cargo do fornecedor (artigo 19.º, n.ºs 4 e 5).

6. Outros deveres

O Decreto-Lei n.º 24/2014 veio também prever deveres para as empresas que disponham de serviços de distribuição comercial ao domicílio. Estas devem elaborar e manter atualizada uma relação dos colaboradores que, em seu nome, apresentam as propostas, preparam ou concluem os contratos no domicílio do consumidor, devendo a relação dos colaboradores e os contratos referidos ser facultados, sempre que solicitados, a qualquer entidade oficial no exercício das suas competências, designadamente à Direção –Geral das Atividades Económicas, à Autoridade da Concorrência e à Autoridade de Segurança



Alimentar e Económica (ASAE) – artigo 20.º, n.ºs 1 e 2. E tais empresas devem igualmente habilitar os seus colaboradores com os documentos adequados à sua completa identificação, os quais devem ser sempre exibidos perante o consumidor (n.º 3).

Quanto aos catálogos e outros suportes (artigo 21.º), prevê-se que, se o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial for acompanhado ou precedido da divulgação de catálogos, revistas ou qualquer outro meio gráfico ou audiovisual, estes devem conter um conjunto de elementos:

- a. Elementos identificativos da empresa fornecedora;
- b. Indicação das características essenciais do bem ou serviço objeto do contrato;
- c. Preço total, forma e condições de pagamento;
- d. Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou da prestação do serviço;
- e. Regime de garantia e de assistência pós -venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efetuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;
- f. Se aplicável, informação sobre a existência do direito de livre resolução com indicação do prazo e modo do seu exercício.

Esta exigência não se aplica às mensagens publicitárias genéricas que não envolvam uma proposta concreta para aquisição de um bem ou a prestação de um serviço.

Deve, ainda, notar-se que, sem prejuízo do disposto no regime das cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), são absolutamente proibidas as cláusulas que, direta ou indiretamente, excluam



ou limitem os direitos dos consumidores previstos no Decreto Lei n.º 24/2014, o qual é, por isso, globalmente imperativo, em proteção do consumidor. Tais cláusulas, que estabeleçam a renúncia dos consumidores aos direitos previstos nesse diploma, assim como as que prevejam indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso de o consumidor exercer aqueles direitos, têm-se por não escritas⁷.

⁷ A infração às disposições do novo regime dos contratos a distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento é sancionada com contra-ordenação (artigo 31.º). Compete à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, ASAE, a fiscalização do disposto no novo regime dos contratos a distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento, incluindo a instrução dos respetivos processos de contraordenação, competindo a decisão de aplicação de coimas e sanções acessórias ao inspetor-geral da ASAE.



A DIRECTIVA 2011/83/UE, DO PARLAMENTO
EUROPEU E DO CONSELHO, DE 25 DE OUTUBRO
DE 2011, RELATIVA AOS DIREITOS DOS
CONSUMIDORES: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Sandra Passinhas¹

Considerações preliminares

A Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores² surgiu como um instrumento legislativo ambicioso, que visava a revisão de quatro directivas em vigor à altura, todas elas estabelecendo

¹ A autora é Doutorada em Direito pelo Instituto Universitário Europeu; Assistente Convidada da Faculdade de Direito de Coimbra e Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. O texto que agora se apresenta corresponde, com alguns aditamentos, à conferência proferida no âmbito do colóquio sobre o novo regime da contratação à distância, organizado pelo Centro de Direito do Consumo e pelo Grupo de Investigação "Contrato e Desenvolvimento Social", do Instituto Jurídico da FDUC.

² Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, de 8 de Outubro de 2008 (COM/2008/0614 final).



direitos contratuais dos consumidores³: da Directiva 85/577/CEE relativa à defesa dos consumidores no caso de *contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais*, da Directiva 93/13/CEE relativa às *cláusulas abusivas* nos contratos celebrados com os consumidores, da Directiva 97/7/CE relativa à defesa dos consumidores em matéria de *contratos à distância* e da Directiva 1999/44/CE relativa a certos aspectos da *venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas*. O objectivo da fusão das quatro directivas num único instrumento horizontal - que regulasse de forma sistemática os aspectos comuns a todas elas - era simplificar e actualizar as normas então vigentes, eliminando incoerências e colmatando lacunas.

Apesar de incidir sobre aspectos contratuais, *maxime*, a protecção do consumidor no âmbito de uma relação contratual, a Proposta foi desde cedo acusada de não aproveitar o debate em curso sobre o Direito Europeu dos Contratos, que havia sido lançado pela própria Comissão, desde logo na Comunicação sobre o Direito Europeu dos Contratos de 2001⁴,

³ HANS-W. MICKLITZ e NORBERT REICH, "'Crónica de una muerte anunciada': The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights", *CMLRev* 46 (2009), pp. 471-519, falam numa "*relationship of non-relations*". Mostrando desapontamento, KÅRE LILLEHOLT, "Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights", *ERPL* 3 (2009), p. 337.

⁴ Comunicação sobre o Direito Europeu dos Contratos, de 11 de Julho de 2001 (COM (2001) 398 final, com alterações posteriores. Sobre o Direito Europeu dos Contratos, ver LUCINDA MILLER, *The Emergence of EU Contract Law – Exploring Europeanization*, OUP, 2012, pp. 32 e ss, JOÃO PINTO MONTEIRO, *Entre a unidade e a diversidade no direito contratual europeu: da viabilidade e oportunidade no movimento de convergência jurídica: uma breve análise económica e competencial*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da universidade de Coimbra, polic., Coimbra, 2008, e TERESA SILVA PEREIRA, "Proposta de reflexão sobre um Código Civil Europeu", *ROA* 64 (2004), disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=45841&ida=47182.

onde esta se propôs indagar se o correcto funcionamento do mercado interno poderia ser afectado por problemas relativos à celebração, interpretação e aplicação de contratos transfronteiriços, em particular, se da existência de disposições nacionais disitntas poderia resultar a diminuição ou o aumento dos custos das transacções transfronteiriças. Na altura em que foi lançada a Proposta, já haviam sido também publicados os resultados do Acquis Group, *Principles of Existing EC Contract Law*⁵, e do Study Group on a European Civil Code, o *Draft Common Frame of Reference*⁶, cujas conclusões também não foram tomadas em consideração para a elaboração da directiva. Esta crítica é perfeitamente ajustada se dirigida, por exemplo, ao conceito de consumidor adoptado. A Proposta partiu do conceito tradicional de consumidor, ou seja, qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela directiva em questão, “*actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade*

⁵ O. LANDO e H. BEALE (eds), *Principles of European Contract Law, Part I*, Nijhoff, 1995; O. LANDO e H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM e R. ZIMMERMANN (eds), *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer, 2003. Ver ainda NILS JANSEN e REINHARD ZIMMERMANN, “Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the ‘Principles of the Existing Contract Law’”, *MLR* 71 (2008), pp. 505 e ss.

⁶ REINER SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, 2008; CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE e HANS SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, Sellier, 2009; GERAINT HOWELLS e REINER SCHULZE, “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, em GERAINT HOWELLS e REINER SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, 2009, pp. 3 e ss; HANS SCHULTE-NÖLKE, “Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR”, em GERAINT HOWELLS e REINER SCHULZE, *idem*, pp. 30 e ss; HANS-W. MICKLITZ e FABRIZIO CAFAGGI (eds.), *European Private Law after The Common Frame of Reference*, Elgar, 2010; e ainda HORST EIDENMÜLLER, FLORIAN FAUST, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, NILS JANSEN, GERHARD WAGNER e REINHARD ZIMMERMANN, “The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems”, *Oxford J. Legal Studies* 28 (2008), pp. 659-708.



comercial"⁷, limitação esta que já havia sido posta em causa, quer no *Acquis*, quer nas definições do DCFR⁸.

De certo modo imune às críticas que lhe foram feitas, a Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores⁹, acabou por ser aprovada, ainda que com uma extensão e um grau de inovação mais modestos do que aqueles inicialmente

⁷ Cfr. artigo 2.º, n.º 1. É certo que a Directiva, no Considerando 13, admite expressamente que os Estados-Membros têm competência para estender a aplicação das suas disposições a domínios não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, quer quanto ao seu âmbito de aplicação *objectivo* - os Estados-Membros poderão manter ou introduzir legislação nacional correspondente às disposições da presente directiva, ou a algumas das suas disposições, em relação a contratos que não se enquadram no âmbito da directiva - quer, no que agora analisamos, quanto ao seu âmbito de aplicação *subjectivo* - os Estados-Membros poderão decidir alargar a aplicação das regras da directiva a pessoas singulares ou colectivas que não sejam consumidores na acepção da directiva, como, por exemplo, as organizações não-governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas. Mas a verdade é que o legislador português não usou desta faculdade, qualificando no artigo 3.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, como consumidor apenas "a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional", seguindo o conceito estrito de consumidor adotado pela directiva.

⁸ Quanto ao *Acquis*, veja-se, por exemplo, o ponto 1:201. No DCFR, pode ler-se: "A 'consumer' means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession" (I.-1:106(1)). Em Portugal, o Anteprojecto do Código do Consumidor, de 2006, estabelecia no seu artigo 10.º: "1. Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional". Mas o artigo 11.º estendia o regime nos seguintes termos: "1. As pessoas colectivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade. 2. O disposto no número anterior aplica-se também às pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional".

⁹ JO L 304, de 22 de novembro de 2011, pp. 64-88.



pretendidos, revogando apenas as anteriores Directivas 85/577/CEE e 97/7/CE, agregando agora num único diploma os aspectos relativos ao dever de informação e ao direito de livre retratação nos contratos à distância e celebrados fora do estabelecimento comercial, e apenas introduzindo alterações às Directivas 93/13/CEE e 1999/44/CE, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e sobre a venda de bens de consumo, respectivamente.

O núcleo central da Directiva 2011/83/UE consiste, pois, no Capítulo III, que abrange nos seus artigos 6.º a 16.º, regras sobre informação ao consumidor e o direito de retractação para contratos à distância e para contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, que foi transposto pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro. Mas a Directiva não se esgota na mera regulação destes contratos. O Capítulo II, composto apenas pelo artigo 5.º, estabelece uma série de requisitos de informação aplicáveis a contratos diferentes dos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial¹⁰,

¹⁰ Antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato, o profissional fornece ao consumidor, de forma clara e compreensível, a informação descrita nas alíneas a) a h) do artigo 5.º e nos termos aí prescritos. Estes deveres de informação são também imperativos nos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, e ao aquecimento urbano ou aos conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material. Ao fornecer essa informação, o profissional deverá ter em conta as necessidades específicas dos consumidores que sejam particularmente vulneráveis, devido a uma enfermidade mental, física ou psicológica, idade ou credulidade, de uma forma que se poderá razoavelmente esperar que seja prevista pelo profissional. No entanto, o facto de se ter em conta essas necessidades específicas não deverá dar origem a níveis diferentes de protecção do consumidor (cfr. o Considerando 34).

Os Estados-Membros não estavam obrigados a aplicar o n.º 1 a contratos que envolvam transacções quotidianas e que sejam executados imediatamente no momento em que são celebrados, mas o artigo 8.º da Lei 24/96, de 31 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho, não os ressalvou expressamente.



e o capítulo IV sobre outros direitos dos consumidores veio estabelecer, nos seus artigos 18.^{o11} e 20.^{o12}, regras sobre a entrega e a transferência de risco no contrato de compra e venda. Nos termos do artigo 17.^o, estas normas não se aplicam aos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano e de conteúdos digitais que não sejam

¹¹ Dispõe esta norma que: "1. Salvo acordo em contrário das partes sobre o momento da entrega, o profissional deve entregar os bens mediante transferência da sua posse física ou controlo ao consumidor, sem demora injustificada, e no prazo máximo de 30 dias a contar da celebração do contrato. 2. Sempre que o profissional não tiver cumprido a sua obrigação de entrega dos bens na data acordada com o consumidor ou dentro do prazo-limite fixado no n.º 1, o consumidor solicita-lhe que efectue a entrega num prazo adicional adequado às circunstâncias. Se o profissional não proceder à entrega dos bens dentro desse prazo adicional, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato. O primeiro parágrafo não é aplicável aos contratos de compra e venda em que o profissional tenha recusado entregar os bens, ou em que a entrega dentro do prazo de entrega acordado seja essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, ou em que o consumidor tenha informado o profissional, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data é essencial. Nesses casos, se o profissional não entregar os bens na data acordada com o consumidor ou dentro do prazo-limite fixado no n.º 1, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato imediatamente. 3. Após a rescisão do contrato, o profissional deve, sem demora injustificada, restituir todos os montantes pagos no âmbito do contrato. 4. Para além da rescisão do contrato nos termos do n.º 2, o consumidor pode recorrer a outras soluções previstas na legislação nacional". Cfr. o artigo 9.^o-B, aditado à Lei 24/96, de 31 de Julho, pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

¹² Nos contratos em que o profissional expede os bens ao consumidor, o risco de perda ou dano dos bens é transferido para o consumidor sempre que este ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, tenha adquirido a posse física dos bens. Todavia, após a entrega ao transportador, o risco é transferido para o consumidor, se o transportador tiver sido encarregado pelo consumidor de transportar os bens e se essa opção não tiver sido proposta pelo profissional, sem prejuízo dos direitos do consumidor em relação ao transportador. Cfr., no nosso direito, o artigo 9.^o-C, da Lei 24/96, de 31 de Julho, aditado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.



fornecidos num suporte material. Os artigos 19.^{o13}, 21.^{o14} e 22.^{o15}, relativos às taxas pela utilização de meios de pagamento, à comunicação por telefone e a pagamentos adicionais, aplicam-se aos contratos de compra e venda e prestação de serviços e aos contratos de fornecimento de água, gás, electricidade, aquecimento urbano ou conteúdos digitais. Os capítulos II e IV foram transpostos pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho, através da alteração da Lei de Defesa dos Consumidores¹⁶.

A análise que nos propomos levar a cabo vai incidir sobre o que considerámos ser o núcleo da Directiva 2011/83/UE, isto é, as alterações introduzidas no regime dos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial. Começaremos

¹³ Os Estados-Membros devem proibir os profissionais de cobrar aos consumidores, em relação à utilização de certos meios de pagamento, taxas que ultrapassem o custo por si suportado para a utilização de tais meios de pagamento.

¹⁴ Onde se lê: “Os Estados-Membros garantem que, no caso de o profissional utilizar uma linha telefónica para ser contactado em relação ao contrato celebrado, o consumidor, ao contactar o profissional, não fique vinculado a pagar mais do que a tarifa de base. O primeiro parágrafo aplica-se sem prejuízo do direito dos fornecedores de serviços de telecomunicações facturarem essas chamadas”. Vide o artigo 9.º-D, da Lei 24/96, de 31 de Julho, aditado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

¹⁵ Nos termos desta disposição, antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o profissional deve obter o seu consentimento expresso para qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal do profissional. Se o profissional não tiver obtido o consentimento expresso do consumidor mas o tiver deduzido a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor deva recusar para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito ao reembolso do referido pagamento. Vide o artigo 9.º-A, da Lei 24/96, de 31 de Julho, aditado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

¹⁶ Note-se que a Lei 47/2014 revogou o artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, relativamente ao pagamento por cartão de crédito ou de débito. De facto, a disciplina aí estabelecida era dificilmente compatível com o artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, sobre a responsabilidade do ordenante por operações de pagamento não autorizadas.



por uma referência à natureza maximalista da harmonização europeia para depois nos debruçarmos sobre as concretas soluções propostas pela Directiva. Neste âmbito, destacaremos três núcleos problemáticos: a qualificação do contrato como contrato à distância ou celebrado fora do estabelecimento comercial, as consequências do não cumprimento pelo empresário do dever de informação e, por último, os efeitos da resolução do contrato, em especial, quanto ao cumprimento das obrigações no período de livre resolução, quanto à responsabilidade do consumidor pela deterioração da coisa e quanto aos efeitos da resolução nos contratos acessórios.

1. A harmonização total: o direito do consumidor do patamar ao tecto de protecção.

A Directiva 2011/83/UE afasta-se do princípio de harmonização mínima¹⁷ - que permite aos Estados-Membros manterem ou adoptarem regras nacionais mais estritas do que as consagradas na directiva - seguido nas quatro directivas que se propunha revogar, implementando uma política de *harmonização total*, segundo a qual os Estados-Membros não podem

¹⁷ Para uma análise económica do princípio da harmonização, FERNANDO GOMEZ e JUAN JOSE GANUZA, "An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?", *ERCL* (2011), pp. 275 e ss; JAN SMITS, "Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights", *ERPL* 1 (2010), 5 e ss; GARY LOW, "The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology", *ERPL* 2 (2010), pp. 285 e ss; THOMAS WILHELMSSON, "The Legal, the Cultural and the Political – Conclusions from Different Perspectives on Harmonization of European Contract Law", *EBLR* (2002) 541 e ss; e STEPHEN WEATHERILL, "How Much, How Little?", *EBLR* (2005) 533 e ss.



manter ou adoptar disposições que divirjam das consagradas na directiva, "nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objectivo garantir um nível diferente de protecção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente directiva"¹⁸.

Se é certo que a harmonização mínima foi, originalmente, a filosofia dominante na política europeia do consumidor, permitindo o reconhecimento dos parâmetros nacionais, a não ser que estes fossem injustificáveis ou intoleráveis face ao direito europeu, com a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor¹⁹, lançada em 2004, foi anunciado como objectivo princi-

¹⁸ Cfr. artigo 4.º.

¹⁹ Esta intenção já tinha sido mencionada em comunicações anteriores, como, por exemplo, a já referida Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 11 de Julho de 2001 sobre o direito europeu dos contratos [COM(2001) 398 final - Jornal Oficial C 255 de 13.9.2001] e a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 12 de Fevereiro de 2003 - Maior coerência no direito europeu dos contratos - Plano de acção [COM(2003) 68 final - Jornal Oficial 63 de 15.3.2003]), mas foi em 2004 que a Comissão lançou a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, com o objectivo de incrementar a realização dos objectivos da iniciativa *Legislar Melhor*, simplificando e completando o quadro legal vigente (Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 11 de Outubro de 2004: O direito europeu dos contratos e a revisão do acervo: o caminho a seguir [COM(2004) 651 final]. Em 2007, a Comissão elaborou um Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor (Comunicação da Comissão, de 8 de Fevereiro de 2007 (COM (2006) 744 final), no qual deu a conhecer a intenção de mudança de paradigma. "O ideal seria que, no final do exercício, fosse possível dizer aos consumidores comunitários 'onde quer que esteja na UE ou onde quer que faça compras não faz diferença: os seus direitos fundamentais são os mesmos'".

Na Estratégia da política dos consumidores para 2002-2006, entre os os objectivos apontados estavam um elevado nível comum de defesa do consumidor e a aplicação efectiva das regras de defesa do consumidor. Pretendia-se, com estes objectivos, contribuir para a integração das preocupações dos consumidores em todas as outras políticas da UE, maximizar as vantagens do mercado único para os consumidores e preparar o alargamento. A máxima harmonização viria a ser adoptada na Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23



pal da política dos consumidores o estabelecimento de um verdadeiro mercado interno para empresas e consumidores²⁰, que viesse, no respeito pelo princípio da subsidiariedade, reflectir um equilíbrio justo entre um elevado nível de defesa dos consumi-

de Setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, na Directiva na Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, na Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revogou a Directiva 87/102/CEE do Conselho, e na Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca.

²⁰ Como é conhecido, o mercado interno foi estabelecido com base numa integração positiva e negativa (cfr., por todos, HUGH COLLINS, *The European Civil Code: The Way Forward*, CUP, 2008, pp. 28 e ss). A regulação negativa (*de-regulation*) assentava na eliminação de obstáculos regulatórios dos Estados-Membros que impediam a criação de um mercado comum, com plena liberdade de circulação e de estabelecimento. A protecção do consumidor desempenhou um papel fundamental nesta sede, através da acção do Tribunal de Justiça, a quem cabia apreciar em que medida é que a protecção do consumidor consubstanciava um fundamento legítimo da medida restritiva da circulação ou de efeito equivalente em vigor no Estado-Membro. Veja-se, por exemplo, os paradigmáticos casos decididos nos processos C- 261/81, *Rau v. de Smedt*, de 10 de Novembro de 1982; C-178/84, *Commission v. Germany*, de 12 de Março de 1987; C- 407/85, *Drei Glocken v. OSL Centro-Sud*, de 14 de Julho de 1988; C-362/88, *GB-INNO-BM contra Confédération du commerce luxembourgeois*, de 7 de Março de 1990; C -126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. contra Yves Rocher GmbH*, de 18 de Maio de 1993; C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH*, de 2 de Fevereiro de 1994; C-470/93: *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. contra Mars GmbH*, de 6 de Julho de 1995; C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contra Lancaster Group GmbH*, de 13 de Janeiro de 2000. A protecção dos consumidores foi argumento justificativo no processo C- 384/93, *Alpine Investments BV contra Minister van Financiën*, de 10 de Maio de 1995, e nas decisões do Tribunal, de 9 de Julho de 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) contra De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95)* e *TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 e C-36/95)*. Para uma análise compreensiva, vide STEPHEN WETHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, 2.ª ed. Elgar European Law, 2013, pp. 29 e ss.



dores e a competitividade das empresas.

Considerou-se, então, que o recurso às directivas de harmonização mínima havia determinado um *quadro normativo fragmentado* em toda a Comunidade, com elevados custos de *conformidade*, quer para as empresas que efectuavam ou pretendessem efectuar transacções transfronteiras, quer em termos de *política de protecção do consumidor*. Os acrescidos custos para as empresas inevitavelmente levariam à sua relutância em oferecer os seus bens ou serviços transfronteiras, ou, ainda que os oferecessem, poderiam levá-las a diferenciar geograficamente a sua oferta negocial. Num quadro como este, os consumidores saíam, pois, duplamente prejudicados: quer na medida em que se veriam impedidos de beneficiar integralmente das vantagens do mercado interno²¹, com a conseqüente maior possibilidade de escolha e preços mais baixos resultantes da concorrência, quer porque naquelas empresas que ultrapassassem o obstáculo da fragmentação, os custos de conformidade sempre seriam repercutidos nos consumidores sob a forma de preços mais elevados. Mas a fragmentação legislativa e a correspondente diferenciação do nível de defesa dos consumidores também se repercutiriam no âmbito da política de defesa dos consumidores, porquanto dificultavam quer a realização de campanhas de sensibilização pan-europeias, quer

²¹ A criação de um mercado europeu (que substituiu em grande medida os mercados nacionais de menor escala) promove a concorrência entre os empresários, que têm de aumentar a sua eficácia de modo a expandirem ou a protegerem a sua quota de mercado. O aumento da concorrência gera um benefício indirecto para os consumidores que vêm aumentada a escolha de produtos e serviços à sua disposição, com as conseqüentes melhorias na sua qualidade e na redução no preço. A eliminação de barreiras no comércio transfronteiriço de bens e serviços surgiu, pois, como um modo de incrementar a concorrência e de aumentar a escolha do consumidor, vale dizer, as regras do mercado interno constituem também uma forma (indirecta) de protecção do consumidor.



a aplicação de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

Neste contexto, o princípio da máxima harmonização surgiu, pois, como a solução mais adequada para ultrapassar estas dificuldades, mostrando-se apto a eliminar os entraves resultantes da fragmentação das normas e a plena concretização do mercado interno²². Numa Europa em que as disposições comunitárias constituíam a pedra angular do sistema de defesa do consumidor em muitos dos ordenamentos jurídicos dos seus Estados-Membros, entendeu-se, pois, que o princípio da harmonização mínima, outrora válido - quando os direitos dos consumidores eram muito diferentes entre Estados-Membros e o comércio electrónico era inexistente ou, pelo menos, incipiente - deveria ser substituído pelo princípio da harmonização máxima.

Com a harmonização total de alguns aspectos regulamentares fundamentais, os profissionais passam a poder contar com um quadro regulamentar único, baseado em conceitos jurídicos claramente definidos, destinado a reger certos aspectos dos contratos celebrados entre profissionais e consumidores. Aos consumidores, para além de beneficiarem de um aumento da segurança jurídica, é-lhes assegurado que as regras uniformes não poderão, todavia, colocar em causa um elevado nível comum de defesa dos consumidores em toda a União. À falta de

²² Na *Estratégia Comunitária em Matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013* podia ler-se que: "A UE saberá se foi bem sucedida se, em 2013, conseguir demonstrar de maneira credível a todos os cidadãos comunitários que podem fazer compras em qualquer parte do território da União, desde a loja da esquina até ao sítio na Internet, confiantes de que, em todas as circunstâncias, estão eficazmente protegidos, tanto de produtos perigosos como de comerciantes sem escrúpulos, e se conseguir provar a todos os retalhistas - e em especial às PME - que podem vender em qualquer lugar com base num conjunto de regras único e simples", bem como: "Os obstáculos a um verdadeiro mercado interno do retalho são muitos e devem-se tanto à falta de confiança como à regulamentação".

confiança dos consumidores no comércio transfronteiriço, a União responde com um *nível elevado de defesa dos consumidores*, graças a um quadro jurídico simples e à melhoria dos dados, dos processos de consulta e da representação dos interesses dos consumidores, e com a *aplicação efectiva* das disposições que garantam a defesa do consumidor, nomeadamente através da cooperação em matéria de aplicação da legislação, informação, educação e vias de resolução de litígios.

As várias justificações adiantadas, todavia, não convencem a doutrina que, uma a uma, questiona estas asserções. Desde logo, é posta em causa a premissa básica sobre os custos que as empresas suportariam para assegurarem a conformidade com as várias legislações nacionais. Para além de se argumentar que os custos de transação nunca foram devidamente calculados²³, parece também como certo que esses custos não afectam as grandes empresas, mas só, e em termos muito limitados, as pequenas e médias empresas.

Do mesmo modo, o argumento da confiança do consumidor, convocado abundantemente nas Comunicações²⁴, não está imune à desconfiança da doutrina. A confiança do consumidor é um argumento antigo e foi utilizado com um significado totalmente diferente no início dos anos 80 para justificar as medidas de harmonização mínima: em qualquer Estado-Membro

²³ Cfr. MICKLITZ e REICH, *ob. cit.*, p. 474, e S. VOGENAUER e S. WEATHERILL, "The European Community's Competence for a Comprehensive Harmonisation of Contract Law – an Empirical Analysis", *EL Rev.* (2005) 821, p. 834–835.

²⁴ Ver nota 22. Igualmente, por exemplo, no Considerando 5 da Directiva 1999/44/CE pode ler-se: "*Considerando que a criação de um corpo mínimo comum de direito do consumo, válido independentemente do local de aquisição dos bens na Comunidade, reforçará a confiança dos consumidores e permitir-lhes-á beneficiar mais das vantagens do mercado interno*".



onde comprasse, o consumidor deveria poder contar com um (*igual*) nível básico de protecção²⁵. Aparentemente, o estandarte da protecção total é agora elevado com a mesma crença, que se revelou infundada, com que foi carregado o da protecção mínima, quando o que impede os consumidores de comprarem fora são as dificuldades com a linguagem, o desconhecimento dos costumes comerciais estrangeiros e os próprios hábitos dos consumidores.

Para além das duvidosas vantagens apontadas para a directiva de harmonização total, a própria natureza do instrumento escolhido não é isenta de críticas. Um regulamento, diz-se, teria vantagens em termos de clareza, resultante da tradução em todas as línguas da União Europeia bem como da sua aplicabilidade directa²⁶. Ainda que se considere a directiva um instrumento legislativo adequado - por oferecer um leque único e coerente de normas a nível nacional, simples de aplicar e de interpretar pelos fornecedores, de fazer valer pelas autoridades públicas e alinhado com o princípio da subsidiariedade - não podemos, contudo, escamotear que a escolha deste instrumento resulta de um factor político: a Comissão não estava ainda preparada para enfrentar as possíveis reacções negati-

²⁵ Para uma análise crítica do conceito como utilizado pela Comissão Europeia, ver WILHELMSSON, "The Abuse of the 'Confident Consumer' as Justification for EC Consumer Law", *JCP* (2004), p. 317. Considerando que a Comissão está a abusar da figura do "*under confident businessman*" como antes abusou do "*confident consumer*", GERAINT G. HOWELLS, "The Rise of European Consumer Law - Whither National Consumer Law", *Sydney L. Rev.* 63 (2006), p. 71.

²⁶ Vide MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito da União*, 7.ª ed., Almedina, 2014, pp. 296 e ss, sobre os actos juridicamente vinculativos da União.



vas dos Estados-Membros²⁷.

Por último, a própria questão constitucional não é despicienda. A harmonização total implica efeitos preclusivos nos poderes legislativos dos Estados-Membros nas áreas objecto de regulação, e o poder de interpretação uniforme²⁸ é transferido para o Tribunal de Justiça²⁹, o que leva autores como MICKLITZ e REICH³⁰ a assinalarem aqui uma violação indirecta do princípio da atribuição de poderes.

Incontestável, todavia, é que a harmonização total está hoje definitivamente implementada na política europeia de protecção do consumidor e surge como um elemento imprescindível na Agenda do Consumidor Europeu, que assume como objectivo para a Estratégia “Europa 2020”, entre outros, a melhoria da confiança dos consumidores nas compras além-fronteiras *online* através da adopção de medidas políticas adequadas, assente em pilares como o reforço da segurança dos consumidores, a melhoria da aplicação das regras e dos mecanismos de reparação, bem como o ajustamento das políticas à evolução da sociedade.

Se à crítica de que com a harmonização total a protecção do consumidor se torna uma política de mercado interno se pode responder que o mesmo acontecia com a harmo-

²⁷ H-W. MICKLITZ e N. REICH, *ob. cit.*, p. 477.

²⁸ Sobre o poder de uniformização, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2014, pp. 625 e ss.

²⁹ Vide, por todos, ROBERT SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, CUP, 2012, pp. 347 e ss.

³⁰ H-W. MICKLITZ e N. REICH, *ob. cit.*, p. 479, e S. WEATHERILL, “Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence” in BARNARD e SCOTT (eds.), *The Law of the Single European Market*, Hart Oxford, 2002, na p. 52.



nização mínima, e à crítica da prevalência dos interesses dos profissionais sobre os interesses dos consumidores se pode aduzir que a Comissão está, originariamente, vinculada a um elevado nível de protecção dos consumidores, à crítica de que os Estados-Membros ficam impedidos de adoptar medidas mais favoráveis aos consumidores, e não as podem justificar perante as entidades europeias, responde o facto de a União Europeia ter adoptado uma Directiva que origina uma *harmonização total atenuada*³¹. Desde logo, em diversos e distintos aspectos do seu regime, o legislador europeu deixou aberta aos Estados-Membros a possibilidade de adoptarem um regime diferente daquele estabelecido na Directiva. São exemplo o *artigo 3.º, n.º 4*, que permite aos Estados-Membros não aplicarem a directiva nem manterem ou introduzirem disposições nacionais em correspondentes para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial quando o pagamento a efectuar pelo consumidor não exceder um determinado montante até 50 EUR; o *artigo 5.º*, em matéria de informação ao consumidor nos contratos diferentes dos contratos celebrados à distância ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial que, no seu n.º 3, determina que os Estados-Membros não são obrigados a aplicar o n.º 1, sobre a informação a disponibilizar ao consumidor, a contratos que envolvam transacções quotidianas e que sejam executados imediatamente no momento em que são celebrados, e, no seu n.º 4, prevê que os Estados-Membros possam aprovar ou manter requisitos adicionais em matéria de informa-

³¹ Considerando que a Directiva não alcançou um resultado de harmonização plena, EVA DOMÍNGUEZ PÉREZ, "Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2001/83/EU y su transposición al derecho español", *Revista de Derecho de la Unión Europea* 26 (2014) p. 265.



ção pré-contratual para esses contratos; o *artigo 6.º*, quanto à informação contratual nos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, em que se prevê que os Estados-Membros podem manter ou introduzir no seu direito nacional requisitos linguísticos em matéria de informação contratual, de forma a assegurar que essa informação seja facilmente compreendida pelos consumidores, e que os requisitos de informação estabelecidos completam os requisitos de informação contidos nas Directivas 2006/123/CE e 2000/31/CE e não impedem os Estados-Membros de estabelecer requisitos de informação suplementares nos termos das referidas directivas, nos n.º 7 e 8, respectivamente; o *artigo 7.º*, n.º 4, que aligeira os requisitos formais aplicáveis aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, pode não ser aplicado pelos Estados-Membros; o *artigo 8.º*, n.º 6, sobre os requisitos formais aplicáveis nos contratos à distância, que permite aos Estados-Membros preverem que a confirmação da oferta ao consumidor, quando o contrato à distância for celebrado por telefone, seja efectuada num suporte duradouro; e o *artigo 9.º*, n.º 3, que permite aos Estados-Membros manter a legislação nacional em vigor que proíba o profissional de exigir o pagamento ao consumidor durante um determinado período após a celebração do contrato.

Note-se, ainda, que a Directiva 2011/83/UE não prejudica o direito nacional no domínio dos contratos em geral, nomeadamente as regras relativas à validade, à formação ou aos efeitos dos contratos, na medida em que não estejam especificamente regulados³², e que os Estados-Membros conservam a

³² Artigo 3.º, n.º 5. Vide o artigo 15.º, n.º 2, sobre o efeito do exercício do



possibilidade de manterem ou introduzirem disposições nacionais em relação a questões que não são especificamente abrangidas pela directiva, como, por exemplo, regras adicionais em matéria de contratos de venda, incluindo em relação à entrega de bens, ou requisitos em matéria de prestação de informações durante a vigência do contrato. Também cabe aos Estados-Membros estabelecer o regime de sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais adoptadas em execução da directiva, que devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas³³.

Vejamos agora, em que medida a Directiva vincula os Estados-Membros e qual o espaço deixado à autonomia quer do legislador, quer do aplicador do direito.

2. A Directiva

Sem preocupação de fazer uma análise exaustiva da Directiva, que não teria lugar nesta sede, seleccionámos três núcleos problemáticos, que constituirão o objecto da nossa análise: a qualificação do contrato como contrato à distância ou celebrado fora do estabelecimento comercial, as consequências do não cumprimento pelo empresário do dever de informação e, por último, os efeitos da resolução do contrato, em especial, quanto ao cumprimento das obrigações no período de livre resolução, quanto à responsabilidade do consumidor

direito de retractação em contratos acessórios, em que se determina expressamente que cabe aos Estados-Membros determinar as modalidades de rescisão deste tipo de contratos.

³³ Artigo 24.º, n.º 1, da Directiva.



pela deterioração da coisa e quanto aos efeitos da resolução nos contratos acessórios. Vejamos.

a) A noção de contratação à distância e fora do estabelecimento comercial

A Directiva qualifica como contrato à distância qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um *sistema de vendas ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância, sem a presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive*³⁴.

O contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é caracterizado por ser um contrato entre o profissional e o consumidor, celebrado na presença física simultânea do profissional e do consumidor, em local que não seja o estabelecimento comercial do profissional³⁵ ou ainda quando o consumidor fez

³⁴ Cfr. artigo 2.º, n.º 7. O conceito de sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância deverá incluir os sistemas oferecidos por terceiros, mas que sejam usados pelo profissional, como uma plataforma em linha. São, naturalmente, excluídos os casos em que os sítios Internet só disponibilizam informações sobre o profissional, os seus bens e/ou serviços e os seus contactos (cfr. Considerando 20). A noção da Directiva foi transposta no artigo 3.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 24/2014, com a seguinte formulação: "*um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração*".

³⁵ A Directiva define como estabelecimento comercial, no seu artigo 2.º, n.º 9, quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o profissional exerça



uma oferta ao profissional nas mesmas circunstâncias. Considera-se ainda celebrado fora do estabelecimento comercial o contrato celebrado no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância *imediatamente* após o consumidor ter sido pessoal e individualmente contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, na presença física simultânea do profissional e do consumidor, bem como o contrato celebrado durante uma excursão organizada pelo profissional com o fim ou o efeito de promover ou vender bens ou serviços ao consumidor³⁶.

a sua actividade de forma permanente, bem como instalações móveis de venda a retalho onde o profissional exerça a sua actividade de forma habitual. Esta noção foi transposta literalmente pelo artigo 3.º, alínea h), do DL n.º 24/2014. O Considerando 22 da Directiva esclarece que a noção de estabelecimento comercial deverá incluir as instalações de qualquer tipo (lojas, bancas ou camiões, por exemplo) que sirvam de local de negócios permanente ou habitual para o profissional. As bancas dos mercados e os stands das feiras deverão ser tratados como estabelecimentos comerciais no caso de preencherem este requisito. As instalações de retalho em que o profissional exerça a sua actividade numa base sazonal, por exemplo, num complexo de esqui ou numa estação balnear durante a época turística, deverão ser consideradas como estabelecimentos comerciais, atendendo a que o profissional exerce nessas instalações a sua actividade de forma habitual. Os espaços acessíveis ao público, como, por exemplo, as ruas, os centros comerciais, as praias, as instalações desportivas e os transportes públicos, que o profissional utilize de forma excepcional para as suas actividades comerciais, bem como a residência privada ou o local de trabalho, não deverão ser considerados estabelecimentos comerciais. É ainda considerado estabelecimento comercial aquele de uma pessoa que actue em nome do profissional ou por sua conta.

³⁶ Cfr. o artigo 2.º, n.º 8. O artigo 3.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 24/2014, define como contrato celebrado fora do estabelecimento comercial o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, abrangendo os contratos: i) celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou presta-

A doutrina trata o desenvolvimento do vínculo contratual assumindo que nem todos os contratos se constituem da mesma maneira e seguindo o mesmo procedimento. É certo que existem contratos que se formam rapidamente pelo mero encontro da oferta e da aceitação. E nesses casos, a qualificação não apresenta dificuldades: será um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial aquele celebrado na presença física simultânea do profissional e do consumidor, mas em local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, ou em que a oferta do consumidor tenha ocorrido nas mesmas circunstâncias, como o será ainda aquele contrato celebrado no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância *imediatamente* após o consumidor ter sido pessoal e individualmente contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, na presença física simultânea do profissional e do consumidor.

Mas outros contratos não obedecem a um esquema tão simples e imediato e o *iter negotii* encadeia-se numa série mais ou menos morosa de actos preparatórios, consoante a complexidade dos bens ou serviços que constituem o objecto

dor de serviços; ii) celebrados no domicílio do consumidor; iii) celebrados no local de trabalho do consumidor; iv) celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário; v) celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial; vi) celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário. Sobre os aspectos caracterizadores destas categorias, vide JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 136 e ss.



do negócio³⁷. Onde os contratos são precedidos de um processo genético, que se inicia com os primeiros contactos das partes e que se prolonga até ao momento da sua efectiva celebração, com a oferta e a aceitação definitivas, cabe distinguir, no tempo negocial, a *fase negociatória* e a *fase decisória*. Cabe, pois, verificar, em cada caso concreto, se a *fase negociatória* (se a formação da vontade negocial, que determinará a declaração de vontade negocial do consumidor³⁸) ocorreu à distância ou fora do estabelecimento comercial: só esta constatação fará surgir a específica vulnerabilidade do consumidor - estes contratos, lembremos, caracterizam-se pelo facto de a iniciativa das negociações emanar normalmente do profissional e de o consumidor não se ter preparado, de forma adequada, para essa venda, comparando o preço e a qualidade das diferentes ofertas disponíveis - que fundamenta e justifica o regime protector da Directiva.

Esta leitura é coerente com o regime instituído no Código Civil português, mais concretamente com o artigo 227.º, onde se lê “*quem negocea com outrem para conclusão de um contrato...*”, em que o legislador demarcou claramente a *fase negociatória*, da preparação do conteúdo do acordo negocial, da ulterior *fase decisória*, em que se produz a necessária emissão das declarações de vontade, a proposta e a aceita-

³⁷ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 298 e ss.

³⁸ Sobre a vontade (vontade de acção, vontade da declaração e vontade negocial, do conteúdo da declaração o intenção do resultado) como elemento interno da declaração negocial, vide CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. Por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 412 e ss, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, pp. 412 e ss.

ção. Mas, mais significativo, é o facto de esta interpretação se encontrar alinhada com a própria Directiva, que nos fornece indicações úteis sobre a aceitação da distinção entre o *momento negociatório* e o *momento decisório* nos seus considerandos. Assim, a definição de *contrato à distância* abrange não só os contratos celebrados entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância (por correspondência, Internet, telefone ou fax), mas também aquelas situações em que o consumidor visita o estabelecimento comercial apenas para recolher informações sobre os bens ou serviços, enquanto as subsequentes *negociação* e *celebração* do contrato têm lugar à distância³⁹. Paralelamente, consideram-se excluídos os contratos que tenham sido iniciados através de um meio de comunicação à distância, mas que tenham sido celebrados no estabelecimento comercial do profissional, por se entender que nestes casos a vontade do consumidor se vem a formar no estabelecimento, e, pela mesma razão, estão excluídos os contratos que tenham sido negociados no estabelecimento comercial do profissional e apenas tenham sido celebrados por um meio de comunicação à distância⁴⁰. Do mesmo modo, a definição de *contrato celebrado fora do estabeleci-*

³⁹ Sublinhado nosso.

⁴⁰ O Considerando 20 exclui ainda da noção de contrato à distância incluir a reserva efectuada por um consumidor, através de um meio de comunicação à distância, para solicitar a prestação de um serviço a um profissional, como, por exemplo, no caso em que um consumidor telefona para solicitar uma marcação no cabeleireiro. Igualmente, que tenham sido negociados no estabelecimento comercial do profissional e tenha sido celebrados por um meio de comunicação à distância.



mento comercial não abrange as situações em que o profissional se desloca inicialmente ao domicílio do consumidor para efectuar medições ou apresentar um orçamento sem qualquer compromisso por parte do consumidor mas em que o contrato só é celebrado posteriormente nas instalações comerciais do profissional ou através de um meio de comunicação à distância com base no orçamento do profissional. Nestes casos, o contrato não é considerado como tendo sido celebrado imediatamente após o profissional ter contactado o consumidor, na medida em o consumidor teve tempo para reflectir sobre o orçamento do profissional antes da celebração do contrato, *i.e.*, a formação e subsequente emissão da declaração de vontade já não ocorrerem com a “pressão” ou o “isolamento” característicos da contratação à distância ou fora do estabelecimento comercial.

b) O dever de informação pré-contratual

A Directiva 2011/83/UE impõe, no seu artigo 6.^o⁴¹ que, *antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato à distância ou celebrado fora do estabelecimento comercial ou por uma proposta correspondente*⁴², o profissional faculta ao

⁴¹ Os Estados-Membros não devem subordinar o cumprimento das obrigações de informação previstas na presente directiva a quaisquer requisitos formais adicionais de informação pré-contratual.

⁴² Nos termos do n.º 2, do artigo 6.º, o n.º 1 aplica-se igualmente aos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, e ao aquecimento urbano ou aos conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

consumidor, de forma clara e compreensível, uma extensa lista de informações⁴³, incumbindo ao profissional o ónus da prova

⁴³ a) Características principais dos bens ou serviços, na medida adequada ao suporte utilizado e aos bens e serviços em causa (*artigo 4.º, n.º 1, alínea c*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); b) Identidade do profissional, como o seu nome, firma ou denominação social (*artigo 4.º, n.º 1, alínea a*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); c) Endereço geográfico no qual o profissional está estabelecido, o seu número de telefone e de fax, bem como o seu endereço de correio electrónico, se existirem, para permitir ao consumidor contactá-lo rapidamente e comunicar com ele de modo eficaz e, se for o caso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua (*artigo 4.º, n.º 1, alínea a e b*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); d) No caso de ser diferente do endereço comunicado no termos da alínea c), o endereço geográfico do estabelecimento comercial do profissional e, se aplicável, o do profissional por conta de quem actua, onde o consumidor possa apresentar uma reclamação (*artigo 4.º, n.º 1, alínea b*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); e) Preço total dos bens ou serviços, incluindo impostos e taxas ou, quando devido à natureza dos bens ou serviços o preço não puder ser calculado de forma antecipada, a forma como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos ou, quando tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, indicação de que podem ser exigíveis (*artigo 4.º, n.º 1, alínea d), e), f)*, do Decreto-Lei n.º 24/2014). No caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura, o preço total inclui os custos totais por período de facturação (*artigo 4.º, n.º 1, alínea g*), do Decreto-Lei n.º 24/2014). No caso de se tratar de contratos com uma tarifa fixa, o preço total equivale igualmente aos custos mensais totais. Sempre que os custos totais não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, deve ser apresentada a forma de calcular o preço (*artigo 4.º, n.º 1, alínea h*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); f) Custo da utilização do meio de comunicação à distância para a celebração do contrato, sempre que esse custo for calculado numa base diferente da tarifa de base (*artigo 4.º, n.º 1, alínea o*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); g) Modalidades de pagamento, de entrega, de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar os bens ou a prestar os serviços, bem como, se for caso disso, o sistema de tratamento de reclamações do profissional (*artigo 4.º, n.º 1, alínea i*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); h) Sempre que exista um direito de retractação, as condições, o prazo e o procedimento de exercício desse direito nos termos do artigo 11.º, n.º 1, bem como modelo de formulário de retractação apresentado no anexo I, Parte B (*artigo 4.º, n.º 1, alínea j*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); i) Se aplicável, a indicação de que o consumidor tem de suportar os custos da devolução dos bens em caso de retractação e, no caso dos contratos à distância, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio, os custos da devolução dos bens (*artigo 4.º, n.º 1, alínea l*), do Decreto-Lei n.º 24/2014);



relativamente ao cumprimento dos requisitos em matéria de

j) Sempre que o consumidor exercer o direito de retractação após ter apresentado um pedido nos termos do artigo 7.º, n.º 3, ou do artigo 8.º, n.º 8, a informação de que o consumidor terá a responsabilidade de pagar ao profissional custos razoáveis nos termos do artigo 14.º, n.º 3 [4. As informações a que se refere o n.º 1, alíneas h), i) e j), podem ser prestadas mediante o modelo de instruções de retractação apresentado no anexo I, Parte A. Considera-se que o profissional cumpriu os requisitos de informação estabelecidos no n.º 1, alíneas h), i) e j), se tiver entregue essas instruções ao consumidor correctamente preenchidas] (*artigo 4.º, n.º 1, alínea m*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); k) Sempre que não se aplique o direito de retractação nos termos do artigo 16.º, a informação de que o consumidor não beneficia de um direito de retractação ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de retractação (*artigo 4.º, n.º 1, alínea n*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); l) Aviso da existência de uma garantia legal de conformidade dos bens (*artigo 4.º, n.º 1, alínea q*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); m) Se aplicável, a existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais (*artigo 4.º, n.º 1, alínea r*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); n) Existência de códigos de conduta relevantes, na acepção do artigo 2.º, alínea f), da Directiva 2005/29/CE, e modo de obter as respectivas cópias, se aplicável (*artigo 4.º, n.º 1, alínea s*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); o) Duração do contrato, se aplicável, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua rescisão (*artigo 4.º, n.º 1, alínea o*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); p) Se aplicável, duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato (*artigo 4.º, n.º 1, alínea t*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); q) Se aplicável, existência de depósitos ou outras garantias financeiras, e respectivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional (*artigo 4.º, n.º 1, alínea u*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); r) Se aplicável, funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de protecção técnica (*artigo 4.º, n.º 1, alínea v*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); s) Se aplicável, qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento (*artigo 4.º, n.º 1, alínea x*), do Decreto-Lei n.º 24/2014); t) Se aplicável, possibilidade de acesso a um mecanismo extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja submetido e o modo de acesso ao mesmo (*artigo 4.º, n.º 1, alínea z*), do Decreto-Lei n.º 24/2014). Estas informações são parte integrante do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial e não podem ser alteradas, salvo acordo expresso das partes contratantes em contrário. Sempre que alguma disposição da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno ou da 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 (Directiva sobre o comércio electrónico) relativa ao conteúdo das informações e à forma como devem ser for-



informação. Para além desta disposição comum, o artigo 7.º, que se aplica aos contratos *celebrados fora do estabelecimento comercial*, estabelece que o profissional fornece ao consumidor as informações - que devem ser legíveis e redigidas em termos claros e compreensíveis - previstas no artigo 6.º, n.º 1, em papel, ou, se o consumidor aceitar, noutra suporte duradouro⁴⁴. Do mesmo modo, o profissional fornece ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel (ou, se o consumidor concordar, noutra suporte duradouro), incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento, nos casos em que a utilização de um suporte duradouro não for incompatível com uma disposição da Directiva 83/2011/UE, prevalece a disposição desta última.

⁴⁴ Nos termos do artigo 2.º, n.º 10, da Directiva, por suporte duradouro entende-se qualquer instrumento que possibilite ao consumidor ou ao profissional armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de uma forma que, no futuro, lhe permita aceder às mesmas durante um período de tempo adaptado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução inalterada das informações armazenadas. O Decreto-Lei n.º 24/2014, no seu artigo 3.º, alínea l), define como suporte duradouro qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read-Only Memory (CD-ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada. No Processo C-48/11, *Content Services Ltd contra Bundesarbeitskammer*, de 5 de Julho de 2012, decidiu o Tribunal de Justiça que: "O artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, deve ser interpretado no sentido de que uma prática comercial que consiste em só tornar acessíveis as informações previstas nesta disposição através de uma hiperligação num sítio Internet da empresa em causa não responde às exigências da referida disposição, uma vez que estas informações não são 'fornecidas' por esta empresa nem 'recebidas' pelo consumidor, na aceção desta mesma disposição, e que um sítio Internet como o que está em causa no processo principal não pode ser considerado um 'suporte durável' na aceção do referido artigo 5.º, n.º 1".



termos do artigo 16.º, alínea m), de que o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material durante o período de retractação implica a perda do seu direito de retractação. O legislador português transpõe esta disposição europeia no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, determinando que o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial *“é reduzido a escrito e deve, sob pena de nulidade, conter, de forma clara e compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4.º, n.º 2”*.

O artigo 8.º, sobre os *contratos celebrados à distância*, determina que o profissional fornece as informações previstas no artigo 6.º, n.º1, ou disponibiliza essas informações ao consumidor de uma forma adequada aos meios de comunicação à distância utilizados, em linguagem simples e inteligível⁴⁵. Na medida em que essas informações sejam fornecidas em suporte duradouro, elas devem ser legíveis⁴⁶. Se um contrato celebrado à distância por via electrónica colocar o consumidor na obrigação de pagar, o profissional fornece-lhe, de forma clara e bem

⁴⁵ Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014, essas informações *“devem ser prestadas de forma clara e compreensível por meio adequado à técnica de comunicação à distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da protecção das pessoas incapazes, em especial dos menores”*. Se o contrato for celebrado através de um meio de comunicação à distância em que o espaço ou o período para divulgar a informação são limitados, o profissional faculta, nesse meio específico antes da celebração do referido contrato, pelo menos, as informações pré-contratuais relativas às características principais dos bens ou serviços, à identidade do profissional, ao preço total, ao direito de retractação, ao período de vigência do contrato e, se este for de duração indeterminada, às condições para a sua rescisão, referidas no artigo 6.º, n.º 1, alíneas a), b), e) h) e o). As restantes informações previstas no artigo 6.º, n.º 1, são fornecidas pelo profissional ao consumidor de forma adequada. Para a transposição, veja-se o artigo 5.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/2014.

⁴⁶ Cfr. artigo 8.º, da Directiva.



visível e imediatamente antes de o consumidor efectuar a encomenda, as informações previstas no artigo 6.º, n.º 1, alíneas a), e), o) e p)⁴⁷. O profissional garante que, ao efectuar a encomenda, o consumidor reconheça explicitamente que esta implica uma obrigação de pagamento. Se a realização de uma encomenda implicar a activação de um botão ou uma função semelhante, o botão ou a função semelhante deve ser identificado de forma facilmente legível, apenas com a expressão 'encomenda com obrigação de pagar' ou uma formulação correspondente inequívoca, que indique que a realização de uma encomenda implica a obrigação de pagar ao profissional. Se o profissional não respeitar o disposto no presente número, o consumidor *não fica vinculado pelo contrato nem pela encomenda*⁴⁸, *maxime*, não é responsável pelo pagamento do produto.

Se um contrato à distância for celebrado por telefone, os Estados-Membros podem prever que o profissional tenha de confirmar a oferta ao consumidor, que só fica vinculado depois de ter assinado a oferta ou de ter enviado o seu consentimento por escrito. Os Estados-Membros podem igualmente exigir que essa confirmação seja efectuada num suporte duradouro⁴⁹.

A Directiva não estabelece, em termos gerais, as consequências para o não cumprimento dos deveres de informação consagrados no artigo 6.º, antes tendo consagrado um sistema

⁴⁷ Vide artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014.

⁴⁸ No mesmo sentido, o artigo 5.º, n.º 8, do Decreto-Lei n.º 24/2014.

⁴⁹ Cfr. artigo 5.º, n.º 7, do Decreto-Lei 24/2014: "Quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contacto telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor".



de sanções específicas: nos termos do n.º 6, do artigo 6.º, no caso de o profissional não cumprir os *requisitos de informação relativos aos encargos suplementares ou outros custos referidos no n.º 1, alínea e)*, ou aos custos de devolução dos bens referidos no n.º 1, alínea i), da mesma norma, o consumidor não tem de suportar os referidos custos ou encargos; (no mesmo sentido, artigo 4.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 24/2014); o consumidor não suportará quaisquer custos relativos à execução dos serviços ou ao fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, total ou parcialmente durante o prazo de retractação, se o profissional não tiver prestado informações, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alíneas h) ou j), ou se o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de retractação, nos termos do artigo 7.º, n.º 3, e do artigo 8.º, n.º 8 (no mesmo sentido, o artigo 15.º, n.º 5, alínea a), do Decreto-Lei n.º 24/2014); se o profissional não informar o consumidor sobre o direito de retractação, o prazo de retractação só expirará doze meses após o termo do prazo de retractação inicial, nos termos do artigo 10.º da Directiva (igualmente, o artigo 10.º, n.º 3, do Decreto-lei 24/2014); em caso de retractação, consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea h) (transposto pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 24/2014).

O não cumprimento dos deveres de informação tem, pois, consequências ao nível dos efeitos do contrato. Mas a questão que permanece por responder é se tem efeitos ao nível da própria validade do contrato, ou seja, se a falta de in-



dicação dos elementos constantes no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva, conduz à aplicação do artigo 294.º do Código Civil⁵⁰. É certo que o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 determina a nulidade do contrato *celebrado fora do estabelecimento comercial* que não contenha, de forma clara, compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4.º. Semelhante provisão falta nas regras relativas aos *contratos à distância*, em que se verifica um certo abrandamento do regime, em vários aspectos. Em primeiro lugar, as informações devem ser disponibilizadas ao consumidor de forma adequada ao meio de comunicação à distância utilizado. Em segundo lugar,

⁵⁰ No Processo C-227/08, *Eva María Martín contra EDP Editores SL*, de 17 de Dezembro de 2009, o Tribunal de Justiça teve oportunidade de decidir sobre as consequências da violação por parte do devedor do dever de informação (no caso concreto, do direito de resolução num contrato celebrado fora do estabelecimento comercial). Depois de considerar que “a directiva assegura a protecção do consumidor instituindo, antes de mais, em benefício deste, um direito de rescisão” e que “tal direito visa precisamente compensar a desvantagem resultante para o consumidor de uma venda ao domicílio, fora dos estabelecimentos comerciais, dandolhe a possibilidade, durante um período de sete dias pelo menos, de apreciar as obrigações que decorrem do contrato”, o Tribunal de Justiça sublinhou que “a obrigação de informação exigida pelo artigo 4.º da directiva ocupa um lugar central na economia geral desta, enquanto garantia essencial (...) de um exercício efectivo do direito de rescisão e, portanto, do efeito útil da protecção dos consumidores pretendida pelo legislador comunitário”. Assim, esta disposição poderia “justificar uma intervenção positiva do juiz nacional a fim de suprir o desequilíbrio existente entre o consumidor e o comerciante no âmbito dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais” através do conhecimento oficioso da violação desta disposição. O Tribunal ressaltou, contudo, que: “esta conclusão não exclui que outras medidas possam igualmente assegurar o referido nível de protecção, tais como, por exemplo, a reabertura dos prazos aplicáveis em matéria de rescisão do contrato que permite dar ao consumidor a possibilidade de exercer o direito que lhe é conferido pelo artigo 5.º, n.º 1, da directiva”. Ademais, segundo o tribunal, o órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer da acção deverá igualmente poder ter em conta, em certas circunstâncias, a vontade do consumidor de não ver anulado o contrato em causa.



o legislador permitiu uma adaptação do modo e momento de prestação da informação se o contrato for celebrado através de um meio de comunicação à distância em que o meio ou o espaço para divulgar a informação sejam limitados. Em terceiro lugar, e mais significativamente, o artigo 5.º, n.º 2, 3 e 4, do Decreto-Lei 24/2014, estabelece regras específicas sobre o dever de informação nos casos em que a encomenda implica uma obrigação de pagamento, cujo incumprimento, nos termos do n.º 8, da mesma disposição, terá como sanção que o consumidor não fique vinculado ao contrato. Parece-nos, pois, que o legislador se pretendeu afastar do regime da nulidade previsto para o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial. O não cumprimento dos deveres de informação no contrato celebrado à distância desencadeia uma série de consequências que não afectam a sua validade mas que o atingem apenas na sua *eficácia*. Assim, para além das consequências específicas que identificámos acima, somos da opinião que o não cumprimento dos deveres de informação torna o contrato *ineficaz*, ou seja, não produz efeitos relativamente ao consumidor, isto é, *não o vincula às obrigações decorrentes do contrato celebrado, e que estejam relacionadas com o dever de informação omissivo* como, por exemplo, o não pagamento do preço ou o início da contagem dos prazos.

c) O direito de livre resolução

O artigo 9.º da Directiva estabelece o prazo de 14 dias⁵¹

⁵¹ O prazo de retractação referido conta-se a partir do: a) dia da cele-

para o exercício do direito de retractação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, sem necessidade de indicar qualquer motivo e sem incorrer em quaisquer custos (para além dos estabelecidos no artigo 13.º, n.º 2, e no artigo 14.º da Directiva). Como referimos acima, sempre que exista um direito de retractação⁵², o profissional deve facultar ao consumidor, de

braço do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços; b) dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda, ou i) dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente; ii) dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos; iii) dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período; c) dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material. Vide o artigo 10.º, do decreto-Lei n.º 24/2014.

⁵² Nos termos do artigo 16.º da Directiva, não existe direito de retractação previsto nos artigos 9.º a 15.º relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial no tocante: a) aos contratos de prestação de serviços, depois de os serviços terem sido integralmente prestados caso a execução já tenha sido iniciada com o prévio consentimento expresso dos consumidores, e com o reconhecimento de que os consumidores perdem o direito de retractação quando o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional; b) ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retractação; c) ao fornecimento de bens realizados segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados; d) ao fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo; e) Ao fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de protecção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega; f) ao fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos; g) ao fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato



forma clara e compreensível, informações sobre as condições, o prazo e o procedimento de exercício desse direito nos termos do artigo 11.º, n.º 1, bem como modelo de formulário de retractação apresentado no Anexo I, Parte B, da Directiva⁵³.

O incumprimento deste dever de informação dilata o prazo de retractação, que expirará 12 meses após o termo do prazo de retractação inicial⁵⁴. Se o profissional entretanto fornecer ao consumidor a informação prevista no n.º 1 do artigo 9.º durante esse período de 12 meses, o prazo de retractação expira 14 dias após o dia em que o consumidor recebeu a informação⁵⁵.

de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional; h) aos contratos para os quais o consumidor tenha solicitado especificamente ao profissional que se desloque ao seu domicílio para efectuar reparações ou operações de manutenção. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional fornecer serviços para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efectuar a manutenção ou reparação, o direito de retractação deve aplicar-se a esses serviços ou bens adicionais; i) ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega; j) ao fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com excepção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações; k) aos contratos celebrados em hasta pública; l) ao fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com actividades de lazer se o contrato prever uma data ou período de execução específicos; m) ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retractação. Vide o artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

⁵³ Cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea h), da Directiva.

⁵⁴ Para o direito de livre resolução enquanto não houver informação, ver o Processo C-481/99, Georg Heininge e Helga Heininge contra Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, de 13 de Dezembro de 2001, bem como, em sentido diverso, o Processo C-412/06, Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG, de 10 de abril de 2008.

⁵⁵ Cfr. artigo 10.º da Directiva.



Nos termos do artigo 12.º da Directiva, o exercício da livre retractação determina a extinção das obrigações das partes de executar o contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou, nos casos em que tenha sido apresentada uma oferta pelo consumidor, de celebrar o contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial.

O artigo 13.º, sobre as obrigações do profissional em caso de retractação, determina que: "1. O profissional reembolsa todos os pagamentos recebidos do consumidor, incluindo, se aplicável, os custos de entrega⁵⁶, sem demora injustifica-

⁵⁶ O profissional não é obrigado a reembolsar os custos adicionais de envio, se o consumidor tiver solicitado expressamente uma modalidade de envio diferente da modalidade padrão menos onerosa proposta pelo profissional. No Processo C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, de 15 de Abril de 2010, o Tribunal de Justiça decidiu que: "O artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, segundo período, e n.º 2, da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite ao fornecedor, num contrato à distância, imputar as despesas de envio dos bens ao consumidor, no caso de este exercer o seu direito de rescisão". O artigo 6.º da directiva, intitulado "Direito de rescisão", estabelecia, nos seus n.ºs 1 e 2: "1. Em qualquer contrato à distância, o consumidor disporá de um prazo de, pelo menos, sete dias úteis para rescindir o contrato sem pagamento de indemnização e sem indicação do motivo. As únicas despesas eventualmente a seu cargo decorrentes do exercício do seu direito de rescisão serão as despesas directas da devolução do bem. [...] 2. Quando o direito de rescisão tiver sido exercido pelo consumidor, nos termos do presente artigo, o fornecedor fica obrigado a reembolsar os montantes pagos pelo consumidor sem despesas para este. As únicas despesas eventualmente a cargo do consumidor decorrentes do exercício do seu direito de rescisão serão as despesas directas da devolução do bem. O reembolso deverá ser efectuado o mais rapidamente possível, e sempre no prazo de trinta dias." Partindo do pressuposto de que "o referido artigo 6.º tem claramente por objectivo não desencorajar o consumidor de exercer o seu direito de rescisão, seria contrário a esse objectivo interpretar esse artigo no sentido de que autoriza os Estados Membros a permitirem que as despesas de envio sejam debitadas ao consumidor em caso de rescisão", o Tribunal de Justiça considerou



da e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias a contar da data em que é informado da decisão do consumidor de se retractar do contrato, nos termos do artigo 11.º⁵⁷. O profissional efectua o reembolso usando o mesmo meio de pagamento que o consumidor usou na transacção inicial, salvo acordo expresso em contrário pelo consumidor e na condição de o consumidor não incorrer em quaisquer custos como consequência desse reembolso. Salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens, no que toca aos contratos de compra e venda, o profissional pode reter o reembolso até ter recebido os bens de volta, ou até o consumidor ter apresentado prova do envio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro⁵⁷.

Sobre as obrigações do consumidor em caso de retraction, dispõe o artigo 14.º que, salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens, o consumidor devolve os bens ou entrega-os ao profissional, ou a uma pessoa

que: "56 Se as despesas de envio também devessem ser debitadas ao consumidor, essa imputação, que poderia necessariamente dissuadi-lo de exercer o seu direito de rescisão, seria contrária ao próprio objectivo do artigo 6.º da directiva" e que "tal imputação poderia pôr em causa a repartição equilibrada dos riscos entre as partes nos contratos à distância, fazendo o consumidor suportar todas as despesas ligadas ao transporte dos bens". O próprio facto de "o consumidor ter sido informado do montante das despesas de envio antes da conclusão do contrato não elimina o carácter dissuasivo que a imputação destas despesas ao consumidor teria no exercício por este do seu direito de rescisão".

⁵⁷ O artigo 12.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/2014, dispõe que: " Quando o bem entregue no domicílio do consumidor no momento da celebração de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, não puder, pela sua natureza ou dimensão, ser devolvido por correio, incumbe ao fornecedor recolher o bem e suportar o respetivo custo. O incumprimento da obrigação de reembolso dentro do prazo previsto no n.º 1, obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviços a devolver em dobro, no prazo de 15 dias úteis, os montantes pagos pelo consumidor, sem prejuízo do direito do consumidor a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais".



autorizada pelo profissional a recebê-los, sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que tiver informado o profissional da sua decisão de retractação do contrato, nos termos do artigo 11.º. Considera-se que o prazo é respeitado se o consumidor devolver os bens antes do termo do prazo de 14 dias. O consumidor suporta apenas o custo directo da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar o referido custo ou se o profissional não tiver informado o consumidor de que este último tem de suportar o custo. No caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial em que os bens foram entregues ao domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato, o profissional recolhe, a expensas suas, os bens se, pela sua natureza, estes não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio⁵⁸.

3. Cumprimento das obrigações contratuais durante o período de livre resolução

Sempre que o consumidor pretenda que a *prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano* se inicie durante o prazo de retractação previsto no artigo 9.º, n.º 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso, nos contratos à distância⁵⁹, ou num suporte duradouro, nos contratos celebra-

⁵⁸ Cfr. artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 24/2014.

⁵⁹ Artigos 8.º, n.º 8, e 7.º, n.º 3, da Directiva. O artigo 15.º, n.º 1, da Directiva, estabelece que: "*Sempre que o consumidor pretenda que a prestação do serviço se inicie durante o prazo previsto no artigo 10.º, o prestador do serviço deve exigir*



dos fora do estabelecimento comercial, casos em que o consumidor, exercendo o seu direito de livre resolução⁶⁰, paga ao profissional um montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retractação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato⁶¹.

Quanto ao cumprimento da obrigação de pagamento, os Estados-Membros não devem proibir as partes contratantes de cumprir as respectivas obrigações contratuais durante o prazo de retractação. Contudo, no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, os Estados-Membros podem manter a legislação nacional em vigor que proíba o profissional de exigir o pagamento ao consumidor durante um

que o consumidor apresente um pedido expresso através de suporte duradouro".

⁶⁰ Como referimos acima, o consumidor não suportará, todavia, quaisquer custos relativos à execução dos serviços ou ao fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, total ou parcialmente durante o prazo de retractação, se o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de retractação, nos termos do artigo 7.º, n.º 3 e do artigo 8.º, n.º 8. Igualmente quanto aos contratos de fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias referido no artigo 9.º (prazo a contar do dia da celebração do contrato), se o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retractação ao dar o seu consentimento, ou se o profissional não tiver fornecido a confirmação do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial (nos termos do artigo 7.º, n.º 2) ou à distância (nos termos do artigo 8.º, n.º 7), o consumidor não suportará quaisquer encargos, nos termos do artigo 14.º, n.º 4, alínea b). Ver o artigo 15.º, n.º 5, do Decreto Lei n.º 24/2014.

⁶¹ Artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 24/2014. O montante proporcional a pagar pelo consumidor ao profissional é calculado com base no preço total acordado no contrato. Se o preço total for excessivo, o montante proporcional é calculado com base no valor de mercado do que foi fornecido.



determinado período após a celebração do contrato⁶².

⁶² Cfr. artigo 9.º, n.º 3, da Directiva. Esta norma responde a situações como a que deu origem ao Processo C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts e Santurel Inter BVBA*, de 16 de Dezembro de 2008, onde o Tribunal de Justiça considerou que a proibição imposta ao vendedor de exigir um adiantamento ou pagamento antes do termo do prazo de resolução consistia numa restrição à liberdade de circulação, justificada, todavia, pela protecção do consumidor. Estava em discussão o artigo 80.º, n.º 3, da lei belga relativa à protecção do consumidor, com a seguinte redacção: "*Sem prejuízo da aplicação do artigo 45.º, n.º 1, da Lei de 12 de Junho de 1991, relativa ao crédito ao consumo, não pode ser exigido ao consumidor nenhum adiantamento ou pagamento antes do termo do prazo de resolução de sete dias úteis referido no n.º 1. Em caso de exercício do direito de resolução previsto nos n.ºs 1 e 2, o vendedor fica obrigado a reembolsar os montantes pagos pelo consumidor sem despesas para este. Este reembolso deve ser efectuado no prazo máximo de trinta dias a contar da data da resolução. A proibição referida no primeiro parágrafo não se aplica sempre que o vendedor faça prova de que cumpriu as regras estabelecidas pelo Rei a fim de permitir o reembolso dos montantes pagos pelo consumidor.*" O órgão jurisdicional de reenvio perguntou ao Tribunal de justiça, no essencial, se os artigos 28.º CE a 30.º CE se opunham a uma disposição respeitante à venda à distância como a que estava em causa no processo principal, que *proibia o fornecedor de exigir um adiantamento ou pagamento antes do termo do prazo de resolução*. Mas a situação tinha uma outra particularidade: segundo a interpretação da disposição em causa no processo principal adoptada pelas autoridades belgas, ao concluir um contrato à distância, o fornecedor *não podia exigir ao consumidor o número do seu cartão de crédito, mesmo que se compromettesse a não o utilizar para debitar o preço antes do termo do referido prazo*.

O Tribunal começou por apreciar a compatibilidade da disposição em causa no processo principal com o artigo 29.º CE tendo igualmente em conta a já referida interpretação dada pelas autoridades nacionais à disposição em causa. O Tribunal sublinhou que "*uma proibição desta natureza tem geralmente maiores consequências nas vendas transfronteiriças feitas directamente aos consumidores, em especial nas vendas efectuadas através da Internet, e isso em razão, nomeadamente, dos obstáculos que se colocam para proceder judicialmente contra consumidores faltosos noutro Estado Membro, sobretudo quando estão em causa pequenos montantes*". Considerou o Tribunal que, embora fosse aplicável a todos os operadores que actuam no território nacional, uma proibição como a que estava em causa afectava sobretudo, de facto, a saída dos produtos do mercado do Estado Membro de exportação do que a comercialização dos produtos no mercado nacional do referido Estado Membro. A proibição imposta ao fornecedor, numa venda à distância, quer de exigir um adiantamento ou pagamento antes do termo do prazo de resolução, quer de exigir aos consumidores o número do respectivo cartão de pagamento, mesmo que se comprometa a não o utilizar



para debitar o preço antes do termo do referido prazo, constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à exportação.

