

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

DESIGN GRÁFICO

Ana Paula Silva

PAGINAÇÃO

Carlos Duarte

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

151684/00

© DEZEMBRO 2019

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

DOCTRINA



ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA

Contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Proteção de dados, consentimento e tutela do consumidor

MARIA OLIVEIRA

O novo regime jurídico das viagens organizadas e serviços de viagem conexos:

Sujeitos, objeto, garantias e resolução de litígios

MARISA SILVA MONTEIRO

O contrato de seguro de saúde:

Contributo para a reflexão acerca da delimitação do tipo à luz do elemento risco e da prática do questionário pelo confronto entre os modelos do questionário aberto e fechado

SANDRA PASSINHAS

O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor português

WILLIAM CORNETTA

Obsolescência

Da origem ao problema social e seus reflexos à sociedade



APRESENTAÇÃO

Antes que o ano de 2019 finde, cá estamos a registar a nossa presença com mais um volume dos “Estudos de Direito do Consumidor”, na expectativa de que continuemos a merecer a confiança dos nossos Leitores.

Como habitualmente, o presente volume inclui estudos vários, uns da autoria de Colegas da Faculdade, outros pertencentes a colegas de outros mundos, mas todos da autoria de qualificados juristas, abraçados na causa comum da defesa do consumidor.

Contando, também como sempre, com a crítica generosa dos nossos Leitores, apresentamos a todos as nossas vivas saudações.

Coimbra, CDC/FDUC, em Dezembro de 2019

O Director de Estudos de Direito do Consumidor

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro





CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE CONTEÚDOS E SERVIÇOS DIGITAIS*

*Alexandre L. Dias Pereira ***

Resumo

A Diretiva 2019/770 disciplina os contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais estabelecendo diversos direitos do consumidor no caso de não fornecimento e de não conformidade dos conteúdos ou dos serviços com o contrato. O presente trabalho analisa os remédios consagrados pela diretiva para a quebra do contrato e identifica aspetos importantes que não foram abrangidos pela diretiva.

Palavras-chave

contratos de consumo – conteúdos e serviços digitais – meios de ressarcimento – mercado único digital

Abstract

Directive 2019/770 governs digital content and service provision agreements by establishing various consumer rights in the event of non-provision and non-compliance of the content or services with the contract. This paper analyzes the remedies provided for in the Directive for breach of contract

* Texto elaborado para o Congresso «Direito do Consumidor: Ruturas e Continuidades após as Recentes Alterações Legislativas», organizado pelo Centro de Direito do Consumo em parceria com o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 22 de novembro de 2019.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



and identifies important aspects that were not covered by the Directive.

Keywords

consumer contracts – digital content and services – breach of contract
remedies – digital single market



Introdução

Na economia digital, o fornecimento de conteúdos e serviços digitais é objeto de novos contratos, que têm sido celebrados e regulados ao abrigo da liberdade contratual¹. Todavia, a proteção jurídica do consumidor a nível europeu foi considerada insuficiente e, por isso, um obstáculo ao bom funcionamento do mercado único digital. Segundo dados da Comissão Europeia, por falta de confiança jurídica, só 10% das transações envolveriam operadores europeus com consumidores de outros Estados-Membros, tendo um em cada três consumidores problemas com a aquisição de conteúdos digitais como música, jogos ou computação em nuvem, sem encontrar respostas adequadas para esses problemas².

Na União Europeia, a proteção do consumidor no comércio eletrónico foi objeto de diversas medidas, como sejam desde logo a Dir. 2000/31 sobre comércio eletrónico³ e a Dir. 2011/83/UE sobre

¹ Ver, por ex., os «Termos de Serviço do Google» <<https://policies.google.com/terms?hl=pt-BR>>, do Facebook <<https://www.facebook.com/legal/terms>>, do Youtube <<https://www.youtube.com/t/terms>> ou dos Recursos Netflix <https://media.netflix.com/pt_pt/terms-and-conditions>

² <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/digital-contract-rules_en>

³ Dir. 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, transposta pelo DL 7/2004 de 7 de janeiro, alterado pelo DL 62/2009 de 10 de março e pela Lei 46/2012 de 29 de agosto. Sobre a proteção do consumidor no comércio eletrónico pode ver-se o nosso ensaio *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica* (Coimbra, Almedina, 1999) e diversos textos publicados nos *Estudos de Direito do Consumidor*, tais como «A protecção jurídica do consumidor no quadro da directiva sobre o comércio electrónico», «Os pactos atributivos de jurisdição nos contratos electrónicos de consumo», «Comércio electrónico e con-



direitos dos consumidores⁴. Mais recentemente, em ordem a promover a confiança jurídica do consumidor - enquanto fator-chave do comércio eletrónico - e com isso o bom funcionamento do mercado interno digital foi adotada a Dir. 2019/770 sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais⁵, a qual faz parte do pacote de modernização legislativa para a realização do mercado único digital da Comissão Juncker⁶, juntamente com outras medidas, em especial a Dir. 2019/771 sobre os contratos de compra e venda⁷, que revogou e substituiu a Dir. 1999/44 sobre as garantias na venda de bens de consumo⁸. Sendo a noção de bem de consumo para efeitos desta diretiva limitada aos bens móveis corpó-

.....
sumidor», «A via electrónica da negociação (alguns aspectos)», e «Consumer Protection Online (in special the expected changes to e-commerce from S-commerce, VR-Commerce and AR-Commerce)», respetivamente n.º 2 (2000: 43-140), 3 (2001: 281-300), 6 (2004: 341-400), 8 (2007: 275-290), e 14 (2018: 9-19).

⁴ Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, 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 (JO L 304 de 22.11.2011, p. 64).

⁵ Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

⁶ *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 final.

⁷ Em especial a Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE.

⁸ Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12).

reos (art. 1/2-b)⁹, os consumidores de conteúdos e serviços digitais privados não tinham os remédios e as garantias contratuais contra o respetivo fornecedor. Entretanto, alguns Estados-Membros anteciparam-se na produção legislativa, regulando especificamente o fornecimento de conteúdos e serviços digitais, como sucedeu no Reino Unido com as “Consumer Protection (Amendment) Regulations” de 2014¹⁰.

1. Não interferência com o direito civil clássico

No direito português não existe ainda um corpo de regras específicas dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digi-

⁹ O diploma interno (DL 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo DL 84/2008, de 21 de maio) apesar de alargar a noção de bem consumo aos bens imóveis, limitou os bens móveis aos bens corpóreos (art. 1-b/b e 3). Sobre este regime ver por ex. PAULO MOTA PINTO, «Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Diretiva 1999/44/CE e o direito português», *Estudos de Direito do Consumidor*, 2 (2000) 199-331.

¹⁰ Cf. «The new UK consumer agenda and digital content» <https://www.freshfields.com/492380/globalassets/our-thinking/campaigns/digital/mediainternet/pdf/uk-consumer-agenda-and-digital-content-briefing_aw_not.pdf>. Sobre a problemática da proteção do consumidor nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, ver NATALIE HELBERGER, M.B. LOOS, LUCIE GUIBAULT, CHANTAL MAK, LODEWIJK PESSIONS, «Digital Content Contracts for Consumers», *Journal of Consumer Policy* 36/1 (2013) 37-57; LUCIE GUIBAULT, NATALIE HELBERGER, *Digital Consumers and the Law: Towards a Cohesive European Framework*, Wolters Kluwer, 2012. Entre nós, com mais referências, JORGE MORAIS DE CARVALHO, «Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português», *RED – Revista Eletrónica de Direito* 20/3 (2019) 63-87; sobre a proposta de diretiva, podem ver-se também os nossos «Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?» e «Novos direitos do consumidor no mercado único digital», ambos publicados nos *Estudos de Direito do Consumidor*,



tais. O Código Comercial de 1888 e o Código Civil de 1966, ambos anteriores à “revolução digital”, são omissos nesta matéria e mesmo na legislação do consumidor não abundam referências a estes contratos. E não obstante é ainda o direito nacional que se aplica nas questões não reguladas pela Dir. 2019/770, como a formação, a validade, a nulidade e os efeitos dos contratos ou a legalidade do conteúdo ou serviço digital, como se lê no considerando 12 da diretiva, acrescentando que “A presente diretiva também não deverá determinar a natureza jurídica dos contratos para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, cabendo ao direito nacional determinar a natureza de um contrato, ou seja, se se trata, por exemplo, de um contrato de venda, de um contrato de serviços, de um contrato de aluguer ou de um contrato *sui generis*.”

Esta é, aliás, uma questão discutida há mais de duas décadas, em especial no que respeita às licenças de software¹¹ e que não foi objeto de harmonização, ficando antes para o direito interno de cada Estado-Membro, sem prejuízo do regime instituído pela diretiva em ordem à proteção do consumidor e do bom funcionamento do mercado interno. Mas, no fundo, a Dir. 2019/770 pretende interferir o menos possível com o direito civil de cada Estado-Membro, preocupando-se antes em assegurar um elevado nível de defesa do consumidor e a promoção da concorrência no mercado único digital. Dirige-se a problemas concretos experimentados pelos con-

.....
nº 9 (2015) 177-207 e 10 (2016) 155-174.

¹¹ Sobre a possível recondução das licenças de software aos tipos contratuais da compra e venda, da locação e da empreitada, podem ver-se, por ex., os nossos «Programas de computador, sistemas informáticos e comunicações electrónicas: alguns aspectos jurídico-contratuais», *Revista da Ordem dos Advogados* 59/III (1999) 915-1000, e «Das licenças de software e de bases de dados (software and database licenses)», *Revista Jurídica Portuguesa* 14 (2011) 9-25.

sumidores relativamente à qualidade e ao acesso, pelos consumidores, aos conteúdos e/ou serviços digitais, que podem ser errados ou defeituosos, ou simplesmente inacessíveis. Juntamente com a sua “diretiva gêmea” - Dir. 2019/771 -, a Dir. 2019/770 estabelece remédios a favor do consumidor no caso de não cumprimento ou de não conformidade com o contrato (grosso modo, “vícios redibitórios”), acautelando todavia o princípio *favor negotii*, no sentido de a “destruição” destes contratos não ser o primeiro remédio de que o consumidor dispõe.

2. Direitos do consumidor de conteúdos ou serviços digitais contratados à distância previstos no DL 24/2014

A Dir. 2019/770 regula o fornecimento de conteúdos e serviços digitais como contratos de consumo. Por isso, o regime agora aprovado acresce ao já previsto por ex. no DL 24/2014 (alterado por último pelo DL 78/2018, de 15/10) que transpõe a Dir. 2011/83/UE sobre direitos dos consumidores.

Informação pré-contratual sobre funcionalidade e interoperabilidade

Em sede de informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância, cabe ao fornecedor indicar 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 (art. 4-x/z).



Direito de livre resolução?

No fornecimento de conteúdos digitais sem suporte material o prazo para o exercício do direito de livre resolução conta-se a partir do dia da celebração do contrato (art. 10/1-c). E o consumidor não suporta 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 referido no artigo 10.º e reconhecido que perde com isso o seu direito de livre resolução, ou o fornecedor de bens não tiver fornecido a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor (art. 15/b).

De qualquer modo, o direito de livre resolução é excluído relativamente aos conteúdos digitais não fornecidos em 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. 17).

Proibição de cobrança de conteúdos digitais não solicitados

De referir ainda, na lei dos contratos à distância, a proibição de cobrança de pagamento por fornecimento de conteúdos digitais não solicitados (art. 28).

3. Fornecimento de conteúdos ou serviços digitais

Em acréscimo ao regime dos contratos à distância, a Dir. 2019/770 regula, em termos de harmonização completa ou plena

(art. 4), os contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em questões como a conformidade com o contrato, os remédios por desconformidade (meios de ressarcimento), e o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais. Os direitos estabelecidos têm natureza imperativa a favor do consumidor de conteúdos e serviços digitais (art. 22).

Partes

Quanto às partes, trata-se de contratos entre profissionais e consumidores (contratos de consumo). Por consumidor entende-se a “pessoa singular que[...] atue com fins que não se incluam no âmbito da atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional” (art. 2/6).

Todavia, o preâmbulo da diretiva considera que os Estados-Membros são “livres de alargar a proteção concedida aos consumidores ao abrigo da presente diretiva por forma a abranger pessoas singulares ou coletivas que não sejam consumidores na aceção da presente diretiva, como, por exemplo, as organizações não-governamentais, as empresas em fase de arranque (start-ups) ou PME” (considerando 16). A Dir. 2019/770 mostra-se favorável ao alargamento dos remédios especiais de proteção do consumidor a outras entidades que ficam fora da noção de consumidor, mas que ainda assim podem ter uma necessidade de proteção semelhante à dos consumidores enquanto parte mais vulnerável (ou “hiposuficiente”, como se diz no Brasil).



Objeto

O objeto é composto por conteúdos e serviços digitais, incluindo o carregamento e partilha de conteúdos gerados pelo consumidor. O preâmbulo da diretiva (considerando 19) ilustra exemplificativamente a noção de conteúdos e serviços digitais com os programas informáticos, as aplicações, os ficheiros de vídeo, de áudio e de música, os jogos digitais, os livros eletrónicos e outras publicações eletrónicas, por um lado (por ex. "Netflix", "Spotify"), e os serviços digitais que permitem a criação, o tratamento ou o armazenamento de dados em formato digital ou o acesso aos mesmos (e.g. o software enquanto serviço - SaS) tais como a partilha de ficheiros de vídeo e áudio e outro tipo de alojamento de ficheiros (por ex. "YouTube"), o processamento de texto ou jogos disponibilizados no ambiente de computação em nuvem (por ex. "Dropbox", "Google Drive"), e as redes sociais (e.g. "Facebook", "Instagram", "Twitter"). Quanto aos modos de fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais, distinguem-se o suporte material (e.g. DVD, CD, chaves USB e cartões de memória), o descarregamento feito pelos consumidores para os seus dispositivos (*download*), a difusão em linha (*streaming*), o acesso e a utilização de redes sociais e de "armazéns" de conteúdos digitais¹².

Não abrange os conteúdos ou serviços digitais incorporados em ou interligados com bens e que sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda desses bens, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem forneci-

¹² Sobre os acordos de nível de serviço na computação em nuvem (*Cloud Computing Service Level Agreements – SLA*) pode ver-se o nosso «Cloud Computing», *Boletim da Faculdade de Direito* 92/1 (2017) 367-401.

dos pelo profissional ou por um terceiro, *presumindo-se, em caso de dúvida, que estão abrangidos pelo contrato de compra e venda* (art. 3/4). A venda de equipamentos, como telemóveis, televisões ou relógios inteligentes com aplicações normalizadas pré-instaladas e fornecidas nos termos do contrato de compra e venda (e.g. aplicações de alarme ou de câmara), é regulada pela Dir. 2019/771. Esta diretiva sobre garantias na venda de bens de consumo aplica-se não apenas aos tradicionais bens corpóreos, mas igualmente aos «bens com elementos digitais», isto é, “todos os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados com esses bens, de tal forma que a ausência desse conteúdo ou serviço digitais impediria os bens de desempenhar as suas funções. Os conteúdos digitais incorporados ou interligados com os bens podem ser quaisquer dados produzidos ou fornecidos em formato digital, tais como sistemas operativos, aplicações e qualquer outro software. O conteúdo digital pode estar pré-instalado no momento da celebração do contrato de venda ou, nos termos desse contrato, ser instalado posteriormente. Os serviços digitais interligados com um bem podem incluir serviços que permitem criar, tratar, aceder ou armazenar dados em formato digital, tais como o software enquanto serviço disponibilizado no ambiente de computação em nuvem, o fornecimento contínuo de dados de tráfego num sistema de navegação [GPS], ou o fornecimento contínuo de programas de treino personalizado no caso dos relógios inteligentes”¹³. O preâmbulo esclarece ainda que “Se, por exemplo, uma televisão inteligente tiver sido anunciada como incluindo uma determinada aplicação de vídeo, considerar-se-á que tal aplicação faz parte do contrato de compra e venda. Esta solução deverá aplicar-se independentemente de os

¹³ Considerando 14 da Dir. 2019/771.



conteúdos ou serviços digitais estejam pré-instalados nos próprios bens ou terem de ser descarregados posteriormente noutros dispositivos e estejam apenas interligados aos bens. [...] Tal deverá aplicar-se também se os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não forem fornecidos pelo próprio vendedor, mas sim, nos termos do contrato de compra e venda, por terceiros. A fim de evitar incertezas para os operadores e para os consumidores relativamente à questão de saber se o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais faz parte do contrato de compra e venda, deverão aplicar-se as regras da presente diretiva. [...] Em contrapartida, se a falta de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não impedir os bens de desempenharem as suas funções ou se o consumidor celebrar um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e de bens com elementos digitais, esse contrato deverá considerar-se distinto do contrato de compra e venda dos bens, mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o operador terceiro, e poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/770 se estiverem preenchidas as condições nela previstas. Por exemplo, se o consumidor descarregar uma aplicação de jogo de uma loja de aplicações para um telemóvel inteligente, o contrato de fornecimento da aplicação de jogo é distinto do contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente. [...] Outro exemplo é o caso em que é expressamente acordado que o consumidor compra um telemóvel inteligente sem um sistema operativo específico e posteriormente celebra com um terceiro um contrato para o fornecimento de um sistema operativo”¹⁴.

Assim, uma coisa é o contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente, incluindo o respetivo suporte lógico, outra é o

¹⁴ Considerandos 15 e 16 da Dir. 2019/771.

fornecimento por terceiro de sistema operativo, aplicações ou jogos que não sejam indispensáveis para o bom funcionamento do bem vendido (e.g. computador, telemóvel, televisor ou relógio "smart").

Por outro lado, a Dir. 2019/770 não se aplica aos serviços de comunicações eletrónicas¹⁵, saúde, jogos a dinheiro (lotarias, apostas, casino, póquer), serviços financeiros, software livre, e transmissões cinematográficas digitais. Relativamente à saúde importa referir que, nos termos do preâmbulo, a exclusão dos «cuidados de saúde» abrange quaisquer conteúdos ou serviços digitais que constituam um dispositivo médico sempre que esse dispositivo médico seja prescrito ou fornecido por um profissional de saúde, mas já não a todo e qualquer conteúdo ou serviço digital que constitua um dispositivo médico, como, por exemplo, aplicações de saúde, que possa ser obtido pelo consumidor sem prescrição ou fornecimento por um profissional de saúde¹⁶.

4. Onerosidade: os dados pessoais como possível moeda

O fornecimento dos conteúdos ou serviços é normalmente oneroso, isto é, prestado em troca pelo pagamento de um preço, incluindo o dinheiro ou uma representação digital do valor que é

¹⁵ Nessa medida, os contratos de fornecimento de serviços e conteúdos digitais não são abrangidos pela Lei 23/96, de 26 de julho (alterada), que regula o fornecimento de serviços públicos essenciais, incluindo os serviços de comunicações eletrónicas, prevendo normas como o dever de os prestadores destes serviços informarem regularmente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis aos serviços prestados, designadamente as respeitantes às redes fixa e móvel, ao acesso à Internet e à televisão por cabo (art. 4/3) e a proibição de suspensão da prestação do serviço sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior (art. 5/1 – norma que, de resto, não se aplica aos serviços de comunicações eletrónicas – art. 5/5).

¹⁶ Considerando 29 da Dir. 2019/771.



devido pelos conteúdos ou serviços digitais fornecidos (incluindo dados pessoais). Os conteúdos e serviços digitais são fornecidos muitas vezes de forma gratuita ou em troca por representações digitais de valor, como os vales ou cupões eletrónicos. Tais representações digitais de valor, incluindo moedas virtuais (bitcoins), são consideradas um meio de pagamento, embora o reconhecimento das bitcoins dependa do direito nacional¹⁷. Os dados pessoais surgem como moeda de pagamento quando o consumidor permite que o fornecedor dos serviços digitais retire proveitos desses dados, i.e., como se escreve no preâmbulo quando “o consumidor abre uma conta nas redes sociais e indica um nome e um endereço de correio eletrónico que são utilizados para outros fins que não apenas o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais ou o cumprimento dos requisitos legais”¹⁸, o mesmo valendo para o consentimento do consumidor relativamente a todo o tipo de material que constitua dados pessoais, como fotografias ou mensagens que irá carregar, posteriormente processado pelo profissional para fins de comercialização.

¹⁷ Segundo o Banco de Portugal, a aceitação de moeda virtual pelo seu valor nominal não é obrigatória, os direitos de reembolso ao consumidor não estão legalmente protegidos no caso de pagamento com moedas virtuais, não existe fundo que cubra sua desvalorização, para além de poderem ser utilizadas indevidamente em atividades criminosas, incluindo de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. O Banco de Portugal esclarece que “as entidades que emitem e comercializam moedas virtuais não estão sujeitas a qualquer obrigação de autorização ou de registo junto do Banco de Portugal, pelo que a sua atividade não é sujeita a qualquer tipo de supervisão prudencial ou comportamental” e, por isso, na sua Carta Circular nº 11/2015/DPG, recomenda às instituições de crédito, às instituições de pagamento e às instituições de moeda eletrónica sujeitas à sua supervisão que se abstenham de comprar, deter ou vender moedas virtuais – ver <<https://www.bportugal.pt/page/moedas-virtuais>>

¹⁸ Considerando 24 da Dir. 2019/770.

Enquanto responsável pelo tratamento de dados, o fornecedor deve cumprir os deveres previstos no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)¹⁹ e na lei interna de execução do RGPD²⁰. Já as atividades pessoais ou domésticas não são abrangidas: o RGPD “não se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado por pessoas singulares no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas e, portanto, sem qualquer ligação com uma atividade profissional ou comercial. As atividades pessoais ou domésticas poderão incluir a troca de correspondência e a conservação de listas de endereços ou a atividade das redes sociais e do ambiente eletrónico no âmbito dessas atividades. Todavia, o presente regulamento é aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas²¹”.

Assim, por ex., os utilizadores de redes sociais como o “Facebook” ou o “Twitter”, não estão sujeitos ao RGPD, mas a empresa “Facebook Inc.” já é considerada responsável pelo tratamento de dados para efeitos do RGPD. Ora, como o regulamento não prejudica a aplicação da Dir. 2000/31/CE sobre, nomeadamente, responsabilidade dos prestadores intermediários de serviço previstas nos seus artigos 12 a 15 (art. 2/4), os operadores de redes sociais ou

¹⁹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/ 46/CE. Sobre isto pode ver-se o nosso «O Responsável pelo Tratamento de Dados segundo o RGPD (Data Controller According to the GDPR)», *Revista de Direito e Tecnologia* 1/2 (2019) 143-173.

²⁰ Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD.

²¹ Considerando (18) do RGPD.



de plataformas de partilha de conteúdos em linha não são considerados prestadores intermediários de serviços para efeitos desses artigos²².

5. Princípio da pontualidade e princípio da conformidade com o contrato

Regem os princípios gerais do fornecimento *sem demora indevida* (art. 5/1) e *em conformidade com o contrato*, e sobre o profissional recai o ónus da prova do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais (art. 12/1).

A conformidade afere-se subjetivamente por diversos fatores (art. 7), quais sejam: a) correspondência à descrição, quantidade, qualidade, funcionalidade, compatibilidade, interoperabilidade e demais características exigidas pelo contrato; b) adequação à finalidade específica pretendida pelo consumidor; c) fornecimento juntamente com os acessórios e instruções de instalação e apoio ao cliente; d) atualização dos conteúdos.

Quanto a requisitos de conformidade objetiva, destacam-se: a) a adequação às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam; b) quantidade, qualidades, características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, correspondentes às habituais em conteúdos ou serviços

²² Sobre tema, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil", *Revista Bolsa, Banca e Seguros* 3 (2018) 215-6, em nota.

digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza do conteúdo ou serviço digital e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo profissional ou em nome deste, ou por outras pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual, particularmente através de publicidade ou rotulagem²³ (valor negocial da publicidade); c) fornecimento juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; e d) conformidade com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

6. Direito às atualizações e direito à integração correta dos conteúdos e serviços digitais

O consumidor tem o direito a ser informado sobre as atualizações e ao fornecimento das mesmas, incluindo atualizações de segurança²⁴ (art. 8/2), e o direito à conformidade com a versão mais

²³ Ver, a propósito do possível valor da publicidade, o disposto no artigo 7/5 da Lei do Consumidor, aprovada pela Lei 24/96, de 31 de julho (várias vezes alterada, a última pela Lei 63/2019, de 16 de agosto), nos termos do qual: " As informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário."

²⁴ A segurança informática ("cibersecurity") tem um "papel vital" para as redes e a informação, sendo objeto de um regime específico, que também aproveita aos consumidores, estabelecido pela Diretiva (UE) 2016/1148, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União, transposta para o direito interno pela Lei 46/2018, de 13 de agosto (regime jurídico da segurança do ciberespaço). Sobre o



recente dos conteúdos ou serviços digitais disponíveis no momento da celebração do contrato (art. 8/6)²⁵.

Além disso, o consumidor tem direito à integração incorreta dos conteúdos ou serviços digitais (art. 9). Nos termos do preâmbulo (considerando 40): "O conceito de funcionalidade deverá entender-se por referência ao modo como os conteúdos ou serviços digitais podem ser usados. Por exemplo, a ausência ou presença de restrições técnicas, como a proteção através da gestão dos direitos digitais ou de codificação regional podem ter um impacto sobre a capacidade dos conteúdos ou serviços digitais para desempenhar a totalidade das suas funções, tendo em conta a respetiva finalidade. O conceito de interoperabilidade respeita a se, e em que medida, os conteúdos ou serviços digitais são capazes de funcionar com hardware ou software diferente dos que normalmente são usados com conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo. O bom funcionamento incluirá, por exemplo, a capacidade dos conteúdos ou serviços digitais para trocarem informações com outro software ou hardware e para utilizarem as informações trocadas.

.....
tema pode ver-se o nosso «A proteção dos dados pessoais e o direito à segurança informática no comércio eletrónico», *Revista Banca, Bolsa e Seguros* 3 (2018) 303-329.

²⁵ Nos termos do preâmbulo, "(44) Uma vez que os conteúdos digitais e serviços digitais estão em constante evolução, os profissionais podem acordar com os consumidores o fornecimento de atualizações e características à medida que estas ficarem disponíveis. Por conseguinte, a conformidade dos conteúdos ou serviços digitais deverá também ser avaliada em relação à atualização dos mesmos de acordo com o estipulado no contrato. A não disponibilização de atualizações que tenham sido acordadas no contrato deverá ser considerada uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais. Além disso, as atualizações defeituosas ou incompletas deverão também ser consideradas uma falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, visto que tal significaria que essas atualizações não são executadas de acordo com o estipulado no contrato".

7. “Remédios para a quebra do contrato” por não fornecimento ou por falta de conformidade

A Dir. 2019/770 prevê ainda como direitos do consumidor os chamados remédios para a quebra do contrato (*breach of contract remedies*). Em caso de *não fornecimento* (art. 13), o consumidor pode solicitar ao profissional o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais sem demora indevida, ou num prazo adicional convencionalizado entre as partes; no caso de o fornecedor não cumprir novamente, o consumidor pode rescindir o contrato; mas o direito à rescisão é imediato se o profissional tiver declarado, ou resultar claramente das circunstâncias, que não irá fornecer os conteúdos ou serviços digitais, ou que o momento específico do fornecimento é essencial para o consumidor, e o profissional não fornecer os conteúdos ou serviços digitais até esse momento ou nesse momento²⁶.

Em caso de *falta de conformidade*, o consumidor tem direito a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade (a título gratuito e sem inconvenientes importantes para si), a beneficiar de uma redução proporcional do preço ou a rescindir o contrato (art. 14). Se a reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade for impossível ou impuser ao profissional custos desproporcionados, o consumidor terá apenas direito à redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato, podendo todavia exercer estes direitos se a gravidade da falta de conformidade o justificar ou se o profissional tiver declarado, expressa ou tacitamente, que não irá repor os conteúdos ou serviços digitais em conformidade num prazo razoável ou sem inconvenientes importantes para

²⁶ A essencialidade do prazo de fornecimento pode ser o caso, por ex., de o consumidor contratar o serviço por ocasião do Campeonato Europeu de Futebol.



o consumidor. Sendo fornecimento oneroso, o consumidor só tem direito a rescindir o contrato se a falta de conformidade não for menor, presumindo-se todavia que não é menor (art. 14/6).

O consumidor pode ainda lançar mão dos remédios por falta de conformidade se a não conformidade dos conteúdos ou serviços digitais resultar de infrações a direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, a menos que o direito nacional determine a nulidade ou a rescisão do contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais nesses casos (art. 10). Por ex. se os serviços forem bloqueados por razões de direitos de autor o consumidor pode ver a sua tarifa reduzida ou então rescindir o contrato, se o serviço não lhe interessar sem os conteúdos bloqueados. A este propósito interessa referir que a Diretiva sobre direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (doravante Dir. 2019/790)²⁷ entre outros aspetos estabelece um conjunto de medidas com vista ao “funcionamento correto do mercado dos direitos de autor”, como sejam um direito conexo sobre publicações de imprensa relativamente a utilizações em linha por prestadores de serviços da sociedade da informação, e esclarece que a partilha de conteúdos em linha pelos utilizadores desses serviços implica atos de reprodução e de comunicação ao público e nessa medida depende de autorização do titular de direitos de autor²⁸. Os serviços de partilha

²⁷ Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera a Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados e a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

²⁸ Entendimento recentemente adotado pelo Tribunal de Roma: <<http://ipkit-ten.blogspot.com/2019/07/rome-court-finds-videosharing-platform.html>>

de conteúdos em linha não são considerados serviços de armazenamento em servidor para efeitos da limitação de responsabilidade prevista no art. 14 /1 da Dir. 2000/31 sobre comércio eletrónico²⁹. De todo o modo, ficam excluídos os utilizadores que não atuem com carácter comercial ou cuja atividade não gere receitas significativas; para promover a concorrência com as grandes plataformas prevê-se um regime especial para as *start-up* PME, além de se salvaguardar a liberdade de expressão³⁰.

De notar que a Dir. 2019/770 “não prejudica o direito de distribuição aplicável a tais bens nos termos da legislação em matéria de direitos de autor”, “incluindo a portabilidade dos serviços de

.....

O TJUE tinha já considerado comunicação ao público as hiperligações com fins lucrativos para conteúdos ilicitamente disponibilizados, devendo nesse caso presumir-se o conhecimento da ilicitude (GS Media C160/15 – “Playboy”) e quando pré-instaladas em leitor multimédia que permitem aceder em streaming a um sítio Internet pertencente a um terceiro que disponibiliza essa obra sem autorização do titular dos direitos de autor (Filmspeler C527/15). De igual modo, o TJUE considerou comunicação ao público a colocação à disposição e a gestão, na Internet, de uma plataforma de partilha que, através da indexação de meta-informação relativa a obras protegidas e da disponibilização de um motor de busca, permite aos utilizadores dessa plataforma localizar essas obras e partilha-lhas no âmbito de uma rede descentralizada (peer-to-peer) (Ziggo C-610/15, 14/6/2017 – “The Pirate Bay”), e o fornecimento por uma empresa comercial a particulares de um serviço de gravação à distância, na nuvem, de cópias privadas de obras protegidas pelo direito de autor, através de um sistema informático, intervindo a empresa ativamente no ato de gravação dessas cópias (ac. 29/11/2017, VCAST C265/16). Sobre o tema, pode ver-se o nosso «Comunicação ao público: um «grande direito» na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?», *Boletim da Faculdade de Direito* 94/II (2018) 1399-1411.

²⁹ Diretiva 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.

³⁰ Sobre esta diretiva pode ver-se o nosso «Os direitos de autor no mercado único digital segundo a diretiva 2019/790», *Revista de Direito Intelectual*, 2019/2.



conteúdos em linha" (considerando 20 e 36, *in fine*, e art. 3/9). A portabilidade é consagrada num regulamento específico³¹. Relativamente ao direito de distribuição, discute-se o seu esgotamento no caso de fornecimento por transmissão digital. A diretiva dos direitos de autor mercado único digital não respondeu a esta questão. Pese embora o modelo de negócio das plataformas de vídeo a pedido e de partilha de conteúdos funcionar sobretudo em termos de *streaming*, isso não impede que continue o modelo alternativo da compra de exemplares digitais para livre utilização, independente de ligação à rede e de um serviço associado, e o interesse na possibilidade de revenda desses exemplares, em virtude do esgotamento do direito de distribuição, à semelhança do que é permitido, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do regime dos programas de computador³². Recentemente, o Advogado-Geral manifestou-se, *de iure condito*, pelo não esgotamento do direito de esgotamento face à Dir. 2001/29, mas deixando a questão em aberto *de lege ferenda*³³. A ser assim, o regime dos conteúdos e serviços digitais será dualista, consoante se trate de programas de

³¹ Regulamento (UE) 2017/1128 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 relativo à portabilidade transfronteiriça dos serviços de conteúdos em linha no mercado interno.

³² Acórdão TJUE, de 3 de julho de 2012, proc. C128/11 (*UsedSoft*).

³³ Nas conclusões apresentadas, em 10 de setembro de 2019, no proc. C263/18 (*Nederlands Uitgeversverbond*), apesar de "concluir que existem argumentos jurídicos e teleológicos a favor do reconhecimento da regra do esgotamento do direito de distribuição no que diz respeito às obras fornecidas por transferência (*download*) para uma utilização permanente", o Advogado-Geral Maciej Szpunar entende que, "no estado atual do direito da União [...] o fornecimento de livros eletrónicos por transferência (*download*) para utilização permanente não se enquadra no direito de distribuição [...] mas do direito de comunicação ao público". Ver sobre o tema, por ex., o nosso *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

computador ou de outros bens digitais, embora nos pareça que o esgotamento é sustentável desde já relativamente aos bens digitais incorporados nos chamados “bens com elementos digitais” (telemóveis, relógios ou televisores “smart”).

8. Exercício do direito de rescisão e seus efeitos

A rescisão exerce-se mediante declaração pelo consumidor ao profissional (art. 15), o qual deve reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato, relativos ao período durante o qual teve lugar a não conformidade, salvo no fornecimento oneroso e duradouro em que o reembolso é limitado ao proporcional do preço pago correspondente ao período de não conformidade e a eventual antecipação (art. 16/1). O prazo de reembolso é de 14 dias após a redução do preço ou cessação do contrato e deve ser livre de encargos (art. 18).

Além do reembolso, o profissional deve ainda abster-se de utilizar quaisquer conteúdos, que não sejam dados pessoais, que tenham sido facultados ou criados pelo consumidor aquando da utilização dos conteúdos ou serviços digitais fornecidos pelo profissional (art. 16/3), assistindo ao consumidor o direito de recuperar esses conteúdos digitais, a título gratuito e sem entraves por parte do profissional, num prazo razoável e num formato de dados de uso corrente e de leitura automática (art. 16/4). De igual modo, após a rescisão do contrato, o consumidor deve abster-se de utilizar os conteúdos ou serviços digitais e de colocá-los à disposição de terceiros (art. 17/1), podendo o profissional impedir qualquer utilização posterior, em especial tornando-os inacessíveis ao consumidor ou desativando a sua conta de utilizador (art. 16/5).



9. Direito de alteração dos conteúdos ou serviços digitais

No caso de fornecimento duradouro, o profissional pode alterar os conteúdos ou serviços digitais para além do necessário para manter os conteúdos ou serviços digitais em conformidade, se o contrato estipular razão válida para a alteração, se esta for feita sem custos adicionais para o consumidor e notificada de forma clara e compreensível ao consumidor, com antecedência razoável, num suporte duradouro, das características e do momento das alterações, informando-o também do seu direito de rescisão no caso de impacto substancial ou da possibilidade de manter os conteúdos ou serviços digitais inalterados, em conformidade, sem custos adicionais (art. 19/1). Sendo que o consumidor tem direito a rescindir o contrato gratuitamente se a alteração tiver um impacto negativo no acesso ou na utilização, por si, dos conteúdos ou serviços digitais, a menos que tal impacto seja apenas menor. O prazo para rescindir o contrato é de 30 dias a contar da data de receção da notificação ou do momento em que os conteúdos ou serviços digitais foram alterados pelo profissional, consoante a data que for posterior (art. 19/2).

A diretiva fala em alteração dos conteúdos ou serviços, mas pode o prestador de serviços e/ou fornecedor de conteúdos reservar o direito de descontinuar o serviço a qualquer momento e mesmo sem justificação? Lê-se, por ex. nos termos de serviço do Google, que "O Google também poderá deixar de prestar os Serviços a você ou, incluir ou criar novos limites a nossos Serviços a qualquer momento." Sendo objetivo da diretiva proteger o consumidor, seria desejável acautelar a sua posição face a ruturas bruscas e injustificadas do serviço. Imagine-se o dano em massa à escala global se o Google descontinuasse os seus serviços sem aviso prévio!

10. Responsabilidade objetiva do fornecedor de conteúdos e serviços digitais?

Será aplicável ao fornecedor de conteúdos e serviços digitais o regime da responsabilidade do produtor por danos causados aos consumidores por produtos defeituosos?

A questão está de novo na ordem do dia³⁴. A Comissão Europeia elaborou um documento³⁵ nos termos do qual não existem dados suficientes para concluir com segurança sobre a necessidade de alargar a diretiva da “Product Liability” aos desenvolvimentos tecnológicos trazidos pelas aplicações informática (software), objetos interligados em termos de IoT (“Internet of Things”) e sistema autónomos³⁶. De igual modo, não é claro que a vulnerabilidade do

³⁴ Ver, por ex., GERAINT HOWELLS, CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, CHRIS WILLETT, «Product Liability and Digital Products», *EU Internet Law*, ed. T. Synodinou et al., Springer, Cham, 2017, 183-195, sustentando que os produtos não tangíveis, tais como aplicativos e outro software não fornecidos em um meio tangível, seriam produtos para efeitos da diretiva sobre responsabilidade do produtor. O artigo faz uma distinção crucial entre informações (de forma tangível ou não tangível) que não devem gerar responsabilidade e produtos tangíveis ou não tangíveis que não se limitam à mera prestação de informações e cujos defeitos podem causar danos materiais, devendo estes últimos ser abrangidos pela Diretiva 85/374/CEE em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, transposta pelo DL 383/89, de 6 de novembro (com alterações). Entre nós, Henrique Sousa Antunes, «Responsabilidade civil do produtor: os danos resarcíveis na era digital», *Revista de Direito da Responsabilidade* 1 (2019) 1476-1485.

³⁵ Commission Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products - Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) - SWD(2018)157 final.

³⁶ SWD(2018)157 final, p. 123.



software face a ataques cibernéticos ou falhas na atualização de software de segurança devam ser consideradas defeito nos termos da diretiva. O documento constata a divergência doutrinal sobre a qualificação do software como produto para efeitos da diretiva³⁷ e indica jurisprudência do TJUE segundo a qual o software pode ser um dispositivo médico se for destinado pelo produtor a ser usado especificamente para um ou mais fins médicos. Nesse sentido, o atual Regulamento dos dispositivos médicos³⁸ inclui expressamente o software na lista de possíveis “dispositivos médicos” (art. 2), esclarecendo o preâmbulo que “o *software*, por si só, é qualificado como dispositivo médico quando especificamente destinado pelo fabricante a ser utilizado para um ou vários fins médicos indicados na definição de dispositivo médico, ao passo que o *software* de uso geral, mesmo quando utilizado num contexto de saúde, ou o *software* previsto para fins relacionados com o estilo de vida e o bem-estar, não são um dispositivo médico. A qualificação de um *software*, quer como dispositivo quer como acessório, deverá ser independente da localização do *software* ou do tipo de interconexão entre este e um dispositivo” (considerando 19).

³⁷ Ver, entre nós, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, 609-614 (considerando que “A definição de produto, contida no art. 3.º, abrange os suportes materiais em que a obra intelectual se materializa, fixa e comunica, pois são coisas móveis corpóreas, embora inconfundíveis com a obra intelectual em si — bem imaterial” — p. 613); pode ver-se também o nosso *Comércio electrónico na sociedade da informação*, cit., 110 s.

³⁸ Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2017 relativo aos dispositivos médicos, que altera a Diretiva 2001/83/CE, o Regulamento (CE) 178/2002 e o Regulamento (CE) 1223/2009 e que revoga as Diretivas 90/385/CEE e 93/42/CEE do Conselho.

Mais acrescenta o referido documento de trabalho da Comissão que o software é um componente de muitos produtos e que o produtor responde pelo produto final como um todo, concluindo que “for products which include software at the moment they were put into circulation by the producer, the Directive could address liability claims for damages caused by defects in this software. The more open nature of new products, where the producer is no longer able to control software or other technical features subsequently installed in or learned by the product may however pose a challenge for establishing claims under the Directive. / In conclusion, while there is little evidence of practical problems, the distinction between products and services may in the future no longer be pertinent. Hence, there is a need to clarify what products and features are covered by the Directive”³⁹.

11. Conclusão

No âmbito realização do mercado único digital foi identificada uma lacuna de proteção do consumidor de serviços e conteúdos digitais suscetível de prejudicar o bom funcionamento do mercado interno. Nesse sentido, o acervo da União Europeia sobre proteção do consumidor no comércio eletrónico, constituído nomeadamente pelas diretivas 2000/31 e 2011/83, foi reforçado pela Dir. 2019/770 sobre os contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, juntamente com outras medidas, em especial sua diretiva gémea, a Dir. 2019/771 sobre os contratos de compra e venda, que revogou

³⁹ SWD(2018)157 final, p. 52.



e substituiu a Dir. 1999/44 sobre as garantias na venda de bens de consumo. A diretiva sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais não pretende harmonizar questões internas do direito civil, desde logo a qualificação destes contratos nos tipos contratuais legais. Não obstante, consagra direitos do consumidor no caso de não fornecimento e de não conformidade dos conteúdos ou dos serviços com o contrato. Os remédios para a "quebra do contrato" integram imperativamente o conteúdo destes contratos, qualquer que seja a sua ordenação na tipologia legal dos contratos, prevalecendo, enquanto lei especialíssima, nas relações de consumo e podendo até ser alargada a outros sujeitos que possam justificar proteção semelhante.

Todavia, alguns aspetos não foram regulados, como sejam o esgotamento do direito de distribuição na propriedade intelectual, ou a aplicação da responsabilidade do produtor ao fornecedor de conteúdos e serviços digitais. É exetável que surjam novos desenvolvimentos sobre estas matérias, que face à harmonização completa estabelecida, surgirão primeiro no direito da União Europeia, reforçando a sua "soberania regulatória" na Internet⁴⁰.

⁴⁰ Sobre esta problemática pode ver-se o nosso «Direito ciberespacial: "soft law" ou "hard law"? *Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho*, org. ALVES CORREIRA, JÓNATAS MACHADO, JOÃO LOUREIRO, vol. III, Coimbra Editora, 2012, p. 685-710, com mais referências.

PROTEÇÃO DE DADOS, CONSENTIMENTO E TUTELA DO CONSUMIDOR*

Mafalda Miranda Barbosa

1. Introdução

O texto que agora se apresenta parte de duas coordenadas básicas – a necessária proteção de dados pessoais e a imperiosa tutela do consumidor –, que se congregam simbioticamente.

A confluência entre os dois domínios estabelece-se em dois planos.

Por um lado, denota-se ao nível das relações creditícias estabelecidas pelo sujeito enquanto consumidor. Na verdade, o titular dos dados pessoais pode assumir-se, também, como um consumidor que, nessa qualidade, tem de fornecer alguns dos seus dados pessoais ao profissional com quem contrata. É que se é certo que o consumidor tem direito à proteção dos seus dados pessoais, não é menos verdadeiro que a contratação implica (ou pode implicar) o fornecimento de certos elementos da identidade do sujeito, qualificados como dados pessoais. Há, por-

.....
* Texto elaborado para o Congresso «Direito do Consumidor: Ruturas e Continuidades após as Recentes Alterações Legislativas», organizado pelo Centro de Direito do Consumo em parceria com o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 22 de novembro de 2019.



tanto, que estabelecer um equilíbrio necessário entre a proteção do consumidor titular de dados e as regras da contratação.

Por outro lado, a intencionalidade problemática da relação entre o consumo e a proteção de dados constata-se num plano que ultrapassa a mera contratualidade da relação estabelecida. As modernas relações de produção e consumo, caracterizadas pela sua complexidade, e a sociedade de informação em que vivemos tornam claros os contornos do que pretendemos identificar.

Os dados pessoais dos consumidores são cada vez mais encarados como uma *commodity*, como bens que podem ser transacionados com valor económico, levando a que os profissionais que com eles contratam possam ter a tentação de os utilizar para além das específicas finalidades para que foram recolhidos. O acesso a tais dados pode envolver uma vantagem contratual importantíssima para os profissionais, que, acedendo a essa informação, podem dirigir aos consumidores campanhas de *marketing* e outras formas agressivas de venda. Os autores falam, a este propósito, de duas linhas responsáveis por uma maior vulnerabilidade dos consumidores: por um lado, a assimetria informacional; por outro lado, a monetarização das informações pessoais¹. A isto acresce a introdução da inteligência artificial no tratamento de dados, com a criação de perfis de consumo e a construção de bancos de dados². São cada

¹ Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, Brasília, 2010, 11, considerando que "a informação pessoal, especificamente, desponta como uma verdadeira *commodity* em torno da qual surgem novos modelos de negócio que, de uma forma ou de outra, procuram extrair valor monetário do intenso fluxo de informações pessoais proporcionado pelas modernas tecnologias da informação".

² Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, 27, conside-

vez mais frequentes, na web, as técnicas de monitorização da atividade *on line* dos utilizadores. E a partir delas muitos são os perigos que se podem constatar³.

Em primeiro lugar, a utilização de dados comportamentais recolhidos na internet pode conduzir a um fenómeno de *boxing*, isto é, pode levar a que apenas seja veiculada publicidade que se adapte ao perfil do consumidor, o que implica uma limitação da possibilidade de escolha da pessoa em concreto⁴.

Em segundo lugar, podem-se abrir as portas a comportamentos discriminadores. Uma dessas formas de discriminação consiste na adoção do método do *adaptative pricing*, ou seja, na variação dos preços em função do perfil do consumidor: a proposta negocial apresentaria um preço mais elevado aos consumidores que se mostrassem aptos a aceitar aquela oferta por um maior preço⁵. Por

.....
 rando que "a sistematização de grandes volumes de informação tornou-se possível com o advento do processamento automatizado de informações, por meio de bancos de dados automatizados. O aumento no volume de tratamento de informações pessoais assim conseguido não foi, porém, meramente quantitativo, pois resultou na viabilização de várias práticas de coleta, tratamento e utilização de informações pessoais que antes, na perspectiva dos arquivos manuais, eram impossíveis ou não se justificariam. Assim, uma série de novas possibilidades para a utilização de dados pessoais surgiu com o advento dos bancos de dados pessoais automatizados".

³ Sobre a criação de perfis, cf., igualmente, RAFAEL ZANNATA, *Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais

⁴ Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, 69.

⁵ Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, 70, considerando que aqui estaria em causa a violação do princípio da igualdade.



outro lado, poderia estar em causa uma discriminação em sentido estrito, negando-se o acesso a determinados bens a certos consumidores em função do seu perfil de risco⁶.

Significa isto que, embora a proteção de dados pessoais seja mais ampla do que um instrumento de tutela do consumidor, os dois domínios protetivos se relacionam naturalmente. Já é, aliás, há longo tempo que se colocam problemas que convocam os dois nichos problemáticos: pensemos, por exemplo, da disciplina das comunicações não solicitadas, vulgo *spam*⁷.

A proteção de dados deve, portanto, assumir-se como um importante instrumento de proteção do consumidor.

2. O quadro legal em matéria de proteção de dados: breve referência

2.1. A lei n.º67/98, de 26 de outubro e a proteção de dados

Em Portugal, até à entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados e, subsequentemente, da Lei n.º58/2019,

⁶ Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, 70, considerando que “determinados perfis poderiam ver negado o acesso a determinados bens ou serviços (por exemplo, uma negativa quanto à compra de um determinado bem por se verificar no perfil a consulta anterior a sites que tratam de proteção ao crédito, sugerindo ao fornecedor - sem dados concretos - que tratar-se-ia de um potencial inadimplente)”.

⁷ Cf. a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas, cujo artigo 13.º dispõe, no seu n.º1, que “a

de 8 de agosto⁸, a matéria relativa à proteção de dados pessoais era, não exclusiva, mas preferencialmente, disciplinada pela Lei

.....
 utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio eletrónico para fins de comercialização direta apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio". Este sistema de *opting-in* estaria depois compensado por um sistema de *opting-out*, nos termos do artigo 13.º/2 ("se uma pessoa singular ou coletiva obtiver dos seus clientes coordenadas eletrónicas de contacto para correio eletrónico, no contexto da venda de um produto ou serviço, nos termos da Diretiva 95/46/CE, essa pessoa singular ou coletiva poderá usar essas coordenadas eletrónicas de contacto para fins de comercialização direta dos seus próprios produtos ou serviços análogos, desde que aos clientes tenha sido dada clara e distintamente a possibilidade de recusarem, de forma gratuita e fácil, a utilização dessas coordenadas eletrónicas de contacto quando são recolhidos e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha inicialmente recusado essa utilização"). Cf., entre nós, a Lei n.º41/2004, de 18 de Agosto, cujo artigo 13.º-A dispõe, n.º1, que "está sujeito 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 sistemas automatizados de chamada e comunicação que não dependam da intervenção humana (aparelhos de chamada automática), de aparelhos de telecópia ou 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", determinando o n.º2 que tal "não impede que o fornecedor de determinado produto ou serviço que tenha obtido dos seus clientes, nos termos da Lei de Proteção de Dados Pessoais, no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto, possa utilizá-las para fins de marketing 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; e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização".

⁸ Trata-se da lei que vem assegurar a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. No seu artigo 66.º/1 é expressamente revogada a lei n.º67/98, de 26 de Outubro.



n.º67/98, de 26 de outubro. Nos termos do artigo 5.º da lei n.º67/98, de 26 de Outubro, os dados pessoais, entendidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, deviam ser tratados de *forma lícita* e com *respeito pelo princípio da boa-fé*; deviam ser recolhidos para *finalidades determinadas, explícitas e legítimas*, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades; deviam ser *adequados, pertinentes e não excessivos* relativamente às finalidades para que fossem recolhidos e posteriormente tratados; deviam ser *exatos* e, se necessário, *atualizados*, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que fossem apagados ou retificados, quando inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que tinham sido recolhidos; e deviam ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior.

A lei partia do pressuposto de que os dados pessoais pertencem ao domínio exclusivo do seu titular. Por isso, o tratamento dos dados pessoais *dependia do seu consentimento*, nos termos do artigo 6.º Lei n.º67/98.

Este consentimento teria de ser *específico e informado*. Quer isto dizer que o consentimento do titular só seria válido se ele tivesse exato conhecimento do alcance da autorização que estava a conceder e que, portanto, haveria de ser previamente informado sobre questões essenciais como as referidas no artigo 10.º Lei n.º67/98; e, por outro lado, que ele só seria válido para a finalidade específica que fosse indicada pelo responsável pelo tratamento dos dados. Daí a importância da regra que determinava que os dados pes-

soais apenas podiam ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades, bem como daqueloutra segundo a qual, entre as informações relevantes que haveriam de ser prestadas ao titular dos dados, se contava a informação relativa ao destinatário dos dados. A mesma intencionalidade presidia à regra contida no artigo 20.º/1 Lei n.º67/98. Na verdade, ao prestar o seu consentimento, o titular dos dados autorizava uma intromissão no seu direito em determinados moldes e com um certo alcance, razão pela qual a transferência desses dados para um Estado não europeu devia assegurar um nível de proteção adequado. Caso este inexistisse, então, a referida transmissão só podia operar mediante o consentimento do titular, salvo hipóteses especiais excecionadas pelo legislador⁹.

Para além das informações prestadas no momento da recolha dos dados, o seu titular tinha direito a obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos a confirmação de serem ou não tratados dados que lhe dissessem respeito, bem como informação sobre as finalidades desse tratamento, as categorias de dados sobre que incidia e os destinatários ou categorias de destinatários a quem seriam comunicados os dados; a comunicação, sob forma inteligível, dos seus dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem desses dados; o conhecimen-

⁹ É também a natureza específica do consentimento que determina que “no caso de recolha de dados em redes abertas, o titular dos dados deva ser informado, salvo se disso já tiver conhecimento, de que os seus dados pessoais podem circular na rede sem condições de segurança, correndo o risco de serem vistos e utilizados por terceiros não autorizados” – cf. artigo 10.º/4 Lei n.º67/98.



to da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito. Tratava-se de garantias consagradas no artigo 11.º Lei n.º67/98, às quais presidia, em parte, a mesma intencionalidade que colorava o consentimento em geral, mas apenas no que respeita aos dados recolhidos e tratados com base no consentimento do titular.

Nos termos do artigo 11.º/6 Lei n.º67/98, “no caso de os dados não serem utilizados para tomar medidas ou decisões em relação a pessoas determinadas, a lei pod[ia] restringir o direito de acesso nos casos em que manifestamente não exist[ia] qualquer perigo de violação dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados, designadamente do direito à vida privada, e os referidos dados fo[ssem] exclusivamente utilizados para fins de investigação científica ou conservados sob forma de dados pessoais durante um período que não exceda o necessário à finalidade exclusiva de elaborar estatísticas”¹⁰.

Este direito de acesso era tido como fundamental para que o titular dos dados pudesse confirmar ou infirmar o cumprimento das finalidades e ainda para exercer o direito à retificação, ao apagamento ou ao bloqueio dos dados cujo tratamento não cumprisse o disposto na lei, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados, conforme explicitava o artigo 11.º/1 d) lei n.º68/98. Além disso, dispunha o artigo 5.º/1 d) Lei n.º67/98 que o titular dos dados tinha direito à sua atualização e à retificação dos dados inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que haviam sido recolhidos ou para que fossem tratados posteriormente.

¹⁰ Isto mostra, claramente, que, para além do direito à identidade que é por esta via tutelado, se pretende com a regulamentação encontrar mecanismos de salvaguarda da vida privada.

Queria isto dizer que, mesmo depois de colhidos os dados, durante o período de tratamento, o titular dos mesmos continuava a poder controlá-los de algum modo.

Nos termos do artigo 12.º Lei n.º67/98, aquele titular tinha ainda direito de, salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6.º, se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe dissessem respeito fossem objeto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados. Tinha ainda a possibilidade de se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento dos dados pessoais que lhe dissessem respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de *marketing* direto ou qualquer outra forma de prospeção, ou de ser informado, antes de os dados pessoais terem sido comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de *marketing* direto ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações. Tratava-se da consagração do que vinha sendo conhecido na doutrina por direito de oposição do titular dos dados pessoais¹¹.

Obtido o consentimento, o responsável pelo tratamento dos dados devia notificar a Comissão Nacional de Proteção de Dados

¹¹ Sobre os direitos inerentes à proteção de dados, cf. ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 658 e s., falando de direito de informação, cujo conteúdo difere consoante os dados tenham sido recolhidos direta ou indiretamente e se consubstancia no "direito a ser informado de forma que se consubstancie um tratamento leal"; de direito de acesso, enquanto "direito a acompanhar as vicissitudes dos tratamentos"; direito de oposição, enquanto "limitação às consequências não consentidas expressamente na recolha de dados pessoais". Sobre o ponto, para uma análise mais desenvolvida, em diálogo com o autor, MAFALDA



(CNPD) do tratamento de dados a que ia proceder. Em determinadas situações, exigia-se, contudo, mais do que a notificação, ficando a atuação do responsável dependente da autorização prévia da CNPD¹². Era o que acontecia, entre outros casos, quando se lidava com os chamados dados sensíveis. Relativamente a estes, não se partia da possibilidade de tratamento uma vez obtido o consentimento do seu titular, mas da proibição de tratamento, como regra. Nos termos do artigo 7.º/1 Lei n.º67/98, era proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos¹³. Haveria, contudo, possibilidade de tratamento de tais dados quando uma disposição legal o admitisse, quando houvesse autorização da CNPD, se por motivos de interesse público importante esse tratamento fosse in-

.....
MIRANDA BARBOSA, "Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civil", *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º12, 2017, 75-132 (= "Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civil", *AB Instantia*, ano V, n.º7, 2017, 13-47).

¹² Artigo 27.º e s. Lei n.º67/98.

¹³ Sobre a identificação de dados sensíveis, cf. ALEXANDRE DE SOUSA PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 723. Explica o autor que a conjugação entre o artigo 35.º CRP e o artigo 7.º Lei n.º67/98 "não apresenta uma tipificação de toda a informação desta natureza", permitindo-se a ampliação dos dados sensíveis através da "cláusula aberta da vida privada". O autor dá o exemplo do fumo do cigarro que tem sido entendido pela CNPD como um dado sensível, por ser "um hábito da vida passível de comportamentos discriminatórios".

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

dispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o seu titular desse expressamente o seu consentimento para o referido tratamento. Devia, em qualquer dos casos, haver garantias de não discriminação e ficar salvaguardado o cumprimento de especiais medidas de segurança constantes no artigo 15.º Lei n.º67/98.

O tratamento de dados sensíveis seria, assim, possível, nos termos do n.º3 do artigo 7.º Lei n.º67/98, se fosse necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estivesse física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; se fosse efetuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas atividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares; se dissesse respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se pudesse legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos; ou se fosse necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e fosse efetuado exclusivamente com essa finalidade.

Situações havia, por fim, em que era possível a recolha e tratamento de dados sem ser necessário o consentimento do titular do direito. Tal ocorria, nos termos do artigo 6.º Lei n.º67/98, quando estivesse em causa a execução de contrato ou contratos em que o titular dos dados fosse parte ou de diligências prévias à formação do contrato ou à declaração da vontade negocial efetuadas a seu



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

2.2. O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e a Lei n.º58/2019, de 8 de agosto

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, não altera a intencionalidade da disciplina legal em vigor até então, mas reforça alguns dos direitos dos titulares dos dados e torna mais rigorosos alguns procedimentos. Além disso, parece modificar a relação de forças entre a recolha e tratamento de dados consentidos pelo titular e as outras finalidades de tratamento. Na verdade, enquanto ao nível da lei n.º67/98 a regra era a do tratamento de dados com base no consentimento do titular dos mesmos, embora houvesse a previsão de situações em que

dele se podia prescindir; nos termos do Regulamento (EU) 2016/679, nas condições de licitude do tratamento de dados o consentimento do titular surge na mesma posição que os restantes fundamentos.

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

Desde logo, é o conceito de dados pessoais que parece sofrer uma ampliação. Se, nos termos da al. a) do artigo 3.º da Lei n.º67/98, eram definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social, o artigo 4.º/1 RGPD vem estabelecer como dado pessoal qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. Não obstante a diversa formulação, cremos que a ampliação da noção não é senão aparente. De facto, a falta de referência aos dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como aos elementos da identidade genética não condenava à sua exclusão do âmbito de relevância da lei n.º67/98. Aliás, o TJUE, no acórdão de 19 de Outubro de 2016 (Proc. C-582/14), em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu



e do Conselho, que a Lei n.º67/98 vem transpor para o ordenamento jurídico interno (devendo, por isso, ser interpretada de acordo com o direito comunitário), considera que o endereço de protocolo internet dinâmico (IP) é um dado pessoal. De outro modo não poderia, aliás, deixar de ser, atenta a intencionalidade predicativa da disciplina, vertida não só na noção de dado pessoal, como nos princípios norteadores do tratamento de dados.

Estes estão, agora, especificados no artigo 5.º Regulamento. De certo modo, reproduzem o que já estava anteriormente consagrado. O tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma lícita, *transparente* e de acordo com o *princípio da boa-fé*. Acrescenta-se, relativamente ao artigo 5.º/1 a) Lei n.º67/98, a *transparência*, sem que, contudo, isso signifique que ela estivesse ausente do regime legal. Além disso, os *dados apenas podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades*. Quer isto dizer que o artigo 5.º/1 b) Regulamento reproduz o conteúdo do artigo 5.º/1 b) Lei n.º67/98, esclarecendo, contudo, que o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos não é considerado incompatível com as finalidades iniciais. Consagra-se, igualmente, o *princípio da minimização de dados*, isto é, estes devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, em absoluta correspondência com o artigo 5.º/1 c) Lei n.º67/98; o *princípio da exatidão* (os dados pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados

sem demora), em sintonia com o artigo 5.º/1 d) Lei n.º67/98; o *princípio da limitação da conservação* (os dados pessoais devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados), que reproduz sensivelmente a solução consagrada no artigo 5.º/1 e) Lei n.º67/98, embora se esclareça, agora, que os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos; e o *princípio da integridade e confidencialidade*. Quanto a este último, ausente do elenco de condições a que devem obedecer os dados pessoais de acordo com a Lei n.º67/98, significa que os referidos dados devem ser tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas. Não obstante a referida omissão, importa considerar que ele já se extrairia de uma análise sistemática do regime legal em vigor em Portugal.

Tal como sob a vigência da Lei n.º67/98, de acordo com o RGPD, o tratamento de dados pessoais só é *lícito se existir consentimento do seu titular ou, em alternativa, se se verificar uma das seguintes situações*: se o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; se o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; se o tratamento for necessário ao



exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; se o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

Apesar da similitude de formulações, há algumas diferenças a assinalar. Assim, e mesmo sem nos referirmos a condições de licitude não especificadas na Lei n.º67/98 e consagradas no Regulamento, deixa de se partir do princípio do consentimento para colocar em pé de igualdade as situações em que o tratamento de dados é feito com base nele ou com base nas outras circunstâncias ali especificadas. Há, também, a relevar as alterações ao nível do próprio consentimento, que passa a ter de obedecer, pelo menos aparentemente, a condições mais estritas de obtenção. Este consentimento é, como veremos, livremente revogável a todo o tempo, o que se vem a consubstanciar num direito ao esquecimento.

Nos termos do artigo 17.º Regulamento, o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando os dados pessoais deixem de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; quando o titular retire o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º/1 a) ou do artigo 9.º/2 a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; quando o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21.º/1, e não existam interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento,

ou o titular se oponha ao tratamento nos termos do artigo 21.º/2; quando os dados pessoais foram tratados ilicitamente; quando os dados pessoais tiverem de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; quando os dados pessoais tiverem sido recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º/1. Este *direito ao esquecimento apresenta determinados limites*. Designadamente, ele não poderá ser exercido quando o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação; ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; quando haja motivos de interesse público no domínio da saúde pública; quando estejam envolvidos motivos de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos, e o direito ao esquecimento tornasse impossível ou prejudicasse gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou quando esteja em causa o exercício de um direito num processo judicial.

Para além do direito ao esquecimento, o titular dos dados tem também direito, nos termos do artigo 16.º, a obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito ou que sejam completados os dados incompletos sejam completados; nos termos do artigo 18.º, a obter do responsável pelo tratamento a limitação do tratamento, se se aplicar uma hipóteses previstas no preceito (*direito de limitação*); nos termos do artigo 20.º, de receber os dados pessoais



que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, desde que o tratamento se baseie no consentimento ou num contrato e desde que o tratamento seja realizado por meios automatizados (*direito de portabilidade*); nos termos do artigo 21.º, de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais feito de acordo com o artigo 6.º/1/ e) ou f), ou no artigo 6.º/4. Neste caso, o responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados.

O RGPD vem, igualmente, reforçar alguns dos deveres que recaem sobre os responsáveis (*controllers*) pelo tratamento dos dados, incrementando a segurança na matéria. Estes deveres são extensíveis, nos termos do regulamento, aos subcontratantes (*processors*) e aplicam-se mesmo que estes sujeitos estejam sediados fora da União Europeia. Fundamental é que os dados incidam sobre titulares europeus.

O reforço da segurança passa, a este nível, *inter alia*, pela aplicação, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, de medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, a garantir a eficácia dos princípios da proteção de dados, nos termos do artigo 25.º/1 Regulamento. De acordo com o n.º2 do mesmo artigo 25.º “o responsável pelo tratamento aplica, ainda, as medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais

que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares". Outras medidas técnicas e organizativas estão previstas no artigo 32.º RGPD.

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

3. O consentimento

Do que ficou dito até ao momento, podemos concluir que o consentimento assume uma importância vital ao nível da proteção de dados pessoais. Ainda que ele surja, agora, em pé de igualdade com outros fundamentos de licitude do tratamento desses dados, o certo é que perdura na economia da disciplina normativa como um elemento central de legitimação da atuação de terceiros. Além disso, cumpre uma importante missão ao assegurar, ao longo de todo o período de tratamento de dados, o controlo dos mesmos por parte do seu titular.

Importa, por isso, atentar na natureza e nas características do consentimento. Mas antes, importa olhar para o consentimento em geral, tecendo sobre ele algumas considerações.



3.1. O consentimento em geral

O consentimento do titular de um direito traduz-se na autorização que o mesmo dá para que haja interferência o seu direito. Na ausência desta autorização, o ato seria ilícito. Assim, pelo contrário, dá-se por totalmente justificado. Não se estranha, por isso, que o consentimento seja apresentado em termos doutrinários como uma causa de exclusão da ilicitude ou uma causa de justificação.