O Tribunal de Justiça apreciou, depois, se a medida nacional contrária ao artigo 29.º CE poderia ser justificada por uma das razões enunciadas no artigo 30.º CE, bem como por exigências imperativas de interesse geral, e se era proporcionada ao objectivo legítimo prosseguido. A disposição em causa, alegou o Estado Belga, havia sido adoptada com a finalidade de assegurar a protecção do consumidor e, em particular, o exercício eficaz do direito que lhe era garantido pelo artigo 6.º da Directiva 97/7, e assim o entendeu o Tribunal de Justiça: *"49 Com efeito, ao abrigo da faculdade reconhecida aos Estados Membros pelo artigo 14.º da Directiva 97/7 de adoptar, no domínio que a mesma regula, disposições mais rigorosas, o Reino da Bélgica optou por conferir uma maior protecção ao consumidor, proibindo os fornecedores não apenas de aplicarem uma penalização pelo exercício do direito de resolução mas também de exigirem um adiantamento ou pagamento antes do termo do prazo de resolução. A disposição em causa no processo principal pretende reforçar, desse modo, a liberdade do consumidor de pôr termo às relações contratuais, sem ter de se preocupar com o reembolso dos montantes que tenha adiantado"*.

Consideradas como visando um objectivo legítimo, cabia perguntar se a medida era proporcional, ou seja, se os meios utilizados pela regulamentação nacional eram aptos para realizar os objectivos prosseguidos e se não ultrapassavam o necessário para os alcançar. Quanto à proibição de exigir um adiantamento ou pagamento antes do termo do prazo de resolução, bem como a proibição de pedir aos compradores que indiquem o número do respectivo cartão de pagamento, considerou-as o Tribunal como *adequadas* para assegurar uma protecção elevada dos consumidores no quadro das vendas à distância, nomeadamente no que respeita ao exercício do direito de resolução.

No que respeita à *necessidade* da medida para alcançar o objectivo proposto - nomeadamente se não seria possível prever medidas igualmente eficazes na protecção dos consumidores, mas com um efeito menos restritivo no comércio intracomunitário - o Tribunal recordou que uma das particularidades dos contratos de venda à distância é o desfasamento existente entre a execução das obrigações contratuais de cada uma das partes, que cria para as partes contratantes um risco específico de inexecução. Assim, é possível que o consumidor seja levado a pagar a mercadoria antes de a receber ou, pelo contrário, que o fornecedor seja levado a entregar a mercadoria sem ter recebido o respectivo preço. Ora, este desfasamento cria, para as partes contratantes, um risco específico de inexecução. Neste sentido: *"55 Cabe aos Estados Membros determinar, no respeito do direito comunitário, por um lado, a forma como esse risco deve ser repartido entre o fornecedor e o consumidor e, por outro, os meios de que essas partes dispõem para se precaverem contra ele. 56 Embora aumente a incerteza dos fornecedores quanto ao pagamento do preço da mercadoria entregue, a proibição de exigir*



4. Depreciação da coisa durante o período de livre resolução

O artigo 14.º, no seu n.º 5, reitera o princípio geral que, à excepção do previsto no artigo 13.º, n.º 2 (o profissional não é obrigado a reembolsar os custos adicionais de envio, se o consumidor tiver solicitado expressamente uma modalidade de envio diferente da modalidade padrão menos onerosa proposta pelo profissional), o consumidor não incorre em qualquer responsabilidade decorrente do exercício do direito de retractação⁶³. O artigo 14.º, n.º 2, estabelece que o consumidor só é

um pagamento enquanto corre o prazo de resolução é necessária para assegurar o nível de protecção visado pela disposição em causa no processo principal [sublinhado nosso]. Com efeito, o consumidor que tenha pago um adiantamento ao fornecedor estará menos disposto a exercer o seu direito de resolução, e isto mesmo que os produtos entregues não satisfaçam plenamente as suas exigências."

Relativamente à proibição imposta ao fornecedor de exigir o número do cartão de pagamento do consumidor, considerou-a também o Tribunal como *adequada* para assegurar uma elevada protecção do consumidor. Contudo, a proibição imposta ao fornecedor de exigir o número do cartão de pagamento do consumidor tem como única utilidade afastar o risco de que o fornecedor debite o preço antes do termo do prazo de resolução. Ora, se esse risco se concretizasse, o comportamento do fornecedor violaria, em si mesmo, a proibição enunciada pela disposição em causa no processo principal, ela própria uma medida apropriada e proporcionada à protecção do consumidor. Assim: "*62 Impõe-se, por conseguinte, concluir que a proibição imposta ao fornecedor de exigir o número do cartão de pagamento do consumidor vai além do que é necessário para alcançar o objectivo principal prosseguido*".

⁶³ No Processo C-489/07, *Messner contra Firma Stefan Krüger*, de 3 de setembro de 2009, o litígio em causa no processo principal era o seguinte: Em 2 de Dezembro de 2005, P. Messner comprou à Stefan Krüger, pela Internet, um compu-



responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma

tador portátil, em segunda mão, pelo preço de 278 euros. Na altura da compra, a Stefan Krüger anunciava as condições gerais de venda na Internet, onde se podia ler, nomeadamente, que o comprador deveria pagar uma indemnização compensatória pela deterioração resultante da utilização normal do bem. Em Agosto de 2006, surgiu um defeito no ecrã do computador. P. Messner informou a Stefan Krüger do defeito, em 4 de Agosto de 2006. Como esta se recusou a eliminar o defeito gratuitamente, em 7 de Novembro de 2006, P. Messner declarou que rescindia o contrato de compra e venda e propôs enviar o computador portátil à Stefan Krüger contra reembolso do preço [A rescisão foi feita nos prazos previstos no BGB, na medida em que P. Messner não tinha recebido as informações que, nos termos das disposições desse código, são necessárias para dar início ao prazo de rescisão]. P. Messner reclamou da Stefan Krüger o montante de 278 euros no Amtsgericht Lahr. A Stefan Krüger contestou em juízo esse pedido, alegando que, de qualquer forma, P. Messner lhe devia uma indemnização compensatória correspondente a quase oito meses de utilização do computador portátil.

O *Amtsgericht Lahr* suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte: "As disposições conjugadas do n.º 2 e do n.º 1, segunda frase, do artigo 6.º da Directiva 97/7 [...] devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que prevê que, em caso de resolução dentro do prazo pelo consumidor, o vendedor pode exigir uma indemnização pelo uso do bem entregue?"

O Tribunal começou por referir, seguindo nesse ponto a Advogada-Geral V. Trstenja, que no caso de o consumidor ter de pagar uma indemnização compensatória pelo simples facto de ter tido a possibilidade de utilizar o bem adquirido através de um contrato à distância, durante o tempo em que esteve na sua posse, tal significaria que o consumidor só poderia exercer o direito de rescisão mediante o pagamento dessa indemnização. Essa consequência estaria em clara contradição com a redacção e a finalidade do artigo 6.º, n.ºs 1, segundo período, e 2, da Directiva 97/7 e privaria nomeadamente o consumidor da possibilidade de fazer uso, em liberdade e sem qualquer pressão, do prazo de reflexão que lhe é conferido pela directiva. Do mesmo modo, a eficácia e a efectividade do direito de rescisão seriam postas em causa se o consumidor tivesse de pagar uma indemnização compensatória pelo simples facto de ter *analisado e experimentado* o bem adquirido através de um contrato à distância. Na medida em que o direito de rescisão tem precisamente por objectivo dar essa possibilidade ao consumidor, o facto de ter feito uso dela não pode ter a consequência de o consumidor só poder exercer esse direito na condição de pagar uma indemnização.

Contudo, considerou o Tribunal que, embora a Directiva 97/7 se destinasse a proteger o consumidor na situação particular de um contrato à distância, não tinha por objectivo conferir-lhe direitos que fossem "além do necessário para o exercício útil do seu direito de rescisão". Por conseguinte, a finalidade da Directiva 97/7 e,



manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens⁶⁴. Sublinhe-se que se o consumidor utilizar o bem numa medida

nomeadamente, a proibição prevista no seu artigo 6.º, n.ºs 1, segundo período, e 2, “*não se opõem, em princípio, a que a regulamentação de um Estado Membro imponha ao consumidor o pagamento de uma indemnização compensatória equitativa no caso de este ter feito uso do bem adquirido através de um contrato à distância, de uma forma incompatível com os princípios do direito civil, como a boa fé ou o enriquecimento sem causa*”. O Tribunal esclareceu ainda que - decorrendo do último período do décimo quarto considerando da Directiva 97/7 que competia aos EstadosMembros determinarem as outras condições e modalidades que resultem do exercício do direito de rescisão - essa competência deveria ser exercida no respeito da finalidade da directiva e não podia pôr em causa a eficácia e a efectividade do direito de rescisão. Seria esse o caso se, por exemplo, o montante de uma indemnização compensatória fosse desproporcionado relativamente ao preço de compra do bem em questão, ou ainda se a regulamentação nacional impusesse ao consumidor o ónus da prova de que não utilizou esse bem, durante o prazo de rescisão, de uma forma que fosse além do necessário ao exercício útil do seu direito de rescisão.

À luz destes princípios, decidiu o Tribunal que caberia ao órgão jurisdicional nacional decidir as causas que lhe fossem submetidas, tendo devidamente em conta todas as suas especificidades, nomeadamente a natureza do produto em questão e a duração do período no termo do qual, por causa da inobservância do dever de informação por parte do vendedor, o consumidor exerceu o seu direito de rescisão. O tribunal respondeu, pois, à questão que lhe foi colocada do seguinte modo: “o artigo 6.º, n.ºs 1, segundo período, e 2, da Directiva 97/7 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que, de maneira geral, preveja, a possibilidade de o vendedor exigir do consumidor uma indemnização compensatória pela utilização de um bem adquirido por contrato à distância, no caso de o consumidor ter exercido o seu direito de rescisão dentro do prazo. Contudo, essas mesmas disposições não se opõem a que se imponha ao consumidor o pagamento de uma indemnização compensatória pela utilização desse bem, no caso de ele ter usado o referido bem de uma forma incompatível com os princípios do direito civil, como a boa fé ou o enriquecimento sem causa, desde que não se ponha em questão a finalidade dessa directiva e, nomeadamente, a eficácia e a efectividade do direito de rescisão, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar”.

⁶⁴ Relembre-se, todavia, que o consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea h).



que excede o necessário para verificar a sua natureza, as suas características e o seu funcionamento, não perde o direito de retractação do contrato – ao contrário do que acontece no regime do Código Civil, em particular, na segunda modalidade da venda a contento (onde o comprador fica com o direito de resolver unilateralmente o contrato, se a coisa não lhe agradar), em que, nos termos do artigo 432.º, n.º 2, ex vi 924.º, n.º1, “a parte, porém, que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato” – mas será antes responsabilizado pela eventual depreciação dos bens resultante dessa manipulação⁶⁵. A medida para apreciar a utilização do bem será o comportamento aceitável numa loja: o consumidor apenas deverá proceder às mesmas manipulações e à mesma inspecção que as admitidas numa loja. Por exemplo, o consumidor deverá poder provar uma peça de vestuário, mas não usá-la⁶⁶. Quanto ao critério para apreciar a conduta do consumidor terá de ser o padrão do homem médio. Não se pode considerar um critério menos exigente, pois o compra-

⁶⁵ Esta solução está de acordo quer com o artigo 1269.º do Código Civil, que estabelece que possuidor de boa fé só responde pela perda ou deterioração da coisa se tiver procedido com culpa (relembre-se que, nos termos do artigo 1260.º, n.º 2, a posse titulada presume-se de boa fé), quer com o artigo 9.º-C, da Lei 24/96, de 31 de Julho, sobre a transferência de risco: “1 - Nos contratos em que o fornecedor envia os bens para o consumidor, o risco de perda ou dano dos bens transfere-se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens. 2 - Se o consumidor confiar o transporte a pessoa diferente da proposta pelo fornecedor de bens, o risco transfere-se para o consumidor com a entrega do bem ao transportador.”

⁶⁶ Vide o Considerando 47 e a transposição literal do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

dor ainda não tem a convicção de ser proprietário – que poderia eventualmente legitimar um critério menos lasso, em vista da amplitude dos poderes do proprietário –, nem está a agir como se o fosse. Este critério, todavia, tem de ser concretizado em cada caso concreto, considerando, nomeadamente, a natureza do produto e o período decorrido antes do exercício do direito de resolução.

5. Repercussão dos efeitos da resolução do contrato nos contratos acessórios

Estabelece o artigo 15.º da Directiva⁶⁷ que o exercício do direito de retractação, nos termos legalmente admitidos, determina a automática rescisão dos contratos acessórios, sem quaisquer custos para o consumidor. Para efeitos da Directiva, são contratos acessórios todos aqueles ao abrigo dos quais “o consumidor adquire bens ou serviços no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial e estes bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional”⁶⁸.

O conceito de contrato acessório adoptado pela Directiva afasta-se, pois, do conceito que encontramos na Directiva do crédito ao consumo, e que surge efectivamente ressalvado no artigo 15.º, n.º 1, da Directiva 2011/83/UE. No artigo 15.º, n.º 1,

⁶⁷ No mesmo sentido, o artigo 16.º do Decreto-Lei 24/2014.

⁶⁸ Cfr. artigo 2.º, n.º 15. No Decreto-Lei n.º 24/2014, vide o artigo 3.º, alínea e).



da Directiva 2008/48/CE⁶⁹, com a epígrafe “Contratos de crédito ligados”, prevê-se que: “Caso tenha exercido um direito de retractação com base na legislação comunitária referente a um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, o consumidor deixa de estar vinculado por um contrato de crédito ligado”. O artigo 3.º, alínea n), da mesma Directiva define o contrato de crédito ligado como um contrato de crédito nos termos do qual o crédito em questão serve exclusivamente para financiar um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de um serviço específico e estes dois contratos constituem uma unidade comercial de um ponto de vista objectivo. Considera-se que existe uma unidade comercial quando o crédito ao consumidor for financiado pelo próprio fornecedor ou prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiros, quando o mutuante recorrer aos serviços do fornecedor ou prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou caso os bens específicos ou a prestação de um serviço específico estejam expressamente previstos no contrato de crédito.

O legislador, no regime da contratação à distância, não exigiu uma unidade económica⁷⁰ em sentido objectivo⁷¹, mas antes uma *mera conexão entre os dois contratos*, conexão

⁶⁹ Directiva 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 Directiva 87/102/CEE do Conselho.

⁷⁰ Sobre os nexos de solidariedade ou recíproco condicionamento entre as prestações ou efeitos negociais que determinam a unidade negocial, vide FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra Editora, 2014, pp. 138 e ss.

⁷¹ CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, “Incidencia em el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo* 1 (2012), p. 36.



essa que deve apresentar uma dimensão *objectiva*, mais estreita - que o consumidor adquira os bens ou serviços no âmbito de um mesmo contrato, ou seja, - e uma dimensão *subjectiva*, mais ampla: que estes bens ou serviços sejam fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional. Estamos, pois, por defeito, fora do âmbito dos contratos de crédito coligados. O regime aqui previsto não afasta, nem colide com, as regras do crédito ao consumo relativas a contratos coligados estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, que ficam, pois, salvaguardadas.

Conclusão

A Directiva 2011/83/UE estabeleceu uma *harmonização total atenuada* de certos aspectos do regime da contratação à distância ou fora do estabelecimento comercial, em particular das regras relativas à informação a facultar aos consumidores e ao direito de retractação, que não nega, mas antes oferece ou impõe aos concretizadores desse regime uma certa margem de apreciação.

Da análise que levámos a cabo, concluímos, em primeiro lugar, que, na qualificação de um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial, em que o *iter negotii* se encadeie numa série mais ou menos morosa de actos preparatórios, caberá ao julgador verificar, em cada caso concreto, se a *formação da vontade negocial*, subjacente à declaração de vontade negocial do consumidor, ocorreu à distância ou fora do estabelecimento comercial: só esta constatação fará surgir



a específica vulnerabilidade do consumidor que fundamenta e justifica o regime protector da Directiva. Esta leitura é coerente quer com o regime instituído no Código Civil português, em termos de responsabilidade pré-negocial, quer com o próprio regime da Directiva, que distingue o momento *negociatório* do momento da *conclusão* do contrato.

Em segundo lugar, e quanto ao não cumprimento pelo profissional dos seus deveres de informação, somos da opinião de que este não afecta a validade do negócio, mas antes o atinge na sua eficácia. Assim, para além das consequências expressamente previstas - nos termos do n.º 6, do artigo 6.º, no caso de o profissional não cumprir os *requisitos de informação relativos aos encargos suplementares ou outros custos referidos no n.º 1, alínea e), ou aos custos de devolução dos bens referidos no n.º 1, alínea i)*, da mesma norma, o consumidor não tem de suportar os referidos custos ou encargos; (no mesmo sentido, artigo 4.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 24/2014); o consumidor não suportará quaisquer custos relativos à execução dos serviços ou ao fornecimento de água, gás ou electricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, total ou parcialmente durante o prazo de retractação, se o profissional não tiver prestado informações, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alíneas h) ou j), ou se o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de retractação, nos termos do artigo 7.º, n.º 3 e do artigo 8.º, n.º 8 (no mesmo sentido, o artigo 15.º, n.º 5, alínea a), do Decreto-Lei n.º 24/2014); se o profissional não informar o consumidor sobre o direito de retractação, o prazo de retractação só expirará doze meses após o termo do prazo de retractação inicial, nos termos do artigo 10.º da Directiva (igualmente, o artigo

10.º, n.º 3, do Decreto-lei 24/2014); e em caso de retractação, consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea h) (transposto pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 24/2014) -, deve entender-se, como princípio geral, que o não cumprimento dos deveres de informação torna o contrato *ineficaz* relativamente ao consumidor, isto é, *não o vincula às obrigações* decorrentes do contrato celebrado, e que estejam *relacionadas com o dever de informação* omissa como, por exemplo, o não pagamento do preço ou o início da contagem dos prazos.

Por último, verificámos que também as regras relativas ao exercício do direito de resolução do contrato convocam a valoração do julgador. Para determinar se o consumidor é ou não responsável pela deterioração do bem no período correspondente ao exercício do direito de livre resolução, cabe-lhe averiguar e apreciar se a inspecção e a utilização do bem pelo consumidor correspondem ao comportamento aceitável numa loja, segundo o padrão do homem médio. Este critério não dispensa uma concretização em cada caso concreto, que considere, nomeadamente, a natureza do produto e o período decorrido antes do exercício do direito de resolução.

Em síntese, a harmonização maximalista da Directiva revela-se, cremos, um meio adequado da protecção dos consumidores, porquanto oferece um regime ainda *aberto ao direito nacional*, quer às disposições nacionais em matéria contratual, quer à *praxis* judiciária, aquando da subsunção dos casos específicos às formulações gerais oferecidas, que conduz à decisão concreta do julgador.



CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA E PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

Pedro Maia¹

1. Introdução. Direito do consumidor e direito comercial

Encontram-se transpostas para o ordenamento jurídico português a Directiva 2005/29/UE, de 11 de Maio de 2005, relativa às *práticas comerciais desleais* das empresas face aos consumidores no mercado interno, e a Directiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores: a primeira, pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que acolhe o regime das *práticas comerciais desleais*; a segunda, pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, sobre *contratos celebrados a distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*.

Deste modo, o legislador optou por transpor a legislação comunitária através de diplomas *avulsos*, assumindo os in-

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Investigador do seu Instituto Jurídico.



convenientes e os riscos decorrentes do persistente aumento da dispersão legislativa em matéria de direito do consumidor².

No que toca à Directiva 2005/29/UE (práticas comerciais desleais), a transposição mediante diploma avulso não foi a primeira opção apresentada ao legislador. Na verdade, à data da publicação desta Directiva (2005), encontrava-se em preparação um *Código do Consumidor* — pela “Comissão para a Reforma do Direito do Consumo e do Código do Consumidor”, presidida por António Pinto Monteiro. O *Código*, além de reunir num só diploma, de forma sistemática e racional, o acervo legislativo disperso em matéria de direito do consumidor, procurava ainda introduzir diversas novidades, como justamente salientava Pinto Monteiro³. Nessa linha, o documento colocado a consulta pública pela referida Comissão em março de 2006, designado “Código do Consumidor. Anteprojecto”, incorporava, nos seus arts. 129º a 164º, um regime de práticas comerciais desleais (subsecção II), abrangendo as práticas comerciais *enganosas* e as práticas comerciais *agressivas*. Estes preceitos transpunham a Directiva.

O Código do Consumidor não chegou, todavia, a ser aprovado e o governo acabou por optar pela transposição através de um diploma avulso — o já referido Decreto-Lei n.º 57/2008. Este diploma não corresponde, sublinhe-se, ao teor dos artigos

² Sobre a matéria, cfr., por exemplo, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Discurso do presidente da comissão do código do consumidor”, in *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra Separata*, LXXII, 1996, pp. 404s., ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de direito do consumidor*, n.º 4, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 128s., e PAULO MOTA PINTO, “O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo.”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, Edições Almedina, Coimbra, 2006, pp. 119ss.

³ *Código do consumidor Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2006, p. 7.

129º a 164º do Anteprojecto do Código do Consumidor: além de a redacção não ser igual, existem aspectos *substancialmente diferentes*, à cabeça dos quais se encontra o âmbito de aplicação. De facto, apesar de tanto o Anteprojecto do Código de Consumidor quanto o Decreto-Lei n.º 57/2008 visarem a relação do profissional com o consumidor (*business-to-consumer*) — sendo o consumidor definido como uma *pessoa singular, actuando fora da sua actividade profissional* —, o Anteprojecto continha uma norma geral de *extensão da aplicação do regime também às pessoas colectivas*, se estas provassem não dispor nem deverem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostrasse de acordo com a equidade (art. 12º, n.º 1). Verificados estes pressupostos, também as pessoas singulares que actuassem dentro do âmbito da sua actividade profissional poderiam beneficiar daquela extensão (vide o art. 12º, n.º 2). Ou seja, embora de forma *restrita e condicionada*, o Anteprojecto, ao invés do Decreto-Lei n.º 57/2008, na sua versão original, também abrangeria (parte d) as relações entre profissionais (*business-to-business*)⁴.

Esta orientação seguida pelo legislador em 2008, que cingiu o novo regime das práticas comerciais desleais às relações de *empresas com consumidores*, estabeleceu uma clara

⁴ Para a apresentação e justificação desta proposta, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre o direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor.", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, Edições Almedina, Coimbra, 2006, pp. 46s. Apesar de se tratar de uma Directiva de harmonização máxima, a extensão do conceito de consumidor não violaria a Directiva. Neste sentido, ASSUNÇÃO CRISTAS, "Concorrência desleal e protecção do consumidor: A propósito da directiva 2005/29/CE", in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, 2007, p. 146, e JORGE MORAIS CARVALHO, "Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores - as respostas do Direito das sociedades comerciais", in *RDS*, ano III, n.º 1, 2011, p. 190.



e vincada separação de regimes legais com base num critério *subjectivo*. Na verdade, uma vez que os consumidores só podem ser, para estes efeitos, *personas singulares* (art. 3º, al. a), DL n.º 57/2008) — embora nem todas as *personas singulares* sejam consumidores —, tem de concluir-se que o regime desta relação passou a ser determinado *negativamente* pela *natureza do sujeito*: as relações *entre personas colectivas* ficaram totalmente afastadas no primeiro diploma de transposição da Directiva (DL n.º 57/2008) sobre o regime das práticas comerciais desleais⁵.

A relevância de um critério *subjectivista* na determinação do regime jurídico aplicável encontra-se também no direito comercial, cujo âmbito de aplicação se cruza necessariamente com o das práticas comerciais desleais. É certo que a referência *subjectiva* central do direito mercantil é o *comerciante* (art. 13º do Código Comercial), cuja presença na relação pode alterar/determinar a aplicação de um regime especial, ao passo que, diferentemente, o legislador se serviu, no DL n.º 57/2008, do conceito de “*profissional*” para delimitar o âmbito de aplicação do diploma (v. arts. art. 3º, al. b)).

Mas não é menos certo que o conceito de “*profissional*” se reconduz ao de “*empresário*”: basta constatar que, para determinar o âmbito de aplicação do diploma, o art. 1º do DL n.º 57/2008 se serve do conceito de “*empresa*” (à semelhança, aliás, da Directiva) e que a própria definição legal de prática comercial desleal assenta também na *empresa* (art. 3º, al. d), DL n.º 57/2008). O “*profissional*” é pois o “*empresário*”, embora a lei, seguindo uma técnica discutível, defina o conceito de “pro-

⁵ Mas veja-se o que se dirá adiante, tendo em conta a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro.



fissional" (art. 3º, al. b)), mas se sirva de um outro — o conceito de *empresa* — para determinar o seu âmbito de aplicação (art. 1º) — conceito este que não define. Deve muito simplesmente entender-se que o *profissional* é o *empresário* (ou *empresa*, em sentido subjectivo).

E, embora no direito comercial a figura do *empresário* não coincida ou possa não coincidir inteiramente com a do *comerciante* — é uma matéria vastamente discutida na doutrina, que não iremos analisar aqui⁶ —, pode assentar-se em que, se não sempre, pelo menos o mais das vezes o comerciante será um *empresário* e o *empresário* será um *comerciante*.

De onde decorre que o "profissional"/"empresa" requerido pelo DL n.º 57/2008 para a respectiva aplicação é, em regra, um *comerciante*.

Contudo, ao invés do que sucede no direito comercial — que se aplica às relações *entre comerciantes* e, depois, se *estende*, embora não integralmente, às *relações dos comerciantes com os não-comerciantes* —, o DL n.º 57/2008 estabelece um regime que não se aplica àqueles primeiros sujeitos: o regime das práticas comerciais desleais abrange apenas os casos em que esteja presente um, mas apenas um, *profissional* (um *comerciante*).

De modo que, neste sentido, o regime apresentado na versão original do DL n.º 57/2008 *contraria a tendência* que o direito comercial foi, historicamente, apresentando — um *direito*

⁶ Veja-se, com perspectivas diferentes sobre a matéria, A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, III, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1975, pp. 126ss., JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, I, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 116ss., e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 111ss.



de classe, um direito dos comerciantes e para os comerciantes —, tendência essa de sujeitar ao direito pensado para as relações entre comerciantes também as relações destes com os não-comerciantes. Essa tendência expansionista do direito comercial parece ser contrariada pela afirmação de um direito do consumidor de aplicação reservada e exclusiva aos chamados *actos mistos*⁷, isto é, actos em que o comerciante se relaciona com o mundo civil, o mundo do consumidor. A posição de princípio afirmada no art. 99º do Código Comercial, de que, para tais actos mistos, vale o mesmo regime aplicável aos actos comerciais bilaterais — quer dizer, que o regime das relações entre comerciantes se aplica também às relações destes com os não comerciantes (consumidores) —, é, não só afastada, como invertida: em vez de se estender às relações mistas o regime especial que o direito comercial é, cria-se um direito especial para subordinar os profissionais (comerciantes) à satisfação de interesses dos consumidores (não comerciantes). Nessa zona de contacto entre a esfera comercial e a não-comercial em que os actos mistos se situam, parece substituir-se a aplicação de um direito especial pensado para (e em benefício d)os comerciantes (profissionais) por um outro direito especial mas de sentido contrário, porque pensado para (e em benefício d)os

⁷ Os actos mistos a que nos referimos nada têm que ver com aqueles, que a doutrina também designa de “mistos”, em que a actuação do sujeito tem objectivos mistos, quer dizer, o acto insere-se em parte na actividade profissional do sujeito e noutra parte não. Sobre tais actos, vide PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo a directiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de direito do consumidor Doutrina*, n.º 2, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000, pp. 215s., e FERNANDO DIAS SIMÕES, “O conceito de consumidor no Direito Português (II)”, in *JusNet*, 35, 2012, p. 2.

não-comerciantes (consumidores)⁸.

Sem pretendermos sobrevalorizar a importância e o alcance de um só diploma, não podemos deixar de sublinhar as suas repercussões sistemáticas, considerando a *progressiva afirmação do direito do consumidor*.

Na verdade, a articulação deste novo direito, muito inspirado ou mesmo determinado pelo direito europeu — que se serve cada vez mais das chamadas directivas de “harmonização máxima”⁹ —, com o direito comercial ainda existente não se afigura sempre fácil, sobretudo tendo em conta a utilização de *critérios subjectivos dissonantes*. Tenha-se, por exemplo, presente que, em virtude do disposto no art. 2º do Código Comercial, os actos dos comerciantes são *subjectivamente comerciais* — a não ser que resulte o contrário do acto ou o respectivo tipo seja, em abstracto, insusceptível de se conectionar com uma actividade mercantil —, a que se junta a presunção de que tais actos são praticados no exercício do respectivo comércio (art. 15º do Código Comercial)¹⁰.

⁸ O que já levou CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 201, a afirmar que o regime dos actos mistos se tornou “anacrónico e foi absorvido pelas regras especiais aplicáveis às relações de consumo”.

⁹ Cujos méritos não se mostram inquestionáveis. Vide, por exemplo, HANS SCHULTE-NÖLKE, “The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?”, in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, nº 4, 2015, pp. 135s., e JORGE MORAIS CARVALHO/PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados a distância e fora do estabelecimento comercial*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 15ss., e JORGE PEGADO LIZ, “Práticas Comerciais Desleais”, in *Estudos de Direito do Consumo*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 116ss. e 130.

¹⁰ M. NOGUEIRA SERENS, “A propósito do assento n.º 4/78: o art. 10.º do Cód. Comercial na doutrina e na jurisprudência”, in *RDE*, ano V, n.º 1, 1979, p. 41, e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito... cit.*, I, pp. 135ss. (defendendo, a pp. 138ss., a aplicação da presunção do art. 15º do Código Comercial também ao comerciante não casado).



Daqui decorre que, para os actos de *peessoas singulares* que tenham a qualidade de comerciantes, existe no ordenamento uma “presunção” de que a sua prática ocorreu no exercício do respectivo comércio: e, por conseguinte, a presunção de que o comerciante não age (nunca) como consumidor, quer dizer, a presunção de que o comerciante nunca actua “com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial industrial, artesanal ou profissional” (art. 3º, al. a), DL n.º 57/2008). A presunção estabelecida na lei mercantil afasta (tende a afastar) os comerciantes em nome individual da qualidade de consumidores, mesmo nos casos em que tenham, efectivamente, agido à margem da qualidade de comerciantes.

Com certeza que o comerciante (pessoa singular) poderá, para reclamar, *enquanto consumidor*, a aplicação do regime do DL n.º 57/2008, demonstrar que agiu num determinado acto à margem da qualidade de comerciante e que, portanto, agiu *enquanto consumidor*. Contudo, uma vez que, à luz do Código Comercial, a natureza do acto se estabelece *definitivamente no momento da respectiva prática* — ou, melhor, tendo apenas em conta os factos conhecidos ou cognoscíveis pelo declaratório até esse momento —, então essa prova posterior (ou assente em factos só posteriormente conhecidos pelo declaratório) não afectará a qualificação do acto como comercial.

E, no final, a um acto qualificado como *bilateralmente comercial* aplicar-se-á um regime especial de *sinal contrário*, que visa a protecção do não profissional (consumidor) na sua relação com o profissional (comerciante). A um acto bilateralmente comercial poderá aplicar-se, não o direito comercial, mas o direito do consumidor.

Ainda em sede de desarticulação sistemática, pode apontar-se a relação com a própria Lei de Defesa do Consumidor (LDC).

Na verdade, a noção de *consumidor* não é comum aos dois diplomas: a LDC, o diploma geral de enquadramento do direito do consumidor no direito português, considera consumidor “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios” (art. 2.º, n.º 1). De acordo com a opinião maioritária da doutrina, o consumidor pode, para efeitos desta lei, ser uma *pessoa colectiva*, desde que esteja a actuar fora da sua actividade própria¹¹. Ao invés, o Decreto-Lei n.º 57/2008 acolhe a noção da Directiva, restrita às *peçoas singulares*. De onde resulta que, tendo em conta a noção ampla acolhida na LDC, nem todos os consumidores para esta lei beneficiem do regime relativo

¹¹ Neste sentido, PAULO DUARTE, “O conceito Jurídico de consumidor, segundo o art. 2.º/1 da Lei da Defesaa do Consumidor”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, 1999, pp. 661ss., PAULO MOTA PINTO, *Conformidade...* cit., p. 214, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, t. I, 3.º ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 214, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual do Direito do Consumo*, 2.º ed., Edições Almedina, Coimbra, 2014, p. 16, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. 1, 2002, pp. 22s. (em tom dubitativo). Sustentando que a Lei de Defesa do Consumidor deve ser interpretada no sentido de excluir as pessoas colectivas da noção de consumidor, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 58ss., JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril Directiva 1999/44/CE comentário*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 44, e, também, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito...* cit., pp. 49ss.; (aparentemente com dúvidas) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 143.º, n.º 3987, 2014, pp. 376s., e também LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, in *Liber Amicorum Mário Frota - A Causa dos Direitos dos Consumidores*, 2012, pp. 22s.



às práticas comerciais desleais consagrado no Decreto-Lei n.º 57/2008 e que, portanto, relativamente a estes *consumidores-pessoas colectivas* continuem a ter relevância algumas disposições gerais da LDC — mormente os arts. 7º (direito à informação em geral), 8º (direito à informação em particular), 9º (direito à protecção dos interesses económicos), 10º (acção inibitória) e 12º (direito à reparação de danos)¹².

Com a recente alteração ao DL n.º 57/2008, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro, o âmbito de aplicação do diploma foi, no que respeita às práticas comerciais que se traduzam em *acções enganosas* (art. 7º) — mas já não no que respeita às *omissões enganosas* (art. 9º), nem às *práticas comerciais agressivas* (arts. 11ºss.) —, *relevantemente alterado*, passando a aplicar-se também “às relações entre empresas no que respeita às acções enganosas no n.º 3 do art. 7º” (art. 1º, n.º 2, DL n.º 57/2008). Isto é, uma parte relevante do regime das práticas comerciais desleais passou a valer não apenas na relação de consumidores com comerciantes, mas também na relação *entre empresas (comerciantes)*. Sublinhe-se que o legislador não ampliou o *conceito de consumidor* usado neste diploma — que se manteve circunscrito às pessoas singulares —, tendo-se servido, sim, da ampliação parcial do seu âmbito *subjectivo*: relativamente às práticas comerciais enganosas, são abrangidas também as relações entre empresas, quer dizer, relações entre *não-consumidores* (à luz do conceito acolhido nesta lei).

A técnica por que o legislador optou — não ampliar o *conceito de consumidor*, mas *estender o âmbito subjectivo de*

¹² Sublinhando o diferente âmbito da noção de consumidor na LDC e no Decreto-Lei n.º 57/2008, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Práticas comerciais desleais...* cit., p. 190, nota 8.

aplicação do diploma — tem implicações, uma vez que, às relações entre empresas que agora passaram a ser também abrangidas, não se deverá aplicar a Lei de Defesa do Consumidor, enquanto regime mais geral no plano do direito do consumidor (mas neste âmbito afastado pelo regime do DL n.º 57/2008). Desde logo, não sendo a pessoa colectiva um *consumidor* à luz do DL n.º 57/2008 — embora pudesse merecer essa qualificação à luz da LDC —, aquele diploma não será aplicável às práticas comerciais desleais com *empresas-pessoas colectivas*. E, em particular, a não aplicação de uma norma da LDC, o art. 7º, n.º 5 (“as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se vierem a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”¹³), poderá ser materialmente relevante, pela importância que assume na determinação dos direitos da contraparte (consumidor).

Por outro lado, a alteração introduzida no DL n.º 57/2008 estendeu às relações *entre empresas* a aplicação do regime das práticas comerciais enganosas (previstas nas als. *a*) a *d*) e *f*) do art. 8º, n.º 1), mas não incluiu nessa extensão a chamada *lista negra*, constante do art. 8º — aquelas práticas consideradas enganosas “em qualquer circunstância”. O que suscita a questão de saber se estas práticas enganosas — dir-se-ia, *as mais enganosas de todas* — já não são proibidas quando se realizem na relação entre empresas.

¹³ A Lei dos Seguros contém norma de conteúdo similar (art. 33º), embora estabelecendo um intervalo temporal máximo de um ano entre a emissão da mensagem publicitária e a celebração do contrato e ressalvando a possibilidade de as cláusulas do contrato prevalecerem sobre as mensagens publicitárias se aquelas forem mais favoráveis ao tomador do seguro.



A resposta tem de ser negativa. Tais práticas são enganosas e proibidas *na medida em que se verifiquem os requisitos do art. 7º*, mormente os estabelecidos no proémio do preceito. Sendo esse o caso — quer dizer, tratando-se de uma “prática que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correcta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor [a empresa] em relação a um ou mais elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou é susceptível de conduzir o consumidor [a empresa] a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo” —, então a prática merecerá a qualificação de enganosa e a sanção da proibição. Todavia, uma vez que, relativamente às práticas entre empresas, não se aplica o art. 8º, essas práticas não serão “enganosas em qualquer circunstância”, quer dizer, será necessário provar os elementos integrantes do conceito de *prática enganosa proibida* constantes do art. 7º, n.º 1.

Também não é aplicável às relações entre empresas o regime das *omissões enganosas* (art. 9º), nem das *práticas comerciais agressivas* (art. 11º). O que não significa, necessariamente, que tais condutas sejam lícitas, significando apenas que não são proibidas *ao abrigo do disposto no DL n.º 57/2008*, enquanto práticas comerciais desleais. Contudo, já poderá ser-lhes aplicado o regime da concorrência desleal (art. 317º CPI) e da publicidade enganosa (art. 11º do Código da Publicidade).

2. A contratação a distância e fora do estabelecimento: âmbito subjectivo de aplicação

Através do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, foi transposta para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores, que regula “os contratos celebrados a distância e os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial” (art. 2º).

Não se trata do primeiro diploma a versar sobre esta matéria: antes, já o DL n.º 272/87, de 3 de abril, e, mais desenvolvidamente, o DL n.º 143/2001, de 26 de abril¹⁴, haviam submetido os negócios celebrados a distância, quer dizer, sem a presença física do consumidor junto do profissional, a um regime especial. Os diplomas anteriores abrangiam não só “contratos negociados fora do estabelecimento e a distância”, mas ainda modalidades *proibidas* de venda de bens ou de prestação de serviços — veja-se o Capítulo III do DL n.º 272/87 (arts. 13º ss.)¹⁵ e o Capítulo V do DL n.º 143/2001 (arts. 26ºss.).

Com o DL n.º 57/2008 (relativo às práticas comerciais

¹⁴ Entretanto alterado pelos Decretos-Leis n.º 57/2008, de 26 de março, n.º 82/2008, de 20 de maio, e n.º 317/2009, de 30 de outubro. Sobre a evolução da legislação portuguesa nesta matéria, *vide*, por exemplo, MIGUEL PUPO CORREIA, “Contratos a distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 165 ss., FERNANDA NEVES REBELO, “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção dos consumidores: com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 13, 2008, pp. 51ss.

¹⁵ Sobre o regime deste diploma, cfr. ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, “Contratos negociados a distância - alguns problemas relativos ao regime de protecção dos consumidores, da solicitação e do consentimento em especial.”, in *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, n.º 7, 1996, pp. 53ss.



desleais) — que justamente revogou os arts. 26^{os}. do DL n.º 143/2001 —, introduziu-se uma nova arrumação da matéria, apartando-se claramente, por um lado, o regime de práticas comerciais desleais do, por outro lado, regime de contratos fora do estabelecimento comercial. Por isso, o DL n.º 57/2008 revogou os arts. 26º a 29º do DL n.º 143/2001. Com esta nova arrumação, os diplomas passaram a ter *feições vincadamente diferentes*: o regime das práticas comerciais desleais é *repressivo*, assentando em disposições que visam *proibir* determinadas práticas; o regime da contratação fora do estabelecimento comercial e a distância visa proteger o consumidor, impondo ao profissional um conjunto de *deveres*, pré-contratuais e contratuais, mormente a respeito da informação que deve ser prestada¹⁶ — é uma projecção do chamado *princípio da transparência*¹⁷. O primeiro visa *erradicar* do tráfico comercial as práticas desleais; o segundo visa defender e proteger a negociação fora do estabelecimento, dotando-a de um regime que assegure ao consumidor a satisfação dos seus direitos e a realização das suas expectativas contratuais. Como se pode ler, por exemplo, no preâmbulo do DL n.º 24/2014, prossegue-se com este regime o bom funcionamento do mercado interno, impondo a prestação de determinada informação pré-contratual, forma

¹⁶ A orientação, a que a Directiva se mantém fiel, de proteger o consumidor através da *imposição de amplos e intensos deveres de informação a cargo do profissional* não se afigura isenta de críticas, podendo até dizer-se que se questiona *crescentemente* o efeito útil desta orientação. Vide, por exemplo, recentemente, JOASIA LUZAK, "Online Disclosure Rules of the Consumer Rights Directive: Protecting Passive or Active Consumers?", in *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, n.º 3, 2015, pp. 79ss.

¹⁷ Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "O princípio da transparência no direito europeu dos contratos", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 137ss.

negocial, o direito de livre resolução, etc.

Também a respeito da contratação a distância e fora do estabelecimento, o legislador português, na esteira da Directiva, seguiu o conceito *restrito* de consumidor (cingido a *personas singulares*) (art. 3º, al. c), DL n.º 24/2014). O que suscita uma questão específica. Uma vez que está em causa, antes de mais, um conjunto de deveres *pré-contratuais* (art. 4º DL n.º 24/2014), que se projectam numa fase em que o profissional não conhece sequer o seu potencial cliente, não se compreende de que modo ou por que forma se poderá segregar o cumprimento de deveres. Se o profissional obviamente não sabe quem o procura, por exemplo, no seu sítio da internet, como poderá determinar o conteúdo da informação em função da natureza de *consumidor* do cliente?

A não aplicação do regime sobre os deveres pré-contratuais, mormente de informação, a *personas colectivas* (ou a *personas singulares* que ajam no exercício da sua actividade) só poderá ter um efeito útil nos casos em que o profissional venda ou preste serviços *exclusivamente a não-consumidores, conformando a sua actuação a esse universo restrito e específico de clientes*. Nestes casos, uma vez que, de novo por exemplo, o sítio na internet só poderá ser consultado por profissionais ou, de qualquer modo, só serão efectuadas transacções com profissionais, o conteúdo da informação poderá desconsiderar as obrigações decorrentes do art. 4º do diploma.

Diferentemente, sempre que o profissional se disponha a contratar *também* com *personas colectivas* e com *personas singulares* (quer sejam profissionais, quer não), as informações prestadas em condições que não permitam ao profissional



conhecer, nesse momento, se se aplica ou não o regime do art. 4º DL 24/2014 — porque não se conhece a natureza do sujeito — e desconhecendo, portanto, qual é o regime de prestação de informação aplicável, impõe que o profissional tenha de, cautelarmente, prestar sempre aquela informação máxima (exigida pelo referido art. 4º). De sorte que, na prática, a exclusão de um núcleo, aliás muito amplo, de sujeitos do âmbito de aplicação do diploma não deverá aligeirar o conteúdo dos deveres de informação pré-contratual a prestar — o profissional, porque não sabe quem está a aceder à informação, deverá dar cumprimento às imposições do art. 4º —, mas poderá servir, *a posteriori*, como um benefício para o profissional: *por acaso*, sendo determinado cliente uma pessoa colectiva (ou um profissional), não beneficiará da protecção.

De resto, em sede de contratação a distância, não se vislumbra por que motivo a protecção do “cliente” — usamos um conceito de feição mais económica e neutra, para evitar a restrição jurídica que a noção legal de *consumidor* acarreta — se há-de diferenciar (tanto) tendo em conta a natureza de pessoa singular ou de pessoa colectiva, e mesmo tendo em conta o facto de se tratar de um profissional ou não. A razão da tutela advém da circunstância *objectiva* de o cliente não ter acesso presencial ao bem e ao fornecedor¹⁸ — estando, por isso, impossibilitado de “contactar com a coisa e de a examinar, ou de conhecer detalhada e pessoalmente as características da prestação de serviços”¹⁹ —, para o que parece relevar pouco

¹⁸ Cfr., por exemplo, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual do Direito...* cit., p. 130.

¹⁹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, “Princípios relativos aos deveres de informação no comércio a distância notas sobre o direito comunitário em vigor”, in *Estudos de direito do consumidor Doutrina*, n.º 5, Centro de Direito do Consumo Faculdade de



(ou mesmo muito pouco) o facto de o cliente ser uma pessoa colectiva ou não, ser um profissional ou não.

Aliás, que nem a natureza *profissional* do “cliente” (nem, muito menos, a sua natureza de pessoa singular ou colectiva) constitui critério para o reconhecimento da necessidade da sua tutela decorre do muito antigo Código Comercial, de 1888: nos arts. 469º e 470º ainda em vigor encontra-se consagrado um regime especial para tutela do comprador de coisa “sobre amostra ou por designação de padrão”, e “de coisas que não estejam à vista nem possam designar-se por um padrão”, independentemente de o adquirente ser profissional (comerciante) ou não²⁰. Percebe-se que a preocupação do legislador era, à distância de mais de um século, a de proteger o comprador que não beneficiou da imediação com a coisa, só a tendo podido conhecer, observar e examinar num momento posterior ao da celebração do negócio²¹. E por isso lhe conferiu, em determinados termos, o poder de “distrate do contrato”.

O “consumidor” é, com certeza, mais vulnerável do que um profissional em muitos aspectos, por isso se devendo sustentar que o regime jurídico destinado à sua tutela não merece, em princípio, uma aplicação generalizada²². Mas a debilidade resultante da falta de imediação com o bem no momento da

Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, p. 187.

²⁰ Sendo também irrelevante que o acto tenha natureza mercantil do lado da compra, podendo tratar-se de um acto unilateralmente comercial, igualmente sujeito ao regime jurídico dos actos de comércio (art. 99º do Código Comercial). Sobre a matéria, vide, por exemplo, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso...* cit., I, pp. 107ss.

²¹ Sobre este regime e a respectiva *ratio*, vide, por todos, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito...* cit., I, pp. 148ss.

²² Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Princípios...* cit., pp. 189ss.



aquisição, conforme o regime do Código Comercial demonstra, constitui um *risco* para o adquirente *independentemente da natureza deste*. E, por isso, se justificaria, ao menos de *iure condendo*, que a aplicação dos aspectos relacionados com a prestação de informação pré-contratual (art. 5º), a confirmação da celebração do contrato (art. 6º), restrições geográficas (art. 7º) ou conteúdos de catálogos e outros suportes (art. 21º) merecessem uma *aplicação mais ampla*. Existe um conjunto de riscos associados à contratação a distância que são *objectivos* e decorrem directa e necessariamente deste *meio de contratação*, seja qual for a natureza do sujeito: é o *como* se contrata e não o *com quem* se contrata que deve determinar o regime. Em tais aspectos, deverá, pois, a legislação aplicar-se também aos *clientes-pessoas colectivas* e *profissionais*. E não escondemos a nossa inteira adesão à corrente que se vai formando na doutrina de que o *direito do consumidor* deve dar lugar, *em parte*, a um *direito do cliente*, sempre que não estejam em causa interesses exclusivos de *pessoas humanas*, mas sim interesses de quem *consome*, seja ou não uma pessoa humana a praticar o acto²³. Isto, mesmo nos casos em que a necessidade de tutela efectiva do *consumidor-pessoa humana* imponha uma tutela alargada às *pessoas colectivas*, por estas serem um mero *interposto jurídico* que não pode afastar a necessidade de tutela de

²³ Cfr. HANS SCHULTE-NÖLKE, *The Brave New...* cit., p. 138.

Uma linha diferente, mas também no sentido de alargar o conceito de consumidor para efeitos de aplicação do regime das práticas comerciais desleais, vem sendo formada, sustentando a extensão da tutela às micro-empresas. Neste sentido, vide GIOVANNI DE CRISTOFARO, "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 *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, nº 1-2, 2015, pp. 20ss.



peças humanas²⁴.

Aliás, embora com um conteúdo distinto, o certo é que a legislação do comércio electrónico, precisamente por respeitar a esse *modo de contratação* e por reconhecer que este justifica um regime especial, não se limita a determinados sujeitos: o DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro (que transpõe a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação)²⁵, exclui do âmbito de aplicação apenas certas *matérias* ou *objectos* (art. 2º, n.º 1), mas não exclui certos *sujeitos*.

A mesma crítica relativa ao âmbito de aplicação estabelecido pelo DL n.º 24/2014 vale para “outras modalidades de venda” (Capítulo III, arts. 22º ss.), mormente o regime das *vendas automáticas*. Compreende-se mal que, por exemplo, os deveres de restituir a importância introduzida em caso de não fornecimento do bem ou serviço solicitado (art. 23º, n.º 1), o dever de afixar no equipamento um conjunto de informações (art. 23º, n.º 2), bem como a responsabilidade solidária do titular do espaço (art. 24º)²⁶, variem em função da qualidade de consu-

²⁴ Pense-se nos casos dos produtos alimentares: mesmo quando a aquisição é efectuada por uma pessoa colectiva, que não os destine a posterior revenda, parece-nos evidente que a necessidade de tutela da saúde e da integridade física das pessoas humanas — uma sociedade que adquire bens alimentares para os seus colaboradores consumirem no posto de trabalho — não dispensa a aplicação do mesmo regime. Embora, formalmente, tenha sido uma pessoa colectiva a efectuar a aquisição e a *ratio* do regime de segurança alimentar não consista na tutela de pessoas colectivas, mas sim de pessoas humanas.

²⁵ Sobre este diploma, vide ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Comércio electrónico e consumidor”, in *Estudos de direito do consumidor Doutrina*, n.º 6, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004, pp. 341ss.

²⁶ Esta disposição, tal como se encontra redigida, suscita diversas questões, que não iremos analisar aqui.



midor restrito ou de não-consumidor.

Em nosso entender, dever-se-ia, à semelhança do que sucedeu recentemente com o DL n.º 57/2008, relativo às práticas comerciais desleais²⁷, estender o âmbito subjectivo de aplicação, ao menos, de certas disposições do DL n.º 24/2014, também a *peçoas colectivas* e a *profissionais-peçoas singulares*.

3. Os critérios para avaliação da “forma clara e compreensível” da informação prestada

O DL n.º 24/2014 regula dois grandes núcleos de transacções — os *contratos celebrados a distância* e os *contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*²⁸ —, que assentam num conceito homogéneo de consumidor (embora sujeito às críticas que antes apontámos).

Não sendo embora inteiramente *comum* o regime a que ficam sujeitos estes dois núcleos, existe uma base comum — ao menos na sua formulação *literal* — no que toca à *prestação de informação*²⁹. De facto, tanto o art. 4º, n.º 1 (“informação pré-contratual nos contratos celebrados a distância ou celebra-

²⁷ Com o DL n.º 202/2015.

²⁸ A que se juntam “outras modalidades de venda” (arts. 22º ss.), que merecem um regime distinto: as *vendas automáticas* e as *vendas especiais esporádicas*.

²⁹ Aliás, o reforço da informação é justamente apresentado como um dos aspectos que caracteriza o novo regime. Cfr., por exemplo, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “A Crise do Direito do Consumo.”, in *A Crise e o Direito*, Vol. 6, Edições Almedina, Coimbra, 2013, p. 218, e MARIANA DUARTE, “O novo regime dos contratos celebrados a distância e fora do estabelecimento comercial: reforço da protecção do consumidor.”, in *AB Instantia - Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Ano II, n.º 3, Semestral, Edições Almedina, Coimbra, 2014, pp. 115s.

dos fora do estabelecimento comercial”), quanto o art. 5º, n.º 1 (“requisitos de forma nos contratos celebrados a distância”) e o art. 9º, n.º 1 (“requisitos de forma nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial”), impõem que o fornecedor dos bens ou serviços preste informações de “forma clara e compreensível”. A informação constitui um aspecto central dos contratos em geral, mas muito em particular dos contratos de consumo, atenta a típica assimetria de informação em que profissional e consumidor se encontram³⁰.

Ora, sendo este um aspecto nuclear do regime, visto que o cumprimento de todos os deveres de prestação de informação assenta na referida “forma clara e compreensível”, importa responder à questão implícita que este requisito coloca: a informação há-de ser *clara e compreensível para quem?* Para o *concreto consumidor* com quem o profissional está a negociar — caso em que se exigirá do profissional a adaptação do conteúdo informativo a *cada consumidor em concreto* com quem estabelece negociações —, ou, ao invés, a um *consumidor-padrão, modelo* — um consumidor que, mesmo não sendo uma pura abstracção, corresponda a um padrão, a uma média ou referência?

Não pode com certeza exigir-se que o profissional adapte a cada *concreto consumidor* — às suas limitações, dificuldades e até negligência específicas — a informação a prestar: sobre o profissional não pode impender o ónus de diferenciar os termos e o conteúdo da informação, tendo em conta as concretas qualidades e capacidades de cada consumidor. Pode, isso sim, exigir-se uma diferenciação por *categorias* ou por *gran-*

³⁰ Sobre a matéria, vide, por todos, PAULO MOTA PINTO, *Princípios...* cit., pp. 183ss.



des grupos, como sucede com as pessoas incapazes (em especial os menores) (art. 5º, n.º 1, DL n.º 24/2014) ou, a respeito das práticas comerciais desleais, com os consumidores *particularmente vulneráveis* (art. 6º, n.º 1, DL n.º 57/2008).

O conceito de *consumidor médio* não se encontra definido na lei portuguesa, embora, à semelhança da Directiva 2005/29/CE, sobre práticas comerciais desleais, o DL n.º 57/2008 se sirva do conceito (v. art. 5º, n.º 2). Também a Directiva não apresenta uma definição do conceito — que, todavia, constava da proposta da Comissão e foi, aliás, muito discutida ao longo do processo de preparação e aprovação do diploma³¹ —, mas, ao invés do que acontece com a lei portuguesa, o texto da Directiva acolheu, no considerando 18, uma referência sobre esta matéria:

“É conveniente proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais; todavia, o Tribunal de Justiça considerou necessário, nas decisões sobre casos de publicidade após a aprovação da Directiva 84/450/CEE, analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico. De acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efectiva das protecções previstas na mesma, a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça,

³¹ Sobre a matéria, vide, MARIA ANTONIETA GÁLVEZ KRUGER, “O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais”, in *Estudo a em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, 2011, pp. 537ss.

mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações directas à aquisição. O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso."

Não pode, na interpretação e aplicação do DL n.º 57/2008, deixar de se usar esta noção de consumidor.

Contudo, no regime legal da *contratação a distância e fora do estabelecimento*, já não se encontra referência ao conceito de *consumidor médio* — aquele de que o DL n.º 57/2008 se serve —, sendo certo, porém, que algum *conceito de consumidor* há-de empregar-se para a aferição desde logo do cumprimento do dever nuclear plasmado no diploma, o dever de prestar informação de "forma clara e compreensível" (art. 4º, n.º 1, e art. 5º, n.º 1 do DL n.º 24/2014). De facto, para se responder à questão de saber se a informação foi prestada, conforme se impõe nestes preceitos, de "forma clara e compreensível", tem



de, implicitamente, determinar-se antes para que consumidor essa informação se há-de ter revelado “clara e compreensível”: para um *concreto consumidor*, para um *consumidor ideal*, um *consumidor médio*?

A Directiva que o DL n.º 24/2014 transpõe para o direito português — a Directiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos dos consumidores — não contém nenhuma referência ao consumidor médio, cingindo-se àquela noção *formal-subjectiva* que vem sendo utilizada sobretudo para distinguir consumidor de *profissional* (o consumidor é uma pessoa singular, que não actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional).

Dir-se-ia que não existe razão para afirmar aqui uma noção distinta. Mas é importante compreender as implicações que decorreriam da aplicação desse conceito de consumidor médio.

A noção de consumidor médio, nos termos em que vem sendo delimitada pelo TJUE, tem uma importante consequência: desprotege uma franja de consumidores *reais*, justamente aqueles cujo nível de informação se situe aquém do “normal” e/ou não estejam razoavelmente atentos e advertidos³². Exac-

³² Questão que se tem separado do conceito de “consumidor médio” é a da protecção ao consumidor “passivo”: saber se a legislação protege o consumidor passivo, impondo, portanto, ao profissional que assegure a efectiva prestação de informação ao consumidor (ver, sobre a matéria, JORGE PEGADO LIZ, “Tendências Internacionais e Nacionais da Política de Protecção dos Consumidores”, in *I Congresso Internacional do OBSERVARE*, 2011, pp. 26s.). Num acórdão recente (de 5.06.2012, processo n.º C-49/11, “Content Services”), o TJUE considerou que a Directiva dos Consumidores protege o *consumidor passivo*. A questão que se colocava era saber se, estando a informação disponível num outro *site* (através de um *hiperlink*, a que o consumidor poderia não aceder ou não conseguir aceder) se devia entender que esta tinha sido prestada e, desse modo, cumprido o dever de informar a cargo do profissional, sendo certo que o consumidor, antes de concluir a aquisição do bem, assinalava ter acedido à informação e conhecer os respectivos termos. O Tribunal



tamente por esta noção de consumidor médio desproteger consumidores cuja capacidade de entender ou advertência e atenção é inferior a esse nível de referência, a Directiva das práticas comerciais desleais acolheu um “conceito-franja” de consumidor “particularmente vulnerável” (vide considerando 18 e art. 5º, n.º 3). O DL n.º 57/2008 acolheu, como não podia deixar de ser, o mesmo conceito (art. 6º, al. a)).

Deste modo, consumidores cuja capacidade de entender ou cujo nível de informação ou de advertência sejam muito inferiores ao “consumidor médio” podem colher uma protecção acrescida. Mas não é certo que a recebam, efectivamente.

Antes de mais, por ser necessário que integrem *um grupo* “claramente identificável” (art. 6º, al. a), DL n.º 57/2008), pelo que um consumidor apenas isoladamente muito vulnerável não é objecto de tutela. A vulnerabilidade, neste âmbito, só releva na medida em que determine a formação de um *grupo de consumidores*, o que tem ainda a implicação de a própria vulnerabilidade consistir numa característica *padrão* — não se protege *cada consumidor* que integre o grupo, mas sim o seu *membro médio*³³, como expressamente se refere no art. 5º, n.º

entendeu que não. Sobre esta decisão, vide, por exemplo, JORGE PEGADO LIZ, *Tendências Internacionais...* cit., pp. 82s. Também no acórdão de 4.06.2015 (Processo n.º C-195/14), o TJUE vem reforçar o entendimento de que o consumidor não tem de procurar activamente a informação e que, apesar de esta se encontrar disponível ou acessível ao consumidor, pode não ser por este valorizada, acabando por levar a que o consumidor decida a aquisição do bem induzido em erro. Sobre esta decisão e o seu alcance, vide KARL-HEINZ FEZER, “Das lauterkeitsrechtliche Informationsangebot im Lebensmittelrecht : die “Teekanne“-Entscheidungen des EuGH und BGH”, in *Verbraucher und Recht*, Band. 30, 2015, pp. 289ss.

³³ Vide, por exemplo, ELSA DIAS OLIVEIRA, “Práticas Comerciais Proibidas”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, Edições, Coimbra, 2006, pp. 157s., HÉLIO T. RIGOR RODRIGUES, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da Directiva 2005/29/CE e do Decreto-Lei 57/2008”,



3, da Directiva (“as práticas comerciais desleais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis (...) devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo”)³⁴. É, aliás, esclarecedor que o art. 6º, al. a), se refira a “um único grupo”, e não a “um único consumidor”. E acresce, ainda, a necessidade de que o profissional “pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção”. O que introduz uma outra limitação à relevância deste *desvio ao critério do consumidor médio* — quer dizer, uma outra limitação à relevância da particular vulnerabilidade em que o consumidor se encontra —, agora relativa ao próprio profissional, uma vez que só lhe poderá ser oposto esse desvio ao consumidor médio se a pudesse razoavelmente prever.

Como se sabe, a adopção de um critério de “consumidor médio” tem sido objecto de duras críticas³⁵, a primeira das

in *Revista Portuguesa do Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, pp. 107s., LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *As Práticas Comerciais...* cit., pp. 373s.

³⁴ Os arts. 5º, 6º e 7º do DL n.º 57/2008 não incluem uma referência expressa neste sentido e, em rigor, da sua letra poderia resultar interpretação diferente. Na verdade, a lei portuguesa dispõe, no art. 5º, n.º 2, que “o carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, ou o membro médio de um grupo, quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”. Sucede, porém, que a aplicação do regime dos consumidores particularmente vulneráveis não pressupõe, especificamente, que a prática comercial lhes tenha sido destinada, pelo que pode haver lugar à aplicação do regime mesmo fora dos casos em que os consumidores particularmente vulneráveis são os destinatários da prática.

³⁵ Cfr., por exemplo, MARIA ANTONIETA GÁLVEZ KRUGER, *O consumidor...* cit., pp. 521ss., CLÁUDIA MADALENO, “Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros”, in *Liber Amicorum Mário Frota - A Causa dos Direitos dos Consumidores*, 2012, pp. 75ss., MARIA ANA CABRAL SACADURA ALEXANDRE DA FONSECA, “Do Consumidor médio. Reflexões em torno do conceito”, in 2012, *passim*, CATARINA FRA-



quais decorrente da implícita desprotecção dos consumidores que se encontrem *abaixo* ou *aquém* desse padrão — que sejam *menos informados, menos atentos e menos advertidos* —, ressalvados os casos, relativamente apertados, em que, integrando um “grupo claramente identificável”, possam beneficiar da tutela dispensada aos consumidores *particularmente vulneráveis*.

Não iremos tomar parte nessa discussão. Mas sempre diremos que a adopção de um critério deste tipo tem, evidentemente, implicações muito distintas que variam em função da concreta matéria em que o conceito seja aplicado.

Tenha-se, por exemplo, presente a utilização do critério em sede da determinação da confundibilidade de sinais distintivos. Quanto *menos exigente* for o conceito de consumidor — menos informado, menos capaz, menos atento, etc. — que serve de referência para a determinação da confundibilidade, *mais extenso será o âmbito do exclusivo* (do monopólio) que a titularidade do sinal (da marca, por exemplo) confere. O sinal será tão mais confundível quanto menos atento, advertido e informado estiver o consumidor, pelo que, considerando-se o menos informado e atento dos consumidores, maior será a possibilidade de confusão. Ou seja, a adopção de um critério *menos exigente* quanto às qualidades ou capacidades do consumidor redundará num *aumento implícito* (indirecto) do *âmbito do exclusivo* e, portanto, do respectivo monopólio.

Já no que toca às práticas comerciais desleais — seja

DE/MARIANA PINHEIRO DE ALMEIDA, “Análise crítica da directiva dos direitos dos consumidores e da sua transposição”, in *Debater a Europa*, nº 11, 2014, pp. 255ss., JORGE CARITA SIMÃO, “A pressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV(2012) - Número 4, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 1023ss., JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual do Direito...* cit., pp. 80s., e JORGE PEGADO LIZ, *Práticas...* cit., p. 104.



às práticas enganosas, seja às práticas agressivas —, a questão é diferente. Com certeza que ao tomar-se como referência um consumidor menos advertido, informado ou atento se estaria a dispensar uma *tutela maior* a tais consumidores.

Mas importa questionar-se, na ausência de uma tal extensão do conceito, isto é, na ausência de uma tutela que abranja *todos os consumidores reais*, mesmo aqueles menos informados, etc., se prossegue *equilibradamente* a tutela dos consumidores. Na verdade, pode dizer-se — e este é um ponto especialmente importante — que a excessiva protecção acaba por induzir *irresponsabilidade* na actuação dos consumidores, cientes de que, mesmo não informados, mesmo não atentos, mesmo não advertidos, colherão da lei a mesma protecção. A falta desses atributos de razoável informação, atenção e advertência seria um ónus do profissional³⁶, pelo que o consumidor pouco estímulo teria para elevar o padrão do seu comportamento.

Na matéria das práticas comerciais desleais, estando em causa uma conduta *reprovável* do profissional, deve questionar-se se o alargamento do conceito de consumidor poderia ter esse efeito de desresponsabilizar o consumidor e se tal efeito, mesmo a existir, seria *indesejável*: afinal, o profissional seria vítima das suas próprias condutas *desleais*, mesmo quando o consumidor não tivesse agido normalmente informado e razoavelmente atento e advertido.

Parece-nos claro que a actuação do profissional deve ser ajuizada tendo em conta um *consumidor-padrão*, com características *objectivadas*. Neste sentido, sempre existirá a ne-

³⁶ Decorre expressamente da lei (art. 7º, nº 7) que incumbe ao profissional o ónus da prova do cumprimento dos deveres de informação. Cfr., sobre a matéria, JORGE MORAIS CARVALHO/PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados...* cit., pp. 65s.



cessidade de *normalizar* e, por isso, de *ficcionar* um consumidor, para efeitos da determinação do que seja uma prática desleal. Mas daqui já não decorre que tenha de presumir-se, como a noção de consumidor médio acolhida na Directiva presume, que o consumidor age normalmente informado, razoavelmente atento e advertido (considerando 18). Esta noção pode, sobretudo quando aplicada em países cujo padrão real do consumidor seja muito discrepante desse “médio”, implicar uma real e indesejável desprotecção dos consumidores. Mas esta é uma questão a analisar tendo em conta a (eventual) possibilidade de as características dos consumidores de um estado-membro, por exemplo, serem consideradas na determinação deste *consumidor médio*. No fundo, saber se esse consumidor médio é um consumidor de *todo o mercado europeu* ou se podem ser recortados mercados menores, desde logo, tendo em conta os efectivos destinatários de determinada prática comercial.

Como escrevemos antes, a lei não invoca, relativamente às vendas a *distância*, um específico conceito de consumidor. Pelo que deve perguntar-se se a mesma noção de consumidor médio — com as características referidas de informação, advertência e atenção — é também utilizável.

A lei exige que a informação seja facultada de “forma clara e compreensível” ao consumidor, o que, só por si, já implica, implicitamente, uma *objectivação*: não se exige que o *consumidor* compreenda a informação ou que a entenda claramente, exige-se, sim, que a *informação* seja, ela própria, *facultada de “forma clara e compreensível”*. O juízo sobre essas qualidades da informação não dispensa, contudo, a utilização de um critério para a definição do declaratório de tais informações.



Não vislumbramos razão para se abandonar, a este respeito, o critério estabelecido pelo Código Civil, que corresponde ao de um *declaratório normal*, segundo a teoria da impressão do destinatário (art. 236º Código Civil)³⁷, critério aplicável, como *direito comum*, à interpretação de todas as declarações negociais. Trata-se, aliás, de um critério de *matriz objectivista*, inteiramente coadunado com os propósitos do regime e com a necessidade de oferecer às empresas um ambiente de celebração de negócios em termos *expectáveis* e em condições tendencialmente homogéneas, fruto da adopção de um critério de matriz objectivista.

Todavia, os termos em que se encontra consagrada a teoria da impressão do destinatário pode colocar um problema específico nesta matéria. Na verdade, o art. 236º manda atender ao sentido que um declaratório normal possa deduzir do comportamento do declarante “colocado na posição do real declaratório”. Assumimos que, conforme ensina Pinto Monteiro, a declaração deve ser interpretada não no sentido que o declaratório *real* compreendeu, mas sim no sentido em que “um declaratório normal colocado na posição do real declaratório, quer dizer, de um declaratório normal, sim, mas não de um declaratório abstracto, pois esse declaratório normal *fruirá de tudo aquilo de que teve efectivo conhecimento o declaratório real*”³⁸ (sublinhados no original).

³⁷ Cfr., por todos, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 444ss.

³⁸ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 104, Vide, também, e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 208.

Ora, conquanto limitado, o espaço de influência que a lei deixou às circunstâncias reais em que o declaratório se encontra interfere com a aplicação do regime legal. Não tanto nas vendas a distância, em que tipicamente o profissional não interage com o consumidor e, portanto, tende a servir-se de veículos e conteúdos de informação totalmente padronizados, mas sobretudo nos contratos celebrados fora do estabelecimento e, em especial, naqueles celebrados no domicílio do consumidor. É que estes trazem ao profissional um vasto e relevante contexto para a aferição da compreensão que o consumidor teve a respeito das informações que lhe foram prestadas, até pela cadência, habitualmente, lenta de uma negociação no domicílio do consumidor. A negociação no domicílio não se caracteriza pela rápida decisão do consumidor, mas por um processo que inclui não raras vezes apresentações e demonstrações acerca do produto.

Nesse processo, o profissional conhece o consumidor no seu contexto — não só económico e social, mas também cultural — que o habilitam a avaliar, nalguma medida, se a informação foi prestada de “forma clara e compreensível” para um declaratório normal “colocado na real posição do declaratório”.