Mas, em rigor, o consentimento leva-nos, consoante a sua modalidade, mais longe, pois, se em algumas situações o que está em causa é uma mera tolerância do titular do direito, a afastar a ilicitude do comportamento de um terceiros, noutras situações parece que, com ele, se confere, efetivamente, um poder jurídico ou um poder fáctico de agressão. Na verdade, os autores costumam distinguir três tipos de consentimento: i) consentimento vinculante; ii) consentimento autorizante; iii) consentimento tolerante¹⁴. O primeiro implica a atribuição de um poder jurídico de agressão; o segundo envolve um poder fáctico de agressão; já o terceiro pode ser encarado como uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude do ato¹⁵. A tripartição é relevante, devendo estar presente

¹⁴ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81, Centelho, Coimbra, 1981, 91 s.

¹⁵ Sobre o ponto, cf. BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Publ. Universidade Católica, Porto, 2007, 183, sustentando que o consentimento do lesado apresenta uma configuração que o diferencia das outras causas de exclusão da ilicitude: “quando limitado pela ordem jurídica (ex. proibição da eutanásia) e pelos bons costumes (*piercing*) revela uma vontade dispositiva ao legitimar o facto lesivo, quer sob a forma autorizante (artigo 81.º/2), quer sob a forma tolerante (artigo 340.º/1)”. O autor distingue este problema daqueloutro atinente à culpa do lesado, porque “no

na tentativa de compreensão dos contornos da problemática em sede de proteção de dados.

O consentimento não pode ser genérico, devendo ser prestado para cada ato em especial. Por outro lado, o lesado tem de ter consciência do alcance do ato para o qual está a consentir, razão pela qual, tratando-se de uma questão que envolva conhecimentos técnicos ou outros, deve ser cumprido em relação a ele um dever de informação/esclarecimento. Fala-se, assim, por referência a certos domínios, como no caso da responsabilidade médica, de consentimento informado. Assim também será, como veremos, ao nível da proteção de dados.

O consentimento não pode, por outro lado, violar os bons costumes ou ser contrário a uma proibição legal, conforme dispõe o

.....
 consentimento existe uma atitude declarativa expressa ou tácita" e nas hipóteses concursivas "o lesado tem uma conduta material que concorre para o dano ou o agrava", donde, no primeiro caso, há exclusão da responsabilidade (por falta de um dos pressupostos dela) e, no segundo, uma redução da indemnização. Para Brandão Proença, também a assunção do risco se distingue do consentimento presumido: "excetando o caso do boxe, onde há a atribuição de um poder de lesão, relativamente aos danos típicos sofridos em desportos que impliquem contacto físico (futebol, corridas, etc), mais do que ver aí um consentimento tácito ou uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidentes, é mais rigoroso falar-se de uma assunção não culposa dos riscos de danos, desde que o lesante não tenha tido uma conduta dolosa". Mais acrescenta o autor que "a irregularidade do consentimento" (prestado, por exemplo, para a participação num jogo ilícito), "não afastando a culpa do lesado, nem a ilicitude do ato lesivo, submete a hipótese ao âmbito de aplicação do artigo 570.º CC" – cf. p. 184.

Cf., a este propósito, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017, considerando que as causas de justificação operam a diferentes níveis: 1) excluem o nexo de ilicitude que em concreto se deve erigir, pela transferência do risco para uma esfera diversa da do agente imediato; 2) coenvolvem uma tolerância do ordenamento jurídico; 3) conferem uma verdadeira autorização do ordenamento para agir.



artigo 340.º/2 CC. No que tange aos direitos de personalidade, de acordo com o artigo 81.º CC, ele não pode igualmente violar a ordem pública.

Além disso, pode presumir-se, nos termos do artigo 340.º/3 CC, que dispõe que se tem por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível. Mesmo quando não seja presumido, o consentimento pode ser, salvo expressa previsão em contrário, tácito. Importa, contudo, lembrar que o consentimento tácito não se confunde com as situações de autocolocação em risco ou de heterocolocação em risco consentida. Na verdade, embora nestas duas hipóteses se possa vir a excluir (ou a reduzir) a indemnização em função da falta de imputação objetiva, quando se coteja a esfera de risco do lesante com a esfera de risco do lesado, o certo é que o ato não deixa de ser ilícito por si, o que quer dizer que, havendo consentimento, não se colocará o problema de uma eventual redução da indemnização ao contrário do que ali pode suceder. Originariamente, a transposição das figuras da autocolocação e da heterocolocação em risco para o quadro da responsabilidade civil operou-se por via da recondução das figuras para o consentimento do lesado, numa orientação jurisprudencial que haveria de receber o repúdio posterior de autores como Larenz¹⁶. Tal ambivalência doutrinal, associa-

¹⁶ Cf. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, 467 s. Dando conta disso mesmo, v. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 641. Cf., também, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 375. A este propósito, veja-se, ainda, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 491 s.

da a uma nem sempre clara eficácia das figuras¹⁷, arrasta, ainda, consigo a questão de saber se a operacionalidade delas se derrama em sede de culpa ou de ilicitude¹⁸. Estamos em crer que é por via da imputação que deve ser pensado o problema: não é a culpa que surge diminuída por intermédio da atuação do lesado; não é a ilicitude, polarizada no resultado, que se apaga; mas o nexos de imputação ou nexos de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo – em que se consubstancia o juízo de desconformidade com o ordenamento jurídico – ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a atuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade – sem a qual a autonomia não vai pensada – que é exercitada, sendo mister descobrir, no confronto entre as duas, qual funciona como polo de atração do evento danoso sobrevindo. Para tanto, entram em jogo os deveres conformadores da liberdade positivamente alicerçada – os deveres do tráfego – para, na análise deles em face das circunstâncias do caso concreto, percebermos qual o seu âmbito e finalidade. Ou seja, quando pudermos reconhecer na conduta do lesado um comportamento livre, há que, em simultâneo, determinar se os deveres do tráfego que preenchem a esfera de responsabili-

¹⁷ Debate-se, na verdade, sob formulações não coincidentes, se a invocação delas determina a exclusão da responsabilidade do lesante ou dá origem à redução da indemnização, de acordo com a contribuição daquele e do lesado. Veja-se, ainda, a questão da analogia entre o consentimento e a autocolocação em risco pela participação em atividades perigosas e a posição aduzida pelo *Bundesgerichtshof* quanto ao ponto. Veja-se JÖRG FEDTKE E ULRICH MAGNUS, “Contributory negligence under German Law”, *Unification of Tort Law: contributory negligence, Principles of European Tort Law*, vol. 8, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, Londo, New York, 2004, 83.

¹⁸ Cf., uma vez mais, Hermann LANGE/GOTTFRIED SCHIEMNANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 643.



dade do lesante se estendem à obliteração da lesão verificada e, concomitantemente, se os deveres que sobre o lesado impendem para proteção da sua própria esfera foram ou não postergados¹⁹⁻²⁰.

Como veremos, o consentimento ao nível da proteção de dados apresenta peculiaridades que afastam algumas das considera-

¹⁹ A alteração de perspectiva a que se alude em texto não é privada de significado prático-normativo. Na verdade, afastar a operacionalidade do consentimento do lesado – tradicionalmente visto como uma causa de exclusão da ilicitude e, como tal, uma exceção apta a afastar *in totu* o direito à indemnização – para se falar de *schuldhafte Selbstgefährdung* permite a transição de uma solução de tudo ou nada para uma repartição da indemnização entre lesante e lesado. Firme-se uma ideia: a perspetivação do problema à luz da noção de nexo de imputação ou nexos de ilicitude não contende com nenhuma das consequências a que se alude. Na verdade, é possível verificar-se a entrada em cena de uma esfera de responsabilidade do lesado, sem que isso consuma a eficácia irradiada a partir da esfera de risco/responsabilidade assumida pelo lesante. Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipeia, 2013.

²⁰ A propósito do consentimento do ofendido, cf. Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 648 s. Note-se, a este ensejo, que os autores integram a análise da problemática no quadro da tematização do *Handeln auf eigene Gefahr*. E sublinhe-se a lição que ali se colhe a propósito da participação em eventos desportivos. Assim, dizem-nos que é necessário estabelecer uma diferenciação: quem participa num combate de boxe está a aprovar o comportamento do autor das lesões, mesmo que estas ocorram. Mas, na maioria dos desportos, a expectativa é que não haja lesões graves. Explicitam, aliás, que “mesmo quem integra uma corrida de motos num terreno difícil não consente em todos os ferimentos, mas apenas nos da dimensão do perigo”. O problema abordado pelos autores – e de que aqui só damos breve sinal – comporta dimensões assaz interessantes e repercute-se com acutilância em termos prático-normativos. Na verdade, cf. pág. 649: será que a observância das regras desportivas, por si só, isenta o agente da responsabilidade? O problema é tanto mais interessante quanto passa pela noção exata do alcance do ilícito nestes casos concretos. Resultará ele, unicamente, da preterição das regras desportivas? Como ensinam Lange e Schiemann, seria estranho que, perante uma ameaça de lesão de acordo com as regras do jogo, pudesse ser admitida

ções expendidas até ao momento. Poderá, no entanto, ser interessante questionar em que medida, tendo em conta que, subjacente ao direito à proteção de dados pessoais estão outros direitos, não pode falar-se, em relação a estes, de uma autocolocação em risco ou de uma heterocolocação em risco consentida²¹.

3.2. O consentimento ao nível da proteção de dados

3.2.1. O papel do consentimento

O consentimento assume, conforme resulta do exposto anteriormente, um papel fundamental na economia da proteção de dados pessoais, surgindo como *fundamento de legitimação* (e, conseqüentemente, de licitude) do tratamento de dados que seja feito. Pode, ainda, surgir como *fundamento específico de licitude*

.....
a legítima defesa ou a pretensão de uma omissão preventiva. Isto mostra, ademais, que os desportistas só se podem defender através das regras do jogo, estando, portanto, a dispor sobre o seu próprio corpo. Fundamental é que o perigo do jogo se reflita na lesão sofrida. De todo o modo, continua problemática a via de exclusão da indemnização: culpa ou ilicitude entram uma vez mais em diálogo.

Vide, também, Adelaide Menezes LEITÃO, Normas de protecção e danos puramente patrimoniais, Almedina, Coimbra, 2009, 664, distinguindo-o da atuação a risco próprio (*Handeln auf eigene Gefahr*), porque entende que no último caso não há consentimento na lesão, mas só na colocação em perigo. Cf., no mesmo sentido, Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 641; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 375; LARENZ, *Lehrbuch*, I, 467 s.

²¹ Cf., a propósito da relação entre a proteção de dados pessoais e os direitos que lhe subjazem, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civil".



quando estejam em causa dados sensíveis (dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, dados genéticos, dados biométricos que identifiquem uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde, dados relativos à vida sexual ou orientação sexual)²². Nesta hipótese, o consentimento deve revestir características especiais.

O facto de se afirmar que o consentimento é uma das causas de legitimação para o tratamento de dados não significa que seja a única causa. Sequer significa, como já explicitámos, que seja a principal causa de legitimação do tratamento de dados. Pelo contrário, o artigo 6.º RGPD prevê outros fundamentos de licitude; e o artigo 9.º/2 RGPD admite o tratamento de dados sensíveis para além das hipóteses de consentimento.

Consoante esclarece o grupo de trabalho do artigo 29.º, embora por referência ao anterior quadro normativo, não só existem diversos fundamentos de legitimação do tratamento de dados, como *a mesma situação de base pode convocar mais do que um fundamento de licitude*. A consciência deste pormenor é extremamente importante: na verdade, se cada fundamento se orienta por uma finalidade concreta, a mobilização de um desses fundamentos não legitima o responsável a tratar os dados para lá dessa finalidade. Nessa medida, pode ser necessário convocar, no que respeita ao tratamento suplementar, o consentimento. Assim, por exemplo, se o tratamento de dados for necessário para a execução de um contrato na qual a pessoa em causa é parte, ele é autorizado pelo artigo 6.º/1 b) RGPD. Ao invocar-se

²² Sobre o ponto, cf. Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, adotado em 13 de julho de 2011.

este fundamento não se pode ir além do que é necessário, de acordo com a finalidade que preside ao fundamento, o que significa que, se o contraente pretender tratar os dados para outros fins, deverá obter o devido consentimento específico²³. Ou seja, para a mesma situação de facto, confluem diversos fundamentos de legitimação do tratamento. Baseando-nos num exemplo oferecido pelo mesmo grupo de trabalho, mas adaptando-o ao novo quadro regulativo, podemos dizer que, se A compra ao *stand X* um automóvel, este procede ao tratamento de dados necessários para celebrar o contrato, legitimado de acordo com o artigo 6.º/1 b) RGPD; procede ao tratamento de dados necessário para solicitar os documentos do veículo, legitimado de acordo com o artigo 6.º/1 c) RGPD; procede ao tratamento de dados associados aos serviços de gestão de clientes, legitimado de acordo com o artigo 6.º/1 f) RGPD, e necessitando para transferir dados a um terceiro para as suas atividades de marketing do consentimento do titular dos dados, de acordo com o artigo 6.º/1 a) RGPD.

Em contrapartida, *em determinadas situações, o consentimento não será necessário*. Basta para tanto que se verifique um outro fundamento de legitimação. Se em causa estão dados necessários para a execução de um contrato (ou mesmo para a sua celebração), então pode prescindir-se do consentimento. A prática generalizada por parte de certos comerciantes no sentido de, por força da entrada em vigor do RGPD, exigirem reiteradamente a prestação do consentimento pelos seus clientes não se justifica, exceto se em causa não estiver apenas a celebração e execução do

²³ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, adotado em 13 de julho de 2011, 9 s. Explica-se, aí, que, na prática, se poderá ter de obter o consentimento como uma condição adicional para uma certa do tratamento.



contrato. Repare-se que, apesar de o artigo 6.º/1 b) RGPD falar em execução do contrato, devemos entender o preceito no sentido de abranger igualmente a sua celebração, dado que a execução de que se cura a pressupõe necessariamente. De outro modo, aliás, não se compreenderia a referência contida na mesma norma às diligências pré-contratuais.

Por outro lado, a possível confluência de mais do que um fundamento de legitimação do tratamento de dados pode conduzir a soluções diferenciadas. Vejamos: o RGPD determina que os dados só podem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados. Imagine-se que, num determinado hotel, são solicitados determinados dados de identificação do cliente no momento da reserva e, posteriormente, no momento do *check-in*. O fundamento para o tratamento deles ou de alguns deles não deve ser o consentimento, na medida em que os dados em questão são essenciais para a celebração e execução do contrato. Já em relação a outras finalidades poder-se-á exigir o consentimento. Pergunta-se, porém, em relação a todos, se os mesmos não deveriam ser eliminados depois de terminada a estadia do cliente. A resposta não pode ser senão negativa. Na verdade, parece que os responsáveis pelo hotel – e responsáveis pelo tratamento de dados – podem tratar os dados, armazenando-os, com fundamento na sua necessidade para efeito de interesses legítimos por si prosseguidos. Basta, para tanto, que se invoque a necessidade comercial de gestão de clientes. Mas, não estando em causa o consentimento, não será possível usar esses dados para efeitos de campanhas promocionais do hotel, nem tão-pouco se poderá defender que se podem manter os dados indefinidamente.

Em suma, o consentimento não é o único fundamento de licitude do tratamento de dados, embora seja uma das causas de legitimação desse tratamento. Para a mesma situação de base, podem confluir vários fundamentos, sendo necessário determinar, em concreto, qual está em causa para, analisando-o à luz das finalidades que lhe subjazem, se aferir da efetiva licitude dele.

Importa, contudo, sublinhar um aspeto importantíssimo. Nos termos do artigo 13.º/1 c) e do artigo 14.º/1 c), o responsável pelo tratamento de dados deve informar o titular dos dados acerca do fundamento desse tratamento, antes de ele iniciar e relativamente a uma finalidade específica. Ora, consoante esclarece o grupo de trabalho do artigo 29.º “o responsável pelo tratamento, se optar por invocar o consentimento para qualquer parte do tratamento, deve estar preparado para respeitar essa opção e parar essa parte do tratamento se um indivíduo retirar o consentimento (...). não pode passar do consentimento para outros fundamentos legais. Por exemplo, não lhe é permitido utilizar retroativamente o fundamento do interesse legítimo para justificar o tratamento, se forem detetados problemas com a validade do consentimento”²⁴.

3.2.2. O quando e o como do consentimento. O problema das modalidades e da forma do consentimento

Se o consentimento surge como fundamento da legitimação do tratamento de dados, então ele tem de situar-se antes do início

²⁴ Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 26.



desse tratamento. Ora, se o *quando* do consentimento não levanta dúvidas, no que respeita ao *como*, às suas modalidades e à forma que deve revestir, maiores dificuldades emergem.

No quadro da anterior disciplina, entendia-se que consentimento devia ser *dado de forma inequívoca*. Isto não significava, porém, que ele não pudesse ser *tácito*.

Nos termos do artigo 217.º CC, as declarações de vontade podem ser expressas ou tácitas, salvo determinação legal em contrário. Ora, sendo certo que não estaremos necessariamente diante de declarações negociais, o artigo 295.º CC manda aplicar aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos as disposições próprias destes, desde que a analogia das situações o justifique. O carácter inequívoco do consentimento não era posto em causa pela natureza concludente do comportamento que o consubstanciasse, tanto mais que o citado artigo 217.º CC define a declaração tácita como aquela que “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”²⁵.

O grupo de trabalho do artigo 29.º vinha admitir expressamente qualquer forma para o consentimento, embora se afastassem as omissões. Falava-se, entre outras, da assinatura de um formulário, de declarações orais, de um comportamento concludente, do envio de um pedido de informações, na medida em que o consentimento fosse necessário para lhe dar resposta²⁵. O carácter expresso do consentimento só era exigível quando se lidasse com categorias especiais de dados, considerados sensíveis.

²⁵ Pensemos, por exemplo, numa hipótese de gravação de uma chamada telefónica, sendo o utente do serviço alertado de que, se não der o seu consentimento, deverá contactar o prestador de serviço pelos meios de comunicação alternativos. A prossecução da chamada, nestes casos, deve ser entendida como expressão tácita do consentimento do titular dos dados pessoais.

Nos termos do artigo 7.º RGPD, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Ademais, se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, *o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples.* Onde a Lei

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

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

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

²⁶ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 13-14.

Atente-se, ainda, nos exemplos oferecidos nas páginas 24 e seguintes:

- Um hotel solicitava aos seus clientes que colocassem a sua morada postal num formulário em papel no caso de desejarem receber informações promocionais por correio; a colocação da morada no formulário poderia funcionar como consentimento;



n.º67/98 falava de consentimento inequívoco, colocando-se o problema de saber se ele poderia ser tácito e chegando-se à conclusão que o carácter não expresso da declaração, nos termos do artigo 217.º CC, não contrariava a inequívocidade dele, diz-se agora que o *responsável deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento*. Ora, trata-se de uma questão probatória, que não pode ser confundida com a modalidade da declaração em causa. Em rigor, mesmo que se exigisse que o consentimento fosse prestado segundo uma determinada forma – algo que o regulamento não dispõe –, nos termos do artigo 217.º/2 CC, tal carácter formal não impediria que ela fosse emitida tacitamente, desde que a forma tivesse sido observada quanto aos factos de que a declaração se possa deduzir.

Haverá, contudo, de ter em conta o artigo 4.º/11 Regulamento. Neste define-se o consentimento como “uma manifestação de vontade, *livre, específica, informada e explícita*, pela qual o titular dos dados aceita, *mediante declaração ou ato positivo inequívoco*, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tra-

- À saída de um hotel, um funcionário pergunta se o cliente está interessado em fornecer a morada para envio de informação promocional; se o cliente fornecer a morada está a prestar o seu consentimento;
- Num formulário web de reserva de quartos num hotel, existe uma caixa de diálogo visível para as pessoas seleccionarem se pretendem aderir a um programa de fidelização; a seleção da caixa deve ser vista como uma forma de consentimento expresso.
- Um fornecedor de jogos *on-line* exige aos jogadores que indiquem a sua idade, nome e morada para efeitos de participação num jogo; surge um aviso que indica que, ao utilizar o sítio web, e ao fornecer informações os utilizadores consentem no tratamento dos seus dados para efeitos de envio de informação comercial, tanto pelo fornecedor, como por terceiros; não há consentimento, por não existir uma manifestação inequívoca.

tamento"²⁷. Ora, embora haja alusão à natureza explícita da manifestação da vontade, o regulamento afirma que esta tem lugar mediante declaração ou ato positivo inequívoco. A dualidade a que assim somos conduzidos parece depor no sentido da admissibilidade de um comportamento concludente, desde que inequívoco e explícito. Simplesmente, se é de admitir, à luz do ordenamento jurídico português, e atenta a amplitude com que se compreendem os comportamentos declarativos, que haja consentimento tácito, desde que prestado de forma inequívoca, haverá, também, e não obstante, que ter em conta quer que o responsável por aquele deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais²⁸, quer o disposto a este propósito no *considerandum* 32 do RGPD. Pode ler-se aí que "o consentimento do titular dos dados deverá ser dado *mediante um ato positivo claro* que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio *web* na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas

²⁷ O artigo 3.º/h) Lei n.º67/98 não falava de manifestação explícita, limitando-se a definir o consentimento como "qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento".

²⁸ Releva a este ensejo a diferença entre as formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*.



ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido". *Exclui-se expressamente* – e em consonância com a regra ditada pelo artigo 218.º CC – *a relevância do silêncio como declaração de vontade, mas persistem dúvidas acerca do comportamento concludente como via de manifestação da vontade do sujeito*. Nada se estabelecendo a este respeito, valem, entre nós, numa interpretação sistemática dos preceitos do regulamento, as regras atinentes às declarações negociais, aplicáveis a esta questão ou diretamente ou por força do artigo 295.º CC²⁹. Parece, contudo, que, atentas as exigências probatórias e a necessidade de interpretar o corpo do regulamento à luz dos seus *considerandi*, há quem defenda a exigência de uma declaração expressa, que não equivale, contudo, a uma declaração escrita. Atentemos, porém, nas orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, nas quais se pode ler que "um «ato positivo inequívoco» significa que o titular dos dados deve agir deliberadamente para consentir o tratamento em causa". Assim, "a utilização de opções pré-assinaladas que o titular dos dados é obrigado a modificar para recusar o tratamento («consentimento baseado no silêncio») não constitui por si só um consentimento

²⁹ Sobre o ponto, cf., ainda, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

inequívoco"³⁰. Mas considera-se que, "no âmbito dos requisitos do RGPD, os responsáveis pelo tratamento têm liberdade para desenvolver um fluxo de consentimento que se adequa às respetivas organizações. A este respeito, as ações físicas podem ser consideradas um ato positivo inequívoco em conformidade com o RGPD".

Dois importantes exemplos são fornecidos pelo grupo de trabalho: "deslizar o dedo por uma barra no ecrã, assentir com a cabeça em frente a uma câmara inteligente, rodar o telemóvel no sentido dos ponteiros do relógio ou movimentá-lo de forma a desenhar no ar o número oito podem ser opções para indicar concordância, desde que sejam fornecidas informações claras e desde que seja evidente que o movimento em causa significa concordância com um pedido específico"; "fazer descer a página com o cursor ou com o dedo num sítio web não satisfaz o requisito de um ato positivo e inequívoco. Isto porque o aviso de que continuar a percorrer a página constitui consentimento pode ser difícil de distinguir e/ou pode não ser visto quando o titular dos dados estiver a percorrer rapidamente a página através de grandes quantidades de texto, uma vez que essa ação não é suficientemente inequívoca"³¹. A distinção entre ambos parece residir não na dicotomia entre declarações expressas e tácitas³², mas entre comportamentos positivos e inequívocos e omissões silentes. É, portanto, a essa luz que nos devemos orientar.

³⁰ Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 18

³¹ Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 19.

³² Pense-se no exemplo de A que, perante a solicitação para que forneça a sua morada se quiser que os seus dados sejam tratados para efeitos de marketing direto, dá essa informação, sem mais nada dizer. Não estamos diante de uma declaração expressa e, não obstante, parece ser suficiente para efeitos de validade do consentimento



No caso dos dados sensíveis – categorias especiais de dados previstos no artigo 9.º RGPD – exige-se o consentimento explícito. De acordo com o grupo de trabalho do artigo 29.º, “em termos jurídicos, entende-se que «consentimento explícito» tem o mesmo significado que «consentimento expresso». Abrange todas as situações em que as pessoas são confrontadas com a oportunidade de dar ou não o seu acordo para um uso especial ou divulgação da informação pessoal que lhes diz respeito e respondem ativamente a essa questão, verbalmente ou por escrito. Normalmente, o consentimento explícito ou expresso é dado por escrito, com a aposição de uma assinatura manuscrita. Por exemplo, é dado consentimento explícito quando a pessoa em causa assina uma autorização que estabelece claramente porque é que o responsável pelo tratamento pretende recolher e tratar os dados”³³.

³³ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 29-30. Cf. Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 20 s.: a referida declaração escrita não é a única maneira de obter consentimento explícito e não se pode dizer que o RGPD recomenda declarações escritas e assinadas em todas as circunstâncias que exigem um consentimento explícito válido. Por exemplo, num contexto digital ou em linha, o titular de dados pode emitir a declaração necessária preenchendo um formulário eletrónico, enviando uma mensagem de correio eletrónico, carregando um documento digitalizado com a assinatura do titular dos dados ou utilizando uma assinatura eletrónica. Em teoria, a utilização de declarações orais também pode ser suficiente para obter um consentimento explícito válido. Contudo, pode ser difícil para o responsável pelo tratamento provar que todas as condições aplicáveis ao consentimento explícito válido foram satisfeitas quando a declaração foi gravada. Uma organização também pode obter consentimento explícito através de uma conversa telefónica, desde que as informações acerca da escolha sejam leais, inteligíveis e claras, e desde que a organização solicite uma confirmação específica ao titular dos dados (p. ex. pressionar uma tecla ou fornecer confirmação oral)”.

3.2.3. O consentimento livre e esclarecido

O consentimento tem de ser prestado *livremente*³⁴.

Para o ser, tem de ser *esclarecido*. Daí que o titular dos dados tenha direito à prestação de uma série de informações, por parte do responsável, que lhe permitem compreender a natureza e o alcance do ato, bem como lhe permitirão acompanhar o tratamento que deles seja feito. O direito à informação de que se cura tem um âmbito e uma intencionalidade mais vastos do que de mero instrumento de esclarecimento conducente à licitude do consentimento. Por um lado, ele continua a existir, quando o tratamento dos dados se baseie noutros fundamentos que não essa autorização do titular; por outro lado, ele revela-se essencial para que o titular dos dados pessoais possa acompanhar o tratamento que deles seja feito. Parece, aliás, ser esta a *ratio* do direito à informação a que se refere o artigo 15.º RGPD e que surge associado ao direito de acesso do titular dos dados. Tal direito de acesso é subsequente à recolha dos dados.

Por outro lado, a concretização do direito à informação, tal como acontecia no âmbito da lei n.º67/98, vai ser diverso consoante os dados tenham sido recolhidos diretamente junto do seu titular ou não. É esta a solução que decorre dos artigos 13.º e 14.º RGPD.

³⁴ Cf. o artigo 7.º/4 Regulamento, nos termos do qual “o avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato”. *Infra*, teceremos esclarecimentos importantes sobre este preceito.



Embora não confinado à necessidade de garantir a plena liberdade, o esclarecimento prévio ao consentimento para o tratamento de dados é condição imprescindível para que o mesmo possa ser considerado livre, e, como tal, válido. De outro modo, o titular dos dados não acederia à compreensão do âmbito e da dimensão do consentimento que estaria a prestar.

A informação a que se alude deve ser simples, clara, compreensível por um titular de dados pessoais mediante esclarecido³⁵. Deve, além disso, ser completa e ser prestada antes do consentimento ser dado, não bastando que esteja disponível num qualquer local³⁶. Sublinhe-se que, quando o consentimento é prestado através de um formulário elaborado de forma prévia, unilateral e rígida por uma das partes, se devem aplicar as regras contidas no DL n.º446/85, relativas aos contratos de adesão, donde os requisitos da comunicação e da informação contidos nos artigos 5.º e 6.º do citado diploma se devem aplicar.

Mas, a natureza livre do consentimento levanta outras questões relevantíssimas.

O *considerandum* 43 do RGPD dispõe que, «a fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa».

³⁵ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 22.

³⁶ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 22.

As autoridades públicas como a polícia não devem basear o tratamento de dados no consentimento, isto é, não podem ir além do que a lei lhes permite, invocando um qualquer consentimento³⁷. Isto explica-se pelo facto de, por força do estatuto de autoridade, não haver um absoluto domínio da vontade por parte do titular dos dados. Do mesmo, o grupo de trabalho do artigo 29.º esclarece que, por exemplo, tratando-se de *scanners* corporais em espaços públicos, como zonas de embarque de aeroportos, o consentimento não será inteiramente livre, por o cliente temer atrasos no embarque e a perda do voo, de tal modo que o fundamento para o tratamento de dados deve encontrar-se nas razões de segurança pública e não no consentimento. Poderá também não haver consentimento livre quando o titular dos dados se encontra

³⁷ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 19.

Veja-se, porém, os esclarecimentos contidos nas Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 7. Os exemplos aí oferecidos são paradigmáticos: “Um município local está a planear realizar obras de manutenção rodoviária. Uma vez que essas obras podem perturbar o trânsito durante muito tempo, o município oferece aos cidadãos a oportunidade de se registarem numa lista de correio eletrónico para receberem atualizações sobre a evolução das obras e os atrasos previstos. O município deixa bem claro que não existe obrigação de participar e solicita o consentimento para utilizar os endereços de correio eletrónico (exclusivamente) para este efeito. Os cidadãos que não derem o seu consentimento não deixarão de beneficiar de qualquer serviço essencial do município nem deixarão de exercer qualquer direito, pelo que poderão dar ou recusar livremente o seu consentimento para esta utilização dos seus dados. Todas as informações sobre as obras de manutenção rodoviária também estarão disponíveis no sítio web do município”; “Uma escola pública solicita aos estudantes consentimento para utilizar as suas fotografias numa revista estudantil impressa. O consentimento nestas situações seria uma verdadeira escolha desde que não fosse negado aos estudantes o ensino ou os serviços a que têm direito e estes pudessem recusar a utilização das referidas fotografias sem ficarem prejudicados”. Significa isto que as autoridades públicas não estão impedidas de legitimar o tratamento de dados no consentimento.



numa situação de dependência (por exemplo, numa relação laboral) ou quando possa temer a recusa de uma prestação essencial (v.g. uma prestação médica)³⁸. O dado pode ser particularmente interessante do ponto de vista do consumidor. Em determinados domínios, em que se lide com serviços públicos essenciais e em que o prestador do serviço atua em regime de monopólio, pode estar ausente a liberdade que se requer, se se constatar que, em face das circunstâncias concretas, o consumidor teme poder perder a prestação para si vital.

Exclui-se, assim, a liberdade do consentimento sempre que haja uma situação de dependência, coação ou necessidade³⁹. Algumas decisões de instâncias europeias são paradigmáticas desta ideia, ao considerarem que os sites que só viabilizam o acesso a titulares que concordem em aceitar os chamados *cookies* não estão em conformidade com o RGPD.

Ademais, no mesmo *considerandum* 43, podemos ler que «presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar o consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução».

³⁸ Parecer do grupo de trabalho do artigo 29.º 15/2011, 19.

³⁹ Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 28 de novembro de 2017 e revistas em 10 de abril de 2018. Considera-se, aí, que “o elemento «livre» implica uma verdadeira escolha e controlo para os titulares dos dados. Regra geral, o RGPD prevê que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, se sentir coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido”.

Imagine-se que a empresa A faz depender do consentimento dos seus clientes, em simultâneo, quer a possibilidade de receberem comunicações promocionais dos vários serviços que são lançados no mercado, quer a possibilidade de, no final do período de fidelização, serem contactados para a renegociação das condições contratuais. Estando em causa diferentes operações de tratamento de dados, com finalidades diversas, não é possível agrega-las, de tal modo que o não consentimento em relação a uma faça decair a outra. Na verdade, a importância da renegociação das condições contratuais pode coartar a liberdade de escolha em relação às restantes operações de tratamento de dados. Esta tem sido, no entanto, uma prática reiterada entre alguns prestadores de serviços na área das comunicações móveis^{40- 41}.

Problemas interessantes têm-se, igualmente, levantado no tocante ao contrato de seguro. Este é comumente qualificado como

⁴⁰ Na ligação entre os consumidores e a proteção de dados, haveremos ainda de ter em conta algumas regras especiais: nos termos do artigo 13.º-A Lei n.º41/2004, está sujeito a consentimento prévio 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 sistemas automatizados de chamada e comunicação que não dependam da intervenção humana (aparelhos de chamada automática), de aparelhos de telecópia ou 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, o que não impede que o fornecedor de determinado produto ou serviço que tenha obtido dos seus clientes, no contexto da venda de um produto ou serviço, as respetivas coordenadas eletrónicas de contacto, possa utilizá-las para fins de *marketing* 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, e por ocasião de cada mensagem, quando o cliente não tenha recusado inicialmente essa utilização.

⁴¹ Veja-se, ainda, Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 28 de no-



um contrato aleatório: as partes submetem-se a uma “álea, a uma possibilidade de ganhar ou perder”⁴², consistindo a onerosidade na “circunstância de ambas estarem sujeitas ao risco de perder, embora, no final de contas, só uma venha a ganhar”⁴³. Percebe-se, por isso, perfeitamente que o risco surja como um elemento essencial do contrato, por meio do qual se estabelece o sinalagma entre as partes⁴⁴, ao ponto de se projetar na disciplina legal dispensada ao contrato, quer ao nível da formação deste⁴⁵, quer ao nível da sua execução posterior. De acordo com o artigo 24.º/1 da Lei do Contrato de Seguro, “o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva

.....
vembro de 2017 e revistas em 10 de abril de 2018, 6, considerando que “se o consentimento estiver agregado a uma parte não negociável das condições gerais do contrato, presume-se que não foi dado livremente. Assim sendo, não se considera que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não o puder recusar nem o puder retirar sem ficar prejudicado”.

⁴² C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 403.

No mesmo sentido, cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1963, 57 s.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, I, Almedina, Coimbra, 2003, 477; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, 449; LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, 123 s.

A posição não é, porém, incontroversa. Sobre os argumentos contrários à qualificação, vide LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 126 s.

⁴³ C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 403.

⁴⁴ MARGARIDA LIMA REGO, “O risco e as suas vicissitudes”, *Temas de direito dos seguros a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2016.

⁴⁵ A este propósito, cf. LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, 47 s. e n.123.

ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador". A declaração tem por finalidade munir o segurador do conhecimento necessário para, estabelecendo o cálculo exato do risco e do correspondente valor do prémio, poder conscientemente decidir se aceita ou não a celebração do negócio⁴⁶: sem o conhecimento exato dos contornos do risco, a vontade do segurador não poderá ser considerada livre. A necessidade de avaliação do risco por parte do segurador implica, portanto, o seu acesso a informação que diz exclusivamente respeito ao tomador do seguro ou ao segurado. E é a este nível que complexos problemas se colocam, por força da tutela que os ordenamentos jurídicos (e que o ordenamento jurídico português) reconhecem à proteção de dados. Em face do Regulamento Geral de Proteção de Dados, torna-se mais rigoroso o tratamento de categorias especiais de dados. Ao contrário do que previa a lei n.º 67/98, deixa de ser possível o tratamento de dados

⁴⁶ Cf., a este propósito, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Maio de 2014, www.dgsi.pt.

No plano doutrinal, veja-se, igualmente, LUÍS POÇAS, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, 2013; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, "As declarações reticentes e inexatas no contrato de seguro", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 468 s.; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, "Uma outra abordagem em torno das declarações inexatas e reticentes no âmbito do contrato de seguro. Os artigos 24.º a 26.º DL n.º72/2008, 16 de Abril", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 622 s.; JÚLIO GOMES, "O dever de informação do (candidato a) tomador de seguro na fase pré-contratual, à luz do DL n.º72/2008, 16 de Abril", *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, II, Almedina, 2011, 393 s.; JOANA GALVÃO TELES, "Deveres de informação do tomador do seguro ou do segurado", *Temas de Direito dos Seguros a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, 2012, 251 s.; VANESSA LOURO, "Declaração inicial do risco no contrato de seguro: análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos tribunais superiores", *Revista eletrónica de direito*, n.º2, 2016.



sensíveis mediante disposição legal que o autorize ou mediante autorização da CNPD, quando por motivos de interesse público esse tratamento seja indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso. A legitimação para o tratamento de dados sensíveis só pode agora fundar-se nas exceções previstas no artigo 9.º/2 RGPD. E, se é certo que tal tratamento pode ter lugar quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito para uma ou mais finalidades específicas, o Regulamento sublinha, no seu *considerandum* 43, como já vimos e agora relembramos, que, “presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução”. Ora, no caso do contrato de seguro, a prestação do serviço por parte da seguradora fica dependente do consentimento, pela urgência de avaliação do risco que depende de factos atinentes à esfera do segurado. Mas, porque esse consentimento é necessário para a execução do contrato – diríamos que para a própria celebração deste –, cremos afastar-se a presunção de falta de liberdade a que se refere o *considerandum* citado⁴⁷.

⁴⁷ Parece também ser esta a ponderação que é feita pelo grupo de trabalho do artigo 29.º. Cf. Orientações do grupo de trabalho do artigo 29.º relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, 6. Pode ler-se, aí, que, “ao avaliar se o consentimento é dado livremente, importa ter em conta a situação específica em que o consentimento está subordinado à execução de um contrato ou à prestação de um serviço, tal como descrito no artigo 7.º, n.º 4. O artigo 7.º, n.º 4, foi redigido de forma não exaustiva com palavras como «designadamente», significando que pode haver uma variedade de outras situações que se enquadram

É certo que, no caso concreto, e abstraindo da natureza específica dos dados que possam vir a ser recolhidos pela seguradora, a legitimação para o tratamento de dados não se encontraria na alínea a) do artigo 6.º/1 RGPD («o titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas»), mas na alínea b) do mesmo preceito («o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados»). Simplesmente, não se pode ignorar a existência de um ato de vontade por parte do titular de dados que, servindo de base à celebração do contrato de seguro, não pode deixar de ser tido em conta na compreensão do consentimento.

Maiores problemas podem, contudo, surgir se a celebração do contrato de seguro for imposta por força de uma disposição legal ou no seio de um complexo contratual que una partes diversas. Pense-se, por exemplo, na obrigação de o segurado transmitir ao segurador, no quadro da celebração de um contrato de seguro de responsabilidade civil automóvel, um dado (relevante para a

.....
nesta disposição. Em termos gerais, qualquer elemento que constitua pressão ou influência desadequada sobre o titular dos dados (que se pode manifestar de formas muito diversas) e que o impeça de exercer livremente a sua vontade tornará o consentimento inválido». E acrescenta-se um exemplo ilustrativo: “Uma aplicação para telemóvel de edição de fotografias solicita aos utilizadores que ativem a localização por GPS para fins de prestação dos serviços. A aplicação também os informa de que utilizará os dados recolhidos para efeitos de publicidade comportamental. Nem a geolocalização nem a publicidade comportamental em linha são necessárias para a prestação do serviço de edição de fotografias, indo além da concretização do serviço principal prestado. Uma vez que os utilizadores não podem utilizar a aplicação sem darem o seu consentimento para estes efeitos, o consentimento não pode ser considerado livre”.



avaliação do risco) acerca da sua saúde. Mas pense-se, também, na transmissão de dados relativos a aspetos clínicos, no seio da celebração de um contrato de seguro de vida, que o sujeito se vê impelido a concluir para obter um crédito à habitação. Poderemos aí considerar que há efetiva liberdade?

Repare-se, ainda, que o consentimento para o tratamento de dados deve ser prestado separadamente, não se confundindo com a declaração negocial propriamente dita, nem tão-pouco com a declaração inicial de risco.

3.2.4. A especificidade do consentimento

O consentimento não pode ser genérico, mas específico, isto é, orientado para as finalidades a que o responsável se propõe, nos termos dos artigos 12.º e seguintes RGPD. De outro modo, não se poderia falar de um consentimento livre: a declaração do sujeito não traduziria um ato de vontade amadurecido se a autorização fosse prestada em geral, sem atender ao alcance e aos fins do tratamento que vai ser efetuado. O consentimento que seja prestado para legitimar o tratamento de dados tem, então, de ter em conta as finalidades associadas a esse tratamento. Dito de outro modo, o consentimento deve ser prestado para um específico tratamento ao qual preside uma específica finalidade. Isto está em consonância com o princípio da limitação das finalidades, nos termos do qual os dados pessoais são recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com as mesmas.

3.2.5. A revogabilidade do consentimento

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

A regra não se distancia sobremaneira da que disciplina o consentimento em geral. Nos termos do artigo 81.º/2 CC, o consentimento é sempre revogável. Prevê-se, contudo, aí, a obrigação de indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

O preceito deve ser – para além da problematização da natureza da responsabilidade concretamente em causa – interpretado de forma cautelosa. Na verdade, atentas as diversas modalidades de consentimento, parece que a limitação da responsabilidade às legítimas expectativas goradas não deve abranger as hipóteses de consentimento vinculante.

Independentemente do *quantum* indemnizatório, a questão que se deve colocar é a de saber se também no tocante aos dados pessoais se deve aplicar a regra da compensabilidade dos danos que a revogação possa acarretar.

3.2.6. A capacidade para consentir

A propósito do carácter livre do consentimento, importa considerar que o Regulamento estabelece regras atinentes ao *consentimento por menores*. Dispõe o artigo 8.º que “quando for aplicável o



artigo 6.º/1 a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança". A esta solução já seria possível chegar com base nas regras próprias do ordenamento jurídico português. Para tanto seria, no entanto, necessário perscrutar a natureza do direito à proteção de dados. Refira-se que os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos.

De acordo com o artigo 16.º da Lei n.º58/2019, de 8 de agosto, "nos termos do artigo 8.º do RGPD, os dados pessoais de crianças só podem ser objeto de tratamento com base no consentimento previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD e relativo à oferta direta de serviços da sociedade de informação quando as mesmas já tenham completado 13 anos de idade. Caso a criança tenha idade inferior a 13 anos, o tratamento só é lícito se o consentimento for dado pelos representantes legais desta, de preferência com recurso a meios de autenticação segura". Significa isto que o legislador português, usando a prerrogativa que é concedida aos diversos Estados membros pelo artigo 8.º RGPD, fixou a idade mínima para prestar o consentimento nos 13 anos.

Parece haver, desta forma, um desvio em matéria de capacidade no que respeita ao regime privatístico geral.

4. As novas regras europeias: o consumidor, a proteção de dados e os deveres de informação.

O consumidor é, por ser pessoa, titular de dados pessoais. Ao entrar em contacto com um profissional, no âmbito da relação de consumo que se firma, pode ter de transmitir alguns desses dados, ordenados à proteção de outros direitos de personalidade.

Quando sejam necessários para a celebração/execução de um contrato, a legitimação não reside no consentimento, embora assente ainda na vontade, exceto naquelas hipóteses excecionais em que a celebração do contrato é imposta. Fora dessas hipóteses, e descontados os restantes fundamentos de licitude do tratamento de dados, o consentimento assume importância crescente. Este pode ser chamado a operar a sua eficácia quando, no seio de uma relação contratual, esteja em causa um tratamento adicional de dados para além dos que se considerem imprescindíveis para a celebração do próprio negócio.

Haja ou não consentimento, o qual deve obedecer a regras específicas, o responsável pelo tratamento de dados é obrigado a cumprir em relação a eles uma série de deveres de cuidado. Além disso, o tratamento em causa não pode deixar de ser orientado pelas finalidades específicas para que foi dado o consentimento.

Acresce que, sendo violados direitos subjacentes à proteção de dados, sempre se poderá questionar qual a eficácia excludente do consentimento a este nível. Duas parecem ser as ideias de que não nos podemos esquecer a este nível: em primeiro lugar, se o consentimento se orienta por uma finalidade específica, a lesão de direitos subjacentes aos dados pessoais e à sua tutela não estará abrangida pela sua relevância; em segundo lugar, sempre



se poderá dizer que, em relação a estes direitos que integram o que a outro propósito designamos por relação de interioridade constitutiva, o titular dos dados não prestou o seu consentimento, isto é, não prefigurando o resultado lesivo, não o autorizou, limitando-se a sua autorização aos dados em si mesmo. Isto significa que não se excluiria a ilicitude – falando-se, quanto muito, de uma heterocolocação em risco consentido –, viabilizando-se a problematização de uma eventual responsabilidade civil. Esta, aliás, avultaria por via da segunda modalidade de ilicitude, sempre que se detetasse a violação de deveres consagrados nas disposições regulamentares que pudéssemos interpretar como disposições legais de proteção de interesses alheios.

Estas considerações são extremamente importantes se atentarmos nos riscos que a sociedade de informação dos nossos dias acarreta para os dados pessoais de cada um. O simples controlo dos dados pessoais, através do consentimento, e a possibilidade de acompanhamento posterior desses dados podem não ser suficientes para salvaguardar os titulares dos perigos que os tempos modernos acarretam, mesmo tendo em conta os deveres de informação com que o responsável pelo tratamento de dados fica onerado.

O que se afirma compreende-se se rememorarmos o que ficou inscrito *ab initio*. Na verdade, os perigos da utilização abusiva de dados pessoais para os consumidores não ficam confinados ao estrito domínio das relações contratuais que estabeleçam. Pelo contrário, há aspetos que ultrapassam uma específica relação creditícia e que não podem deixar de ser tidos em conta. Tais riscos são, sobretudo, potenciados pelo uso da inteligência artificial e pela navegação num ambiente virtual. Dir-se-ia, portanto, que a disciplina protetiva que resulta do RGPD há de ser complementada com regras que garantam a efetiva tutela dos consumidores.

As instâncias europeias mostram-se conscientes desta realidade. Isso mesmo se constata pelas recentes alterações propostas ao quadro normativo, por via da proposta de Diretiva sobre o *enforcement* e modernização do direito europeu do consumidor. Introduzindo alterações nas Diretivas dos Direitos dos Consumidores (Diretiva 2011/83/UE); na Diretiva sobre cláusulas abusivas (Diretiva 93/13/CEE); na Diretiva dos preços (Diretiva 98/6/CE); na Diretiva sobre práticas comerciais desleais (Diretiva 2005/29/CE), esta nova proposta de diploma europeu não deixa de lado preocupações evidentes em matéria de proteção de dados.

Assim, se, por um lado, reforça a obrigatoriedade de dar cumprimento ao RGPD, nos termos da proposta para a nova redação do n.º4 do artigo 13.º da Diretiva 2011/83/UE, por outro lado, parece alargar o âmbito da proteção que é devida. Designadamente, amplia-se o âmbito de relevância do diploma, tornando-o aplicável, também, aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam suportados por um meio tangível e aos contratos de fornecimento de serviços digitais, no quadro dos quais, o consumidor se obriga a fornecer dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais fornecidos pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional com o propósito de fornecer o conteúdo digital. E, subseqüentemente, reforçam-se os deveres de informação a cargo dos profissionais, para os ajustar aos modernos meios de comunicação, às especificidades deste tipo de contratos e aos perigos que o ambiente digital acarreta⁴⁸. Nos termos do *conside-*

⁴⁸ Para além da questão da proteção de dados, denota-se uma especial atenção no que respeita à necessidade de reforçar deveres de informação no quadro dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e serviços digitais e bem assim no quadro dos contratos celebrados em *marketplaces*. A este propósito, passa a



randum 45 da proposta de diretiva, os profissionais podem personalizar o preço das ofertas para consumidores específicos ou categorias específicas de consumidores, baseando-se em *automated decision-making and profiling of consumer behaviour*. Mas, nesse caso, devem informar claramente que os preços apresentados são personalizados com base nas decisões automatizadas, de modo a que o consumidor possa ter em conta o potencial risco da sua decisão de aquisição do produto. Estabelece-se, por isso, uma específica obrigação de informação nesta matéria, sem prejuízo da aplicação do RGPD, que determina que os titulares de dados não podem ser submetidos a automatizadas tomadas de decisão, incluindo através de *profiling*. Reforçam-se, assim, algumas das obrigações e direitos que já decorreriam do RGPD.

De facto, o RGPD dispõe que «o titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pes-

.....
considerar-se, de acordo com a redação proposta para a Diretiva 2005/29/CE, que não especificar, aquando de uma venda feita num *Marketplace*, se o vendedor é um consumidor ou um profissional constitui uma prática enganosa. Sobre o ponto, embora não se referindo aos *marketplaces*, mas com notas que podem ser prestimosas, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º67/2003, de 8 de abril, ao intermediário na venda", Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 147.º, n.º4011, 2018, 368-386.

soa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar. No entanto, a tomada de decisões com base nesse tratamento, incluindo a definição de perfis, deverá ser permitida se expressamente autorizada pelo direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento, incluindo para efeitos de controlo e prevenção de fraudes e da evasão fiscal, conduzida nos termos dos regulamentos, normas e recomendações das instituições da União ou das entidades nacionais de controlo, e para garantir a segurança e a fiabilidade do serviço prestado pelo responsável pelo tratamento, ou se for necessária para a celebração ou execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante o consentimento explícito do titular. Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada»⁴⁹.

Os outros problemas a que aludimos – relacionados com a publicidade comportamental – devem-nos fazer refletir. As regras do consentimento são um importante instrumento para fazer face aos riscos que a nossa sociedade de informação arrasta para os titulares de dados pessoais. Contudo, podem não ser bastantes. Na

⁴⁹ Veja-se os artigos 13.º/2 f); 14.º/2 g); 15.º/1 h) RGPD, relativamente às informações a prestar no caso de *profiling*; o artigo 21.º relativamente ao direito de oposição, e, com grande importância, o artigo 22.º RGPD.



verdade, no momento em que presta o seu consentimento para a recolha de dados, por exemplo, ao navegar num determinado *site*, o consumidor pode não ter a consciência exata do impacto que o seu assentimento poderá ter no futuro, em termos de campanhas publicitárias. Devem, portanto, ser impostos determinados mecanismos que garantam a identificabilidade da publicidade com que o consumidor é “constantemente” invadido como verdadeira publicidade comportamental, lembrando-o da possibilidade de revogar o seu consentimento a qualquer tempo. A este propósito, poderia ser importante estabelecer a obrigatoriedade de uma revisão periódica do consentimento, adotando-se um mecanismo de *ongoing consent*⁵⁰.

⁵⁰ Departamento de Proteção e defesa do consumidor, *Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*, 43 s.

O NOVO REGIME JURÍDICO DAS VIAGENS ORGANIZADAS E SERVIÇOS DE VIAGEM CONEXOS: SUJEITOS, OBJETO, GARANTIAS E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

*Maria Oliveira **

*Cela rend modeste de voyager;
on voit quelle petite place on occupe dans le monde.*

Gustave Flaubert
Correspondance (1850-1854)

Sumário:

1. Introdução 2. Os sujeitos no contrato de viagem organizada e de serviços de viagem conexos na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março. 2.1. Os viajantes. 2.2. Os operadores, os organizadores e os retalhistas. 3. O objeto do contrato de viagens organizadas e de serviços de viagem conexos na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março. 4. As garantias dos viajantes na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março. 4.1. Responsabilidade pela execução da viagem organizada. 4.2. Proteção do viajante em caso de insolvência dos organizadores. 4.3. proteção do viajante em caso de insolvência aplicável aos serviços de viagem conexos. 5. Os meios alternativos de resolução alternativa de litígios emergentes de contratos de viagem organizados e de serviços de viagem conexos. 5.1. Provedor do Cliente da Associação Portuguesa de Agências de Viagens e Turismo. 5.2. Comissão Arbitral. 5.3. Arbitragem. 5.4. Comparação entre os meios de resolução de litígios. 6. Conclusões. 7. Abreviaturas.

.....
* MSc, MCI Arb, Jurista, Mediadora.



1. Introdução

Volvidos cerca de dois anos sobre a apresentação, em julho de 2013, pela Comissão Europeia do respetivo projeto¹⁻², o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva (UE) 2015/2302, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagens conexos (Diretiva)³⁻⁴. Assume, no contexto da nova Di-

¹ *Initial appraisal of a European Commission Impact Assessment European Commission proposal on Package travel and assisted travel arrangements*, disponível em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f31308a0-cd-60-4a5d-8487-1f2972835e5f/language-en/format-PDF> (4.11.2018).

² *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões "adaptar as normas da UE sobre viagens organizadas à era digital"*, COM/2013/0513 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013DC0513&from=EN> (19.01.2019).

³ *Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015 relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagens conexos que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/204 e a Diretiva 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2302> (4-11-2018).

⁴ Esta sucedeu à Diretiva do Conselho 90/314/CEE, de 13 de junho de 1990 (Diretiva de 1990) relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, que expressamente revogou, a qual já consagrava um leque muito alargado de direitos dos consumidores no que se referia, designadamente, "aos requisitos de informação, à responsabilidade dos operadores pela execução de uma viagem organizada e à proteção em caso de insolvência do organizador e do retalhista." - *Diretiva*, Considerando (1).

Expressamente, se reconhece que o "quadro legislativo" subjacente à Diretiva de 1990 carecia ser ajustado "à evolução do mercado" de modo a torná-lo "mais adequado ao mercado interno, eliminar ambiguidades e colmatar lacunas jurídicas existentes" pelo que havia de "adaptar o âmbito de proteção de modo a ter em conta essa evolução, a aumentar a transparência e a reforçar a segurança jurídica dos viajantes e operadores." - *Diretiva*, Considerando (2).

retiva central relevância a identificação da designada “zona cinzenta” em que se encontravam as “combinações de serviços de viagem” subtraídos à disciplina da Diretiva de 1990, que se viu ultrapassada, por um lado, por novas formas de comercialização de tais serviços, através da Internet, e, por outro, por novos hábitos de consumo em que os mesmos já não assumiriam a forma de “viagens pré-organizadas tradicionais, sendo muitas vezes combinados de forma personalizada.”⁵

A questão que, desde já, se coloca é a de saber como os legisladores europeus responderam aos desafios decorrentes da identificada transformação do mercado das viagens ocorrida nas últimas duas décadas. O preâmbulo da Diretiva enuncia, de forma detalhada, os pressupostos e as metas em que assentaram as medidas legislativas adotadas, facultando, desta feita, uma visão geral das políticas que, sobre esta matéria, se pretenderam definir e estabelecer.

Apresenta igualmente central importância a imposição, aos Estados-Membros, de um nível máximo de harmonização legislativa⁶,

⁵ *Diretiva*, Considerando (2).

⁶ *Diretiva*, artigo 4.º: “salvo disposição em contrário na presente diretiva, os Estados-Membros não podem manter nem introduzir no direito nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente, disposições mais ou menos estritas que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção do viajante.” De resto, a harmonização total pode entender-se como uma tendência, conforme constata VIRGÍLIO MACHADO, JOÃO ALMEIDA VIDAL, AFONSO PEDRO RIBEIRO CAFÉ “A Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho na Integração em rede da união Europeia no Setor do Turismo”, in *Revista internacional de Derecho del Turismo- Ridetur*, Vol. 1, Número 1 (2017), p. 23, disponível em <https://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/article/view/6482> (12.01.2019), ao observarem que “em áreas como o direito do consumo [se tem] assistido a um movimento de aumento do nível de harmonização na transposição das regras entre os Estados-mem-



.....

bro, que acaba por subverter a definição deste instrumento legislativo da União, transformando estas diretivas praticamente em regulamentos." Ainda segundo estes autores, Segundo estes autores esta propensão encontra suporte normativo no direito da União Europeia, desde logo no artigo 114.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia que pugna pela adoção de medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. No que respeita, em particular, ao direito europeu do consumo, a harmonização máxima foi adotada na Diretiva relativa a práticas comerciais desleais (2005/122/CE), na Diretiva de crédito ao consumo (2008/48/CE), na Diretiva de timeshare (2008/71/CE) e na Diretiva relativa aos direitos dos consumidores (2011/83/EU). No entanto, a imposição, na Diretiva, de um nível máximo de harmonização não colhe um consenso generalizado. Para alguns autores, como FRANCESCO MORANDI, STEPHEN KEILER, "The Directive on package travel and linked travel arrangements: The traveller protection in a full harmonisation approach" in *The New Package Travel Directive*, ESHL | INATEL, 2017, p. 401, a opção legislativa no sentido de assegurar o nivelamento do grau de proteção é "politicamente controversa", antevendo o risco de alguns Estados-membros poderem introduzir, nos respetivos ordenamentos jurídicos, normas menos protetoras que as vigentes o que seria prejudicial para os consumidores. Entendem que o artigo 4.º da Diretiva "deve ser interpretado com cuidado, de modo a evitar o risco de alguns Estados-membros se sentirem encorajados a implementar normas que sejam menos protetoras do que as vigentes, prejudicando os direitos dos consumidores ao nível interno." Idênticas preocupações levaram ERNST FÜRICH, "The Implementation of the New Package Travel Directive in Germany and its Critical Issues", in *The New Package Travel Directive*, ESHL | INATEL, 2017, p. 101, a chamar a atenção para o risco de o princípio da harmonização plena poder constituir um dos maiores problemas da Diretiva já que poderia ter como efeito obrigar certos Estados-membros a reduzir os respetivos padrões de proteção dos consumidores conforme, segundo previa, iria ocorrer na Alemanha. Por seu turno, MICHAEL WUKOSCHITZ, "Extraordinary" Legislative Shortcomings in the New PTD", in *The New Package Travel Directive*, ESHL | INATEL, 2017, p. 142, considera que, por via do princípio da harmonização plena, é deixada aos Estados-membros uma possibilidade muito limitada de, ao transpô-la para o direito interno, introduzir uma formulação melhor do que a da Diretiva, cabendo ao Tribunal de Justiça da União Europeia criar soluções para os tópicos "remendados" pelo legislador. Já em 2017, AFONSO PEDRO RIBEIRO CAFÉ, "Package Travel Directive: Contractual Parties and Level of Harmonisation", in *The New Package Travel Directive*, ESHL | INATEL, 2017, p. 345, antevia que o princípio da harmonização máxima seria portador de dificuldades de transposição, designadamente, no que respeitava a aspetos essenciais, designadamente, a

por contraste com a Diretiva de 1990, que facultava “uma ampla margem de manobra relativamente à sua transposição”⁷⁻⁸. Os legisladores europeus encontraram fundamento para esta opção normativa no entendimento de que “as divergências consideráveis entre o direito dos vários Estados-Membros” são geradoras de uma “fragmentação jurídica” a qual, por seu turno, é causadora de “custos mais elevados para as empresas” e de “obstáculos àquelas que pretendem exercer as suas atividades além-fronteiras, limitando, assim, as escolhas dos consumidores”.

Por outro lado, a Diretiva alargou, de forma muito significativa, o âmbito de aplicação subjetivo relativamente à anterior. Do lado da procura, contrariamente, ao que ocorria na Diretiva de 1990 que se limitava a identificar a figura do “consumidor”¹⁰ no novo regime é identificado o “viajante”¹¹ com base no entendimento de que “os

.....
diferença entre o conceito de viagens organizadas e serviços de viagem conexos. No entanto, atendendo a que a Diretiva entrou em vigor em 1 de julho de 2018, o tempo transcorrido não é, salvo melhor opinião, ainda suficiente para aferir do respetivo impacto na dinamização do mercado interno das viagens organizadas e serviços conexos e na consolidação dos direitos dos viajantes no espaço europeu.

⁷ *Diretiva de 1990*, Artigo 8.º - “Os Estados-membros podem adotar ou manter, no domínio regulado pela presente diretiva, disposições mais rigorosas para defesa do consumidor.”

⁸ *Diretiva*, Considerando (4).

⁹ *Diretiva*, Considerandos (4) e (5).

¹⁰ *Diretiva de 1990*, Artigo 2.º n.º 4 - “Para efeitos da presente Diretiva, entende-se por consumidor a pessoa que adquire ou se compromete a adquirir a viagem organizada («o contratante principal») ou qualquer pessoa em nome da qual o contratante principal se compromete a adquirir a viagem organizada («ou outros beneficiários») ou qualquer pessoa a quem o contratante principal ou um dos outros beneficiários cede a viagem organizada («o cessionário»).

¹¹ *Diretiva*, artigo 3.º - “Para efeitos da presente Diretiva entende-se por «viajante» qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num tal contrato, no âmbito da presente diretiva.”



viajantes que adquirem viagens organizadas ou serviços de viagem conexos são, na sua maioria, consumidores na aceção do direito do consumidor da União." Entendem os legisladores europeus que "consumidores e representantes das pequenas empresas ou profissionais que reservam viagens relacionadas com a sua atividade comercial ou profissional através dos mesmos canais de reserva que os consumidores (...) precisam muitas vezes de um nível de proteção equivalente"¹².

Pela parte da oferta, a Diretiva abandonou, no que respeita à comercialização de viagens organizadas, a identificação clássica de "operador" ¹³ e "agência" ¹⁴ e em seu lugar identifica os "operadores" ¹⁵, "organizadores" ¹⁶ e "retalhistas" ¹⁷ cuja atividade se pode desenvolver "de forma tradicional ou em linha".

¹² Diretiva, Considerando (7).

¹³ Diretiva de 1990, artigo 2.º n.º 2 - "Para efeitos da presente Diretiva entende-se por operador a pessoa que organiza viagens organizadas de forma não ocasional e as vende ou propõe para venda, diretamente ou por intermédio de uma agência."

¹⁴ Diretiva de 1990, artigo 2.º n.º 3 - "Para efeitos da presente Diretiva entende-se por agência a entidade que vende ou propõe para venda a viagem organizada elaborada pelo operador."

¹⁵ Diretiva, artigo 3.º, n.º 7: "Para efeitos da presente Diretiva entende-se por «operador» qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue, inclusive, através de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, para fins relativos à sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional, quer atue como organizador, retalhista, operador que facilita serviço de viagem conexos ou como prestador de um serviço de viagem."

¹⁶ Diretiva, artigo 3.º, n.º 8 - "Para efeitos da presente Diretiva entende-se por «organizador» qualquer pessoa que combine, venda ou proponha para venda viagens organizadas, diretamente, por intermédio de outro operador ou conjuntamente com outro operador, ou o operador que transmite os dados do viajante a outro operador, nos termos do ponto 2, alínea b), subalínea v."

¹⁷ Diretiva, artigo 3.º, n.º 8 - "Para efeitos da presente Diretiva entende-se por «retalhista», um operador distinto do organizador que venda ou proponha para venda viagens organizadas combinadas por um organizador."

Em consonância com os princípios enformadores deste novo regime jurídico, o conceito de viagem organizada foi, igualmente, ampliado e definido com maior precisão, com base num critério objetivo que tem subjacente a forma como os serviços de viagem são apresentados ou adquiridos o que conduz a que um grande número de contratos de viagem, anteriormente estranhos ao regime regulatório da Diretiva de 1990, ficassem abrangidos pelas regras protecionistas do atual enquadramento normativo.¹⁸ Uma das inovações mais protuberantes da nova Diretiva terá, porventura, sido a introdução do conceito de “serviços de viagem conexos”¹⁹⁻²⁰ completamente distinto do de “viagens organizadas, “mediante os quais os operadores em linha ou tradicionais facilitam a aquisição de serviços de viagem pelos viajantes, implicando a celebração de contratos com diferentes prestadores de serviços de viagens, inclusive, através de processo interligados de reserva, que não apresentem as características das viagens organizadas e aos quais não seja adequado aplicar todas as obrigações aplicáveis às viagens organizadas.”

Por via do alargamento do âmbito de aplicação operado pela nova Diretiva, o regime de proteção dos viajantes, mormente, em caso de insolvência do organizador, que já existia na Diretiva de 1990²¹, foi amplamente reforçado, ficando os Estados-membros obrigados a “assegurar que os viajantes que adquirem uma viagem organiza-

¹⁸ *Diretiva*, Considerandos (9) a (13).

¹⁹ *Diretiva*, Considerando (9).

²⁰ “*Linked travel arrangements*” ou “LTA”.

²¹ *Diretiva de 1990*, artigo 7.º - “O operador e/ou agência que sejam partes no contrato devem comprovar possuir meios de garantias suficientes para assegurar, em caso de insolvência ou de falência, o reembolso dos fundos depositados e o repatriamento do consumidor.”



da sejam plenamente protegidos.”²². Neste sentido, “os Estados-membros onde estejam estabelecidos os organizadores deverão assegurar que estes deem garantias de reembolso de todos os pagamentos efetuados pelos viajantes ou por conta destes e, na medida em que a viagem organizada inclua o transporte dos passageiros, do repatriamento dos viajantes, em caso de insolvência dos organizadores.”²³ Paralelamente, é imposta aos operadores que facilitam serviços de viagem conexos a obrigação de fornecer proteção em caso de insolvência “no que respeita ao reembolso dos pagamentos que recebam e, na medida em que sejam responsáveis pelo transporte de passageiros, ao repatriamento dos viajantes, e deverão informá-los em conformidade”.²⁴⁻²⁵⁻²⁶

Face ao que antecede, afigura-se evidente que a Diretiva introduziu, com carácter vinculativo, por via da imposição de uma harmonização legislativa plena, alterações significativas no panorama

²² *Diretiva*, Considerando (7)

²³ *Diretiva*, Considerando (39).

²⁴ *Diretiva*, Considerando (43).