Em nosso entender, o conceito de consumidor médio — que, importa recordar, não é usado pela Directiva nem pelo direito interno em matéria de contratação a distância e fora do estabelecimento — não deve servir para permitir que se desconsiderem as condições reais (o contexto) do consumidor que o profissional bem conhece³⁹. O profissional que procura um

³⁹ Também no sentido de que as reais qualidades e capacidades do declaratório só devem relevar na medida em que sejam “reconhecíveis ao declarante”, vide PAULO MOTA PINTO, *Declaração...* cit., p. 209, nota 81.



consumidor no seu domicílio — e que, portanto, *escolhe* grupos sociais, regionais, etc. — não pode beneficiar de um (eventual) nível inferior de conhecimento e compreensão desse consumidor que escolheu. Com certeza que não está aqui em causa exigir do profissional um conhecimento da real compreensão que o consumidor em concreto teve a respeito das informações que lhe foram prestadas. Está em causa, sim, apreciar a clareza da informação tendo em conta um declaratório normal, colocado na *real posição do consumidor*, o que implica considerar o contexto social, económico, etc., revelado ao profissional na interação para que se dirigiu ao domicílio do consumidor. Para cumprir o seu dever de informar “de forma clara e compreensível”, a informação não há-de ser a mesma, quando o profissional se dirige a um bairro de residências universitárias ou se dirige, por exemplo, a uma zona rural, onde o nível de analfabetismo seja elevado.

Em suma: na contratação fora do estabelecimento, mormente na contratação no domicílio do consumidor, o cumprimento do dever de informar de “forma clara e compreensível” afere-se tendo em conta um declaratório normal, “colocado na posição do real declaratório”, o que implica considerar o contexto (social, económico, étário, etc.) do consumidor e que o profissional efectivamente conheceu.

Já no que toca à contratação a distância, a questão coloca-se em termos muito diferentes, como é óbvio. Não pode invocar-se, para a aferição da clareza da informação prestada, “a posição do real declaratório”, que o profissional tipicamente não conhece nestes casos.

Mas não deixa de erigir-se aqui uma fundamental questão — sobre a qual o Tribunal de Justiça está, de certo modo, a ser

questionado presentemente⁴⁰ — e que, no essencial, consiste no seguinte: o declaratório normal que deve tomar-se como referência corresponde a uma noção de nível europeu, ou recorta-se em âmbitos e universos menores (nacionais, regionais, etc.)?

Apesar de a contratação a distância poder, em muitos casos, especialmente quando se trate de comércio electrónico, dirigir-se a um universo de consumidores potencialmente coincidente com o universo europeu, tem de perguntar-se se a definição do declaratório normal de um *concreto profissional*, a respeito de um *concreto produto*, pode beneficiar dessa *abstracção*. Isto é, se, partindo da alegação de que o produto poderia ser adquirido por qualquer consumidor europeu, se deve considerar, para a avaliação acerca da forma (“clara e compreensível”) como foi prestada a informação, os consumidores que os vastíssimos grupos de consumidores que efectivamente não adquirem o produto — nunca adquiriram, não é razoavelmente expectável que adquiram, nem está nos objetivos do profissional que adquiram. Se um profissional português nunca vendeu um produto seu a um consumidor finlandês, se é obviamente impensável (dados os custos de expedição) que algum consumidor finlandês venha alguma vez a adquirir um produto a este profissional, etc., por que razão se deverá considerar, na definição do declaratório normal, o nível de instrução, os cuidados na análise de informação, etc., que os consumidores finlandeses normalmente apresentam?

⁴⁰ Vide Processo C-75/15, em que se questiona se consumidor médio a tomar em consideração é o de um país em concreto ou não, visto que a compreensão e o conhecimento que têm não são idênticos. Embora a questão prejudicial respeite à noção de consumidor médio, ela pode servir para responder ao problema que apreciamos em texto, que respeita à noção de declaratório normal.



De resto, o uso, nos materiais escritos — seja em suporte de papel ou electrónico, de que a contratação a distância quase invariavelmente se serve —, de uma língua que não é franca no espaço europeu (como sucede com a língua portuguesa) impõe que, à partida, se tome uma opção essencial: ou considerar que a informação, porque não é acessível a todos os consumidores, não foi prestada de “forma clara e compreensível” — o que constituiria uma solução absurda —, ou então, que o uso de uma determinada língua pré-define o universo de consumidores a que o produto se destina e, portanto, é nesse universo assim restringido de consumidores que tem de, depois, se aferir a qualidade da informação prestada⁴¹.

Não temos dúvida de que assim terá de ser. Com certeza que o regime da contratação a distância não pode confrontar o profissional com posições *reais* do consumidor que ele não conheceu efectivamente, nem poderia conhecer ou, pelo menos, não era razoável exigir que tivesse conhecido. Mas daqui não decorre que o profissional, que não conhece a posição real de cada um dos seus consumidores, mas conhece bem os elementos comuns e reais do universo geral de consumidores a que se dirige — porque sabe realmente onde residem os seus consumidores —, pudesse ver a qualidade da informação que prestou avaliada tendo em conta a compreensão de um consumidor que não é realmente o seu.

⁴¹ Solução, de resto, acautelada pela legislação comunitária. Cfr. PAULO MOTA PINTO, *Princípios...* cit., p. 197, FERNANDA NEVES REBELO, “O Direito à Informação do Consumidor na Contratação a Distância”, in *Liber Amicorum Mário Frota - A Causa dos Direitos dos Consumidores*, 2012, p. 134.

COMÉRCIO ELETRÓNICO DE CONTEÚDOS DIGITAIS: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR A DUAS VELOCIDADES?¹

Alexandre L. Dias Pereira²

1. A construção do mercado digital e o crescimento do comércio eletrónico

O comércio eletrónico e a economia digital são cada vez mais relevantes, tanto pela migração de atividades tradicionais para a Internet como pelo desenvolvimento das empresas em linha em sentido estrito, i.e. aquelas cuja atividade é exercida apenas pelas vias eletrónicas. Todavia, segundo a Comissão Europeia: “O mercado único digital está longe de ter atingido o seu pleno potencial. Estima-se que o custo deste

¹ Trabalho elaborado para o Colóquio Internacional «O novo regime da contratação a distância» organizado pelo Grupo «Contrato e Desenvolvimento Social» do Instituto Jurídico em parceria com o Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 16 de maio de 2015.

² Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Investigador do seu Instituto Jurídico.



atraso seja no mínimo de 4,1% do PIB daqui até 2020, isto é, 500 mil milhões de euros".³

Especial importância assume o comércio eletrónico de conteúdos digitais, em virtude de a natureza dos bens em causa permitir a realização plena da comercialização a distância pela Internet, desde a publicidade, oferta e entrega dos bens passando pela encomenda e pelo pagamento através de moeda eletrónica.⁴ Os conteúdos digitais abrangem uma ampla variedade de bens, tais como programas de computador (software), bases de dados, livros eletrónicos (e-books), música, filmes, jogos, jornais e revistas *on-line*, etc. Para além das lojas *on-line* como a *Amazon*, as principais empresas do setor desenvolveram soluções de computação em nuvem (*cloud computing*), incluindo os chamados *markets*, i.e. lojas eletrónicas com os mais diversos conteúdos digitais, como aplicações e jogos de computador, música, filmes, ou e-books (por ex., *iTunes* da *Apple*, *Google Play*, *Microsoft Azure*).

O progresso tecnológico e a convergência multimédia - fruto da digitalização, da interoperabilidade e da compressão e transmissão de dados - possibilitam a descarga quase instantânea, e em qualquer plataforma, dos conteúdos digitais. Os números do mercado digital não param de crescer⁵ e

³ *Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha*, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, COM(2011) 942 final, p. 2.

⁴ Sobre as modalidades de comércio eletrónico, com mais indicações, pode ver-se o nosso ensaio *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999, p. 13-5.

⁵ Segundo dados da ACEPI, aproximadamente 2,7 milhões de consumidores portugueses fazem compras pela Internet, tendo gasto em 2014 cerca de 2,9 mil milhões de euros em compras B2C - <http://www.acepi.pt> (Artigo 91737)



o estabelecimento de um mercado único digital afirma-se até como uma prioridade da União Europeia. A Comissão Europeia tem em curso trabalhos no sentido de identificar obstáculos a esse mercado resultantes da diversidade regulatória dos Estados-Membros e do próprio acervo comunitário já existente neste domínio.⁶ Neste processo, a proteção do consumidor, que inicialmente justificou a intervenção harmonizadora da União, parece agora reduzida a um custo de transação opcional no horizonte do mercado digital.⁷

Tendo em conta o tema geral do colóquio, abordaremos aqui alguns aspetos relativos à proteção do consumidor no comércio eletrónico, centrando a nossa atenção na problemática específica dos conteúdos digitais, sem deixar de assinalar um ou outro aspeto de alcance mais geral mas nem por isso menos relevante.

2. A necessidade de proteção do consumidor de conteúdos digitais comercializados pela Internet

A primeira questão é saber se o consumidor de conteúdos digitais carece de proteção diferenciada, ou pelo menos

⁶ *A Digital Single Market Strategy for Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2015) 192 final (com estimativas de poupança para os consumidores europeus na ordem dos 11,7 biliões de euros por ano resultantes do bom funcionamento do mercado único digital). Natalie Helberger, *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, The Hague, Kluwer Law International, 2013, p. 35.

⁷ Agustín Reyna, «What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission's optional regulation policy», *European Journal of Consumer Law*, 2014/2, p. 333-361.



de uma adequação dos termos da proteção às especificidades próprias da comercialização à distância por via eletrónica, por um lado, e dos conteúdos digitais, por outro. A esta questão respondeu a Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores⁸, transposta pelo DL 24/2014, de 14 de fevereiro.⁹

A anterior disciplina da proteção do consumidor nos contratos à distância, estabelecida pela Diretiva 97/7¹⁰ e transposta internamente pelo DL 143/2001¹¹, não previa especificamente soluções para a comercialização à distância, pela via eletrónica, de conteúdos digitais. Para integrar a lacuna defendemos a aplicação analógica do direito de resolução, verificando certos requisitos¹². Por outro lado, o diploma interno do co-

⁸ Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho e a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁹ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho.

¹⁰ Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância.

¹¹ Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, alterado pelos Decretos-Leis n.º 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio e 317/2009, de 30 de outubro (revogou o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril, que transpôs a Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais).

¹² «Das licenças de software e de bases de dados», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense - UPT*, n.º 14 (2011), pp. 9-25 (23). À semelhança da Diretiva 97/7, o DL 143/2001 estabelecia que, salvo acordo em contrário, o consumidor não podia exercer o direito de resolução em certos contratos, designadamente de 'fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade' (art. 7º/d). A nosso ver, no comércio eletrónico direto, uma vez instalado o software ou obtido acesso à base de dados mediante aceitação dos termos da licença, o



mércio eletrónico (DL 7/2004)¹³ - no uso da liberdade de meios na transposição da Diretiva 2000/31¹⁴ - exige confirmação da encomenda por parte do consumidor na sequência do aviso da sua receção pelo fornecedor (o chamado duplo clique), que todavia dispensa nos casos de fornecimento imediato em linha do bem adquirido (com destaque para conteúdos digitais) ou de negociação por meios de comunicação individual (por ex., email ou SMS).¹⁵ Aliás, foi já apontado criticamente o menor nível de proteção do consumidor no comércio eletrónico direto, quando comparado com o consumidor no comércio eletrónico indireto, i.e., quando os bens adquiridos são entregues, quer pela sua natureza corpórea quer pela corporalidade dos respetivos suportes, fisicamente através de correio postal ou serviços especiais de entrega.

consumidor poderia conservar tais bens na sua esfera de disponibilidade, devendo aplicar-se idêntico requisito para efeitos do direito de resolução. De notar, todavia, que em Itália, o art. 5º/3-d do Decreto Legislativo de 22 de maio de 1999, n. 185, transpondo a Diretiva 97/7/CE sobre a proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, era interpretado no sentido de excluir do comércio eletrónico direto o direito de retratação (*diritto di recesso*), considerado o 'principal instrumento' de proteção do consumidor neste domínio - Vincenzo Ricciuto, «La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti», *Il contratto telematico*, a cura di Vincenzo Ricciuto, Nadia Zorzi, dir. Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. XXVII, Cedam, Padova, 2002, p. 55-67 (66).

¹³ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (com alterações posteriores).

¹⁴ Diretiva n.º 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.

¹⁵ Sobre o significado da exigência de confirmação em sede de perfeição do negócio jurídico, com mais indicações, pode ver-se o nosso trabalho «A via electrónica da negociação (alguns aspectos)», *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 8 (2006/2007), p. 275-290. Mais recentemente, veja-se por ex. Mariana Carvalho Homem, «A formação dos contratos no comércio electrónico», *Revista Electrónica de Direito*, 2013/1.



Ora, confirma-se a menor proteção do consumidor no comércio eletrônico direto ou pelo contrário o consumidor beneficia de igual proteção? Procuramos resposta a esta questão nos preceitos legais em vigor, sendo que a jurisprudência interna é praticamente inexistente neste domínio.¹⁶ Veremos que o regime jurídico assenta numa distinção de base entre fornecimento de conteúdos digitais *em suporte material* e fornecimento de conteúdos digitais *sem suporte material*. Sendo o primeiro considerado contrato de compra e venda, e o segundo nem compra e venda nem prestação de serviços, mas antes um *tertium genus* com regime próprio para efeitos deste diploma, cujos troncos são por um lado os requisitos especiais de informação que valem para ambos os casos, e por outro o direito de resolução, que já depende do modo de fornecimento: enquanto no primeiro caso o prazo de exercício conta-se a partir da entrega do suporte, no segundo conta-se a partir da entrega eletrónica, podendo todavia o 'direito de retratação' ser excluído.

O direito acompanha as mudanças sociais e económicas e por isso é possível que o atual regime seja alterado com o passar dos tempos. Aliás, a Diretiva 2011/83 encarrega a Comissão de analisar a necessidade de prever uma maior harmonização das disposições a respeito dos conteúdos digitais e apresentar, se necessário, uma proposta legislativa para regula-

¹⁶ O tema da proteção do consumidor tem despertado algum interesse na investigação. Sob nossa orientação foram concluídas com êxito na FDUC algumas dissertações de mestrado, na área do direito empresarial, nomeadamente *Comércio electrónico - Os principais problemas das contratações electrónicas via Internet*, de Romeu Pessoa de Melo, e *Aspectos jurídicos da proteção do consumidor no comércio electrónico sob uma perspectiva luso-brasileira*, de Renata El Kalay, ambas de 2010. Quanto a doutoramentos, refira-se a tese de Fernanda Maria Neves Rebelo, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, da Universidade Portucalense.



mentar esta questão (considerando 19, *in fine*). Como veremos, o regime existente parece proteger o consumidor a duas velocidades, deixando por vezes o consumidor desamparado sem aparente justificação bastante.

3. Da Diretiva 2011/83 sobre direitos dos consumidores ao Decreto-Lei 24/2014

A importância da proteção do consumidor na economia digital justificou o estabelecimento de regras especiais para a contratação à distância de conteúdos digitais. A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores regula, *inter alia*, aspetos dos contratos à distância de fornecimento de conteúdos digitais imateriais celebrados entre profissionais e consumidores. Em especial, estabelece *requisitos de informação*, *requisitos formais* e regula o *direito de retratação* dos consumidores nos contratos à distância. No direito interno, o DL 24/2014, alterado pela Lei 47/2014, não se afasta, no essencial, da Diretiva.

3.1. Noção e modalidades de conteúdos digitais

É deveras ampla a noção de conteúdos digitais estabelecida na Diretiva 2011/83: 'dados produzidos e fornecidos em formato digital' (art. 2º/11). O preâmbulo oferece uma ilustração exemplificativa no sentido de a noção de conteúdos digitais abranger 'programas e aplicações de computador, jogos,



música, vídeos ou textos, independentemente de o acesso aos mesmos se fazer por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou por qualquer outro meio' (considerando 19). Por outro lado, os conteúdos digitais distinguem-se consoante o respetivo suporte de fornecimento: os fornecidos num suporte material, como um CD ou um DVD, são considerados bens na aceção da Diretiva, que por bem entende 'qualquer objeto móvel corpóreo, com exceção dos objetos vendidos através de penhora ou qualquer outra forma de execução judicial' (Diretiva 2011/83, art. 2º/3).

O DL 24/2014 conjugou estes diversos elementos, definindo conteúdo digital como 'os dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio' (art. 3º/d).¹⁷

¹⁷ A noção de conteúdos digitais abrange os chamados jogos de computador ou videogames, incluindo os jogos e apostas *online*: enquanto aplicações informáticas, estes jogos integram o conceito de conteúdos digitais, estando certamente nas preferências dos internautas e suscitando inclusivamente questões de saúde pública por causa do chamado «vício do jogo», que afeta especialmente menores e consumidores mais vulneráveis. Não obstante, o DL 24/2014 não se aplica aos contratos relativos a jogo de fortuna ou azar, incluindo lotarias, bingos e atividades de jogo em casinos e apostas. A este respeito, o Decreto-Lei n.º 66/2015 de 29 de abril estabeleceu o regime jurídico dos jogos *online*, no sentido de a exploração de jogos e apostas online não constituir um exclusivo de algumas entidades (leia-se SCML), ainda que estas já se encontrem habilitadas a explorar jogos e apostas em Portugal, antes devendo ser atribuída, mediante licença, a todas as entidades que, para além daquelas, preenchem estritos requisitos de idoneidade e de capacidade económica e financeira e técnica. De todo o modo, o DL 66/2015 alterou o Código da Publicidade, no sentido de maior liberdade, embora com ressalva de grupos especialmente vulneráveis, especialmente os menores, nada afastando a aplicação destas regras na Internet. Nos termos do art. 21º do

3.2. **Classificação do contrato de fornecimento de conteúdos digitais em função do suporte**

A natureza do suporte de fornecimento dos conteúdos digitais releva para efeitos da classificação dos contratos nos termos da Diretiva 2011/83. Com efeito, o fornecimento de conteúdos digitais num suporte material é considerado um *contrato de compra e venda*, aí definido como 'qualquer contrato ao abrigo do qual o profissional transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço, incluindo qualquer contrato que tenha por objeto simultaneamente bens e serviços' (art. 2º/5). É uma noção ampla que abrange não apenas a compra e venda de países como França e Portugal, nos quais a transmissão da propriedade é um efeito típico do contrato, por força do princípio da transferência da proprieda-

referido Código, 'a publicidade de jogos e apostas deve ser efetuada de forma socialmente responsável, respeitando, nomeadamente, a proteção dos menores, bem como de outros grupos vulneráveis e de risco, privilegiando o aspeto lúdico da atividade dos jogos e apostas e não menosprezando os não jogadores, não apelando a aspetos que se prendam com a obtenção fácil de um ganho, não sugerindo sucesso, êxito social ou especiais aptidões por efeito do jogo, nem encorajando práticas excessivas de jogo ou aposta.' Além disso, é proibida a publicidade de jogos e apostas que: se dirija ou que utilize menores enquanto intervenientes na mensagem (a); no interior de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores (b); a menos de 250 metros em linha reta de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores, salvo no que respeita aos jogos sociais do Estado (c); nos locais onde decorram eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais, bem como nas comunicações comerciais e na publicidade desses eventos (d). Por outro lado, as concessionárias e ou as entidades exploradoras de jogos e apostas ficam impedidas de ser associadas a qualquer referência ou menção publicitária à concessão de empréstimos.



de por consenso¹⁸, mas também a promessa de compra e venda e ainda a compra e venda meramente obrigacional típica dos países em que a transferência da propriedade exige a entrega da coisa (*traditio*).

Por seu turno, no que respeita aos contratos relativos a conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, lê-se no preâmbulo da Diretiva que 'não deverão ser considerados, na aceção da diretiva, contratos de venda nem contratos de prestação de serviços' (considerando 19, 3º período). Sendo que, ainda nos termos da Diretiva, os contratos de prestação de serviços abrangem 'qualquer contrato, com exceção de um contrato de compra e venda, ao abrigo do qual o profissional presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço' (art. 2º/6)

Ora, não sendo considerados contratos de compra e venda nem contratos de prestação de serviços, os contratos de fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material são remetidos para um *tertium genus*. Não são, todavia, contratos puramente atípicos, visto estarem abrangidos pela noção de contratos à distância estabelecida na Diretiva 2011/83, a saber: 'qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância, sem presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive' (art. 2º/7, itálico nosso).

¹⁸ Artigos 408º/1 e 879º do Código Civil. Sobre o tema, mais recentemente, Mónica Jardim, «A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 90/1 (2014) p. 179-218.



A noção de contrato à distância refere-se a sistema de vendas ou prestação de serviços, pelo que os contratos de fornecimento de conteúdos digitais imateriais deveriam revestir uma dessas duas modalidades, enquanto contratos à distância. Nota-se assim uma contradição entre a noção de contrato à distância e a exclusão do fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material tanto da compra e venda como da prestação de serviços. Não obstante, parece-nos que o fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material não deixará de integrar a noção de contratos à distância apesar de o preâmbulo da Diretiva os excluir das noções de contratos de compra e venda e de prestação de serviços. Fez bem o legislador interno ao não incorporar as referidas definições na lei interna, limitando-se à de contratos celebrados à distância (DL 24/2014, art. 3º/f), tanto mais que no Código Civil já se encontram noções de contratos de compra e venda, contrato-promessa, prestação de serviços. De resto, a utilização de técnicas de comunicação à distância não prejudica a tipicidade da compra e venda, da prestação de serviços ou de outros (por ex., a locação), que não deixam de o ser pelo facto se serem negociados e celebrados à distância.

De resto, os contratos à distância de conteúdos digitais imateriais dão corpo à chamada economia digital pura ou comércio eletrónico direto, em que o contrato se negocea, celebra e cumpre integralmente pela via eletrónica, incluindo a oferta, a encomenda, o pagamento e a transmissão em linha dos conteúdos digitais. Não obstante, o facto de a Diretiva excluir estes contratos puramente eletrónicos das noções de compra e venda e de prestação de serviços não significa, a nosso ver, que se impeça tal qualificação face ao direito privado de



cada Estado-Membro. Trata-se, aliás, de uma questão controvertida, a da qualificação dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais no quadro dos tipos contratuais legais clássicos, que a Diretiva terá deixado em aberto, tendo em conta as diferentes tradições dos Estados-Membros.¹⁹

De todo o modo, a Diretiva abrangeu o fornecimento de conteúdos digitais imateriais no regime dos contratos à distância com vista à proteção do consumidor mediante requisitos de informação e do direito de retratação. Vejamos.

3.3. Requisitos de informação

Quanto aos *requisitos de informação*, a Diretiva 2011/83 completa os requisitos estabelecidos nomeadamente na Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico²⁰, ressaltando-se todavia

¹⁹ Sobre a discutida classificação das licenças de programas de computador, nomeadamente em função do respetivo suporte de fornecimento, com mais indicações e análise de direito comparado, pode ver-se os nossos estudos «Programas de Computador, Sistemas Informáticos e Comunicações Electrónicas: Alguns Aspectos Jurídico-Contratuais», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 59 (1999), III, p. 915-1000 (931-41) e «Das licenças de software e de bases de dados (software and database licenses)», *Revista Jurídica da Universidade Portucalense - UPT*, n.º 14 (2011), p. 9-25. Mais recentemente, no direito francês, com anotação ao acórdão da *Cour de cassation* de 12 de junho de 2012, n.º 11-20.204, a propósito da natureza do chamado direito de utilização de programa de computador garantido legalmente ao utilizador autorizado, Philippe Gaudrat, «Droit d'utilisation d'un progiciel», *RTDCom* (janvier-mars 2013) p. 75-80 (crítico relativamente à utilização 'par fascination simiesque pour les pratiques anglo-saxonnes' do termo licença para designar as autorizações de utilização de bens intelectuais).

²⁰ Ver, por ex., o nosso estudo «A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2 (2000), p. 43-140 (máxime, 110-1). E sem esquecer, nomeadamente, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005,



'a possibilidade de os Estados-Membros imporem requisitos de informação suplementares aos prestadores de serviços estabelecidos no seu território' (considerando 12). Assim, os fornecedores de conteúdos digitais, independentemente do suporte, devem prestar aos consumidores informação sobre a funcionalidade e a interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais. O conceito de *funcionalidade* diz respeito ao modo como os conteúdos digitais podem ser usados, como, por exemplo, para o seguimento do comportamento dos consumidores (e.g. as políticas de privacidade, incluindo a utilização de cookies), e deverá referir-se igualmente à ausência ou presença de restrições técnicas, como a proteção através da gestão dos direitos digitais e a codificação regional (os chamados DRM – Digital Rights Management e os códigos regionais de leitores e discos). O conceito de *interoperabilidade relevante* é usado para descrever as informações relativas aos equipamentos e programas informáticos normalizados, com os quais os conteúdos digitais são compatíveis, como, por exemplo, o sistema operativo, a versão necessária e certas características do equipamento (considerando 19). Por exemplo, um jogo de computador que só funciona em ambiente Windows 7 ou posterior (sistema operativo), em computador com determinada RAM mínima e processador gráfico dedicado.

Assim, antes de o consumidor ficar vinculado por um

relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno. Sobre a diretiva e a questão da publicidade comparativa pode ver-se o nosso estudo «Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7 (2005), p. 341-378. Para uma resenha de jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE sobre esta diretiva, vide Jules Stuyck, «The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive», *Common Market Law Review*, vol. 52/3 (2015), p. 721-752.



contrato à distância ou por uma proposta correspondente, o profissional deve facultar ao consumidor, de forma clara e compreensível, diversas informações, nomeadamente, quando aplicável, a *funcionalidade* dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica, e qualquer *interoperabilidade relevante* dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, se aplicável (Diretiva 2011/83, art. 6º/1-r-s/2). Em termos semelhantes, o diploma interno estabelece que a *informação pré-contratual* nos contratos celebrados à distância deve incluir, sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica, e qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso (DL 24/2014, art. 4º/1-v-x).²¹

²¹ Os conteúdos digitais são, em muitos casos, por razões de direitos de autor e/ou conexos, comercializados com proteções técnicas, tais como, por ex., dispositivos contra cópias ou acessos não autorizados. As proteções técnicas surgem assim como um sistema de 'regulação paralela' aos direitos de autor, como refere Severine Dusollier, «DRM at the intersection of copyright law and technology: a case study for regulation», *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, ed. E Brousseau & M Merzouki, Cambridge University Press, 2012, p. 297-317. As leis de direitos de autor foram adaptadas de modo a conferir tutela jurídica a essas medidas técnicas de proteção, ao mesmo tempo que procuraram assegurar a liberdade do utilizador nos termos do chamado imperativo da interoperabilidade, este último reforçado pelo regime do direito da concorrência. Para desenvolvimentos sobre o tema pode ver-se, com mais indicações, a nossa tese *Direitos de autor e liberdade de informação*, Almedina 2008. De registar, por outro lado, que o Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão *UsedSoft v Oracle* de 3 de julho de 2012, proc. C-128/11, decidiu que a exaustão do direito de distribuição vale tanto fora de linha como *em linha* no caso das licenças de uso sem limite de tempo, entendimento este que propugnamos pelo menos desde a nossa dissertação de mestrado *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital* (publicada em 2001 pela Coimbra Editora).



De assinalar que as referidas informações pré-contratuais são devidas independentemente de os conteúdos digitais serem fornecidos com ou sem suporte material.

3.4. Direito de 'retratação'

Quanto ao chamado *direito de retratação* do contrato celebrado à distância, a Diretiva estabelece que o consumidor dispõe igualmente de um prazo de 14 dias para o exercer, sem necessidade de indicar qualquer motivo, a contar do dia da entrega do suporte material, que deverá ocorrer no prazo máximo de 30 dias (art. 17º/1 e 18º/1); no caso do fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material, o prazo para o exercício do direito de retratação conta-se a partir da data da celebração do contrato (art. 9º/1-2c).

O DL 24/2014 designa o direito de retratação por 'direito de livre resolução' (art. 10º), à semelhança do anterior DL 143/2001.²² A diferente designação não altera a natureza do direito, que consiste em poder cessar o contrato sem incorrer em quaisquer custos, para além dos estabelecidos no n.º 3 do artigo 12.º e no artigo 13.º quando for caso disso, e sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias a contar: a) do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens (que deverá ocorrer no prazo de 30 dias nos termos do

²² Sobre a natureza jurídica deste direito, com mais indicações, pode ver-se o nosso trabalho «Comércio electrónico e consumidor», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6 (2004), p. 376, nota 59 (condição legal resolutiva, de natureza imperativa, potestativa e arbitrária).



art. 19º/1), no caso dos contratos de compra e venda, como sucede na comercialização de conteúdos digitais fornecidos num suporte material; b) do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

3.4.1. *Possível exclusão do direito de retratação*

À semelhança do regime anterior, a Diretiva permite que o direito de retratação seja excluído relativamente ao fornecimento em suporte material de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega (art. 16º/i). Acrescenta que o direito também não se aplica no caso de fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação (art. 16º/m). Como se lê no preâmbulo, o consumidor deve beneficiar do direito de retratação, 'a menos que aceite que a execução do contrato tenha início durante o período de retratação e reconheça que, por essa razão, perde o direito de retratação do contrato' (considerando 19).²³ Assim, o consumidor perde o direito de retratação se remover o selo de garantia dos

²³ De igual modo, o DL 24/2014 prevê que direito de livre resolução não se aplica ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega (art. 17º/1-h), e aos conteúdos digitais fornecidos sem suporte material se a sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e este reconhecer que o seu consentimento implica a perda do direito de livre resolução (art. 17º/1-i).

conteúdos fornecidos em suporte material ou se aceitar a sua transferência imediata por via eletrónica e reconhecer que por isso não terá esse direito.²⁴

Parece-nos uma medida excessiva e que contrasta com a natureza imperativa do direito de retratação ou livre resolução.²⁵ Apesar de o consumidor poder gozar o bem com a remoção do selo ou com a transferência do conteúdo e por essa via tirar proveito da sua utilidade primária (visualizar imagens ou filmes, ler textos, ouvir músicas, jogar *videogames*), parece-nos todavia que a exclusão do direito de retratação só é possível se o dever de informação prévia tiver sido cumprido, em especial no que respeita à funcionalidade e à interoperabilidade relevantes dos conteúdos digitais. Sob pena de o consumidor fica vinculado à aquisição de um conteúdo digital de que não pode tirar proveito, não tendo sequer sido informado sobre os

²⁴ A menor proteção do consumidor no comércio eletrónico direto tem antecedentes. Nos termos do diploma do comércio eletrónico, nos contratos com consumidores, o prestador de serviços tem o dever de acusar a receção da encomenda logo que a receba por via exclusivamente eletrónica. Todavia, este dever é dispensado se ocorrer a imediata prestação em linha do produto ou serviço, dispensando-se por isso igualmente a confirmação da encomenda (DL 7/2004, art. 29º/1-2-5), pelo que o consumidor não disporá então da faculdade de confirmar a encomenda. Neste sentido, Fernanda Maria Neves Rebelo, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, cit., p. 647, subscrevendo a crítica de Morais de Carvalho, «Comércio eletrónico e proteção dos consumidores», *Themis* 13 (2006), e acrescentando que se o serviço é imediatamente prestado na sequência da encomenda então o prestador encontra-se em situação de proposta contratual, que não de convite a contratar. Solução que de resto se impõe sob pena de, por outro modo, 'a arbitrariedade concedida ao fornecedor' resultar em 'desproteção do público, como adverte José de Oliveira Ascensão, «Contratação eletrónica», *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, 2003, p. 60.

²⁵ A lei prescreve a nulidade das cláusulas contratuais que imponham ao consumidor uma penalização pelo exercício do direito de livre resolução ou estabeleçam a renúncia ao mesmo (Diretiva 2001/83, art. 25º; DL 24/2014, art. 29º).



requisitos técnicos mínimos relativamente ao seu funcionamento e à sua interoperabilidade.

3.4.2. *Exercício do direito de retratação*

A Diretiva regula o modo de exercício do direito de retratação, dispondo que o consumidor pode utilizar o modelo previsto no anexo I, Parte B da Diretiva (que consiste a máxima forma admissível), ou efetuar qualquer outra declaração inequívoca em que comunique a sua decisão (art. 11º/1). Em alternativa, o profissional pode dar ao consumidor a possibilidade de preencher e apresentar por via eletrónica o referido modelo de formulário ou qualquer outra declaração inequívoca através do sítio Internet do profissional, devendo nesse caso enviar sem demora ao consumidor, num suporte duradouro, um aviso de receção do pedido de retratação, embora o ónus da prova do exercício do direito de retratação caiba em qualquer caso ao consumidor (art. 11º/3-4). A Diretiva não exclui a possibilidade de o direito de retratação ser exercido por telefone. Todavia, de modo a evitar que os custos associados à utilização deste meio inibam o exercício do direito, no caso de o fornecedor utilizar uma linha telefónica para ser contactado em relação ao contrato celebrado, o consumidor, ao contactar o profissional, tem o direito de não pagar mais do que a tarifa de base (art. 21º/1).²⁶

O diploma interno consagra a liberdade de forma de

²⁶ Além disso, independentemente do suporte de fornecimento dos conteúdos, é necessário o consentimento do consumidor para ficar obrigado a qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal do profissional (art. 22º).

exercício do direito de resolução (art. 11º/1), que pode ter lugar através do envio do modelo legal de «Livre resolução» ou mediante qualquer 'declaração inequívoca', considerando-se como tal 'a declaração em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato designadamente por carta, por contacto telefónico, pela devolução do bem ou por outro meio suscetível de prova, nos termos gerais' (art. 11º/2). O fornecedor que disponibilize no seu sítio na Internet a livre resolução por via eletrónica deve acusar, no prazo de 24 horas, ao consumidor que utilize a receção da declaração de resolução em suporte duradouro (art. 11º/4).²⁷

3.4.3. Devolução e reembolso

Um outro aspeto da contratação à distância de conteúdos digitais diz respeito à devolução dos produtos adquiridos, na sequência do exercício do direito de livre resolução, e ao reembolso de eventuais pagamentos realizados.

A Diretiva estabelece que o consumidor tem o dever

²⁷ Como se lê no preâmbulo da Diretiva, a função dos suportes duradouros 'é permitir ao consumidor guardar as informações durante o tempo necessário para proteger os seus interesses decorrentes da sua relação com o profissional. Entre estes suportes incluem-se, em especial, papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória ou discos duros de computadores, bem como mensagens de correio eletrónico' (considerando 23). O diploma interno coloca os exemplos de suportes na forma de norma legal com exclusão das mensagens de correio eletrónico, que efetivamente são conteúdos e não suportes, i.e. instrumentos que permitam ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada (DL 24/2014, art. 3º-d e l).



de devolver os bens ou entregá-los ao profissional, ou a uma pessoa autorizada pelo profissional a recebê-los, sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que tiver informado o profissional da sua decisão de retratação do contrato, a menos que o profissional se tenha oferecido para recolher ele próprio os bens (art. 13º/1). Pela natureza das coisas, a devolução dos bens só é possível quando os conteúdos digitais são fornecidos em suporte material. Nestes casos, o consumidor suporta apenas o custo direto da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar o referido custo ou se o profissional não tiver informado o consumidor de que este último tem de suportar tal custo (art. 14º/1). Quanto à responsabilidade do consumidor pela depreciação dos bens, abrange apenas aquela que decorra de uma manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens, sendo excluída, em qualquer caso, quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retratação (art. 14º/2). De notar, todavia, que sendo os conteúdos digitais fornecidos num suporte material, o direito de retratação exclui-se relativamente a gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega, pelo que a manipulação desses bens não pode significar a remoção do selo, embora deva ser bem visível ao consumidor um aviso-informação de que a remoção do selo implica a perda do direito de retratação. Por outras palavras, o consumidor não pode experimentar a gravação áudio ou vídeo ou o jogo de computador, na medida em que tal exija a remoção do selo, sob pena de perder o direito de retratação. Deverá todavia o fornecedor colocar na embalagem do supor-

te a informação necessária sobre a funcionalidade e sobre a interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, de modo a que o consumidor possa saber, antes de remover o selo, se pode ou não utilizar o referido conteúdo digital.