²⁵ A Diretiva operou, ainda, alterações relevantes no que respeita à proteção dos viajantes por via do reforço da responsabilidade dos retalhistas e organizadores pela prestação de informações pré-contratuais [Considerandos (24) a (28)] e pela correta execução do contrato de viagem organizada, detalhando determinadas matérias, tais como o direito de rescisão, alterações contratuais e respetivas consequências jurídicas [Considerandos (29) a (38)].

²⁶ Em informação divulgada em 1 de julho de 2018, data da entrada em vigor das disposições da Diretiva, a Comissão Europeia anunciou “o reforço da proteção no que diz respeito às férias organizadas”, proclamando “uma proteção clara para serviços turísticos mais bem definidos” o que era possível, particularmente, “graças a um alargamento do conceito de viagem organizada (...), informações mais claras para os viajantes” (...) e “um novo conceito de «serviços de viagem conexos». *Comissão Europeia, Ficha de Informação, 1 de julho de 2018*, “UE reforça a proteção no que diz respeito às férias organizadas”, disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/factsheet_package_holidays_2018.07_pt_web.pdf (06.01.2019).

jurídico das viagens organizadas e dos serviços de viagem conexos, com a ambição de uniformizar a legislação dos Estados-membros neste domínio, de modo a intensificar o comércio transfronteiriço, consolidar o mercado interno, reforçar as garantias dos viajantes e introduzir um sistema mais justo ao colocar sob a sua disciplina operadores tradicionais, em linha e facilitadores de serviços de viagem conexos. Este regime é, pois, manifestamente ambicioso, sendo previsível que a sua aplicação tenha um impacto muito significativo no ordenamento jurídico dos Estados-Membros.

Conforme decorre do respetivo artigo 1.º, a Diretiva tem por objetivo, "contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e para alcançar um nível de defesa do consumidor elevado e o mais uniforme possível, através da aproximação de determinados aspetos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de contratos celebrados entre viajantes e operadores relativos a viagens organizadas e serviços de viagem conexos." De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março de 2018 (Decreto-Lei), que entrou em vigor no dia 1 de julho de 2018, este diploma operou a transposição para a ordem jurídica nacional da Diretiva de 2015. Por via do n.º 1 do mesmo artigo, procedeu, ainda, à revogação do Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio. Estatui o respetivo artigo 1.º subordinado à epígrafe "Objeto e âmbito" que este diploma "estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo" (n.º 1) e "transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015" (n.º 2).²⁷

²⁷ Como claramente flui do que ficou dito relativamente aos objetivos e fundamentos da Diretiva, a atividade das designadas "agências de viagens e



Afigura-se inequívoco que o objeto deste diploma, ou seja, o regime de acesso e de exercício da atividade de agências de viagens e turismo, não é consistente com os objetivos da Diretiva que impõe uma padronização jurídica dos contratos celebrados entre viajantes e operadores relativos a viagens organizadas e serviços de viagem conexos no espaço europeu. Ora, esta aparente incongruência constitui a porta de acesso ao problema de pesquisa.

Assim, considerando as alterações introduzidas pela Diretiva, no que respeita:

— Ao alargamento do respetivo âmbito de aplicação, do lado da procura, aos viajantes, que podem não ser consumidores e, do lado da oferta, a operadores, independentemente da atividade comercial que prosseguem;

— À ampliação do conceito de viagens organizadas e à introdução de uma nova categoria, os serviços de viagens conexos;

— Ao reforço das garantias dos viajantes ocorrendo a insolvência do organizador,

.....

turismo" é uma matéria que lhes é inteiramente estranha. De facto, nenhuma disposição se lhes faz expressamente referência o que, naturalmente é resultado objetivo e lógico do facto, a todos os títulos, inquestionável, de que, por um lado, a Diretiva se foca no próprio objeto da relação contratual que se estabelece entre o viajante e os prestadores dos serviços, genericamente designados "operadores". O respetivo n.º 1 do artigo 2.º ao estabelecer que a Diretiva "é aplicável a viagens organizadas propostas para venda ou vendidas por operadores a viajantes e a serviços de viagens conexos facilitados por operadores a viajantes" é, quanto a este aspeto bem elucidativo. Por outro lado, para efeitos da Diretiva, a figura central é a do "operador" que, de acordo com a definição da mesma constante, pode ser qualquer pessoa independentemente da atividade que prossiga desde que intervenha em qualquer dos contratos abrangidos pela mesma, não carecendo de ser uma agência de viagens e turismo tradicional.

- i. Será que o legislador português, no seu labor de transposição, observou os imperativos da harmonização plena, acolhendo, conforme lhe competia, os objetivos da Diretiva?
- ii. Será que os viajantes adquirentes, em Portugal, de serviços de viagem, passaram a beneficiar de um regime mais vantajoso e protetor por comparação com o anteriormente vigente, tal como almejavam os legisladores europeus?
- iii. Será, ainda, que estes viajantes dispõem, para além dos judiciais, de meios alternativos adequados à resolução de litígios emergentes do incumprimento dos contratos celebrados com os organizadores?

Para responder a estas questões, o presente artigo ocupa-se dos aspetos relacionados com a harmonização legislativa, os sujeitos e o objeto do contrato de viagem organizada e serviços de viagem conexos, da proteção de que beneficia o viajante/consumidor durante a execução do contrato de viagem organizada, em caso de insolvência do organizador/retalhista, bem como dos meios extrajudiciais de que o viajante dispõe para fazer valer os seus direitos verificado o incumprimento do contrato celebrado com o organizador.

2. Os sujeitos no contrato de viagem organizada e de serviços de viagem conexos na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março

2.1. Os viajantes

A Diretiva de 1990 identificava como intervenientes do contrato de viagem o consumidor, o operador e a agência de viagens. O



operador era, fundamentalmente, o organizador, ou seja, quem organizava e vendia, diretamente, ou através de uma agência, viagens organizadas. A agência correspondia à figura do retalhista, isto é, quem vendia ou propunha para venda a viagem organizada pelo operador²⁸⁻²⁹. Apenas os “clientes” que tivessem a qualidade de “consumidores” poderiam beneficiar do pagamento dos seus créditos “decorrentes do incumprimento de serviços contratados às agências de viagens e turismo”, por meio do acionamento do Fundo de Garantia de Viagens e Turismo (FGVT)³⁰⁻³¹.

²⁸ Na verdade, a Diretiva de 1990 estava alinhada com as políticas europeias de proteção dos consumidores, o que nos tratados se verifica a partir de 1986, com o “Ato Único Europeu” em 1 de julho de 1987, por via do disposto no artigo 169.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, subsequentemente, em 1992, com o Tratado de Maastricht e, finalmente, em 1997, com Tratado de Amesterdão.

²⁹ Machado *et alii*, ob. cit. sustentam que a única diretiva onde o consumidor não era considerado uma pessoa singular, eximindo-se ao princípio de que a relação de consumo protegida pelo direito comunitário era sempre B2C (*business to consumer*), era a Diretiva de 1990. O legislador nacional, aparentemente, não terá acolhido essa orientação, tendo, ao invés, adotado um critério híbrido na definição jurídica dos adquirentes de viagens organizadas a agências de viagens. Assim, no que respeitava à matéria contratual e execução do contrato, o Decreto-Lei n.º 61/2011, na redação do Decreto-Lei n.º 199/2012, de 29 de agosto referia-se ao “cliente” e não ao consumidor. Do mesmo modo, era perante o “cliente” que as agências de viagens e turismo, ao abrigo do referido normativo, eram responsáveis “pelo pontual cumprimento das obrigações resultantes da venda de viagens turísticas”. Ademais, estavam estas entidades obrigadas a “celebrar um seguro de responsabilidade civil que [cobrisse] os riscos decorrentes da sua atividade garantindo o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais causados a clientes ou a terceiros por ações ou omissões da agência ou dos seus representantes” – *Decreto-Lei n.º 61/2011*, artigos 29.º, 30.º, 35.º e 36.º.

³⁰ Tal opção legislativa, de carácter restritivo, justificar-se-ia pelo facto de constituir para as agências de viagens e turismo mais que um encargo, um risco vultoso, afetar tal garantia a estes pagamentos, extensível a todos os clientes. Por outro lado, muito embora o diploma em causa fosse omissivo quanto à noção de

A nova Diretiva, no propósito de, não apenas de dotar o consumidor, enquanto tal, de um elevado grau de proteção, mas, sobretudo, de alargar o seu âmbito de aplicação a todos os "viajantes", resolveu, desta feita, as dificuldades interpretativas a respeito da definição de consumidor que a Diretiva de 1990 gerou. Conforme atrás referido, esta opção inscreve-se no objetivo da Comissão de estender o seu âmbito de aplicação a um universo de destinatários tão amplo quanto possível. Com efeito, note-se, os legisladores europeus apenas se referem ao "consumidor" no artigo 1.º em que se enunciam, de entre os vários objetivos da Diretiva, o de "alcançar um nível de defesa do consumidor o mais elevado e uniforme possível". Assim, não existe, no corpo do diploma, qualquer outra referência ao "consumidor", contrariamente ao que ocorria na Diretiva de 1990, mas a "viajante" pelo que é pertinente concluir que qualquer pessoa, singular ou coletiva, consumidor ou profissional, fica abrangida

.....
 "consumidor" é certo que a constante da Lei de Defesa do Consumidor é transversal no nosso ordenamento jurídico e, portanto, supletivamente aplicável.

Idem, artigos 31.º, 33.º e 34.º.

³¹ Porém, quanto às demais normas constantes tanto do referido diploma de transposição como dos que lhe sucederam, o conceito adotado é o de "cliente", naturalmente mais abrangente que o de consumidor abarcando qualquer entidade, pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, consumidor ou comerciante. Assim, enquanto os clientes das agências de viagens e turismo, conceito que abrangia operadores e retalhistas, beneficiavam do regime contratual especial do referido diploma legal no que respeitava, por exemplo, à obrigação de informação prévia (artigo 16.º), informação sobre a viagem (artigo 21.º), cessão da posição contratual (artigo 22.º), alteração do preço (artigo 23.º), direito de rescisão pelo cliente (artigo 28.º), incumprimento (artigo 27.º) e assistência a clientes (artigo 28.º) e do seguro de responsabilidade civil para ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais que lhes forem causados por ações ou omissões da agência ou dos seus representantes, apenas aos "consumidores" era outorgada a faculdade de acionar o FGVT para obter o reembolso das quantias pagas verificado o incumprimento do contrato de viagem, imputável à agência.



da pelo regime da nova Diretiva, beneficiando, sem quaisquer restrições, das normas protecionistas, na mesma consagradas, em particular, em caso de insolvência do operador.

Uma vez mais, é no preâmbulo que se encontram os fundamentos para esta opção. Por um lado, os legisladores europeus partem do pressuposto de que os viajantes que adquirem viagens organizadas ou serviços de viagem conexos são “na sua maioria consumidores na aceção do direito da União.” Por outro, os “representantes das pequenas empresas ou profissionais que reservam viagens relacionadas com a sua atividade comercial ou profissional, através dos mesmos canais de reserva que os consumidores (...) precisam, muitas vezes de um grau de proteção equivalente.” Donde, prosseguem, “a diretiva deverá ser aplicada aos viajantes de negócios, inclusivamente, os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, caso não reservem serviços de viagem com base num acordo geral”, concluindo que as pessoas protegidas pela Diretiva devem ser designadas por “viajantes” para evitar a confusão com a definição do termo “consumidor”, utilizado noutra legislação da União.

Para esta opção legislativa contribuiu, ainda, o objetivo de “harmonizar” as disposições da Diretiva com as convenções internacionais que regem os serviços de viagem e com a legislação da união sobre os direitos dos passageiros”³². Com efeito, nos referidos instrumentos normativos, a proteção é-lhes conferida independentemente de serem ou não consumidores³³⁻³⁴⁻³⁵.

³² Diretiva, Considerando (35).

³³ Regulamento (CE) n.º261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque

Conforme se pode entrever nos interstícios deste texto, a questão subjacente não é meramente semântica. Com efeito, a alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º que exclui da aplicação da Diretiva “as viagens organizadas e serviços de viagem conexos adquiridos com base num acordo geral para a organização de viagens de negócios” não resolve, cabalmente, as dúvidas de natureza interpretativa que suscita pois não existe, por um lado, uma definição unívoca para tais acordos e, por outro, as empresas, ainda que de grandes dimensões, sempre poderão contornar esta limitação por meio de mecanismos contratuais mais favoráveis que as eximam da limitação legal. Na verdade, esta norma suscita dificuldades de interpretação e integração ficando por esclarecer a razão pela qual a proteção do viajante pode ficar afetada pela forma como as entidades contratualizam as viagens, se individualmente, se por via de um contrato geral. Esta questão não é, de todo, pacífica. Machado *et alii*³⁶ e Café³⁷ coincidem no entendimento de que a *ratio* da norma é pouco clara e que a justificação dos legisladores europeus no

.....
e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º295/91, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0261> (21.12.2018).

³⁴ Decreto-Lei n.º 39/2002, que aprovou a Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, feita em Montreal em 28 de maio de 1999, disponível em https://www.abreucarga.pt/Files/System/AbreuCarga/Docs/Conven%C3%A7ao_Montreal.pdf (21.12.2019).

³⁵ 2012/22/UE: Decisão do Conselho, de 12 de dezembro de 2011, relativa à adesão da União Europeia ao Protocolo de 2002 à Convenção de Atenas de 1974 relativa ao Transporte de Passageiros e Bagagens por Mar, com exceção dos artigos 10.º e 11.º, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012D0022> (21.12.2019).

³⁶ VIRGÍLIO MACHADO *et alii*, ob. cit..

³⁷ AFONSO CAFÉ, ob. cit..



sentido de evitar o excesso de regulação na mesma viagem carece de fundamento ³⁸⁻³⁹. Segundo Franceschelli ⁴⁰, a inclusão das viagens de negócios no âmbito da Diretiva, não obstante ser uma manifestação da força expansionista do Direito do Turismo, carece de justificação dado que diferentes são os propósitos de quem viaja em férias ou por motivos profissionais, pois somente aos primeiros faz sentido aplicar a disciplina da compensação por “férias estragadas.”

Importa agora analisar por que forma abordou o legislador nacional, vinculado ao princípio da harmonização legislativa plena, o conceito de viajante na norma de transposição. Assim, de acordo com o disposto na alínea q) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, «viajante» é “qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num contrato de viagem, nomeadamente, os consumidores, as pessoas singulares que viajem em negócios, bem como os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, desde que não estejam abrangidas por um acordo geral para a organiza-

³⁸ VIRGÍLIO MACHADO *et alii*, ob. cit. ilustram tal entendimento com o seguinte exemplo: “Se pensarmos (...) numa deslocação de um docente de uma universidade, que seja parte num contrato geral para a aquisição de viagens em trabalho dos seus funcionários, a um congresso científico fora do país, não conseguimos perceber qual a diferença, a nível de necessidade de proteção do viajante, desta relação jurídica relativamente a outra em que o contrato geral não tenha sido celebrado.”

³⁹ Os primeiros ilustram tal entendimento com o seguinte exemplo: “Se pensarmos (...) numa deslocação de um docente de uma universidade, que seja parte num contrato geral para a aquisição de viagens em trabalho dos seus funcionários, a um congresso científico fora do país, não conseguimos perceber qual a diferença, a nível de necessidade de proteção do viajante desta relação jurídica relativamente a outra em que o contrato geral não tenha sido celebrado.”

⁴⁰ VICENZO FRANCESCHELLI, “Causa and Consideration in Tourism Contracts in the frame of the EU 2015/2302 Directive”, in *The New Package Travel Directive*, ESHTL | INATEL, 2017, p. 34.

ção de viagens de negócios." É por demais notório que esta definição de viajante diverge da constante da Diretiva, introduzindo, um elenco de vários "tipos de viajantes" que têm em comum a característica de serem pessoas singulares de onde, aparentemente, se excluem pessoas coletivas, tais como as empresas.

Do mesmo modo, o conceito de "acordo geral para a organização de viagens de negócios" no diploma nacional não é consistente com a norma europeia. Segundo dispõe a alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva esta "não é aplicável a viagens organizadas e serviços de viagem conexos adquiridos com base num acordo geral para a organização de viagens de negócios entre um operador e outra pessoa singular ou coletiva que atue para fins que se insiram no âmbito da sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional." Porém, na disposição equivalente no diploma de transposição, a alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, lê-se que "para efeitos do presente decreto-lei considera-se «acordo geral para a organização de viagens de negócios» a relação contratual estabelecida entre uma agência e uma pessoa coletiva ou singular no âmbito da sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional, com vista à aquisição de uma pluralidade de serviços de viagens e/ou serviços de viagens conexos por um período determinado." Do cotejo das referidas normas, resulta que o legislador nacional não se conformou com os exatos termos da Diretiva quanto à definição de viajante, por um lado e, por outro, quanto ao conceito de "acordo geral para a organização e viagens de negócios." Conforme acima se referiu, a Diretiva veio, inequivocamente, abranger no seu âmbito de aplicação, pessoas físicas e morais, pelo que os contratos B 2 B, ou seja, em que os adquirentes sejam empresas, estão sujeitos à sua disciplina. Além



disso, limita e restringe o conceito de “acordo geral para a organização de uma viagem de negócios” do que resulta um enquadramento jurídico distinto. Torres ⁴¹ sustenta que, “o acordo geral para a organização de viagens de negócios pressupõe um elevado número e não uma simples pluralidade.” Assim sendo, a definição introduzida pelo legislador nacional é, à revelia da Diretiva, limitativa e, por consequência, “fraudatória” e conflitua com a disciplina europeia. Neste sentido, sublinha, “a indicação do legislador europeu é no sentido inverso, referindo, expressamente, no Considerando (7) que esse acordo geral visa «um elevado número de serviços»”. Nesse sentido, sublinhando que nesta matéria “o legislador europeu pretendeu inovar” não conferindo “qualquer flexibilidade aos Estados-membros”, preconiza que “a expressão “pluralidade de serviços”, por ser bem mais restrita que “elevado número de serviços”, deve ser substituída por esta “de molde a que um conjunto significativo de viagens profissionais não seja excluído da proteção do novo quadro europeu.” De referir, a propósito da definição de “acordo geral” que a Comissão, no workshop de 25 de fevereiro de 2015, ⁴² exemplificando, subsumiu nesse conceito “um «acordo plurianual” com um dado prestador de serviços com base no qual os peritos viajavam para Bruxelas para participar em reuniões.” Nessa ocasião, recomendou aos Estados-membros, a fim de evitar definições divergentes, que no processo de transposição se abstivessem de introduzir definições que limitassem o objetivo da Diretiva, devendo, pelo contrário, recorrer para o efeito, tanto quanto possível, à terminologia utilizada no Considerando (19).

⁴¹ CARLOS TORRES, *Diretiva das viagens organizadas (III)*, disponível em <https://www.turisver.com/opiniao-directiva-das-viagens-organizadas-cont-por-carlos-torres/> (13.01.2019).

⁴² *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements Workshop with Member States 25 February 2015*, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (11.02.2019).

Do exposto, resulta que o legislador nacional não terá respeitado o princípio da harmonização plena a que estava obrigado, no que concerne à definição de viajante e à exceção de aplicação da Diretiva quando os serviços são adquiridos com base num “acordo geral” por limitar o conceito, quando, na realidade a intenção dos legisladores europeus foi a de o alargar de modo a incluir na disciplina da Diretiva o maior número possível de contratos.

2.2. Os operadores, os organizadores e os retalhistas

O propósito de regulamentar o mercado das viagens organizadas e serviços de viagens conexos levou a Comissão a abandonar, por redutora, à luz do novo contexto, a identificação, do lado da oferta, de operadores/organizadores e retalhistas. Merecem particular relevância as novas definições introduzidas pela Diretiva. O conceito de operador é central, abrangendo os organizadores, que corresponde ao de operador da Diretiva de 1990, os retalhistas, os operadores que facilitam serviços de viagem conexos e os prestadores de serviços de viagem.

Nos termos da Diretiva ⁴³ o operador pode ser uma pessoa singular ou coletiva, de natureza pública ou privada que, nos contratos pela mesma abrangidos, em nome próprio ou através de representante, atue para fins relativos à sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional, quer como organizador, retalhista, operador que facilite serviços de viagem conexos ou presta-

43 *Diretiva*, artigo 3.º alínea 7).



dor de um serviço de viagem. Conforme referem Machado *et alii*⁴⁴ à luz da nova Diretiva, “qualquer ator que exerça a sua atividade empresarial no lado da oferta, seja entidade pública ou privada, de natureza empresarial, artesanal ou profissional e esteja inserida, por alguma razão, nos serviços oferecidos ao viajante de viagem organizada ou serviços de viagem conexos é um operador.” Este, por seu turno, pode ser um organizador ou um retalhista. O primeiro, o organizador, é um operador que pode ser qualquer pessoa que combine, venda ou proponha para venda viagens organizadas, diretamente, por intermédio de outro operador ou conjuntamente com outro operador que transmita dados de viagem.⁴⁵ O segundo, retalhista, é um operador, distinto do organizador, que venda ou proponha para venda viagens organizadas combinadas por um organizador⁴⁶.

É a própria Diretiva que clarifica estes conceitos ao referir que “determinar se um operador age na qualidade de organizador de uma determinada viagem organizada deverá depender da sua participação na organização da viagem em causa e não da forma como descreve a sua atividade. Para determinar se um operador é um organizador ou um retalhista, deverá ser indiferente que o operador intervenha do lado da oferta ou se apresente como um agente que atue por conta do viajante”⁴⁷. Assim, o que releva não é a forma como o operador qualifica a sua atividade, mas como, do ponto de vista substantivo, atua, podendo, de acordo com a situação em concreto, ser considerado organizador, retalhista ou

⁴⁴ VIRGÍLIO MACHADO *et alii*, ob. cit.

⁴⁵ *Diretiva*, artigo 3.º alínea 8).

⁴⁶ *Diretiva*, artigo 3.º alínea 9).

⁴⁷ *Diretiva*, Considerando (22).

facilitador de serviços de viagem conexos. De resto, sublinhe-se, é entendimento da Comissão que o retalhista pode, inclusivamente, ser um grande armazém ou um supermercado⁴⁸.

Decorre, com clareza, deste novo enquadramento normativo que é pretérito o conceito clássico de “agência de viagens” e, por consequência, ausente da Diretiva na sua parte dispositiva, a qual não lhe faz qualquer menção, contrariamente ao que acontecia na Diretiva de 1990. Com efeito, deixou de se prever a existência de agências de viagens e turismo que conforme referem Machado *et alii*⁴⁹ terá sido “a qualificação legal tradicional da empresa turística que, durante muitos anos, foi a base da distribuição das viagens turísticas e de grande parte dos serviços que as compunham.”

Em suma, à questão de saber se é necessário ser-se um organizador ou mesmo uma agência de viagens para comercializar viagens organizadas, a Diretiva respondeu de forma negativa conforme decorre do seu âmbito de aplicação.

Importa, para melhor compreensão da norma de transposição, o Decreto-Lei n.º 17/2018, ter em conta o diploma que transpôs a Diretiva de 1990 a qual incorporou as respetivas normas num diploma que estabelecia o acesso e exercício da atividade das agências de viagens, orientação que se manteve em todas as sucessivas alterações. Assim, enquanto o objeto da Diretiva de 1990 consistia na regulamentação das viagens organizadas, o diploma de transposição e todos os que se lhe sucederam, tiveram por objeto regular o

⁴⁸ *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States 13 June 2016*, p. 13, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (19.01.2019).

⁴⁹ VIRGÍLIO MACHADO *et alii*, ob. cit.



regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo estabelecendo o respetivo elenco de atividades próprias e acessórias conforme dispunha o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 61/2011.⁵⁰ Machado *et alii*⁵¹ anteciparam que tendo em conta a regra da harmonização completa este regime não poderia subsistir na transposição da Diretiva que “abre o espectro da atividade de operador a qualquer pessoa jurídica, no sentido amplíssimo exposto no seu artigo 3.º n.º 7 e, bem assim, que a referida “distinção entre operadores” seria obrigatória aquando da respetiva transposição. Porém, surpreendentemente, não foi este o entendimento do legislador nacional. Assim, tal como no Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, este diploma “estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo” (artigo 1.º).

Acresce que, não obstante reproduzir as definições da Diretiva quanto aos conceitos de “operador” [artigo 2.º alínea h)], “organizador” [artigo 2.º alínea i)] e “retalhista” [artigo 2.º alínea l)], o diploma adita a de “agência de viagens e turismo” [artigo 2.º alínea b)] nos seguintes termos: “Para efeitos do presente decreto-lei consideram-se «agências de viagens e turismo» as pessoas singulares ou coletivas que atuem como operador e desenvolvam as atividades referidas no n.º 1 do artigo seguinte.” Por seu turno o artigo 3.º do mesmo diploma, à semelhança do que acontecia no revogado Decreto-Lei n.º 61/2011, estabelece o elenco das atividades que

⁵⁰ Entre as próprias incluía-se a organização e venda de viagens turísticas [n.º 1 alínea a)], a reserva de serviços em empreendimentos turísticos [n.º 1 alínea c)] ou a venda de bilhetes e reserva de lugares em qualquer meio de transporte [n.º 1 alínea d)]. Por via do disposto n.º 1 do artigo 4.º do deste diploma, as agências de viagens e turismo detinham o exclusivo do exercício, em território nacional, do exercício de tais atividades.

⁵¹ VIRGÍLIO MACHADO *et alii*, ob. cit..

as agências de viagens e turismo desenvolvem, a título principal e acessório, merecendo particular atenção a alínea a) do n.º 1 em que se qualifica como atividade própria, a título principal, a organização e venda de viagens organizadas e a facilitação de serviços de viagens conexos, quando o facilitador receba pagamentos do viajante, respeitantes a serviços prestados por terceiros." Paralelamente, o Decreto-Lei n.º 17/2018, consagrou, à semelhança dos anteriores diplomas sobre a mesma matéria, no âmbito da Diretiva de 1990, o princípio da exclusividade das agências de viagens para o exercício das ditas atividades apesar de utilizar, para tanto, uma formulação artificiosa e pouco transparente. Na verdade, enquanto na versão anterior do diploma se referia que "só as agências de viagens e turismo inscritas no Registo Nacional das Agências de Viagens e Turismo (RNAVT) (...) podem exercer em território nacional as (referidas) atividades" na formulação atual lê-se que "só as pessoas singulares ou coletivas inscritas no RNAVT (...) podem exercer em território nacional" as atividades a que atrás se faz referência⁵². A inscrição no RNAVT é, pois, condição *sine qua non* para o exercício em Portugal das atividades em apreço tal como decorre do artigo 6.º do Decreto-Lei para qualquer uma das entidades identificadas na Diretiva que, por via deste método de "conversão forçada", independentemente da atividade que exerçam e da forma por que o façam, são no nosso ordenamento jurídico "agências de viagens e turismo", apesar de a Diretiva, de harmonização máxima, reiterasse, ter, em consonância com os princípios que postula, abolido tal classificação. Consequentemente, ao fazer depender o acesso à atividade das agências de viagens e turismo da inscrição no RNAVT,

⁵² Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, artigo 4.º e Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, artigo 4.º.



o referido diploma obriga à subscrição do FGVT e contratação de um seguro de responsabilidade civil.

No sentido da desconformidade do direito interno com a lei europeia relativamente a esta questão se pronunciou Torres⁵³ que a propósito do anteprojeto já alertava que “a transposição não pode limitar-se às agências de viagens, vai muito para além delas. Uma secreta transposição, tamanho S, quando o legislador europeu impõe uma alargada transposição XXXL.” Para este autor, enquanto o legislador europeu alargou o âmbito de aplicação da legislação sobre viagens a todas as entidades que tivessem a qualidade de “operador”, não apenas as agências de viagens tradicionais, mas a todos os prestadores de serviços que combinem serviços de viagens, designadamente, unidades hoteleiras, empresas de aluguer de veículos, empresas de alojamento local, o legislador português “operou a transposição dessas importantes normas tão somente para as agências de viagens.”

Do mesmo modo, a manutenção no Decreto-Lei n.º 17/2018, do regime especial de livre prestação de serviços reconhecido às agências de viagens e turismo legalmente estabelecidas noutro Estado Membro da União Europeia ou do espaço económico europeu para a prática da atividade de agência de viagens e turismo em território nacional é desconforme com a Diretiva. Tal como na anterior versão do diploma, esta possibilidade é condicionada e apenas aceitável se o exercício dessa atividade se desenvolver “de forma ocasional e esporádica” e sujeita à “apresentação pré-

⁵³ CARLOS TORRES, *Opinião | O restrito âmbito de transposição da Diretiva das viagens organizadas*, Publituris, 5 de março de 2018, disponível em <https://www.publituris.pt/2018/03/05/opiniao-restrito-ambito-transposicao-da-directiva-das-viagens-organizadas-grosseira-ilegalidade/> (18.01.2019).

via ao Turismo de Portugal, I.P." de documentação, em forma simples, comprovativa da contratação de garantias equivalentes" à subscrição do FGVT (artigos 37.º e 38.º) e seguro de responsabilidade civil (artigos 41.º e 42.º). Esta questão ganha particular interesse tendo em devida conta a Diretiva n.º 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços do mercado interno⁵⁴. A licença não é obrigatória para os operadores europeus se tiverem proteção contra insolvência, de acordo com a legislação do Estado-membro. Ademais, os operadores de Estados terceiros que se registem como empresa na União Europeia e disponham de proteção contra a insolvência ao abrigo da lei de outros Estados-membros beneficiam de reconhecimento mútuo. As consequências da "grosseira ilegalidade" a que se refere Torres ⁵⁵ produzem efeitos jurídicos relevantes, quer a nível interno como europeu. Os viajantes ficam prejudicados vendo, por esta via, mitigada ou esvaziada a proteção que a Diretiva lhes confere quando contratam com operadores que não sejam as tradicionais agências de viagens.

Por outro lado, ao estabelecer, ou melhor, manter, já que esta disposição não é inovadora sendo importada, com leves ajustes, do revogado Decreto-Lei n.º 61/2011, no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, uma lista de atividades próprias, a título principal ou acessório, das agências de viagens e turismo, que continuam a beneficiar de um regime de monopólio, na atividade de combinação de serviços de viagem, o legislador nacional fere de ilegalidade e sanciona com pesadas coimas os operadores que, à luz da Diretiva, legitimamente, combinem e comercializem serviços de viagem. Veja-se a este propósito o n.º 1 do artigo 46.º do diploma de trans-

⁵⁴ Diretiva n.º 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, Artigo 30.º.

⁵⁵ CARLOS TORRES, *ob. cit.*



posição que qualifica como contraordenação muito grave a infração do disposto no n.º 1 do citado artigo 4.º, sancionável com uma coima que pode ir de € 2.500,00, tratando-se de pessoa singular a € 44.000,00, se praticada por uma grande empresa.

Consagra, ainda, o legislador nacional, um regime de exceção ao princípio da exclusividade da atividade das agências de viagens e turismo, conforme se alcança da alínea a) do n.º 2 do citado artigo 4.º onde se lê que “não estão abrangidos pelo exclusivo reservado às agências de viagens e turismo a comercialização direta dos seus serviços pelos empreendimento turísticos, pelos estabelecimentos de alojamento local, pelos agentes de animação turística, pelas empresas transportadoras e pelas empresas de aluguer de carros ou de outros veículos a motor. No entanto este preceito mais não é que a repetição, *mutatis mutandis*, da norma equivalente do Decreto-Lei n.º 61/2011.

Em suma, o legislador nacional não se deixou imbuir da letra ou do espírito da Diretiva, assumindo, ao invés, uma atitude ostensivamente conservadora, desconforme com os ditames da nova legislação europeia a que está vinculado. Na verdade, limitou-se a introduzir leves ajustes no pretérito Decreto-Lei n.º 61/2011, mantendo, no essencial a sua estrutura, omitindo, o que de essencial deveria merecer consagração legal na norma de transposição.

3. O objeto do contrato de viagens organizadas e de serviços de viagem conexos na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março

A Comissão pretendeu sujeitar à disciplina da Diretiva os serviços de viagem que, por não se enquadrarem na definição de

viagem organizada, deixavam os consumidores desamparados por não beneficiarem do regime de proteção na insolvência. Por outro lado, foi sensível à situação, claramente injusta, decorrente do facto de os operadores que comercializavam viagens organizadas estarem sujeitos a um regime mais gravoso, ou seja, às obrigações decorrentes da Diretiva de 1990, enquanto os operadores que se limitavam a agir como facilitadores, criando, no entanto, para o consumidor, a aparência de uma viagem organizada, se eximiam ao inerente enquadramento jurídico⁵⁶.

A proteção dos viajantes adquirentes de serviços de viagem conexos foi, na verdade, a motivação impulsionadora do alargamento do âmbito da Diretiva por comparação com a de 1990, através da introdução a par do conceito de "viagens organizadas", o de "serviços de viagens conexos", com o que se pretendeu englobar na sua alçada ambas as realidades. Não obstante se reconhe-

⁵⁶ Na comunicação dirigida pela Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões (vide NR 2) é ilustrado com um exemplo muito claro a situação que se pretendia regular: "Thomas reservou um voo para a Tailândia diretamente no sítio Web da companhia aérea X. Quando efetuou a reserva, foi-lhe proposto alojamento num hotel. Decidiu adquirir ambos os serviços, tendo pago um preço global no sítio Web dessa companhia aérea. O seu amigo James tinha, entretanto, adquirido alojamento no mesmo hotel e um voo com a mesma companhia aérea no âmbito de uma viagem pré-organizada pelo grupo de turismo Y. Quando se encontravam na Tailândia, a companhia aérea X faliu e o seu voo de regresso foi cancelado. Thomas teve de organizar ele próprio a sua viagem para regressar a casa, o que lhe custou mais € 700 para além do que já havia pago pelo bilhete original. James, pelo contrário, foi repatriado sem custos adicionais graças à proteção proporcionada em caso de insolvência pelo grupo de turismo Y." Referindo-se à inclusão na disciplina da Diretiva dos "novos serviços combinados de viagem mais comuns". Conclui a Comissão que "se a presente proposta já estivesse em vigor, Thomas teria sido repatriado sem quaisquer custos adicionais, exatamente como James."



cer, por um lado, que a estes serviços não seria “adequado aplicar todas as obrigações aplicáveis às viagens organizadas” e, por outro que “constituindo um modelo de negócio alternativo que muitas vezes faz concorrência às viagens organizadas”, por imperativos de lealdade na concorrência e proteção dos viajantes, deve ser-lhes aplicável “a obrigação de fazer prova suficiente de que se possui garantia para cobrir, em caso de insolvência, o reembolso dos pagamentos e o repatriamento dos viajantes”⁵⁷. Previamente à análise do regime das viagens organizadas e serviços de viagens conexos, há que precisar o conceito de “serviço de viagem”, comum a ambas as modalidades, sendo de sublinhar que o legislador nacional que operou a transposição foi, neste particular, fiel às definições dos legisladores europeus⁵⁸.

Assim, são “serviços de viagem” o transporte de passageiros, o alojamento que não seja parte integrante do transporte de passageiros e não tenha fins residenciais”, o aluguer de carros ou veículos a motor ou de motociclos que exijam uma carta de condução da categoria A (de acordo com a legislação aplicável) ou qualquer outro serviço de viagem que não seja parte integrante e um serviço de viagem, na aceção dos mencionados serviços⁵⁹. Foi aditado um

⁵⁷ *Diretiva*, Considerandos (9) e (13).

⁵⁸ *Diretiva*, artigo 3.º (1) e *Decreto-Lei n.º 17/2018*, artigo 2.º alínea m).

⁵⁹ Esta enunciação e as inerentes definições não são, no entanto, consensuais. De referir, a este propósito, a título de exemplo, que a Comissão admite que o conceito de “fins residenciais” é indeterminado e, por conseguinte, existe o risco de os Estados-membros poderem falseá-lo ou criar normas divergentes, fixando, por exemplo, aleatoriamente, na sua legislação, prazos de duração dos contratos. *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States 13 June 2016*, p. 12, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (19.01.2019).

novo elemento ao elenco dos serviços de viagem – o aluguer de carros ou de outros veículos a motor⁶⁰ ou de motocicletas⁶¹, apesar de se poder entender que se trata apenas da clarificação de uma prática corrente no anterior quadro normativo. Quanto aos designados “outros serviços”⁶² estes cobrem um âmbito muito vasto incluindo, por exemplo, a aquisição de “bilhetes para concertos, eventos desportivos, excursões ou parques de diversões, visitas guiadas, passes de esqui e aluguer de equipamento desportivo, como equipamentos de esqui, ou tratamento termais.”

Conforme já referido, a nova Diretiva é, em boa medida, o resultado de uma intenção firme da Comissão, no sentido de atualizar o conceito de viagens organizadas tendo em conta a evolução do mercado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. O n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva, integralmente reproduzido na alínea p) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 17/2018 é, claramente, uma manifestação deste propósito. Assim, é definida uma lista exhaustiva de relações contratuais entre prestadores de serviços de viagem e viajantes abrangendo situações diversas cobertas pela disciplina do diploma. Em comum, a viagem organizada implica a combinação de, pelo menos, dois tipos diferentes de serviços de viagem para efeitos da mesma viagem ou férias, critério que, afinal,

.....
⁶⁰ Na aceção do artigo 3.º, ponto 11, da Diretiva 2007/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro para a homologação dos veículos a motor e seus reboques e dos sistemas, componentes e unidades técnicas destinados a serem utilizados nesses veículos.

⁶¹ Nos termos do artigo 4.º, n.º 3, alínea c), da Diretiva 2006/126/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à carta de condução.

⁶² *Diretiva*, Considerando (17).



já constava do anterior regime⁶³. Da comparação entre a Diretiva de 1990 e a nova Diretiva é por demais evidente que o conceito de viagem organizada foi consideravelmente alargado passando a abranger qualquer combinação de serviços de viagem que apresente as características que os viajantes normalmente associam a este tipo de viagens, em particular a combinação de diferentes serviços de viagens num único produto de viagem, assumindo o organizador a responsabilidade pela sua correta execução”⁶⁴. A Diretiva acolheu, naturalmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso conhecido como “Club Tour”⁶⁵ segundo a qual “deverá ser indiferente o facto de os serviços de viagem serem combinados antes de ser estabelecido qualquer contacto com o viajante ou a pedido ou segundo as escolhas feitas por este”⁶⁶.

Do elenco das viagens organizadas decorre que estas se agrupam em duas distintas modalidades: as que resultam da celebração de um contrato único relativo à globalidade dos serviços⁶⁷ e as que implicam a celebração de contratos distintos com diferentes prestadores de serviços de viagem⁶⁸. Constam do diploma de transposição as definições da Diretiva, quanto a esta matéria.

Relativamente às modalidades de viagem organizada previstas no artigo 2.º alínea a) e b) i), ii) e iii) ⁶⁹ da Diretiva, o Consi-

⁶³ Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio - artigo 15º n.º 2.

⁶⁴ Diretiva, Considerando (8).

⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 30 de abril de 2002, *Club Tour – Viagens e Turismo, S.A./Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido v Club Med Viagens, Lda., C-400/00, ECLI:EU:C 2002:272*.

⁶⁶ Diretiva, Considerando (8).

⁶⁷ Diretiva, artigo 2.º n.º 2 a) e Decreto-Lei n.º 17/2018, artigo 2.º p) i).

⁶⁸ Diretiva, artigo 2.º n.º 2 b) e Decreto-Lei n.º 17/2018, artigo 2.º p) ii).

⁶⁹ Correspondente ao artigo 2.º p) i) e ii) 1), 2) e 3) do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março.

derando (10) esclarece que a preocupação subjacente foi a de “definir com maior precisão o conceito de «viagem organizada» em função de outros critérios objetivos respeitantes sobretudo à forma como os serviços de viagem são apresentados ou adquiridos e relativamente aos quais os viajantes tenham expectativas legítimas de estarem protegidos.”

Se as aludidas modalidades de viagem organizada não suscitam questões de maior monta, já os designados “pacotes”, “experiências” ou “gift boxes”⁷⁰, por um lado e os ditos “pacotes dinâmicos”, “click through booking” ou “click through package” merecem particular interesse. Os primeiros resultam de serviços combinados após a celebração de um contrato através do qual o operador dá ao viajante a possibilidade de escolher entre uma seleção de diferentes tipos de viagem. As empresas que divulgam e promovem estas viagens são “organizadores” enquanto que as que as disponibilizam junto do público em geral e as comercializam são “retalhistas”⁷¹. A segunda modalidade referida, o “pacote dinâmico”, “click through booking” ou “click through package”⁷² ocorre quando o nome do viajante, detalhes do pagamento e o endereço de correio eletrónico são transmitido entre diferentes operadores através de “links” sendo a confirmação da reserva emitida no período de 24 horas.

⁷⁰ Diretiva, artigo 3.º n.º 2 b) iv) e Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, artigo 2.º p) n.º 4.

⁷¹ Como por exemplo as marcas “Odisseias” ou “Lifecooler”.

⁷² Diretiva, artigo 3.º n.º 2 b) v e correspondente artigo 2.º p) 5) do Decreto-Lei n.º 17/2018.



Merece particular interesse o disposto na parte final do artigo 3.º n.º 2 b) da Diretiva segundo o qual os serviços turísticos, que não sejam parte integrante do transporte de passageiros, alojamento ou aluguer de veículo a motor ou motociclos forem combinados com um destes, apenas constituem uma viagem organizada se representarem uma parte significativa do respetivo valor ou se tiverem sido publicitados como elemento essencial da viagem ou férias. Se a segunda parte do preceito pode não suscitar grandes dúvidas, sendo consensual que, por exemplo, um programa de viagem à Disneylândia Paris, que inclua entradas para o parque constitua uma viagem organizada, já a primeira coloca, desde logo, a questão de se saber o que se deve entender por "parte significativa do preço." O esclarecimento dos legisladores europeus quanto a esta questão está patente no Considerando (18) onde se lê: "Se outros serviços turísticos representarem 25% ou mais do valor da combinação, deverá considerar-se que representam uma proporção significativa do valor da viagem organizada ou do serviço de viagem conexo." Porém, na prática, esta solução pode enfrentar dificuldades de aplicação já que, por via de regra, o adquirente de uma viagem organizada desconhece qual o valor de cada um dos respetivos componentes pois a mesma é comercializada por um preço global. Esta indeterminação prejudica e desvirtua, naturalmente, a aplicação deste preceito. Fürich⁷³ pronunciou-se neste sentido, ao referir que caso o retalhista não revelar um preço total ou não referir expressamente no contrato que se trata de uma "viagem organizada" ou "tudo incluído" dúvidas subsistirão relativamente à natureza do serviço. Para ultrapassar esta dificuldade propõe que a percentagem específica seja incluída no diploma de

⁷³ ERNST FÜRICH, *ob. cit.*, p.110.

transposição de modo a evitar uma interpretação por parte dos tribunais, “duvidando que todos estes encontrem a clarificação no Considerando (18) da Diretiva. O legislador nacional não enveredou por este caminho, ficando, pois, as partes no contrato de viagem sujeitas às contingências e incertezas suscitadas pelo referido autor. Importa ainda clarificar que não existe uma viagem organizada se os serviços forem escolhidos e adquiridos após a mesma ter sido iniciada⁷⁴⁻⁷⁵. A este propósito os legisladores europeus alertaram para o risco de um possível desvio à Diretiva, “o que sucederia se os organizadores e retalhistas oferecessem ao viajante a possibilidade de escolher antecipadamente serviços turísticos adicionais e só propusessem a celebração do contrato relativa a esses serviços depois de iniciada a execução do primeiro serviço de viagem”⁷⁶.

Como se referiu, a par com as viagens organizadas, a Diretiva introduziu a nova figura, dos designados “serviços de viagens conexos” que, de acordo com a definição do respetivo artigo 3.º n.º 5, consistem em “pelo menos dois tipos diferentes de serviços de viagem adquiridos para efeitos da mesma viagem ou das mesmas fé-

⁷⁴ Diretiva, artigo 3.º n.º 2 *in fine* e Decreto-Lei n.º 17/2018, artigo 2.º n.º 3.

⁷⁵ CARLOS TORRES, *ob. cit.* p. 310, sublinha a importância da combinação de serviços como pressuposto da existência de uma viagem organizada através do seguinte exemplo: se no sítio da Internet de um hotel se faz uma reserva de um quarto e se aluga um veículo para a mesma viagem ou férias, estamos perante uma viagem organizada. Pelo contrário, se o viajante reservou online o alojamento e ao chegar à unidade hoteleira, alguns dias mais tarde, para beneficiar de uma oferta promocional, alugou um veículo publicitado no website do hotel ou na receção, não estamos perante uma viagem organizada mas, pelo contrário, um serviço de viagem autónomo, complementado com outro serviço de viagem autónomo, não constituindo uma viagem organizada ou um serviço de viagem conexo.

⁷⁶ Diretiva, Considerando (18) *in fine*.



rias que não constituam uma viagem organizada e que resultem da celebração de contratos distintos com diferentes prestadores de serviços de viagem, se um operador facilitar: por ocasião da mesma visita ou contacto com o respetivo ponto de venda, a escolha separada e o pagamento de cada serviço de viagem pelos viajantes; ou de forma direcionada, a aquisição de pelo menos um serviço de viagem adicional a outro operador, caso o contrato com esse outro operador seja celebrado, o mais tardar 24 horas depois da confirmação da reserva do primeiro serviço de viagem".

Conforme se alcança desta disposição legal, a definição de serviços de viagem conexos comporta duas situações distintas: a da alínea a) respeita a reservas separadas efetuadas através de um único ponto de venda, sítio na Internet ou estabelecimento, enquanto a da alínea b) prevê a existência de reservas separadas efetuadas através de sítios na Internet diferentes mas associados e a segunda reserva é efetuada, o mais tardar, 24 horas após a confirmação da primeira. Ambas têm em comum que os pagamentos são relativos a contratos distintos celebrados com diferentes operadores tendo em vista a concretização da mesma viagem ou férias sendo que os que as distinguem é a existência, na previsão da alínea b), de sítios na Internet que são associados pelo facilitador, servindo para efetuar reservas separadas⁷⁷.

⁷⁷ O Considerando (13) da Diretiva exemplifica, a este propósito, o caso em que o viajante, ao receber a confirmação de uma reserva para um serviço de viagem, como por exemplo, uma viagem de avião ou de comboio, recebe um convite para marcar um serviço adicional no destino, designadamente, uma estadia num hotel através de um link para o site de reservas do fornecedor ou intermediário.

O diploma de transposição foi fiel à definição da Diretiva quanto à definição de serviços de viagem conexos⁷⁸. Todavia, o regime constante do respetivo artigo 34.º merece alguma ponderação, resultando incongruente a separação entre os meros facilitadores de serviços de viagens conexos e as agências de viagens que facilitam os mesmos serviços além de potencialmente geradora para o viajante de alguma incerteza quanto ao objeto do contrato. Machado *et alii*⁷⁹ abordam a questão controversa da distinção entre serviços de viagens conexos dos designados “pacotes dinâmicos”, “construídos pela doutrina” no âmbito da Diretiva de 1990, permitindo aos “turistas construir o seu próprio pacote *a la carte*, escolhendo o voo, hotel, excursões, transferes, aluguer de automóveis, viagens de comboio, seguro de viagem, entre outros, baseando-se, geralmente na oferta de vários prestadores de serviços turísticos conectados diretamente via internet através de uma agência de viagens”. Para estes autores, à luz da legislação anteriormente vigente, em Portugal os pacotes dinâmicos careciam ser “vendidos por uma agência de viagens”, “permitiam a recombinação automática (online) dos elementos da viagem feita diretamente pelos turistas em tempo real”, “o preço final era dado após a construção do pacote, sem discriminação das parcelas que o compõem” e devia “o contrato ser celebrado com a agência e não com os prestadores de serviços que, em concreto, prestam os serviços que compõem o pacote.” Reconheciam que, de acordo com o enquadramento jurídico anterior, a comercialização de viagens turísticas [era] feita exclusivamente através de agentes de viagens.” Porém, admitem que este regime de exclusividade conhecia uma exceção, relativa-

⁷⁸ Decreto-Lei n.º 17/2018, artigo 2.º n.º 1 n).

⁷⁹ VIRGÍLIO MACHADO *et alii*, ob. cit.



mente à “comercialização de serviços que não constituam viagens organizadas, feita através de meios telemáticos ou da Internet, por empreendimentos turísticos, empresas transportadoras, estabelecimentos, iniciativas ou projetos declarados de interesse para o turismo e entidades que prossigam atribuições públicas de promoção de Portugal ou das suas regiões, enquanto destino turístico.” No entanto, como bem observam, para um consumidor médio, era duvidoso, perante um portal de uma companhia aérea, por exemplo, saber se após haver adquirido uma passagem aérea, o serviço de reserva de alojamento estaria disponibilizado por aquela entidade ou por outro prestador de serviços, o que, naturalmente, poderia ter efeitos negativos caso tivesse necessidade de reclamar por incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato. Entendem que o traço distintivo entre viagens organizadas e serviços de viagem conexos será o facto de naquele “o operador com quem primeiro se contrata [transmite] aos outros operadores o nome do viajante, os dados relativos ao pagamento e o endereço de correio eletrónico.” Como refere Berenguer⁸⁰ a distinção radica na circunstância de não existir apenas um único responsável pela boa execução dos serviços de viagem na qualidade de organizador e o viajante não beneficia da mesma proteção garantida às viagens organizadas. Fullana⁸¹, por seu turno, questiona se existe justificação para a existência de um tratamento diferenciado para os designados “*click through packages*” e os serviços de viagem conexos, prevendo

⁸⁰ C. BERENQUER ALABADEJO, “Lights and Shadows of the New Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and the Council of 25 November 2015 on package travel and travel related services” in *International Journal of Scientific Management Tourism*, 2016, Vol. 2, n.º 2, pp 33-34.

⁸¹ ANTONIA PANIZA FULLANA, “Reassessment of the liability of tourism traders in the Directive (EU) 2015/2302 of the Parliament and of the Council of 25 November 2015 in The New Package Travel Directive, ESHT | INATEL, 2017, p. 145.

que, em certos casos, seria difícil para um “viajante médio” saber se estaria perante uma ou outra modalidade. Prossegue a autora que, por este motivo e para evitar confusão, os operadores estão obrigados a informar os viajantes acerca da natureza dos serviços que prestam, “a qual deve coincidir com a verdadeira natureza do serviço ou produto contratado”. Um dos traços distintivos seria, pois, “o preço global/preço discriminado para cada um dos serviços contratados”, sendo que apenas no primeiro caso em que o organizador fornece os serviços por um preço global, estaríamos perante uma viagem organizada.

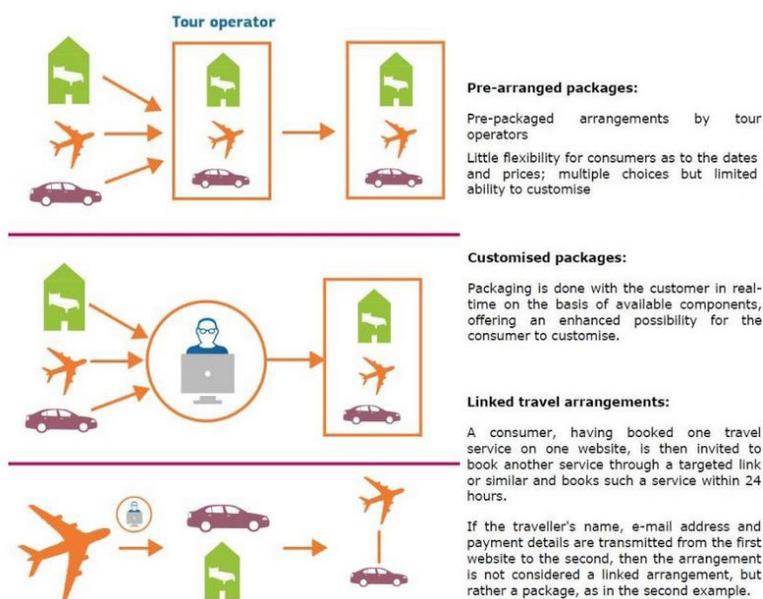


Figura - Viagens organizadas, viagens “à medida” e serviços de viagem conexos⁸²

⁸² GTP | Headlines disponível em <https://news.gtp.gr/2018/06/22/new-eu-package-travel-directive-come-effect-july-2018/> (11.02.2019).

O quadro supra ilustra graficamente este entendimento, distinguindo, as viagens organizadas oferecidas pelos organizadores aos seus clientes, das que os diversos componentes são escolhidos pelos clientes e finalmente, os serviços de viagem conexos em que um facilitador, de forma direcionada, facilita a celebração de contratos distintos com outros prestadores de serviços.

4. As garantias dos viajantes na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 18/2018, de 8 de março

4.1. Responsabilidade pela execução da viagem organizada

A Diretiva define, com detalhe, o regime da responsabilidade do organizador pela correta execução dos serviços de viagem incluídos no contrato de viagem, quer sejam executados pelo próprio organizador ou por outros prestadores de serviços de viagem⁸³. Nos casos em o organizador/retalhista não supra a falta de conformidade, constatada durante a execução do serviço de viagem organizada incluído no respetivo contrato, dentro de um prazo razoável fixado pelo viajante ⁸⁴ ou quando for impossível encontrar alternativas ou estas forem recusadas pelo mesmo ⁸⁵ estão previstas consequências jurídicas as quais consistem na redução adequada do preço e/ou no direito a uma indemnização adequada por parte do organizador/retalhista por quaisquer danos sofridos pelo viajante. ⁸⁶

⁸³ Diretiva, artigo 13.º.

⁸⁴ Diretiva, artigo 13.º n.º 6.

⁸⁵ Diretiva, artigo 13 n.º 7).

⁸⁶ Diretiva, artigo 14.º n.º s1 e 2.

Acresce, ainda, que, nas referidas circunstâncias, se a viagem organizada incluir o transporte de passageiros, o organizador deve proporcionar também “o repatriamento do viajante num meio de transporte equivalente, sem demora injustificada e sem custos suplementares para o viajante”⁸⁷.

As disposições relativas à responsabilidade do organizador durante a execução do contrato foram transpostas para o direito interno constando dos artigos 28.º (Incumprimento), 29.º (Redução do preço e indemnização por danos), artigo 30.º (Assistência a viajantes), artigo 33.º (Contacto com a agência organizadora através da agência retalhista) e artigo 35.º (Da responsabilidade das agências de viagens – princípios gerais)⁸⁸. Importa reter como, na ausência de norma específica da Diretiva, o Decreto-Lei resolveu garantir, através da subscrição de um seguro de responsabilidade civil obrigatório para todas as entidades que se inscrevessem no Registo Nacional de Agências de Viagens e Turismo (RNAVT) condição para operar em Portugal no mercado das viagens, o qual obedece a uma apólice normalizada⁸⁹. Assim, tal como nos regimes anteriores, foi mantida a obrigatoriedade de constituição de um seguro

⁸⁷ Diretiva, artigo 13.º n.º 6 § 3.

⁸⁸ Não será aqui abordada a questão de saber se o legislador nacional foi, nesta matéria em particular, fiel ao desiderato europeu no que à transposição concerne. No entanto, não se pode deixar de reiterar o facto, manifestamente dissonante da Diretiva, mas, ainda assim, coerente com a letra e espírito do lusitano legislador, o, de se fazer, expressamente, menção às agências de viagens quando, na realidade, a norma europeia, de harmonização máxima, ter vocação abrangente, reconhecendo no seu âmbito de aplicação qualquer operador, independentemente da atividade que prossegue.

⁸⁹ GENERALI – Condições gerais de seguro obrigatório de responsabilidade civil das agências de viagens e turismo, disponível em http://ww4.general.pt/documentos/documentacao_produtos/Apolice%20Resp.%20Civil%20Viagens%20e%20Turismo.pdf (17.02.2019).



de responsabilidade civil, desta feita, com um montante mínimo de cobertura no valor de € 75.000,00 por sinistro, para ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais causados a clientes ou a terceiros por ações ou omissões da agência e o risco acessório do repatriamento dos clientes e sua assistência, bem como assistência médica e medicamentosa, necessários em caso de acidente e ou doença ocorridos durante a viagem ⁹⁰⁻⁹¹.

Outro aspeto importante a reter, resulta da remissão efetuada no artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, em apreço, para o artigo 30.º do mesmo diploma, de onde decorre que está excluído o risco acessório de repatriamento em caso de insolvência. Com efeito, este preceito refere-se expressamente aos deveres de assistência aos viajantes que impendem sobre as agências de viagens e turismo numa situação de normal execução do contrato. Por estranho que pareça, não faz qualquer alusão ao repatriamento, mas, pelo contrário, limita a responsabilidade da agência ao dever de "assegurar os custos de alojamento necessários, se possível de categoria equivalente, por um período não superior a três noites" quando, por "circunstâncias inevitáveis e excepcionais o viajante não puder regressar", risco que, aparentemente, não está coberto

⁹⁰ Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março artigo 41.º.

⁹¹ A este propósito, de salientar que o acionamento do seguro é efetuado pelo tomador e segurado que, de acordo com a cláusula 16ª da respetiva apólice, se obrigam em caso de sinistro coberto pelo contrato "a comunicar tal facto, por escrito, ao segurador, no mais curto prazo de tempo possível, nunca superior a 8 dias a contar do dia da ocorrência ou do dia em que tenha conhecimento da mesma, explicitando as suas circunstâncias, causas eventuais e consequências." Desta feita, caso a agência de viagens e turismo não reconheça a sua responsabilidade e não comunique o sinistro à seguradora, de nada vale, para o viajante este seguro, ficando obrigado a recorrer à via judicial para ver reconhecido, nomeadamente, o direito a uma indemnização compensatória.

pelo seguro. Neste contexto, afigura-se duvidosa, na prática, a eficácia deste seguro para um viajante em situação de carência de assistência no decurso da viagem.

4.2. Proteção do viajante em caso de insolvência dos organizadores

A Diretiva impõe a obrigação de assegurar que “os organizadores estabelecidos no seu território garantam o reembolso de todos os pagamentos efetuados pelos viajantes ou por conta destes na medida em que os serviços em causa não sejam executados em consequência da insolvência do organizador⁹². Impõe-se, desde já, delimitar o conceito de insolvência para efeitos do regime em apreço já que o mesmo pode assumir diferentes interpretações em cada um dos Estados-membros, o que prejudicando a sua aplicação uniforme⁹³⁻⁹⁴. Porém, para o legislador europeu, não obstante a referência a uma expressa “declaração de insolvência” o que,

⁹² *Diretiva*, artigo 17.º.

⁹³ Em Portugal o conceito jurídico de situação de insolvência encontra-se definido no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas sendo declarada pelo tribunal, embora baste que seja meramente iminente, no caso de apresentação do devedor à insolvência.

⁹⁴ *Código da insolvência e da recuperação de empresas, Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 8/2018, de 2 de março*, artigo 3.º n.º 1: “É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”; n.º 4 “Equiparase à situação de insolvência atual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência.”; artigo 4.º n.º 1 – A insolvência é declarada pelo tribunal – disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=85&nversao=&tabela=leis&so_miolo=\(26.01.2019\)](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=85&nversao=&tabela=leis&so_miolo=(26.01.2019)).



pelo menos entre nós carecia de uma intervenção judicial, naturalmente, complexa e morosa, seria suficiente a constatação de “problemas de liquidez do organizador”, conforme se alcança do Considerando (39) onde se lê: “(...) os Estados-membros deverão garantir que a proteção esteja disponível logo que, em consequência de problemas de liquidez do organizador, os serviços de viagem não sejam ou não venham a ser total ou parcialmente executados ou no caso de os prestadores de serviços exigirem o respetivo pagamento aos viajantes.” Para a Comissão⁹⁵, o objetivo subjacente “é o de clarificar que o repatriamento não pode ser recusado simplesmente porque não existe uma declaração oficial de insolvência, o que está em linha com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”.⁹⁶ Assim sendo, a garantia deve estar disponível “logo que” se verifique o incumprimento em consequência da insolvência do operador. Acresce que “a garantia é mobilizada, a título gratuito, para assegurar os repatriamentos e, se necessário, o financiamento do alojamento anterior ao repatriamento.” Ademais, “relativamente aos serviços de viagem que não tenham sido prestados, os reembolsos são efetuados sem demora injustificada após o pedido do viajante.”⁹⁷ MacDonald⁹⁸ esclarece que de acordo com a Diretiva “a insolvência não exige qualquer ato ou declaração judicial ou administrativa.” Com efeito, somente esta interpretação é consistente com as preocupações de celeridade no acionamento

⁹⁵ *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements Workshop with Member States 26 February 2017*, p. 4 disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (11.02.2019).

⁹⁶ *Caso C-364/96 Verein für Konsumenteninformation*.

⁹⁷ *Diretiva*, artigo 17.º n.º 5.

⁹⁸ MARC MACDONALD, “*Linked travel arrangements and their protection under the new Package Directive*”, in *The New Package Travel Directive*, ESHL | INATEL, 2017, p. 91.

desta garantia vocacionada, em primeira linha, para incutir confiança aos viajantes na contratação de uma viagem e, por outro, para ultrapassar, de forma eficaz e efetiva as dificuldades inerentes à interrupção de uma viagem organizada motivada por súbitas e inesperadas dificuldades financeiras do organizador.

Para os legisladores europeus, os Estados-Membros mantêm o poder discricionário quanto à forma como deve ser acordada tal proteção, desde que assegurem a sua efetividade e o acionamento dos inerentes mecanismos de forma eficaz, "garantindo o reembolso de todos os pagamentos efetuados pelos viajantes ou por conta destes e, na medida em que a viagem organizada inclua o transporte de passageiros, do repatriamento dos viajantes" ou, em alternativa uma proposta de continuação da viagem organizada"⁹⁹.

A este propósito, a Comissão esclareceu que não obstante o modo como era realizado pela entidade responsável pela proteção em caso de insolvência "deverá ser o que, do ponto de vista do viajante, ofereça a melhor resposta e seja a mais eficiente"¹⁰⁰. No entanto, salientou que o artigo 17.º n.º 4 exige que "a garantia seja mobilizada a título gratuito para assegurar os repatriamentos e, se necessário, o financiamento do alojamento anterior ao repatriamento" de modo a obviar a que os viajantes "abandonados" sejam deixados à sua sorte, limitados à obtenção de um reembolso *a posteriori* das despesas em que incorreram. Conclui que "a entidade afeta à proteção na insolvência deve, em qualquer caso, estar imediatamente disponível para assistir os viajantes e custear o respetivo voo de regresso." Quanto à possibilidade

⁹⁹ *Diretiva*, Considerando (39).

¹⁰⁰ *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements Workshop with Member States 26 February 2017*, p. 4 disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (11.02.2019).



de continuação da viagem, a Comissão entende que, ao abrigo desta norma, deve ser dada aos viajantes a possibilidade de “finalizarem as suas férias”, devendo uma entidade responsável “assumir o papel de organizador em lugar do organizador insolvente”¹⁰¹.

A Diretiva impõe regras quanto aos requisitos da garantia em apreço, ou seja, “deve ser efetiva e cobrir os custos razoavelmente previsíveis e abranger os montantes de pagamentos efetuados pelos viajantes ou por conta destes e respeitantes a viagens organizadas, tendo em conta o período de tempo decorrido entre os adiantamentos e os pagamentos finais e o termo da viagem organizada, bem como o custo estimado dos repatriamentos em caso de insolvência do organizador”¹⁰². Também quanto a este aspeto, os legisladores europeus fornecem, na parte preambular, detalhados critérios interpretativos de modo a que os Estados-membros, ainda que no âmbito dos seus poderes discricionários atrás referidos, garantam que as respetivas opções legislativas sejam aptas assegurar a suficiência desta medida protetora. Neste sentido, o Considerando (40) prevê que a garantia tanto possa ser estimada segundo o critério dos pagamentos dos viajantes ou do volume de negócios do organizador. No primeiro caso “a garantia tem de abranger uma percentagem suficientemente alta do volume de negócios do organizador no que respeita a viagens organizadas e pode depender de fatores como o tipo de viagens organizadas vendidas, incluindo o meio de transporte, o destino da viagem, bem como eventuais restrições legais ou os compromissos do organizador relativamente aos montantes dos pré-pagamentos que pode aceitar e o prazo de pagamento antes da viagem organizada.” Quanto ao segundo,

¹⁰¹ *Idem* p.3.

¹⁰² *Diretiva*, artigo 17.º n.º 2.

“caso a cobertura necessária possa ser calculada com base nos dados comerciais mais recentes, por exemplo o volume de negócios do último exercício, os organizadores deverão ser obrigados a adaptar a proteção em caso de insolvência na eventualidade de riscos acrescidos, incluindo o aumento significativo de viagens organizadas.” MacDonald ¹⁰³ entende que calcular o valor da garantia “é um exercício controverso e implica alguma adivinhação” não obstante os critérios definidos na parte preambular da Diretiva. Relativamente a este aspeto, a Comissão manifestou, de forma vigorosa e inquestionável, o seu entendimento quanto à suficiência da garantia no sentido de que se o sistema for estruturalmente desadequado para garantir uma proteção plena ou se os mecanismos de controlo não se mostrarem apropriados, existe o risco de os Estados-membros serem responsabilizados por incumprimento do direito da União Europeia tal como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Apenas não existirá responsabilidade se o reembolso for apenas parcial, quando o risco seja “extremamente improvável” ou quando “os custos não sejam previsíveis”¹⁰⁴.

Em suma, não obstante a Diretiva conferir aos Estados-Membros uma ampla margem de discricionariedade quanto à forma de transposição do artigo 17.º relativo à proteção na insolvência de organizadores e retalhistas, o certo é que são impostas regras

¹⁰³ MARC MACDONALD, ob. cit.

¹⁰⁴ A Comissão referiu os processos apensos C-178/94, C-179/94 e C-118/94 a C-190/94 *Dillenkofer* e Outros, Caso C-140/97 *Rechberger* e Outros e o Caso C-430/13 *Baradics* e Outros in *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements Workshop with Member States 26 February 2017*, p. 4 disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (11.02.2019).



com as quais os Estados-membros têm de se conformar, quais sejam: a) a suficiência da garantia para a cobertura integral dos custos decorrentes da situação de insolvência do organizador; b) a finalidade da garantia; c) a obrigatoriedade de prestação de informação normalizada sobre a proteção em caso de insolvência pelos meios que se mostrarem adequados; d) o imediato repatriamento dos viajantes, a título gratuito, se a viagem organizada incluir o transporte de passageiros; e) o financiamento do alojamento anterior ao repatriamento; f) a possibilidade de continuação da viagem, assumindo a entidade responsável pela garantia o papel do organizador insolvente; g) o reembolso dos serviços prestados sem demora injustificada; h) a gratuidade na mobilização da garantia.

Importa, agora avaliar como o legislador nacional correspondeu a tais requisitos no diploma de transposição. Neste sentido, é pertinente citar Machado *et alli*¹⁰⁵ que vaticinaram em 2017, ou seja, antes da publicação e, porventura, da divulgação do projeto do diploma de transposição, que o “Fundo Solidário [tal como então existia tinha] um limite anual de pagamentos de €1.000.000,00, o que [podia] ser claramente insuficiente para fazer face a um processo de insolvência de um «grande» facilitador de serviços conexos.” A fim de ultrapassar tal dificuldade preconizavam o aumento da capacidade do “Fundo Solidário” nos casos de insolvência, embora tal não devesse ser efetuado com as regras então existentes, penalizadoras para muitas pequenas e médias empresas” chamadas a contribuir para a garantia de um risco para o qual elas próprias pouco ou nada [concorriam].” Na verdade, a previsão da

¹⁰⁵ VIRGÍLIO MACHADO *et alli*, ob. cit.

manutenção do Fundo de Garantia de Viagens e Turismo (FGVT) no diploma de transposição veio a confirmar-se, o qual determina que o mesmo, com um montante máximo de € 4.000.000,00 se mantém em vigor¹⁰⁶. Tal como no anterior enquadramento normativo, o financiamento do FGVT é assegurado pelas agências de viagens e turismo mediante uma contribuição única de € 2.500,00, a prestar no momento da inscrição no Registo Nacional de Agências de Viagens e Turismo (RNAVT). As mesmas agências podem ser chamadas a prestar uma contribuição adicional sempre que o FGVT atinja um valor inferior a € 3.000.000,00 de modo a repor o seu valor mínimo acima indicado. O montante da contribuição adicional é variável, repartido por sete escalões, consoante o valor da prestação de serviços efetuados, respetivamente, inferior a 1 milhão de euros, no limite mínimo, ou superior a 100 milhões de euros, no máximo, podendo variar entre 200,00 e 15.000,00 euros¹⁰⁷. Assim, não obstante a contribuição inicial ter um valor idêntico para grandes organizadores ou pequenos retalhistas, as subsequentes, apenas necessárias a repor o montante mínimo do FGVT, são ajustadas à dimensão dos contribuintes.

A flexibilidade deste mecanismo pode garantir, ainda que à custa dos agentes cujo risco de insolvência é menor, a suficiência da garantia para a cobertura integral dos custos decorrentes da insolvência de um operador. Porém, contrariamente ao que é aconselhável, ou seja, dimensionar a garantia em função da situação em concreto que se pretende prevenir, existe um completo desfasamento entre o valor e o efetivo risco inerente à atividade. É certo que o FGVT ainda não foi testado para responder a uma

¹⁰⁶ Decreto-Lei n.º 17/2018, artigo 37.º.

¹⁰⁷ Decreto-Lei n.º 17/2018, artigo 38.º.



situação grave e de dimensão considerável pelo que qualquer apreciação a este respeito não pode ultrapassar o domínio da mera conjectura, mas não deixa de ser verdade que, pelo menos, aparentemente, não existe qualquer critério para a fixação do respetivo valor¹⁰⁸.

Já no que respeita à finalidade desta garantia, algumas questões se perfilam que merecem alguma reflexão, decorrentes da redação do artigo 37.º do diploma de transposição. De acordo com o disposto no n.º 2 onde se lê: "O FGVT (...) responde solidariamente pelo pagamento dos créditos de viajantes decorrentes de serviços contratados às agências de viagens e turismo." O n.º 4 do mesmo preceito vem repetir o transcrito segmento com uma ligeira reformulação ao determinar que "os valores que integram o FGVT respondem solidariamente pelos créditos dos viajantes relativamente a serviços contratados a agências de viagens e turismo" precisando, no entanto, que satisfazem o reembolso em três situações distintas, a saber:

- a. "dos pagamentos efetuados pelos viajantes ou por conta destes na medida em que os serviços contratados não sejam prestados por força da insolvência da agência de viagens e turismo;"
- b. "dos montantes entregues pelos viajantes referentes ao incumprimento ou cumprimento defeituoso de contratos celebrados com agências de viagens e turismo;"

¹⁰⁸ De referir que cada Estado-membro adotou o seu próprio mecanismo de proteção do viajante o qual pode consistir, para além de fundo de garantia, noutras formas, tais como garantia bancária, seguro obrigatório, ou outras.

c. “das despesas suplementares suportadas pelos clientes em consequência da não prestação dos serviços ou da sua prestação defeituosa.”

Ora, constata-se, com clareza que, em primeiro lugar, o FGVT tem uma vocação abrangente sendo suficiente pressuposto para o seu acionamento o mero incumprimento contratual, em sentido lato, por parte da agência de viagens, independentemente da sua causa ou origem. Desta feita, pode responder perante um viajante caso o organizador nacional com quem contratou, ainda que reconhecido pela sua solidez financeira, cumprir defeituosamente uma cláusula do contrato de viagem organizada celebrado entre ambos. Tal pode ocorrer, por exemplo, quando o alojamento disponibilizado no destino não tem as características do que havia sido contratado ou não são fornecidas as refeições constantes do programa de uma viagem organizada.

Da conjugação do disposto nos n.º 2 e 3 do artigo 39.º do diploma de transposição decorre que caso a agência de viagens e turismo que tenha sido condenada a reembolsar o cliente, por via do indicado incumprimento, o não faça, o FGVT assume o pagamento, devendo a devedora repor o montante no prazo máximo de 15 dias. Duas são as consequências que se retiram deste regime. Por um lado, o FGVT vê diminuído o seu valor o que pode determinar o chamamento dos demais contribuintes, porventura mais zelosos dos seus deveres para com os clientes, a proceder à reposição nos termos acima assinalados. Por outro, a entidade faltosa incorre numa contraordenação grave, prevista na alínea f) do n.º 2 do artigo 46.º e cominada com uma coima que, para uma grande empresa, varia entre € 2.500,00 e € 20.000,00. Ponderadas as circunstâncias do caso em concreto, a empresa relapsa pode



encontrar neste regime uma ampla janela de oportunidades, sendo certo que, nestes casos, não há lugar ao cancelamento oficioso da respetiva inscrição no RNAVT, reservado apenas às agências de viagens e turismo relativamente às quais haja uma declaração de insolvência ou dissolução¹⁰⁹.

Quanto a este aspeto, afigura-se pertinente questionar se esta proteção que o viajante beneficia sem que tenha de prestar qualquer contrapartida, somente pelo simples facto de contratar uma viagem organizada a uma agência de viagens e turismo inscrita no respetivo registo em Portugal, é conforme com os ditames da harmonização legislativa plena. Aparentemente a resposta deve ser negativa pois o nível de proteção, por via desta imposição não pode ser inferior nem superior ao prescrito pela Diretiva¹¹⁰.

No que concerne à obrigatoriedade de prestação de informação normalizada, a leitura das “fichas informativas” Parte A e Parte B constantes do Anexo II¹¹¹ ao diploma revelam-se manifestamente desconformes com o que o mesmo prescreve, assegurando, indevidamente, ao viajante que “se o organizador ou o retalhista

¹⁰⁹ Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, artigo 9.º n.º 2.

¹¹⁰ A questão da harmonização plena foi abordada no trabalho anterior, para o qual se remete.

¹¹¹ *Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, Anexo II - “Se o organizador ou, em alguns Estados-membros, os retalhistas for considerado insolvente, os pagamentos serão reembolsados. Se o organizador ou, se aplicável, o retalhista for declarado insolvente após o início da viagem organizada e se o transporte estiver incluído na viagem organizada é garantido o repatriamento dos viajantes. XY subscreveu uma proteção em caso de insolvência com YZ [entidade que garante a proteção em caso de insolvência, por exemplo, um fundo de garantia ou uma companhia de seguros]. Os viajantes podem contactar esta entidade ou, se aplicável, a autoridade competente (contactos, incluindo nome, endereço geográfico, endereço de correio eletrónico e número de telefone) se for recusada a prestação de serviços devido à insolvência de XY.”*

for declarado insolvente após o início da viagem organizada e o transporte estiver incluído na viagem organizada é garantido o repatriamento dos viajantes." Ora, não deixa de ser absurda a menção, entre parêntesis retos, a uma entidade não identificada "que garante a proteção em caso de insolvência, por exemplo, um fundo de garantia ou uma companhia de seguros." A mera reprodução do texto correspondente da Diretiva, sem a identificação da entidade no espaço para o efeito deixado em branco, é bem demonstrativa da ausência de compreensão da norma europeia por parte do legislador nacional.

Impõe-se, ainda, avaliar quais as respostas oferecidas aos viajantes, vítimas das consequências decorrentes da insolvência de uma agência de viagem e turismo, com a qual contrataram uma viagem organizada, imagine-se, para um destino remoto, no qual se encontram, sem meios para custear o alojamento e a viagem de regresso. Apenas uma, a decorrente do disposto na alínea a) do n.º 4 do artigo 37.º, ou seja, os viajantes custearão, a expensas próprias, os serviços contratados que não foram cumpridos, transporte aéreo e alojamento, se for o caso, e chegados a Portugal, acionarão o FGVT pelos meios previstos no artigo 39.º, ou seja, recorrendo a um tribunal, judicial ou arbitral, ao Provedor do Cliente da Associação Portuguesa de Agências de Viagens e Turismo (APAVT) ou à comissão arbitral a que se refere o artigo 40.º, todos artigos do Decreto-Lei n.º 17/2018.

Desta feita, o requisito "sem demora injustificada" não se mostra observado, sendo inequívoco que o viajante terá que suportar todas as despesas decorrentes da viagem de regresso, incluindo, se for o caso, o repatriamento, e somente depois acionar um dos meios previstos para a obtenção do reembolso que lhe for devido. Mais grave ainda, uma vez que não existe em Portugal uma



"entidade afeta à proteção da insolvência", os viajantes ficam abandonados à sua sorte, providenciando, por sua iniciativa, os serviços alternativos que, por via da insolvência do operador não lhe foram prestados. Tais circunstâncias podem ser causadoras de grandes constrangimentos se o viajante se encontrar em destinos mais longínquos ou "exóticos" ou se não tiver disponibilidade financeira para suportar os custos com o repatriamento, nos quais se podem incluir, para além do transporte, o alojamento, alimentação e comunicações. A questão que subsiste é a de saber se nestas circunstâncias qual seria a resposta das autoridades nacionais competentes, sobretudo se estiver em causa uma operação de envergadura considerável.

Acresce que não se pode afirmar que o viajante, através de um dos meios de que dispõe (judiciais ou extrajudiciais) será reembolsado dos serviços contratados sem demora injustificada.

Com efeito, a Comissão Arbitral deve convocada dez dias após a entrega do pedido, mas, no entanto, ainda que tal se verifique, nada é referido na lei quanto ao prazo de pagamento. Na verdade, atento o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 39.º do dito Decreto-Lei, as agências de viagens responsáveis dispõem de dez dias para proceder ao pagamento, sendo que caso tal não se verifique, o mesmo é efetuado através do FGVТ, tendo as agências responsáveis a obrigação de repor o "montante utilizado no prazo de 15 dias, a contar da data do pagamento pelo FGVТ." Ora, afigura-se inequívoco que esta disposição não é aplicável às agências em situação de insolvência. O mesmo se diga relativamente ao Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, que dispõe de 30 dias, contados da apresentação da queixa, para proferir a sua decisão, para além dos quais, o cliente lesado deve solicitar, junto

do Turismo de Portugal, I.P., o reembolso que tiver sido determinado através do FGVT¹¹².

Assim, é inquestionável que Portugal não observou nas normas de transposição a que estava vinculado, não existindo quaisquer meios que satisfaçam as necessidades dos viajantes nas circunstâncias assinaladas, de insolvência do organizador, de regresso ou, tão-pouco, de continuação da viagem.

4.3. Proteção do viajante em caso de insolvência aplicável aos serviços de viagem conexos

Uma das maiores inovações da Diretiva foi a criação da figura dos serviços de viagem conexos e do facilitador desses serviços, conforme atrás analisado. Os “serviços de viagem conexos”¹¹³ podem resultar de duas situações distintas: a) reservas efetuadas através de um único ponto de venda, website ou estabelecimento físico; b) reservas separadas, efetuadas através diferentes sítios, na Internet, sendo que a segunda é feita antes de decorridas 24 horas sobre a confirmação da primeira. Em ambos os casos estamos perante contratos separados celebrados com diferentes operadores para cada um dos serviços que fazem parte da mesma viagem ou férias com a diferença de que na segunda situação existem websites interligados

¹¹² Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, disponível em <http://www.provedorapavt.com/system/resources/BAhbBlshOgZmS-SJUMjAxNi8wMS8xMy8wOS8xMi8zNi80OTAvRVNUQVRVVE9fRE9fUFJPVkvVET1JfRE9f-Q0xJRUSURV9WRl8yMDA5XzE4X0Zldl8yMDA5LnBkZgY6BkVU/ESTATUTO%20DO%20PROVEDOR%20DO%20CLIENTE%20VF%202009%20-%2018%20FeV%202009.pdf> (10.02.2019).

¹¹³ Diretiva, artigo 3.º, 5).



pelo¹¹⁴ facilitador, utilizados para efetuar reservas separadas¹¹⁵. Do mesmo modo, para os “serviços de viagem conexos” os legisladores europeus impuseram aos Estados-membros a obrigação de “assegurar que os operadores que facilitem serviços de viagem conexos garantam o reembolso de todos os pagamentos que recebam dos viajantes, na medida em que o serviço de viagem que faz parte de um serviço de viagem conexo não seja executado em consequência da declaração da sua insolvência. Se tais operadores forem a parte responsável pelo transporte de passageiros, a garantia abrange o repatriamento do viajante. MacDonald¹¹⁶ conclui que o facilitador apenas tem que assegurar proteção dos viajantes se receber pagamentos, caso contrário, não está obrigado a constituir tais garantias, à exceção da que cobre os prejuízos dos viajantes decorrentes da sua própria insolvência. Por outro lado, se receber pagamentos relativos a outros serviços que façam parte do serviço de viagem conexo de que é facilitador, a sua garantia deve contemplar os prejuízos decorrentes da insolvência do fornecedor que, conseqüentemente, não prestou o serviço.

Uma vez mais, o legislador nacional, ignorando os ditames da harmonização legislativa plena, criou uma solução original que se revela no artigo 34.º do diploma de transposição. Com efeito, reconhece duas espécies de facilitadores de serviços de viagem conexos: os facilitadores propriamente ditos e as agências de viagens e turismo que facilitem serviços de viagem conexos. Aparentemente, apenas os primeiros têm o dever de prestar ao viajante a informação de que não beneficia dos direitos aplicáveis às viagens orga-

¹¹⁴ MACDONALD, ob. cit., p. 80.

¹¹⁵ *Diretiva*, artigo 19.º.

¹¹⁶ MACDONALD, ob. cit., p. 80.

nizadas e que cada prestador de serviços será o único responsável pela correta execução contratual do seu serviço e, bem assim, facultar a ficha informativa normalizada constante do anexo III ao referido Decreto-Lei. Com efeito, as agências de viagens e turismo que facilitem serviços de viagens conexos não estão abrangidas por esta obrigação. Porém, do cotejo do n.º 1 alínea b) com o n.º 3 do referido 34.º, resulta que tanto os meros facilitadores como as agências de viagens e turismo têm a obrigação de garantir o reembolso de todos os pagamentos recebidos dos viajantes na medida em que o serviço de viagem que faz parte de um serviço conexo não seja executado em consequência da sua insolvência. Ora, se para as agências de viagens e turismo a contribuição para o FGVT é, por si, garantia suficiente, já o mesmo não se pode dizer no que respeita aos meros facilitadores porquanto a mesma está vedada às entidades não inscritas no RNAVT.

Desta feita, salvo melhor opinião, ao mero facilitador de serviços de viagens conexos não resta outra alternativa que não seja a de se converter em agência de viagens e turismo de modo a eximir-se ao regime do n.º 6 do mesmo preceito aplicável às viagens organizadas, nomeadamente, quanto a redução do preço e indemnização por danos (artigoº 29.º) e assistência aos viajantes (artigo 30.º).

Este regime não encontra na Diretiva qualquer correspondência e afigura-se complexo e tortuoso, além de potencialmente, enganador. A preocupação dos legisladores europeus no sentido de tornarem clara e perceptível para os viajantes as consequências decorrentes da aquisição de uma viagem organizada ou de um



serviço de viagem conexo, ficam esbatidas no nosso ordenamento jurídico onde a "zona cinzenta" a que se refere o Considerando (2) da Diretiva, obstinadamente, se perpétua.

5. Os meios de resolução alternativa de litígios emergentes de contratos de viagens organizadas e de serviços de viagem conexos

Estando assente que, por via da Diretiva, o viajante beneficia de um elevado nível de proteção contratual, que se estende às situações de falta de liquidez do organizador, tratando-se de viagens organizadas, ou do facilitador, no caso dos serviços de viagem conexos, é pertinente questionar se lhe são garantidos, pelo ordenamento jurídico nacional, meios adequados a fazer valer os seus direitos de reembolso e de indemnização, de forma efetiva, eficaz e célere. Com efeito, de pouco ou nada servirá um regime jurídico substantivo exigente e musculado se, na prática, o beneficiário não encontrar formas idóneas correspondentes que lhe permitam agir, tempestivamente, de modo a obter pleno ressarcimento e a justa compensação.

Conforme atrás se referiu, não obstante a Diretiva impor um grau máximo de harmonização legislativa, é, naturalmente, omissa quanto aos meios conferidos aos viajantes lesados para obterem a devida compensação, ocorrendo a insolvência do organizador ou do facilitador de serviços de viagem conexos ou o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de viagem organizada. Todavia, no que respeita a situações relativas à insolvência do organiza-

dor, os legisladores europeus determinaram que os Estados-membros devem dispor de mecanismos céleres e eficazes tendo em vista, se for o caso, o repatriamento do viajante e as despesas em que este incorrer com alojamento ou outras.

Constata-se que, não obstante as profundas alterações que nesta matéria foram introduzidas pela Diretiva, o legislador nacional manteve, sem variações relevantes, o que o anterior diploma dispunha sobre esta matéria. Desde logo, impõe-se sublinhar que não existe qualquer mecanismo legal que corresponda, positivamente, às preocupações dos legisladores europeus, no sentido de intervir, de forma expedita, em caso de insolvência do operador, garantindo ao viajante o repatriamento ou a continuação da viagem, sem que este tenha de suportar, para tanto, os inerentes encargos. Na verdade, o Decreto-Lei n.º 17/2018 mantém, no essencial, o regime de acionamento do FGVT constante do revogado Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio¹¹⁷ ao estipular no n.º 4 do artigo 37.º que os valores que integram o FGVT respondem solidariamente pelos créditos dos viajantes relativamente a serviços contratados a agências de viagens e turismo, garantindo o respetivo reembolso de quantias pagas em três situações distintas. A primeira, decorrente da insolvência da agência de viagens e turismo, assegurando o reembolso dos pagamentos efetuados pelos viajantes que, por tal circunstância, foram lesados em virtude da falta de prestação de serviços contratados. A segunda, cobrindo o reembolso dos montantes entregues pelos viajantes referentes ao incumprimento ou cumprimento defeituoso dos contratos celebrados com agências de viagens e turismo. Finalmente, o reembolso de despesas suplementares suportadas pe-

¹¹⁷ Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, artigo 33.º.



los clientes em consequência da não prestação de serviços ou da sua prestação defeituosa.

As formas de acionamento do FGVT encontram-se previstas no n.º 1 do artigo 39.º do referido diploma onde se lê que “Os viajantes interessados em obter a satisfação de créditos resultantes do incumprimento de contratos celebrados com agências de viagens e turismo podem acionar o FGVT por requerimento escrito dirigido ao Turismo de Portugal, I.P., devendo apresentar, em alternativa: a) sentença judicial ou decisão arbitral transitada em julgado, da qual conste o montante da dívida exigível, certa e líquida; b) decisão do Provedor do Cliente da APAVT, da qual conste o montante da dívida exigível, certa e líquida, desde que aquele esteja inscrito na lista de entidades de Resolução Alternativa de Litígios, nos termos da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, na sua redação atual; c) requerimento solicitando a intervenção da Comissão Arbitral a que se refere o artigo seguinte, instruído com documentos comprovativos dos factos alegados e identificação das agências de viagens e turismo organizadora e retalhista envolvidas.”

Resulta da conjugação dos referidos preceitos que, nas assinaladas circunstâncias, a lei é detalhada quanto aos meios ao alcance do viajante para fazer valer o direito ao reembolso, através do FGVT, de quantias pagas identificando, para o efeito, além da via judicial¹¹⁸, as decisões proferidas por três distintos meios extrajudiciais, quais sejam, o Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, a Comissão Arbitral e os tribunais arbitrais.

¹¹⁸ Apesar de não serem mencionados expressamente mencionados os Julgados de Paz, que não são tribunais judiciais, devem considerar-se, igualmente competentes para o efeito. Conselho Superior dos Julgados de Paz, disponível em <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/> (29.11.2019).

Tal como se encontra redigido, sob a forma de lista, este preceito impele ao entendimento de que qualquer uma das referidas vias, todas aptas a alcançar o mesmo objetivo, ou seja, o acionamento do FGVT, são equivalentes. Todavia, conforme a seguir se analisará, esta conclusão é falaciosa já que cada um dos referidos meios difere, não apenas quanto à inerente natureza jurídica, mas igualmente, no que respeita à competência e procedimento, não sendo, pois, indiferente, para o viajante lesado, o recurso a um ou outro. Importa, antes de mais, antecipar que a Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013, estabelece os princípios e regras a que deve obedecer o funcionamento das entidades de resolução de litígios de consumo e o enquadramento jurídico das que funcionam em rede¹¹⁹.

5.1. Provedor do Cliente da Associação Portuguesa de Agências de Viagens e Turismo

A decisão do Provedor do Cliente da APAVT constitui um meio idóneo para obter o acionamento do FGVT, na condição de esta entidade estar inscrita na lista de entidades de RAL nos termos da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro¹²⁰⁻¹²¹. Com efeito, esta inscrição efetivou-se pelo que figura na referida lista, organizada pela Dire-

¹¹⁹ Lei n.º 144/2015, 8 de setembro, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2425&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=& (01.12.2019).

¹²⁰ *Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março*, artigo 39.º.

¹²¹ Vide, em geral, SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, "O Contrato - Na gestão do Risco e na Garantia da Equidade", Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.



ção-Geral do Consumidor (DGC) em absoluta paridade com os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo de competência genérica e especializada¹²².

Todavia, tal como decorre da análise de Carvalho et alii¹²³ este reconhecimento suscita as maiores dúvidas e reservas quanto à respetiva conformidade com o regime constante do sobredito diploma. Em primeiro lugar, estes autores consideram impossível "afastar as suspeitas de que a sua atuação não é independente e imparcial" e que, portanto, preenche os requisitos enunciados no artigo 8.º n.º 6 d) da Lei n.º 144/2015 relativamente à ausência de vínculo funcional e separação de qualquer estrutura operacional. Ainda que relativamente à verificação desta exigência legal dúvidas pudessem subsistir, o certo é que, segundo referem, estão previstos requisitos adicionais para controlo da independência e imparcialidade que não se mostram assegurados tais como "a designação através de processo transparente e conduzido por um órgão colegial, composto de forma paritária por representantes de associações profissionais e de consumidores, a inamovibilidade durante um período de tempo razoável, a inexistência de vínculo hierárquico ou funcional com a empresa ou a previsão de um período de nojo

¹²² Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que transpõe a Diretiva 2013/11/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis n.ºs 146/99, de 4 de maio e 60/2011, de 6 de maio, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa//search/70215248/details/normal?q=Lei+n%C2%BA144%2F2015> (29.11.2019).

¹²³ JORGE MORAIS DE CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS DE CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra 2017, p.174

dentro do qual essa pessoa não possa trabalhar para a empresa ou entidade próxima desta." Para além disso, entendem estes autores que apesar de o Estatuto¹²⁴ "garantir, à partida, a independência e imparcialidade do Provedor do Cliente, a solução apresenta (...) desvantagens", designadamente, por ser impossível garantir [a sua] efetiva imparcialidade" asseverando, no entanto, que "seria interessante que as suas decisões fossem tornadas públicas, ainda que sem identificação das partes ou que, pelo menos, fosse dada informação (comprovada pela DGC) sobre a percentagem de decisões favoráveis às empresas e aos consumidores"¹²⁵.

A competência desta entidade, designada "órgão independente da APAVT"¹²⁶ flui da alínea e) do artigo 2.º do respetivo Estatuto onde se lê que "Ao Provedor do Cliente compete dirimir conflitos entre agências de viagens e turismo associadas da APAVT e os seus clientes, mediante a elaboração de decisões tomadas na base da lei e da equidade." Desde logo sobressai a aparente incongruência na formulação desta norma já que não é conciliável o recurso simultâneo à lei e à equidade, por um lado, e ainda que se interprete a norma no sentido de que tal possibilidade é alternativa, fica por responder, já que o Estatutos são omissos a este respeito, a questão

¹²⁴ Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, disponível em <http://www.provedorapavt.com/system/resources/BAhbBlSfHOgZmSSJUM-jAxNi8wMS8xMy8wOS8xMi8zNi80OTAvRVNUQVRVVE9fRE9fUFJPVkvVET1JfRE9fQ0xJRUSUR-V9WRl8yMDA5XzE4X0Zldl8yMDA5LnBkZGY6BkVU/ESTATUTO%20DO%20PROVEDOR%20DO%20CLIENTE%20VF%202009%20-%2018%20Fev%202009.pdf> (10.02.2019).

¹²⁵ JORGE MORAIS DE CARVALHO, *et alii*, ob. cit., p. 174 consideram que a utilização, pelas empresas, dos provedores pode ser "uma forma de justificarem mais facilmente perante os seus clientes a recusa de participação nos procedimentos RALC junto de outras entidades, concluindo que "os provedores do cliente não deviam ser incluídos na lista das entidades RALC organizada pela DGC."

¹²⁶ Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, artigo 1.º.



de saber quando o Provedor alicerça a sua decisão numa ou noutra regra e com que fundamentos. Importa referir que nos termos da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)¹²⁷, os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julgam segundo a equidade. Ora, a intervenção do Provedor do Cliente não obedece a nenhum dos procedimentos RAL enunciados na alínea i) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 144/2015, ou seja, a mediação, a conciliação ou a arbitragem. Atendendo a que, segundo na definição de “entidades de RAL” constante da alínea b) deste preceito, se inclui a obrigatoriedade de possibilitarem a resolução de litígios abrangidos pelo dito diploma através de um dos elencados procedimentos, é questionável a conformidade legal da respetiva qualificação, pela qual é responsável a DGC.

O Estatuto apelida a iniciativa processual de “queixa” a qual deve ser apresentada por escrito, no prazo de 20 dias úteis a contar do fim da viagem a que respeita^{128,129}. Flui do Estatuto que qualquer viajante lesado pode recorrer a esta entidade desde que a agência de viagens e turismo contra quem reclama seja associada da APAVT. Paralelamente, não existe qualquer limite, quanto ao valor ou à matéria, ao pedido formulado junto do Provedor, podendo o

¹²⁷ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, Lei da Arbitragem Voluntária, artigo 39.º n.º 1 “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julgam segundo a equidade” disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/218957/details/normal?q=Lei+da+arbitragem+volunt%C3%A1ria> (29.11.2019).

¹²⁸ Cit. Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo, artigos 13.º e 14.º.

¹²⁹ Afigura-se inquestionável que o facto de o viajante não ter apresentado queixa no referido prazo não preclui o direito de recorrer a outras instâncias, quais sejam, os tribunais judiciais, os julgados de paz ou até mesmo a Comissão Arbitral a que se refere a alínea c) do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março.

“queixoso” peticionar, não apenas o reembolso de quantias pagas por incumprimento do contrato imputável à agência, mas igualmente pedidos indemnizatórios por danos morais ou patrimoniais, de entre outras pretensões. Todavia, a esta decisão falece poder executório já que o Provedor do Cliente não é uma entidade jurisdicional apenas podendo impor sanções à agência associada se esta não observar o determinado, ao abrigo do respetivo Estatuto.

Que consequência advêm para o “viajante-queixoso” nestas circunstâncias?

Caso a recomendação preveja um valor de reembolso, a mesma permitir-lhe-á acionar o FGVt através do qual ver-á satisfeito o seu crédito pela forma acima explanada. Porém, se para além ou em alternativa, a decisão lhe reconheça o direito a uma indemnização por danos morais ou patrimoniais, pelas razões aduzidas, não terá outra opção que não seja recorrer à via judicial ou, se tiver a qualidade de consumidor, a um centro de arbitragem de conflitos de consumo a fim de obter uma decisão favorável que lhe permita obter o ressarcimento devido¹³⁰. Por outro lado, se a recomendação lhe for desfavorável, o “queixoso” pode apresentar reclamação junto do Provedor do Cliente, sem prejuízo, é certo, de recorrer a outros meios à sua disposição (tribunais, julgados de paz, centros de arbitragem ou Comissão Arbitral) já que a mesma apenas é vinculativa para a agência de viagens e turismo¹³¹ o que, naturalmente, importa maiores delongas e, porventura, despesas acrescidas.

¹³⁰ Sobre o processo nos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, vide subcapítulo “5.3. Arbitragem.”

¹³¹ Cit. *Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo*, artigos 13.º e 14.º.



5.2. Comissão Arbitral

A Comissão Arbitral, prevista no n.º 1 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 março, dispõe de competência para apreciar pedidos de reembolso dos viajantes através do FGVt relativamente a quantias despendidas em resultado da insolvência, incumprimento ou cumprimento defeituoso de contratos celebrados com agências de viagens e turismo. De acordo com o n.º 6 do artigo 40.º do mesmo diploma “é uma entidade de Resolução Alternativa de Litígios, aplicando-se-lhe as disposições e regime previstos na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, na sua redação atual e a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro¹³². Desde logo, é de notar que esta qualificação, efetuada por via normativa, se afigura extravagante atendendo a que, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, é a DGC, na sua qualidade de autoridade nacional, que dispõe de competência para organizar a inscrição e divulgação da lista de entidades de RAL e, bem assim, proceder à respetiva inscrição na mesma.¹³³ Ademais, apesar de qualificada como uma entidade de RAL, a Comissão Arbitral não figura na referida lista, o que não deixa de ser motivo de estranheza, já que, conforme refere Sandra Passinhas, a inscrição é obrigatória¹³⁴, sendo tal omissão porventura reveladora da ausência de reconhecimento, por parte da DGC, da qualificação em causa. Esta entidade é constituída por um representante do Turismo de Portugal, I.P., que preside, um representante da APAVT e um representante de uma associação de defesa do

¹³² Cit. Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, Lei da Arbitragem Voluntária.

¹³³ Decreto-Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, artigos 15º e 16.º.

¹³⁴ Sandra Passinhas, *ob.cit.* p. 366.

consumidor ou de uma entidade adequada de defesa do viajante, no caso deste não ser consumidor, a qual é indicada pelo Turismo de Portugal, I.P.^{135_136}.

Conforme referido, a sua atividade rege-se pela LAV, de onde decorre que o legislador lhe reconhece a natureza de um tribunal arbitral. Igualmente este aspeto merece particular consideração. Os árbitros devem ser independentes e imparciais tal como preceitua o n.º 3 do artigo 9.º da LAV. Ora, os Estatutos da APAVT determinam que esta entidade “é uma associação patronal” competindo-lhe, mormente, “exercer todas as atividades que, no âmbito dos presentes estatutos e da lei, contribuam para o progresso dos seus associados” e “valorizar, pelos meios ao seu alcance, a atividade dos agentes de viagens e turismo, nos seus aspetos moral, social, técnico e económico”¹³⁷. Por seu turno a missão da DECO - Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor consiste em “defender os direitos e legítimos interesses dos consumidores, contribuir para resolver os seus problemas e ajudá-los a exercer os seus direitos fundamentais”¹³⁸. Donde, afigura-se inequívoco que tanto uma como a outra entidade estão comprometidas com os respetivos associados, pelo que, por definição, não são independentes. Quanto ao Turismo de Portugal, I.P., não sendo questionável a sua independência como entidade pública, o certo é que a sua inter-

¹³⁵ No regime anterior, constante do Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, artigo 34.º, integrava, ainda a Comissão Arbitral, um representante da Direção-Geral do Consumidor.

¹³⁶ Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, artigo 40.º.

¹³⁷ Estatutos da APAVT, disponível em <http://www.apavt.net.pt/estatutos-da-apavt> (18.02.2019).

¹³⁸ DECO, “Quem somos”, disponível em <https://www.deco.proteste.pt/info/os-nossos-servicos/quem-somos> (18.02.2019).



venção na resolução de litígios entre particulares não se inscreve na respetiva missão ou atribuições, tais como definidas na respetiva lei orgânica¹³⁹. Desta feita, a Comissão Arbitral, aliás como a própria designação indicia, não é, na sua essência, um verdadeiro tribunal arbitral, aproximando-se mais de uma comissão paritária¹⁴⁰.

¹³⁹ Decreto-Lei n.º 129/2012, de 22 de junho, que aprova a orgânica do Instituto do Turismo de Portugal, I.P., artigo 3.º n.º 1 – “O Turismo de Portugal, I. P., tem por missão o apoio ao investimento no setor do turismo, a qualificação e desenvolvimento das infraestruturas turísticas, a coordenação da promoção interna e externa de Portugal como destino turístico e o desenvolvimento da formação de recursos humanos do setor, bem como o controlo, inspeção e regulação da exploração e prática de jogos de fortuna ou azar de base territorial (jogos de base territorial) e de jogos de fortuna ou azar, de apostas desportivas à cota e de apostas hípcas, mútuas e à cota, quando praticados à distância, através de suportes eletrónicos, informáticos, telemáticos e interativos, ou por quaisquer outros meios (jogos e apostas online)”.

¹⁴⁰ Diferente poderia ser o entendimento se dispusesse das atribuições da “entidade afeta à proteção da insolvência” a que a Comissão se refere, imediatamente disponível para assistir os viajantes e custear o respetivo voo de regresso”. *Package Travel Directive Transposition Workshops*, workshop de 16.02.2017, disponível em https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324 (13.02.2019).

No entanto, nessas circunstâncias, a Comissão Arbitral apenas pode condenar a agência de viagens insolvente a reembolsar os pagamentos efetuados pelos viajantes ou por conta destes na medida em que os serviços não sejam prestados em consequência dessa circunstância. Atendendo à deficitária situação financeira da empresa faltosa, o reembolso seria efetuado através do FGVT, por meio do procedimento descrito no referido diploma, ou seja, a Comissão Arbitral dispõe de 20 dias após a sua convocação para deliberar acerca do pedido, após o que notifica a empresa inadimplente para proceder ao pagamento da quantia em que foi condenada, em 10 dias. Finalmente, não havendo, como de resto seria previsível, pagamento por parte desta, é acionado o FGVT, sendo que não está determinado qualquer prazo para o efeito. Ora, é por demais evidente, que este mecanismo não é apto a dar resposta tempestiva ao viajante, impedido de continuar a viagem ou regressar em consequência de “problemas de liquidez do organizador” para os quais a Diretiva pretendeu dar cabal solução. Desta feita, há que entender que em Portugal, os viajantes terão, necessariamente, de ter capacidade financeira para suportar os inerentes custos.

O procedimento descrito aplica-se, igualmente, a situações de mero incumprimento ou cumprimento defeituoso, em que são responsáveis agências de viagens e turismo solventes, havendo, no entanto, um litígio entre estas e os seus clientes.

Resta referir que o procedimento na Comissão Arbitral, para além das normas legais que regem a sua atividade, não está sujeito a um regulamento ou estatuto específico à semelhança do que ocorre com o Provedor do Cliente. Desta feita, os viajantes que recorram a esta entidade de RAL e até mesmo as agências de viagens que não sejam demandadas com frequência, desconhecem os procedimentos adotados, sendo certo que tal como acima referido, é-lhe aplicável a LAV. No entanto, é sabido que, ao abrigo da legislação anteriormente vigente, em que não era feita qualquer menção a esta Lei, o Tribunal da Relação de Lisboa julgou recursos interpostos das deliberações da Comissão Arbitral, o que justifica a sua natureza jurisdicional ¹⁴¹⁻¹⁴².

Releva neste regime que se o viajante apresentar o seu pedido na Comissão Arbitral, apenas poderá obter a quantia relativa à condenação da agência ao reembolso total ou parcial, do valor pago pela viagem e o reembolso de despesas efetuadas, já

¹⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de março de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/be982a784e44cca7802579c7005bdbae?OpenDocument&Highlight=0,comiss%C3%A3o,arbitral> (18.02.2019).

¹⁴² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de maio de 2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/35cbd9591c2c-1d9080257d39003b3850?OpenDocument&Highlight=0,comiss%C3%A3o,arbitral,turismo> (18.02.2019).



que são as únicas componentes da reclamação que podem ser pagas através do FGVT extravasando os poderes desta entidade o conhecimento de outras matérias. Desta feita, se o viajante lesado pretender, para além do reembolso, uma indemnização por danos morais ou patrimoniais, terá de recorrer à via judicial ou, verificados os pressupostos para tanto necessários, a um centro de arbitragem de conflitos de consumo¹⁴³.

5.3. Arbitragem

A decisão arbitral transitada em julgado constitui, a par com a decisão do Provedor do Cliente da APAVT e a deliberação da Comissão Arbitral, um dos meios expressamente reconhecidos pelo Decreto-Lei n.º 17/2018, para acionar o FGVT. De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 1.º da LAV, qualquer litígio de natureza patrimonial que, por lei não esteja cometido aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, pode, mediante convenção de arbitragem, ser submetido à decisão de árbitros. A convenção de arbitragem se, de acordo com o n.º 2 do referido diploma, tiver por objeto um litígio atual, designa-se por compromisso arbitral e por cláusula compromissória se relativa a litígios emergentes de determinada relação jurídica contratual (ou extracontratual). Sendo uma forma de resolução de litígios de cariz privado, a arbitragem pode ser *ad hoc*, se conduzida sem recurso a uma entidade administrativa, ficando na disponibilidade das partes a fixação das normas processuais por que se rege, ou institucional, caso em que se submete às regras procedimentais adotadas por um centro de arbitragem.

¹⁴³ Sobre esta matéria, vide subcapítulo 5.3. Arbitragem.

Em Portugal a arbitragem institucional com competência em matéria de consumo encontra-se assegurada por uma rede de arbitragem, criada pela citada Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, monitorizada pela DGC, da qual fazem parte os centros de arbitragem autorizados a prosseguir as atividades de informação, mediação e arbitragem de litígios de consumo. Os centros de arbitragem são as principais entidades de RAL que permitem aos consumidores recorrer a meios extrajudiciais para a resolução de litígios que os opõem a fornecedores de bens e prestadores de serviços. Todo o território nacional está coberto pela jurisdição dos centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica, já que o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), de âmbito nacional, reveste carácter supletivo relativamente aos restantes. Os fornecedores de bens e prestadores de serviços podem efetuar uma adesão plena a um centro de arbitragem o que confere ao consumidor o direito de impor a arbitragem à empresa aderente. Conforme doutrina dominante, a declaração de adesão não constitui, por si, uma convenção de arbitragem, a qual apenas se celebra quando o consumidor aceita a proposta através da reclamação que apresenta no centro de arbitragem contra a empresa¹⁴⁴. No entanto, a relevância da adesão plena das empresas aos centros de arbitragem e os obstáculos de acesso que se colocavam perante o consumidor quando as empresas reclamadas não eram aderentes ou não aceitavam a arbitragem, encontram-se atualmente, em larga medida, ultrapassados em resultado da recente alteração da Lei da Defesa do Consumidor, operada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto. Com efeito, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 14.º da dita Lei, na redação deste diploma, os consumidores que assim o desejem, podem recorrer aos centros de arbitragem de conflitos

¹⁴⁴ Neste sentido, JORGE MORAIS DE CARVALHO *et alii*, ob. cit., p. 177.



de consumo legalmente autorizados quando os litígios sejam de reduzido valor económico, ou seja, até € 5.000,00 submetendo-os à mediação ou à arbitragem¹⁴⁵.

Dito isto, a questão que importa esclarecer consiste em apurar se, para além da arbitragem *ad hoc*, os viajantes que tenham a qualidade de consumidores podem recorrer a um centro de arbitragem de conflitos de consumo de competência genérica para resolver litígios emergentes de contratos de viagem organizada. Ora, não se vislumbra qualquer impedimento legal sendo que, por via desta alteração normativa, podem fazê-lo, sem que a agência de viagens se possa validamente opor. Esta possibilidade vem, sem sombra de dúvida, alargar o elenco dos meios disponibilizados aos consumidores para dirimir conflitos com agências de viagens e turismo, reforçando as suas garantias processuais.

Admite-se que a adesão plena aos centros de arbitragem institucionalizados por parte das agências de viagens e turismo não constitua uma prática comum, de entre outras razões, pelo facto de o legislador reconhecer o Provedor do Cliente e a Comissão Arbitral como meios com competência específica. No entanto, por comparação com estas entidades, os centros de arbitragem oferecem maiores vantagens e garantias ao consumidor, sendo-lhe facultadas três distintas formas de resolução do litígio em presença: mediação, conciliação e arbitragem. Optando pela mediação ou mesmo por um procedimento conciliatório, em que é possível pôr termo ao diferendo recorrendo aos interesses em presença, contornando a estrita aplicação da lei, o consumidor e, bem assim, as empresas podem

¹⁴⁵ *Lei de Defesa do Consumidor*, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=726A0014&nid=726&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (28.11.2019)

obter um desfecho amigável, benéfico para ambos, nomeadamente, por potencialmente poder assegurar a continuidade da respetiva relação comercial. Ademais, as partes veem asseguradas todas as garantias inerentes ao processo arbitral, quais sejam, a imparcialidade dos árbitros e o princípio do contraditório.

A sentença arbitral, que equivale a uma sentença proferida por um tribunal judicial de 1.ª instância é suscetível, se previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem, de recurso para o Tribunal da Relação. Finalmente, verificando-se o incumprimento da agência de viagens e turismo, a sentença proferida pelo tribunal arbitral abre a via do acionamento do FGVT para efeitos de obtenção de reembolsos de quantias pagas e, igualmente, sendo título executivo, permite ao consumidor instaurar o adequado procedimento judicial se estiver em causa, por exemplo, a condenação em indemnização por responsabilidade contratual da empresa inadimplente.

5.4. Comparação entre os meios de resolução de litígios

Finalmente, a questão que se coloca consiste em saber se os viajantes, aos quais é reconhecido um regime de proteção rigoroso e exigente, por via da Diretiva, beneficiam das formas de resolução de litígios acessíveis aos consumidores em geral e se, porventura, os meios específicos, previstos no diploma de transposição, atrás referidos¹⁴⁶, lhes permitam resolver os litígios que os opõem aos operado-

¹⁴⁶ Provedor do Cliente da Associação Portuguesa das Agências de Viagens e Turismo ou da Comissão Arbitral convocada pelo presidente do Turismo de Portugal, I.P.



res de viagens organizadas ou facilitadores de serviços de viagem conexos, em caso de incumprimento ou de insolvência, de forma mais eficaz e tempestiva. Aparentemente o Provedor do Cliente e a Comissão Arbitral, entidades RAL com competência especializada em litígios emergentes de incumprimento de contratos de viagem, oferecem aos viajantes, por comparação com os consumidores em geral, maior proteção e garantias. Porém, tal conclusão é, conforme se viu, meramente ilusória, se se atentar nas referidas limitações que a atividades destas duas entidades de RAL comporta. É, pois, pertinente questionar se existem, porventura, razões para a sua perpetuação enquanto entidades RAL.

Tomemos como exemplo, um processo submetido à Comissão Arbitral em 2011, cuja deliberação consistiu na condenação da agência de viagens a proceder ao reembolso integral do valor pago pela viagem e despesas documentadas, a qual foi confirmada, em sede de recurso, pelo Tribunal da Relação de Lisboa¹⁴⁷. Os clientes lesados adquiriam a uma agência de viagens uma viagem de lua de mel ao México. A cliente mulher, por ser de nacionalidade brasileira, carecia de visto, não tendo, porém, a agência de viagens prestado informação a este respeito. Chegados ao destino, foram forçados a regressar e, conseqüentemente, impedidos de realizar a viagem contratada. Ora, tivessem estes viajantes recorrido ao tribunal, julgado de paz ou se porventura fosse possível submeter o litígio em causa a um centro de arbitragem de conflitos de consumo, poderiam obter, para além do reembolso, uma indemnização compensatória pelo "dano das férias estragadas", de natureza não patrimonial, mas suficientemente grave para merecer a tutela do direito.

¹⁴⁷ Citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de março de 2012.

Com efeito, na prática, o reembolso, por si só, pode apenas envolver quantias irrisórias, por comparação com os prejuízos decorrentes do incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de viagem organizada, situação, notoriamente vantajosa para as agências de viagens e turismo, por esta via aliviadas do pagamento de indemnizações compensatórias. De facto, para obter tal ressarcimento, os clientes lesados têm que recorrer, nos casos em que tal é possível, à arbitragem ou, em geral, à via judicial, o que envolve maior dispêndio de meios e cujo desfecho é moroso e incerto. Duvida-se, porém, que esta informação esteja disponibilizada ou seja prestada de forma clara. Finalmente, há que ter em conta que, por via do regime atrás descrito, a APAVT exerce um controlo efetivo sobre o contencioso entre os clientes e as agências de viagens e turismo, quer através das decisões proferidas pelo Provedor do Cliente da APVT, relativamente às respetivas associadas, e a todas, sem exceção, por via da participação, nas deliberações da Comissão Arbitral.

6. Conclusões

A Diretiva (EU) 2015/2302, de 25 de novembro contém, na sua génese, a ambição de regulamentar, de forma abrangente e inclusiva o mercado das viagens na União Europeia, tendo introduzido alterações muito significativas no regime jurídico das viagens organizadas e serviços de viagem conexo. Reveste-se de central relevância a imposição de um nível máximo de harmonização legislativa com o que se pretendeu criar um verdadeiro mercado interno e assegurar um elevado nível de proteção aos viajantes. A Diretiva



foi transposta para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março. No entanto, em muitos aspetos, o diploma de transposição não se revela consonante com a norma europeia e, em consequência, os adquirentes de viagens em Portugal não beneficiam do regime mais vantajoso e protetor, por comparação com o anterior, que a mesma consagra. Com efeito, enquanto que esta pretendeu alargar o respetivo âmbito de aplicação a todos os viajantes, o legislador nacional limitou-o às pessoas singulares excluindo, desta feita, um elevado número de viajantes. Por outro lado, o Decreto-Lei assenta no conceito de agência de viagens e turismo, inteiramente estranho à Diretiva, a qual apenas reconhece operadores e prestadores de serviços de viagem assim qualificados pela forma como atuam no mercado e não como descrevem a sua atividade. Donde, os viajantes que contratem serviços de viagem com operadores que não sejam as tradicionais agências de viagens não estão ao abrigo do enquadramento normativo da Diretiva. Ademais, a proteção contra a insolvência do organizador assume para os legisladores europeus importância fulcral pelo que impõem aos Estados-membros que assegurem a existência de uma garantia efetiva e eficiente que cubra os custos razoavelmente previsíveis, a qual deve estar disponível, “sem demora injustificada”, logo que, em consequência de problemas de liquidez do organizador, os serviços de viagem não sejam, total ou parcialmente, executados permitindo, se for o caso, o repatriamento ou a continuação da viagem. Para corresponder a esta determinação, o diploma de transposição limitou-se a manter o mecanismo do FGVT, para o qual são contribuintes as agências de viagens e turismo, o qual responde solidariamente pelo pagamento dos créditos dos viajantes por incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato por

parte da agência de viagens. Todavia, o legislador nacional não identificou a entidade responsável em Portugal pela proteção, em caso de insolvência do operador, nem os meios de acionamento previstos que permitem uma resposta imediata e efetiva, obrigando, assim, a que os viajantes tenham de assegurar, a expensas próprias, as inerentes despesas e somente, após o regresso, diligenciar no sentido do acionamento do FGVT tendo em vista a obtenção do reembolso devido. O Decreto-Lei nº17/2018 prevê que tal possa ser efetuado para por meio de apresentação de decisão arbitral, decisão do Provedor do Cliente da APAVT ou por deliberação da Comissão Arbitral. O Provedor do Cliente e a Comissão Arbitral estão reconhecidas, a primeira pela DGC e a segunda pelo diploma de transposição, como entidades de RAL, cujos princípios, regras e enquadramento jurídico estão previstos na Lei nº144/2015, de 8 de setembro que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2013/11/EU sobre a resolução alternativa de litígios de consumo. Do ponto de vista doutrinal, existem reservas quanto à conformidade destas entidades com a referida Lei, designadamente, no que respeita aos procedimentos por que se regem. Para além disso, apesar de, aparentemente, ser indiferente o recurso a uma ou outra entidade, existem diferenças significativas. O Provedor do Cliente da APAVT aprecia pedidos de reembolso e de indemnização, mas apenas têm competência para emitir recomendações às agências associadas, sem valor jurisdicional. Ao invés, as deliberações da Comissão Arbitral, onde a APAVT e a DECO têm assento, têm valor equivalente a uma sentença arbitral, mas, no entanto, esta entidade apenas pode conhecer de pedidos de reembolso, verificado a insolvência da agência de viagens ou o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato de viagem. No entanto,

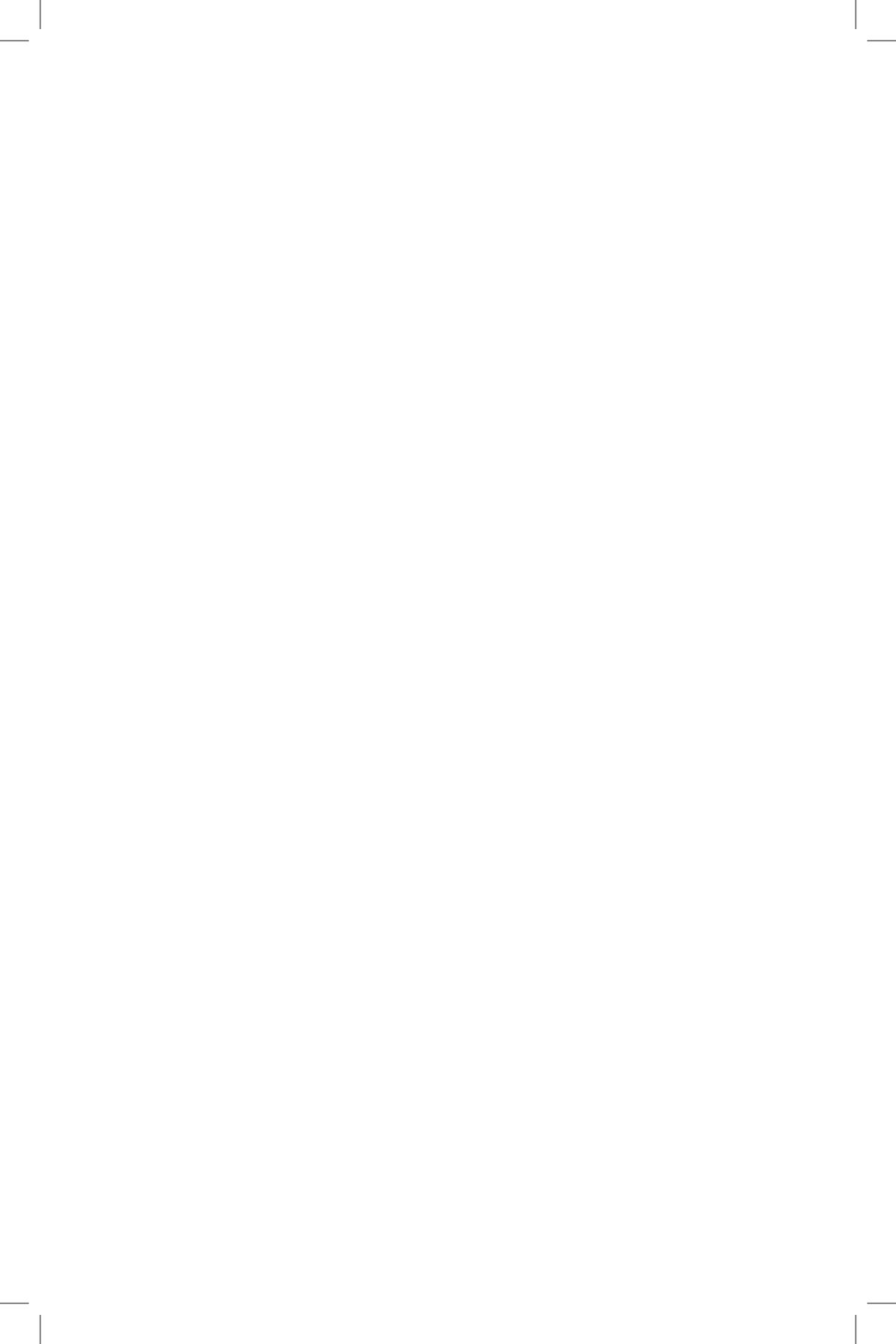


os viajantes que tenham a qualidade de consumidores viram reconhecido o seu direito de acesso aos Centros de Arbitragem de Litígios de Consumo, cuja atividade é inteiramente consistente com os princípios consagrados na referida Lei n.º 144/2015, por via da recente alteração da Lei de Defesa do Consumidor, operada pela Lei nº63/2019, de 16 de agosto, a qual veio permitir-lhes dirimir os litígios, de valor não superior a € 5.000,00, que os opõem a agências de viagens e turismo.

7. Abreviaturas

APAVT	Associação Portuguesa de Agências de Viagens e Turismo
DECO	Associação portuguesa para a Defesa do Consumidor
DGC	Direção-Geral do Consumidor
Decreto-Lei	Decreto-Lei n.º 17/2018
Diretiva	Diretiva (UE) 2015/2302, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagens conexos
Diretiva de 1990	Diretiva 90/3/314/CEE do Conselho, de 1990
Diretiva RAL	Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013
Estatuto	Estatuto do Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo
FGVT	Fundo de Garantia de Viagens e Turismo
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
RALC	Resolução Alternativa de Litígios de Consumo
RNAVT	Registo Nacional das Agências de Viagens e Turismo





O CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE: CONTRIBUTO PARA A REFLEXÃO ACERCA DA DELIMITAÇÃO DO TIPO À LUZ DO ELEMENTO RISCO E DA PRÁTICA DO QUESTIONÁRIO PELO CONFRONTO ENTRE OS MODELOS DO QUESTIONÁRIO ABERTO E FECHADO

*Marisa Silva Monteiro**

I - INTRODUÇÃO

Sumário:

I.1 O regime jurídico do contrato de seguro: Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril I.2 As inovações da LCS I.3 As alterações trazidas pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro

I.1 O regime jurídico do contrato de seguro: Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril

O Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril corresponde ao diploma normativo de unificação e harmonização das disposições referentes ao regime jurídico do contrato de seguro e representa o es-

.....
* Doutora em Direito, Jurisconsulta e Advogada



forço de codificação do vasto e esparso conjunto de leis até então vigente no ordenamento jurídico português, em matéria de direito dos seguros¹. Aplicável desde 1 de Janeiro de 2009², congrega o regime jurídico do contrato de seguro, em oposição à fragmentariedade pretérita³. O essencial do anterior regime tripartia-se pelas normas do Código Comercial (arts. 425.º a 462.º), pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho e caracterizava-se pela intervenção mínima do legislador a par da dispersão reguladora⁴.

¹ Como se enuncia no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, referido em texto, com o novo regime jurídico do contrato de seguro “Procede-se (...) a uma consolidação do direito do contrato de seguro vigente, tornando mais acessível o conhecimento do respectivo regime jurídico, esclarecendo várias dúvidas existentes, regulando alguns casos omissos na actual legislação”, “Não perdendo de vista os objectivos de melhor regulamentação (better regulation), consolida-se num único diploma o regime geral do contrato de seguro, evitando a dispersão e fragmentação legislativa e facilitando o melhor conhecimento do regime jurídico por parte dos operadores.”.

² A respeito do tempo que mediou entre a publicação da LCS (16 de Abril de 2008) e a sua entrada em vigor (1 de Janeiro de 2009), Pedro Romano Martinez na sua anotação ao artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 72/2008 explica como “Depois de uma «vacatio legis» longa (oito meses), necessária para a adaptação dos contratos de seguro a um novo regime, determina-se que a lei entra em vigor no dia 1 de Janeiro de 2009. Pretende-se que a nova lei passe a regular as situações jurídicas de seguro no início do novo ano civil (...). O início de vigência da lei nova dar-se-á, pois, às zero horas do primeiro dia do novo ano” – cfr. do autor (et alt.), *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2011, 2ª edição, p. 36.

³ No preâmbulo do Decreto-Lei citado, pode ler-se que “A reforma do regime do contrato de seguro assenta primordialmente numa adaptação das regras em vigor, procedendo à actualização e concatenação de conceitos de diversos diplomas e preenchendo certas lacunas”.

⁴ O legislador da reforma do contrato de seguro explica a necessidade da intervenção legislativa, referindo preambularmente que “O seguro tem larga tradição na ordem jurídica portuguesa. No entanto, a legislação que estabelece o regime jurídico do contrato de seguro encontra-se relativamente desactualizada e, mercê de diversas intervenções legislativas em diferentes momentos históricos, nem sempre há harmonia de soluções.”.

Os decretos-leis citados (hoje parcialmente revogados⁵) regulavam o exercício da actividade seguradora e enunciavam as matérias sobre as quais impendia sobre o segurador o dever de prestar informação ao segurado. O Código Comercial, arauto do axioma liberal *menos Estado, melhor Estado*, abrigava o essencial das regras em matéria de contrato de seguro, contendo sobretudo normas supletivas, privilegiando a autonomia privada, por pressupor a (não des)igualdade de posições negociais entre as partes⁶. O quadro normativo favorecia o pântano de fontes reguladoras. Havia regulamentos, apólices comuns, apólices uniformes (espécie de regulamento), leis parcelares (para determinados seguros em especial), leis de práticas profissionais e leis gerais referentes a princípios gerais nem sempre específicos dos contratos de seguro.

Em resultado da convivência do Código Comercial com a legislação avulsa sobreposta, do peso hierárquico distinto das várias fontes e da dispersão e desarmonia entre elas, recaía demasiadamente sobre os tribunais o papel de fixar orientações interpretativas e aplicadoras das diversas normas reguladoras, assistindo-se a um crescente índice de litigiosidade e pendências judiciais.

Donde, da aglomeração num só instrumento legislativo resultaram de *per si* dois aspectos francamente positivos: maior facilidade

⁵ O artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 72/2008 revoga os artigos 132.º a 142.º e 176.º a 193.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril e os artigos 1.º a 5.º e 8.º a 25.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho.

⁶ No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72/2008, sublinha-se assim o novo modelo: “Superando o regime do Código Comercial, mas sem pôr em causa o princípio da liberdade contratual e o carácter supletivo das regras do regime jurídico do contrato de seguro, prescreve-se a designada imperatividade mínima com o sentido de que a solução legal só pode ser alterada em sentido mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário”.



de acesso à informação e acréscimo de segurança e certeza jurídicas na interpretação e na aplicação da lei.

1.2 As inovações da LCS

Apontámos já como inovadora e positiva a aglutinação e consolidação do actual regime jurídico do contrato de seguro (Lei do contrato de seguro - LCS) ⁷.

Assinalamos também o avanço, se bem que tímido⁸, da LCS portuguesa em direcção às melhores práticas legislativas europeias na tutela do tomador do seguro⁹. Ilustrativamente, o art. 22.º institui o *dever especial de esclarecimento* que impõe ao segurador a obrigação de explicar ao tomador do seguro “*que modalidades de seguro (...) são convenientes para a concreta cobertura pretendida*”, “*na medida em que a complexidade da cobertura e o*

⁷ As normas sem indicação expressa do diploma legal a que pertencem respeitam ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, também designado Lei do contrato de seguro (LCS).

⁸ Como adiante melhor se verá na análise do dever pré-contratual de informação.

⁹ Cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa, Lisboa, 1971 e o estudo do mesmo autor «A protecção do tomador do seguro e dos segurados no novo regime legal do contrato de seguro», p. 25, disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/moitinhoalmeida_proteccaotomadorseguro.pdf, em que nota o afastamento da legislação europeia no que respeita à tutela do tomador do seguro, afirmando que “*Várias disposições do Decreto-Lei n.º 72/2008 transpõem directivas comunitárias que, frequentemente, são desrespeitadas sempre no interesse das seguradoras. Assim, no que respeita à informação do tomador do seguro bem como aos contratos celebrados à distância.*”

montante do prémio a pagar ou do capital seguro o justifiquem (...)" e "*antes da celebração do contrato*". Pese embora tratar-se de um dever que sempre decorreria do princípio geral da boa fé, é louvável a consagração expressa e coincide com a opção do legislador alemão¹⁰. Adoptou-se aqui uma visão da relação contratual de seguro como uma relação complexa. Mais, como uma relação com importantes similitudes com os laços negociais nascidos das relações contratuais de consumo, na perspectiva da tensão e desequilíbrio que lhe são característicos. Assumiu-se que o tomador do seguro é a parte mais frágil da relação contratual quer no acesso à informação, quer na percepção de que a informação por si prestada é um elemento conformador do contrato, quer na percepção dos direitos e (relevo decisivo) dos deveres decorrentes da obrigação de informação.

Em face do anterior regime, assinala-se uma evolução legislativa no sentido de maior tutela do tomador do seguro, e sem embargo da aplicabilidade da legislação de consumo¹¹, embora ainda distante das opções legislativas dos modernos ordenamentos europeus¹²⁻¹³.

¹⁰ § 6 da Lei do contrato de seguro alemã, de 23 de Novembro de 2007 (VVG alemã - *Versicherungsvertragsgesetz*).

¹¹ Como a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pela Rectificação n.º 16/96, de 13 de Novembro; pela Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro; pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril; pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro; pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho e pela Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto) e o Regime Jurídico dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro).

¹² A boa opção legislativa que se aponta neste domínio é a alemã, pela consagração em letra de lei dos princípios gerais enunciados nas directivas comunitárias, como o princípio emergente das normas comunitárias que exigem o fornecimento



I.3 As alterações trazidas pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro

A Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, diploma de transposição da Directiva 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009 (alterada pelas Directivas 2011/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011; 2012/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Maio de 2013; 2013/58/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2013 e 2014/51/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014) deu nova redacção a algumas normas do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril (arts. 12.º; 15.º; 38.º; 158.º; 181.º; 185.º; 205.º e 208.º).

Sendo certo que as normas legais específicas do contrato de seguro de saúde não sofreram qualquer alteração, enunciaremos seguidamente as mudanças trazidas por esta Lei de 2015.

Assim, o art. 12.º da LCS reviu (alargando) o elenco de normas absolutamente imperativas, isto é, normas que não admitem convenção em sentido diverso.

.....
de determinadas informações ao tomador do seguro e que estabelecem que este sujeito só ficará vinculado depois de receber as informações em causa, ou seja, o tomador do seguro não fica vinculado enquanto o dever de informação do segurador não for cumprido - princípio expressamente consagrado no artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002 (entretanto alterada pelas Directivas 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005; 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007 e pela Directiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015) - e que o legislador alemão adoptou como explica Prölss, in Pröss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, Munique, 2004, p. 142, n.º 8.

¹³ Cfr. também sobre a lei dos seguros alemã, Peter Schimikowski, in *Versicherungsvertragsgesetz*, Baden-Baden, 2009, pp. 141-147.

A alteração ao art. 15.º do regime jurídico do contrato de seguro foi introduzida no âmbito da proibição de práticas discriminatórias, com reforço dos deveres de informação do segurador, o qual passou a estar obrigado, em caso de recusa de celebração do contrato de seguro ou de agravamento do prémio em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, a informar o proponente do seguro da diferença entre os factores de risco próprios deste e os factores de risco de uma pessoa em situação equivalente à sua excluída do factor da deficiência ou risco agravado de saúde.