Relativamente aos *conteúdos digitais sem suporte material*, havendo retratação, o consumidor não tem que suportar quaisquer custos relativos ao seu fornecimento, na totalidade ou em parte, se, nos termos do art. 14º/4: i) o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias a contar da celebração do contrato, ii) o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retratação ao dar o seu consentimento, ou iii) o profissional não tiver fornecido a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento. As alíneas são alternativas e não cumulativas. Por exemplo, o consumidor pode consentir na transferência dos conteúdos antes do fim dos 14 dias a contar da celebração do contrato mas sem reconhecer que com isso perde o direito de livre resolução. Note-se, todavia, que tratando-se de conteúdos digitais não há propriamente devolução, no sentido de remessa física do bem adquirido, mas apenas abstenção de usar o conteúdo digital, que poderá passar pela inativação permanente ou até pelo apagamento completo do dispositivo em que foi instalado pelo consumidor (telemóvel, computador portátil ou de secretária, tablet, etc.).

O DL 24/2014 estabelece que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve reembolsar o consumidor de todos



os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega do bem nos termos do art. 13º/2, no prazo de 14 dias a contar da data em que for informado da decisão de resolução do contrato (art. 12º/1). Por seu turno, o consumidor tem igualmente 14 dias a contar dessa data para devolver ou entregar o bem ao fornecedor de bens ou a uma pessoa autorizada para o efeito, incumbindo-lhe suportar o custo da devolução do bem, exceto se o fornecedor o assumir ou o consumidor não tiver sido previamente informado pelo fornecedor que tem o dever de pagar os custos de devolução. O fornecedor de bens pode oferecer-se para recolher ele próprio o bem, mas deve indicar o respetivo custo (art. 13º/1-2). Entretanto, sem prejuízo de poder inspecionar, com o devido cuidado, a natureza, as características e o funcionamento do bem, o consumidor é responsável pela depreciação do bem, se a manipulação efetuada para inspecionar a natureza, as características e o funcionamento desse bem exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial, mas em caso algum se o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução (art. 14º/1-2).

Relativamente a conteúdos digitais fornecidos sem suporte material, o consumidor não suporta quaisquer custos se não tiver: dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias a contar da celebração do contrato, ou se não tiver reconhecido que isso implica perder o seu direito de livre resolução, ou o fornecedor não tiver dado a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor (art. 15º/5). Em qualquer destes casos, se os conteúdos digitais são disponibilizados em linha ao consu-

midor durante o 'período de reflexão', o consumidor não tem que suportar quaisquer custos pela utilização desses conteúdos, exceto se tiver reconhecido a perda do direito.

3.4. Fornecimento não solicitado

O consumidor não tem que pagar qualquer contrapartida pelo fornecimento não solicitado de bens ou serviços, nomeadamente conteúdos digitais, não valendo o silêncio do consumidor como consentimento (Diretiva 2011/83, art. 27º). Ou seja, a ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento dos conteúdos digitais não vale como aceitação da proposta. Parece assim que, para efeitos do Código Civil (art. 218º), a lei valoriza o silêncio do consumidor como declaração de rejeição da proposta, impedindo que por uso ou convenção se lhe atribua outro valor. O diploma interno não terá ido tão longe, já que apenas proíbe a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento não solicitado de bens, incluindo conteúdos digitais, ressalvando todavia o fornecimento de bens de substituição (DL 24/2014, art. 28º e 19º/4).

3.5. Comunicações publicitárias não solicitadas

Uma forma de chegar aos consumidores de conteúdos digitais é através da publicidade interativa e do marketing direto, nomeadamente através de mensagens por correio eletrónico. A licitude do envio das comunicações não solicitadas atra-



vés de técnicas de comunicação à distância, como o correio eletrónico, depende do *consentimento prévio expresso do consumidor*. Assim dispõe o art. 8º do DL 24/2014, que remete para a Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. É todavia uma remissão tecnicamente incorreta. A referida Lei transpõe a Diretiva 2009/136/CE²⁸, procedendo à primeira alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto (que revogara a Lei n.º 69/98, de 28 de outubro) - republicada em anexo - e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

Assim, onde se lê Lei 42/2012 deve ler-se Lei 41/2004, cujo art. 13º-A, sob epígrafe 'comunicações não solicitadas', sujeita a consentimento prévio e expresso do assinante que seja pessoa singular, ou do utilizador, o envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto, designadamente através da utilização de correio eletrónico, incluindo SMS (serviços de mensagens curtas), EMS (serviços de mensagens melhoradas) MMS (serviços de mensagem multimédia) e outros tipos de aplicações similares. Todavia, o fornecedor de conteúdos digitais ou serviços que já tenha obtido dos seus clientes, nos termos da Lei de Proteção de Dados Pessoais²⁹, no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto pode utilizá-las *para fins de marketing*

²⁸ Diretiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

²⁹ Lei n.º 67/98, de 28 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Sobre o tema, por ex., Catarina Sarmiento e Casto, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, 2005.



direto dos seus próprios produtos ou serviços análogos aos transacionados, desde que garanta aos clientes em causa, clara e explicitamente, a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização de tais coordenadas no momento da respetiva recolha (a) e por ocasião de cada mensagem se o cliente não tiver recusado inicialmente essa utilização (b).

Por outro lado, nos termos do art. 21.º do DL 7/2004, nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, impõe-se ao fornecedor um *dever de transparência*, no sentido de identificar claramente de modo a serem facilmente apreendidos por um destinatário comum, tanto a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva, o anunciante, e as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os respetivos termos. Ora, nos termos do art. 13º-A da Lei 41/2004, é expressamente proibido o envio de correio eletrónico para fins de marketing direto, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação, em violação daquela regra, sem a indicação de um meio de contato válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações, ou que incentive os destinatários a visitar sítios na Internet que violem o disposto no referido artigo.

As comunicações não solicitadas para fins de marketing direto para pessoas coletivas não exigem o seu consentimento prévio, embora estas possam recusar futuras comunicações e inscrever-se nas listas (*opt out*). Cabe às entidades que promovam o envio de comunicações para fins de marketing direto manter, por si ou por organismos que as representem, uma lis-



ta atualizada de pessoas que manifestaram expressamente e de forma gratuita o consentimento para a receção deste tipo de comunicações, bem como das pessoas coletivas que não se opuseram à sua receção. Por seu turno, à Direção-Geral do Consumidor (DGC) compete manter atualizada uma lista de âmbito nacional de pessoas coletivas que manifestem expressamente opor-se à receção de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto (art. 13º-A da Lei 41/2004).

4. Competência judiciária internacional e lei aplicável – o conceito de atividade dirigida

Em sede de competência judiciária internacional, tal como dispõe o Regulamento 1215/2012³⁰, rege o princípio da liberdade contratual, no sentido de que as partes são livres de designar, por acordo escrito, o tribunal competente para dirimir possíveis litígios entre si (art. 25). Todavia, por razões de proteção do consumidor, a liberdade das partes é limitada quando estão em causa relações entre profissionais e consumidores. Estes só podem ser obrigados a responder perante os tribunais do Estado-membro do seu domicílio quando a atividade do profissional seja dirigida a esse Estado-membro ou a vários Estados-membros incluindo esse (arts. 17º/1-c e 18º). O que se entende por atividade dirigida a um Estado-membro?

A questão tem sido discutida, designadamente se abran-

³⁰ Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, regula a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial. Revogou e substituiu o Regulamento n.º 44/2001 de 22 de Dezembro de 2000.

ge a mera acessibilidade de páginas Web.³¹ No considerando (2) do Regulamento 593/2008³² lê-se que 'A coerência com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 [agora Regulamento 1215/2012] exige, por um lado, que se faça referência à noção de «actividade dirigida» como condição para a aplicação da regra de protecção do consumidor e, por outro lado, que esta noção seja objecto de uma interpretação harmonizada [...], tendo presente que uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 afirma que, para que a alínea c) do n.º 1 do artigo 15.º seja aplicável, «não basta que uma empresa dirija as suas actividades para o Estado-Membro onde o consumidor está domiciliado, ou para vários Estados incluindo esse Estado-Membro. É preciso também que tenha sido celebrado um contrato no âmbito dessas actividades». A referida declaração indica igualmente que «o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio Internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio internet não constituem elementos relevantes».'

Considerando estes elementos, o Tribunal de Justiça, nos acórdãos *Alpenhof* e *Pammer*³³, definiu a noção de *atividades dirigidas* no contexto da Internet, no sentido de que para deter-

³¹ Sobre o tema, pode ver-se, com mais indicações, o nosso escrito «Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), p. 281-300

³² Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

³³ C-144/09 e C-585/08, ambos de 7 de dezembro de 2010.



minar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao Estado-membro do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava do sítio web do profissional e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse Estado-membro. O Tribunal de Justiça apresenta para o efeito uma lista não exaustiva de indícios tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros Estados-membros para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu Estado-membro de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio web por parte de consumidores domiciliados em outros Estados-membros, etc.³⁴ Assim, para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do comerciante ou profissional no Estado-membro de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão. Se a atividade não é dirigida ao Estado-membro de domicílio do consumidor, são competentes os tribunais do Estado-membro, no qual, nos termos do contrato, os serviços foram prestados ou deviam ter sido prestados.

O mesmo deve valer em sede de lei aplicável nos termos do Regulamento Roma I. Nos contratos entre profissionais e consumidores (B2C), as partes são livres de escolher a lei aplicável mas o consumidor não pode ser privado da proteção que lhe é

³⁴ Em suma, na síntese de Koen Lenaerts, «The Case Law of the ECJ and the Internet (2004-2014)», *ELTE Law Journal*, 2014/1, p. 9-26 (19-21), para efeitos de saber se o fornecedor dirige a sua atividade a determinado Estado-Membro, cabe aos tribunais nacionais apurar, à luz dos referidos indícios, se o fornecedor tenciona celebrar contratos com consumidores desse Estado membro.

conferida pelas normas imperativas da lei do EM do seu domicílio. Na falta de escolha, é aplicável a lei do país da residência habitual do consumidor no caso de o profissional dirigir as suas atividades para esse EM ou para vários EM incluindo esse, ou a lei do EM onde o prestador tem a sua residência habitual no caso de o profissional não dirigir as suas atividades para o EM da residência habitual do consumidor.

5. Conclusão

Ao longo deste trabalho analisámos a proteção do consumidor de conteúdos digitais no comércio eletrónico. O principal diploma é atualmente o DL 24/2014, que transpõe a Diretiva 2011/83 sobre os direitos dos consumidores, completado por outros diplomas, nomeadamente o DL 7/2004 (comércio eletrónico) e a Lei 41/2004 (envio de comunicações não solicitadas), bem como os Regulamentos 1215/2012 e 593/2008 respetivamente sobre tribunal competente e lei aplicável às obrigações contratuais.

Constatámos que a proteção do consumidor conhece duas velocidades, consoante o suporte de comercialização dos conteúdos digitais. Na ausência de suporte material, ou seja, no comércio eletrónico direto, o consumidor pode ser privado da sua grande conquista no comércio fora do estabelecimento ou na comercialização à distância, que é o direito de retratação ou de livre resolução. É verdade que mesmo havendo suporte material o consumidor não tem esse direito relativamente ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de progra-



mas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega. Presume-se *iuris et de iure* que o consumidor tirou proveito dos conteúdos digitais, sendo a utilidade intelectual insuscetível de devolução dada a natureza imaterial dos bens em causa. Talvez por isso, havendo entrega imediata dos conteúdos digitais sem suporte material, se possa dizer que o consumidor não pode devolver bens cuja utilidade intelectual de todo o modo já terá extraído.

Seja como for, parece-nos que a exclusão do direito de livre resolução deverá pressupor em qualquer caso o cumprimento do dever de informação pré-contratual relativa à funcionalidade e à interoperabilidade dos conteúdos digitais. Sob pena de o consumidor adquirir conteúdos digitais sem poder saber de antemão se os pode utilizar e ficando desprovido da possibilidade de se libertar desse contrato. Por outro lado, o consumidor tem o direito de não lhe serem enviadas por correio eletrónico ou semelhantes (por ex., SMS) mensagens publicitárias, sem o seu consentimento prévio expresso, sendo que, tendo-o dado, deverá poder a qualquer altura revogar a sua autorização para o envio dessas mensagens.

A proteção do consumidor de conteúdos digitais no comércio eletrónico não é certamente perfeita. Em especial, assume proporções cada vez mais preocupantes a adição de menores (e até de maiores) aos videogames e outras aplicações disponíveis em rede, muitas vezes com custos económicos significativos. É um problema que transcende a proteção do consumidor na contratação à distância, mas que não pode deixar de ser abordado. Se o futuro passa em larga medida pela rede não deve passar apenas pela rede. Os menores não deixam



de ser menores por serem também consumidores. É necessário reforçar as campanhas de educação para a vida em linha, sob pena de o ciberespaço não ser mais do que um espaço de alienação de milhões conectados em rede!



ASSINATURAS ELETRÓNICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ENTIDADES CERTIFICADORAS BREVE APONTAMENTO

Mafalda Miranda Barbosa¹

1. A “provocação” do direito pelo mundo digital

A revolução tecnológica que se operou nos últimos tempos, com a conseqüente afirmação da internet como veículo de transmissão de informação e de negócios, não poderia deixar o direito indiferente. E, se nos primórdios da abertura do sistema jurídico pelos novos desafios que lhe eram comunicados pela realidade em mutação a atenção se direcionava, sobretudo,

¹ A autora é Doutorada em Direito, na vertente de Ciências Jurídico-Civílicas, pela Faculdade de Direito de Coimbra; Professora auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra e Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. O texto que agora se apresenta corresponde, com alguns aditamentos, à conferência proferida no âmbito do colóquio sobre contratação à distância, organizado pelo Centro de Direito do Consumo e pelo Grupo de Investigação Contrato e Desenvolvimento Social, do Instituto Jurídico da FDUC.



para as formas de prevenção e repressão de comportamentos ilícitos levados a cabo em rede, rapidamente se percebeu que a web tinha potencialidades, a que o direito não poderia ser alheio, de operar como veículo de aproximação entre as pessoas e como uma rede comercial². O direito contratual é,

² A relação entre o direito e a técnica é mais ampla e mais densa do que parece ser intuído pela leitura do texto. Na verdade, são múltiplos os problemas que se colocam sob a designação "processamento eletrónico de dados/informática jurídica". Para um elenco categorizado deles, cf. JOCHEN SCHNEIDER, "Processamento electrónico de dados – informática jurídica", *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo* (A. KAUFMANN e W. HASSEMER, org.), Fundação Caloust Gulbenkian, 2002, pp. 547 e ss. O autor fala de proteção de dados, teoria dos sistemas periciais, documentação jurídica, modelização de processos judiciais e cibernética jurídica, ao que se associam os problemas relacionados com as tecnologias da informação e o direito. Adverte, porém, que "não se devem incluir diretamente na informática jurídica questões da dogmática relativas aos usos do processamento eletrónico de dados". Considerando que muitos problemas são suscitados primeiro ao nível da realidade económica, só depois convocando a intervenção do direito (v.g. criminalidade informática, tramitação automática de negócios e telepagamentos por rede de computadores, processamento eletrónico de dados, proteção jurídica de software, proteção de dados), lembra que se as tecnologias influenciam o direito se deve questionar, igualmente, se o direito influencia, com as suas estruturas, as tecnologias. E a páginas 553 e ss., sistematiza todos estes temas em áreas que, sendo conexas, não se confundem: a) *processamento eletrónico de dados no domínio do direito* (onde se incluem temas como a informação jurídica e a elaboração de bases de dados; automatização de tarefas rotineiras; elaboração de grandes registos; apoio de decisão e execução automática parcial de sentenças); b) *solução jurídica dos problemas provenientes da utilização do processamento eletrónico de dados na economia e administração, especialmente questões relacionadas com negócios* (contratos eletrónicos; documentos eletrónicos e seu valor de prova; assinaturas eletrónicas; *teleshopping*); c) *questões dogmáticas relacionadas com o processamento eletrónico de dados, como a proteção de dados ou direito de informação*; d) *formação teórica*; e) *sensibilidade face à inovação*. Conclui-se, portanto, que para lá da questão concreta que elegemos como objeto do nosso estudo, muito e a muitos níveis poderia ser problematizado a propósito da relação do direito com a revolução tecnológica. Um ponto de extremo interesse aflorado por Schneider diz respeito à possibilidade de se usarem computadores na decisão de casos concretos. A perspectiva, há muito conhecida por *computer doctor iuris*, conduz-nos, sem margem para dúvida, a uma forma radical de positivismo. A este propósito A. KAUFMANN (*Filosofia do Direito*, 2ª edição, F. Caloust Gulbenkian, 2007, pp. 180 e ss.) adverte-nos para o facto de

então, chamado a depor e as tradicionais categorias jurídicas do mundo negocial são forçadas a dialogar com uma nova realidade. Do mesmo modo, a própria administração pública forja novas formas de relação com os cidadãos, em diversos domínios de atuação³.

Neste quadro, afirma-se como um importante elemento da vida económica o comércio eletrónico⁴. Entre nós, surge

só ser “possível uma formalização da linguagem legal e da interpretação da lei se a norma legal for traduzida, tanto do ponto de vista sintático como semântico, numa linguagem simbólica de sinais, o que pressupõe (...) que o legislador conheça o conjunto de decisões justas de casos e as fixe através das correspondentes regras de linguagem”. Só que, com isto, continua o autor, abrir-se-iam as portas a uma jurisprudência feita por computadores e o resultado seria “um outro direito, diferente do proferido pela jurisprudência dos juizes: um direito em que se manteria o princípio da igualdade de uma forma mecânica, não tomando em consideração a situação histórica concreta e individual; uma caricatura de justiça que abstrai da pessoa, um direito a-histórico e impessoal”. Na verdade, esta perspetiva esquece diversos aspetos: que a normatividade não esgota a juridicidade; que a norma não pode ser encarada como um texto, traduzindo-se, antes, num problema; que ela só poderá ser compreendida na dupla remissão para os princípios e para o caso, cujas especificidades hão-de ser relevadas. Por isso, a tentativa relatada por KAUFMANN de os informáticos do direito usarem computadorizadamente os conceitos indeterminados e a analogia pela intervenção de redes neuronais afigura-se absolutamente improcedente. Pois, como o próprio autor reconhece, tal equivaleria a suprimir a justiça, porque ao computador faltarão sempre a dimensão pessoal e histórica do direito. De notar, porém, que o autor admite a formalização da linguagem jurídica em certos domínios e para certos fins, como, por exemplo no quadro do registo predial e da cobrança de dívidas por contraordenações.

³ Concentrar-nos-emos, na nossa intervenção, exclusivamente no domínio privatístico, deixando de lado os processos desmaterializados de relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos.

⁴ Sobre o ponto, cf. ANACOM, *O comércio eletrónico em Portugal – o quadro legal e o negocial*, 2006, pp. 5 e ss. Veja-se, ainda, pp. 20 e ss., dando conta das diversas modalidades de comércio eletrónico com que podemos ser confrontados: *business to business* (o contrato é celebrado entre duas empresas); *business to consumer* (o contrato é celebrado entre uma empresa e um consumidor); *business to administration* (onde se incluem aspetos relativos à área fiscal, segurança social, emprego, registos); *consumer to administration* (onde se inte-



disciplinado pelo DL nº7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico (Diretiva sobre comércio eletrónico), bem como o artigo 13º da Diretiva 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à Privacidade e às Comunicações Eletrónica).

Os serviços da sociedade de informação, para efeitos do referido diploma, são considerados todos aqueles que são prestados à distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica na sequência de um pedido individual do destinatário. Por seu turno o contrato eletrónico é visto como aquele que é celebrado por via eletrónica, seja ou não qualificável como comercial⁵.

gram domínios como a segurança social, a saúde – ex. marcação de consultas em linha, educação, impostos). Veja-se, igualmente, IAN WALDEN, "Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy", *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos* (coord. GLÓRIA TEIXEIRA), Almedina, Coimbra, 2002, p. 9; AFONSO PATRÃO, "Assinaturas electrónicas, documentos electrónicos e garantias reais", *Revista CEDOUA*, 1/2012, p. 45.

⁵ Sobre o ponto, cf. AFONSO PATRÃO, "Assinaturas electrónicas...", cit., p. 45, nota 1, considerando que não existe uma definição unânime de comércio eletrónico e optando, em virtude disso, por uma aceção ampla, que traduz o estabelecimento de relações jurídicas mediante a utilização de computadores e de redes de telecomunicações; MIGUEL PUPO CORREIA, "Sociedade de Informação e direito: a assinatura digital", *Revista de Derecho Informático*, nº12, considerando que se fala de comércio eletrónico quando se utilizam tecnologias de informação avançadas; ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico na sociedade de informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 14, falando de negociação realizada por via eletrónica.

A expressão comércio é, assim, assumida em termos amplos, que ultrapassa o sentido técnico-jurídico associado à prática de atos comerciais.

Dúvidas colocam-se, em face do artigo 24º do DL nº7/2004, relativamente à exclusividade do meio eletrónico como meio de celebração do negócio para a qualificação do contrato como eletrónico. Dito de uma forma mais direta: bastar-nos-emos com a utilização do universo digital para a transmissão das declarações negociais ou toda a celebração do negócio, inclusivamente na sua conclusão, deve surgir desmaterializada⁶? De acordo com o ensinamento de Oliveira Ascensão, “quando no iter de celebração do contrato, há algum elemento em que outra via de comunicação tenha sido utilizada”, não podemos falar de contrato eletrónico⁷, visto como uma subespécie do contrato à distância⁸.

Segundo esta perspetiva, podemos estabelecer uma cisão entre os contratos eletrónicos e os contratos celebrados ou negociados (à distância) por via eletrónica. Aos primeiros aplicar-se-ia a disciplina contida no citado decreto-lei e a legislação relativa aos contratos à distância (DL nº24/2014); aos segundos, aqueles em que foi utilizada outra via de comunicação para além da eletrónica, seria apenas aplicável, consoante os casos, o último regime referido ou a disciplina contratual comum. Há que ter, porém, em conta que se integra no comércio eletrónico a negociação de um contrato feita por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente. Pese embora não lhe sejam aplicáveis os artigos 27º a 29º do DL

⁶ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Perspetiva jurídica”, *O comércio eletrónico em Portugal – o quadro legal e o negocial*, 2006, p. 104

⁷ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ De notar que alguns autores contestam esta ideia, sustentando que podemos estar diante de um negócio entre presentes e, ainda assim, falar-se de contratação eletrónica. Cf. AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, *cit.*, nota 4.



nº7/2004, a utilização destes meios técnicos não obsta à qualificação do negócio como eletrónico⁹.

Percebe-se, por isso, que outro não poderia ser o princípio geral em matéria de contratação eletrónica senão aquele que consta do artigo 25º DL nº7/2004. Em consonância com o artigo 9º/2 Diretiva 2000/31/CE, o preceito consagra o princípio da equiparação entre a contratação comum e a contratação eletrónica. Na verdade, estabelecendo o artigo 217º CC um princípio de liberdade declarativa e o artigo 219º CC um princípio de liberdade de forma, entende-se que nada deva obstar a que o meio de manifestação da vontade seja digital. Por isso, não se vislumbra qualquer obstáculo a que a negociação opere por via de declarações transmitidas por correio eletrónico. A especificidade da contratação eletrónica está, portanto, na exclusividade do meio digital em todo o *iter* contratual.

E é essa especificidade que comporta riscos acrescidos e suscita novos problemas a que o legislador entendeu dar res-

⁹ A este propósito, cf. a distinção operada por PAULA COSTA E SILVA, "A contratação automática", *Direito da sociedade de informação*, vol. IV, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 290 e ss., à qual adere AFONSO PATRÃO, "Assinaturas electrónicas...", cit., pp. 45. Fala a primeira autora citada de contratação automática (e o segundo de contratação eletrónica em sentido técnico), para identificar as declarações produzidas através de meios informáticos; e de contratação eletrónica em sentido estrito, na qual as declarações de vontade são transmitidas por meios telemáticos, mas não são produzidas dessa forma.

Sobre o ponto, cf., ainda, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3ª edição, 2005, pp. 584 e ss., dando conta da evolução que a contratação por internet sofreu, desde o primeiro momento em que as declarações negociais eram simplesmente transmitidas por essa via, colocando problemas similares aos da comunicação operada por telefone ou correio; ao último momento em que o computador é programado de tal modo que ele próprio recebe e processa a declaração do interessado (declaração do computador ou automatizada).

posta¹⁰. E é essa especificidade que determina que, pese embora o que ficou dito, alguns negócios estejam excluídos do âmbito de equiparação entre a contratação comum e a contratação eletrónica. Assim, nos termos do n.º2 do artigo 25.º DL n.º7/2004, não podem ser celebrados por via eletrónica os negócios familiares e sucessórios; os negócios que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos, nomeadamente quando aquela intervenção condicione a produção de efeitos em relação a terceiros e ainda os negócios legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais; os negócios reais imobiliários; as garantias, quando não se integrem na atividade profissional de quem as preste.

Os interesses subjacentes a estes negócios bem como as exigências formais que lhes andam associadas parecem impedir que se possam submeter às idiosincrasias da contratação eletrónica. À mesma conclusão chegaremos relativamente aos contratos celebrados por via eletrónica¹¹. Na verdade, pese embora a regra, no mundo negocial, seja a liberdade de forma (artigo 219.º CC), há determinados negócios para os quais o legislador exige uma dada formalidade. Ora, se, nos termos do artigo 26.º DL n.º7/2004, “as declarações emitidas por via ele-

¹⁰ Três parecem ser as questões que maiores dificuldades colocam ao jurista: a) a questão da formação do negócio; b) a questão do erro, sobretudo associado às formas de contratação automática; c) a questão da forma do negócio, conexas com a problemática das assinaturas digitais. Sobre o ponto, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Contratação eletrónica”, *Direito da sociedade da informação*, vol. IV, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 52.

¹¹ Ressalvados que estejam, é óbvio, os contratos negociados por meios eletrónicos e, posteriormente, formalizados pelas vias tradicionais.



trónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação"¹², não será possível, em relação a alguns negócios formais, cumprir as exigências ditadas pelo legislador pela necessidade de fazer intervir uma autoridade pública para efeitos de controlo de legalidade do ato. Simplesmente, isto não faz esquecer as hipóteses em que a imposição formal é menos solene. Por outro lado, mesmo naquelas situações em que a forma não é condição de validade do negócio, ela pode ter um importante papel probatório. Já não estamos aí diante de formalidades *ad substantiam*, mas *ad probationem*, que, pela natureza própria da contratação eletrónica, assumem crescente relevância.

Para além do domínio negocial, há todo um leque de problemas a que o direito tem de dar resposta e que se prendem com a segurança das transações efetuadas em rede. Pensamos, por exemplo, nas hipóteses de relacionamento entre os cidadãos e a Administração Pública, que, no quadro anglo-saxónico, vêm conhecidas por relações *business to administration* e *consumer to administration*¹³.

¹² A este propósito, refere SUSANA LARISMA, "Contratação eletrónica", *O comércio eletrónico em Portugal – o quadro legal e o negocial*, 2006, p. 164, que "a amplitude do conceito de documento constante do artigo 362ºCC permite abranger os registos informáticos criados e mantidos em memórias de computadores (documentos eletrónicos em sentido estrito) e os documentos emitidos em papel a partir de um computador (documentos informáticos ou documentos eletrónicos em sentido amplo).

¹³ Como referido, *ab initio*, não nos centraremos nesta estrutura relacional. De notar, apenas, que, existindo entidades certificadoras específicas para garantir a segurança eletrónica do cidadão no seu relacionamento com o Estado e a Administração Pública, as regras da responsabilidade civil que analisaremos, no final, terão de ser conjugadas com as normas próprias da responsabilização dos entes públicos e equiparados. A especificidade da disciplina ressarcitória, contu-

2. **As assinaturas eletrónicas: assinaturas eletrónicas; assinaturas eletrónicas avançadas; assinaturas eletrónicas qualificadas e assinaturas digitais**

Em virtude disto, o legislador sentiu necessidade de criar um ambiente seguro para a autenticação eletrónica. Com a disciplina das assinaturas eletrónicas, pretendeu-se dar resposta a dois problemas fundamentais: a autenticidade, de modo a que o utente de dados enviados eletronicamente possa controlar a sua proveniência; e a integridade, garantindo o controlo sobre se os dados foram ou não alterados¹⁴. Nos termos do artigo 2º/b) DL nº290-D/99, de 2 de Agosto¹⁵, a assinatura eletrónica é aquela que “resulta de um processamento eletrónico de dados suscetível de constituir objeto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento eletrónico”¹⁶. Na primeira versão do diploma, datada de 1999, o legislador, abandonando a neutralidade tecnológica¹⁷, optou

do, não é afetada pelo dado.

¹⁴ Cf. Preâmbulo do DL nº290-D/99 e SUSANA LARISMA, “Contratação eletrónica”, cit., p. 164.

¹⁵ Com as alterações introduzidas pelo DL nº62/2003, de 3 de Abril, pelo DL nº165/2004, de 6 de Julho, pelo DL nº88/2009, de 9 de Abril. De ora em diante, quando nos referirmos ao DL nº290-D/99, de 2 de Agosto, contemplamos, já, as modificações mencionadas. Quando, por necessidade argumentativa, chamarmos à colação a primeira versão do diploma, explicitaremos o dado.

¹⁶ Sobre o ponto, cf. SINDE MONTEIRO, “Assinatura eletrónica e certificação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 133, nº3918, p. 262. O autor considera que a assinatura eletrónica é algo associado a um documento eletrónico que permita desempenhar funções similares às de uma assinatura manual num documento escrito.

¹⁷ Cf., sobre o ponto, num sentido muito crítico da opção do legislador, MANUEL LOPES ROCHA, “A assinatura eletrónica. Uma via portuguesa original?”, < <http://>



por um modelo específico, fazendo-lhe corresponder uma presunção de fiabilidade e segurança. Assim, destacava-se a assinatura digital, em torno da qual girava o regime das assinaturas eletrónicas, assente em técnicas criptográficas e numa tecnologia baseada numa infraestrutura de chave pública. Nos termos do artigo 2º/d) do DL nº290-D/99¹⁸, ela traduz-se no “processo de assinatura eletrónica baseado em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma das quais privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrónico ao qual a assinatura é aposta e concordância com o seu conteúdo, e ao declaratório usar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da correspondente chave privada e se o documento eletrónico foi alterado depois de aposta a assinatura”¹⁹. No fundo,

www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/LRochaAE.pdf

Aliás, uma das críticas que se dirige habitualmente à opção do legislador português é o facto de, tendo descrito o método para se obter uma assinatura eletrónica fiável, correr o risco de desatualização tecnológica. Sobre o ponto, cf. AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 53.

¹⁸ Anterior artigo 2º/c DL nº290-D/99.

¹⁹ A assinatura digital baseia-se numa tecnologia baseada numa chave pública ou assimétrica. De acordo com o ensinamento de MANUEL LOPES ROCHA, “A assinatura eletrónica...”, cit., p. 15 “todo o sistema de cifra se baseia em duas chaves”: uma pública que pode ser distribuída a terceiros e uma privada que apenas é conhecida pelo seu titular. Os dados cifrados com a chave pública apenas podem ser decifrados com a chave privada e vice-versa. Nesse processo, surgem dois conceitos relevantes: a função *hash* “que faz corresponder a uma mensagem uma determinada sequência binária (cadeia de *bits*) chamada *digest*, de tal forma que a probabilidade de que duas mensagens diferentes deem origem ao mesmo *digest* seja em termos práticos de zero”. Veja-se, ainda, SINDE MONTEIRO, “Assinatura Electrónica ...”, cit., p. 263 (dando conta de que “a cada utilizador são atribuídas duas chaves complementares, uma chave de assinatura mantida



aparecia como uma modalidade da assinatura eletrónica²⁰, ou mais concretamente, como a modalidade por excelência da assinatura eletrónica.

No confronto com a Diretiva 1999/93/CE²¹, apercebemo-nos que o legislador português, tendo sido pioneiro na regulamentação da matéria, não tinha consagrado uma solução

privada e uma chave de verificação publicada. Para criar uma assinatura digital o remetente tem em primeiro lugar de, com recurso ao software – função de *hash* –, obter um conglomerado ou resumo da mensagem de dados (*message digest*) que constitui como que uma impressão digital eletrónica da sequência de dados mais extensa. Em seguida, cifra o resumo (...) com a sua chave privada, consistindo a assinatura digital justamente neste resumo cifrado dos dados, e envia eletronicamente ao destinatário a assinatura digital e os dados. Com recurso à chave pública do remetente, o recetor pode então verificar se os dados foram alterados. Em primeiro lugar, utiliza essa chave para decifrar a assinatura digital. Como as duas chaves são indissociáveis, esta verificação permite comprovar que os dados foram enviados pelo remetente. Em seguida, o recetor cria um novo resumo de dados, utilizando o mesmo algoritmo *hash* seguro, e finalmente, compara os dois resumos. Casos as impressões digitais eletrónicas coincidam, obtém a certeza de que os dados não foram alterados após terem sido assinados”) e AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., 52 (explicando que a chave privada permite a aposição da assinatura; a chave pública possibilita ao destinatário do documento verificar se a assinatura foi gerada por aquele que consta como seu titular; a função *hash* garante a integridade do documento, uma vez que permite detetar se foram introduzidas modificações depois da assinatura ter sido aposta).

²⁰ A assinatura digital surge como uma modalidade da assinatura eletrónica. Sobre o ponto, cf. AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 51. Explica o autor que “não será uma assinatura eletrónica a aposição a um documento, por via informática, do nome do pretensu autor, porquanto essa introdução não é suscetível de constituir objeto de um direito individual e exclusivo; pelo contrário, já será assinatura eletrónica o resultado de um conjunto alargado de processos: a autenticação por código PIN, a digitalização de uma assinatura autógrafa, a autenticação do autor por dados biométricos ou uma assinatura digital ou criptográfica”. Assim, conclui que “a assinatura eletrónica compreende várias modalidades, com níveis de segurança que podem ser muito díspares, pelo que a lei faz depender os seus efeitos do tipo de assinatura eletrónica que tiver sido aposta ao documento eletrónico”.

²¹ Cf. SINDE MONTEIRO, “Assinatura eletrónica...”, cit., p. 262.



compatível com o preceituado no direito europeu, ao qual o direito interno se teria de conformar. Nela, deparamo-nos com três tipos de assinatura: a assinatura eletrónica *tout court*; a assinatura eletrónica avançada e a assinatura eletrónica avançada que obedeça aos requisitos do artigo 5º/1, ou seja, que se baseie num certificado qualificado e tenha sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas. Ora, embora o diploma pátrio tenha salvaguardado a possibilidade de o regime legal ser aplicado a outras modalidades de assinatura eletrónica que satisfaçam exigências de segurança idênticas às da assinatura digital²², o certo é que o desacerto entre os dois normativos não deixa de ser evidente. Eis uma das razões das posteriores alterações legislativas.