Por outro lado, o art. 38.º da LCS passa a integrar o elenco das normas absolutamente imperativas, nos preditos termos da revisão do (n.º 1) do art. 12.º, sendo que a nova redacção dada ao art. 38.º (n.º 1) veda a existência de apólices ao portador, restringindo os tipos de apólice à tipologia à ordem ou nominativa, "*sendo nominativa na falta de estipulação das partes quanto à respetiva modalidade*". Apenas no transporte de coisas, o novo texto do n.º 2 do art. 158.º admite a existência de apólice ao portador, ainda que excepcionalmente e "*em derrogação do disposto no n.º 1 do art. 38.º*", como o próprio texto da norma indica.

Esta nova redacção do art. 181.º mantém a previsão segundo a qual a realização das prestações de seguro não subroga o segurador nos direitos da pessoa segura ou do beneficiário contra um terceiro que dê causa ao sinistro, salvo se houver convenção expressa das partes nesse sentido e, nessa hipótese, fica limitada às prestações indemnizatórias pagas pelo segurador, considerando-se, em caso de dúvida, que uma prestação só é indemnizatória se tal estiver expressamente consignado no contrato de seguro.

A Lei n.º 147/2015 atribui nova redacção também ao art. 185.º, ampliando (no n.º 1) o âmbito das informações pré-contratuais a



prestar pelo segurador. Assim, no seguro de vida, o segurador é obrigado a transmitir ao proponente, antes da celebração do contrato de seguro uma referência concreta ao relatório sobre a solvência e a situação financeira do segurador e informações específicas da modalidade do contrato de seguro necessárias a assegurar a compreensão dos riscos subjacentes ao contrato de seguro assumidos pelo tomador.

Mais se determina na alteração ao teor do art. 185.º (n.º 5) que se o segurador, em relação a uma oferta ou no contexto da celebração de um contrato de seguro de vida, facultar valores de reembolso potenciais superiores aos pagamentos acordados contratualmente, deve fornecer ao tomador do seguro um cálculo em que o potencial pagamento na data de vencimento seja definida através da aplicação das bases de cálculo dos prémios utilizando três taxas de juro diferentes.

E o n.º 6 do mesmo preceito, alterado outrossim em 2015, consagra o dever adicional de informação a observar pelo segurador, em cujos termos este deverá informar o tomador do seguro, de modo claro e compreensível, de que o cálculo apresentado constitui apenas um modelo de computação, não podendo "*daí extrapolar quaisquer direitos contratuais*".

O art. 205.º - também relativo ao seguro de vida - sofre também alteração quanto ao âmbito dos deveres de informação do segurador, passando a determinar que se este facultar dados quantitativos sobre a eventual evolução futura da participação nos resultados, deve informar o tomador do seguro das diferenças entre a evolução real e os dados inicialmente comunicados.

Ainda em sede de seguro de vida e agora quanto às operações de capitalização, a Lei n.º 147/2015 altera, por fim, a redac-

ção do art. 208.º, adaptando a formulação – quanto ao conteúdo obrigatório das condições gerais e especiais – à proibição legal dos títulos ao portador.

II - O CONTRATO DE SEGURO

Sumário

II.1 Conceito II.2 Natureza jurídica II.3 Caracterização geral

II.1 Conceito

A LCS, sem definir contrato de seguro, elenca os seus efeitos; opção legislativa que se explica pela pretensão de abarcar, para além dos seguros típicos, outras relações jurídicas de seguro que se estenderam a áreas estranhas ao tradicional objecto do contrato de seguro, como instrumentos de aforro estruturado (art. 206.º) e operações de capitalização (arts. 207.º a 209.º)¹⁴⁻¹⁵.

¹⁴ O n.º V do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72/2008 explica que “O novo regime agora estabelecido tem em vista a sua aplicação primordial ao típico contrato de seguro, evitando intencionalmente uma definição de contrato de seguro. Optou-se por identificar os deveres típicos do contrato de seguro, assumindo que os casos de qualificação duvidosa devem ser decididos pelos tribunais em vista da maior ou menor proximidade com esses deveres típicos e da adequação material das soluções legais ao tipo contratual adoptado pelas partes. Atendendo, sobretudo, à crescente natureza financeira de alguns subtipos de «seguros» consagrados pela prática seguradora, é esta a solução adequada.”

¹⁵ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ [et alt.], *Lei do Contrato...*, op. cit., p. 39, em que o Autor, em anotação ao artigo 1.º da LCS refere que “Tendo-se optado por não dar uma definição de contrato de seguro, a regra não tem paralelo directo noutras disposições; porém, teve por base o § 1 (deveres típicos do contrato) do projecto alemão de nova lei do contrato de seguro (Referentenentwurf do Ministério da Justi-



O art. 1.º descreve o contrato de seguro como aquele por efeito do qual o segurador cobre um risco determinado (do tomador do seguro ou de outrem), obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório contratualmente previsto (sinistro), obrigando-se o tomador do seguro a pagar a correspondente retribuição (prémio)¹⁶.

Este é o ponto de partida para a aproximação que nos propomos à realidade jurídico-normativa do seguro de saúde, na perspectiva dos seus elementos essenciais diferenciadores, não se pretendendo uma abordagem conceptual subsuntiva, mas antes uma visão sobre a unidade de sentido que o tipo contratual encerra, nunca perdendo de vista que *omnis definitio in iure periculosa est*¹⁷⁻¹⁸.

.....
ça alemão, entretanto convertido em lei, 2007), com várias adaptações" e acrescenta que "Como decorre da epígrafe (Conteúdo Típico), não se define o contrato de seguro, indicando-se as obrigações principais e características que decorrem para as partes deste contrato. Apesar de não se apresentar (formalmente) uma noção do contrato de seguro, do elenco dos deveres típicos enunciados deduz-se a noção da figura".

¹⁶ Diz o artigo 1.º da LCS que "Por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente."

¹⁷ Sobre as dificuldades de qualificação que poderia acarretar uma noção conceptual pura de contrato de seguro, vide Luís Poças, *Estudos de Direito de Seguros*, Porto, 2008, pp. 13 e ss.; MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2010, pp. 31 e ss. e TIRADO SUARÉZ, «Reflexiones sobre la nueva regulación del contrato de seguro en Portugal desde el Derecho Español», *RDES XLIX* (2008), pp. 7 e ss..

¹⁸ Sendo certo que, em face da inexistência de uma definição legal de contrato de seguro, a doutrina converge no entendimento segundo o qual o contrato de seguro corresponde ao contrato pelo qual o segurador, mediante retribuição, se obriga, a favor do segurado ou de terceiro, à indemnização de prejuízos resultantes ou ao pagamento de valor pré-definido, no caso de se verificar certo evento futuro e incerto. Cfr. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, 1971, p. 23; JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 94 e ALMEIDA COSTA, *RLJ*, ano 129.º, p. 20.

II.2 Natureza jurídica

Ao longo dos tempos, perfilaram-se várias teorias quanto à natureza jurídica do contrato de seguro. A inicial teoria indemnizatória, destacada na doutrina italiana com LANTERNA, FRANCLIM ou BERREI¹⁹, recebeu sérias críticas por se mostrar redutora em relação à noção de risco²⁰. Em repúdio, parte da doutrina atribuiu ao seguro a função de cobertura de uma necessidade eventual, mas esta perspectiva não punha em relevo os elementos essenciais do seguro relativos à sua função sócio-económica, como a determinação do valor do risco seguro, a pré-determinação do custo do seguro ou a organização empresarial da actividade seguradora. E estas notas referentes ao interesse social subjacente ao contrato de seguro conduziram a uma nova teoria indemnizatória – de DONATO e BUTANO –, exposta a críticas no caso dos seguros de vida de terceiros, pois o elemento indemnizatório não explicava a natureza do contrato²¹, fragilidade que conduziu ao aparecimento da teoria dualista, dominante na Bélgica e em França após a entrada em vigor da Lei de 1930, apoiada na distinção causal entre seguros de danos, como sendo aqueles que prosseguem uma função indemnizatória e seguros de pessoas que desempenhariam uma função de previdência, por fomento da poupança individual²². A teoria dualista, revelando-se válida para distinguir a

¹⁹ Apud FRANCISCO GUERRA DA MOTA, *O Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Ateia Editora, Porto, pp. 229 a 239.

²⁰ Ainda hoje acolhida como alicerce da delimitação do risco relativamente ao evento aleatório, no sentido de que o risco segurável se reporta necessariamente a um evento aleatório que represente uma desvantagem patrimonial. Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 36-38.

²¹ Vide penúltima nota.

²² *Idem*.



função económico-social dos seguros de danos e de pessoas, não fornece um critério apto a construir uma concepção unitária de contrato de seguro. Partindo da crítica que aponta à assunção do risco um problema de insuficiência para qualificar o contrato de seguro, VIVANTE²³ coloca a tónica central na exigência de empresarialidade do segurador, perspectivando-o como contrato de garantia de um estado de segurança e, sublinhando a opção legislativa dos ordenamentos que possuem leis reguladoras da administração de fundos de prémios que as seguradoras recebem dos segurados, defende que só as seguradoras que constituam fundos de gestão dos capitais seguros, através do mecanismo do dever de publicitação de resultados, podem salvaguardar o interesse dos segurados.

Entre nós, GUERRA DA MOTA²⁴ sintetiza este *iter* reflexivo, regista que a doutrina moderna procura a natureza jurídica do seguro na integração do objecto contratual no objecto social da entidade que realiza a actividade seguradora, dando nota da hodierna centralização (novamente) da discussão sobre a natureza jurídica do contrato de seguro em torno do elemento empresa, sendo certo que esta matéria permanece envolta em muita controvérsia dogmática²⁵.

II.3 Caracterização geral

Em jeito de visão sistematizada, e por referência às diversas classes classificatórias dos contratos, podemos caracterizar o con-

²³ Cfr. CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. IV, *Le Obliligazioni (Contratti e prescrizione)*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1929, pp. 404 e ss..

²⁴ Cfr. ob. cit. FRANCISCO GUERRA DA MOTA.

²⁵ Sobre a natureza jurídica do contrato de seguro ver, *i.a.*, CARLOS BETTENCOURT DE FARIA, *O conceito e a natureza jurídica do contrato de seguro*, CJ, 1978, II, pp. 785-799.

trato de seguro, desde logo, como um contrato nominado e típico, porque a lei reconhece a sua categoria jurídica e desenha o seu regime específico.

Trata-se ainda de um contrato bilateral sinalagmático, por efeito do qual resultam obrigações para ambas as partes, encontrando-se as obrigações assim nascidas por efeito do contrato ligadas entre si por laços de interdependência. As obrigações do segurador e do tomador do seguro constituem-se tendo cada uma delas a sua causa na obrigação da contraparte contratual (sinalagma genético), daí resultando que permaneçam ligadas durante a fase de execução do contrato, em exercício obrigacional paralelo, não podendo uma obrigação ser realizada se a outra o não for, em termos tais que as vicissitudes referentes a cada obrigação se repercutem necessariamente na outra.

Por outro lado, contrato de seguro é um contrato oneroso, pois que nele existe uma contrapartida patrimonial para ambas as partes. E caracteriza-se ainda por ser aleatório, colocando-se na dependência da verificação de um evento futuro e incerto o valor da contrapartida patrimonial de uma ou de ambas as partes.

O contrato de seguro é um contrato consensual, não exigindo a lei a observância de forma especial, pois, apesar de o segurador ter de formalizar o contrato em instrumento escrito (apólice)^{26,27}, tal não é condição de validade²⁸⁻²⁹.

²⁶ Determina o n.º 2 do art. 32.º da LCT que “O segurador é obrigado a formalizar o contrato num instrumento escrito, que se designa por apólice de seguro, e a entregá-lo ao tomador do seguro”.

²⁷ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «O contrato e a apólice de seguro», in *Temas de Direito dos Seguros: a propósito da nova lei do contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 25. Margarida Lima Rego explica que “distinguem-se as apólices que correspondem ao documento constitutivo de um contrato de seguro e aquelas que configuram um documento reprodutivo de um contrato de seguro previamente celebrado”.



Ao seguro atribui-se ainda e muito emblematicamente a classificação de contrato de boa fé (ou de máxima boa fé, *utmost good faith contract* na expressão da doutrina inglesa), atendendo às particulares exigências de *uberrima fides* desde a fase pré-contratual³⁰. Aos futuros segurador, tomador do seguro e segurado impõe-se que declarem de boa fé todas as circunstâncias que possam interferir na avaliação do risco, antes mesmo da celebração do contrato³¹. Correspondendo a um contrato cuja composição final

²⁸ Nos termos do n.º 1 do art. 32.º da LCS, "A validade do contrato de seguro não depende da observância de forma especial", pelo que a forma escrita não é requisito de validade do contrato de seguro.

²⁹ A forma escrita representa, assim, uma formalidade *ad probationem*, ou seja, a forma escrita é necessária apenas para efeitos de prova da perfeição das declarações negociais de vontade de celebrar um contrato de seguro e da existência do contrato, nesse sentido.

³⁰ Cfr. LUÍS POÇAS, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Almedina, 2013, pp. 149-183, em que o Autor sublinha que no contrato de seguro "à relação pré-contratual é inerente a necessária confiança entre as partes, geradora de expectativas fundadas quanto à correcção e honestidade da conduta da contraparte, e merecedora da tutela do Direito. Cada parte deve poder confiar que a contraparte não omite nem falseia informações relevantes para a formação da vontade negocial", mais acrescentando que tal exigência surge "com particular intensidade no contrato de seguro, atenta a respectiva natureza como negócio *uberrima fides* (ou de confiança)" - p. 183. Vide também JOAQUÍN GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1983, p. 45, em que o Autor qualifica o contrato de seguro como contrato de máxima boa fé, reputando este elemento justamente como nota particular do contrato de seguro.

³¹ Valem aqui as palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Da Boa Fé no Direito Civil*, I, Almedina, Coimbra, 1997, p. 585, segundo o qual as partes devem actuar reciprocamente por forma a que se alcance uma "conclusão honesta do negócio". Cfr. ob. cit. na nota anterior de Luís Poças, p. 183, em que o Autor destaca como "o princípio da tutela da confiança assume (...) um papel fundamentador do dever de declaração do risco", razão por que, explica mais adiante que "neste caso [da fase pré-contratual do contrato de seguro], dilui-se, portanto, o ónus de indagação do credor de informação - à mercê da prestação exacta desta, requerendo uma rigorosa tutela dessa expectativa - e dilata-se a intensidade do dever de informação a cargo da contraparte".

de contrapartidas patrimoniais depende da verificação de evento futuro e incerto, a boa fé representa a garantia do afastamento do fim especulativo.

Partindo da visão de unidade de sentido normativo que é o contrato de seguro e do seu horizonte classificatório, analisamos seguidamente a modalidade que aqui nos ocupa: o seguro de saúde.

III – O SEGURO DE SAÚDE

Sumário

III.1 Nótulas introdutórias III.2 Noção III.3 Delimitação do tipo III.3.1 A importância do risco III.3.2 A declaração inicial do risco III.3.3 Questionário aberto e fechado

III.1 Nótulas introdutórias

O seguro de saúde é um contrato nominado e tipificado, previsto entre os arts. 213.º a 217.º da LCS e corresponde à convenção por efeito da qual o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde ao tomador ou a outrem.

O segurador assume, *sic*, a obrigação de realizar a prestação convencionada se ocorrer o evento aleatório contratualmente previsto (sinistro) e o tomador do seguro obriga-se a pagar a retribuição correspondente (prémio). O seguro de saúde constitui uma das modalidades típicas do contrato de seguro, integrando, *hic sensu*,



o quadro normativo daquele tipo contratual³²⁻³³. Com efeito, a LCS contém normas gerais aplicáveis a todas as relações jurídicas de seguro, normas específicas das modalidades legais típicas e soluções próprias de determinados sub-tipos contratuais em que se inclui o seguro de saúde (arts. 213.º a 217.º)³⁴.

A inserção sequencial das disposições particulares do seguro de saúde impõe que estas sejam lidas em coerência com toda a LCS,

.....

³² Vide MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 104-123, em que a Autora realiza uma análise rica sobre o seguro de vida, expondo que "não se pode considerar que exista um modelo paradigmático de contrato de seguro, mas apenas concretizações do contrato nas suas várias modalidades. Como tal, o seguro de vida consubstanciará um verdadeiro tipo contratual (...) Procurando-se compreender o tipo contratual como um tipo em sentido próprio, aquela imagem global de sentido será extraída, antes de mais, da respectiva regulamentação, enquanto «conexão provida de sentido de uma regulamentação», no «jogo concertado» dos seus elementos, surgindo o tipo como tipo jurídico-estrutural, tensão entre ser e dever-ser que reúne uma valência estatística e uma axiológica. Estes são, antes de mais, «tipos normativos», nascendo da realidade e com esta mantendo um laço, mas sendo simultaneamente portadores de um dever-ser. O legislador colhe normalmente os tipos jurídicos estruturais da realidade, onde estes se perfilam como tipos reais normativos e, mantendo-os na sua conformação e abertura ou modificando as notas que os identificam ou tornando-os menos flexíveis, acolhe-os na lei".

³³ Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 56 e seg. para quem o reconhecimento da existência de um tipo jurídico estrutural não se basta com a atribuição de um *nomen iuris* (ainda que atribuído pela própria lei) a determinada relação jurídica; antes exige que a lei forneça os elementos essenciais para a construção do sentido próprio tipológico.

³⁴ Aqui vertemos a visão de José de Oliveira Ascensão, in *A Tipicidade dos direitos reais*, s/ ed., Lisboa, 1968, p. 56 e seg. que refere que para que se esteja perante sub-tipos é "indispensável que a figura de que os pretensos sub-tipos derivam também possa ser por sua vez utilizada na criação de figuras jurídicas".

pressupondo todos os conceitos recortados na parte geral^{35,36}. A estruturação do regime jurídico do contrato de seguro encontra-se segmentada em três grandes áreas temáticas: o regime comum (título I), o seguro de danos (título II) e o seguro de pessoas (título III). O regime comum (arts. 1.º a 122.º) congrega as normas (em princípio) aplicáveis a todos os contratos de seguros. No título II (arts. 123.º a 174.º), baliza-se o objecto dos contratos de seguro de danos³⁷ e apontam-se as suas regras próprias. O título III (arts. 175.º a 217.º) recorta o âmbito dos seguros de pessoas e estabelece as respectivas soluções normativas. O seguro de pessoas abarca o seguro de vida (arts. 183.º a 209.º), o seguro de acidentes pessoais (arts. 210.º a 212.º) e o seguro de saúde (arts. 213.º a 217.º), contendo a LCS disposições comuns às três modalidades (arts. 175.º a 182.º) e normas privativas para cada uma.

A própria lei enuncia a pertença do seguro de saúde aos seguros de pessoas no art. 175.º da LCS: *"O contrato de seguro de pessoas compreende a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde e à integridade física de uma pessoa"*.

³⁵ Assim determinam as regras da metodologia da interpretação jurídica, *in casu*, o elemento sistemático da interpretação. Cfr. Inocêncio Galvão Telles, *Introdução ao estudo do Direito*, vol. 1, 3ª tiragem, s/ ed., Lisboa, 1990, pp. 173-187, sobretudo uma passagem da página 177 sobre o elemento sistemático da interpretação das leis onde pode ler-se: *"o elemento sistemático decorre da integração da lei interpretada num sistema de preceitos. Cada preceito não é uma ilha isolada, não vive por si, enquadra-se num conjunto com princípio, meio e fim. (...) A relação do preceito interpretando com o conjunto – a epígrafe que o precede; os textos que estão imediatamente antes e depois (contexto), aqueles que vêm mais longe (lugares paralelos) – tudo isso serve não raro para esclarecer a norma."*

³⁶ Para mais desenvolvimentos sobre interpretação da lei, vide A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993 e A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª, Coimbra Editora, 2009.

³⁷ Definindo o artigo 123º que os contratos de seguros de danos são os respeitantes a *"coisas, bens imateriais, créditos e quaisquer outros direitos patrimoniais"*.



E atenta a inserção sistemática do contrato de seguro de saúde na LCS, ser-lhe-ão aplicáveis comandos dos três níveis normativos do diploma: as regras gerais do contrato de seguro, as disposições comuns dos seguros de pessoas e as soluções próprias do seguro de saúde. Sem prejuízo, o quadro normativo aplicável ao seguro de saúde³⁸ há-de conformar-se ainda com as regras gerais dos contratos do Código Civil, as restrições de ordem pública³⁹, os ditames de diplomas avulsos⁴⁰, os comandos legais do regime dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial⁴¹⁻⁴² e as soluções vertidas no Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais⁴³⁻⁴⁴ e na Lei de Defesa do Consumidor⁴⁵⁻⁴⁶. Sob a epígrafe *Remissão para diplomas de aplicação geral*, o art. 3.º da LCS convoca expressamente os diplomas reguladores dos contratos de adesão, da contratação à distância e das relações de consumo e estabelece que o regime jurídico do contrato de

³⁸ E bem assim ao contrato de seguro em geral (v. artigo 4º).

³⁹ Com particular destaque para as restrições do artigo 280.º do Código Civil que dita a nulidade de um negócio jurídico “*contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*” ou “*cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável*”.

⁴⁰ De que é exemplo a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto que proíbe a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde e *naturaliter* todos os comandos constitucionais.

⁴¹ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro).

⁴² Consultar ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «O Novo Regime da Contratação à Distância – Breve Apresentação» e PAULO MOTA PINTO, «O Novo Regime Jurídico dos Contratos à Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial», ambos in Estudos de Direito do Consumidor, N.º 9, 2015, Edição Especial, pp. 11-18 e pp. 51-91 respectivamente e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA E JORGE MORAIS CARVALHO, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, Almedina, Coimbra, 2014.

seguro não prejudica a aplicação das regras sobre as matérias preditas⁴⁷⁻⁴⁸.

Afigura-se-nos particularmente relevante em matéria de seguro de saúde a imperatividade absoluta do dever de sigilo inscrito no art. 119.º, nos termos do qual, independentemente da concreta

⁴³ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto; pela Rectificação n.º 114-B/95, de 31 de Agosto; pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

⁴⁴ Consultar ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «O novo regime jurídico dos contratos de adesão/Cláusulas Contratuais Gerais», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, n.º 1, Lisboa, 2002, pp. 111-141 e «Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 1103-1131; ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, «Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas», in «O Direito», Ano 127.º, 1995, pp. 297 e segs.; SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990 e *O problema do contrato. As cláusulas gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, pp. 585 e segs..

⁴⁵ Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (com as alterações introduzidas pela Rectificação n.º 16/96, de 13 de Novembro; pela lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro; pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril; pela Lei n.º 10/2013, de 28 de Janeiro e pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho).

⁴⁶ Por todos, sobre o direito do consumidor, ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Sobre o Direito do Consumidor em Portugal», in *Revista Sub Iudice*, N.º 24 (Janeiro/Março 2003), pp. 7-13 e «Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor», in *Estudos do Instituto do Direito de Consumo*, Volume III (2006), pp. 37-55.

⁴⁷ No texto do artigo 3.º da LCS lê-se que “O disposto no presente regime não prejudica a aplicação ao contrato de seguro do disposto na legislação sobre cláusulas contratuais gerais, sobre defesa do consumidor e sobre contratos celebrados à distância, nos termos do disposto nos referidos diplomas.”.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8-3-2001, CJ S, ano IX, tomo 1, p. 154 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos Seguros*, Principia, p. 78.



celebração ou não do contrato, da invalidade deste ou mesmo após a sua cessação, o segurador tem a obrigação de guardar segredo sobre toda a informação a que tenha acedido no âmbito da celebração ou execução do contrato de seguro. Mais o dever de confidencialidade "*impende também sobre os administradores, trabalhadores, agentes e demais auxiliares do segurador, não cessando com o termo das respectivas funções.*" (n.º 2 da citada norma legal).

Por banda das normas relativamente imperativas, aplaude-se que um dos preceitos legais que poderá afastar-se apenas em termos mais vantajosos para o tomador do seguro é o que estabelece a subsistência (limitada) da cobertura após a cessação do contrato. Determina o art. 217.º que "*Em caso de não renovação do contrato ou da cobertura e não estando o risco coberto por um contrato posterior, o segurador não pode, nos dois anos subsequentes e até que se mostre esgotado o capital seguro no último período de vigência do contrato, recusar as prestações resultantes de doença manifestada ou outro facto ocorrido na vigência do contrato, desde que cobertos pelo seguro*". Para tanto, "*o segurador deve ser informado da doença nos 30 dias imediatos ao termo do contrato, salvo justo impedimento*". É de assinalar, pois, a possibilidade de convenção de um regime mais favorável para o tomador do seguro após a cessação do contrato e que esta hipótese não é derogável por acordo.

O regime normativo do contrato de seguro de saúde recorta-se, *sic*, num exercício de convocação articulada dos campos de regulação acima apontados, obedecendo às regras de hierarquia e prevalência das leis, com especial atenção à máxima *lex specialis derogat lex generalis*⁴⁹⁻⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, s/ ed., pp. 71-87 e 105-110.

III.2 Noção

A epígrafe do art. 213.º anuncia uma definição de seguro de saúde que o texto da norma, afinal, não faz. Esta opção do legislador evidencia que o conceito de seguro de saúde traduz uma realidade jurídica material complexa e em rápida mutação que postula, por isso, uma construção doutrinária aberta. Rigorosa, mas não rígida.

A noção de seguro de saúde que encontramos na LCS é, pois, uma visão que se afasta da delimitação conceptual-subsuntiva pura. Vejamos como o referido preceito legal (art. 213.º da LCS) diz que “No seguro de saúde, o segurador cobre os riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde”. *Id est*, o legislador deixa um apontamento de luz sobre o tipo de cobertura aqui compreendida, por remissão para o conteúdo contratual, por remissão para o que as partes, dentro deste âmbito, hão-de convencionar em cada caso. A norma concede, assim, assinalável amplitude à autonomia privada, remetendo “no essencial, para o convencionado pelas partes no contrato”⁵¹.

A construção de um conceito de contrato de seguro de saúde pressupõe uma unidade de sentido jurídico-normativo precipitada dos elementos e por referência ao tipo contratual do seguro. Pré-ordenada, portanto, aprioristicamente a estoutro núcleo normativo, a partir do qual se alcançará uma compreensão do contrato de

⁵⁰ E não perdendo de vista que a LCS contém um conjunto de normas privativas para o seguro de saúde a solicitar uma leitura cuidada, atendendo a que são normas especiais, “preceitos que, regulando um sector relativamente restrito de casos, consagram uma disciplina nova, mas que não está em directa oposição com a disciplina geral”, como nos ensinam os Mestres Pires de lima e Antunes Varela, em *Noções...*, ob. cit., p. 79.

⁵¹ Nas palavras de JOSÉ ALVES DE BRITO, in Pedro Romano Martinez [et alt.], *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2011, 2ª edição, p. 614.



seguro de saúde por permeação à realidade fértil das relações jurídico-materiais e por aferição de pertença à fisionomia do tipo do contrato de seguro em geral⁵²⁻⁵³.

A montante da definição de seguro de saúde, importa responder à questão da qualificação de um contrato como contrato de seguro. Questão muito importante num tempo em que abundam os denominados *planos de saúde* e aos quais os tomadores ou beneficiários se referem como *seguros de saúde*, sem que por vezes o sejam verdadeiramente.

Assim, à pergunta sobre se determinado plano de saúde é ou não um verdadeiro seguro de saúde, a resposta será afirmativa ou negativa em função da conformidade ou desconformidade do conteúdo do contrato com os deveres típicos que integram o objecto imediato do contrato de seguro em geral, enunciados no art. 1.º da LCS⁵⁴, sabendo

⁵² Assim também, *mutatis mutandis*, a respeito do seguro de vida, a reflexão de MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida...*, op. cit., pp. 99-122, sobretudo a afirmação da Autora segundo a qual "não queremos implicar que baste a consideração do plano das normas legais: estas terão que ser projectadas no todo do sistema jurídico, não só para discernir a função prático-jurídica que, no seu conjunto, visam implementar, como para alcançar os princípios que as informam. Relevam aqui não só os princípios fundamentais, como a jurisprudência e a dogmática que esclarecem o sentido do tipo; por último, releva provindo do estrato da realidade jurídica, o tipo social correspondente ao tipo legal – desde logo, porque é normalmente por referência a este que as partes contratam. E não só; questão a não perder de vista no recorte do tipo contratual é a sua contraposição com os tipos, tanto legais como sociais, que, sendo adjacentes, logram que lhes seja reconhecido um sentido autónomo."

⁵³ Sobre a questão da construção de uma identidade tipológica, vide também Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 166-170 e Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 63 e seg..

⁵⁴ Em idêntico sentido, cfr. Francisco Luís Alves, «O regime do contrato de seguro de saúde no direito português», in Forum, Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, Ano XIII, n.º 27, Julho 2009, pp. 7-31, disponível em https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/13F9A0DA-E4A7-488A-9F98-5F62FD8FBD09/0/forum27_web.pdf.

que do lado do segurador, existe o dever de cobrir “*um risco determinado*”, “*obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato*” e que o tomador do seguro se obriga “*a pagar o prémio correspondente*”.

A propositiva opção legislativa em não apresentar um conceito geral abstracto⁵⁵ de seguro de saúde⁵⁶ concede aos contraentes ampla margem de conformação do regime do contrato com a sua vontade, em homenagem ao princípio da liberdade contratual⁵⁷⁻⁵⁸.

⁵⁵ Por oposição a conceito concreto e a conceito funcional. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial, I, O problema da empresa como objecto de negócios, s/ed.*, Coimbra, 1967, pp. 873-878, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 27-57 e Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 506 e ss..

⁵⁶ Em coerência, aliás, com a não definição outrossim de contrato de seguro, como vimos *supra*.

⁵⁷ Sublinhamos as palavras de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO que ensina que “*Um outro princípio fundamental do direito civil português é o princípio da liberdade contratual (art. 405º). O seu fundamento constitucional mais explícito encontra-se no artigo 61º da Constituição (...) A produção de efeitos jurídicos (constituição, modificação e extinção de relações jurídicas) resulta principalmente, no tocante à actuação humana juridicamente relevante, de actos de vontade – maxime declarações de vontade – dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos. Os actos jurídicos cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em coincidência com o teor declarado dessa intenção, designam-se por negócios jurídicos. O negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas. Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.*” (in *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição actualizada, Coimbra Editora, 1996, pp. 88-90).



que encontra no contrato de seguro um campo de aplicação privilegiado.

Uma convenção cujos efeitos jurídicos que tende a produzir correspondam ao conteúdo típico do contrato de seguro e que incidam sobre riscos relativos à prestação de cuidados de saúde con figurará, em princípio, um autêntico contrato de seguro de saúde.

Não perdendo de vista que o tipo não se confunde com o caso concreto, outra questão a que é necessário responder para enquadrar ou não determinada relação jurídico-contratual no tipo

⁵⁸ Destacamos outrossim os ensinamentos de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA a respeito do princípio da liberdade contratual, referindo que *“Uma das características que assinalámos ao direito das obrigações foi a da autonomia da vontade ou liberdade negocial, que traduz a amplitude deixada aos particulares para disciplinarem os seus interesses. Esta faculdade de auto-regulamentação exprime-se, aqui, no princípio da liberdade contratual ou da liberdade de contratar. O Cód. Civ. Afirma-o com toda a nitidez no pórtico das normas que dedica aos contratos: «Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprovem» (art. 405º, n.º 1). A regra consiste, pois, em os particulares, na área dos contratos, poderem agir por sua própria e autónoma vontade. Os limites que a lei imponha constituem excepção. Do referido princípio derivam várias consequências: os contraentes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar, como na fixação do conteúdo das relações contratuais que estabeleçam, desde que não haja lei imperativa, ditame de ordem pública ou bons costumes que se oponham (art. 405º) (...) Acrescente-se que o princípio da autonomia da vontade assume particular importância quanto à interpretação e integração dos contratos (art. 236º a 239º) (...) A proposição legislativa essencial é, sem dúvida, no art. 405º, n.º 1, a que assinala às partes «a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos» (...) [e] convirá explicitar o pensamento legislativo que, no seu máximo âmbito, comporta analiticamente três aspectos. Assim: a liberdade de celebração – quer dizer, é à iniciativa privada que pertence a decisão de realizar ou não o contrato; a liberdade de selecção do tipo contratual – no sentido de que cabe à vontade dos particulares a escolha do contrato a celebrar, tipificado na lei ou qualquer outro; e a liberdade de estipulação – que se reconduz à faculdade de os contraentes modelarem, de acordo com os seus interesses, o conteúdo concreto da espécie negocial eleita.” (in *Direito das Obrigações*, 9ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 206-207).*

contratual do seguro e do seguro de saúde refere-se ao risco, como elemento essencial na identificação tipológica do contrato concreto e, em particular, na correspondência tipológica com a categoria do contrato de seguro.

III.3 Delimitação do tipo

III.3.1 A importância do risco

Sabemos já que o recorte da figura do contrato de seguro é alvo de acesa controvérsia doutrinária seja pela referência historicamente volúvel à sua função económico-social⁵⁹ seja pela heterogeneidade na metodologia de abordagem. A doutrina maioritária recorta este tipo contratual por identificação dos seus elementos essenciais e existe um certo consenso dogmático e jurisprudencial em relação a três notas caracterizadoras principais: o risco, a empresa e o prémio⁶⁰. O risco (a sua transferência para o segurador) é, nesta sede, concebido enquanto possibilidade de um evento futuro e incerto susceptível de determinar a atribuição patrimonial do segurador. A empresa é entendida no sentido de entidade organizacional que desenvolve profissionalmente a actividade seguradora. O prémio corresponde à retribuição paga pelo tomador do seguro.

⁵⁹ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «A função económico-social na estrutura do contrato», in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007.

⁶⁰ Ilustrativamente, vide J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa, Lisboa, 1971, pp. 19 e ss. e CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. IV, *Le Obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1929, pp. 424 e ss.. A nossa jurisprudência segue abundantemente o pensamento de Moitinho de Almeida.



Nestes termos, o contrato de seguro representa uma convenção pela qual o segurador, mediante retribuição paga pelo tomador do seguro, cobre (assume) um risco determinado, obrigando-se a satisfazer uma indemnização do dano ou um valor convencionalmente estipulado, se o evento a que o risco se reporta se verificar (sinistro).

Portanto, o ponto de partida situa-se nesta interpelação tipológica que leva o intérprete e aplicador da lei a percorrer todo o *iter legis* para compreender o substrato de construção do conceito. E a compreensão do sentido normativo do seguro de saúde, enquanto modalidade legal do tipo geral do contrato de seguro, impõe que se defina uma moldura conceptual como *prius* metodológico para adequada regulamentação das múltiplas gradações que a realidade há-de trazer até à prática jurídica.

O contrato de seguro de saúde corresponde a um sub-tipo que a própria lei categoriza e regula (arts. 213.º a 217.º da LCS), porém, desacompanhada de uma descrição legal completa do tipo contratual do contrato de seguro. *Rectior*, desacompanhada de um conceito classificatório⁶¹.

Na verdade, o art. 1.º da LCS desenha o tipo contratual do seguro, não ao jeito de uma definição conceptual-subsumtiva, de somatório de elementos teóricos necessários para o enquadramento normativo, mas sim em jeito de descrição⁶². Veja-se que o texto da norma dispõe que “*Por efeito do contrato de seguro, o segurador*

⁶¹ Por contraposição a conceito ordenatório. Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, op. cit., p. 27 e nota 45.

⁶² Como nos diz MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “o tipo ordena uma certa realidade de acordo com certos arquétipos, modelos ou paradigmas (...) o tipo apela necessariamente a uma valoração, já que ele é sempre um ponto de partida para uma avaliação ou comparação” (cfr. *Linguagem e Direito*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 287-288).

cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prêmio correspondente” e é esta descrição, por reporte aos efeitos contratuais do tipo, que sufraga uma compreensão tipológica elástica, indicando apenas o núcleo comum (de sentido) a todos os contratos de seguro.

A adição de características próprias do seguro de saúde permite a construção de um *totus* de sentido normativo, postulando um diálogo permanente com a realidade⁶³. Com efeito, a riqueza de sentido que o contrato de seguro comporta solicita uma leitura tipológica mais flexível com vista à resposta que surge no momento da decisão de aplicação ou não do regime do contrato de seguro às convenções de direitos e obrigações que os sujeitos firmam⁶⁴. Donde, a compreensão da unidade de sentido do regime do seguro de saúde far-se-á, em primeiro lugar, por enquadramento na unidade do regime previsto para o tipo geral⁶⁵.

A indicação da essencialidade de sentido especificamente diferenciadora do que é um verdadeiro seguro de saúde tem como pano de fundo o amplo espectro de elementos caracterizadores

⁶³ MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS sustenta que os tipos jurídicos estruturais “são, antes de mais, *«tipos normativos»*, nascendo da realidade e com esta mantendo um laço, mas sendo simultaneamente portadores de um dever-ser. O legislador colhe normalmente os tipos jurídicos estruturais da realidade, onde estes se perfilam como tipos reais normativos e, mantendo-os na sua conformação e abertura ou modificando as notas que os identificam ou tornando-os menos flexíveis, acolhe-os na lei” (in *O Seguro de Vida...*, cit., p. 105).

⁶⁴ Seguimos de perto o pensamento de José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade...*, cit., pp. 34-36, que sustenta que, apesar de o tipo não se confundir com cada realidade jurídica-material concreta, o tipo situa-se numa “*posição intermédia, entre o conceito de referência e o caso individual*”.



que podem conformar esta figura contratual⁶⁶, pelo que importa a presença apenas dos *essentialia* do contrato de seguro de saúde, por uma questão de síntese e sistematização da sua análise e identificação.

Neste sentido, e partindo do texto da lei, o art. 213.º dispõe que “No seguro de saúde, o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde”, ou seja, a nota específica do seguro de saúde é a delimitação do objecto do risco à “prestação de cuidados de saúde”, sobrelevando de interesse o elemento *risco*, o qual transita da descrição do tipo (contrato de seguro) para a descrição do sub-tipo (seguro de saúde)⁶⁷.

Ora, sendo o contrato de seguro um campo de aplicação privilegiado do princípio da autonomia privada, como vimos já, compreende-se a opção legislativa de abertura do sub-tipo ao sentido jurídico que encerra cada caso/contrato concreto. Na verdade,

.....

⁶⁵ No mesmo sentido, cfr. ISABEL RIBEIRO PARREIRA, «Algumas reflexões sobre o tipo, a propósito dos tipos legais contratuais», in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006, p. 984 na sua afirmação de que o “tipo vive na dialéctica entre as globais previsão e estatuição da norma” e Maria Inês de Oliveira Martins, *O Seguro de Vida*, cit., p. 106, que refere que “a abordagem tipológica impõe que se colha o tipo «no todo» da regulação respectiva, que solidariza hipóteses e estatuições respectivas e as projecta no todo do sistema jurídico”.

⁶⁶ Aqui acolhemos o pensamento de MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, a respeito do seguro de vida, em que a autora sustenta que “Se o tipo não abstrai analiticamente, mas enquadra sincreticamente, o seu reconhecimento postula uma aproximação sucessiva da sua «imagem global de sentido» à «imagem global de sentido» do caso concreto” – cfr. ob. cit. *O Seguro de Vida...*, cit., p. 107.

⁶⁷ Assim, como afirma PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, cit., p. 48-49 “Quanto mais significativa uma característica for, mais imprescindível ela será e, portanto, mais próxima de um processo conceptual será a sua utilização”.

a noção de contrato de seguro de saúde recebida pelo art. 213.º da LCS, de conteúdo tão amplo, remete necessariamente para o exacto conteúdo que as partes convencionem dentro do objecto «cuidados de saúde».

Esta visão comporta as duas modalidades de seguro de saúde que a doutrina tradicionalmente assinala: seguro de doença e seguro de despesas médicas. O seguro de doença é o mais clássico modelo de seguro de saúde, em que o segurador cobre os riscos decorrentes da modificação do estado de saúde involuntária do tomador do seguro. Como realidade mais recente, em crescente expansão e elasticidade quanto ao conteúdo, encontramos o seguro de despesas médicas, o qual tem por objecto os custos associados a tratamentos de saúde e outros relacionados com a prestação de cuidados de saúde *lato sensu*^{68,69,70}.

Então, dentro dos limites legais⁷¹, a vontade das partes é soberana na conformação do conteúdo do seguro de saúde. É este o

⁶⁸ *Verbi gratia*, parto, ortodontia, cirurgia estética e reconstrutiva, etc.

⁶⁹ Actualmente o interesse da distinção entre contrato de seguro de doença e contrato de seguro de despesas médicas é meramente doutrinário. Contudo, no anterior regime legal do contrato de seguro, a delimitação entre seguro de doença e seguro de despesas médicas tinha, na óptica de autores de referência, implicações ao nível do regime legal aplicável. Moitinho de Almeida, por exemplo, defendia que o seguro de doença qualificar-se-ia como seguro de pessoas em determinadas situações e como seguro contra danos quando relativo ao pagamento de despesas médicas (cfr. J. C. Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro...*, *op. cit.*, p. 402).

⁷⁰ Em Espanha, por exemplo, a lei do contrato de seguro (Lei n.º 50/1980, de 8 de Outubro) distingue, no artigo 105º, entre seguro de doença e seguro de dependência (autonomamente regulado na Lei n.º 39/2006, de 14 de Dezembro).

⁷¹ Dentro dos limites da lei, como o artigo 405º do Código Civil genericamente enuncia. Quanto ao contrato de seguro, salientamos o limite previsto no artigo 43.º da LCS de “*interesse digno de protecção legal*”, sob pena de nulidade do contrato



sentido da noção de seguro de saúde do art. 213.º, em linha com o largo âmbito objectivo traçado pelo art. 175.º para os seguros de pessoas, com o princípio geral da supletividade das regras da LCS enunciado no art. 11.º e com a delimitação do conceito de contrato de seguro do art. 1.º.

Mas apesar da ampla liberdade das partes na conformação do conteúdo do seguro de saúde, o certo é que nem todos os contratos referentes a serviços e/ou despesas de saúde configuram verdadeiros seguros de saúde.

Num contexto actual de elevada contratação em massa, contratação à distância e através de cláusulas contratuais gerais, o particular muitas vezes julga celebrar um contrato de seguro, simplesmente porque o contrato celebrado tem por objecto a participação de despesas de saúde.

A doutrina e a jurisprudência europeias previnem contra o perigo de se fazer crer junto dos consumidores (tomadores de seguros) que é possível *comprar* um seguro⁷², neles inculcando a ideia que celebrar um contrato de seguro de saúde equivale a *comprar* a participação financeira de cuidados de saúde.

.....
– preceito legal em grande medida tributário da sanção de nulidade prevista no art. 280.º do Código Civil para os negócios jurídicos com objecto contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

⁷² Vide por todos ERNST STEINDORFF, *La déclaration des circonstances ayant une influence sur l'appréciation et l'acceptation du risque dans la proposition de directive de la commission sur le droit du contrat d'assurance*, L'Harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la CEE, Colloque organisé par la Licence en Droit et Economie des Assurances sous les auspices de la CEE, Université Catholique de Louvain, 27-28 novembre 1980, Bruylant, Bruxelles, 1981, sobretudo p. 267.

Urge traçar claramente a fronteira entre o que é um seguro de saúde *verdadeiro* e seguros de saúde *aparentes*, com as consequências daí advenientes que se prendem, no que interessa à presente reflexão, com a protecção que a lei concede ao tomador do seguro e ao segurado, no âmbito de aplicação da LCS⁷³.

A abertura da lei à realidade prática, decorrente da descrição tipológica por precipitação dos elementos essenciais, depõe a favor de uma construção de um tipo jurídico do contrato de seguro para que se possa, a partir daí, delimitar o conceito de seguro de saúde também enquanto unidade de sentido normativo⁷⁴. Mais se apela a um caminho discursivo permeável aos cambiantes dos casos concretos, mas sem perda de segurança jurídica, por via do rigor de um juízo de tipicidade⁷⁵. A flexibilidade própria da abordagem tipológica avalia a pertença ao tipo contratual, não tanto pela busca rígida de identidade entre o caso e o tipo, mas antes pela indagação do sentido jurídico que a realidade encerra⁷⁶.

A riqueza das relações jurídico-materiais sublinha a especificidade das soluções da LCS, sendo certo que não correspondem

⁷³ Sem prejuízo da protecção da legislação de consumo, desde logo do regime das cláusulas contratuais gerais, da contratação à distância e da própria lei de defesa do consumidor.

⁷⁴ Como salienta Maria Inês de Oliveira Martins, “Os elementos essenciais do contrato perfilam-se, então, como condição necessária e suficiente da aplicação do regime jurídico correspondente ao tipo contratual em causa, em termos de *tertium non datur*” (in *O Seguro de Vida...*, op. cit., p. 100).

⁷⁵ Acerca da mobilização do tipo legal e do tipo social correspondente, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e CAROLINA CUNHA, “Sobre o contrato de cessão financeira ou de «factoring»”, in *Volume Comemorativo do 75º tomo do BFDUC*, 2003, pp. 521-523, em que os autores defendem uma convocação dialógica dos tipos legal e social, no sentido de o tipo social corresponder ao modelo de regulação que se manifesta na realidade da prática jurídica de um modo consistente e reiterado.



àquelas alcançadas pela aplicação das normas da lei de defesa do consumidor ou dos contratos de adesão, justamente pelo sentido intencional normativo próprio do âmbito dos contratos de seguro. Exemplo de regra privativa da LCS é o art. 27.º que estabelece o valor declarativo do silêncio do segurador como declaração de aceitação do contrato ou o n.º 2 do art. 16.º que consagra um regime de nulidade atípica, tutelando a posição do tomador de boa-fé que contrate um pretense seguro com um segurador não legalmente autorizado a exercer a actividade seguradora⁷⁷: um tal contrato é nulo, mas a lei determina que se lhe apliquem os efeitos do contrato de seguro no que respeita aos direitos que para o tomador resultariam se se tratasse de um negócio válido. A protecção do tomador do seguro ou do segurado paralisa unilateralmente os efeitos retroactivos e restitutivos típicos da nulidade, os quais só operam em relação ao tomador, porque o segurador permanece vinculado às obrigações que para ele resultariam do contrato e da LCS. Por banda do regime particular do seguro de saúde, destacam-se o art. 214.º a impor a obrigatoriedade de menções especiais na apólice do seguro de saúde (respeitantes às condições de cobertura em cada ano de vigência do contrato e às condições de indemnização em caso de não renovação); o art.

⁷⁶ Na esteira da filosofia de Hegel - segundo o qual o conceito puro representa "uma mera adição de notas pensadas isoladamente" -, a doutrina alemã trouxe para o Direito a visão das figuras contratuais como verdadeiros tipos, em ruptura com a concepção daquelas como simples conceitos. E este pensamento fez caminho na doutrina dos vários ordenamentos jurídicos europeus. Cfr. GIORGIO DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, CEDAM, Pádua, 1974, pp. 122 e seg., Karl Larenz, *Metodologia...*, op. cit., pp. 652-656 e José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade...*, cit., pp. 22 e seg.

⁷⁷ O Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora é a Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 127/2017, de 9 de Outubro e pela Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro.

215º que exclui expressamente do âmbito do seguro de saúde a obrigação de o tomador ou o segurado comunicar o agravamento do risco “*relativamente a alterações do estado de saúde*” e o art. 217.º que estabelece a regra da subsistência da cobertura nos dois anos seguintes à cessação do contrato.

Não perdemos de vista o elenco completo das notas caracterizadoras do contrato de seguro por convocação do texto do art. 1.º da LCS, mas circunscrevemos a delimitação do âmbito do contrato de seguro de saúde por referência apenas aos elementos autónomos do tipo geral com destacada importância para o enquadramento no seguro de saúde.

Como dissemos já, a doutrina coincide na identificação de três notas essenciais recondutoras ao tipo contratual de seguro: a empresa, o prémio e o risco⁷⁸. O requisito de empresa foi sofrendo visões diversas trazidas da complexificação da actividade seguradora. Na verdade, esta nota é hoje reputada essencial à qualificação das relações jurídicas de seguro determinada pelo escopo de protecção do tomador do seguro. Nestes termos, ao segurador a lei exige hoje que seja legalmente autorizado a exercer a actividade seguradora. É no índice de qualidade de uma actividade seguradora realizada de modo sistemático, organizado e de acordo com as leis das técnicas de seguros que se cifra este elemento do contrato de seguro que a LCS acolhe no n.º 1 do art. 16º. O prémio constitui a

⁷⁸ Na doutrina estrangeira, vide MAURICE PICARD e ANDRÉ BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, pp. 34 e ss.; CESARE VIVANTE, *Trattato...*, cit., pp. 424 e ss. e HERNST BRUCK e HANS MÖLLER, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, Erster Band*, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1961, p. 96. Na doutrina portuguesa, cfr. por todos Moitinho de Almeida, *O contrato de seguro...*, cit., pp. 19 e ss.



contrapartida devida pelo tomador do seguro, correspondendo a uma obrigação pecuniária e que se encontra em relação de dependência genética e funcional com a obrigação do segurador.

Claro está que o risco é o elemento com destacada autonomia e relevo para a ordenação de sentido de qualquer relação jurídica material ao tipo contratual do seguro. O risco identifica-se com a denominada *matéria do contrato* e não, em termos absolutos, com o *objecto do contrato*⁷⁹. Em sentido técnico-jurídico, na noção de objecto do negócio jurídico co-existem os efeitos a que o negócio tende (objecto imediato ou conteúdo) e o *quid* sobre o qual incidem aqueles efeitos jurídicos (objecto mediato ou objecto *stricto sensu*)⁸⁰.

Na verdade, o risco, nos termos em que a lei se exprime, quer na delimitação do contrato de seguro quer na descrição do contrato de seguro de saúde, não se reconduz aos efeitos a que o contrato de seguro tende (objecto imediato) nem ao *quid* sobre o qual os efeitos incidem (objecto mediato). Quanto ao objecto mediato, o contrato de seguro não se dirige a produzir efeitos jurídicos que incidam sobre o risco, porque o risco (que o segurador cobre) existe independentemente do contrato de seguro. O segurador não assume o risco de outrem, não é essa a obrigação que para si resulta do contrato. O segurador obriga-se, sim, a realizar a prestação resultante de um sinistro relacionado com o risco (do tomador do seguro ou do segurado) e esta é a sua obriga-

⁷⁹ A doutrina defende que a percepção do risco como objecto do contrato de seguro faz sentido do ponto de vista económico, já em sentido jurídico, vale como metáfora. Cfr. GIANGUIDO SCALFI, «Alea», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, I, UTET, Turim, 2004, pp. 254-255 e ENRICO GABRIELLI, «Alea», in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2007, p. 4.

⁸⁰ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, cit., pp. 547-553 e MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 327 e ss.

ção contratual típica, razão por que na identificação dos deveres típicos, a lei pretere a ideia material de risco, o que vale por dizer que no âmbito do contrato de seguro releva o risco em sentido formal.

O que fica dito apenas clarifica o alcance da referência do contrato de seguro ao risco, ficando a cobertura deste risco dependente da "ocorrência do evento aleatório previsto no contrato", confirmando outrossim o carácter aleatório do seguro.

Dito isto, sublinhamos que o papel do risco é absolutamente decisivo na configuração de um contrato como contrato de seguro, situando-se, reiteramos, entre as notas essenciais do seguro como tipo contratual. Assume-se como elemento precipitado na estrutura das prestações obrigacionais das partes e é relevantíssimo, portanto, como elemento que influi directamente na modelação do objecto do contrato de seguro. A centralidade que o risco assume nos contratos de seguro faz dele denominador comum no recorte dogmático do tipo e ponto axial entre o contrato e o evento aleatório⁸¹.

As normas da LCS apontam o risco como condição de validade do contrato (art. 44.º, n.º 1) e, quando o seguro se reporta a riscos futuros, como condição de eficácia (art. 44.º, n.º 3). O risco corresponde à materialização do evento aleatório que o contrato prevê, servindo-lhe de referência, sendo, contudo, independente da sua verificação^{82,83}.

A nossa lei configura o risco como hipótese de lesão de um interesse digno de tutela do Direito, na interpenetração que esta-

⁸¹ Vide GIOVANNI MARESCA, *Alea contrattuale e contrato di assicurazione*, Gianni Editore, Nápoles, 1979, pp. 32-33.

⁸² A doutrina converge nesta visão e, em reforço deste entendimento, autores há que apontam a possibilidade de celebração de diversos contratos de seguro relativamente ao mesmo evento aleatório como significativa da independência dos conceitos de risco e sinistro. Cfr, v.g., VÉRONIQUE NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse*



belece entre risco e interesse⁸⁴ - “*interesse digno de protecção legal relativamente ao risco coberto*”, como diz o n.º 1 do art. 43.º. Em termos objectivos, o evento futuro e incerto há-de ser apto a produzir um dano, ou seja, uma desvantagem na esfera do titular do interesse seguro, sendo que apenas as consequências negativas se têm por contratualmente relevantes⁸⁵.

Esta precisão prende-se com a possibilidade que a doutrina aponta de o risco poder referir-se a eventos que, numa perspectiva subjectiva, possam representar efeitos positivos. No seguro automóvel, pense-se num acidente de viação que resulte na destruição objectiva do veículo, mas que subjectivamente seja positiva para o segurado-proprietário, por exemplo, porque não tinha apreço pelo objecto. Mais impressivamente, no seguro de saúde, admite-se que o risco coberto inclua intervenções cirúrgicas estéticas, as quais representam objectivamente uma lesão na esfera jurídica do titular do interesse seguro, mas com todos os efeitos positivos subjectivos que tal evento representará para o segurado.

.....
du contrat d'assurance, Librairie générale du droit et de jurisprudence, E.J.A. et Véronique Nicolas, Paris, 1996, pp. 55-60.

⁸³ O risco é configurado como sujeição à hipótese de ocorrência do evento. Nas palavras de Calvão da Silva, a “*possibilidade de verificação do sinistro (...) constitui o risco regulável*” e o risco apresenta-se verdadeiramente como “*pressuposto necessário de um seguro*” - cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Seguro de crédito», in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999., p. 108.

⁸⁴ Vide MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de seguro...*, op. cit., pp. 18 e ss., na esteira da doutrina alemã (v. HANS MÖLLER, *Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages*, in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, Tomo Primo, Dott. Antonio Giuffrè Editore, Milano, 1963, p. 257).

⁸⁵ Os defensores da teoria indemnizatória (da natureza jurídica do contrato de seguro) também acolhem esta ideia de impossibilidade de referência do risco a um evento aleatório neutro. Cfr. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 36-38.

Cristalizando, diremos que o risco é o sentido em que se projecta a álea ínsita ao contrato de seguro e que o evento aleatório contratualmente possível e relevante tem de representar uma desvantagem patrimonial para o segurado. Num verdadeiro contrato de seguro de saúde, o risco densifica-se como previsão contratual da possibilidade de o evento futuro e incerto relativo à necessidade da prestação de cuidados de saúde acarretar consequências negativas para a esfera do titular do interesse seguro, ao que acrescerá a concretização do risco em termos quantitativos (com critério de determinação ou de determinabilidade)⁸⁶.

Cimentada a afirmação da essencialidade do risco no contrato de seguro, importa caracterizar o risco (juridicamente) segurável, apontando-se-lhe tradicionalmente como notas cumulativas distintivas: (i) a previsão legal, (ii) a aleatoriedade, (iii) a licitude, (iv) a possibilidade, (v) a quantificabilidade, (vi) a previsibilidade e (vii) a accidentalidade.

Percorrendo cada uma das notas, temos que o risco, para ser juridicamente segurável, tem de corresponder a um dos ramos e modalidades de seguros legalmente previstos⁸⁷ e ser objectivamente possível⁸⁸. Exige-se outrossim que seja compatível com a ordem

⁸⁶ Neste sentido, a respeito dos seguros de vida, Maria Inês de Oliveira Martins: *“Em face dos seguros de vida, concretiza-se a categoria do risco como a possibilidade de um evento futuro e incerto atinente à duração da vida humana trazer consequências desfavoráveis para a esfera do titular do interesse seguro. Num ulterior passo no sentido da sua concretização, resta-nos referir a sua vertente quantitativa. Esta interessa, sobretudo, ao segurador, que assume a face financeira das consequências associadas à verificação desse evento”* – cfr. ob. cit da Autora *O Seguro de Vida...*, p. 273).

⁸⁷ Cfr. JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro...*, cit., p. 129.

⁸⁸ Cfr. ABÍLIO NETO, *Código Comercial, Código das Sociedades, Legislação Complementar, Anotados*, Lisboa, Ediforum, 2002, p. 284.



pública⁸⁹, por considerações de desvalor ético-jurídico que se estendem desde os requisitos legais relativos ao objecto negocial (art. 280.º do Código Civil) até às proibições expressas de modalidades e práticas de seguros da LCS (arts. 14.º e 15.º). Já a nota da quantificabilidade⁹⁰, prende-se com dados económicos, sendo apontada pela doutrina como um elemento de facto relevante de direito, em decorrência do disposto n.º 3 do art. 15.º que manda aferir a licitude da recusa de um determinado seguro pelo segurador pelas “práticas e técnicas de avaliação, selecção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objectivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora”. Um risco previsível será um risco projectável por estipulação convencional, isto é, determinado ou determinável *ex contractu*⁹¹. O elemento porventura mais significativo do risco juridicamente regulável num contrato de seguro é o seu carácter aleatório, e de que a accidentalidade é reflexo e complemento⁹². A lei sanciona os sinistros causados dolosamente pelo titular do interesse seguro com a perda do direito à prestação a que o segurador contratualmente se obrigou (art. 46.º, n.º 2). Escapam a esta previsão legal os sinistros

⁸⁹ Cfr. HUBERT GROUDEL, FABRICE LEDUC e PHILIPPE PIERRE, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008, p. 86.

⁹⁰ Cfr. HUBERT GROUDEL, FABRICE LEDUC e PHILIPPE PIERRE, *Traité du contrat...*, cit., p. 88.

⁹¹ Nota em tudo semelhante à exigência de determinabilidade do objecto negocial do art. 280.º do Código Civil.

⁹² No requisito de risco accidental, a doutrina sublinha a não cobertura de sinistros intencionais. Sobre a aleatoriedade do risco, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 40 e ss e J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de seguro...*, cit., pp. 101 e ss.

(meramente) voluntários por se entender que, pelo menos tendencialmente, a verificação do evento não é motivada apenas pela prévia celebração do contrato de seguro. No seguro de saúde esta precisão é significativa, porque torna possível que o contrato preveja a cobertura de riscos relativos a eventos voluntários como parto, (internamento para) realização de exames médicos, cirurgias estéticas e todos os actos relacionados com a prestação de cuidados de saúde desencadeados por vontade e por acção do titular do interesse seguro.

O carácter aleatório do risco é uma precipitação do conceito de álea em sentido técnico-jurídico que configura o risco como elemento que confere ao negócio o seu sentido jurídico.

Posicionado no eixo central do contrato de seguro, o risco deve referir-se a um evento (futuro e) incerto, mostrando-se a doutrina favorável à admissibilidade do mero risco putativo, isto é, o risco relacionado com um evento cuja ocorrência subjectivamente as partes desconhecem, embora possa já ter objectivamente acontecido⁹³. A LCS também consagrou a cobertura de riscos putativos (n.º 3 do art. 44.º), preterindo a hipótese de desídia ou má-fé do titular do interesse seguro em favor dos argumentos relativos à função económico-social do contrato de seguro e das razões ético-jurídicas de *premiação* da boa-fé⁹⁴.

Embora os consumidores em geral revelem uma percepção consistente dos elementos essenciais à qualificação de um contra-

⁹³ Cfr. JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro...*, cit., p. 130.

⁹⁴ Em homenagem à boa-fé como elemento distintivo do contrato de seguro, uma parte da doutrina admite o risco putativo como risco segurável. Neste sentido, encontramos HUBERT GROUDEL, FABRICE LEDUC e PHILIPPE PIERRE, *Traité du contrat d'assurance...*, cit., p. 63-64. Em sentido mais restritivo, admitindo o risco putativo apenas para as situações em que as partes tivessem celebrado o contrato de seguro com



to como contrato de seguro, a massificação destes contratos reclama uma atenção particular ao recorte do elemento risco, pelo que se impõe uma reflexão autónoma e mais profunda do mesmo.

E, na verdade, a doutrina sublinha incessantemente a importância do risco, no sentido da sua essencialidade para a validade do próprio contrato de seguro enquanto tal. Calvão da Silva refere-se ao risco como "*pressuposto necessário de um seguro*"⁹⁵ e Guerra da Mota afirma que "*a existência do risco, isto é, da possibilidade futura e incerta do sinistro, é essencial à validade substancial do contrato de seguro: não há seguro sem risco*"⁹⁶.

A essencialidade do risco - e dos termos em que este deve verter-se no contrato - para o enquadramento das relações contratuais como seguros de saúde conduz-nos à reflexão sobre a importância da declaração inicial do risco que constitui um dever pré-contratual do tomador do seguro, sendo que a aceitação e

boa-fé, situa-se ROBERT-JOSEPH POTHIER, «*Traité du contrat d'assurance*», in *Oeuvres de R.-J. Pothier, contenant Les Traités du Droit français*, Tome troisième, J. P. Jonker, Ode et Wondon, H. Tarlier, Bruxelles, 1830.

⁹⁵ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 108, em que o autor defende que "*Por natureza e função, o seguro visa proporcionar ao segurado uma adequada tutela contra a ocorrência de determinados eventos futuros e incertos. E esta possibilidade de verificação do sinistro, evento futuro e incerto, é que constitui o risco segurável, pressuposto necessário de um seguro. Compreende-se assim que a exacta determinação do risco constitua ponto cardeal da disciplina dos seguros*".

⁹⁶ Cfr. FRANCISCO GUERRA DA MOTA, *O contrato...*, op. cit., vol. I, p. 528, em que o autor constrói a afirmação transcrita em texto, defendendo que "*A validade de qualquer contrato de seguro está dependente da existência de risco no momento da conclusão. Com isto quer-se significar que neste momento (existe) a possibilidade de verificação do evento considerado, ou seja, que o risco deve consistir num evento que ainda não se verificou (futuro com respeito à conclusão do contrato) e, todavia, nem impossível, nem necessário (incerto no «an»)*".

termos do contrato de seguro dependem da correcta aferição e avaliação do risco, como veremos seguidamente.

III.3.2 A declaração inicial do risco

Nascida no âmbito das leis dos seguros marítimos⁹⁷⁻⁹⁸⁻⁹⁹, a obrigação de declaração inicial do risco que impende sobre o tomador do seguro ou segurado constitui um dos mais importantes temas em sede de direito dos seguros.

As normas da LCS relativas ao dever de informação que impende sobre a contraparte do segurador beberam a sua essência no pretérito regime^{100-[101]}. Verteu-se nos n.º 1 e 2 do art. 24.º da LCS

⁹⁷ Em matéria de contrato de seguro, quase todas as construções legais provêm do seguro marítimo. Cfr. ANTONIO LA TORRE, *L'assicurazione nella Storia delle Idee: la Risposta Giuridica al Bisogno di Sicurezza Económica, Ieri e Oggi*, Giuffrè Editore, Milano, 2.ª ed., 2000.

⁹⁸ Para uma visão histórica do contrato de seguro, vide ERIC SEBASTIAN BARG, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers im VVG 2008*, Logos Verlag, Berlin, 2008.

⁹⁹ Historicamente, as primeiras alusões ao dever de informação pré-contratual remontam ao século XV e respeitam ao âmbito das leis de seguro marítimo de Barcelona de 1435, sendo que existem preceitos similares nas leis de seguro marítimo florentinas de 1526, sevillhanas de 1556 e de Bilbao de 1560, existindo notícia de terem sido adoptadas de modo sistemático na Inglaterra muito próspera no comércio marítimo do século XVIII. Cfr. ERIC SEBASTIAN BARG, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht...*, op. cit., p. 6 e Malcolm Clarke, *Policies and Perspectives of Insurance Law in the Twenty-First Century*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2007, p. 114.

¹⁰⁰ Já na vigência do anterior regime jurídico do contrato de seguro, a doutrina sublinhava a importância da informação transmitida pelo segurado ao segurador para a adequada aferição do risco. Cfr. João Calvão da Silva, *ob cit.*, p. 108, em que o autor expõe as razões da essencialidade do risco num contrato de seguro nos



o primado do dever de informar (a que está adstrito o tomador do seguro ou o segurado) sobre o ónus de questionar (que cumpre ao segurador).^{102_103}

.....
seguintes termos: “por um lado, em relação a ele [risco] se estabelece o montante do prémio e assegura a sinalgmaticidade da relação contratual; por outro, uma inexacta valoração do risco por parte do segurador repercute-se, dado o aumento da probabilidade de verificação do sinistro, na gestão da empresa. Precisamente porque, para decidir da celebração ou não do contrato, o segurador precisa de conhecer uma série de factores e circunstâncias, impende sobre o futuro segurado o dever de máxima boa fé (*uberrimae fidei*) nas informações e comunicações daqueles elementos”.

¹⁰¹ A doutrina assinala que, representando embora uma evolução em face do anterior regime, os termos em que a LCS consagrou o dever de declaração inicial do risco (que cumpre ao tomador ou segurado) não foi a mais feliz, muito menos tutela a posição contratual débil do tomador. Neste sentido, vide Moitinho de Almeida, quando critica a LCS, dizendo que “o novo regime legal do contrato de seguro afasta-se da generalidade das legislações europeias no que respeita à protecção do tomador de seguro e dos segurados. Em aspectos fundamentais adoptaram-se soluções que ignoram os interesses legítimos de uns e de outros, em geral consumidores. E mesmo quando o não sejam, a complexidade do contrato de seguro exige (...) uma especial tutela.” (in estudo sobre «A protecção do tomador do seguro e dos segurados no novo regime legal do contrato de seguro», p. 1 em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/moitinhoalmeida_proteccaotomadorseguro.pdf e cfr. também Júlio Vieira Gomes que inicia a sua análise do dever de informação à luz da LCS, afirmando que “O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual sofreu no novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro (...) uma evolução sensível, a qual se, por um lado representa (...) algum progresso face ao regime anterior – o que, diga-se em abono da verdade, não é grande elogio quando se considera que o regime anteriormente vigente era mais que centenário –, não deixou, por outro lado, de desembocar em um tratamento legal muito complexo, mas, e sobretudo, marcadamente diferente de algumas das legislações mais modernas e em alguns aspectos, quanto a nós, demasiado favorável ao segurador.” [in «O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 387].

A concepção dominante sobre a natureza jurídica do dever pré-contratual de informação do tomador ou segurado é a de que não corresponde a um verdadeiro dever jurídico¹⁰⁴, mas sim a um ónus¹⁰⁵, concorrendo para tal entendimento o facto de à inobser-

¹⁰² Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, que explica a opção enunciada em corpo de texto: “*Mantendo-se a regra que dá preponderância ao dever de declaração do tomador do seguro sobre o ónus de questionação do segurador*”.

¹⁰³ A doutrina internacional também converge nesta visão de essencialidade da declaração inicial do risco no contrato de seguro e de exigência de máxima boa fé nas informações que o tomador do seguro ou segurado há-de transmitir ao segurador até à conclusão do contrato. *Vide*, por todos, LUCA BUTTARO, *Assicurazione (contrato di)*, in Enciclopedia del diritto, n.º 12, Dott. Antonio Giuffrè Editore, Milano, 1963.

¹⁰⁴ Como elemento integrante da estrutura da relação jurídica, o dever jurídico é a tradução do lado passivo da relação jurídica, enquanto contraposição do direito subjectivo (poder jurídico de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo ou negativo ou poder jurídico de por um acto livre de vontade, só de *per si* ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem à contraparte). O dever jurídico constitui, então, a vinculação à realização do comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica. Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3ª edição actualizada, 1996, pp. 168-177.

¹⁰⁵ Cfr. JÚLIO M. V. GOMES, «O Dever de Informação...», cit., p. 402-403, em que o autor dialoga com o leitor sobre esta questão controversa, afirmando “*Impôs-se, como entendimento dominante, que se trata aqui de um ónus, e não propriamente de um dever jurídico. Este entendimento assenta, sobretudo, na circunstância de que o incumprimento da obrigação de informação pelo tomador do seguro ou segurado não parece dar azo a responsabilidade civil, designadamente pré-contratual (...). O triunfo do entendimento de que se trata de um ónus parece ficar a dever-se, igualmente, ao facto de que assim se compreende melhor que a obrigação de informação seja imposta ao segurado, mesmo quando este não é o tomador do seguro e se apresenta como um terceiro relativamente ao contrato de seguro. Enquanto a imposição de um dever jurídico propriamente dito pareceria mais difícil de explicar, face aos princípios gerais – representando um verdadeiro contrato em desfavor de terceiro – a imposição de um mero ónus, de um comportamento que se tem que assumir com vista a obter uma vantagem para o próprio, parece bem mais tolerável.*”.



vância do dever de informação não corresponder propriamente uma sanção, o facto de a sanção legal prevista para o incumprimento não ser a responsabilidade civil e de não gerar uma obrigação de indemnização (arts. 25.º e 26.º)¹⁰⁶. Assinalamos, de facto, aqui a presença de notas essenciais do ónus jurídico¹⁰⁷: o acto a que o ónus se refere não é imposto como um dever e à sua inobservância não corresponde uma sanção legal *proprio sensu*. O ónus é um meio de se alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem. Incumprida a obrigação de informação, o tomador ou segurado não obterá a vantagem prevista para a hipótese de cumprimento, ou seja, (a consequência é apenas que) o segurador não fica obrigado a realizar a sua prestação em caso de sinistro. A necessidade de observância de certo comportamento visa a obtenção de uma vantagem para o próprio onerado. A conduta não visa satisfazer o interesse de outrem, mas sim o do próprio onerado. Nestes termos, melhor se explica também que a lei estenda ao segurado não tomador do seguro a obrigação de informação. Nos casos em que o segurado não é o tomador do seguro, o segurado

.....
¹⁰⁶ Os nossos doutrinadores acolhem a posição da doutrina italiana - que reflecte abundantemente sobre esta questão -, propendendo para a qualificação do dever pré-contratual de informação que impende sobre o tomador do seguro ou segurado como ónus, apontando, contudo, que esta visão contém elementos que não quadram com o regime dos ónus, como a relevância da causa subjectiva da inobservância do ónus. *Ex vi* dos arts. 25.º e 26.º, as consequências jurídicas do incumprimento do dever de informação diferirão consoante o tomador do seguro ou segurado preste declarações omissas ou inexactas por mera negligência ou com dolo. *Vide* por todos NICOLA GASPERONI, «La rilevanza giuridica delle dichiarazioni inesatte e delle reticenze del terzo non contraente», in *Assicurazioni* 1962, parte I, pp. 83-92. *Cfr.* também a nota anterior.

¹⁰⁷ *Vide* por todos MANUEL HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 397-471.

é terceiro relativamente ao contrato, pelo que não se lhe poderia impor um verdadeiro dever jurídico nascido daquele negócio, à luz da regra geral da eficácia relativa dos contratos (art. 406.º, n.º 2 do Código Civil), segundo a qual *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*¹⁰⁸.

O dever de informação encontra-se previsto no art. 24.º e diz respeito a todos os factos relevantes de que o tomador do seguro ou o segurado tenha conhecimento “antes da celebração do contrato”. É, portanto, um dever pré-contratual e abrange todas as circunstâncias com relevo para a avaliação do risco que aconteçam até à conclusão do contrato. O contrato de seguro tem-se por concluído, segundo as regras gerais (art. 224.º do CC), com a perfeição das declarações negociais, com a (recepção e) aceitação pelo segurador da proposta do tomador de forma expressa ou tácita. O art. 27.º atribui valor declarativo ao silêncio do segurador, volvidos catorze dias sobre a data da recepção da proposta do tomador do seguro.

Quanto ao dever de informação na fase pré-contratual, vejamos as diferenças entre modelos legais relativamente à temporalidade das circunstâncias que o tomador ou o segurado está

¹⁰⁸ Vide por todos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, op. cit., pp. 280-281, ensinando que “quanto a terceiros, o contrato é em regra inoperante. Esta doutrina, consagrada pelo art. 406º, n.º 2, define o princípio da eficácia relativa dos contratos. Ele traduz, na verdade, a solução de que os efeitos contratuais não afectam terceiros, antes se restringem às partes, como tais se considerando os originários contraentes (...) Ninguém se torna credor ou devedor contra vontade própria ou sem o concurso da mesma, na medida em que o nascimento dos créditos e das dívidas pertença ao âmbito da autonomia privada. Trata-se de doutrina igualmente contida nas fontes romanas, ao sentenciarem que «alteri stipulari nemo potest». Bem se compreende, de resto, que o contrato só produza efeitos, diante de terceiros, favorecendo-os ou prejudicando-os, «(nos casos e termos previstos na lei)» (art. 406º, n.º 2)”.



obrigado a comunicar ao segurador. Segundo o modelo legal do denominado «questionário fechado» (modelo legal alemão), o dever de informação abarca apenas os factos ocorridos e conhecidos pelo tomador ou segurado até à conclusão da resposta ao questionário apresentado pelo segurador. Diversamente, em sistemas como o nosso, de «questionário aberto», o tomador ou o segurado está obrigado a transmitir ao segurador todos os factos conhecidos ocorridos até à conclusão do contrato. O que significa que, entre nós, o dever de informação engloba (ainda) os factos ocorridos ou conhecidos supervenientemente ao preenchimento do questionário e até à conclusão do contrato.

Após a aceitação da proposta pelo segurador, valem as regras da comunicação do agravamento risco durante a execução do contrato. Este dever de informação contratual, previsto na norma imperativa relativa do art. 93.º, obriga o tomador ou o segurado a transmitir ao segurador as circunstâncias que *“caso fossem conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato”*, *“no prazo de 14 dias a contar do conhecimento”*.

Sobre o âmbito objectivo do dever pré-contratual de informação, a nossa lei desenha um conceito demasiado amplo e indeterminado¹⁰⁹. Enuncia-se no n.º 1 do art. 24.º que *“O tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato,*

¹⁰⁹ Segundo explica JÚLIO M. VIEIRA GOMES: *“A construção do dever de informação do tomador do seguro nasceu (...) em um contexto histórico em que a negociação do contrato era individualizada e em que tomador e segurador se encontravam, por assim dizer, face a face, e é largamente tributária dessa visão quase atomística do contrato de seguro. Mas a realidade é modernamente, em grande medida, pelo menos, a dos contratos standardizados e de adesão”* (in *«O Dever de Informação...»*, cit., p. 394).

a declarar com exactidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador” e acrescenta no n.º 2 que “O disposto no número anterior é igualmente aplicável a circunstâncias cuja menção não seja solicitada em questionário eventualmente fornecido pelo segurador para o efeito”. Sublinhamos o sentido, segundo cremos, unívoco com que o legislador se exprimiu: ao dizer “todas as circunstâncias que conheça” pretende significar que o tomador ou segurado só tem obrigação de comunicar as circunstâncias que, de facto, conhece e não já as cognoscíveis.

Sem prejuízo de a lei exigir, como vimos, a comunicação das circunstâncias que o tomador ou o segurado *razoavelmente deva ter por significativa para a apreciação do risco pelo segurador*, o certo é que este juízo é devido apenas quanto às *circunstâncias que conheça*, na medida em que é dentro destas que a lei demanda uma apreciação de razoabilidade quanto ao seu significado para ponderação do risco por parte do segurador.

Entendemos que a lei reconhece ao tomador ou segurado um *direito de desconhecer* sem obrigação de conhecer^{110,111}, mas en-

¹¹⁰ Acompanhamos aqui a posição de JÚLIO VIEIRA GOMES, no sentido de que as circunstâncias que o tomador ou segurado está obrigado a comunicar ao segurador são apenas aquelas de que tenha conhecimento e não as cognoscíveis. Para uma visão mais completa desta linha de pensamento, v. do autor, «O Dever de Informação...op. cit, p. 405.

¹¹¹ Posição também largamente apoiada na doutrina estrangeira. Cfr. ULRICH KNAPP MANN, «Anotação ao § 14 VVG», in *Versicherungsrechtshandbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 2009, pp. 726-727; ERIC SEBASTIAN BARG, *Die vorvertragliche...*, cit., p. 66; GIOVANNI E. LONGO, «La dichiarazione del rischio all'origine ed in corso di contratto: conseguenze e sanzioni», *Assicurazioni 1978*, parte I, pp. 26-31; ELISEO SIERRA NOGUERO, «La prueba del dolo o culpa grave del tomador en la declaración del riesgo. Comentario a la STS 1098/2008 de 4 de Diciembre de 2008», *RES (Revista Española de*



contramos na doutrina posição distinta. Francisco Luís Alves¹¹², por exemplo, exprime-se em sentido que aponta para que a declaração inicial de risco abarque outrossim as *circunstâncias significativas* que o tomador ou segurado *não podia desconhecer*, porventura em visão decorrente do critério para a aferição do que seja a «razoabilidade». Nesta linha de pensamento, à questão de saber se o conceito indeterminado “*circunstâncias significativas*” deve ser preenchido de acordo com o critério do *homem médio* ou segundo o critério subjectivo, a resposta é de preterição da concepção objectiva em favor de um juízo de prognose na óptica *daquele segurador em concreto*.

Até à conclusão do contrato, o tomador ou o segurado está obrigado a informar o segurador de todas as circunstâncias que conheça e que razoavelmente deva ter por significativas para a avaliação do risco. Todas as circunstâncias conhecidas são todas as circunstâncias conhecidas (que sejam) significativas. Aqui, sim, aprecia-se em termos subjectivos quais as circunstâncias que o tomador ou o segurado deve razoavelmente considerar decisivas para o segurador determinar as condições do contrato e a própria decisão de contratar (ou não). Aqui, sim, ajuíza-se em função de cada segurado (e em cada situação) em concreto.

No n.º 4 do apontado art. 24.º, vislumbramos um elemento mitigador deste regime, colocando na esfera do segurador um dever *ex ante*: o dever de alertar o futuro tomador ou segurado

.....
Seguros), 2009, n.º 137, p. 141-143; KATE LEWINS, «Reforming Non-Disclosure in Insurance Law: The Australian Experience», *Journal of Business Law* 2008, n.º 2, pp. 158-163 e MALCOLM CLARKE, *Policies and Perceptions of Insurance Law in the Twenty-First Century*, Oxford University Press, 2.º ed., 2007, p. 105.

¹¹² Cfr. FRANCISCO LUÍS ALVES, *op. cit.*, p. 15.

para o facto de a lei o obrigar a comunicar-lhe todas as informações relevantes, nos termos preditos e para as consequências do inadimplemento (constantes dos arts. 25.º e 26.º). A final, a norma sanciona com os efeitos gerais da responsabilidade civil o segurador que incumpra este dever. Apesar da adstrição do segurador ao dever de esclarecimento (quer o dever enunciado no n.º 4 do art. 24.º quer aqueloutro dever especial de esclarecimento que o art. 22.º estabelece quanto à obrigação pré-contratual de explicação dos exactos termos e condições do contrato de seguro ao futuro tomador), o princípio de declaração espontânea que enforma o nosso regime da declaração inicial de risco do art. 24.º, n.º 2 afigura-se-nos demasiadamente oneroso, pois cumpre ao tomador ou segurado declarar junto do segurador *todas as circunstâncias que conheça e que deva razoavelmente reputar importantes para a aferição do seu risco* (na leitura conjugada dos n.ºs 1 e 2 do art. 24.º), independentemente do teor do questionário *eventualmente* apresentado pelo segurador, o que deixa o tomador do seguro o segurado em posição de exigência excessiva, cremos, ao não poder *confiar* no questionário do segurador, na medida em que tem de ter presente todos os factos relevantes para o segurador que não sejam perguntados no questionário.

Ora, numa relação tão desigual, desde logo em acesso a informação e demais meios de tratamento de dados, como a que se estabelece entre um particular e uma entidade seguradora, entendemos que é desequilibrado o questionário não vincular o segurador quanto à recolha de informação relevante para a aferição do risco da proposta de seguro.

Aqui propugnamos que o dever que a lei impõe ao segurador de esclarecer o tomador do seguro ou segurado sobre o âmbito e



consequências do incumprimento da completude da declaração inicial de risco (art. 24.º, n.º 4 da LCS) carece de densificação, num duplo sentido: enunciação expressa do princípio geral de que a extensão e profundidade da informação a prestar pelo segurador devem ser tanto maior quanto menor o grau de conhecimento e experiência do tomador ou segurado¹¹³ e ressaltar expressamente que o dever de esclarecimento não dispensa o segurador de recolher, junto do tomador do seguro ou segurado, informação que lhe permita aferir da adequação da proposta de seguro à(s) cobertura(s) pretendida(s).

Acresce que o juízo de razoabilidade que a lei pede ao tomador ou segurado para formular, representa até, em nosso entendimento, uma certa desprotecção da posição do tomador do seguro ou segurado, porque lhe cabe valorar devidamente os factos a transmitir ao segurador. Pesada herança que o legislador da LCS trouxe do anterior regime, dir-se-á¹¹⁴. Mas o certo é que abre a porta a um grau de incerteza jurídica inaceitável em ramo de actividade em que a desproporção de meios é manifesta. Senão vejamos: se um tomador do seguro ou segurado não transmitir determinado facto da sua vida ao segurador antes da celebração de um contrato de seguro de saúde, por entender não ser relevante para a aferição do seu risco, se vir recusada a realização da pres-

¹¹³ Como existe no Código de Valores Mobiliários para os intermediários financeiros (art. 312.º, n.º 2).

¹¹⁴ No anterior regime, interpretando e aplicando o artigo 429.º do Código Comercial, a jurisprudência da Relação do Porto sustentava que *“Constituem motivo de anulabilidade do contrato de seguro as omissões e declarações inexactas que, objectivamente analisadas por um declaratório normal colocado na posição da seguradora (o declaratório real), sejam essenciais para a apreciação do risco por parte desta, sendo susceptíveis de determinar uma diferente visão por parte da seguradora relativamente à proposta que lhe foi apresentada”*. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6-11-2007, Relator Guerra Banha, Proc. 0724884, in www.dgsi.pt.

tação contratual de seguradora com base em tal omissão, terá de recorrer à via judicial para dirimir a questão da razoabilidade do juízo que formulou. E os encargos e a delonga associados ao recurso à via judicial representam, por si só, um desequilíbrio de meios inaceitável, desde logo, porque o tomador do seguro ou o segurado, até obter decisão judicial favorável¹¹⁵, terá de realizar o esforço financeiro que esperava (legitimamente¹¹⁶) que fosse da responsabilidade do segurador.

III.3.3 Questionário aberto e fechado

O legislador português acolheu o modelo de questionário aberto de declaração do risco, preceituando no n.º 2 do art. 24.º da LCS que o dever de informação que impende sobre o tomador ou segurado engloba factos não mencionados no questionário (facultativo) do segurador.

Opção diversa encontramos nas leis dos seguros espanhola¹¹⁷, francesa¹¹⁸, suíça¹¹⁹, luxemburguesa¹²⁰, belga¹²¹ e alemã¹²². Nestes ordenamentos jurídicos, foi adoptado o moderno modelo de ques-

¹¹⁵ Ao que acresce a incerteza do sentido da decisão judicial e tempo do trânsito em julgado.

¹¹⁶ A hipótese não versa as situações de dolo, naturalmente.

¹¹⁷ Art. 10.º, n.º 1 da Lei 50/1980, de 8 de Outubro (lei espanhola dos seguros).

¹¹⁸ O diploma francês regulador dos seguros é o Code des Assurances e a norma em questão é o art. L.112-3.

¹¹⁹ Na Suíça, vigora a lei federal suíça sobre o contrato de seguro de 23 de Abril de 1908 e a norma aludida em texto é o art. 4.º.

¹²⁰ A lei luxemburguesa sobre o contrato de seguro é a Lei do Grão Ducado do Luxemburgo de 27 de Julho de 1997 (e a norma a que se alude em texto é o art. 11.º).



tionário fechado e, nos seus respectivos termos, o dever de informação que impende sobre o tomador ou segurado abrange apenas as circunstâncias inquiridas no questionário (obrigatório) apresentado pelo segurador, sem prejuízo da obrigação de comunicar ao segurador circunstâncias ocorridas ou conhecidas posteriormente ao envio da proposta contratual (questionário)¹²³.

Defendemos que o modelo de questionário fechado é superiormente defensor dos interesses do tomador do seguro ou segurado e da sua posição débil no contrato de seguro. Referimo-nos de modo particular às situações em que o tomador ou segurado é consumidor e aos contratos em que as cláusulas contratuais são pré-ordenadas pelo segurador, as quais representam a esmagadora maioria dos contratos de seguro celebrados, como verdadeiros contratos de adesão¹²⁴.

Nas reflexões mais impressivas dos nossos doutrinadores, encontramos (e subscrevemos) o lamento de Júlio Vieira Gomes pelo

.....
¹²¹ A lei alemã dos seguros é a *Versicherungsvertragsgesetz* de 23 de Novembro de 2007 (VVG alemã) e a norma em causa é o §19.

¹²² Art. 5.º da Lei de 25 de Junho de 1992 (lei belga dos contratos de seguros terrestres).

¹²³ Ouçamos Júlio Vieira Gomes, que na página 404 do seu «O dever de informação...», *op. cit.*, afirma impressivamente que “*diferentemente do direito alemão (em que vale o princípio do questionário fechado), se mesmo depois do momento da resposta ao questionário e do envio da proposta contratual, mas antes da conclusão do contrato, o tomador do seguro (ou, sendo caso disso, também o segurado) tomar conhecimento de uma circunstância de facto que desconhecia até então ou de uma circunstância superveniente (posterior ao momento da proposta) terá igualmente que declará-la.*”.

¹²⁴ Neste sentido, vide a afirmação de JÚLIO M. VIEIRA GOMES de que “*a realidade é modernamente, em grande medida, pelo menos, a dos contratos standardizados e de adesão*” (in «O Dever de Informação...», *cit.*, p. 394).

facto de o legislador português não ter optado pelo sistema de questionário fechado “ao menos quando o tomador do contrato é um consumidor”¹²⁵ e o aplauso de Moitinho de Almeida dirigido aos ordenamentos jurídicos (europeus) com regime de questionário fechado, “uma vez que o tomador desconhece a técnica dos seguros e ignora que outras circunstâncias possam interessar às seguradoras”¹²⁶ para além das sindicadas em questionário¹²⁷.

Na verdade, contratos de seguro celebrados no âmbito de relações jurídicas de consumo e segundo o modelo de contratos de

¹²⁵ Cfr. JÚLIO M. VIEIRA GOMES, no seu estudo sobre «O dever de informação...», *op. cit.*, pp. 400 e 401.

¹²⁶ Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, estudo sobre «A protecção do tomador do seguro e dos segurados no novo regime legal do contrato de seguro», p. 4 em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/moitinhoalmeida_proteccaotomadorseguro.pdf.

¹²⁷ Sobretudo porque a questão da exactidão e completude das circunstâncias que o tomador do seguro ou segurado transmite ao segurador é da máxima importância no quadro da configuração dos factores relevantes para a avaliação do risco.

Cfr. a este propósito, a exposição de MARGARIDA LIMA REGO, in *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 136-139: “A probabilidade será normalmente a extrapolação de um juízo de frequência relativa, que pode ser meramente lógico-matemático (probabilidade a priori) ou resultar da análise estatística de uma pluralidade de casos análogos e independentes observados (probabilidade a posteriori). No mundo dos seguros, tal como no dia-a-dia, a grande maioria das vezes estaremos a lidar com esta última modalidade de juízos de probabilidade. Ora, numa como na outra, a análise do risco funciona com base na chamada lei dos grandes números – princípio geral de matemática, e mais especificamente da probabilidade e da estatística, segundo o qual a frequência de determinados resultados tende a estabilizar com o aumento do número de casos observados, aproximando-se cada vez mais dos valores previstos. Dada a lei dos grandes números, a exposição do segurador ao risco – o grau de indeterminabilidade do resultado agregado do risco individual de todos os indivíduos por este segurados – é inferior à soma das exposições ao risco de todos eles – o grau de indeterminabilidade de cada um dos resultados individuais. (...) O prémio a pagar em cada caso concreto será calculado, ou deverá sê-lo, tanto quanto possível, em função da probabilidade



adesão representarão seguramente a maioria dos casos práticos. E apesar de a LCS ressaltar expressamente que as suas disposições não prejudicam a aplicação da lei de defesa do consumidor e o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, o certo é que tais diplomas não possuem regras específicas a respeito do contrato de seguro.

O modelo do questionário fechado tem em linha de consideração que o tomador ou segurado não domina as técnicas dos seguros¹²⁸, mas não dispõe de ferramentas para saber quais os factos que o segurador terá interesse em conhecer, para lá daqueles que constam no questionário. Nesta medida, Moitinho de Almeida, por exemplo, sustenta que o requisito da negligência da LCS conduz a resultados práticos idênticos ao regime do questionário fechado, na medida em que, ex vi do art. 24.º, n.º 1, o dever de informação incide apenas sobre as circunstâncias que o tomador deva *razoavelmente* considerar significativas. Porém, o mesmo autor não deixa de alertar que o nosso sistema de questionário aberto "*gerará nutridos contenciosos*"¹²⁹ e que o legislador português optou "*por uma*

.....
de ocorrência do sinistro e do grau de intensidade das suas possíveis consequências negativas – ou seja, em função do risco individual ou elementar medido na perspectiva neutra do segurador. (...) Poderá dizer-se que as seguradoras procuram recorrer, sucessivamente, a duas práticas diversas, na avaliação do risco: (i) a definição rigorosa dos grupos de risco em que se baseiam; (ii) o ajustamento do coeficiente aplicado dentro de cada grupo de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso".

Compreende-se, *sic*, o carácter absolutamente decisivo, na lógica de formação do contrato de seguro, que reveste a informação prestada pelo tomador do seguro ou segurado ao segurador.

¹²⁸ A denominada lei dos grandes números e demais regras e métodos quantitativos de cálculo estatístico, actuarial e probabilístico.

¹²⁹ Como defendemos também *supra* em texto.

*solução que desnecessariamente onerará a actividade judicial*¹³⁰, apesar de pretender abrigar os interesses do tomador ou segurado com a solução de irrelevância das omissões ou inexactidões declarativas não dolosas e não negligentes (arts. 25.º e 26.º, *a contrario sensu*) e com a consagração expressa do dever (*ex ante*) de o segurador esclarecer o tomador do seguro sobre o sentido e alcance do dever de informação que sobre este impende (art. 24.º, n.º 4).

Julgamos que o dever de informação do tomador ou segurado na fase pré-contratual, talqualmente recortado na LCS, é demasiado intenso em relação ao ónus de questionação do segurador. E o princípio de declaração espontânea (art. 24º, n.º 2) não parece tutelar suficientemente a posição do tomador-segurado-consumidor.

Com efeito, os contratos de seguro são celebrados em larga maioria no seio de relações de consumo, onde é gritante o desnível no acesso e detenção de informação em desfavor do tomador ou segurado, sem que a lei reequilibre as posições jurídico-contratuais entre tomador e segurador.

A técnica dos seguros é densa e complexa para não profissionais e não se diga que é mitigada pela natureza fiduciária do contrato, no sentido em que o segurador há-de confiar nas declarações do tomador ou segurado e este nas orientações daquele.

Nos sistemas de questionário aberto pode existir também uma tentativa de resguardo do segurador contra a eventual má-fé declarativa da contraparte, mas a doutrina avisa para o perigo inverso de o segurador se poder escudar no dever de informar para além do questionário e, assim, esvaziar de sentido o seu ónus de

¹³⁰ Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro, Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 7.



questionação, remetendo-se a um predador silêncio. Donde o papel decisivo do questionário na conformação do risco, embora muito volúvel consoante o ângulo de visão.

A doutrina inglesa, por exemplo, questiona o sentido actual do contrato de seguro como *contrato de máxima boa-fé*, pelo receio de utilização do questionário com uma função contrária a este princípio¹³¹. É certo que o carácter facultativo do questionário dos sistemas de questionário aberto (como o nosso, o italiano ou o inglês), na óptica do segurado, possa configurar uma protecção da sua liberdade enquanto detentor do interesse a segurar e da respectiva informação. É certo outrossim que na fase pré-contratual, quem possui os elementos para a avaliação do risco de cobertura de sinistros relativos a um interesse do tomador do seguro ou segurado é ele próprio, pelo que parece equilibrado que se lhe atribua o dever de transmitir ao segurador a informação decisiva para a aferição do risco¹³². O interesse do tomador ou segurado de boa-fé em que nenhum sinistro envolva o bem a segurar é, em princípio, francamente superior ao do segurador. Mais se dirá que em seguros referentes a áreas da vida privada como, por exemplo, o seguro de saúde, a indagação do segurador esbarraria em dados confidenciais, protegidos pelo sigilo dos profissionais de saúde e pelas regras restritivas de acesso a dados pessoais.

¹³¹ V. B. SOYER, «Reforming the Assured's Pre-contractual Duty of Utmost Good Faith in Insurance Contracts for Consumers: Are the Law Commissions on the Right Track?», in *Journal of Business Law* 2008, pp. 385 e ss. e Christopher Butcher Q. C., «Good Faith in Insurance Law; A Redundant Concept?», in *Journal of Business Law* 2008, pp. 375 e ss..

¹³² Como salienta JÚLIO VIEIRA GOMES (in «O dever de informação..., op. cit., p. 389): "a solução oposita forçaria o segurador frequentemente a investigações longas, complexas (até por poderem incidir sobre factos passados) e onerosas, repercutindo-se negativamente nos prémios".

Todavia, a radicação do dever de informação do tomador ou segurado no facto de ele conhecer (como ninguém) as circunstâncias conformadoras do risco é uma ideia perigosa por poder representar uma “meia verdade”, como alerta Júlio Vieira Gomes¹³³, apontando para o problema que se coloca quando o tomador ou segurado não dispõe de conhecimento específico para valorar os dados materiais sobre os quais incide o seu dever de informar o segurador, problema que surge nos tipos de seguro em que o dever de informação incide sobre elementos muito técnicos. Daí a possível incapacidade do segurado para triar a informação importante para o segurador. O mesmo autor concretiza ainda e evidencia que as declarações do segurado são absolutamente decisivas nos seguros de pessoas e quase despiciendas em seguros como o seguro de bagagens. É que o tomador ou segurado será, por exemplo, totalmente capaz de elencar os condutores habituais do automóvel a segurar ou as intervenções cirúrgicas que realizou, mas dificilmente saberá indicar se existe e qual o risco de poluição que a sua actividade industrial representa ou se a sua casa é de construção anti-sísmica.

Divisamos uma separação conceptual entre circunstâncias factuais e circunstâncias factuais valoradas, cabendo naquelas apenas os elementos informativos materiais dados pela experiência comum e nestas as circunstâncias factuais vistas sob um prisma técnico. O que vale por dizer que as circunstâncias factuais correspondem aos dados reais que são do conhecimento de qualquer tomador ou segurado (leigo) e que as circunstâncias factuais valoradas compreendem os dados reais acrescidos de uma apreciação técnica (valoração).

.....
¹³³ Cfr. Do autor, *op. cit.*, p. 394.



Situamos neste ponto o potencial desequilíbrio do dever de informação, porque nos casos em que a triagem dos dados a transmitir ao segurador exija um prévio juízo valorativo técnico, o tomador do seguro fica numa posição excessivamente onerosa. O segurador é um profissional dos contratos de seguro e a contraparte é um não-especialista, na maior parte das situações um mero consumidor do produto/serviço que é o seguro. Nestes casos, a lei reporia o equilíbrio das posições contratuais sujeitando o segurador ao ónus de composição de um questionário que desse pleno conhecimento ao tomador ou segurado das circunstâncias determinantes para a decisão de celebrar ou não o contrato (e se sim em que termos e condições)^{134_135}.

Em contraposição ao (nosso) sistema de questionário aberto, também designado de *base-resposta*, *base-tomador*, existe o modelo de questionário fechado (também designado por sistema de *base-pergunta*, *base-segurador*), em que a lei faz impender sobre o segurador um ónus de averiguação das circunstâncias relevantes para a avaliação do risco do bem a segurar e cumulativamente circunscreve o âmbito do dever de informar do tomador ou segurado às circunstâncias inquiridas pelo segurador.

¹³⁴ Neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES (in «O Dever de Informação...», cit., p. 401): "Na verdade, sendo o segurador um profissional, poderia e deveria esperar-se que (sobretudo quando o tomador do seguro seja um consumidor que não beneficia de um especialista genuinamente independente como um corretor) sobre ele recaísse o ónus de elaborar um questionário que permitisse ao potencial tomador do seguro ter um conhecimento pleno das circunstâncias que para aquele segurador são pertinentes quando decide se contrata, ou não e em que condições."

¹³⁵ Em idêntico sentido, cfr., v. g., SERGIO SOTGIA, «Considerazioni sul "descrizione del rischio" nel contratto di assicurazione», *Assicurazioni, Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private*, ano XXXVI, parte I, pp. 92-114 e ROBERTO WEIGMANN, «L'importanza del questionário per valutare le reticenze dell'assicurato», *Giurisprudenza Italiana 1991*, parte I, sez. I, col. 1029-1033.

Na verdade, a delimitação do dever de informação do segurado às respostas em função das perguntas formuladas em questionário pelo segurador é apontada como o mais importante e positivo elemento do sistema do questionário fechado.

As fragilidades de um regime de assentamento do dever de informação no princípio de declaração espontânea (como o nosso) evidenciam-se no quadro hodierno de voragem comercial, celebração de contratos à distância e contratação em regime de cláusulas contratuais gerais. Embora não haja regimes legais imaculados¹³⁶.

Aponta-se ao modelo de questionário fechado a desresponsabilização do tomador do seguro que ele potencia, se bem que também pode ser espartilhante para o tomador ou segurado mais não poder, na fase pré-contratual, do que responder com completude, verdade e exactidão ao questionário do segurador. E as debilidades acentuam-se com o desalinhamento dos conceitos técnicos jurídicos da prática dos seguros em relação às acepções do senso comum.

Aliás, identificamos fraquezas comuns a ambos os sistemas.

O questionário apresentado pelo segurador ao futuro tomador é de natureza facultativa no nosso sistema e obrigatória nos regimes de questionário fechado. Assim, em ordenamentos com sistemas de questionário aberto (Portugal, Itália, Inglaterra, etc), assume particular importância a (cons)ciência por parte do toma-

¹³⁶ Veja-se por exemplo que MOITINHO DE ALMEIDA, não obstante o seu pensamento crítico a respeito do nosso modelo de sistema de questionário aberto, alerta, por outro lado, que "o questionário traduz-se numa facilitação concedida pelo segurador ao segurado e não parece justo, assim, que possa redundar em prejuízo daquele" (*in Contrato de Seguro...*, cit., p. 73).



dor do seguro do seu dever de informar o segurador para lá do que for perguntado por este¹³⁷.

Em decorrência, e no que respeita à LCS, é especialmente importante o dever de esclarecimento que o n.º 4 do art. 24.º faz impender sobre o segurador, obrigando-o a elucidar o declarante sobre o dever de informação, até porque a opção do segurador em apresentar um questionário pode facilmente inculcar no espírito da contraparte que o seu dever de informação se esgota com respostas verdadeiras e completas à sindicância.

Indo mais longe, a doutrina inglesa¹³⁸ e alguns autores italianos¹³⁹ levantam mesmo a hipótese de os questionários poderem desviar a atenção do declarante do essencial, potenciando resultados contrários à boa-fé. E os tribunais, mesmo em presença de sis-

.....
¹³⁷ Como explica JÚLIO VIEIRA GOMES (in «O Dever de Informação...», cit., pp. 408-409): "A nossa LCS optou (...) pelo sistema do questionário aberto. Contudo, a própria redacção do questionário pode ser um factor decisivo na convicção do tomador do seguro de que não é necessário declarar um certo facto. Num caso ocorrido em Inglaterra – país em que a lei consagra o sistema do questionário aberto, embora a questão se coloque em termos distintos em matéria de soft law e de prática das principais seguradoras – perguntava-se no questionário se tinha ocorrido algum incêndio no prédio que iria ser objecto da cobertura nos últimos cinco anos. O tomador do seguro respondeu negativamente (o que aliás era exacto), mas omitiu que tinha ocorrido um incêndio há oito anos. Mais tarde, em Tribunal, invocou que da própria redacção da pergunta, tal como ela era colocada no questionário, tinha inferido que a seguradora não atribuía relevância a incêndios ocorridos há mais de cinco anos (e daí o limite temporal da questão). O Tribunal aceitou esta argumentação, que também a nós nos parece convincente."

¹³⁸ Vide B. SOYER, ob. cit., pp. 387 e ss..

¹³⁹ Cfr. GIOVANNI E. LONGO, «La dichiarazioni del rischio...», cit., pp. 26 e ss. e Illa Sabbatelli, «Informazioni e rischio assicurato», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2004, parte I, pp. 404 e ss..

temas de questionário facultativo, têm vincado e exigido boa-fé ao segurador na composição do questionário, devendo este funcionar como guia para o declarante perceber o que possa ser importante comunicar ao segurador para lá dos pontos expressamente inquiridos no questionário. Quer quanto ao horizonte de referência introduzido nas perguntas, quer quanto ao detalhe relativo apenas a certos dados, quer quanto aos demais indicadores de relevo introduzidos pelo questionário, o segurador deverá actuar sempre em colaboração com o futuro tomador do seguro¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

Convoca-se para esta reflexão o princípio geral da boa-fé, elemento agregador da teia de deveres a que as partes estão adstritas desde a fase pré-contratual. Situam-se neste complexo obrigacional os deveres laterais de conduta que, por banda do segurador, o constroem a uma conduta de colaboração, de cooperação com o tomador. Esta é uma exigência especialmente relevante em sistemas como o nosso de *base-resposta*, *base-tomador*. Daí a preocupação da LCS em atribuir ao segurador uma série de deveres de cuidado que deverá observar na fase pré-contratual, sob pena de não poder invocar, ao longo da execução do contrato, o incumprimento do dever de informação do tomador ou segurado. É o que

¹⁴⁰ Os tribunais ingleses têm reconhecido que o limite temporal das perguntas dos questionários inculca no declaratório a ideia de irrelevância das circunstâncias ocorridas fora daquele intervalo de tempo, pelo que não têm considerado que o tomador do seguro incumpra o dever de informação por não declarar factos acontecidos para além do horizonte temporal inquirido pelo segurador. Cfr. GIOVANNI E. LONGO, «La dichiarazione del rischio...», cit., pp. 26-40.

¹⁴¹ Em Itália, a jurisprudência entende que o segurador, como técnico, deve auxiliar o segurado no cumprimento do dever de informação, porque ele é o principal interessado no conhecimento do risco real do tomador do seguro. Cfr. ILLA SABBATELLI, «Informazioni...», cit., pp. 404 e ss..



resulta dos n.ºs 3 e 4 do art. 24.º, em cujos termos a lei impõe ao segurador deveres específicos de conduta e veda-lhe o exercício de determinadas posições jurídicas, estabelecendo expressamente comandos normativos sintetizados a partir dos princípios gerais dos contratos. Com esta opção legislativa de consagração expressa de hipóteses tributárias dos princípios gerais, a LCS visa prevenir litígios judiciais desnecessários. Com a previsão do n.º 3 do art. 24.º, da dimensão obstativa do princípio da boa-fé ao *venire contra factum proprium*, verte-se em letra de lei o sentido do discurso jurisprudencial interpretativo do Código Comercial. Esta solução aproxima-se das exigências de boa-fé do segurador dos modelos de *base-pergunta*, *base-segurador*. Mas não percamos de vista que o nosso sistema radica no princípio de declaração espontânea que sujeita o tomador ou segurado à obrigação de declarar para além do questionário¹⁴². Daí que seja de louvar a solução legal de sancionar a omissão do ónus de indagação do segurador. Dir-se-á que, de qualquer modo, a má-fé do segurador seria um obstáculo para ele actuar em abuso do direito e que os tribunais não hesitariam em decidir nesse sentido. E assim foi no regime anterior¹⁴³. Donde o

¹⁴² Como sublinha Moitinho de Almeida, independentemente de, na prática, poder ser o segurador a preencher o questionário, é sobre o tomador ou segurado que impende o dever de informação, pelo que, nas palavras do autor, é a este que cumpre “o dever de declaração do risco, pois, se não completar a declaração realizada por quem fez o seguro, tendo conhecimento de factos ou circunstâncias que teriam podido influir sobre a existência e condições do contrato, perde o direito à prestação do segurador. Deve porém entender-se que este dever só recai sobre o segurado se este tiver conhecimento do seguro e da omissão ou inexactidão da declaração de risco do tomador, pois de outro modo é impossível o cumprimento” (in *O Contrato de Seguro...*, cit., p. 65).

¹⁴³ Na verdade, o já citado Acórdão da Relação do Porto, de 9-12-2008 (processo 0856436, disponível em www.dgsi.pt) decidiu que “não pode o tomador do seguro ser responsabilizado por uma omissão de informar, porquanto a seguradora, pelo questionário que elaborou, abdicou de obter essa informação”.

aplauso, precisamente, a que a LCS tenha reduzido o espaço para contendas judiciais.

Em regimes de questionário facultativo, a exigência de boa-fé ao segurador tem de ser sobrelevada e, nesse sentido, o nosso legislador, no n.º 3 do art. 24.º, teve o cuidado de descrever comportamentos do segurador que reputa de má-fé. A nossa lei não quis que o segurador pudesse prevalecer-se do dever (do tomador ou segurado) de informação para além do questionário, omitindo as suas obrigações de indagar e de esclarecer a contraparte. Diz o citado n.º 3 que optando por apresentar um questionário ao tomador, o segurador deve clarificar as respostas omissas, imprecisas, incoerentes e contraditórias entre si, sob pena de não poder invocar as omissões ou inexactidões do declarante durante a execução do contrato. Na verdade, depois de atribuir natureza facultativa ao questionário (n.º 2 do mesmo art. 24.º), a lei avisa o segurador que optando por apresentar um questionário ao tomador, não deverá aceitar respostas imprecisas ou inexactas (n.º 3). Mas nada diz quanto ao valor do questionário¹⁴⁴.

O certo é que o nosso regime concede liberdade total ao segurador na decisão de apresentar ou não um questionário ao futuro tomador do seguro e, mesmo na hipótese de o segurador optar por apresentar um questionário à contraparte, a lei não lhe impõe qualquer ónus de esclarecer o declarante sobre quais serão as circunstâncias que ele deve considerar significativas, mas apenas sobre o

¹⁴⁴ Em anotação ao art. 24.º da LCS, ARNALDO COSTA OLIVEIRA entende tratar-se de uma "presunção de essencialidade de facto cuja declaração é pedida em questionário", acrescentando que a ideia se afigura "incontornável", classificando-a como "presunção indirecta" e *tantum iuris*. Cfr. Arnaldo Costa Oliveira, in Pedro Romano Martinez (et. alt.), *Lei do Contrato...*, op. cit., pp. 140-142.



sentido e alcance do dever de declaração inicial do risco. O questionário como presunção de relevância, como argumenta certa doutrina, no sentido de opção legislativa de “*protecção equilibradamente dada ao tomador do seguro e ao segurado*”¹⁴⁵ afigura-se-nos difícil de compreender. Ao contrário, temos por largamente vantajosa para o segurador a prática do questionário que se presume relevante quanto ao conteúdo inquirido num sistema assente no princípio da declaração espontânea. Para o tomador do seguro seria difícilimo provar que desconhecia a relevância de factos inquiridos no questionário¹⁴⁶. Mais oneroso ainda para o declarante, pois como a lei não impõe qualquer ónus de elaboração de um questionário completo, o segurador pode apresentar um questio-

¹⁴⁵ Vide nota anterior.

¹⁴⁶ Acompanhamos aqui a visão de JÚLIO VIEIRA GOMES («O dever de informação..., op. cit., pp. 413-414) que perante a posição de Arnaldo Costa Oliveira de a presunção de relevância do questionário ser “incontornável” refere que “Quanto a nós, longe de ser incontornável, a referida presunção não resulta, de modo algum, do n.º 3 do artigo 24º. Com efeito, o que este preceito estabelece é que, designadamente, certas questões constantes do questionário (e a resposta ou falta de resposta às mesmas) não são relevantes e a seguradora não pode, em regra, fazer prova da sua relevância: porque já sabia a verdade («circunstâncias conhecidas do segurador»), porque a questão foi «formulada em termos demasiado genéricos» (o que nos parece ser um eufemismo para ambígua) e a resposta imprecisa, de questões a que o tomador do seguro não respondeu, mas mesmo assim e apesar da resposta «em branco» o segurador optou por celebrar o contrato, ou de respostas patentemente contraditórias entre si («contradição evidente nas respostas ao questionário») ou incoerentes, em que um segurador de boa fé deveria pedir esclarecimentos, em vez de se precipitar na celebração do contrato. O que o n.º 3 do artigo 24º estabelece (...) é a irrelevância destas questões e respectivas respostas (ou falta delas, quando a questão é deixada em branco) e não uma presunção de relevância das questões contidas no questionário. o que se passa é coisa bem distinta: é que relativamente a estas questões referidas no n.º 3 do artigo 24º um segurador que se comporte de boa fé não pode demonstrar a sua relevância. Perguntou o que já sabia (...) ou comportou-se como se a pergunta (e a respectiva resposta) não fosse relevante e não pode, sob pena de grave contradição, prevalecer-se dela”.

nário incompleto, sem qualquer sanção ou desvantagem para si; até porque ao tomador não escusa a invocação de ter respondido com completude, verdade e exactidão ao questionário. Mesmo nos sistemas de *base-pergunta*, *base-segurador* a jurisprudência e a doutrina são muito cautelosas no reconhecimento da presunção de essencialidade do questionário. Os ordenamentos que consagram expressamente esta presunção (como o suíço) delimitam-na (também expressamente) apenas às questões que sejam formuladas de modo directo e inequívoco.

A doutrina dominante sufraga a ideia à luz da qual, inexistindo norma expressa nesse sentido, não deve reconhecer-se a presunção de essencialidade da informação sindicada em questionário¹⁴⁷. Em presença da nossa lei, Júlio Vieira Gomes entende não poder extrair-se uma tal presunção de essencialidade das circunstâncias versadas no questionário. E nota o facto de as previsões normativas do n.º 3 do art. 24.º da LCS não descreverem apenas hipóteses verificáveis em contexto de prática de questionário¹⁴⁸. Na verdade, o preceito prevê comumente para as cinco previsões normativas a consequência jurídica de proibição de *venire contra factum proprium* para o se-

¹⁴⁷ Vide ANGELA SOLIMANDO, «Disciplina delle dichiarazioni precontrattuali nel contratto di assicurazione. Evoluzione della giurisprudenza», *Assicurazioni 2001*, ano LXVIII, n.ºs 1 e 2, pp. 46-50; VITTORIO SALANDRA, «Le dichiarazioni dell'assicurato secondo il nuovo codice»; *Assicurazioni 1942*, parte I, pp. 1-12 e MARIO MARTANO e PAOLO MARIOTTI «Quando il rischio reale non corrisponde al rischio assicurato», *Responsabilità Civile e Previdenza 1990*, vol. LV, pp. 944 e ss...

¹⁴⁸ Cfr. JÚLIO M. VIEIRA GOMES, *op. cit.*, pp. 413-414, em que o autor peremptoriamente afirma "Quanto a nós, longe de ser «incontornável» [em alusão à posição de Arnaldo Costa Oliveira que reconhece existir uma presunção de relevância do questionário, qualificando-a como «incontornável»], a referida presunção não resulta, de modo algum, do n.º 3 do artigo 24.º. (...) Aliás, se a presunção de relevância das questões incluídas no questionário existisse e fosse o preço a pagar pelo n.º 3 do artigo 24.º sempre se poderia dizer, na nossa opinião, que um tal preço seria um tanto excessivo".



gurador. Nas hipóteses descritas na norma, o legislador densifica o conceito de má-fé pré-contratual do segurador. E as hipóteses legais subsumíveis àquele conceito dizem respeito ao ónus de indagação do segurador, não se restringindo ao questionário (facultativo e quando utilizado não necessariamente completo ou sequer relevante). A alínea e), por exemplo, não deixa margem para dúvidas quando refere "*circunstâncias conhecidas do segurador, em especial quando são públicas e notórias*". As alíneas d) e e) vedam ao segurador a faculdade de invocação do incumprimento do dever de informação do tomador do seguro ou segurado relativamente a circunstâncias conhecidas do próprio segurador que o tomador do seguro ou segurado (não dolosamente) omita ou declare com inexactidão. Vale isto por dizer que, nas duas últimas alíneas, a norma descreve situações estranhas à prática do questionário e, nas três primeiras, estão hipóteses em contexto de questionário.

Do que vem dito, resulta que a lei não distingue entre aspectos que o segurador conhece dentro ou fora da prática de questionário. E onde a lei não distingue, não deve distinguir o intérprete. Em face de uma solução legal que estabelece que o segurador de boa-fé não pode demonstrar a essencialidade de circunstâncias relativamente às quais permitiu que fosse incumprido (sem dolo) o dever de informação pelo tomador do seguro ou segurado, não se reconhece a existência de uma presunção de essencialidade do conteúdo do questionário. O n.º 3 do art. 24.º da LCS, como o vê Júlio Vieira Gomes, é a afirmação das soluções a que "*a jurisprudência poderia chegar (...) sem dificuldade*" por aplicação do princípio da boa-fé e do instituto do abuso do direito "*embora seja meritório que a lei as consagre*"¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Já quanto à excepção do dolo do tomador ou segurado, o autor é muito crítico, manifestando estranheza e incompreensão ante a ressalva da norma que permite ao segurador invocar o inadimplemento doloso do dever de informação por

A jurisprudência inglesa também presta homenagem às exigências da boa-fé e ao contrato de seguro como *utmost good faith contract*, recuperando o elemento caracterizador pelo qual a doutrina classicamente se lhe referia. Na verdade, o sentido das decisões dos tribunais britânicos pondera o impacto do concreto questionário no espírito do tomador quanto ao relevo de certas circunstâncias¹⁵⁰. Ponderação adequada e pertinente que os nossos juízes vertem outrossim nas suas decisões, perscrutando, num juízo de prognose póstuma, se o questionário do caso *sub iudice* gerou uma convicção errónea no espírito do tomador do seguro¹⁵¹.

Nos sistemas de questionário fechado, também existem preocupações derivativas da amplitude do dever de informação a que está sujeito o tomador do seguro. A doutrina alerta para o perigo de as grandes empresas seguradoras veicularem junto dos consumidores a ideia que a celebração de um contrato de seguro, do lado do tomador, se resume ao pagamento do prémio. E os tribunais alemães mostram-se atentos aos casos em que o segurador invoca o incumprimento do dever de informação por parte do tomador, depois de lhe ter sugerido a irrelevância das circunstâncias declaradas, julgando improcedente por inoponível uma defesa alegada em tais termos.

.....

parte do tomador, ainda que o segurador tenha actuado de má-fé. Cfr. JÚLIO M. V. GOMES, *op. cit.*, p. 414, com um sublinhado particular para o comentário expressivo da nota de rodapé (54) em que, criticando a ressalva do dolo do declarante do n.º 3 do art. 23.º, exclama: "*Na nossa infância costumávamos ouvir o ditado «ladrão que rouba a ladrão tem cem anos de perdão», mas nunca pensámos que se tratasse de um princípio jurídico!*".

¹⁵⁰ Vide nota 140.

¹⁵¹ Cfr. a título ilustrativo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9-12-2008, Proc. 0856436 (Anabela Luna de Carvalho), disponível em www.dgsi.pt e nota 143.



Sublinhamos o que começámos por afirmar: nem o regime de questionário aberto nem o sistema de *base-pergunta, base-segurador* são isentos de mácula. Todavia, numa visão comparativa, ressaltam as notas de bondade da solução legal do questionário fechado. Os aspectos positivos prendem-se com o exercício de reequilíbrio que o legislador faz das posições desniveladas do segurador e do tomador. O primeiro claramente favorecido por ser um profissional a actuar num universo de conceitos jurídicos densos com perfeito domínio das complexas técnicas dos seguros de ponderação e cálculo de risco¹⁵². No pólo oposto, o tomador do seguro provido apenas dos conhecimentos e percepções da experiência comum e da *sua própria circunstância*¹⁵³. Numa tentativa de repor o equilíbrio entre os contraentes, o sistema de *base-pergunta, base-segurador* delimita o âmbito objectivo do ónus de informação do tomador do seguro às circunstâncias perguntadas no questionário e contrapõe-lhe ainda o ónus do segurador de elaboração de um questionário completo. Delimitação que o nosso legislador não realiza e que corresponde à grande desvantagem do regime de questionário aberto, na óptica do tomador ou segurado, a parte mais débil do contrato de seguro e que a lei podia e devia tutelar¹⁵⁴. A

¹⁵² Vide nota precedente e nota 143.

¹⁵³ No que é dito em texto, tomámos a liberdade de uma adaptação livre de um ensinamento tão simples quanto profundo e verdadeiro de José Ortega Y Gasset “*eu sou eu e as minhas circunstâncias*”.

¹⁵⁴ Cfr. os termos do balanço analítico de J. C. MOITINHO DE ALMEIDA a respeito da LCS: “*Se olharmos para as modernas leis europeias o que as distingue umas das outras é, por um lado, a qualidade da técnica jurídica adoptada e, por outro, as soluções encontradas para assegurar o equilíbrio entre os interesses dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários e as exigências de uma boa técnica seguradora. Nesta perspectiva a lei agora vigente em Portugal muito deixa a desejar.*” (estudo sobre «A protecção do tomador do seguro...», cit., p. 29).

LCS onera, assim, excessivamente a posição contratual do tomador do seguro ou segurado, por radicação do seu dever pré-contratual de informação no princípio da declaração espontânea que amplia perigosamente o âmbito objectivo daquela obrigação¹⁵⁵.

Diversamente, quanto às consequências jurídicas do incumprimento do dever de informação do tomador do seguro ou segurado, aplaude-se a solução da nossa lei que acolhe uma valoração gradativa em função da culpa. No plano dos ordenamentos jurídicos inspiradores da LCS, e mesmo em relação aos modelos de que o nosso legislador se afasta, não existe um regime idêntico ao nosso, de distinção entre declarações omissas ou inexactas dolosas (artigo 25º) e negligentes (artigo 26º). É positiva a consagração de um regime de omissões e inexactidões diferenciado em função do grau de culpa do declarante. No regime das omissões e inexactidões declarativas, em sede de cumprimento do dever pré-contratual de informação que impende sobre o tomador do seguro ou segurado, encontramos uma manifestação do instituto do erro vício de vontade, do erro que atinge os motivos determinantes da vontade. Ora, tratando-se de vícios na formação do

¹⁵⁵ Cfr. JÚLIO VIEIRA GOMES, in «O dever de informação...», cit., pp. 444-445, em que o autor conclui que o modelo do questionário aberto configura um "sistema, legado de uma época em que o segurador era, verdadeiramente a parte mais fraca e tinha que confiar quase cegamente nas declarações do tomador do seguro ou segurado, não foi verdadeiramente revisto, como se impunha. Com efeito, não apenas é crescentemente criticado em termos de eficiência, como é causa de grande litigiosidade e é materialmente injusto, sobretudo quando o tomador do seguro é um consumidor. (...) se os tomadores do seguro contratam para se precaverem ou protegerem, em alguma medida, de riscos, nem sempre têm na devida conta o risco que pode estar ínsito na própria celebração de um contrato de seguro. E neste aspecto a tutela que a lei lhes concede é bem mais deficiente que a tutela que lhes é concedida, por exemplo, pelas legislações alemã ou espanhola".



contrato, compreende-se que as omissões e inexactidões do tomador ou segurado firam o contrato de seguro de anulabilidade, desde que o segurador demonstre que o declarante conhecia a essencialidade do erro na decisão de (este último) contratar¹⁵⁶. Por esta via, e embora com traços menos incisivos do que aqueles que apontamos no modelo de questionário fechado, a LCS tenta mitigar as desvantagens do sistema base-resposta, base-tomador, delimitando o âmbito do princípio da declaração espontânea (dever pré-contratual de informação do tomador do seguro ou segurado) às declarações culposas. Mais se sublinha que a nossa lei aponta no sentido da irrelevância das declarações omissas ou inexactas sem culpa, sendo certo que a bondade da opção legislativa se encontra cerceada pela complexidade¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Já assim considerava a doutrina na vigência do artigo 429.º do Código Comercial, sustentando que a sanção de nulidade que o preceito estabelecia deveria interpretar-se no sentido de nulidade relativa, *id est*, de anulabilidade exactamente pelo afloramento do regime geral do erro-vício. Cfr., v. g., José Vasques, *in Contrato de Seguro, Notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999 que refere que "o artigo 429º do C.Com. constitui um afloramento do erro vício de vontade: o erro que atinja os motivos determinantes da vontade, quando se refira à pessoa do declaratório ou ao objecto do negócio, torna este anulável...desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro (artigos 251º e 247º do C.C.), trata-se, assim, de situação em que a seguradora se decide a perseguir a função económica-social do negócio partindo de um conhecimento erróneo ou de uma previsão enganosa. Efectivamente, quando o segurador aceitar contratar nos termos inexactos ou reticentes declarados pelo proponente, a sua declaração negocial está viciada por um erro, nos termos gerais, essa declaração torna o negócio anulável".

¹⁵⁷ O regime das omissões e inexactidões da LCS (arts. 25.º e 26.º) representa uma evolução na continuidade relativamente ao regime anterior. Com efeito, dispunha o artigo 429.º do Código Comercial que "Toda a declaração inexacta, assim como toda a reticência de factos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro, e que teriam podido influir sobre a existência ou condições do contrato tornam o seguro nulo". A LCS prevê como sanção máxima para as declarações omissas ou inexactas a anulabilidade, tal como o preceito transcrito, por-

que, pese embora a cominação de nulidade, o entendimento doutrinário e jurisprudencial convergente defendia tratar-se ali de uma previsão de anulabilidade, *id est*, de *nulidade relativa*, fundamentalmente pela tutela que a norma faz de interesses privados e não de normas de natureza pública. O fundamento da possibilidade de anulação do contrato de seguro situa-se na importância da correcta determinação do risco na conformação do contrato, sancionando-se as declarações inexactas ou reticentes relativas a factos conhecidos do tomador do seguro ou segurado na medida em que pudessem ter influído na celebração e/ou condições do contrato, admitindo-se que o segurador não teria concluído o contrato (erro essencial) ou tê-lo-ia celebrado com condições mais onerosas para o tomador (erro incidental). No sentido da anulabilidade prescrita pelo revogado artigo 429.º do Código Comercial, na perspectiva da jurisprudência, cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19-10-1993, *in* CJ, ano I, tomo III, p. 74; de 3-3-1998, *in* CJ, ano VI, tomo I, p. 103 e de 15-6-1999, *in* BMJ 488, p. 381 e, por banda da doutrina, *vide* Calvão da Silva, RLJ, ano 133, p. 221 e MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de Seguro*, p. 61.

¹⁵⁸ O regime das omissões e inexactidões da LCS (arts. 25.º e 26.º) é tributário do ónus de questionação do segurador, inscrito no art. 24.º, n.º 3, que estabelece que o segurador, depois de aceitar (celebrar) o contrato (aceitação da proposta/questionário do tomador ou segurado), só perante actuação dolosa do declarante, poderá anulá-lo. Na verdade, as declarações omissas ou inexactas implicam um desvalor variável em função do grau de culpa do declarante. Incumprido o dever de informação, o contrato será anulável ou meramente denunciável, consoante o tomador do seguro ou segurado tenha actuado dolosamente (art. 25.º) ou com mera culpa (art. 26.º). Também esta solução bipartida tem inspiração na leitura que a jurisprudência vinha fazendo do revogado artigo 429.º do Código Comercial, alinhada outrossim com o direito comparado próximo. A pedra de toque é, então, saber se as circunstâncias omitidas ou inexactamente declaradas eram ou não conhecidas pelo declarante.

Descrevendo as consequências das declarações dolosamente omissas ou inexactas, temos que a anulação do contrato opera através de declaração enviada pelo segurador ao tomador do seguro. Inexistindo sinistro, a declaração deve ser expedida até 3 meses após a data em que o declaratário tomou conhecimento do incumprimento do dever de informação por parte do tomador ou segurado (art. 25.º, n.º 2). O n.º 3 do art. 25º exonera o segurador da responsabilidade de cobrir sinistro que ocorra antes de tomar conhecimento do dolo na actuação do declaratário ou dentro do prazo legal dos 3 meses para o envio da comunicação de anulação do contrato, "seguindo-se o regime geral da anulabilidade". Quando as declarações sejam omissas ou inexactas por negligência, importa distinguir se ocorreu ou não sinistro (art. 26.º, n.ºs 1 e 4). Não havendo sinistro (n.º 1), o segurador, dentro do prazo de 3 meses a contar do conhecimento da negligência do declarante no teor das declarações, pode propor uma alteração do contrato ao tomador do seguro [al. a)]



Cotejadas forças e fraquezas dos modelos de questionário, temos que o sistema de questionário aberto é mais exigente e oneroso para o tomador do seguro ou segurado, não ponderando devidamente a debilidade da posição negocial do tomador/segurado em relação ao segurador. O legislador podia e devia ter considerado esta condição de parte mais frágil da relação jurídica na repartição de ónus e obrigações pré-contratuais. A realidade jurídico-material mostra a predominância da celebração de contratos de seguro através do modelo de contrato de adesão, através, portanto, de cláusulas contratuais gerais e no âmbito de relações jurídicas de consumo, pelo que as soluções da LCS deveriam espelhar as exigências particulares que estas realidades postulam.

.....

ou comunicar-lhe a cessação do contrato [al. b)]. Apresentando uma proposta de alteração das condições contratuais, o segurador concede ao tomador do seguro para aceitação ou contraproposta (se a admitir) um prazo nunca inferior a 14 dias. Já para fazer cessar unilateralmente o contrato, o segurador tem de comprovar a essencialidade do erro sobre os motivos (omissões ou inexactidões) na decisão de contratar, evidenciando que "*em caso algum celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexactamente*" - art. 26.º, n.º 1, al. b). Se ocorrer um sinistro influenciado (na ocorrência ou consequências) por circunstância omitida ou declarada sem exactidão antes da alteração ou cessação do contrato, o n.º 4 do art. 26.º prevê tanto a possibilidade de cobertura como a de não cobertura pelo segurador. Na segunda hipótese, o segurador apenas devolve o prémio pago e não cobre o sinistro, desde que demonstre a essencialidade das omissões ou inexactidões na decisão de contratar, "*demonstrando que, em caso algum, teria celebrado o contrato se tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexactamente*" - art. 26.º, n.º 4, al. b). Não havendo essencialidade do erro sobre os motivos, manda a lei que o sinistro seja coberto em termos proporcionais, ponderando a diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido se o segurador conhecesse *ab initio* as omissões ou inexactidões - art. 26.º, n.º 4, al. a). Assim, existindo sinistro, é determinante a existência de causalidade entre o facto omitido e o evento ocorrido (entre nós, sobre o nexo de causalidade, vide FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2008).

O (nosso) modelo de questionário aberto abre caminho à litigância judicial excessiva e relega desnecessariamente para a jurisprudência e para a doutrina o reequilíbrio das posições contratuais. E não se diga que os deveres de esclarecimento do segurador compensam a inferioridade da posição jurídico-contratual do tomador ou segurado, pois prevalece a imersão do dever de informação do tomador do seguro no princípio de declaração espontânea até à conclusão do contrato.

IV – CONCLUSÕES FINAIS

Sumário

IV.1 Conclusões finais

IV. 1 Conclusões finais

O Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, designado por Lei do Contrato de Seguro, como diploma unitário do regime jurídico do contrato de seguro, representa o processo de codificação do conjunto esparso de diplomas legais até então existente.

Da aglomeração num só instrumento legislativo resultam maior facilidade de acesso à informação e reforço de segurança e certeza jurídicas na interpretação e aplicação da lei.

Em face do anterior regime, existe alguma evolução legislativa no sentido de maior tutela do tomador do seguro ou segurado,



embora ainda distante das opções legislativas dos modernos ordenamentos europeus, sendo certo que a LCS adota uma visão da relação contratual de seguro como uma relação complexa com importantes similitudes com os laços negociais nascidos das relações contratuais de consumo, na perspectiva da tensão e desequilíbrio que lhe são característicos, e que acaba por se reflectir na tutela da posição do tomador ou segurado.

O legislador assume que o tomador do seguro ou segurado é a parte mais frágil da relação contratual e, embora tenha ficado aquém do nível de tutela da legislação de consumo, aplaude-se a tentativa de reequilíbrio de direitos e deveres das partes com a consagração expressa dos deveres de esclarecimento do segurador (arts. 22.º e 24.º, n.º 4), em linha com a opção legislativa alemã.

O art. 1.º da LCS apresenta uma noção de contrato de seguro por referência ao conteúdo típico. Temos por adequada tal metodologia, também adoptada pelo legislador alemão, de posicionamento do tipo como ponto de partida para a avaliação ou comparação normativa, ocupando uma posição intermédia entre o concreto e o conceito.

Quanto ao contrato de seguro de saúde, o art. 213.º da LCS descreve-o por densificação do *quid* de incidência do risco a que (necessariamente) as partes se referem no contrato. O legislador exige, e bem, identidade de fisionomia do seguro de saúde com o tipo contratual geral (contrato de seguro) por referência ao risco.

Em decorrência, a nossa compreensão do contrato de seguro de saúde resulta da observação iterativa das relações jurídicas materiais, de procura nelas de um *concretum* unitário sentido normativo e não meramente de um somatório de características gerais passíveis de recondução ao tipo de contrato em causa.

A projecção do elemento caracterizador *risco* a partir da norma que descreve o tipo contratual geral (contrato de seguro) para o preceito que especifica os contornos do contrato de seguro de saúde evidencia a sua essencialidade em ambas as construções normativas, sendo que a abordagem tipológica aconselha a translucidez da construção conceptual à luz da realidade jurídico-material.