Atualmente, o DL n.º290-D/99 contempla a assinatura eletrónica simples, a assinatura eletrónica avançada, a assinatura eletrónica qualificada e a assinatura digital. A assinatura eletrónica simples corresponde à definição que era, originariamente, apresentada para a assinatura eletrónica *tout court*; a assinatura eletrónica avançada é aquela que identifica de forma unívoca o titular como autor do documento; cuja aposição ao documento dependa exclusivamente da vontade do titular; e cuja conexão com o documento permita detetar toda e qualquer alteração superveniente do conteúdo deste após a assinatura²³. A par destas e da assinatura digital, cuja noção apresentámos *supra* (não tendo sido modificada), existe, ainda, a assinatura eletrónica qualificada, correspondente à assina-

²² Cf. artigo 1º/1 DL n.º290-D/99, na sua primeira versão. Isto atenuava de algum modo as críticas que se teciam acerca da possibilidade de cristalização e desatualização tecnológica.

²³ Cf. artigo 2º/c) DL n.º290-D/99.



ra digital ou outra modalidade de assinatura eletrónica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação da assinatura. De certo modo, a preeminência de um dado modelo tecnológico acaba por ser atenuada²⁴. Contudo, a assinatura digital, integrando-se na assinatura eletrónica qualificada, serve de modelo em termos de garantia de autenticidade e integridade, ao ponto de a assinatura qualificada ser entendida por referência ao grau de segurança oferecido pela assinatura digital. A adoção de uma outra modalidade de assinatura ficará dependente de se conseguir, em termos técnicos, obter as mesmas garantias de segurança. Não se pense, porém, que a noção de assinatura eletrónica qualificada se baseia numa mera integração analógica de uma assinatura que ofereça as mesmas garantias de segurança da assinatura digital numa categoria complexiva que a ambas agregue. Na verdade, a assinatura qualificada tem de basear-se num certificado qualificado²⁵, isto é, um documento eletrónico que ligue os dados de verificação de assinatura e o seu titular e confirma a identidade desse titular, que contenha todos os elementos contidos no artigo 29º e

²⁴ Ela não é, porém, absolutamente excluída. A assinatura digital continua a funcionar como o modelo em torno do qual o sistema gravita e é desenhado. Ela é o protótipo de fiabilidade a que o legislador se refere quando pretende atribuir efeitos jurídicos a uma determinada assinatura eletrónica.

²⁵ Cf. MANUEL LOPES ROCHA, "A assinatura electrónica...", cit., considerando que o certificado combina num único documento digital os dados do detentor da chave privada e a respetiva chave pública.

Este documento digital é emitido por uma entidade certificadora, que pode ou não ser credenciada. Para que ele seja qualificado há-de ser emitido por uma entidade certificadora que reúna os requisitos do artigo 24º DL nº290-D/99. Cf. artigo 2º/p) e q) DL nº290-D/99.



seja emitido por uma entidade certificadora que reúna os requisitos definidos no artigo 24^{o26-27}.

A previsão de cada uma destas modalidades de assinatura não é inócua. A cada uma delas o legislador faz corresponder determinados efeitos jurídicos²⁸.

Assim, se artigo 3^o/1 DL n^o290-D/99 repete a disciplina contida no citado artigo 26^o DL n^o7/2004, considerando que “o documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita”, o n^o2 do citado preceito confere uma força probatória acrescida ao documento eletrónico ao qual seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por

²⁶ Criticando esta neutralização tecnológica, cf. MIGUEL PUPO CORREIA, “Assinatura Electrónica e Certificação Digital”, < http://www.apdi.pt/pdf/Assinatura_elect.pdf>, p. 20; louvando-a, cf. AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 54. Veja-se, ainda, do último autor citado pp. 59 e ss., com amplo desenvolvimento.

Criticando, *ab initio*, a opção tecnologicamente comprometida do legislador nacional, cf. MANUEL LOPES DA ROCHA, “A assinatura electrónica”, cit., para quem a neutralização seria meramente aparente, uma vez que a lei continuaria a afirmar a preeminência óbvia de um dado modelo.

²⁷ Cf. AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 51, considerando que, pese embora a lei admita agora outras técnicas para além da assinatura digital, “será difícil obter efeitos probatórios de um documento eletrónico que haja utilizado qualquer tecnologia distinta da *assinatura digital*”; SINDE MONTEIRO, “Assinatura electrónica...”, cit., p. 263 (“a verdade é que embora a assinatura eletrónica avançada que obedeça aos requisitos dos Anexos I a III da diretiva – qualificada – não se identifique com a assinatura digital, no estado atual da ciência e da técnica o desejado (muito elevado) nível de segurança parece só poder ser alcançado através da criptografia (assinatura digital) com chave pública, o que exige a instituição de uma infra-estrutura de chave pública”).

²⁸ Cf. AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 51. Esclarece o autor que não é a aposição de qualquer assinatura eletrónica avançada a um documento que produz efeitos jurídicos, ficando as consequências jurídicas dependentes de certa categoria de assinatura eletrónica avançada – a assinatura digital, em torno da qual o sistema é modelado.



uma entidade credenciada²⁹. Trata-se, agora, de um documento certificado, isto é, de um documento ao qual é aposta uma assinatura digital (ou outra assinatura que ofereça as mesmas garantias de segurança) que certifique a titularidade de uma chave pública e o prazo de validade da mesma. Impõe-se, para tanto, a intervenção de uma entidade certificadora, pessoa singular ou coletiva credenciada que cria ou fornece meios para a criação das chaves, emite os certificados de assinatura, assegura a respetiva publicidade e presta outros serviços relativos a assinaturas digitais. O valor probatório dos restantes documentos eletrónicos é deixado à livre apreciação do julgador.

No fundo, podemos lidar com diversas situações, às quais correspondem efeitos jurídicos diversos³⁰. Mas, por ora,

²⁹ A este propósito, cf. AFONSO PATRÃO, "Assinaturas electrónicas...", cit., nota 10, distinguindo os documentos eletrónicos originários (aqueles que foram construídos mecanicamente no computador, mediante a reprodução ou representação de um facto externo); os documentos eletrónicos derivados (aqueles que foram introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização); documentos eletrónicos em sentido estrito (aqueles que são armazenados em memória digital e que só são descodificáveis através de meios informáticos); documentos eletrónicos em sentido amplo (aqueles que são gerados por um computador, mas são depois materializados em suporte clássico, podendo ser descodificados sem apoio de meios informáticos).

³⁰ Cf., Afonso Patrão, "Assinaturas electrónicas...", cit., pp. 57 e ss., questionando qual a razão da identificação da assinatura eletrónica avançada, já que o legislador faz corresponder efeitos jurídicos à aposição de uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada, por um lado, e, por outro, deixa à livre apreciação do julgador o valor probatório dos restantes documentos eletrónicos. AFONSO PATRÃO avança, depois, em termos crítico-reflexivos, diversas justificações para esta particularidade da lei. Assim, "é possível que o legislador pretendesse transmitir ao julgador que, embora só a *assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada* produza efeitos probatórios plenos, nem todas as assinaturas eletrónicas são iguais. Isto é, apesar de conferir ao intérprete o poder de apreciar livremente o valor de certo documento eletrónico dotado de *outra* assinatura eletrónica, a lei indica ao Juiz que certas assinaturas eletrónicas — as *assinaturas eletrónicas avançadas* —, ainda que não ofereçam



atento o desenvolvimento tecnológico, é a assinatura digital – quando certificada por uma entidade credenciada – que pode ser equiparada a uma assinatura manuscrita e confere ao documento em que está inserida a força probatória própria dos documentos previstos no artigo 376º CC. Referimo-nos, pois, aos documentos particulares com reconhecimento presencial das assinaturas, os quais fazem prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor e permitem considerar verdadeiros os factos nele compreendidos que sejam contrários aos interesses do declarante. O documento eletrónico ao qual é aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada pode equiparar-se, portanto, a um documento particular com reconhecimento presencial das assinaturas. Aquela permite, nos termos do artigo 7º/DL nº290-D/99, presumir que a pessoa que após a sua assinatura digital é o titular desta ou representante, com poderes bastantes, de pessoa coletiva; que a assinatura digital foi aposta com intenção de assinar o documento; e que este não sofreu alterações desde que ela foi aposta.

Percebe-se, por isso, que, à primeira vista, não seja possível celebrar por via eletrónica – trate-se ou não de con-

as mesmas garantias de uma assinatura digital certificada, são dotadas um patamar de segurança a que este deve atender na sua valoração". Mais à frente, o autor aduz que "explicação da ausência de efeitos jurídicos para a categoria da *assinatura eletrónica avançada* radicaria numa confusa e pouco rigorosa técnica legislativa: em 1999 a noção não teria efeitos porque o diploma nacional formulava uma opção tecnológica por *uma* das assinaturas eletrónicas avançadas; em 2003, no intuito de neutralizar a opção, alargaram-se os efeitos da *assinatura digital* a outras assinaturas eletrónicas avançadas com o mesmo patamar de segurança, criando-se uma nova categoria", e acrescenta que "a sua existência acaba por produzir uma indicação gradativa ao julgador na apreciação de documentos eletrónicos subscritos, pois este tenderá a valorar mais seriamente um documento dotado de uma *assinatura eletrónica avançada* em face dos demais, dada a individualização legislativa daquela categoria".

tratação eletrónica *stricto sensu* – negócios que exijam, como requisito de validade, um documento autêntico ou um documento autenticado.

Para alguns autores, contudo, o problema não pode dar-se por absolutamente solucionado sem mais.

A questão foi, entre nós, amplamente analisada por AFONSO PATRÃO. O autor intentava saber se era possível o recurso à assinatura digital (ou outra assinatura eletrónica qualificada) para formalizar a constituição de uma hipoteca. E, pese embora seja clara a resposta que a lei oferece no que respeita à equiparação entre os documentos eletrónicos aos quais é aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e os documentos particulares com reconhecimento presencial de assinaturas, o autor questiona se o notário poderia recolher as manifestações de vontade dos outorgantes através de meios telemáticos, “apondo ao documento eletrónico autêntico as assinaturas eletrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas (do notário e dos contratantes)”³¹. Na base da questão está a clara consciência da distinção entre forma e formalidade. Nas palavras do autor, a “redução da formalidade prescrita por lei (de documento autêntico ou de documento particular autenticado), mas tão-somente a sua reprodução em formato eletrónico, atendendo a que a natureza *escrita* do suporte informático é legalmente equivalente à do suporte de papel”³². Sendo certo, nos termos do artigo 5º/1 DL nº290-D/99, que “os organismos públicos podem emitir documentos eletrónicos com assinatura digital”, e tendo presente

³¹ AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 66.

³² AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., pp. 69-70.



que a assinatura digital se equipara à assinatura notarialmente reconhecida, AFONSO PATRÃO sustenta que o “documento eletrônico que for exarado por notário ou outro oficial público nos limites da sua competência e ao qual seja aposta a respetiva assinatura digital será considerado *documento autêntico* se forem cumpridas “as formalidades legais” a que se refere o n.º 2 do artigo 363.º do Código Civil” e relembra que elas são “as obrigações relativas à sua constância em livros, índices e arquivos, nos termos dos artigos 7.º a 34.º do Código de Notariado que, como se percebe, estão pensadas em exclusivo para os documentos exarados em suporte de papel”³³. Ora, se faz parte da doutrina recusar a possibilidade de se exararem documentos autênticos por via eletrónica³⁴, para AFONSO PATRÃO apenas põe em causa a viabilidade da formalização de certos negócios por esta via, não implicando uma proibição nesse sentido³⁵. No entanto, há todo um leque de obstáculos que se erguem quando se tenta outorgar, com recurso a assinaturas digitais, um documento autêntico³⁶. Nessa medida, conclui AFONSO PATRÃO que, enquanto não existir uma intervenção do legislador nesse sentido, não será possível outorgar escrituras públicas com recurso a assinaturas digitais.

³³ Afonso Patrão, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 72.

³⁴ Cf. Miguel Pupo Correia, “Sociedade de Informação e direito: a assinatura digital”, cit.

³⁵ AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 72.

³⁶ Cf., uma vez mais, AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 73 e ss.: o artigo 46º do Código do Notariado exige a presença simultânea dos outorgantes e do notário; “é duvidoso que um instrumento público exarado sem a *presença simultânea das partes* possa garantir, com fé pública, a sua vontade livre e esclarecida, já que aquela é precisamente um dos requisitos inerentes ao seu conceito”; algumas normas do código do notariado mostram uma ligação inultrapassável aos documentos em suporte de papel.



No que respeita aos documentos autenticados, o autor subdivide o problema em duas questões: a) poderá um notário autenticar um documento particular em suporte eletrónico que titule a constituição ou transmissão de um direito real sobre um imóvel sito em Portugal?; b) o termo de autenticação de um documento particular pode ser exarado em suporte informático e não em papel³⁷?

A aceitação da autenticação de um documento particular em suporte eletrónico não pode ser entendida de um modo amplo. Consonante esclarece AFONSO PATRÃO, “ao receber um documento eletrónico com as *assinaturas eletrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada*, [não] pode considerar-se que as partes confirmaram o seu conteúdo perante o notário”³⁸. A aceitar-se a autenticação, as partes teriam de comparecer diante do notário e confirmar presencialmente o conteúdo do documento eletrónico. Nessa medida, a autenticação – a ser viável – teria de ser entendida em termos restritos. Só que uma análise cuidada do DL n.º 116/2008 e das normas contidas no Código do Notariado mostra que também esta solução deve ser afastada.

Podemos, portanto, assumir que um documento ele-

³⁷ AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 74. Esclarece o autor que o problema se reporta aos documentos autenticados previstos no DL n.º 116/2008, cuja validade depende da promoção do seu registo eletrónico, e não aos tradicionais documentos autenticados previstos no artigo 50.º C. Notariado. E refere que “não obstante se regular o depósito eletrónico, não está resolvido o problema de saber se os títulos a submeter podem constituir *documentos eletrónicos em sentido estrito* (armazenados em memória digital e apenas descodificáveis através de meios informáticos) ou apenas *documentos eletrónicos derivados* (documentos originariamente em papel e introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização)”.

³⁸ AFONSO PATRÃO, “Assinaturas electrónicas...”, cit., p. 76.



trónico ao qual é aposto uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada equivale a um documento particular com reconhecimento presencial das assinaturas.

Assim, se a força probatórias dos referidos documentos fica limitada por esta via, é óbvio que não será possível integrar no quadro de equiparação entre a contratação comum e a contratação eletrónica todos os negócios solenes que devam obedecer a um requisito de forma mais exigente; por outro lado, a exclusão a que aludimos *ab initio* não se ficará apenas a dever a uma impossibilidade formalizadora, mas ao facto de – ao nível daqueles tipos negociais – estarem presentes determinados interesses que desaconselham a não presença das partes no momento da vinculação. Excluindo-se, igualmente, deste cenário os documentos autenticados, restringir-nos-emos às hipóteses em que a lei exige, como requisito de validade, um simples documento particular (com ou sem reconhecimento presencial da assinatura das partes), bem como às situações em que, sendo o negócio consensual, as partes pretendem acautelar futuros litígios com a redução a escrito dos termos do contrato e assegurar as futuras provas do mesmo. Transversalmente, poderemos situar-nos ou não no campo da contratação eletrónica. Do mesmo modo, estão em causa todas as situações em que, no contacto com entes públicos, se exige uma determinada assinatura.

Do que ficou dito, podemos extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar, pese embora a abertura a outras modalidades de assinaturas eletrónicas, a centralidade do sistema continua a ser ocupada pela assinatura digital. Em segundo lugar, não basta que se esteja diante de uma assinatura digital



para que todos os efeitos jurídicos previstos pelo legislador se produzam. É necessário, ao invés, que ela seja certificada por uma entidade credenciada, o que acaba por constituir um argumento no sentido da credenciação que, originalmente, se assume como facultativa. Isto mostra-nos o peso específico do um certificado (documento eletrónico que liga os dados de verificação de assinatura ao seu titular e confirma a identidade desse titular, nos termos do artigo 2º/p)), que se quer que seja um certificado qualificado (aquele que contém os elementos do artigo 29º e é emitido por entidade certificada que reúne os requisitos definidos no artigo 24º, de acordo com o artigo 2º/q) DL nº290-D/99); e das entidades certificadoras.

Consoante esclarece SINDE MONTEIRO, “a verificação da autenticidade e da integridade dos dados não é garantia da verdadeira identidade do signatário”, pelo que, “para prevenir o perigo de que alguém divulgue uma chave pública sob falso nome é necessário que todos os utilizadores se identifiquem perante um ou vários terceiros de confiança, tarefa que, em conjunto com outras, como a própria criação e atribuição de pares de chaves e a elaboração de listas de chaves públicas, poderá ser entregue a prestadores de serviços de certificação”³⁹.

3. O certificado eletrónico

Como sabemos, nos termos do artigo 7º/1 DL nº290-D/99, a aposição de uma assinatura digital (ou outra assinatura eletrónica qualificada) a um documento eletrónico ou a uma có-

³⁹ Sobre o ponto, cf. SINDE MONTEIRO, “Assinatura eletrónica...”, cit., p. 264.



pia deste equivale à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria a presunção de que a pessoa que após a assinatura digital é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva titular da assinatura digital; de que a assinatura digital foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico; e de que o documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura digital, sempre que seja utilizada para verificação uma chave pública contida em certificado válido emitido por entidade certificadora credenciada nos termos deste diploma. Por seu turno, nos termos do artigo 3º/2, o documento eletrónico ao qual seja aposta uma assinatura digital certificada (ou outra assinatura eletrónica qualificada certificada) por uma entidade certificadora credenciada tem o valor de um documento particular com reconhecimento presencial das assinaturas. Nos termos do artigo 8º, “quem pretenda utilizar uma assinatura eletrónica qualificada deve, nos termos do nº1 do artigo 28º, gerar ou obter os dados de criação e verificação de assinatura, bem como obter o respetivo certificado emitido por entidade certificadora”.

A eficácia da assinatura digital fica, portanto, dependente do correspondente certificado. Este deve conter os elementos a que se refere o artigo 29º DL nº290-D/99 e “é, ele próprio, um documento eletrónico com assinatura digital do prestador de serviços de certificação; eventualmente, para aumentar o grau de confiança, a chave pública daquela entidade poderá ser assinada por um outro prestador de serviços, o que criará uma hierarquia de certificação”⁴⁰.

Nos termos do artigo 28º DL nº290-D/99, a entidade certifi-

⁴⁰ Cf. SINDE MONTEIRO, “Assinatura eletrónica...”, cit., p. 264.



cadora emite, a pedido de uma pessoa singular ou coletiva interessada e a favor desta, os dados de criação e de verificação da assinatura ou, se tal for solicitado, coloca à disposição os meios técnicos necessários para que esta os crie, devendo sempre verificar a identidade e, quando existam, os poderes de representação do requerente. Além disso, emite uma ou mais vias do certificado e, no cumprimento destas funções, adota as medidas necessárias para assegurar que os dados constantes desse certificado não são alterados ou falsificados. Os certificados emitidos serão mantidos de forma organizada num registo informático, o qual estará acessível, para consulta, a qualquer pessoa.

O certificado tem um determinado prazo de validade⁴¹, pode ser suspenso, a pedido do titular ou quando existam fundadas razões para crer que foi emitido com base em informações erróneas ou falsas, que as informações nele constantes não estão conformes com a realidade ou que a confidencialidade dos dados de criação da assinatura não está assegurada⁴², e pode ser revogado, a pedido do titular, quando se confirme, após a sua suspensão, que foi emitido com base em com base em informações erróneas ou falsas, que as informações nele constantes não estão conformes com a realidade ou que a confidencialidade dos dados de criação da assinatura

⁴¹ Cf. artigo 29º/1 e) DL nº290-D/99.

Se a assinatura digital constar de um certificado cujo prazo expirou, ela é inexistente e o documento considera-se não assinado. Nos termos do artigo 7º/4, "a aposição de assinatura eletrónica qualificada que conste de certificado que esteja revogado, caduco ou suspenso na data da aposição ou não respeite as condições dele constante equivale à falta de assinatura". Segundo AFONSO PATRÃO, nos casos em que a assinatura digital consta de um certificado que não cumpre todos os requisitos legais, a sua força probatória é apreciada livremente pelo julgador. Cf. "Assinaturas electrónicas...", cit., p. 56.

⁴² Cf. artigo 30º/1 DL nº290-D/99.



não está assegurada, quando a entidade certificadora cesse as suas atividades sem ter transmitido a sua documentação a outra entidade certificadora⁴³, quando a autoridade credenciadora ordene a revogação do certificado por motivo legalmente fundado ou quando a entidade certificadora tomar conhecimento do falecimento, interdição ou inabilitação da pessoa singular ou da extinção da pessoa coletiva.

4. A entidade certificadora

Não basta que esteja associado a uma assinatura eletrónica (digital ou outra que apresente o mesmo grau de segurança e fiabilidade) um determinado certificado (documento eletrónico) para que ela ganhe plena efetividade de acordo com a lei. Exige-se que este seja um certificado qualificado. Isto quer dizer, consoante já tivemos oportunidade de explicitar, que ele deve conter os elementos mencionados no artigo 29º

⁴³ De notar que, nos termos do artigo 27º DL nº290-D/99, no caso de a entidade certificadora que emite certificados qualificados pretender cessar voluntariamente a sua atividade, deve comunicar essa intenção à autoridade credenciadora e às pessoas a quem tenha emitido certificado que permaneçam em vigor, com a antecipação mínima de três meses, indicando também qual a entidade certificadora à qual é transmitida a sua documentação ou a revogação dos certificados no termo daquele prazo, devendo neste último caso, quando seja credenciada, colocar a sua documentação à guarda da autoridade credenciadora. Em caso de risco de falência, de processo de recuperação de empresa ou de cessação de atividade por motivo alheio à sua vontade de informar imediatamente a autoridade credenciadora. Nessa hipótese, se houver cessação de atividade, a autoridade credenciadora promoverá a transmissão da documentação daquela para outra entidade certificadora ou, se tal transmissão não for possível, a revogação de tais certificados pelo prazo em que deveria fazê-lo a entidade certificadora. A cessação de atividade por parte da entidade certificadora que emite certificados qualificados está sujeita a registo.



DL n.º220-D/99 e deve ser emitido por uma entidade certificadora que cumpra os requisitos do artigo 24.º DL n.º290-D/99. E exige-se, nos termos do n.º2 do artigo 3.º do citado diploma, que a entidade certificadora seja uma entidade credenciada.

O papel da entidade certificadora e a sua qualidade são, portanto, fundamentais⁴⁴.

No que respeita à atividade de certificação, rege, entre nós, o princípio da liberdade, que pode ser entendido numa dupla vertente. Em primeiro lugar, é livre o exercício da atividade de certificação, sendo facultativa a solicitação da credenciação⁴⁵; em segundo lugar, é livre a escolha da entidade certificadora⁴⁶.

Contudo, este princípio de liberdade de exercício da atividade e de escolha da entidade certificadora sofre limites. Na verdade, embora seja facultativa a solicitação da credenciação regulada no artigo 11.º DL n.º290-D/99, o facto de a plena eficácia da assinatura digital (ou outra assinatura eletrónica qualificada) ficar dependente de um certificado qualificado e

⁴⁴ Cf., acerca das entidadesificadoras, o DL n.º116-A/2006, que cria o sistema de certificação eletrónica do estado, à qual estão subordinadas as entidadesificadoras, de modo a criar um sistema de autenticação forte de identidades e assinaturas eletrónicas no âmbito das relações eletrónicas das pessoas singulares e coletivas com o Estado. A entidade de certificação eletrónica do Estado emite exclusivamente certificados para as entidadesificadoras do Estado subordinadas, não emitindo certificados destinados ao público. As entidadesificadoras do Estado são as entidades públicas que exercem funções de certificação nos termos do DL n.º290-D/99.

⁴⁵ Este princípio está em consonância com as regras comunitárias. Cf. Diretiva 1999/93/CE, que, em nome do livre funcionamento do mercado, exclui a necessidade de uma autorização prévia. Vide, sobre o ponto, SINDE MONTEIRO, "Assinatura eletrónica...", cit., p. 264

Cf. artigo 9.º/1 DL n.º290-D/99.

⁴⁶ Cf. artigo 10.º/1 DL n.º290-D/99. Dispõe o n.º2 do citado artigo que a escolha de entidade determinada não pode constituir condição de oferta ou de celebração de qualquer negócio jurídico.



de este ter de ser emitido por uma entidade certificadora credenciada funciona como um constrangimento no sentido de se obter a referida credenciação. Por outro lado, nos termos do artigo 9º/2 DL nº290-D/99, as entidades certificadoras que emitam certificados qualificados devem proceder ao seu registo junto da autoridade credenciadora⁴⁷⁻⁴⁸.

A credenciação de entidades certificadoras fica dependente, nos termos do artigo 12º DL nº290-D/99, da verificação dos seguintes requisitos: existência de capital e meios financeiros adequados⁴⁹; existência de garantias de absoluta integridade e independência no exercício da atividade de certificação de assinaturas digitais⁵⁰; disponibilidade de recursos

⁴⁷ Nos termos do DL nº234/2000, de 25 de Setembro, a autoridade credenciadora competente para a credenciação e fiscalização de entidades certificadoras era o Instituto das Tecnologias da Informação na Justiça, que é assistido, no exercício das competências que lhe cabem, pelo Conselho Técnico de Credenciação. Sobre este, cf. o Regulamento nº19/2007, de 12 de Dezembro de 2006, que estabelece o regimento do conselho técnico de credenciação.

Com a alteração ao artigo 40º DL nº290-D/99, a autoridade credenciadora competente para o registo, credenciação e fiscalização das entidades certificadoras que emitam certificados qualificados é a Autoridade Nacional de Segurança.

⁴⁸ Acerca do registo das entidades certificadoras, cf. a Portaria nº597/2009, de 4 de Junho.

⁴⁹ Esta exigência é concretizada pelo artigo 14º DL nº290-D/99. Estabelece o preceito que as entidades certificadoras devem estar dotadas de um capital social mínimo de 200 mil euros ou, não sendo sociedades, de um substrato patrimonial equivalente. No caso de se tratar de pessoas singulares, elas devem ter durante toda a sua atividade um património livre de ónus de valor equivalente ao referido.

⁵⁰ A concretização desta exigência é-nos comunicada pelo artigo 15º DL nº290-D/99. O nº1 do preceito estabelece que "a pessoa singular e, no caso de pessoa coletiva, os membros dos órgãos de administração e fiscalização, os empregados, comitidos e representantes das entidades certificadoras com acesso aos atos e instrumentos de certificação, os sócios da sociedade e, tratando-se de sociedade anónima, os acionistas com participações significativas serão sempre

técnicos e humanos que satisfaçam os padrões de segurança e de eficácia legalmente exigidos; manutenção de contrato de seguro válido para cobertura adequada da responsabilidade civil emergente da atividade de certificação⁵¹. Acresce que a autoridade credenciadora pode incluir na credenciação condições adicionais desde que necessárias para assegurar o cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis ao exercício da atividade pela entidade certificadora, nos termos do nº3 do artigo 17º. A credenciação está, finalmente, sujeita a registo, de acordo com o nº4 do mesmo preceito⁵².

A credenciação será recusada sempre que se verifique uma das hipóteses previstas no artigo 18º DL nº290-D/99. Por outro

peçoas de reconhecida idoneidade" e o nº2 fixa índices de falta de idoneidade: condenação, no país ou no estrangeiro, "por crime de furto, roubo, burla, burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de confiança, infidelidade, falsificação, falsas declarações, insolvência dolosa, insolvência negligente, favorecimento de credores, emissão de cheques sem provisão, abuso de cartão de garantia ou de crédito, apropriação ilegítima de bens do sector público ou cooperativo, administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo, usura, suborno, corrupção, receção não autorizada de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, prática ilícita de atos ou operações inerentes à atividade seguradora ou dos fundos de pensões, branqueamento de capitais, abuso de informação, manipulação do mercado de valores mobiliários ou crime previsto no Código das Sociedades Comerciais"; declaração de falência ou insolvência ou responsabilidade por falência ou insolvência de empresa por ela dominada a cuja administração tenha pertencido; sanção "pela prática de infrações às normas legais ou regulamentares que regem as atividades de produção, autenticação, registo e conservação de documentos, e designadamente as do notariado, dos registos públicos, do funcionalismo judicial, das bibliotecas públicas e da certificação de assinaturas digitais".

⁵¹ Cf. artigo 16º DL nº290-D/99.

⁵² Também as pessoas referidas no artigo 15º estão sujeitas a registo, nos termos do artigo 23º DL nº290-D/99.

Note-se que a emissão de certificados qualificados por entidades certificadoras sem o prévio registo junto da autoridade credenciadora constitui, nos termos do artigo 36ºA DL nº290-D/99.



lado, ela caduca quando a atividade de certificação não seja iniciada no prazo de 12 meses após a receção da notificação de credenciação; quando, tratando-se de pessoa coletiva, esta seja dissolvida, sem prejuízo dos atos necessários à respetiva liquidação; quando, tratando-se de pessoa singular, esta morra, seja declarada interdita ou inabilitada; quando, findo o prazo de validade, a credenciação não tenha sido objeto de renovação; e será revogada se tiver sido obtida por meio de falsas declarações ou outros expedientes ilícitos; se deixar de se verificar algum dos requisitos do artigo 12º; se a entidade cessar a atividade de certificação ou a reduzir para nível insignificante por período superior a 12 meses; se ocorrerem irregularidades graves na administração, organização ou fiscalização interna da entidade; se no exercício da atividade de certificação ou de outra atividade social forem praticados atos ilícitos que lesem ou ponham em perigo a confiança do público na certificação; se supervenientemente se verificar alguma das circunstâncias de inidoneidade referidas no artigo 15º; se os certificados do organismo de certificação referidos na alínea f) do artigo 13º/1 tiverem sido revogados.

Para além disso, a lei estabelece uma série de deveres a que as entidades certificadoras ficam vinculadas, no cumprimento da sua função. Assim, uma entidade certificadora que emita certificados qualificados deve cumprir todos os deveres especificados no artigo 24º DL nº290-D/99⁵³. Impõem-se, ainda,

⁵³ Cf., ainda, o Decreto Regulamentar nº25/2004, de 15 de Julho. O artigo 2º do citado diploma estabelece as regras técnicas a que a entidade certificadora deve obedecer. Por seu turno, o artigo 5º estabelece que a entidade certificadora emite uma declaração de práticas de certificação em que constam os procedimentos utilizados para cumprimento dos requisitos identificados nas políticas do certificado, com a qual todos os serviços de certificação devem estar conformes. A emissão e gestão de chaves é regida pelas regras de segurança a que



determinados procedimentos e limitações em matéria de prote-

aludem os artigos 7º e ss. Os artigos 13º e ss. disciplinam a emissão de certificados qualificados, cujo pedido deve ser registado nos termos do artigo 16º. O artigo 22º consagra uma obrigação de informação a cargo da entidade certificadora, que deve indicar: a) Preço dos serviços a prestar; b) Declaração de práticas de certificação; c) Termos, condições e âmbito de utilização dos seus certificados; d) Um meio de comunicação, permanentemente disponível, através do qual se procede ao pedido de suspensão e ou revogação do certificado; e) Indicação de que a informação registada, necessária à utilização do certificado, não é utilizada para outro fim; f) Período de tempo durante o qual mantém em arquivo a informação prestada pelo requerente e a referente à utilização dos respetivos certificados; g) Indicação de que, em caso de cessação da atividade, a informação referida na alínea anterior é transmitida, nos termos da lei, para outra entidade; h) Os meios utilizados para resolução de conflitos; i) Legislação aplicável à atividade de certificação; j) Número do registo de entidades certificadoras atribuído pela autoridade credenciadora; l) Data e número da credenciação, se credenciada.

Ao titular do certificado são impostas, também, determinadas obrigações: "a) Utilizar as chaves criptográficas dentro das limitações impostas pela respetiva política de certificado; b) Garantir o sigilo da chave privada; c) Utilizar algoritmo e comprimento de chave de acordo com o artigo 11º, no caso de gerar as suas próprias chaves; d) Usar um dispositivo seguro de criação de assinatura, se a política de certificado assim o exigir; e) Gerar as chaves no interior do dispositivo seguro de criação de assinatura, se a política de certificado assim o exigir; f) Informar de imediato a entidade certificadora em caso de perda de controlo da chave privada, ou de incorreção ou alteração da informação constante do certificado, durante o período de validade deste".

Nos termos do artigo 29º, a entidade certificadora adota também determinados deveres no que respeita à seleção e contratação de pessoal, e nos termos do artigo 34º, as entidades certificadoras que sejam credenciadas devem, ainda, a) Informar os requerentes dos efeitos legais conferidos a uma assinatura eletrónica qualificada e da força probatória dos documentos aos quais a mesma tenha sido aposta, assim como sobre a necessidade de voltar a assinar os documentos nos casos em que estes sejam necessários, na forma assinada, por um período de tempo superior à validade dos algoritmos e parâmetros associados utilizados na geração e verificação da assinatura; b) Garantir que a referência à credenciação é incluída nos certificados qualificados que emite ou comunicada de outra forma adequada; c) Assegurar, dentro do horário de serviço, um prazo máximo de três horas para a atualização das listas de revogação a partir da entrada da respetiva informação, garantindo que fora do horário de serviço são tomadas as medidas adequadas para que um pedido de revogação de um certificado qualificado seja registado por meio de um dispositivo automático que possibilite a suspensão automática e imediata do certificado; d) Assegurar que uma interrupção contínua



ção de dados. Nos termos do artigo 25º DL nº290-D/99, as entidades certificadoras só podem coligir dados pessoais necessários ao exercício das suas atividades e obtê-los diretamente das pessoas interessadas na titularidade dos dados de criação e verificação de assinatura e respetivos certificados ou de terceiros junto dos quais aquelas pessoas autorizem a sua coleta. Estes dados pessoais não podem ser utilizados para outras finalidades que não seja a certificação. O consentimento para a limitação dos direitos relativos a estes dados – reconduzíveis à tutela geral da personalidade – é, portanto, como sempre acontece em matéria de limitação voluntária dos direitos da pessoa, específico. Também o escrupuloso cumprimento das regras respeitantes à proteção da privacidade é imposto às entidades certificadoras. Entende-se que assim seja. Na verdade, para a execução da tarefa de certificação, estes sujeitos lidam com matéria sensível, a que o ordenamento jurídico reconhece um valor elevado, podendo a sua atuação implicar a violação de determinados direitos fundamentais ou potenciar essas violação por parte de terceiros.

A atividade das entidades certificadoras está sujeita a fiscalização, a cargo da autoridade credenciadora, à qual devem prestar todas as informações que lhes sejam solicitadas, nos termos do artigo 32º DL nº290-D/99. Do mesmo modo, devem disponibilizar à segunda a inspeção dos seus estabelecimentos e o exame local de documentos, objetos, equipamentos de *hardware* e *software* e procedimentos operacionais, podendo a autoridade credenciadora fazer as cópias e os registos que repute de necessários. A par disto, as entidades certificadoras

dos serviços de revogação superior a trinta minutos durante o período normal de funcionamento é documentada como avaria.



são auditadas anualmente por um auditor de segurança externo, nos termos do artigo 33º DL nº290-D/99.

5. A responsabilidade civil das entidades certificadoras

Apesar de a atividade das entidades certificadoras ser muito regulamentada na lei, dado que aumenta a segurança da atuação daquelas, nada obsta a que, em concreto, possam, com a sua atividade, gerar danos. Percebe-se que assim seja, quer porque, e como referido anteriormente, se trata de um domínio particularmente sensível, que envolve dados de identificação da pessoa e aspetos relativos à sua privacidade, quer porque nada garante que, em contravenção com a lei, os deveres que sobre estes sujeitos impedem não sejam preteridos.

O legislador teve consciência disso e sentiu a necessidade de criar uma norma relativa à responsabilidade civil das entidades certificadoras. Diz-nos o artigo 26º DL nº290-D/99 que "a entidade certificadora é civilmente responsável pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e por terceiros, em consequência do incumprimento dos deveres que lhe incumbem por força do presente diploma e da sua regulamentação, exceto se provar que não atuou de forma dolosa ou negligente". Não pretendemos, a propósito do dispositivo, abordar de forma exaustiva o tema. Contudo, há determinados aspetos que nos parece fundamental ressaltar, tanto mais que eles podem contribuir, num ir e vir do especial para o geral, para densificar alguns tópicos da dogmática responsabilizatória.



A norma em questão consagra, à primeira vista, uma presunção de culpa. Fá-lo em consonância com o que dispõe o artigo 6º da Diretiva 1999/93/CE, nos termos do qual “os Estados-membros assegurarão, no mínimo, que ao emitir um certificado qualificado destinado ao público ou ao apor a garantia num certificado destinado ao público, um prestador de serviços de certificação seja responsável por prejuízos causados a qualquer entidade ou pessoa singular ou coletiva que confie, de forma razoável, no certificado, no que respeita a) à exatidão de todas as informações constantes do certificado qualificado no momento da emissão e à inclusão, no certificado, de todas as indicações prescritas para um certificado reconhecido; b) à garantia de que, no momento da emissão do certificado, a assinatura identificada no certificado qualificado obedecia aos dados de criação de assinaturas correspondentes aos dados de verificação de assinaturas incluídos ou identificados no certificado; c) à garantia de que os dados de criação de assinaturas e os dados de verificação de assinaturas podem ser utilizados de modo complementar, nos casos em que o prestador de serviços de certificação gira ambos os dispositivos, exceto se o prestador de serviços de certificação provar que não atuou de forma negligente”. Por seu turno, na primeira versão do DL nº290-D/99, consagrava-se no artigo 27º que “a entidade certificadora é responsável civilmente pelos danos sofridos pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros, em consequência do incumprimento culposo dos deveres decorrentes do presente diploma e sua regulamentação”. Embora a legislação portuguesa se mostrasse mais ampla em matéria de fundamentos da imputação, a verdade é que ela não se afastava da regra no tocan-



te à distribuição do ónus da prova. Ora, como oportunamente esclareceu SINDE MONTEIRO, consoante a modalidade ressarcitória que fosse, em concreto, chamada a depor, assim se cumpriria ou não a inversão imposta pelo direito europeu⁵⁴.

O problema acaba por ser ultrapassado com a alteração legislativa. Atualmente, o artigo 26º DL nº290-D/99 prevê expressamente que seja a entidade certificadora a provar que não atuou dolosamente ou negligentemente.

Ainda assim importa compreender esta presunção de culpa na sua relação com as clássicas modalidades de responsabilidade civil: estaremos diante de uma previsão especial de responsabilidade civil ou poderá ela ser reconduzida a uma das tradicionais hipóteses ressarcitórias? A resposta a esta questão permitir-nos-á tecer algumas considerações acerca dos terceiros que podem passar a ser credores de uma pretensão indemnizatória procedente.

Olhemos, pois, para a hipótese normativa à luz das diversas modalidades ressarcitórias.

Dir-se-ia, em primeiro lugar, que a responsabilidade há-de ser contratual⁵⁵. Na verdade, entre a entidade certificado-

⁵⁴ Cf. SINDE MONTEIRO, "Assinaturas electrónicas...", cit., p. 267, considerando que, "na medida em que o fundamento da responsabilidade seja contratual, é também este o regime do direito português. Mesmo em relação a terceiros, essa parece dever ser a solução quando for possível encontrar apoio na segunda modalidade de ilicitude prevista no artigo 483º/1 do Código Civil, mas só na medida em que se verifique a violação de uma bem concreta disposição de proteção (um dever de conduta fixado com precisão na lei). Para além disto, teremos de nos aventurar pelo campo dos contratos com eficácia de proteção para terceiros ou técnicas semelhantes (...)".

⁵⁵ Além disso, a estrutura normativa parece, em certa medida, apontar para o traçado negocial a este nível. Na verdade, o legislador não consagra (à semelhança do que dispõe o artigo 500º CC) a responsabilidade da entidade certificadora pelos atos dos seus funcionários ou agentes, estabelecendo uma presun-



ra e o requerente do certificado é celebrado um contrato que obedece ao disposto no artigo 25º do Decreto Regulamentar nº25/2004. Assim, o mesmo há-de ser reduzido a escrito, em linguagem clara e acessível, num suporte físico duradouro e subscrito pelas partes com assinatura eletrónica qualificada, quando em documento eletrónico, ou com assinatura autógrafa, quando em suporte de papel. Este contrato deve ser registado e arquivado pela entidade certificadora pelo prazo mínimo de 20 anos⁵⁶. Da violação das obrigações impostas pelo acordo de vontades resultará, necessariamente, responsabilidade ao nível negocial. Nos termos do artigo 799º CC, a culpa da entidade certificadora presumir-se-á. Ora, esta presunção de culpa é também uma presunção de ilicitude, na medida em que o incumprimento não existe sem que seja imputável ao devedor⁵⁷, e a sua mobilização fica dependente da natureza da obrigação concretamente em causa, isto é, de ela ser uma obrigação de resultado e não de meios⁵⁸. Os danos a imputar são todos aqueles que se possam reconduzir à esfera de risco erigida pelo contrato, isto é, ao seu âmbito de proteção⁵⁹. Não se estranha,

ção de culpa destes, mas estabelece a direta responsabilidade daquela entidade, aproximando-nos de uma estrutura imputacional semelhante ao artigo 800º CC.

⁵⁶ O requerente a que aludimos não tem de ser o titular do certificado. Cf., sobre o ponto, o artigo 24º Decreto Regulamentar nº25/2004.

⁵⁷ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, Princípios, 2013, pp. 602 e ss.

⁵⁸ O dado não gera unanimidade na doutrina. Porém, consideramos que ele parece corresponder ao melhor entendimento sobre a questão. Sobre o ponto, cf. *infra* nota 60.

⁵⁹ Aderimos, portanto, a uma posição imputacional e normativa em matéria de causalidade.

por isso, que a doutrina tenha construído, ainda que sem conexão com a matéria causal, a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros. Embora o dever de prestação principal apenas vincule as partes no negócio, a relação obrigacional dele resultante, sendo conformada também por deveres de conduta/deveres laterais, decorrentes da boa-fé, pode estender-se a terceiros⁶⁰. Essencial é, segundo a dogmática civilística, que o devedor saiba ou devesse saber que o terceiro se integra no âmbito de proteção do acordo, o que, em rigor, se compreende uma vez que a boa-fé só faz avultar os deveres em concreto, e que a prestação a realizar vai ou pode ser utilizada por ele⁶¹. É que, embora as partes do contrato estejam bem

⁶⁰ Há quem negue, contudo, que a responsabilidade alicerçada na figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros possa ser reconduzida à responsabilidade contratual.

⁶¹ Sobre os contratos com eficácia de proteção para terceiros, cf., por todos, com amplas referências, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 514 e ss. A autonomização da figura deveu-se ao trabalho de LARENZ, correspondendo a um aperfeiçoamento judicial do direito.

Trata-se de uma figura criada doutrinariamente na Alemanha e que recebeu acolhimento em diversos ordenamentos jurídicos, ao nível dogmático e jurisprudencial. Para que melhor se compreenda, na sua origem estava em causa a seguinte situação: B era proprietário de um imóvel que pretendia vender. Para isso, contrata com um agente imobiliário (C) que teria como missão avaliar o prédio e determinar qual o preço justo. O agente imobiliário, através dos seus empregados, esquece-se de analisar o sótão do apartamento, sótão que estava em muito más condições, o que determinava uma diminuição daquele valor. B, utilizando a avaliação feita, vende o imóvel a A que, mais tarde, se sente lesado e pretende reagir diretamente contra o agente imobiliário C responsável pelo engano gerado ao nível da determinação do preço. Considerou-se, então, que *embora o contrato entre B e aquele agente (C) não produzisse efeitos em relação a terceiros (A), em nome do bem assente e conhecido princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, ele teria todavia uma eficácia de proteção em relação a terceiros: ou seja, estes terceiros (no caso, A) não poderiam, é certo, exigir o cumprimento dos deveres principais de prestação de C perante B; mas seriam protegidos pelo*



definidas, o certo é que alguns dos deveres a que a entidade certificadora se vincula são ditados não só para proteção do outro contraente (ou do terceiro beneficiário), mas para tutela dos terceiros que confiem, justificadamente, no certificado qualificado que será utilizado pelo titular do mesmo na sua contratação futura.

Dúvidas se concitam, na doutrina, a propósito da assimilação da figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros pelo regime da responsabilidade contratual ou não. Dependendo da resposta⁶², assim funcionaria ou não, automaticamente, a presunção de culpa contida no artigo 799º CC. De notar, ainda, que a mobilização desta em matéria de ónus da prova fica dependente da qualidade da obrigação concretamente violada: obrigação de meios ou obrigação de resultado⁶³. Nessa medida, embora já pudéssemos chegar à solução da in-

cumprimento dos *deveres de conduta* decorrentes do *princípio da boa fé* — pelo que o respetivo incumprimento, a gerar danos, fará emergir uma obrigação ressarcitória de um C perante um A, sujeita ao regime da *responsabilidade contratual* (artigos 790.º e seguintes do CC).

⁶² Alguns autores olham para o problema do ponto de vista de uma terceira via de responsabilidade civil. Cf., por todos, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994.

⁶³ Sobre o ponto, cf. CARNEIRO DA FRADA, *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 28-29; ROSÁRIO NUNES, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 94; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica", *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996, p. 121-144; ÁLVARO DIAS, "Culpa Médica: algumas ideias-força", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano IV, nº5, 1995, p. 15 e ss. e "Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica", *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano II, nº3, 1993, p. 27 a 59. Em sentido inverso, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS/JORGE SINDE MONTEIRO, "Responsabilidade médica em Portugal", *Boletim do Ministério da Justiça*, nº332, 1984, p. 21 e ss., em especial p. 45.

versão do ónus da prova por via da mobilização das regras comuns, o artigo 26º vem, sem dúvida, esclarecer algumas dúvidas.

Importa, contudo, sublinhar que o artigo 26º DL nº-290-D/99 parece ir mais longe. Na verdade, fala-se aí da responsabilidade pelos danos sofridos em consequência do incumprimento dos deveres que incumbem à entidade certificadora por força do mesmo diploma. Ora, alguns dos deveres que sobre ela impendem, ainda que visem diretamente proteger o titular do certificado a ser emitido e os terceiros que futuramente basearem a sua confiança no conteúdo daquele, não podem ser considerados exclusivamente no âmbito do contratualmente estabelecido, mas no quadro geral da relação que a entidade certificadora estabelece com o ordenamento jurídico, em alguns casos mediatizada pelo dever de cumprir certos requisitos em face da autoridade credenciadora⁶⁴. Posto isto, e des-

⁶⁴ Repare-se que, com isto, não pretendemos significar que os deveres contratuais não podem ser estabelecidos por via legal. Em muitos casos, os deveres conformadores da relação especial entre as partes podem resultar diretamente da lei, sem que isso altere a sua natureza. Simplesmente, há determinados deveres a que o diploma que vimos acompanhando se refere que parecem ultrapassar a estrita relação negocial, configurando-se as normas que os consagram como verdadeira disposições de proteção de interesses alheios.

No fundo, a opção entre a mobilização das regras da responsabilidade contratual ou da responsabilidade extracontratual (ou a conjugação de ambas) ficará dependente de, em concreto, se responder afirmativamente a duas questões: a) o dever que se violou pode ou não reconduzir-se ao âmbito do acordo estabelecido entre as partes?; b) a norma que impõe o dever violado pode ou não configurar-se como uma disposição legal de proteção de interesses alheios?

Num plano mais rarefeito, dir-se-á que quer o fundamento e finalidade da responsabilidade contratual (a tutela da confiança advinda do acordo das partes; a satisfação do interesse do credor), quer o fundamento e finalidade da responsabilidade extracontratual (responsabilidade associada a uma ideia de liberdade positiva; ressarcimento do dano; prevenção de novos danos e reafirmação da dignidade de pessoa do lesante, que não se compreende como tal se não for chamado à responsabilidade) se verificam.



de que possamos configurar algumas das normas em questão como disposições legais de proteção de interesses alheios, podemos mergulhar também no quadro delitual⁶⁵.

O primeiro pressuposto orientador da imputação aquiliana há-de ser a ilicitude, a funcionar como filtro objetivo de seleção das pretensões ressarcitórias procedentes⁶⁶. A reconduzir-se a responsabilidade prevista no artigo 26º DL nº290-D/99 a alguma modalidade de ilicitude extracontratual, ela seria a segunda modalidade, traduzida na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. Em rigor, esta ideia estaria até em consonância com a inversão do ónus da prova, que é defendida pela doutrina neste contexto⁶⁷. Pergunta-se,

⁶⁵ No fundo, estamos implicitamente a aderir a uma teoria de cúmulo de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória.

⁶⁶ Situações haverá em que se pode descortinar a violação de um direito absoluto, atenta a amplitude que a tutela da personalidade humana conhece ao nível civilístico. Em causa estarão, designadamente, elementos da identidade e da privacidade da pessoa. Simplesmente, nesse caso, dificilmente se perceberia a responsabilização em face de terceiros (exceto se eles vissem também alguma dimensão da sua personalidade lesada). O efeito útil do preceito seria, portanto, o de estabelecer uma presunção de culpa. Não cremos, contudo, que ele fosse além disso, isto é, que viabilizasse a indemnização de terceiros se não se descortinasse também em relação a eles um comportamento ilícito.

⁶⁷ Repare-se, contudo, que a doutrina também não é unânime quanto à questão da inversão do ónus da prova da culpa quando se lida com a segunda modalidade de ilicitude.

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, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 265. Dando conta da divergência, vide, também, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 728.

Cf., a este propósito, HANS STOLL, "Haftungsverlagerung durch beweismittliche Mittel", *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, pp. 145-196, em especial p. 179. O Autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa



então, qual o sentido útil da previsão contida na norma citada. Cremos que ela não é dispensável. Na verdade, atenta a intencionalidade restritiva que é colocada na qualificação das normas legais como disposições de proteção, se outra virtualidade não tivesse o preceito, ele serviria sempre para esclarecer que as normas contidas no diploma podem ser consideradas como tal para estes efeitos. Por outro lado, toma-se posição, ao nível legal, acerca da questão da inversão do ónus da prova, estabelecendo-se uma concreta presunção, do mesmo modo que se fornece ao decidente um critério interpretativo de inclusão de terceiros no âmbito de proteção das referidas normas. Os terceiros que podem ser, a este nível, indemnizados são aqueles que se integram no âmbito de tutela da norma configurada como disposição de proteção de interesses alheios.

No fundo, trata-se de uma previsão especial de responsabilidade civil que, aproximando-se das hipóteses ressarcitórias atrás mencionadas, apresenta as suas especificidades. Estas especificidades permitem-nos dar um passo em frente na resolução de algumas controvérsias dogmáticas que são tidas em termos gerais. Conclui-se, portanto, que embora se pudesse chegar à mesma solução pela simples mobilização dos princípios gerais, se deve aplaudir a solução clarificadora do nosso legislador⁶⁸.

e de causalidade ao nível da violação de normas de proteção 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.

⁶⁸ Ressalvem-se aqui as hipóteses em que a entidade certificadora é uma entidade pública. Na verdade, sendo-o e integrando-se na função administrativa do Estado, podem ser chamadas à colação as regras da Responsabilidade Civil do Estado.



JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE EM MATÉRIA DE CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA

1. Direito Europeu¹

No momento em que fazemos esta recolha, a Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, ainda não deu origem a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Todavia, pela dogmática que foram sedimentando, e que acabou por motivar determinadas opções legislativas da Directiva 2011/83/UE, pareceu-nos relevante fazer uma resenha das decisões produzidas a respeito das Directivas revogadas, que tratavam, respectivamente, dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e dos contratos celebrados a distância.

¹ Recolha elaborada por Sandra Passinhas, Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



a) Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais

Acórdão do Tribunal (Quinta Secção), no Processo 382/87, R. Buet e SARL Educational Business Services (EBS) contra Ministère public., de 16 de Maio de 1989:

A aplicação a produtos importados de uma proibição de promoção de vendas porta a porta de material pedagógico, como a estabelecida na lei relativa à protecção dos consumidores em matéria de promoção de vendas porta a porta e de venda ao domicílio, não é incompatível com o artigo 30.º do Tratado.

Acórdão do Tribunal (Primeira Secção), no Processo C-361/89, Processo-crime contra Patrice Di Pinto, de 14 de Março de 1991:

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 Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. 2) A directiva não obsta a que uma legislação nacional sobre promoção de venda a domicílio estenda aos comerciantes a protecção por si instituída, quando estes pratiquem actos com vista à cessão dos respectivos estabelecimentos comerciais".

Acórdão do Tribunal (Quinta Secção), no Processo C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG contra Edgard Dietzinger, de 17 de Março de 1998:

O artigo 2.º, primeiro travessão, da Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 131), deve ser interpretado no sentido de que um contrato de fiança celebrado por uma pessoa singular que não age no âmbito de uma actividade profissional está excluído do âmbito de aplicação da directiva quando garante o reembolso de uma dívida contraída por uma outra pessoa que age, ela própria, no âmbito da sua actividade profissional.

Acórdão do Tribunal (Terceira Secção), no Processo C-423/97, Travel Vac SL contra Manuel José Antelm Sanchis, de 22 de Abril de 1999:

1. A Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, aplica-se a um contrato relativo à aquisição de um direito de utilização a tempo parcial dum bem imóvel e ao fornecimento de serviços que têm um valor superior ao do direito de utilização do bem imóvel. 2. Um contrato celebrado numa situação em que um comerciante convidou um consumidor a dirigir-se pessoalmente a um lugar determinado situado a uma certa distância do local onde o consumidor habita, e que é distinto dos estabelecimentos em que o comerciante exerce habitualmente as suas actividades e não está claramente identificado



como local de venda ao público, a fim de lhe apresentar os produtos e serviços que oferece, deve ser considerado como celebrado durante uma excursão organizada pelo comerciante fora dos seus estabelecimentos comerciais, na acepção da Directiva 85/577. 3. O consumidor pode exercer o seu direito de renúncia previsto no artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 85/577, sempre que o contrato tenha sido celebrado nas circunstâncias referidas no artigo 1.º da referida directiva, sem ser necessário demonstrar-se que o consumidor foi influenciado ou manipulado pelo comerciante. 4. A Directiva 85/577 não se opõe a que um Estado-Membro aprove uma regulamentação que dispõe que a notificação da renúncia prevista no artigo 5.º, n.º 1, da referida directiva não está sujeita a qualquer condição de forma. 5. A Directiva 85/577 opõe-se a que um contrato contenha uma cláusula que impõe o pagamento pelo consumidor de uma indemnização fixa por perdas e danos causados ao comerciante apenas pelo motivo de ter exercido o seu direito de renúncia.

Acórdão do Tribunal (Sexta Secção), no Processo C-481/99, Georg Heininger e Helga Heininger contra Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, de 13 de Dezembro de 2001:

1) A Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, deve ser interpretada no sentido de que se aplica a um contrato de crédito imobiliário como o que está em causa no processo principal, pelo que o consumidor que celebrou um contrato deste tipo num dos casos referidos no seu artigo 1.º dispõe do direito de rescisão instituído pelo seu artigo 5.º. 2) A Directiva

85/577 opõe-se a que o legislador nacional aplique o prazo de um ano, a contar da celebração do contrato, para o exercício do direito de rescisão instituído pelo artigo 5.º desta directiva quando o consumidor não foi informado nos termos do artigo 4.º da referida directiva.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), no Processo C-350/03, *Elisabeth Schulte e Wolfgang Schulte contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, de 25 de Outubro de 2005:

1) O artigo 3.º, n.º 2, alínea a), da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, deve ser interpretado no sentido de que exclui do âmbito de aplicação desta directiva os contratos de compra e venda de bens imóveis, mesmo quando fizerem simplesmente parte de uma aplicação financeira cujo financiamento é assegurado por um crédito e cujas negociações précontratuais ocorreram, tanto no respeitante ao contrato de compra e venda do imóvel como ao contrato de mútuo que serve exclusivamente para o financiamento, numa situação de venda ao domicílio; 2) A Directiva 85/577 não se opõe às regras nacionais que prevêm a anulação como única consequência da rescisão de um contrato de mútuo, mesmo quando se trata de aplicações financeiras às quais o empréstimo não teria sido concedido se não houvesse a aquisição do bem imóvel. 3) A Directiva 85/577 não se opõe a que: - o consumidor que tenha utilizado o seu direito de rescisão nos termos desta directiva deva reembolsar ao mutuante o montante do empréstimo, não obstante, segundo o acordo elaborado para a operação finan-



ceira, o empréstimo servir exclusivamente para o financiamento da aquisição do imóvel e ser directamente pago ao vendedor desse bem; – se exija que o montante do empréstimo seja reembolsado imediatamente; – uma legislação nacional preveja a obrigação de o consumidor, no caso de rescisão de um contrato de crédito imobiliário, não reembolsar apenas os montantes recebidos nos termos desse contrato mas também pagar ao mutuante os juros praticados no mercado. Contudo, caso o banco tivesse respeitado a obrigação de informar o consumidor sobre o seu direito de rescisão e este, por essa razão, tivesse podido evitar os riscos inerentes a investimentos como os que são objecto do litígio principal, o artigo 4.º da Directiva 85/577 impõe aos Estados-Membros que velem por que a respectiva legislação proteja os consumidores que não tenham podido evitar a exposição a esses riscos, através da adopção de medidas adequadas a evitar que tenham de suportar as consequências decorrentes desses riscos.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), no Processo C-229/04, *Crailsheimer Volksbank eG contra Klaus Conrads e outros*, de 25 de Outubro de 2005:

1) Os artigos 1.º e 2.º da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, devem ser interpretados no sentido de que, quando um terceiro age em nome ou por conta de um comerciante na negociação ou na celebração de um contrato, a aplicação da directiva não pode ficar subordinada à condição de o comerciante ter sabido ou dever ter sabido que o contrato

foi celebrado numa situação de venda ao domicílio, prevista no artigo 1.º da referida directiva. 2) A Directiva 85/577, designadamente o seu artigo 5.º, n.º 2, não se opõe a que: – o consumidor que tenha exercido o seu direito de rescisão nos termos desta directiva deva reembolsar ao mutuante o montante do empréstimo, não obstante, segundo o acordo elaborado para a operação financeira, o empréstimo servir exclusivamente para o financiamento da aquisição do imóvel e ser directamente pago ao vendedor desse bem; – se exija que o montante do empréstimo seja reembolsado imediatamente; – uma legislação nacional preveja a obrigação de o consumidor, no caso de rescisão de um contrato de crédito imobiliário, não reembolsar apenas os montantes recebidos nos termos desse contrato mas também pagar ao mutuante os juros praticados nesse mercado; Contudo, caso o banco tivesse respeitado a obrigação de informar o consumidor sobre o seu direito de rescisão e este, por essa razão, tivesse podido evitar os riscos inerentes a investimentos como os que são objecto dos litígios principais, o artigo 4.º da Directiva 85/577 impõe aos EstadosMembros que velem por que a respectiva legislação proteja os consumidores que não tenham podido evitar a exposição a esses riscos, através da adopção de medidas adequadas a evitar que tenham de suportar as consequências decorrentes desses riscos.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), no Processo C-412/06, *Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG*, de 10 de Abril de 2008:

A Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de con-



tratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, deve ser interpretada no sentido de que o legislador nacional pode prever que o direito de rescisão instituído no artigo 5.º, n.º 1, desta directiva pode ser exercido, o mais tardar, um mês após o cumprimento pelas partes contratantes da totalidade das obrigações decorrentes de um contrato de crédito de longa duração, quando o consumidor tenha recebido uma informação errada sobre as modalidades de exercício do referido direito.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), no Processo C-215/08, E. Friz GmbH contra Carsten von der Heyden, de 15 de Abril de 2010:

1) A Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, aplicase a um contrato, celebrado nas circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, relativo à adesão de um consumidor a um fundo imobiliário fechado constituído sob a forma de sociedade de pessoas quando a finalidade dessa adesão não é prioritariamente adquirir a qualidade de sócio da referida sociedade, mas aplicar capital. 2) O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 85/577 não se opõe, em circunstâncias como as do processo principal, a uma norma nacional segundo a qual, em caso de resolução da adesão a um fundo imobiliário fechado constituído sob a forma de sociedade de pessoas, declarada no âmbito de um contrato ao domicílio não solicitado, o consumidor tem, contra esta sociedade, um direito ao saldo resultante do acerto de contas final calculado em função do valor da sua participação no momento em que abandona esse fundo,



obtendo, assim, eventualmente a restituição de um montante inferior ao da sua entrada ou estando sujeito a participar nas perdas do referido fundo.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), no Processo C-227/08, *Eva Martín Martín contra EDP Editores SL*, de 17 de Dezembro de 2009:

O artigo 4.º da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, não se opõe a que um órgão jurisdicional nacional declare oficiosamente a nulidade de um contrato abrangido pelo âmbito de aplicação desta directiva pelo facto de o consumidor não ter sido informado do seu direito de rescisão, mesmo quando essa nulidade não tenha em momento algum sido invocada pelo consumidor perante os órgãos jurisdicionais nacionais competentes.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), no Processo C-166/11, *Ángel Lorenzo González Alonso contra Nationale Nederlanden Vida Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A.E*, de 1 de Março de 2012:

Um contrato celebrado fora de um estabelecimento comercial e que propõe um seguro de vida em contrapartida do pagamento mensal de um prémio destinado a ser investido, em diferentes proporções, em aplicações de rendimento fixo, aplicações de rendimento variável e produtos de investimento financeiro da sociedade cocontratante não é abrangido, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 2, alínea d), da



Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, pelo âmbito de aplicação desta.

b) Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância

Acórdão do Tribunal (Primeira Secção), no Processo C-336/03, *easy-Car (UK) Ltd contra Office of Fair Trading*, de 10 de Março de 2005:

O artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, deve ser interpretado no sentido de que o conceito de «contratos de prestação de serviços de transporte» inclui os contratos de prestação de serviços de aluguer de automóveis.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), no Processo C-205/07, *Lodewijk Gysbrechts e Santurel Inter BVBA*, de 16 de Dezembro de 2008:

O artigo 29.º CE não se opõe a uma regulamentação nacional que, no quadro de uma venda à distância transfronteiriça, proíbe o fornecedor de exigir um adiantamento ou pagamento por parte do consumidor antes do termo do prazo de resolução, mas opõe-se a que, em aplicação dessa regulamentação, o for-

necedor seja proibido, antes do termo do referido prazo, de pedir o número do cartão de pagamento do consumidor.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), no Processo C-489/07, Pia Messner contra Firma Stefan Krüger, de 3 de Setembro de 2009:

O artigo 6.º, n.ºs 1, segundo período, e 2, da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que, de maneira geral, preveja a possibilidade de o vendedor exigir do consumidor uma indemnização compensatória pela utilização de um bem adquirido por contrato à distância, no caso de o consumidor ter exercido o seu direito de rescisão dentro do prazo. Contudo, essas mesmas disposições não se opõem a que se imponha ao consumidor o pagamento de uma indemnização compensatória pela utilização desse bem, no caso de ele ter usado o referido bem de uma forma incompatível com os princípios do direito civil, como a boa fé ou o enriquecimento sem causa, desde que não se ponha em questão a finalidade dessa directiva e, nomeadamente, a eficácia e a efectividade do direito de rescisão, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), no Processo C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*, de 15 de Abril de 2010:

O artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, segundo período, e n.º 2, da Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Con-



selho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite ao fornecedor, num contrato à distância, imputar as despesas de envio dos bens ao consumidor, no caso de este exercer o seu direito de rescisão.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), no Processo C-49/11, Content Services Ltd contra Bundesarbeitskammer, de 5 de Julho de 2012:

O artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, deve ser interpretado no sentido de que uma prática comercial que consiste em só tornar acessíveis as informações previstas nesta disposição através de uma hiperligação num sítio Internet da empresa em causa não responde às exigências da referida disposição, uma vez que estas informações não são «fornecidas» por esta empresa nem «recebidas» pelo consumidor, na aceção desta mesma disposição, e que um sítio Internet como o que está em causa no processo principal não pode ser considerado um «suporte durável» na aceção do referido artigo 5.º, n.º 1.

2. Direito Interno²

O DL n.º24/2014, de 14 de Fevereiro, disciplina, em Portugal, os contratos a distância e fora do estabelecimento comer-

² Recolha elaborada por Mafalda Miranda Barbosa, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

cial, transpondo para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011 (que alterou as Diretivas 93/13/CEE, 1999/44/CE, 85/577/CEE, 97/7/CE). Vem, por isso, revogar o DL nº143/2001, de 26 de Abril, alterado pelo DL nº57/2008, de 20 de Maio, e pelo DL nº317/2009, de 30 de Outubro (que tinha transposto a Diretiva 97/7/CE e revogado o DL nº272/87, de 3 de Abril, que, por seu turno, configurou o primeiro regime jurídico aplicável a contratos celebrados fora do estabelecimento comercial).

Talvez em virtude da juventude do regime jurídico ora vigente, não foi possível encontrar qualquer decisão dos tribunais nacionais que mobilizasse, na sua concreta fundamentação, o quadro legal instituído pelo DL nº24/2014, de 14 de Fevereiro. Mesmo uma decisão datada de 2015 convoca a disciplina anteriormente em vigor, o que se compreende em função das regras de aplicação da lei no tempo.

As decisões jurisprudenciais que se seguem fazem, portanto, referência a um quadro normativo já revogado. Não obstante, há aspetos dogmáticos que merecem ser sublinhados, o que motiva que sejam trazidas a lume.

Decisão do Julgado de Paz de Cantanhede de 27 de Setembro de 2006

Veio considerar nulo o contrato de compra e venda de um colchão, celebrado na Junta de Freguesia X, entre A e uma sociedade, depois de o primeiro ter recebido um telefonema para estar presente (com a sua mulher) para a entrega de um prémio que havia ganho. O contrato foi celebrado com base na informação de que teria de pagar seis prestações de 49,67€ e não 60€, como depois lhe foi exigido. Não foram entregues



quaisquer cópias do contrato. Do mesmo modo, a sociedade com quem foi celebrado o contrato manteve-se no anonimato, facto que impediu A de revogar o contrato no prazo de 14 dias. Na fundamentação, depois de se qualificar o contrato como um contrato ao domicílio, mobilizaram-se os artigos 13º/1 e 2 c) e 16º DL nº143/2001, para sustentar a aludida invalidade/nulidade.

Decisão do Julgado de Paz da Trofa de 30 de Julho de 2013

Em causa estava a compra de um computador pela internet, questionando-se nesse âmbito o direito à livre resolução contido no artigo 6º DL nº143/2001, alterado pelo DL nº82/2008. Considerou-se, então, tendo em conta as restrições ao exercício do direito contidas no artigo 7º do mesmo diploma, que, porque tinha sido danificado o selo de garantia, não poderia ser exercido o referido direito. Na verdade, o artigo 7º, al. d) dispõe que o consumidor não pode exercer o direito nos contratos de fornecimento de programas informáticos quando tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade.

Decisão do Julgado de Paz do Seixal de 11 de Junho de 2013

Em causa estava um contrato de compra e venda de um equipamento estético de rádio frequência, que foi adquirido, na sequência do visionamento de diversos anúncios e *spots* televisivos, por via telefónica. A compradora exerceu o seu direito à livre resolução e, uma vez que a vendedor não restituiu o que tinha sido pago no prazo legal, tem agora de devolver o dobro daquele montante inicialmente devido.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Maio de 2005

Vem qualificar o contrato ao domicílio como o contrato que, tendo como objeto o fornecimento de bens ou serviços, é proposto e concluído no domicílio do consumidor ou no seu local de trabalho, sendo proposto pelo fornecedor ou seu representante, sem que haja um prévio pedido do consumidor.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Abril de 2015

O Tribunal da Relação do Porto, considerando que a finalidade da relação de liquidação emergente da resolução contratual é colocar as partes na situação em que se encontravam quando celebraram o contrato, afirma que a obrigação de restituição não depende da existência de culpa do obrigado a restituir ou da causação de qualquer dano na esfera jurídica do consumidor credor. Já a obrigação de devolução em dobro das quantias pagas, prevista no artigo 8º/2 DL nº143/2001, tem um carácter sancionatório, ficando dependente dos pressupostos gerais do nascimento de uma obrigação de indemnizar, salvo no que respeita à demonstração da existência e extensão do dano, que é legalmente ficado pela lei em montante igual ao da devolução.



ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	7
DOCTRINA	
O NOVO RÉGIME DA CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA BREVE APRESENTAÇÃO.....	11
António Pinto Monteiro	
NOVOS DESAFIOS PARA A CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA A PERSPETIVA DA DEFESA DO CONSUMIDOR	19
Teresa Moreira	
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CONTRATO À DISTÂNCIA, NO DIREITO BRASILEIRO	37
Francisco Amaral	
O DIREITO À NÃO-INFORMAÇÃO	45
António Menezes Cordeiro	
O NOVO RÉGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS A DISTÂNCIA E DOS CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL	51
Paulo Mota Pinto	
A DIRECTIVA 2011/83/UE, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 25 DE OUTUBRO DE 2011, RELATIVA AOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.....	93
Sandra Passinhas	
CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA E PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS	143
Pedro Maia	
COMÉRCIO ELETRÓNICO DE CONTEÚDOS DIGITAIS: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR A DUAS VELOCIDADES? ...	177
Alexandre L. Dias Pereira	
ASSINATURAS ELETRÓNICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ENTIDADES CERTIFICADORAS BREVE APONTAMENTO	209
Mafalda Miranda Barbosa	
JURISPRUDÊNCIA	
JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE EM MATÉRIA DE CONTRATAÇÃO A DISTÂNCIA	251