A reiteração que a lei encerra no texto das respectivas normas, quanto ao elemento *risco*, tanto na delimitação do contrato de seguro como na descrição do seguro de saúde, denota a sua indispensabilidade no processo de afirmação de identidade de sentido entre a prática e o(s) tipo(s).

Com a enunciação da característica mais significativa do contrato de seguro de saúde (o *risco*) pretendemos vincar a essencialidade da sua consagração contratual como eixo das relações jurídicas de seguro.

Creemos ser necessário impregnar o tipo social do seguro de saúde com a nota de imprescindibilidade do elemento contratual *risco*, sabendo que habitualmente as partes contratam por referência ao tipo social.

A declaração inicial do *risco* (art. 24.º da LCS) corresponde ao dever pré-contratual de informação do tomador do seguro ou segurado que a nossa lei desenha com um âmbito (objectivo) amplo e de complexa determinação.

Ex vi lege, o tomador ou segurado está obrigado a informar o segurador de todas as circunstâncias por si conhecidas até à conclusão do contrato (e) que razoavelmente entenda serem significativas para a avaliação do *risco* pelo segurador, apreciando-se em termos subjectivos o conceito indeterminado de *circunstâncias significativas*.



Afigura-se-nos mitigador da posição excessivamente onerosa em que a lei coloca o tomador do seguro a circunstância de o n.º 4 do art. 24.º sujeitar o segurador ao dever *ex ante* de alertar o futuro tomador do seguro ou segurado para o dever de declaração inicial do risco que sobre ele impende, sob a cominação de responsabilidade civil do segurador.

Sem prejuízo, cremos que o princípio de declaração espontânea que enforma o nosso regime de declaração inicial de risco (art. 24.º, n.º 2) é demasiadamente oneroso, na medida em que faz impender sobre o tomador ou segurado o dever de declarar junto do segurador todas as preditas circunstâncias significativas, independentemente do questionário eventualmente apresentado pelo segurador.

O legislador português acolheu o modelo de questionário aberto de declaração inicial do risco, nos termos do qual o dever pré-contratual de informação a que fica adstrito o tomador ou segurado engloba factos não mencionados no questionário (facultativo) do segurador (art. 24.º, n.º 2).

Diversamente, no sistema de questionário fechado, o dever de informação circunscreve-se às matérias abordadas em prática de questionário (obrigatório) do segurador.

Numa tentativa de repor o equilíbrio entre os contraentes, o sistema de *base-pergunta*, *base-segurador* delimita o âmbito objetivo do ónus de informação do tomador do seguro ou segurado às circunstâncias perguntadas no questionário e contrapõe-lhe ainda o ónus do segurador de elaboração de um questionário completo.

Pergunta-se da existência de uma presunção de essencialidade de facto cuja declaração é pedida em questionário, respondendo-se negativamente num sistema como o nosso de *base-resposta*, *base-tomador*.

Com efeito, o nosso regime concede liberdade total ao segurador na decisão de apresentar ou não um questionário, e mesmo em contexto de questionário, a lei não lhe impõe qualquer ónus de esclarecer o declarante sobre quais as circunstâncias que ele deve considerar significativas.

Mas há quem entenda até que uma tal presunção poderia ser largamente vantajosa para o segurador, porque seria difícilimo o tomador do seguro ou segurado provar que desconhecia a relevância dos factos inquiridos no questionário.

Por outro lado, como a lei não impõe qualquer ónus de elaboração de um questionário completo, o segurador pode apresentar um questionário incompleto, sem qualquer sanção ou desvantagem para si.

Mesmo nos sistemas de questionário fechado, a jurisprudência e a doutrina são muito cautelosas no reconhecimento da presunção de essencialidade do questionário.

Nos sistemas de questionário fechado em que a lei prevê expressamente a presunção, esta circunscreve-se às perguntas claras, directas e inequívocas do questionário.

Por tudo isto, permanece matéria discutida na doutrina saber se existe um verdadeiro ónus do segurador de confirmação da bondade e completude da informação declarada pelo tomador do seguro ou segurado na fase pré-contratual.

Da nossa parte, deixámos exposto o nosso entendimento segundo o qual a posição do tomador ou segurado não se encontra devidamente protegida. O legislador podia e devia tê-lo guarnecido ponderando a enormíssima desproporção de meios que existe entre tomador/segurado e segurador.



Defendemos também que o dever de esclarecimento do segurador carece de densificação, desde logo em matéria probatória do seu cumprimento.

Reconhecemos que as especificidades do seguro de saúde tornam difícil a ponderação que a lei tem de fazer relativamente aos interesses em confronto. Socialmente, também sabemos que está de certa forma instalada a ideia que um seguro de saúde é um plano de comparticipação de despesas de saúde, cabendo ao legislador um certo papel disciplinador de cultura jurídica, *in casu* para prevenir situações de declarações omissas ou inexactas.

No seguro de vida, temos um exemplo de um contrato de seguro em que inexistente o elemento da incerteza da verificação do evento aleatório cujo risco de ocorrência se pretende cobrir através da celebração do contrato: é o que a doutrina designa *certus an incertus quando*, porque a perda da vida é certa, só não se sabe é quando...

Ora, em relação à saúde, não se colocando a questão *qua tale* como em relação à vida, o certo é que entre o tipo social e o tipo legal vai uma distância que deve preencher-se também com o didactismo que cumpre ao legislador imprimir na letra da lei e aos técnicos dos seguros na prática da realidade material-jurídica.

Ainda que o tomador do seguro ou segurado saiba que irá necessitar da cobertura de riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde pode celebrar um contrato de seguro de saúde, devendo, contudo, na sua declaração inicial de risco informar o segurador sobre as circunstâncias que poderão influir nos termos e condições do contrato.

O aprofundamento da técnica dos seguros foi socialmente muito importante no desenvolvimento das sociedades modernas de evolução científica, técnica e tecnológica.

O desafio hodierno é de construção de regimes legais de modalidades de seguro equilibrados que cumpram um papel duplo: protecção da mais frágil da relação negocial (inequivocamente o tomador do seguro/segurado) e de combate à ideia segundo a qual o segurador tenta quase sempre eximir-se de responsabilidade se ocorre o evento aleatório previsto no contrato.



BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «A função económico-social na estrutura do contrato», in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007
- ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *O Contrato de seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa, Lisboa, 1971
- *Contrato de seguro, Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- «A protecção do tomador do seguro e dos segurados no novo regime legal do contrato de seguro», em www.stj.pt
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2003
- ALVES, Francisco Luís, «O regime do contrato de seguro de saúde no direito português», in *Forum*, n.º 27, Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, ano XIII, Julho 2009, em www.isp.pt
- ARNOTT, Richard, STIGLITZ, Joseph E., «Moral hazard and nonmarket institutions: Dysfunctional crowding out or peer monitoring?», in *The American Economic Review*, Vol. 81, N. 1 (Mar. 1991)
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, *A tipicidade dos direitos reais*, s/ ed., Lisboa, 1968
- BARG, Eric Sebastian, *Die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers im VVG 2008*, Logos Verlag, Berlin, 2008
- BRITO, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990
- BRUCK, Hernst e Hans Möller, *Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, Erster Band*, Walter de Guyter & Co., Berlin, 1961

- BUTTARO, Luca, *Assicurazione (contrato di)*, in Enciclopedia del diritto, n.º 12, Dott. Antonio Giuffrè Editore, Milano, 1963
- CALERO, Fernando Sánchez (coord.), *Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 octubre, y a sus modificaciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005
- CARVALHO, Orlando de, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial, I, O problema da empresa como objecto de negócios, s/ed.*, Coimbra, 1967
- CLARKE, Malcolm, *Policies and Perspectives of Insurance Law in the Twenty-First Century*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2007
- COLEHO, Francisco Pereira, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2008
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil, I*, Almedina, Coimbra, 1997
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 9.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2003
- DE NOVA, Giorgio, *Il tipo contrattuale*, CEDAM, Pádua, 1974
- DOHERTY, Neil A., SCHLESINGER, Harris, «Rational insurance purchasing: Consideration of contract nonperformance», in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 105, Issue 1 (Feb. 1990)
- FARIA, Carlos Bettencourt de, *O conceito e a natureza jurídica do contrato de seguro*, CJ, 1978, II
- FROTA, Mário, «Seguros obrigatórios: preços aleatórios», in *Lusáda: Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito*, N. 1 (1998)
- GABRIELLI, Enrico, «Alea», in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2007



- GARRIGUES, Joaquín, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1983
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, «O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011
- GROUDEL, Hubert, Fabrice Leduc e Philippe Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008
- JAMES, Fleming, THORNTON, John V., «The impact of insurance on the law of torts», in *Law and Contemporary Problems*, N. 15 (1950)
- JUSTO, A. Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª, Coimbra Editora, 2009
- KNAPPMANN, Ulrich, «Anotação ao § 14 VVG», in *Versicherungsrechtshandbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 2009
- LA TORRE, Antonio, *L'assicurazione nella Storia delle Idee: la Risposta Giuridica al Bisogno di Sicurezza Economica, Ieri e Oggi*, Giuffrè Editore, Milano, 2.ª ed., 2000
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005
- LEWINS, Kate, «Reforming Non-Disclosure in Insurance Law: The Australian Experience», *Journal of Business Law* 2008, n.º 2
- LIMA, Fernando Andrade Pires de e João de Matos Antunes Varela, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, s/ ed.
- LONGO, Giovanni E.G, «La dichiarazione del rischio all'origine ed in corso di contratto: conseguenze e sanzioni», *Assicurazioni* 1978, parte I
- MARESCA, Giovanni, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Giannini Editore, Napoli, 1979

- MARTANO, Mario e Paolo Mariotti «Quando il rischio reale non corresponde al rischio assicurato», *Responsabilità Civile e Previdenza* 1990, vol. LV
- MARTINEZ, Pedro Romano (et alt.), *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2011, 2ª edição, 2011
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- MESQUITA, Manuel Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2003
- MÖLLER, Hans, *Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages*, in *Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Assicurazioni*, Tomo Primo, Dott. Antonio Giuffrè Editore, Milano, 1963
- MONTEIRO, António Pinto e Carolina Cunha, "Sobre o contrato de cessão financeira ou de «factoring»", in *Volume Comemorativo do 75º tomo do BFDUC*, 2003
- MOTA, Francisco Guerra da, *O Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Athena Editora, Porto
- NEVES, A. Castanheira, *Metodologia jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- NICOLAS, Véronique, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Librairie générale du droit et de jurisprudence, E.J.A. et Véronique Nicolas, Paris, 1996
- NETO, Abílio, *Código Comercial, Código das Sociedades, Legislação Complementar, Anotados*, Lisboa, Ediforum, 2002
- NOGUERO, Eliseo Sierra, «La prueba del dolo o culpa grave del tomador en la declaración del riesgo. Comentário a la STS 1098/2008 de 4 de Diciembre de 2008», *RES (Revista Española de Seguros)*, 2009, n.º 137



- PARREIRA, Isabel Ribeiro, «Algumas reflexões sobre o tipo, a propósito dos tipos legais contratuais», in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006
- PICARD, Maurice e André Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição actualizada, Coimbra Editora, 1996
- POÇAS, Luís, *Estudos de Direito de Seguros*, Porto, 2008
- POTHIER, Robert-Joseph, «Traité du contrat d'assurance», in *Oeuvres de R.-J. Pothier, contenant Les Traités du Droit français*, Tome troisième, J. P. Jonker, Ode et Wondon, H. Tarlier, Bruxelas, 1830
- REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010
- SABBATELLI, Illa, «Informazioni e rischio assicurato», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 2004*, parte I
- SALANDRA, Vittorio, «Le dichiarazioni dell'assicurato secondo il nuovo codice»; *Assicurazioni 1942*, parte I
- SANTOS, Fernando Teixeira, «O sector segurador», in *O Economista*, Vol. 12 (1999), Lisboa: Promeios
- SCALFI, Gianguido, «Alea», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, I, UTET, Turim, 2004
- SCHIAVO, Carlos A., *Contrato de seguro, Retención y agravación del riesgo*, Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2006
- SOLIMANDO, Angela Solimando, «Disciplina delle dichiarazioni precontrattuali nel contratto di assicurazione. Evoluzione della giurisprudenza», *Assicurazioni 2001*, ano LXVIII, n.ºs 1 e 2

- SOTGIA, Sergio, «Considerazioni sul "descrizione del rischio" nel contrato di assicurazione», *Assicurazioni, Rivista di Diritto, Economia e Finanza delle Assicurazioni Private*, ano XXXVI, parte I
- SOUSA, Miguel Teixeira de, «Linguagem e Direito», in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2008
- SOYER, B., «Reforming the Assured's Pre-contractual Duty of Utmost Good Faith in Insurance Contracts for Consumers: Are the Law Commissions on the Right Track?», in *Journal of Business Law* 2008
- STEINDORFF, Ernst, *La déclaration des circonstances ayant une influence sur l'appréciation et l'acceptation du risque dans la proposition de directive de la commission sur le droit du contrat d'assurance*, L'Harmonisation du droit du contrat d'assurance dans la CEE, Colloque organisé par la Licence en Droit et Economie des Assurances sous les auspices de la CEE, Université Catholique de Louvain, 27-28 novembre 1980, Bruylant, Bruxelles, 1981
- SUARÉZ, Tirado, «Reflexiones sobre la nueva regulación del contrato de seguro en Portugal desde el Derecho Español», *RDES XLIX* (2008)
- SILVA, João Calvão da, *Banca, Bolsa e Seguros, Direito europeu e português*, Almedina, Coimbra, 2007
- "Seguro de crédito", in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao estudo do Direito*, vol. 1, 3ª tiragem, s/ ed., Lisboa, 1990
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9ª edição revista e actualizada, Almedina Coimbra, 1998
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002
- *D&O Insurance: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2007



VASQUES, José, *Contrato de seguro, Notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999

VELOSO, José António, "Risco, transferência de risco, transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros", in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007

VICENTE, Pedro J. Rubio, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Editorial MAPRFE, Madrid, 2003

VIVANTE, Cesare, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. IV, *Le Obligationi (Contratti e prescrizione)*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1929

WIEGMANN, Roberto, «L'importanza del questionário per valutare le reticenze dell'assicurato», *Giurisprudenza Italiana* 1991, parte I, sez. I, col. 1029-1033

O LUGAR DA VULNERABILIDADE NO DIREITO DO CONSUMIDOR PORTUGUÊS

The role of vulnerability in Portuguese Consumer Law

Sandra Passinhas¹

Resumo

O objecto do presente texto é averiguar qual o lugar que ocupa a vulnerabilidade enquanto fundamento axiológico do Direito do Consumidor, bem como os meios de tutela dos consumidores colocados numa situação de vulnerabilidade agravada. Propugnaremos que o Direito do Consumidor, enquanto direito de mercado, é especialmente apto para a reposição da equidade na experiência de consumo, mas não pode, todavia, prescindir de outros complexos normativos para a adequada tutela de situações de vulnerabilidade agravada.

Palavras-Chave

Direito do consumidor, vulnerabilidade, consumidor médio

Abstract

The aim of this article is to analyse the role of vulnerability as foundation of Consumer Law, as well as the tools available to protect espe-

.....
¹ Professora auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (sandrap@fd.uc.pt).



cially vulnerable consumers. I will argue that Consumer Law, as a market law, is suitable for restore fairness in consumers' experience. However, other legal institutes (v.g. antidiscrimination law, commercial law) are necessary for a full and adequate protection of particularly vulnerable consumers.

Keywords

Consumer Law, vulnerability, average consumer

1. Introdução

O Direito do Consumidor português recebe, da sua matriz europeia, a natureza de um direito de mercado², que, não renegando uma ideia de vulnerabilidade, não consegue, todavia, responder às diversas matizes com que esta se apresenta. A adoção do padrão metrológico do consumidor médio ensombra a multidimensionalidade do fenómeno da vulnerabilidade e deixará, eventualmente, desprotegidos consumidores colocados numa situação de vulnerabilidade agravada.

O objeto do presente texto é averiguar, no atual quadro de repartição de competências estabelecido pelos Tratados, qual o lugar que ocupa a vulnerabilidade enquanto fundamento axiológico do Direito do Consumidor. Começaremos por uma breve descrição do que entendemos por vulnerabilidade na relação de consumo e seguiremos pela análise da proteção do consumidor funcionalizada à realização do mercado interno (na jurisprudência do TJUE, na legislação e na ação política da União Europeia). Por último, descreveremos os principais meios predispostos para a tutela dos consumidores e concluiremos que aqueles colocados numa situação de vulnerabilidade agravada não podem prescindir da tutela que lhes é conferida noutras sedes, nomeadamente da legislação antidiscriminação, da proteção dos incapazes, do regime da falta de vontade ou da usura, ou ainda da tutela da aparência conferida pelo Direito Comercial.

² Sobre o conceito, vide JULES STUYCK, "European Consumer Policy After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market", *CMLRev*, 2017, n.º 37, pp. 367 e ss., e HANS-W. MICKLITZ, "An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement", *EBLR*, 2002, pp. 588 e ss.



2. A questão da vulnerabilidade

A vulnerabilidade do consumidor é um estado de fraqueza ou fragilidade (*powerlessness*), que resulta de um desequilíbrio que lhe é desfavorável, seja na exposição a mensagens e a práticas comerciais, seja nas mais ou menos intensas interações de mercado. Todos os consumidores são potencialmente vulneráveis, nesse sentido: quer porque estão expostos a mensagens de promoção, publicidade e de marketing que são enganadoras ou pelo menos induzem em erro, quer porque estão sujeitos a práticas comerciais que colocam em risco a sua saúde ou pelo menos não a acautelam devidamente, quer porque celebram contratos que lhes são predispostos e que não podem negociar na fase pré-contratual, ou, podendo, não têm efetivo poder de negociação das concretas cláusulas contratuais ou consciência dos termos da vinculatividade dos mesmos³. Podemos dizer que esta é uma *vulnerabilidade posicional*, resultante da mera posição no mercado, ao encontro de profissionais, em geral qualificados e poderosos, e que se pode verificar quer no momento da promoção dos bens ou serviços, da negociação e da celebração do contrato, quer na sua (in)execução, quer em caso de surgimento de litígio. Neste sentido, a vulnerabilidade do consumidor resulta de condições exógenas ao indivíduo⁴.

Se é assim, em geral, com todos os consumidores, alguns deles apresentam características específicas que os colocam numa *situa-*

³ Vide, a este propósito, AURELIA COLOMBO CIACCHI, "Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts", in MEL KENNY, JAMES DEVENNEY e LORNA FOX O'MAHONY, *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, CUP, 2010, pp. 7 e ss.

⁴ Sobre a questão da vulnerabilidade nas relações internacionais, colocadas

ção agravada de vulnerabilidade quando na situação de mercado. Referimo-nos à vulnerabilidade resultante de características individuais, sejam características biofísicas, como a idade, o género, a saúde, a raça e etnia, a orientação sexual, adições e habilidade funcional, ou características psicossociais, como a capacidade e desenvolvimento cognitivos, a literacia e a condição socioeconómica⁵. Qualquer destes fatores carece, todavia, de uma concretização hermenêutica que os considere em toda a sua densidade informativa. Pense-se, a título de exemplo, no fator idade, e como deve ser considerado no tempo atual. Aumentou a percentagem da população idosa, com reconhecidas dificuldades na adaptação a mercados complexos e em mudança, ao desenvolvimento tecnológico e ao ambiente digital. Por outro lado, diminuíram os consumidores mais novos (adolescentes), mas esta faixa etária tem-se tornado mais ativa no mercado, em resultado da afluência característica dos países industriais. Pode, todavia, faltar-lhes conhecimento suficiente e experiência para a tomada racional de decisões. No que diz respeito à condição socioeconómica, tendências de curto prazo ditadas pela conjuntura económica influenciam certamente as expectativas

pelos desafios contemporâneos, vide DAN WEI, "Consumer Protection in the Global Context: The Present Status and Some New Trends", e CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Relations Between International Law and Consumer Law in the Globalized World: Challenges and Prospects", in CLÁUDIA LIMA MARQUES e DAN WEI, *Consumer Law and Socioeconomic Development*, Springer, 2017, pp. 5 e ss e 223 e ss, respectivamente.

⁵ ANICETO MASFERRER e EMILIO GARCÍA-SANCHEZ, "Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights", in ANICETO MASFERRER e EMILIO GARCÍA-SANCHEZ (eds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, Springer, 2016, p. 5, sublinhando que todos os indivíduos são vulneráveis, mas uns são mais do que outros. Sobre uma ética da vulnerabilidade, vide ADELA CORTINA e JESÚS CONILL, "Ethics of Vulnerability", em ANICETO MASFERRER e EMILIO GARCÍA-SANCHEZ (eds), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, cit., pp. 45 e ss, e de como os a vulnerabilidade dos indivíduos foi postergada por conceitos como autossuficiência, autonomia, poder da vontade ou agência.



e o comportamento dos consumidores. Por exemplo, a crise financeira de 2008 diminuiu a confiança dos consumidores e o poder de compra de parte da população, enfraquecendo a sua posição e colocando alguns em risco de exclusão social. Mas esta é uma tendência cíclica: a vulnerabilidade é multidimensional, depende do contexto e, sobretudo, não tem de ser persistente⁶.

A questão da vulnerabilidade agravada resultante de características específicas suscita necessariamente uma outra questão: a da vulnerabilidade dos grupos e dos meios de resposta a essa vulnerabilidade⁷. Entendemos, todavia, que a vulnerabilidade de grupos como resposta tem muitas limitações. Em muitos casos, especialmente quando devida a fatores sociais, culturais e linguísticos, os consumidores vulneráveis não são especificamente identificáveis e não podem ser facilmente agrupados. Mesmo quando o sejam, persistem as dificuldades. Pensemos, por exemplo, na vulnerabilidade dos idosos: a diversidade das condições socioeconómicas (em especial, rendimento disponível e classe social), da literacia e até da própria idade (66 anos ou 96 anos) são senho das dificuldades que acabámos de apontar. O mesmo vale para a enfermidade física ou mental: consumidores com deficiência podem sentir dificuldades distintas no acesso à informação ou em encontrar bens ou serviços adequados às suas necessidades. A vulnerabilidade agravada é especialmente contextualizada, depende muito do concreto consumidor individual e da sua situação específica⁸.

⁶ Vide S. M. BAKER, JAMES W. GENTRY e T. L. RITTENBOURG "Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability", *Journal of Macromarketing*, 2005, n.º 25, pp. 128 e ss.

⁷ O desenvolvimento de grupos distintos, com diferentes capacidades e conhecimento, vai obrigar a respostas políticas orientadas especificamente para a proteção e a inclusão dos grupos vulneráveis.

⁸ BRAM B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in The Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, 2015, p. 191.

A experiência de consumo, onde, em geral, qualquer pessoa é potencialmente vulnerável, requer que, em concreto, fatores externos reponham a equidade (*fairness*) no mercado. Dito de outro modo, a experiência de consumo implicando uma situação de vulnerabilidade, despoletará, para além da resposta individual ou até do próprio mercado⁹ (por exemplo, dos concorrentes), uma resposta político-legislativa e regulatória, visando repor o equilíbrio ou aumentar o controlo em encontros futuros, isto é, potenciar a agência do consumidor, ou facilitar a resolução de um litígio já instalado.

Em síntese, podemos, pois, assertar que o conceito de consumidor médio não exclui a consideração da vulnerabilidade, porquanto à condição de agente no mercado é inerente a potencial sujeição a um desequilíbrio desvantajoso¹⁰. A vulnerabilidade assim

⁹ As respostas individuais mostram que os consumidores não são meros sujeitos passivos no mercado ou do que o mercado tem para lhes oferecer. Pelo contrário, os consumidores podem contribuir ativamente para alterar o ambiente que os rodeia. Vide o nosso *Dimensions of Property Under European Law, Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, Florença, 2010, disponível em <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/13759>, pp. 104 e ss.

¹⁰ Por exemplo, no acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2000, nos processos *Océano Grupo Editorial SA contra Roció Murciano Quintero* (C-240/98) e *Salvat Editores SA contra José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) e *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), estava em causa a compra a prestações, para fins pessoais, de enciclopédias, entre 4 de maio de 1995 e 16 de outubro de 1996, pelos demandados no processo principal, todos domiciliados em Espanha, foi perguntado ao TJUE se o âmbito da protecção do consumidor nos termos da Directiva 93/13/CEE do Conselho, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, permite ao juiz nacional apreciar oficiosamente o carácter abusivo duma cláusula ao apreciar a questão prévia da admissibilidade duma acção proposta nos tribunais comuns. Foi, precisamente, ao versar sobre a possibilidade de conhecimento oficioso pelo juiz da cláusula abusiva do contrato que o Tribunal considerou: "deve recordar-se que o sistema de protecção implementado pela directiva repousa na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação,



entendida constitui sempre um conceito normativo e necessariamente abstrato, que nos remete para o dever ser¹¹, para um adequado padrão de comportamento.

A adequada resposta político-legislativa será aquela que conseguir repor, pelo menos parcialmente, o equilíbrio que permita acceitar o encontro de consumo como equitativo. Mais do que atender ao desequilíbrio das concretas relações contratuais, resultante das características específicas geradoras de uma vulnerabilidade agravada, que eventualmente carecem de um controlo substantivo-material, a resposta dada pelo Direito do Consumidor basta-se, as mais das vezes, com exigências procedimentais (pense-se, por exemplo, nos deveres de informação, de comunicação ou de assistência).

.....
situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas". O artigo 6.º da Directiva 1993/13/CE, que obriga os Estados-Membros a preverem que as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, não estaria cumprido se os consumidores se vissem na obrigação de suscitar eles mesmos a questão do carácter abusivo dessas cláusulas. Continua o Tribunal: *"Em litígios de valor frequentemente reduzida, os honorários do advogado podem ser superiores ao interesse em jogo, o que é susceptível de dissuadir o consumidor de defender-se contra a aplicação de uma cláusula abusiva. Se é verdade que, em numerosos Estados-Membros, as regras de processo permitem, nesses litígios, aos particulares exercer a sua própria defesa, existe um risco não negligenciável de que, nomeadamente por ignorância, o consumidor não invoque o carácter abusivo da cláusula que lhe é oposta".* Subscrevendo o Advogado-Geral A. Saggio, no n.º 24 das suas Conclusões, *"o sistema de protecção estabelecido pela directiva assenta na ideia de que a situação de desequilíbrio entre o consumidor e o profissional só pode ser compensada por uma intervenção positiva, exterior às partes do contrato. É a razão pela qual o artigo 7.º da directiva, que, no seu n.º 1, exige aos Estados-Membros que providenciem meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização de as cláusulas abusivas, precisa, no seu n.º 2, que esses meios incluem a faculdade de as associações de consumidores reconhecidas recorrerem aos tribunais a fim de que estes determinem se certas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um carácter abusivo e de obterem, sendo caso disso, a sua proibição, mesmo que não tenham sido inseridas num contrato determinado".*

¹¹ BRAM B. DUIVENVOORDE, ob. cit., p. 64.

O Direito do Consumidor português recebe, da sua matriz europeia, a natureza de um direito de mercado. Resultando o seu núcleo normativo da transposição de Diretivas Europeias, que assumiram no dealbar do século XXI a veste da harmonização total¹², a conformação axiológico-pragmática da proteção conferida pelo nosso ordenamento legal aos consumidores encontra-se vinculada pelas assunções político-normativas tomadas naquela sede, nomeadamente pela funcionalização do proteção da defesa do consumidor ao funcionamento do mercado comum e à necessária coordenação da política do consumidor com outras políticas de proteção de (outros) agentes de mercado, v.g. as pequenas e médias empresas. Vejamos, pois, como as instâncias europeias concretizaram o conceito de consumidor vulnerável e como foi tutelada essa vulnerabilidade.

3. A proteção do consumidor funcionalizada ao mercado interno: a consideração do consumidor médio

O Direito Europeu do Consumidor, que enforma grande parte do Direito Português, surge configurado como um direito de mercado, isto é, funcionalizado à construção do mercado interno. O artigo 4.º do TFUE, n.º 2, determina que a União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros nos domínios do mercado

¹² Por todos, vide GERAINT HOWELLS, "The Rise of European Consumer Law – Whether National Consumer Law?", *Sydney L. Rev.*, 2006, 28, pp. 63 e ss. Para uma análise económica da harmonização, vide 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.



interno (alínea a)) e da defesa dos consumidores (alínea f)). O artigo 169.º estabelece, no seu n.º 1, que a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses. A União Europeia contribuirá para a realização daqueles objetivos através de *medidas adotadas em aplicação do artigo 114.º no âmbito da realização do mercado interno* (o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno¹³) e através de *medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros*.

Da configuração do direito do consumidor como um direito de mercado resulta, desde logo, a natureza relacional do conceito de consumidor. Desarreigada da eticidade da cidadania, a qualidade de consumidor, aferida em cada concreta transação comercial, depende simultaneamente de a aquisição de bens serviços ou direitos ser feita a um profissional, aquele que exerce uma atividade económica que vise

¹³ O artigo 114.º, n.º 3, impõe que a Comissão, nas suas propostas em matéria de defesa dos consumidores, se baseie num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respetivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objetivo, de acordo, aliás, com o artigo 38.º da CDFUE, onde se determina que as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores. Note-se, ainda, que de acordo com o artigo 12.º, do TFUE, as exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União.

a obtenção de benefícios, e de essa aquisição se destinar a uso não profissional¹⁴. Neste sentido, o conceito de consumidor não se confunde com o conceito geral de comprador ou adquirente de serviços, nem com outros conceitos normalmente associados ao Direito do Consumidor, como o de utente¹⁵, os de assinante ou utilizador¹⁶, ou, mais recentemente, o de passageiro¹⁷ e de viajante¹⁸.

Existindo abertura do conceito consagrado na Lei da Defesa do Consumidor – definido no artigo 2.º, n.º 1, como “*todo aquele a*

¹⁴ Muito recentemente, o texto de JORGE MORAIS CARVALHO, “O conceito de consumidor no Direito Português”, EDC, 2018, n.º 14, pp. 185 e ss. Considerando que existe uma tendência para a regulação de contratos assimétricos em vez de contratos de consumo, vide VINCENZO ROPPO, “From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: A Trend in European Contract Law”, ECRL, 2009, pp. 304 e ss.

¹⁵ A Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que regula os serviços públicos essenciais (serviço de fornecimento de água; serviço de fornecimento de energia elétrica; serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; serviço de comunicações eletrónicas; serviços postais; serviço de recolha e tratamento de águas residuais; serviços de gestão de resíduos sólidos urbano e serviço de transporte de passageiros) define o seu objeto de proteção, o utente, como “a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo”. Por força do Decreto-Lei n.º 5/2018, de 2 de fevereiro, o regime da Lei n.º 23/96, é aplicável à comercialização de GPL engarrafado.

¹⁶ A Lei das Comunicações Eletrónicas, Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, no seu artigo 3.º, alínea e), define o assinante como: “a pessoa singular ou coletiva que é parte num contrato com um prestador de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público para o fornecimento desses serviços”, e na alínea nn), define utilizador como “a pessoa singular ou colectiva que utiliza ou solicita um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público”.

¹⁷ Adotados nos seguintes Regulamentos: Regulamento (CE) 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos; Regulamento (CE) n.º 1107/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativo aos direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com mobilidade reduzida no transporte aéreo; Regulamento (CE) n.º 1371/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos direitos e



quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios¹⁹ – para a inclusão das pessoas coletivas no âmbito de proteção do conceito²⁰, diplomas nucleares do Direito do Consumidor que transpõem a noção consagrada nas Diretivas europeias limitam o conceito de consumidor a qualquer pessoa *singular*²¹ que, nas transações abrangidas pelo diploma em causa, aja com fins que podem ser considerados como alheios à sua atividade profissional. É, pois, a este conjunto, assim restringido, de agentes de mercado, que se dirige, no seu essencial, a proteção do Direito do Consumidor português.

.....
obrigações dos passageiros dos serviços ferroviários; Regulamento (UE) n.º 1177/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativo aos direitos dos passageiros do transporte marítimo e por vias navegáveis interiores e que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004; e o Regulamento (UE) n.º 181/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, respeitante aos direitos dos passageiros no transporte de autocarro e que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004.

¹⁸ Veja-se o Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade de agência de viagens e turismo, e que transpõe a Diretiva 2015/2302/UE, que no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea q), define o viajante como “qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num contrato de viagem, nomeadamente os consumidores, as pessoas singulares que viajem em negócios, bem como os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, desde que não estejam abrangidos por um acordo geral para a organização de viagens de negócios”.

¹⁹ O n.º 2 do preceito considera incluídos os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

²⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 44 e ss.

²¹ Sublinhado nosso.

O fundamento da proteção conformada num modelo de mercado cinge-se, pois, na situação de desvantagem posicional em que, no mercado, se considera encontrar o consumidor face ao profissional: o desequilíbrio quanto à informação, ao poder negocial, à segurança, ao acesso à justiça e à representação²². Mas, uma eficiente política de proteção do consumidor – que se apresenta em grande medida, como um instrumento de correção de desequilíbrios, potencial (visa colocar o consumidor em posição de evitar ou corrigir o desequilíbrio) ou efetivo (visa impedir ou diretamente corrigir o desequilíbrio) – pressupõe que se delimite com precisão o sujeito objeto dessa proteção, de modo a aferir exatamente o alcance das suas medidas e a sua eficácia. Esta tarefa coube, em primeira mão, ao TJUE, que, na interpretação do direito europeu, paulatinamente, concretizou o consumidor europeu conformando-o como “o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”²³.

A mediania é, pois, o padrão metrológico dos outros qualificativos discriminativos do consumidor: ele determina o nível de exigência de informação, de atenção e de prudência (advertência, circunspeção, racionalidade) que se se pode/deve exigir ao consumidor. A característica da *informação*, de ser informado, prende-se com o nível de conhecimento (atual ou esperado) do consumidor, conhecimento esse que se pode razoavelmente esperar que o consumidor tivesse ou que lhe fosse dispensado pelo profissional²⁴, sobre o pro-

²² Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 38.

²³ Sobre o consumidor europeu moldado também como agente confiante, vide o nosso *Dimensions of Property under European Law*, *cit.*, pp. 202 e ss.

²⁴ Em sentido contrário, BRAM B. DUIVENVOORDE, *ob. cit.*, p. 67.



duto ou serviço, condições e locais de venda²⁵. Ser razoavelmente atento refere-se à intensidade da observação/atenção do consumidor à informação que lhe é prestada, bem como da absorção dessa informação. Já o ser *circunspecto* prende-se com a análise e atitude crítica resultante do processamento da informação (que pode, inclusive, implicar a procura de mais informação)²⁶.

A aplicação prática do padrão do "homem médio" – aquela que abstrai quer de uma concretização individualizadora do sujeito agente de mercado, que adquire bens ou serviços para

²⁵ Como no Processo C-362/88, *GB-INNO-BM*, de 7 de março de 1990. Estava em causa, recorde-se, a proibição pelo direito luxemburguês de indicar o período de duração de uma oferta especial e a de publicitar o antigo preço. O Tribunal chamou à colação as orientações gerais do segundo Programa da CEE para uma política de proteção e de informação dos consumidores (Resolução do Conselho de 19 de maio de 1981, JO C 133, p. 1), que sublinhavam que as medidas tomadas ou em vias de elaboração, em aplicação do programa preliminar, contribuíam para melhorar a situação do consumidor protegendo a sua saúde, a sua segurança e os seus interesses económicos, fornecendo-lhes uma informação e uma educação adequadas e permitindo-lhe manifestar-se quanto às decisões que lhe dizem respeito. Antes, no Processo 94/82, *De Kikvorsch Groothandel-Import-Export BV*, de 17 de março de 1983, podia ler-se que: *"a tutela dos consumidores pode implicar a proibição de fornecer informações sobre determinando produto, sobretudo se essas informações forem suscetíveis de serem confundidas pelo consumidor com outras informações prescritas pelas normas nacionais. No entanto, esta proibição se aplicada aos produtos provenientes de outro Estado-Membro, para ser de modo a impor a modificação das etiquetas originárias dos produtos, é necessário que estas etiquetas sejam de molde a criar efetivamente a confusão que as normas nacionais visam excluir. A avaliação dos factos para determinar se existe ou não este risco de confusão respeita ao juiz nacional"*.

²⁶ A política da União Europeia ancorada num modelo restritivo de Direito do Consumidor "médio, razoavelmente advertido e informado" para além de ser alvo de crítica por parte da doutrina, que considera que o modelo deveria ser baseado na justiça ou noutros valores, foi posto severamente em causa pelas teorias comportamentalistas (demonstrando que os consumidores têm muita dificuldade em tomar decisões racionais e que são facilmente manipulados por estratégias de mercado. O consumidor médio é desafiado pelo consumidor irracional e iletrado, que, como tal, é um consumidor vulnerável. Vide o nosso *Dimensions of Property under European Law*, cit., pp. 239 e ss.

uso privado, quer da vulnerabilidade agravada enquanto fundamento axiológico da tutela – foi tratada na jurisprudência do Tribunal de Justiça especialmente²⁷ em duas áreas distintas, *maxime*, na determinação do carácter legítimo e/ou proporcional de uma restrição à liberdade de circulação e na determinação da natureza enganosa de uma denominação, marca ou indicação publicitária suscetíveis de induzir o comprador em erro. O Tribunal utilizou, contudo, critérios e parâmetros distintos em cada uma delas. Nesta segunda área de intervenção, não abdicando do padrão do consumidor médio, o Tribunal aceitou, contudo, densidades maiores ou menores de atenção e literacia dos consumidores, com a correspondente flexibilidade decisório-judicativa que daí resulta²⁸. A nossa análise seguirá agora o percurso dos arestos mais significativos.

²⁷ Mas não exclusivamente. Por exemplo no Acórdão proferido no Processo 91/87, *Gutshof-Ei*, em 5 de maio de 1988, estava em causa a interpretação do Regulamento 2772/75, de 29 de outubro de 1975, relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos, nomeadamente saber se era possível a utilização cumulativa das menções “categoria A” e “ovos frescos”. O Tribunal considerou que o legislador entendera necessária uma distinção fácil entre ovos próprios e impróprios para o consumo humano bem como a possibilidade para o consumidor de distinguir ovos de diferentes categorias de qualidades, que não impedia a utilização cumulativa daquelas menções.

²⁸ Em particular, quanto à possibilidade de utilização de provas empíricas, vide o Acórdão proferido no Processo C-373/90, *X*, a 16 de janeiro de 1992, onde o Tribunal de Justiça decidiu designadamente, a propósito da Diretiva 84/450, que competia ao órgão jurisdicional nacional verificar, face às circunstâncias do caso concreto e atendendo aos consumidores a que se dirigia, se tal publicidade, que apresentava os veículos como sendo novos apesar de os mesmos já terem sido matriculados antes da importação, embora não tivessem circulado na estrada, podia assumir uma natureza enganosa na medida em que, por um lado, tinha tido por objeto esconder o facto de tais veículos anunciados como novos terem sido matriculados antes da importação e em que, por outro, tal facto teria sido suscetível de levar um número significativo de consumidores a renunciar à sua decisão de compra. O Tribunal



a) A consideração do consumidor médio na jurisprudência

A definição do consumidor, como referimos, como homem médio foi utilizada na jurisprudência do Tribunal de Justiça para aferir da conformidade ao Direito Europeu de determinadas restrições à liberdade de circulação impostas pelos Estados-Membros, alegadamente com vista à protecção dos direitos dos consumidores. O Tribunal apreciava da necessidade da medida e da sua proporcionalidade em sentido estrito utilizando o critério do consumidor médio. A título meramente exemplificativo, podemos relembrar alguns dos acórdãos proferidos. No Processo *Pall*²⁹, o Tribunal viria a

.....
acrescentou que a publicidade relativa ao preço menos elevado dos veículos apenas podia qualificar-se de enganosa no caso de se provar que a decisão de compra de um número significativo de consumidores a que a publicidade em causa se dirigia fora tomada na ignorância de que o preço reduzido desses veículos era acompanhado de menor número de acessórios que equipam os veículos vendidos pelo importador paralelo. Assim, o Tribunal de Justiça não excluiu que, em certas circunstâncias particulares pelo menos, um órgão jurisdicional nacional possa decidir, em conformidade com o seu direito nacional, ordenar um exame pericial ou encomendar uma sondagem de opinião destinada a esclarecê-lo quanto ao carácter eventualmente enganoso duma indicação publicitária. E não existindo qualquer disposição comunitária na matéria, competiria ao órgão jurisdicional nacional que considerasse indispensável encomendar uma sondagem dessa natureza determinar, em conformidade com o seu direito nacional, a percentagem de consumidores enganados por uma indicação publicitária que lhe parecesse suficientemente significativa para justificar, se necessário, a respetiva proibição.

²⁹ Processo C-238/89, *Pall Corp. contra P. J. Dahlhausen & Co*, no Acórdão do Tribunal de 13 de dezembro de 1990, foram tratadas questões que haviam sido suscitadas no âmbito de um litígio que opunha a sociedade Pall Corp. (Pall), demandante no processo principal, à sociedade P. J. Dahlhausen & Co. (Dahlhausen). Esta comercializava na República Federal da Alemanha filtros para sangue que importava da Itália. O fabricante italiano apunha sobre os próprios filtros e nas embalagens a marca “Miro pore”, seguida da letra (R) rodeada de um círculo. A Pall moveu um processo à Dahlhausen com o objetivo, entre outros, de a mesma cessar o uso na

decidir que, mesmo supondo que os consumidores ou uma parte deles pudessem ser induzidos em erro devido à utilização do símbolo ®, por no caso concreto não corresponder a uma marca efetivamente registada, esse risco não podia justificar um entrave tão grave à livre circulação de mercadorias, “*porque os consumidores estão mais interessados nas qualidades do produto do que no local de registo da marca.*” No Acórdão *Clinique*³⁰, onde estava em causa a proibição, na RFA³¹, de os produtos cosméticos utilizarem a denominação “*Clinique*”, o Tribunal considerou que³² estes produ-

.....
 República Federal da Alemanha da letra (R) a seguir à marca “*Miopore*” para os filtros de sangue, em virtude de essa marca não estar registada na Alemanha. Na opinião da Pall, a utilização da letra (R) nessas condições constituía publicidade enganosa proibida nos termos do artigo 3.º da UWG (lei alemã relativa à concorrência desleal). Essa disposição previa uma proibição das “*indicações enganosas quanto... à origem... das mercadorias (oferecidas)... ou à sua proveniência...*”.

³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), no Processo C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH*, de 2 de fevereiro de 1994.

³¹ O Direito alemão vigente na altura (correspondente à transposição de disposições das directivas comunitárias relativas à aproximação das legislações dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa e em matéria de produtos cosméticos) proibia a comercialização de produtos cosméticos sob denominações ou apresentações enganosas e, nomeadamente, a atribuição a esses efeitos de produtos que os mesmos não possuíam. O Tribunal começou por considerar que a proibição de lançar em circulação na RFA produtos cosméticos sob a mesma denominação com que são comercializados noutros Estados-Membros constitui, em princípio, um entrave ao comércio intracomunitário. O facto de, em virtude desta proibição, a empresa em questão ser obrigada a prosseguir num único Estado-Membro a comercialização dos seus produtos sob uma outra denominação e de suportar os encargos suplementares de acondicionamento e de publicidade demonstra que esta medida é lesiva da liberdade das trocas.

³² Para determinar se, para evitar que sejam atribuídas ao produto características que este não possui, a proibição de utilizar na RFA a denominação “*Clinique*” para a comercialização de produtos cosméticos pode ser justificada pelo objetivo de prote-



tos eram comercializados nos outros Estados-Membros, aparentemente sem induzirem em erro os consumidores, e que a conotação hospitalar ou médica do termo "Clinique" não bastava para dar a esta denominação um efeito enganador suscetível de justificar a sua proibição relativamente a produtos comercializados. Do mesmo modo, no Processo Mars³³, que surgiu no âmbito de uma campanha publicitária de curta duração que abrangeu toda a Europa e no âmbito da qual a quantidade dos gelados comercializados foi aumentada em 10%³⁴. Tendo sido invocado que um número não negligenciável de consumidores seria levado a crer que o aumento era mais importante do que aquele que se pretendia representar (devido ao facto de a área onde consta a menção "+10%" ocupar na embalagem uma superfície superior a 10% da superfície total, e tendo como assente que a menção "+10%" era, em si mesma, exa-

.....
ção dos consumidores ou da saúde das pessoas, o TJUE considerou que: "21 Resulta nomeadamente destas indicações que a gama dos produtos cosméticos da empresa Estée Lauder só é comercializada na República Federal da Alemanha em perfumarias ou nas secções de produtos cosméticos das grandes superfícies comerciais, isto é, que nenhum destes produtos está à disposição nas farmácias. Não é contestado que estes produtos são apresentados como produtos cosméticos e não como medicamentos. Não foi alegado que independentemente da denominação dos produtos esta apresentação não respeite as regras aplicáveis na matéria aos produtos cosméticos. Finalmente, segundo os próprios termos da questão colocada, estes produtos são regularmente comercializados nos outros países sob a denominação 'Clinique' sem que a utilização de tal denominação aparentemente induza em erro os consumidores".

³³ Processo C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. contra Mars GmbH, de 6 de julho de 1995.

³⁴ Os gelados eram apresentados numa embalagem que tinha a menção "+10%" e era a cessação da utilização dessa menção que estava em causa, *inter alia*, porque a integração da indicação "+10%" na apresentação do produto havia sido feita de modo a dar ao consumidor a impressão de que este fora aumentado de uma quantidade correspondente à parte colorida da nova embalagem. Como esta última ocupava uma superfície sensivelmente superior a 10% da superfície total da embalagem, verificar-se-ia uma manobra enganosa dos consumidores.

ta), o Tribunal considerou que: *“presume-se que os consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade do produto e a importância desse aumento”*³⁵. No Processo Yves Rocher³⁶, em que estava em causa a distribuição pela Yves Rocher de um prospeto de venda com o título *“poupe até 50% e mais em 99 dos seus produtos preferidos Yves Rocher”*, que indicava, ao lado do anterior preço riscado, o novo preço destes produtos, inferior ao antigo, em grandes caracteres a vermelho³⁷, o Tribunal considerou que uma análise comparativa das

³⁵ Para. 24. Depois de considerar que uma proibição de colocação em circulação num Estado-Membro de produtos que contenham as mesmas menções publicitárias que as legalmente utilizadas noutros Estados-Membros é de natureza a entrar o comércio intracomunitário, porque obriga o importador a proceder a uma apresentação diferente dos seus produtos em função do local de comercialização e, por conseguinte, a suportar as despesas suplementares de acondicionamento e publicidade, coube apreciar das justificações invocadas, o TJUE respondeu à questão prejudicial no sentido de que *“o artigo 30. do Tratado deve ser interpretado no sentido de que este se opõe a que uma medida nacional proíba a importação e a comercialização de um produto legalmente comercializado num outro Estado-Membro, cuja quantidade foi aumentada por ocasião de uma campanha publicitária de curta duração e cuja embalagem contém a menção ‘+ 10%’, a) com o fundamento de que essa apresentação será susceptível de levar o consumidor a supor que o preço a que a mercadoria é oferecida é o mesmo a que ela era até então vendida na sua anterior apresentação, b) com o fundamento de que a nova apresentação dará ao consumidor a impressão de que o volume ou o peso do produto foram aumentados de forma considerável.”*

³⁶ Processo C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. contra Yves Rocher GmbH*, de 18 de maio de 1993.

³⁷ Depois de considerar que uma proibição como a que estava em causa no processo principal era susceptível de restringir as importações de produtos de um Estado-Membro para outro, constituindo uma medida de efeito equivalente, o Tribunal apreciou a sua justificação, concluindo que *“a proibição em causa vai para além das exigências impostas pelo objectivo prosseguido, na medida em que afecta qualquer publicidade desprovida de qualquer carácter enganador, que contenha comparações de preços realmente praticados, e que podem ser muito úteis para permitir ao consumidor fazer as suas escolhas com pleno conhecimento de causa”*.



*legislações dos Estados-Membros havia mostrado que a informação e a proteção do consumidor podem ser asseguradas por medidas que tenham efeitos menos restritivos, nas trocas intracomunitárias, do que as referidas no processo principal*³⁸.

No sentido de atender à vulnerabilidade especial de determinados consumidores, cabe realçar o acórdão proferido no Processo *Buet e outros/Ministério Público*³⁹, onde estava em causa a proibição pelo legislador francês da promoção de vendas porta a porta de material pedagógico, justificada pelo objetivo de proteger os consumidores contra o risco de compras irrefletidas. O TJUE lembrou que, em geral, a promoção de vendas ao domicílio expõe o potencial comprador ao risco de proceder a uma compra irrefletida e que, para evitar tal risco, basta, normalmente, garantir aos compradores o direito de rescindir o contrato celebrado no domicílio. O Tribunal considerou, contudo, que *"o risco de compra irreflectida é particularmente pronunciado quando a promoção de vendas tem como finalidade a subscrição de um contrato de ensino ou a venda de material pedagógico. Com efeito, o potencial utilizador pertence, muitas vezes, a uma categoria de pessoas que, por qualquer razão, têm atrasos na sua formação que pretendem*

.....
Pelos fundamentos expostos, o TJUE, pronunciando-se sobre a questão submetida pelo *Bundesgerichtshof*, por acórdão de 11 de abril de 1991, declarou que: *"O artigo 30. do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de uma disposição legislativa de um Estado-membro que proíbe uma empresa com sede neste Estado e que se dedica à venda por correspondência, através de catálogos ou de prospectos, de mercadorias importadas de um Estado-membro B, de fazer publicidade com indicação de preços e na qual se destaca um novo preço, de forma a atrair a atenção, ao mesmo tempo que faz referência a um preço mais elevado constante de um catálogo ou prospecto anterior"*.

³⁸ Para. 18.

³⁹ Processo 382/87, *Buet v. Ministère Public*, de 16 de maio de 1989.

colmatar. Isso torna-os especialmente vulneráveis perante vendedores de material pedagógico que tentam persuadi-los de que a sua utilização lhes garantirá um futuro profissional"⁴⁰. Por outro lado, como resultava dos autos, fora na sequência de numerosas queixas suscitadas por abusos, como a venda de cursos desatualizados, que o legislador francês estabeleceria a proibição de promoção de vendas porta a porta em causa. O Tribunal sublinhou ainda que *"dado o ensino não ser um produto de consumo corrente, a compra irreflectida pode provocar no adquirente efeitos prejudiciais diferentes e mais duráveis do que um simples prejuízo financeiro. Assim, independentemente de qualquer apreciação quanto à qualidade do material em causa em cada caso concreto, há que reconhecer que a aquisição de um material inadaptado ou de má qualidade pode comprometer a possibilidade de o consumidor adquirir uma nova formação e de, por conseguinte, reforçar a sua posição no mercado de trabalho"*⁴¹.

Apesar desta decisão, o Tribunal, contudo, nunca formulou, nesta área, uma exceção geral ao conceito de consumidor médio⁴². Como referimos, todavia, no que respeita à jurisprudência proferida no âmbito das marcas, isto é, do carácter eventualmente enganoso da marca, cujo objeto de proteção é proteger o consumidor, permitindo-lhe distinguir bens e serviços, e proteger as empresas dos concorrentes que infrinjam as regras, o Tribunal teve, contudo, uma abordagem menos linear.

⁴⁰ Cfr. para 13.

⁴¹ Para. 14. Consequentemente, considerou o Tribunal ser lícito ao legislador nacional de um Estado-Membro considerar que a concessão aos consumidores de um direito de rescisão não basta para os proteger e que é necessário proibir a promoção de vendas porta a porta.

⁴² Vide, BRAM B. DUIVENVOORDE, *ob. cit.*, p. 19, nota 40.



No Processo *Gut Springenheide*⁴³, o julgador deu indicações consistentes sobre o modo de aferir o consumidor médio. Estava em causa a prática da *Gut Springenheide* de comercializar ovos embalados sob a designação “6-Korn-10 frische Eier” [10 ovos frescos — 6 cereais], pois, segundo a sociedade, as seis espécies de cereais em questão entravam na composição da alimentação das galinhas na percentagem de 60%. Além disso, uma nota informativa, incluída em cada caixa de ovos, exaltava as qualidades dos ovos produzidos com essa alimentação. O artigo 10.º do Regulamento (CEE) n.º 1907/90 do Conselho de 26 de Junho de 1990 relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos, no seu n.º 2, alínea e), autorizava que nas embalagens constassem indicações destinadas a promover as vendas, desde que não fossem suscetíveis de induzir o comprador em erro. O *Bundesverwaltungsgericht*, tendo dúvidas quanto à interpretação do preceito, submeteu ao Tribunal de Justiça várias questões prejudiciais⁴⁴, que levaram o Tribunal - reconhecendo que aquilo que o órgão jurisdicional de reenvio perguntava essencialmente era qual o consumidor de referência para determi-

⁴³ Processo C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, de 16 de julho de 1998.

⁴⁴ Nomeadamente: “1) Para apreciar, nos termos do n.º 2, alínea e), do artigo 10.º do Regulamento (CEE) n.º 1907/90, se as indicações destinadas à promoção das vendas são de molde a induzir o comprador em erro, devem ser averiguadas as expectativas reais dos consumidores em causa, ou basear-se-á a norma indicada num conceito normativo de comprador, a interpretar em termos exclusivamente jurídicos? 2) Caso se opte pelas expectativas reais dos consumidores, colocam-se as seguintes questões: a) É determinante o entendimento do consumidor médio esclarecido, ou o do consumidor casual? b) É possível determinar percentualmente a quota de consumidores necessária para considerar existente uma expectativa por parte destes? 3) Caso se opte por um conceito normativo de comprador, a interpretar em termos exclusivamente jurídicos, coloca-se a questão da forma de determinação deste conceito”.

nar se uma indicação destinada a promover as vendas de ovos seria suscetível de induzir o comprador em erro, violando o artigo 10.º, n.º 2, alínea e), do Regulamento n.º 1907/90 – a responder conjuntamente às três questões. Recordando que interrogado quanto ao carácter eventualmente enganoso de uma denominação, de uma marca, ou de uma indicação publicitária à luz das disposições do Tratado e do direito derivado, sempre que os elementos dos autos à sua disposição lhe pareceram suficientes e a solução se impunha, o próprio Tribunal *“tomou em consideração a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”* e sem ter ordenado qualquer exame pericial ou encomendado uma sondagem de opinião, não reenviando a sua apreciação final ao órgão jurisdicional nacional, havia sempre decidido a questão. Consequentemente, assertou que *“os órgãos jurisdicionais nacionais devem geralmente estar em condições de apreciar, nas mesmas condições, o efeito eventualmente enganoso duma indicação publicitária”*.

Observou ainda o Tribunal que, noutros processos em que não dispunha de informações necessárias ou em que a solução não parecia impor-se no estado em que se encontravam os autos de que dispunha, havia remetido para o órgão jurisdicional nacional a pronúncia quanto ao carácter eventualmente enganoso da denominação, da marca ou da indicação publicitária controvertidas.

Em síntese, respondeu o Tribunal que *“para determinar se uma indicação destinada a promover as vendas de ovos pode induzir o consumidor em erro, violando o artigo 10.º, n.º 2, alínea e), do Regulamento n.º 1907/90, o órgão jurisdicional nacional deve ter como referência a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, re-*



lativamente a esta indicação. Todavia, o direito comunitário não obsta a que, se tiver especiais dificuldades para avaliar o carácter enganoso da indicação em questão, o referido órgão jurisdicional possa recorrer, nas condições previstas pelo direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecer a sua apreciação”.

Já no Acórdão *Loyd Schuhfabrik Meyer*⁴⁵, o Tribunal decidiu que a propósito da apreciação global do risco de confusão das marcas deve o julgador, no que respeita à semelhança visual, fonética ou conceptual das marcas em causa, basear-se na impressão de conjunto produzida por estas, atendendo, em especial, aos seus elementos distintivos e dominantes. A percepção das marcas que tem o consumidor médio da categoria de produtos ou serviços em causa desempenha papel determinante na apreciação global do risco de confusão. Ora, o consumidor médio, entende o Tribunal, apreende normalmente uma marca como um todo e não procede a uma análise das suas diferentes particularidades. Para efeitos desta apreciação global, considerou o Tribunal, “é suposto que o consumidor médio da categoria de produtos em causa esteja normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”⁴⁶, atendendo-se, todavia, à circunstância de que o consumidor médio raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação direta entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem não perfeita que conservou na memória e, por outro lado, que “o nível de atenção do consumidor médio é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa”.

⁴⁵ Processo C-342/97, *Loyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH e Klijsen Handel BV.*, de 22 de junho de 1999.

⁴⁶ Cfr. para. 26. Vide, posteriormente, o Acórdão C-291/00, *LTJ Diffusion SA contra Sadas Vertbaudet SA.*, de 20 de março de 2003, para. 52.

Em *Darbo*⁴⁷, o Tribunal de Justiça considerou que os consumidores, cuja decisão de comprar é determinada pela composição dos produtos que têm a intenção de adquirir, leem em primeiro lugar a lista dos ingredientes cuja menção é obrigatória por força do artigo 6.º da Diretiva (na altura, a Diretiva 79/112/CEE). Assim, *“um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não pode ser induzido em erro pela menção ‘puramente natural’ inscrita no rótulo, pelo simples facto de o género alimentício conter gelificante pectina, cuja presença é corretamente mencionada na lista de ingredientes que o compõem”*⁴⁸. Num Acórdão temporalmente muito próximo, no Processo *Gott-*

⁴⁷ Processo C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV e Adolf Darbo AG*, de 4 de abril de 2000.

⁴⁸ Cfr. ainda o Acórdão de 26 de outubro de 1995, *Comissão Alemanha, C-51/94*, para 34, onde o Tribunal considerou que: *“Mesmo que, em certos casos, os consumidores possam ser induzidos em erro, esse risco continua mínimo e não pode, por conseguinte, justificar o entrave à livre circulação de mercadorias gerado pelas exigências em litígio”*, e o Acórdão de 9 de fevereiro de 1999, *Van der Laan, C-383/97*, para. 43. No Processo C-239/02, *Douwe Egberts NV contra Westrom Pharma NV e Christophe Souranis*, agindo sob o nome comercial de *“Établissements FICS”* e *Douwe Egberts NV contra FICS-World BVB*, pode ler-se nas Conclusões do AG, apresentadas em 11 de dezembro de 2003: *“54. A este propósito, há que recordar que, na avaliação da natureza eventualmente enganosa das informações relativas ao produto, o Tribunal de Justiça escolhe como critério de referência a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido. Este critério pressupõe que, antes de adquirir (pela primeira vez) determinado produto, o consumidor tome conhecimento da informação constante do rótulo e que, além disso, consiga valorizar essa informação. Na minha opinião, o consumidor é suficientemente protegido se não tiver de lidar com indicações relativas aos produtos que sejam enganosas, não precisa de ser poupado a informação cuja utilidade para efeitos da aquisição e utilização do produto ele próprio pode avaliar. 55. Por conseguinte, uma proibição absoluta das referidas indicações falha claramente o alvo, já que também atinge as indicações que se sabe não serem enganosas. Semelhante medida não é, pois, necessária para alcançar o objectivo da prevenção dos riscos para a saúde pública”*.



*fried Linhart e Hans Biff*⁴⁹, o que estava em causa era o facto de a Colgate Palmolive GmbH ter colocado no mercado o produto cosmético *Palmolive flüssige Seife Prima Antibakteriell* com a indicação “dermatologicamente testado” aposta na embalagem. Aplicando o critério da “presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”, o Tribunal considerou que a menção “dermatologicamente testado” na embalagem de certos produtos cosméticos, nomeadamente, sabões e produtos capilares, “só pode sugerir a um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, a ideia de que esse produto foi submetido a um teste para avaliar os seus efeitos sobre a pele e que, conseqüentemente, a sua colocação no mercado significa que os resultados do teste foram positivos e que foi verificada a sua boa tolerância pela epiderme ou, pelo menos, o seu carácter inofensivo para a pele”.

Esta jurisprudência assim desenhada de consideração do consumidor médio foi depois seguida no Tribunal de Primeira Instância. Em vários processos, todavia, o Tribunal considerou que o consumidor médio não está especialmente atento. Nos Processos *Procter & Gamble v. IHMI*⁵⁰, estando em causa o registo de uma marca tridimensional sob a forma de pastilha retangular com incrustação, o Tribunal declarou que: “tratando-se de produtos de consumo quotidiano, o nível de atenção do consumidor médio em relação à forma e ao desenho das pastilhas para máquinas de lavar roupa

⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-99/01, *Gottfried Linhart e Hans Biff*, de 24 de outubro de 2002.

⁵⁰ Processos T-128/00 e T-129/00, *Procter & Gamble v. IHMI* (pastilha quadrada com incrustação), de 19 de setembro de 2001.

e loiça não é elevado”⁵¹. Em *New Look/IHMI*⁵², estava em causa a atenção do consumidor médio no sector do vestuário. O Tribunal verificou que este inclui produtos de qualidade e de preços bastante diferentes e que “*embora seja possível que o consumidor esteja mais atento à escolha de uma marca quando compra uma peça de vestuário particularmente dispendiosa, não se pode presumir essa atitude do consumidor em relação a todos os produtos do sector em causa, sem apresentar elementos de prova*”⁵³. Já em *Miles Handelsgesellschaft International mbH v. IHMI (BIKER MILES)*⁵⁴, o Tribunal decidiu que tendo em conta que os sinais em conflito, que partilhavam o elemento dominante, eram relativos a produtos

⁵¹ No Processo C-218/01, *Henkel*, de 12 de fevereiro de 2004, estava em causa o registo de uma marca tridimensional a cores respeitante a detergente líquido para lãs (uma garrafa alongada, que diminuía na parte superior, com pega integrada, um orifício relativamente pequeno e tampa de dois níveis, que servia igualmente de doseador). O Tribunal considerou que a autoridade competente deveria proceder a uma apreciação concreta do carácter distintivo da marca em questão, tendo como referência a percepção do consumidor médio, a fim de verificar que a mesma cumpria a sua função essencial, garantir a origem do produto. Disse o TJUE que: “*a percepção do consumidor médio não é necessariamente a mesma no caso de uma marca tridimensional, constituída pela embalagem do produto (...). Com efeito, os consumidores médios não têm por hábito presumir a origem dos produtos com base na sua embalagem, na ausência de todo e qualquer elemento gráfico ou textual, e, por isso, pode tornar-se mais difícil provar o carácter distintivo quando se trata de uma marca tridimensional*”. Concluiu o Tribunal que “*uma marca desse tipo deve permitir a este último, sem proceder a uma análise ou a uma comparação e sem demonstrar particular atenção, distinguir o produto em questão dos de outras empresas*”.

⁵² Acórdão de 6 de outubro de 2004, no Processo T-117/03 a T-119/03 e T-171/03, *New Look v. IHMI Naulover (NLSPORT.NLACTIVE e NLCollections)*.

⁵³ Para. 43.

⁵⁴ Processo T-385/03, *Miles Handelsgesellschaft International mbH v. IHMI (BIKER MILES)*, no Acórdão de 7 de julho de 2005.



idênticos, a saber, peças de vestuário para veículos de duas rodas, o consumidor em causa poderia apreendê-los como pertencentes a duas gamas distintas de vestuário da mesma empresa, tendo a *Câmara de Recurso decidido erradamente que o consumidor em causa usa de um grau de atenção elevado, dando especial importância à funcionalidade dessas peças de vestuário especiais*. Em *Citycorp/IHMI*⁵⁵, o Tribunal considerou que o público pertinente entenderia efetivamente aquele sinal, o sinal LIVE RICHLY, no âmbito dos serviços financeiros e monetários, como uma fórmula promocional e não como uma indicação da origem comercial dos serviços em questão. Aquele sinal não continha elementos que pudessem, para além do seu significado promocional evidente, permitir ao público em causa memorizar fácil e imediatamente o sinal enquanto marca distintiva para os serviços designados. Mesmo que o sinal fosse utilizado sozinho, desacompanhado de qualquer outro sinal ou marca, o público em causa, se não tivesse sido previamente avisado, só o poderia entender na sua aceção promocional. No *Processo Zipcar*⁵⁶, o Tribunal considerou que não havia razão para considerar que o grau de atenção do público fosse particularmente alto quando escolhe uma empresa de *rent a car*. Nenhum fator, como um preço alto, ou a natureza tecnológica do serviço, requer um elevado nível de atenção⁵⁷.

⁵⁵ Processo T-320/03, *Citycorp/IHMI* (LIVE RICHLY), de 15 de setembro de 2005.

⁵⁶ Processo T-36/07, *Zipcar*, de 25 de junho de 2008.

⁵⁷ No *Processo C-498/07, Aceites del Sur-Coosur/Koipe*, de 3 de setembro de 2009, considerou o Tribunal de Justiça "que o azeite é um produto de consumo muito corrente em Espanha, que se compra, a maior parte das vezes, em grandes superfícies ou em estabelecimentos nos quais os produtos estão alinhados em prateleiras e que o consumidor se guia mais pelo impacto visual da marca que procura", e aceitou que nessas circunstâncias, o elemento figurativo das marcas em conflito

Em *Bang & Olufsen*⁵⁸, respeitante a um pedido de registo de um sinal tridimensional constituído pela forma de um altifalante como marca comunitária, considerou o Tribunal que aquele apresentava características suficientemente específicas e artificiais susceptíveis de reter a atenção do consumidor médio e de lhe permitir ser sensível à forma dos produtos da recorrente. Assim, afirmou que se tratava de uma das formas vulgares dos produtos do sector em causa ou mesmo de uma simples variante delas, *"mas de uma forma com um aspecto exterior particular que, tendo em conta igualmente o resultado estético de conjunto, pode reter a atenção do público interessado e permitir-lhe distinguir os produtos visados pelo pedido de registo dos que têm outra origem comercial"*⁵⁹.

.....

adquire maior importância, o que aumenta o risco de confusão entre estas, e que os sinais que as designam são mais difíceis de distinguir, dado que o consumidor médio apreende normalmente uma marca como um todo e não procede a um exame das suas diferentes particularidades (vide para 76). Pelo contrário, no Processo C-361/04, *Claude Ruiz-Picasso v. IHMI*, de 12 de janeiro de 2006, declarou o Tribunal de Justiça que: *"quando se comprove factualmente que as características objectivas de um determinado produto implicam que o consumidor médio só o adquira no termo de um exame particularmente atento, há que considerar, do ponto de vista jurídico, que essa circunstância pode ser susceptível de reduzir o risco de confusão entre as marcas relativas a esses produtos no momento crucial em que se opera a escolha entre esses produtos e essas marcas"*. O Tribunal aceitou que o público pertinente também pode apreender esses produtos e as marcas correspondentes em circunstâncias alheias a qualquer ato de compra e de, nessas ocasiões, demonstrar, eventualmente, um menor grau de atenção, mas reiterou a declaração do Tribunal de Primeira Instância de que a existência dessa possibilidade não se opõe à tomada em consideração do nível particularmente elevado de atenção do consumidor médio quando prepara e faz a sua escolha entre diferentes produtos da categoria em causa (vide paras. 40 e 41).

⁵⁸ T-460/05, *Bang & Olufsen v. IHMI*, de 10 de outubro de 2007.

⁵⁹ Para. 42.



No Processo *IVG Immobilien AG*⁶⁰, a recorrente era uma empresa especializada na construção, administração e gestão de bens imóveis e que prestava serviços a utilizadores profissionais ou privados. Considerou o Tribunal que tendo em conta *“a especificidade e o preço elevado das transacções que geralmente implicam, estes serviços destinamse em qualquer caso a um público informado, cujo grau de atenção é superior ao que caracteriza o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, nos actos de aquisição de bens e de serviços de consumo corrente”*⁶¹. Censurando a Câmara de Recurso por ter considerado erradamente como público pertinente o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, sem ter em conta que o nível de atenção do consumidor, incluindo o consumidor médio, é suscetível de variar em função da categoria de produtos ou de serviços em causa, o Tribunal assumiu que: *“o nível de atenção do público pertinente é susceptível de variar em função da categoria de produtos ou serviços propostos, e os consumidores podem constituir um público muito atento, na medida em que, como no caso em apreço, os seus compromissos possam ser relativamente importantes e os serviços prestados relativamente técnicos”*⁶².

A apreensão do consumidor médio não é feita só em função do bem ou serviço adquirido, mas também em função da *localização geográfica* do litígio. Por exemplo, no Acórdão *Graffione*⁶³, o Tribunal admitiu que a proibição de comercialização com base

⁶⁰ T-441/05, *IVG Immobilien AG*, de 13 de junho de 2007.

⁶¹ Para 62.

⁶² Para. 63.

⁶³ Processo C-313/94, *F.lli Graffione SNC contra Ditta Fransa*, de 26 de novembro de 1996.

na natureza enganadora de uma marca não está, em princípio, excluída pela circunstância de, noutros Estados-Membros, a mesma marca não ser assim considerada, pois, como havia assinalado o Advogado-Geral, no ponto 10 das suas conclusões, *“é possível que, devido a diferenças linguísticas, culturais e sociais entre os Estados-Membros, uma marca que não seja susceptível de induzir o consumidor em erro num Estado-Membro o seja noutro”*. Dado que os elementos constantes dos autos não permitiam ao Tribunal apreciar se existia um risco de erro dos consumidores (no caso, quanto à existência efetiva de algodão nos produtos em causa, papel higiénico e lenços de papel), entendeu-se que esta apreciação incumbiria ao juiz nacional, que deveria ter em conta: *“todos os elementos pertinentes, incluindo as circunstâncias em que os produtos são vendidos, as informações contidas na sua embalagem e a clareza com que estão indicadas, a apresentação e o conteúdo da publicidade bem como o risco de erro em função do grupo de consumidores em questão”*.

Nos Processos T-178/03 e T-179/03, *CeWe Color AG & Co. OHG v. IHMI*, o Acórdão de 8 de setembro de 2005, decidiu que *“os sinais DigiFilm e DigiFilmMaker resultam, como salientou a Câmara de Recurso, de justaposições totalmente desprovidas de originalidade de termos descritivos, justaposições que o consumidor médio anglófono compreende como a designação dos produtos e serviços controvertidos ou das suas características essenciais, e não como uma indicação da origem comercial. O facto de as marcas pedidas não serem mencionadas enquanto tais nos dicionários não altera de forma alguma esta apreciação.”* De igual modo, no Processo T-147/03, *Devinlec v. IHMI*, de 12 de janeiro de 2006, considerou-se que *“a interveniente não tem em conta o facto de o público rele-*



vante ser composto por consumidores médios franceses, dos quais não se pode pressupor que tenham conhecimentos de latim e da pronúncia, de resto não uniforme, dos termos latinos". Já no Processo Adam Opel⁶⁴, o Tribunal considerou a informação do órgão jurisdicional de reenvio que explicou que, na Alemanha, o consumidor médio dos produtos da indústria do brinquedo, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, está habituado a que as miniaturas se baseiem nos modelos reais e atribui mesmo muita importância à fidelidade absoluta ao original, de modo que o referido consumidor compreenderia o logótipo Opel, que figurava nos produtos da Autec, como uma indicação de que se trata da reprodução em miniatura de um veículo da marca Opel.

No Acórdão *Castellani*⁶⁵, o Tribunal considerou que "o âmbito de uma apreciação global das marcas em causa e contrariamente ao que foi considerado na decisão recorrida, as diferenças visual, fonética e conceptual dos sinais em conflito são suficientes para impedir, não obstante a identidade dos produtos em causa, que as semelhanças entre os sinais em conflito gerem um risco de confusão no espírito do consumidor médio alemão", ao passo que no Processo T-36/07, o Tribunal considerou que o público relevante para avaliar do risco de confusão entre Zipcar e Cicar era o consumidor médio espanhol.

Em alguns casos, o Tribunal acumulou a consideração do conhecimento especializado com a localização geográfico. No Processo *Chum*⁶⁶, o Tribunal considerou que "o público-alvo em relação ao qual se deve proceder à análise do risco de confusão é

⁶⁴ Processo C-48/05, *Adam Opel*, de 25 de janeiro de 2007.

⁶⁵ T-149/06, *Castellani/IHMI- Markant Handels und Service (CASTELLANI)*, de 20 de novembro de 2007.

⁶⁶ T-359/02, *Chum Ltd v. IHMI*, de 4 de maio de 2005.

composto, para todos os serviços em causa com excepção da distribuição de programas de televisão a que se refere o pedido de marca, pelos consumidores médios dos Estados-Membros onde a marca internacional da opositora está protegida, ou seja, a Alemanha, a Áustria, os países do Benelux, a França e a Itália"⁶⁷⁻⁶⁸.

A análise perscrutadora da jurisprudência que efetuámos permite-nos voltar a sublinhar que a configuração do consumidor médio,

⁶⁷ Para. 27. Entendeu o Tribunal que "embora seja certo que determinados serviços oferecidos pela recorrente, incluídos tanto na classe 38 como na classe 41, se dirigem a um público que tem noções de informática e está familiarizado com a utilização de material eletrónico, não é menos verdade que, hoje em dia, a oferta e o consumo de produtos e de serviços audiovisuais e a sua difusão junto do público em geral, composto essencialmente por jovens, são tais que estes produtos e serviços não podem ser considerados reservados a um círculo restrito e especializado de consumidores. Por outro lado, ao contrário do que sustenta a recorrente, os serviços incluídos nas classes 38 e 41 protegidos pela marca anterior, ainda que relacionados com o domínio específico da cinematografia, não podem ser considerados como visando um público diferente do grande público, interessado de forma geral no divertimento televisivo".

⁶⁸ Em contrapartida, considerou o Tribunal que: "os serviços conexos com a atividade de distribuição de programas televisivos, aos quais se refere o pedido de marca e que estão incluídos na classe 41, não se dirigem ao consumidor médio, mas a um público composto por profissionais que operam nos sectores audiovisual e de difusão de programas de televisão, susceptível de estar particularmente interessado e atento no momento da escolha do fornecedor". No Processo T-311/02, *Vitaly Lissotschenko e Joachim Hentze contra IHMI (LIMO)*, no Acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção), de 20 de julho de 2004, o Tribunal reconheceu, tal como havia sido verificado pela Câmara de Recurso que o público relevante era constituído por consumidores especializados, dado que os produtos em causa são destinados a profissionais e não a consumidores médios. Assumiu, portanto, o Tribunal que o público relevante é um público especializado, bem informado, atento e avisado. Nesse sentido decidiu o Tribunal: "foi com razão que a Câmara de Recurso considerou que o consumidor especializado estará em condições de estabelecer uma ligação suficientemente directa e concreta entre os produtos das classes 9 e 10 objecto do pedido de marca comunitária e o sinal LIMO, e que apreenderá esse sinal como a



mesmo com as tonalidades diversas que lhe são conferidas na jurisprudência sobre marcas, surge sempre como um parâmetro generalizador e uniformizador: o nível de atenção dado a um certo

.....

abreviatura de 'Laser Intensity Modulation' e como designando, pelo menos, um dos destinos possíveis dos referidos produtos, ou seja, a sua integração num sistema de modulação da intensidade do laser". No Processo T-183/03, *Applied Molecular Evolution v. IHMI*, de 14 de setembro de 2004, a Câmara de Recurso havia considerado, implicitamente, no que se refere ao público pertinente, que este era composto por especialistas no domínio da engenharia das proteínas ("*the relevant specialist consumer in the field of protein engineering*"; n.º 13 da decisão impugnada). A recorrente alegava que o público pertinente deveria ser mais amplamente definido, englobando também, numa pequena parte, pessoas menos especializadas do que as consideradas pela Câmara de Recurso, nomeadamente outros operadores económicos. O Tribunal considerou que o público pertinente foi corretamente definido na decisão impugnada. De qualquer modo, a tomada em consideração de um público menos especializado do que o considerado na decisão impugnada não alteraria as consequências relacionadas com a definição de público pertinente no caso vertente, que se traduz em este ser composto por consumidores avisados, particularmente informados e atentos. Com efeito, o destino dos serviços em causa implica, pelo menos, que esse público menos especializado tenha um conhecimento das possibilidades de alteração molecular e das suas vantagens, incluindo as industriais. Não poderia, portanto, ser considerado um consumidor médio. E no Processo T-211/03, *Faber Chimica Srl/IHMI (Faber)*, de 20 de abril de 2005, pode ler-se: "*Tendo em conta o facto de que o público pertinente é um público especializado, dotado de uma atenção superior à do consumidor médio, essa diferença fonética dos dois sinais em conflito e, sobretudo, a diferenciação visual acentuada que resulta do importante aspecto figurativo próprio de um deles são suficientes para se concluir, no termo de uma apreciação global, que os sinais que constituem as marcas em causa, consideradas cada uma na sua globalidade e tendo em conta, nomeadamente, os seus elementos distintivos e dominantes, não são semelhantes [produtos químicos destinados à indústria]*". No Processo T-288/03, *TeleTech Holdings Inc. v. IHMI*, de 25 de maio de 2005, o Tribunal considerou que: "*78 As partes estão de acordo quanto ao facto de que os consumidores dos serviços designados pelas marcas em causa são dirigentes ou quadros de pequenas ou grandes empresas em França. 79 O Tribunal considera, à semelhança do IHMI, que os consumidores visados têm um conhecimento do inglês superior à média, tendo em conta o facto de esta língua ser hoje largamente utilizada nos meios de negócio ou ter um nível maior de atenção*".

produto, o modo como se lida com um determinado tipo de informação, etc. Mesmo quando o Tribunal de Justiça remete para a aferição em concreto do consumidor médio, *id est*, da sua concretização pelo Tribunal nacional, as provas empíricas destinam-se à investigação daquele padrão⁶⁹.

Saliente-se, contudo, que o consumidor, a parte contratual mais fraca, surge como um consumidor capaz de cuidar dos seus interesses⁷⁰: lê as etiquetas antes de comprar os seus produtos (*Cassis de Dijon*, *Garbo*), não se deixa enganar por nomes sugestivos (*Clinique*, *Graffione*) ou pela embalagem dos produtos (*Mars*) e toma atenção ao assumir compromissos financeiros de monta (*IVG Immobilien*).

Vinculados pela interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça, os tribunais portugueses não desenvolveram uma noção autónoma de consumidor médio ou de consumidor vulnerável⁷¹.

b) A consideração do consumidor médio na legislação

Presença assídua no Tribunal de Justiça, como vimos, foi a Diretiva 2005/29/CE o primeiro diploma legislativo a consagrar diretamente o conceito de consumidor médio. O artigo 5.º, n.º 2, da

⁶⁹ A Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis, sublinhará o sector especialmente problemático dos mercados financeiros, as crianças e os jovens, os viajantes e os consumidores que não podem aceder ou usar a internet.

⁷⁰ BRAM B. DUIVENVOORDE, *ob. cit.*, p. 52 e autores aí citados.

⁷¹ Nesse sentido, já MARÍA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER, "O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais", JOSÉ LEBRE DE FREITAS ET AL (ORG.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida I*, Almedina, pp. 521 e ss.



Directiva define como práticas comerciais desleais aquelas contrárias à diligência profissional e que distorçam ou sejam susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do *consumidor médio a que se destina ou que afecta*, ou do *membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores*⁷². Este artigo inclui assim uma noção de “consumidor médio” que remete para um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido estabelecida como referência pelo Tribunal de Justiça. A figura do consumidor médio vem aqui utilizada para garantir que no momento da avaliação do impacto de uma prática comercial que se destine a um determinado grupo de consumidores, as características da pessoa média⁷³ deste grupo sejam tomadas em consideração na avaliação do impacto da prática em questão.

O n.º 3 esclarece que as práticas comerciais que são suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade⁷⁴ ou credulidade, de uma

⁷² Vide a análise que fizemos em SANDRA PASSINHAS, “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, *Estudos de Direito do Consumidor* 13 (2017), pp. 107 e ss.

⁷³ Sobre a falta de fundamentação prática e lógica, vide, por todos, ROSSELLA INCARDONA e CRISTINA PANCIBÒ, “The Average Consumer, The Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution”, *J. Consum. Policy*, 2007, p. 29 e ss, considerando que o conceito de consumidor médio parte de realidades imprevisíveis do comportamento humano individual e não é apropriado como standard para sanções legislativas ou judiciais.

⁷⁴ Vide os artigos 14.º, 20.º e 21.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, bem como a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido.

forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo⁷⁵. O padrão do consumidor vulnerável exige quer que o grupo seja *perfeitamente identificável*⁷⁶, quer que o profissional o pudesse razoavelmente ter previsto⁷⁷.

A Comissão entendeu ser necessário adotar o padrão do consumidor médio na Diretiva, sublinhando que o teste do consumidor médio se baseia num consumidor razoavelmente capaz de proteger os seus próprios interesses, não num consumidor particularmente vulnerável ou crédulo⁷⁸. Na Proposta de Diretiva apresentada em 2003 pela Comissão surgia uma noção de consumidor médio no artigo 2.º b), modelada na definição do *Gut Springenheide*: “o consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”. A codificação proposta do padrão do consumidor médio⁷⁹

⁷⁵ Sobre a difusão da noção de consumidor vulnerável após a adopção da Directiva, vide MARINE FRIANT-PERROT, “The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law”, in WILLEM H. VAN BOOM, AMANDINE GARDE e ORKUN AKSELI (EDS.), “The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems”, Ashgate, 2014, pp. 93 e ss.

⁷⁶ Considerando que esta pode ser uma barreira importante na aplicação do padrão, vide BRAM B. DUIVENVOORDE, *ob. cit.*, p. 25.

⁷⁷ O conceito de consumidor vulnerável não é uma salvaguarda dispensável, politicamente orientada, na medida em que a deslealdade da prática comercial depende da possibilidade de o profissional prever essas características. Chama a atenção para este ponto, CHRISTIAN HANDIG, “The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *EBLR*, 2005, p. 1123.

⁷⁸ SEC (2003) 724, p. 8, bem como o preâmbulo da proposta da diretiva COM (2003) 356 final, Considerando 21.

⁷⁹ Assim: “Estabelece como consumidor de referência o consumidor ‘médio’ na acepção do TJCE, e não o consumidor vulnerável ou atípico. Este critério, que reflecte o princípio de proporcionalidade, é aplicável sempre que uma prática comercial se destine ou afecte a maioria dos consumidores, devendo ser adaptado sempre



encontrou forte resistência no processo legislativo consequente, quer na Opinião do Conselho Económico e Social Europeu⁸⁰, quer por parte do Parlamento Europeu⁸¹, no seu Relatório de 18 de março de 2004⁸², que manifestou a sua preocupação com uma insuficiente proteção dos consumidores vulneráveis, justificada porque “é necessário ter em conta as circunstâncias em que certos consumidores podem ter um grau de vulnerabilidade não abrangido

.....
que a prática comercial se destine de maneira especial a um determinado grupo (por exemplo, as crianças), devendo neste caso, a pessoa média deste grupo passar a ser o ponto de referência. Esta noção permitirá clarificar a aplicação da regra pelos tribunais nacionais, reduzindo de modo significativo a possibilidade de decisões divergentes relativamente a práticas semelhantes na UE e constituindo simultaneamente um instrumento que tem em consideração as características sociais, culturais ou linguísticas relevantes dos grupos visados, tal como é previsto pelo Tribunal”. O Processo 2003/0134/COD está disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2003_134

⁸⁰ (CESE) OJ C 108/81, para. 3.6.: “3.6.2.: O CESE receia que o recurso a essa interpretação implique que a política de defesa do consumidor perca a sua natureza protectora e que, sem prejuízo para a atenção especial que a proposta dedica aos ‘grupos mais vulneráveis’, os consumidores menos informados ou os que tenham um nível de ensino mais baixo fiquem desprotegidos. Cabe também recordar a situação de desigualdade material das partes, nas relações entre consumidores e profissionais. 3.6.3. Tal como definido na proposta de directiva, o perfil de requisitos do consumidor médio subentende um comportamento decisório ‘informado’. Ora, segundo a jurisdição dominante nos diferentes Estados-Membros, a publicidade não veicula mensagens negativas ou depreciativas acerca de nenhum produto ou serviço. Só no conhecimento disto é que poderá haver decisões de consumidores informados. O Comité considera importante encontrar uma solução clara e viável para o efeito”.

⁸¹ A5-0188/2004.

⁸² Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno (Directiva relativa às práticas comerciais desleais), COM(2003)356 – C50288/2003 – 2003/0134(COD).

no critério baseado nos acórdãos do Tribunal de Justiça⁸³, e com a necessidade de maior proteção dos menores e dos idosos⁸⁴. Em resposta, o Conselho propôs a remoção da noção de consumidor vulnerável das definições e a sua passagem para o Preâmbulo e também que se prestasse mais atenção aos consumidores vulneráveis, quer no Preâmbulo, quer na Diretiva, na forma de um padrão alternativo que visasse especificamente a proteção de grupos vulneráveis.

A Comissão viria, em consequência, a justificar a remoção da definição de consumidor vulnerável com a preocupação de que a inserção desta definição na Diretiva impediria o conceito de evoluir com a jurisprudência do TJUE⁸⁵, e no Considerando 18 pode ler-se que: *“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, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais”*. Os fatores de ordem

⁸³ Alteração 8.

⁸⁴ Alteração 31.

⁸⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu em conformidade com o segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 251.º do Tratado CE relativa à posição comum do Conselho sobre a adopção de uma Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento [cooperação em matéria de aplicação] (Directiva relativa às práticas comerciais desleais) - COM (2004) 753 final, p. 3.



social, cultural e linguística⁸⁶ são uma referência clara ao Acórdão Estée Lauder⁸⁷, respeitante a um litígio entre a *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG* e a *Lancaster Group GmbH*, a propósito da comercialização do produto cosmético *Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme*, em cuja denominação figurava o termo “*lifting*”⁸⁸.

A consideração do consumidor médio pela Diretiva, todavia, arrostou a crítica na doutrina, especialmente na remissão para os tri-

⁸⁶ No Conselho, discutiu-se se a definição deveria levar implícita a consideração dos diferentes fatores “sociais, culturais e linguísticos” dos Estados-Membros que o Tribunal de Justiça havia mencionado no caso *Estée Lauder*. Esta extensão permitiria aos tribunais nacionais e às autoridades administrativas distinguir vários tipos de consumidor médio e, talvez por isso, o Tribunal de Justiça também não tenha referido essa parte da fundamentação nas decisões seguintes. Os fatores sociais culturais e linguísticos não faziam parte da noção de consumidor médio apresentada na Proposta de 2003, mas ficaram no Considerando 18.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 13 de janeiro de 2000, proferido no Processo C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contra Lancaster Group GmbH*.

⁸⁸ No processo principal, a *Estée Lauder* argumentava que o termo “*lifting*” era enganoso, uma vez que dava a impressão ao comprador de que o produto tinha efeitos idênticos ou comparáveis, sobretudo quanto à duração, a uma operação cirúrgica de *lifting* da pele, quando não é esse o caso do referido creme. A *Estée Lauder* pedia que fossem proibidas a colocação no mercado para fins comerciais, a distribuição e a promoção dos produtos cosméticos cuja denominação englobasse o termo “*lifting*” em especial o referido creme. A *Lancaster* admitia que o creme em causa no processo principal não tinha a mesma acção a longo prazo que uma operação de *lifting*, mas indicava que tinha uma acção restauradora significativa. Considerava, ainda, que as expectativas do público relativamente ao referido produto não correspondem ao alegado pela *Estée Lauder*. A *Lancaster* indicou, ainda, que nada justificaria as despesas a que deveria fazer face para denominar diferentemente o produto se tivesse de proceder à modificação da embalagem apenas para o distribuir na Alemanha, uma vez que a utilização dessa denominação não era contestada nos outros Estados-Membros. A proibição solicitada constituiria um entrave desproporcionado, tendo em conta a reduzida importância do interesse geral a proteger, que era o de evitar um erro dos consumidores unicamente sobre

.....

a duração dos efeitos do produto em causa. O *Landgericht Köln* considerou que a utilização da palavra "lifting" na denominação do produto cosmético em causa no processo principal era contrária ao artigo 27.º, n.º 1, da LMBG, que proibia a comercialização de produtos cosméticos sob denominações enganosas e, em especial, a atribuição a esses produtos de efeitos que eles não possuem, desde que, de acordo com a jurisprudência, uma parte não negligenciável dos consumidores, isto é, cerca de 10% a 15%, fosse induzida em erro.

Assim, o *Landgericht Köln* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: "Devem interpretar-se os artigos 30.º e 36.º do Tratado CE e/ou o n.º 3 do artigo 6.º da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos, no sentido de que se opõem à aplicação de disposições nacionais em matéria de protecção da concorrência desleal que permitem proibir a importação e comercialização de um produto cosmético legalmente produzido ou legalmente comercializado num Estado-Membro da União Europeia, baseando-se a referida proibição no facto de a designação 'lifting', entendida como indicação dos efeitos do produto, induzir os consumidores no erro de entenderem que produz um efeito permanente, sendo que o referido produto se distribui legalmente e sem suscitar censura noutros países da União Europeia, ostentando na embalagem a mencionada indicação dos seus efeitos?"

O Tribunal começou por sublinhar que resultava do processo principal que o engano de que os consumidores podiam eventualmente ser vítimas no caso concreto não consistia na sua convicção de que o produto tinha efeitos idênticos ou comparáveis aos de uma operação cirúrgica, antes se limitando à convicção de que o produto tinha efeitos de uma certa duração. Recordou ainda que: "no quadro da interpretação da Directiva 84/450, aquando da avaliação, por um lado, do risco de engano dos consumidores e, por outro, das exigências da livre circulação das mercadorias, o Tribunal de Justiça declarou que, para determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, se deve ter em conta a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido". O Tribunal considerou depois que: "29 Com vista à aplicação desse critério ao caso vertente, devem ser tidos em consideração vários elementos. Há nomeadamente que verificar se factores sociais, culturais ou linguísticos podem justificar que o termo "lifting" empregado a propósito de um creme restaurador seja entendido pelos consumidores alemães de modo diferente do que é entendido pelos consumidores de outros Estados-Membros ou se as condições de utilização do produto são só por si suficientes para sublinhar a natureza transitória



bunais e autoridades nacionais da determinação da reação típica do consumidor a uma determinada prática comercial. É um truísmo que se reproduzem agora as dificuldades na determinação de um grupo de consumidores, a que acrescem aquelas na determinação do público-alvo de uma determinada prática (os telespectadores, os leitores de uma determinada revista, os visitantes de um site, toda a potencial clientela?).

Muito recentemente, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor⁸⁹, de 11 de abril de 2018, no seu artigo 1.º, propôs uma alteração à Diretiva 2005/29/CE, cujo artigo 3.º, n.º 5, que passaria a ter a seguinte redação: “A presente diretiva não impede os Estados-Membros de adotarem disposições para proteger os legítimos interesses dos con-

.....
dos seus efeitos, neutralizando qualquer conclusão contrária que possa ser tirada do termo “lifting”. 30 Embora, à primeira vista, o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não deva esperar que um creme cuja denominação comporta o termo «lifting» produza efeitos duráveis, compete no entanto ao órgão jurisdicional nacional verificar, tendo em conta todos os elementos pertinentes, se esse caso aqui se verifica. 31 A esse respeito, não existindo qualquer disposição comunitária na matéria, compete ao órgão jurisdicional nacional, que considere indispensável ordenar um exame pericial ou encomendar uma sondagem de opinião destinada a esclarecê-lo quanto ao carácter eventualmente enganoso duma indicação publicitária, determinar, em conformidade com o seu direito nacional, a percentagem de consumidores enganados por essa indicação que lhe pareça suficientemente significativa para justificar, se necessário, a respectiva proibição (v. acórdão Gut Springenheide e Tusky, já referido, n.os 35 e 36)”.

⁸⁹ COM (2018) 185 final.

sumidores quanto a práticas comerciais ou de marketing agressivas ou enganosas, levadas a cabo no quadro de visitas não solicitadas de um profissional a casa de um consumidor ou de excursões comerciais organizadas por um profissional tendo por objetivo ou efeito promover ou vender produtos aos consumidores, desde que essas disposições sejam justificadas por motivos de ordem pública ou de proteção da vida privada". Esta proposta foi consagrada no art. 3.º, n.º 2, da Diretiva 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019. Este retrocesso, pontual e específico, na política da harmonização total⁹⁰, firmemente seguida pelas instâncias europeias no século XXI, deve-se, sobretudo, à necessidade de proteção da privacidade individual de cada um – que, em nosso entender, cabe no âmbito da vulnerabilidade geral dos consumidores enquanto sujeitos no mercado.

c) A consideração do consumidor médio como estratégia política

O Parlamento Europeu emitiu, de 22 de maio de 2012, uma Resolução sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis, onde apelou à Comissão Europeia e aos Estados-Membros para que colaborassem na adoção de uma estratégia política e legislativa ampla e coerente contra a vulnerabilidade, tendo em conta a diversidade e a complexidade de todas as situações envolvidas⁹¹.

⁹⁰ Vide IRIS BENÖHR, *EU Consumer Law and Fundamental Rights*, OUP, 2013, p. 37, sobre o impacto das diretivas de harmonização total nos modelos nacionais com as suas especificidades, criados para proteger consumidores vulneráveis.

⁹¹ Vide FRANCESCA IPPOLITO E SARA IGLESIAS SÁNCHEZ (EDS.), *Protecting Vulnerable Groups, The European Human Rights Network*, Hart Publishing, 2015, pp. 2 e ss, para uma lista dos instrumentos que estruturam a cooperação europeia em matéria de proteção de consumidores vulneráveis.



Considerou o Parlamento, *inter alia*, que o conceito amplamente usado de consumidores vulneráveis visa um grupo heterogéneo composto por pessoas consideradas permanentemente como tal devido à sua deficiência mental, física ou psicológica, pela sua idade, credulidade ou género; que o conceito de consumidor vulnerável deve também incluir consumidores numa situação de vulnerabilidade, ou seja, consumidores que estejam numa situação de impotência temporária resultante de um fosso entre os seus estados e características individuais, por um lado, e o seu ambiente externo, por outro, tendo em consideração critérios como educação, situação social e financeira, acesso à Internet, etc., que todos os consumidores, em alguma fase da sua vida, se podem tornar vulneráveis devido a fatores externos e interações com o mercado ou devido às dificuldades que sentem em aceder e entender informações relevantes e que, por conseguinte, requerem proteção especial. Saliu ainda o Parlamento que a diversidade das situações de vulnerabilidade, tanto quando o consumidor é colocado sob um regime de proteção jurídica como quando se encontra numa situação de vulnerabilidade sectorial ou temporária específica, torna difícil o tratamento uniforme desta questão e a adoção de um instrumento legislativo abrangente, o que leva a que tanto a legislação como as políticas praticadas até então abordassem o problema da vulnerabilidade numa perspectiva casuística: sublinhou, por conseguinte, que a legislação europeia deve abordar o problema da vulnerabilidade do consumidor partindo de uma formulação horizontal e tendo em conta as suas diferentes necessidades, capacidades e circunstâncias.

Relembrando que a União Europeia deve incidir numa proteção eficaz dos direitos de todos os consumidores, o Parlamento considerou que a noção de “consumidor médio” carece da flexibilidade

necessária para se adaptar a casos específicos e, por vezes, não corresponde a situações da vida real, arvorando a necessidade de uma estratégia para abordar a vulnerabilidade do consumidor (proporcionada a fim de não restringir as liberdades individuais e a escolha do consumidor). O Parlamento exortou a Comissão e incentivou os Estados-Membros a analisarem atentamente e em permanência os comportamentos e as circunstâncias sociais e de consumo suscetíveis de conduzir certos grupos ou indivíduos a situações de vulnerabilidade, avaliando, por exemplo, as reclamações dos consumidores, no sentido de combaterem as situações de vulnerabilidade através de medidas específicas, sempre que estas ocorram, e de oferecer proteção a todos os consumidores, independentemente da capacidade e fase da vida. A consideração da fraqueza do consumidor é, pois, feita em consideração de características generalizantes e a resposta político-regulatória utilizará instrumentos horizontais.

O paradigma do consumidor médio, diz-se, posterga a consideração da vulnerabilidade do consumidor, na sua concreta contingência jurídico-negocial e também pessoal. A vulnerabilidade, multidimensional, carece, pois, de uma intervenção que não prescinde da intervenção de outros ramos do direito para além do Direito do Consumidor: se este é particularmente vocacionado para responder à vulnerabilidade posicional do consumidor, enquanto agente do mercado, a (outra) legislação (de âmbito europeu ou dos Estados-Membros) não pode deixar de ser convocada para o auxílio das particulares situações de vulnerabilidade. Vejamos.



4. Meios de proteção do consumidor: os remédios do Direito do Consumidor e os outros

Os institutos de reação típicos do Direito do Consumidor são, entendemos, vocacionados para a correção e reposição do desequilíbrio situacional que caracteriza a relação de consumo e que, em concreto, pode resultar numa situação de vulnerabilidade para o consumidor⁹².

Pense-se, por exemplo, nos *direitos de arrependimento* ou direito de livre rescisão ou de resolução do contrato (*cooling off periods*). Apesar de o nosso legislador não ter adotado uma terminologia única, estamos perante uma revogação unilateral e imotivada que o consumidor pode exercer num certo período após a celebração do contrato. Entende-se que a negociação e/ou a celebração do contrato não terá resultado de uma decisão informada e racional do consumidor, pelo que se lhe concede um certo período para refletir ou até mesmo, em alguns casos, tomar consciência da deci-

⁹² A resposta heterógena pode, todavia, vir de outras entidades que não a legislativa. Refira-se, entre outros, o papel determinante dos tribunais (a famosa Sentença de Portalegre, disponível em <http://www.inverbis.pt/2012/tribunais/tribunal-portalegre-entrega-casa-banco>) ou das entidades reguladoras (a título meramente exemplificativo, relembremos que a ANACOM, por decisões adotadas a 13 de julho de 2017, ordenou à MEO, NOS, NOWO e Vodafone, após audiência prévia dos interessados, a adoção de medidas corretivas que implicavam o envio de comunicações escritas aos assinantes afetados por alterações contratuais da iniciativa dos referidos operadores, nas situações em que estes não lhes houvessem sido comunicado, por escrito, e de forma simultânea, as alterações das condições contratuais [efetuadas após a entrada em vigor da Lei n.º 15/2016, de 17 de junho] e o direito de rescindir os contratos sem qualquer encargo (ainda que os assinantes estivessem sujeitos a períodos de fidelização ou a outros compromissos de permanência), caso não aceitassem as citadas alterações contratuais). Vide mais informações em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1414742>

são negocial que tomou, do seu alcance e dos seus efeitos. Noutras situações, o *iter* negocial não permite ao consumidor conhecer, apreciar ou inspecionar o produto ou serviço que vai adquirir, pelo que lhe é conferido o direito de revogar unilateralmente o contrato se, após esse conhecimento, análise ou inspeção, o produto não lhe agradar. Note-se que esta é uma faculdade a contento, isto é, o seu exercício basta-se com o facto de a coisa não agradar ao consumidor, não se exigindo qualquer justificação objetiva, atinente à formação da vontade das partes, ao objeto do negócio ou ao cumprimento do contrato (para os quais existem meios específicos de reacção⁹³). Encontramo-los, no nosso direito, no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, quanto aos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento⁹⁴ e no

⁹³ Por exemplo, o regime dos vícios ou falta de vontade, da compra e venda de coisas defeituosas, entre outros.

⁹⁴ Determina este preceito que o consumidor tem o direito de resolver 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 da celebração do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços; b) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda, ou: i) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção 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) 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, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos, iii) Do 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) Do dia da celebração do contrato, 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. 2 - Se o fornecedor de bens ou prestador de



artigo 17.º Decreto Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, sobre crédito ao consumo⁹⁵. Sublinhe-se que, fora dos casos expressamente previstos na lei, vale o princípio geral *pacta sunt servanda*, consagrado no artigo 406.º do nosso Código Civil⁹⁶.

.....

serviços não cumprir o dever de informação pré-contratual determinado na alínea j) do n.º 1 do artigo 4.º, o prazo para o exercício do direito de livre resolução é de 12 meses a contar da data do termo do prazo inicial a que se refere o número anterior. 3 - Se, no decurso do prazo previsto no número anterior, o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumprir o dever de informação pré-contratual a que se refere a alínea j) do n.º 1 do artigo 4.º, o consumidor dispõe de 14 dias para resolver o contrato a partir da data de receção dessa informação. 4 - O disposto no n.º 1 não impede a fixação, entre as partes, de prazo mais alargado para o exercício do direito de livre resolução. (...) Note-se, contudo, que apesar de a inspeção da coisa que ultrapasse os limites não impede o exercício do direito de livre revogação, mas apenas constitui o consumidor na obrigação de indemnizar o profissional. Esta norma está, todavia, em discussão no New Deal.

⁹⁵ Onde se lê: 1 - O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de revogação do contrato de crédito, sem necessidade de indicar qualquer motivo. 2 - O prazo para o exercício do direito de revogação começa a correr: a) A partir da data da celebração do contrato de crédito; ou b) A partir da data de receção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações a que se refere o artigo 12.º, se essa data for posterior à referida na alínea anterior.

3 - Para que a revogação do contrato produza efeitos, o consumidor deve expedir a declaração no prazo referido no n.º 1, em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do credor e ao qual este possa aceder, observando os requisitos a que se refere a alínea h) do n.º 3 do artigo 12.º. 4 - Exercido o direito de revogação, o consumidor deve pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data de pagamento do capital, sem atrasos indevidos, em prazo não superior a 30 dias após a expedição da comunicação. 5 - Para os efeitos do número anterior, os juros são calculados com base na taxa nominal estipulada, nada mais sendo devido, com exceção da indemnização por eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo credor a qualquer entidade da Administração Pública. 6 - O exercício do direito de revogação a que se refere o presente artigo preclui o direito da mesma natureza previsto noutra legislação especial, designadamente a referente à contratação à distância ou no domicílio.

⁹⁶ Vide HORST EIDENMÜLLER, "Why Withdrawal Rights?", *ERCL*, 2011, pp. 1 e ss.

Numa proteção a montante da celebração do contrato, o legislador estabeleceu um *período mínimo de reflexão obrigatória* no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, que estabelece o regime do crédito hipotecário⁹⁷. Estabelece o n.º 4 daquele preceito que o mutuante permanece vinculado à proposta contratual feita ao consumidor durante um prazo mínimo de 30 dias contados, para que o consumidor tenha tempo suficiente para comparar propostas, avaliar as suas implicações e tomar uma decisão informada. O mutuante, nos termos do n.º 5, deve informar o consumidor de que este não pode aceitar a proposta contratual durante os primeiros sete dias contados daqueles 30 dias de forma a observar um período mínimo de reflexão, antes da celebração do contrato de crédito.

Outras soluções legislativas visam permitir a correção do desequilíbrio contratual, como, por exemplo, a cominação da *nulidade como vício substancial* das cláusulas contratuais gerais abusivas⁹⁸. A opção do nosso legislador pelo regime da nulidade – quando a Diretiva 93/1993/CE lhe conferia liberdade para escolher o meio adequado

⁹⁷ Os períodos de reflexão mínima obrigatória são um meio paternalista de tutela dos consumidores. Como refere IRIS BENÖHR, *EU Consumer Law and Fundamental Rights*, OUP, 2013, p. 85, uma regulamentação paternalista é suscetível de ter impacto negativo no comportamento dos consumidores: pode permitir um comportamento menos diligente da parte deles e origina custos que lhes serão repercutidos. Sobre o paternalismo na tutela dos consumidores, vide o que escrevemos em *Dimensions of Property under European Law*, cit., pp. 275 e ss. Vide, ainda, IAIN RAMSAY, “Consumer Credit, Distributive Justice and the Welfare State”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, n.º 15, pp. 177 e ss.

⁹⁸ Ou em que se fixe uma taxa de juro para além dos limites permitidos por lei. Referimo-nos, em particular, ao artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, para o crédito ao consumo, e aos artigos 1146.º e 559.º-A do Código Civil, para os outros contratos de crédito. Para desenvolvimentos, vide MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Os limites máximos das taxas de juros das instituições de crédito e das sociedades financeiras”, *Revista de Direito Comercial*, 2018, pp. 629 e ss.



- foi particularmente avisada, porquanto tem entendido o Tribunal de Justiça que um meio menos pesado vai de encontro às finalidades da Diretiva. A nulidade, de conhecimento oficioso, permite a interferência de uma terceira entidade, imparcial, que vai analisar materialmente o negócio celebrado, suprimindo a falta de conhecimentos do consumidor ou a falta de meios económicos para se munir da adequada assistência jurídica. O legislador português, contudo, manteve a flexibilidade necessária, para que a parte mais fraca do contrato não veja, em concreto, os seus interesses desconsiderados, quando o seu interesse seja na manutenção do contrato. Assim, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 446/85 determina que aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas, implicando a manutenção desses contratos, a vigência, na parte afetada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. Se, aquela faculdade não for exercida ou, sendo-o, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos⁹⁹.

Outro aspeto a salientar prende-se com a *injuntividade* dos direitos do consumidor. O artigo 16.º da Lei de Defesa do Consumidor estabelece que, sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos é nula, sendo que esta nulidade

⁹⁹ Do mesmo modo, se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização, no mútuo oneroso, excederem os limites legais, consideram-se reduzidos a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes. Sem prejuízo, todavia, da aplicabilidade dos artigos 282.º a 284.º, sobre a usura. Em lugar da anulação do negócio usurário, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio naqueles termos.

apenas pode ser invocada pelo consumidor ou seus representantes. O consumidor, todavia, pode optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas forem nulas nos mesmos termos estabelecidos pelo regime das cláusulas contratuais gerais. Encontramos preceitos semelhantes, a título meramente exemplificativo, no artigo 13.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, relativamente a qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes, ou no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, determinando a nulidade do acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos no diploma.

O legislador, atento à dificuldade acima apontada e que se prende com a incapacidade do consumidor de efetivação dos seus direitos¹⁰⁰, em geral respeitantes a questões de pequeno montante, e que não se compadecem com os custos do recurso a um advogado nem com as delongas de um processo judicial, estabeleceu, no artigo 15.º, n.º 1, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho que: “1 - *Os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados*”. Estamos perante um caso de arbitragem obrigatória (não necessária, como o legislador erradamente a qualificou, pois o litígio não tem necessariamente de ser dirimido em tribunais arbitrais do consumo, antes pode ser resolvido nos tribunais comuns): por escolha do utente individual, o litígio de consumo será resolvido no tribunal

.....
¹⁰⁰ Vide Iris BENÖHR, *ob. cit.*, pp. 175 e ss, sobre direitos processuais e os direitos dos consumidores de acesso à justiça.



arbitral e essa opção é obrigatória para o profissional¹⁰¹. A Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto, veio consagrar a arbitragem obrigatória para os conflitos de consumo de reduzido valor económico (até 5.000,00 euros).

Os instrumentos descritos são meios de reação contra a vulnerabilidade posicional, de mercado. Note-se, todavia, que estes meios não excluem a convocatória de outros instrumentos adequados à proteção da vulnerabilidade agravada de determinados consumidores. Pensemos, por exemplo, na legislação antidiscriminação¹⁰². A proibição de discriminação na escolha da contraparte negocial está hoje consagrada na legislação portuguesa em vários diplomas avulsos, nomeadamente, na Lei n.º 93/2017, de 28 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da *origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem*¹⁰³, na Lei n.º 14/2008, de 12 de Março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º

¹⁰¹ Note-se, todavia, que nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Lei 144/2015, os acordos efetuados entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços no sentido de recorrer a uma entidade de RAL, celebrados antes da ocorrência de um litígio e através de forma escrita, não podem privar os consumidores do direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial.

¹⁰² Vide o nosso *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 341 e ss.

¹⁰³ Este diploma revogou a Lei n.º 18/2004, de 11 de maio, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica.

2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro, e na Lei n.º 46/2006, de 26 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da *deficiência e da existência de risco agravado de saúde*¹⁰⁴. A vulnerabilidade agravada de um concreto consumidor é especialmente protegida ainda no Código Civil¹⁰⁵, nas normas de protecção dos *incapazes*¹⁰⁶, no regime da falta¹⁰⁷ e dos vícios da vontade¹⁰⁸ ou da usura¹⁰⁹, ou também no Código Comercial, na tutela da aparência¹¹⁰.

¹⁰⁴ Este diploma não resulta de uma transposição de Diretiva europeia. Todavia, Portugal assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007 (cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, D.R. n.º 146, Série I de 2009-07-30).

¹⁰⁵ Sobre o alcance desta assunção, isto é, do recurso ao regime geral do Direito Civil, vide EWOU D HONDIUS, "THE NOTION OF CONSUMER: EUROPEAN UNION VERSUS MEMBER STATES", SYDNEY L. REV., 2006, n.º 28, pp. 89E ss.

¹⁰⁶ Pense-se a título de exemplo no artigo 125.º, sobre a anulabilidade dos atos dos menores.

¹⁰⁷ Vide, por exemplo, a Decisão do CICAP, de 26 de Setembro de 2006, no Processo 127/2016, disponível em <http://www.cicap.pt/wp-content/uploads/2017/03/26.9.2016-Telecomunica%C3%A7%C3%B5es-1.pdf>

¹⁰⁸ A propósito dos vícios da vontade, leia-se MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "O regime das práticas comerciais desleais (no contexto mais amplo do ordenamento jurídico): o diálogo com os regimes específicos de proteção do consumidor e com o regime dos vícios da vontade", *Estudos de Direito do Consumidor*, 2017, n.º 13, pp. 67 e ss.

¹⁰⁹ Vide o nosso "O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos", *Revista de Direito Comercial*, 2018, pp. 161 e ss.

¹¹⁰ Vide o que escrevemos em "A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor", *cit.*, pp. 107 e ss., sobre a vinculação, perante o consumidor, do profissional pelos seus colaboradores e agentes.



5. Conclusão

Concluimos, pois, que a vulnerabilidade do consumidor é um estado de fraqueza ou fragilidade resultante de um *desequilíbrio* que lhe é *desfavorável*, seja na exposição a mensagens e a práticas comerciais, seja nas mais ou menos intensas interações de mercado. Todos os consumidores são potencialmente vulneráveis, em virtude da sua *posição* no mercado, ao encontro de profissionais, em geral qualificados e poderosos. Alguns consumidores, todavia, apresentam características específicas que os colocam numa *situação agravada de vulnerabilidade* quando na situação de mercado. A atual configuração do Direito do Consumidor como direito de mercado, *i.e.*, um instrumento de correção de desequilíbrios, potenciais ou efetivos, assumindo o paradigma do consumidor médio, posterga a consideração da concreta contingência jurídico-negocial e pessoal do consumidor. Enquanto essa configuração se mantiver, uma tutela eficaz do consumidor não pode prescindir de carrear outros instrumentos disponibilizados pela ordem jurídica portuguesa, nomeadamente, na legislação antidiscriminação, no Código Civil ou até no Código Comercial.

Referências

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE. Direito do Consumo. Almedina, Coimbra, 2005.
- BAKER, S. M., GENTRY, JAMES W. E RITTENBOURG, T. L., Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability. *Journal of Macromarketing* 2005, n.º 25, pp. 128-139.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, O regime das práticas comerciais desleais (no contexto mais amplo do ordenamento jurídico): o diálogo com os regimes específicos de proteção do consumidor e com o regime dos vícios da vontade. *Estudos de Direito do Consumidor* 13 (2017), pp. 67-105.
- BENÖHR, IRIS, *EU Consumer Law and Fundamental Rights*. OUP, 2013.
- CARVALHO, JORGE MORAIS, O conceito de consumidor no Direito Português. *EDC*, 2018, n.º 14, pp. 185-232.
- CIACCHI, AURELIA COLOMBO, Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts. Kenny, Mel, Devenney; James, O'Mahony, Lorna Fox. *Unconscionability in European Private Financial Transactions*. CUP, 2010, pp. 7-25.
- CORTINA, ADELA, CONILL, JESÚS, Ethics of Vulnerability. Masferrer, A., García-Sánchez, E. (eds). *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*. Springer, 2016, pp. 45-61. DUIVENVOORDE, BRAM B. *The Consumer Benchmarks in The Unfair Commercial Practices Directive*. Springer, 2015.
- EIDENMÜLLER, HORST, "Why Withdrawal Rights?", *ERCL* 2011, pp. 1-24.
- FRIANT-PERROT, MARINE, The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law. van Boom, W., Garde A., Akseli, O. (eds.), *"The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, 2014, pp. 89-106.



- GOMEZ, FERNANDO, GANUZA, JUAN JOSE, An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument. *ERCL*, 2011, pp. 275-294.
- HONDIUS, EWOU, The notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney L. Rev.* (2006), n.º 28, pp. 89-98.
- HANDIG, CHRISTIAN, The Unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?. *EBLR* (2005), pp. 1117-1132.
- HOWELLS, GERAINT, The Rise of European Consumer Law – Whither National Consumer Law?. *Sydney L. Rev.* 2006, n.º 28, pp. 63-88.
- KRÜGER, MARÍA ANTONIETA GÁLVEZ, O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais. José Lebre de Freitas et al (org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida I. Almedina*, págs. 521- 548.
- INCARDONA R., PANCIBÒ, C., The Average Consumer, The Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution. *J. Consum. Policy*, 2007, pp. 21-38.
- IPPOLITO, FRANCESCA, IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (eds.), *Protecting Vulnerable Groups, The European Human Rights Network*. Hart Publishing, 2015.
- LIMA MARQUES, CLÁUDIA, Relations Between International Law and Consumer Law in the Globalized World: Challenges and Prospects. Lima Marques, Cláudia e Wei, Dan. *Consumer Law and Socioeconomic Development*. Springer, 2017, pp. 211-238.
- MASFERRER, A., GARCÍA-SANCHEZ, E. (eds). *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*. Springer, 2016.
- MICKLITZ, HANS-W., An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement. *EBLR* (2002) pp. 583-598.

- PASSINHAS, SANDRA, Dimensions of Property Under European Law, Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts? Florença, 2010, disponível em <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/13759>
- RAMSAY, IAIN, Consumer Credit, Distributive Justice and the Welfare State. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, n.º 15, pp. 177-197.
- ROPPO, VINCENZO, From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: A Trend in European Contract Law. *ECRL*, 2009, pp. 304-349.
- STUYCK, JULES, European Consumer Policy After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy In or Beyond the Internal Market. *CMLRev* 37 (2007), pp. 367-400.
- VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, Os limites máximos das taxas de juros das instituições de crédito e das sociedades financeiras. *Revista de Direito Comercial*, 2018, pp. 629-664.
- WEI, DAN, Consumer Protection in the Global Context: The Present Status and Some New Trends. Lima Marques, Cláudia e Wei, Dan. *Consumer Law and Socioeconomic Development*. Springer, 2017, pp. 5-23.





OBSOLESCÊNCIA

DA ORIGEM AO PROBLEMA SOCIAL E SEUS REFLEXOS À SOCIEDADE

*William Cornetta**

Sumário

INTRODUÇÃO; 1. DO NASCIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO AO HIPERCONSUMO; 2. OBSOLESCÊNCIA; 2.1 CONCEITO DE OBSOLESCÊNCIA; 2.2 TIPOLOGIA DA OBSOLESCÊNCIA; 2.3 DA ORIGEM AO PROBLEMA SOCIAL; 2.3.1 Solução Macroeconômica; 2.3.2 Caractere do Capitalismo; 2.3.3 Plano de negócio; 2.3.4 Problema Social; 3. OBSOLESCÊNCIA NA SOCIEDADE DE CONSUMO; CONCLUSÃO

Resumo

O tema pano de fundo deste trabalho é a sociedade de consumo, em especial a obsolescência como técnica aplicada aos produtos. Considerando o contexto de consumo descartável aceito e adotado pela sociedade atual, pretende-se demonstrar que a obsolescência é um artifício utilizado na produção para induzir ao consumo repetitivo e seus reflexos. Para tanto, será necessário conhecer conceito da obsolescência, sua história e tipologia. Como conclusão, pode-se dizer que a obsolescência

.....
* Graduado em Direito pela PUCCAMP, MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV, especialista em Administração e Marketing pela ESPM, Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Centro de Direitos Humanos. Diretor Jurídico e de Compliance da Motorola Solutions.



é o recurso ou estratégia utilizado por muitos fornecedores para induzir os consumidores a realizar compras repetitivas de produtos motivados por fatores psicológicos, tecnológicos, funcionais ou mercadológicos, e que seus reflexos não estão adstritos no mercado de consumo, mas se expandem para diferentes planos.

Abstract

The background theme of this work is consumer society, especially obsolescence as a technique applied to products. Considering the context of disposable consumption accepted and adopted by the current society, it is intended to demonstrate that obsolescence is an artifice used by the supplier to promote repetitive consumption and its reflexes to the society. For this, it will be necessary to know the concept of obsolescence, its history and typology. As a conclusion, it can be said that obsolescence is the resource or strategy used by many suppliers to induce consumers to make repetitive purchases of products motivated by psychological, technological, functional or market factors, and that their effects are not dependent on the market, but spread to different plans.

Palavras chaves

Direito. Sociedade de Consumo. Direito do consumidor. Obsolescência.

Keywords

Law. Consumer Society. Consumer law. Obsolescence.

INTRODUÇÃO

O consumo tornou uma constante na vida das pessoas, elas praticam relações de consumo no seu cotidiano e diversas vezes ao longo do dia. O Consumo também tomou uma dimensão muito maior que apenas ser o provedor de produtos para os consumidores. O consumo hoje assumiu um papel de resposta social aos direitos dos cidadãos e ao relacionar esta assertiva com a questão da obsolescência, a questão ganha maior impacto.

Contudo, o consumo não é algo dado na sociedade, ele nasceu ao longo da evolução histórica do ser humano e neste processo de evolução, sofreu uma significativa alteração, ou seja, antes se consumia pensando na família e nas suas gerações, mas atualmente o consumo passou a ser feito pelo indivíduo.

O consumo individual permitiu a consolidação da sociedade de consumo, e ainda a transformou em uma sociedade de hiperconsumo que aceita e enaltece o consumo descartável, ou seja, a adquirir produtos para, depois de uma única utilização, descartá-los.

Por um outro lado, a obsolescência também foi sendo desenvolvida no contexto histórico da sociedade. Ela nasce como uma solução macroeconômica, mas de solução tornou-se um problema social.

Nesta quadra histórica, a obsolescência é um artifício utilizado no mercado de consumo com o objetivo de gerar compras repetitivas de produtos, contudo seus reflexos se estendem para outros planos, como o social, econômico, entre outros.



1. DO NASCIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO AO HIPERCONSUMO

“Vivemos em uma época em que quase tudo pode ser comprado e vendido”¹, aponta Michael Sandel, e ainda complementa, “a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo”².

Não é possível entender a questão da obsolescência e como ela se consolida na sociedade sem entender a sociedade de consumo atual e como foi sua formação ao longo da história, conforme destacam Douglas e Isherwood, a base de qualquer estudo sobre consumo deve levar em consideração o modelo capitalista de produção e a sociedade industrial³.

Ainda podemos observar que o consumo não é algo imposto ao consumidor, decorre de sua escolha livre, mesmo que seja “irracional, supersticioso, tradicionalista ou experimental”⁴.

Nesta trilha, observa McCracken que “o consumo moderno é, acima de tudo, um artefato histórico. Suas características atuais são o resultado de vários séculos de profunda mudança social, econômica e cultural no Ocidente”⁵. O autor observa que o marco inicial

¹ MICHAEL J. SANDEL, *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016 [eBook – formato: epub], pos. 127 de 4902.

² MICHAEL J. SANDEL, *ob. cit.*, pos. 141 de 4902.

³ MARY DOUGLAS; BARON ISHERWOOD, *Mundo dos bens para uma antropologia do consumo*. Tradução Plínio Dentzien. 1. ed. 2 reimp. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 2009. p. 101.

⁴ MARY DOUGLAS; BARON ISHERWOOD, *ob. cit.*, p. 101.

⁵ GRANT MCCracken, *Cultura & Consumo – novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo*. Tradução Fernanda Eugênio. Rio de Janeiro: Mauad, 2003. p. 21.

da sociedade de consumo ocorreu no século XVI, época em que novos hábitos, bens e práticas de consumo começavam a surgir, principalmente em países como Inglaterra e França⁶.

McKendrick ainda observa que a revolução industrial ocasionou o que chama de revolução do consumidor, ou seja, para o autor a revolução industrial e o consumo são complementares⁷.

A revolução industrial trouxe grandes alterações para este cenário e como consequência mais notória, a Revolução Industrial gerou a massificação da produção (produção em série) aumentando enormemente a quantidade de produtos colocados em circulação e concebendo desta forma a "Sociedade de Consumo".

McCracken⁸ observa que o consumo se enraizou na sociedade e passou a fazer parte indissociável da sociedade no século XIX, e atribui esta mudança social e dos hábitos de consumo pela criação das lojas de departamento, que fez com que as pessoas passassem a ficar mais próximas dos objetos de seus desejos como também o fenômeno do crédito ao consumidor⁹, ou seja, estes não mais precisavam ter mais o valor integral para realizar a aquisição do produto.

Bauman considera que ocorreu a transformação de uma "sociedade moderna de produtores" para uma "sociedade de consumidores". Analisa que a felicidade não é tão associada à satisfação de necessidades, mas à quantidade de desejos sempre crescentes, o

⁶ GRANT MCCRACKEN, *ob. cit.*, p. 21.

⁷ NEIL MCKENDRICK, *The consumer society*. Bloomington: Indiana University Press, 1982, p. 9.

⁸ GRANT MCCRACKEN, *ob. cit.*, p. 30.

⁹ GRANT MCCRACKEN, *ob. cit.*, p. 1.



que significa uso imediato e rápida substituição dos objetos para atender a todas essas novas necessidades, impulsos, compulsões e vícios, assim como apresenta novos mecanismos de motivação, orientação e monitoramento da conduta humana. É deste autor a afirmação de que a economia consumista se baseia no excesso e no desperdício¹⁰.

Já a sociedade de hiperconsumo é um conceito criado por Gilles Lipovetsky¹¹, para quem a sociedade atual é marcada pela perda de sentido das instituições morais, sociais e políticas. A cultura, por sua vez, é marcada por relações de tolerância, hedonismo e consumo excessivo.

Segundo Gilles Lipovetsky¹², a sociedade de hiperconsumo é considerada a civilização da felicidade paradoxal. O hiperconsumidor não está apenas buscando a felicidade material; ele procura conforto psíquico, harmonia interior e desabrochamento subjetivo, fatos que podem ser comprovados pelo aparecimento de diversas técnicas que visam ao desenvolvimento humano, como sabedorias orientais, novas espiritualidades, guias da felicidade, etc. O materialismo das primeiras sociedades de consumo foi substituído, como agora se pode observar, pelo crescimento do mercado da alma, do equilíbrio e da autoestima, com a criação das "farmácias da felicidade": uma nova crença na qual o consumidor pode "comprar a felicidade, a autoestima e o equilíbrio" como qualquer outro produto de prateleira, conforme denota Lipovetsky¹³.

Além disso, ainda segundo o mesmo autor, as pesquisas de opinião mostram que cada vez mais as pessoas se dizem "felizes",

¹⁰ ZYGMUNT BAUMANN, *Vida para o consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 53.

¹¹ GILLES LIPOVETSKY, *A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo*, p. 76.

¹² GILLES LIPOVETSKY, *ob. cit.*, p. 15.

¹³ GILLES LIPOVETSKY, *ob. cit.*, p. 15.

contudo a tristeza, a depressão e a ansiedade crescem de maneira arrebatadora. A sociedade está cada vez mais rica, no entanto, um número crescente de pessoas vive na precariedade, próximo ou abaixo da linha da pobreza. Os seres humanos são cada vez mais bem cuidados, mas isto não impede que os indivíduos se tornem uma espécie de hipocondríacos crônicos¹⁴.

A diferença mais sensível que podemos destacar é a forma de consumo, que passou de um consumo pensado na família para um consumo imediatista, individual e hedonista.

Podemos destacar que até o século XVI, a unidade de consumo era a família e a decisão de consumo era a tradicional "pátina", ou seja, a compra com o objetivo de o bem permanecer na família por diversas gerações. Os bens adquiridos se tornavam valiosos em razão de sua antiguidade e da história da família¹⁵.

Contudo, a partir da consolidação do consumo, a unidade do consumo passou da família para o âmbito do indivíduo, o que gerou uma grande mudança no processo de decisão de consumo. Neste novo cenário, a decisão de compra é impulsionada pela moda, pelo hedonismo individual e pela competição social¹⁶.

Se isto não bastasse, a nova sociedade começa a aceitar o conceito de produtos descartáveis, que pode ser comprovado com a publicação da revista americana *Life*¹⁷, em 1955, que publicou uma matéria denominada "*Throwaway Living*", que destacava a

¹⁴ GILLES LIPOVETSKY, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁵ GRANT MCCrackEN, *ob. cit.*, p. 1.

¹⁶ GRANT MCCrackEN, *ob. cit.*, p. 1.

¹⁷ O artigo pode ser visto em: GOOGLE. *Livros*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=xIYEAAAAMBAJ&lpg=PP1&pg=PA43&redir_esc=y#v=one-page&q&f=true>. (11.12.2019).



nova sociedade descartável. O artigo trazia uma foto com uma série de utensílios descartados e completava o chamado com a seguinte afirmação: "produtos descartáveis reduzem as tarefas domésticas"¹⁸.

A matéria destacava que não era mais necessário despende diversas horas realizando a tarefa de limpeza porque era possível adquirir produtos que depois de usados poderiam ser descartados e os exemplos apresentados eram guardanapos, fraldas, bacias de alimentação para animais, frigideiras e churrasqueiras descartáveis.

Packard ainda observa que nesta "throwaway society" até mesmos os jantares podem ser comprados congelados, colocados no forno para aquecer, servidos na própria embalagem e depois tudo pode ser jogado no lixo¹⁹.

Os produtos descartáveis eram, assim, uma solução fantástica para todos os problemas, ou seja, depois de usados uma vez eram jogados no lixo²⁰.

Neste desenvolvimento histórico do consumo, podemos verificar que a sociedade passou a aceitar com naturalidade os produtos descartáveis, ou seja, aqueles produtos que são utilizados uma única (ou poucas vezes) e depois são descartados.

Na opinião de Slade, a "cultura do descartável permitiu a consolidação da estratégia usada pelos fabricantes para dar asas ao consumo repetitivo. A mencionada "cultura do descartável" foi concebida como uma demanda infinita para a indústria²¹.

¹⁸ Tradução livre de "Disposable items cut down household chores".

¹⁹ VANCE PACKARD, *The Waste Makers.*, p. 56.

²⁰ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 56.

²¹ GILES SLADE, *Made to break. Technology and obsolescence in America. First*

Ainda Slade ressalta que a cultura do descartável ganhou popularidade nos Estados Unidos porque os produtos descartáveis pessoais eram utilizados em nome da higiene e da saúde e o reflexo destes novos hábitos influenciou o aparecimento de outros produtos em outros segmentos do consumo²².

Neste contexto de aceitação cultural de produtos descartáveis, como também pelo fato de o consumo passar a ser cada vez mais individualista e imediato, a utilização da obsolescência no mercado de consumo como um artifício para gerar compras repetitivas encontrou um terreno fértil para seu desenvolvimento e consolidação.

2. OBSOLESCÊNCIA

2.1. Conceito de obsolescência

A grande questão que circunda a obsolescência é a ausência de um conceito comumente empregado para o tema.

Diversos autores, de diversas áreas, buscaram a consecução da definição ou delimitação do tema da obsolescência. Burns observa que a origem do termo obsolescência vem da composição de duas palavras, o verbo *soleo*, significa "estar em uso"; a segundo "ob", significa "até o fim"; contudo, o conceito atual da palavra tem sentido oposto²³.

.....
Harvard University Press paperback edition. Cambridge, USA: Harvard University Press, p. 24.

²² GILES SLADE, *ob. cit.*, p. 24.

²³ BURNS BRIAN, *Re-evaluating obsolescence and planning of it. In: COOPER, Tim (Ed.). Longer lasting products – Alternatives to the throwaway*, p. 40.



Na interpretação de Cooper, a obsolescência ocorre quando os produtos estão fora de uso (*out of use*) ou desatualizados (*out of date*)²⁴.

Apesar da grande divergência de conceito, pode-se conceituar obsolescência como²⁵: ("i") redução da vida útil do produto mediante o uso de artifícios ou uso de materiais de menor durabilidade; ("ii") redução da vida útil do produto pela impossibilidade de realização de manutenção, seja pela ausência de peças para reposição ou assistência técnica seja pela incompatibilidade entre componentes antigos e novos, incluindo *softwares* e suas atualizações, ou pela ausência de consumíveis, acessórios, produtos associados ou relacionados com o produto principal; ("iii") introdução de produtos ou outras condições no mercado, como fatores psicológicos, mercadológicos, tecnológicos, funcionais ou outra forma de persuasão, fazendo com que o produto funcional em posse do consumidor seja menos desejável, e ("iv") redução do prazo de validade ou do número de vezes de uso do produto sem qualquer razão científica.

2.2. Tipologia da Obsolescência

Diversos autores ao longo da história da obsolescência foram responsáveis por realizar a sua tipologia, pelo que no presente estudo o objetivo não é fazer um inventário de todos os autores que realizam a classificação ou tipificação dos tipos da obsolescência²⁶.

²⁴ TIM COOPER, *Inadequate life? Evidence of consumer attitudes to product obsolescence*. *Journal of consumer policy*, p. 440.

²⁵ WILLIAM CORNETTA, *A obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e a fragilidade do CDC para combater esta prática*. 2016. 186f. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP, 2016, p. 50-51.

²⁶ Para uma tipificação completa: WILLIAM CORNETTA. *ob. cit.*, p. 51-59.

O objetivo aqui é corrigir a questão terminológica e a falta de critério de utilização dos termos “obsolescência” e “obsolescência programada” ou “obsolescência planejada”.

Por esta razão, será centrado o estudo naqueles autores/estudiosos que abordaram esta tipologia em suas teorias.

O primeiro estudioso a categorizar a obsolescência foi Packard que a classificou em: obsolescência de função (*obsolescence of function*), obsolescência de qualidade (*obsolescence of quality*) e obsolescência de desejo (*obsolescence of desirability*)^{27,28}, contudo como se pode perceber ele não adotou em sua metodologia os termos obsolescência programada ou obsolescência planejada.

Já Slade é o primeiro autor a utilizar os termos e classifica a obsolescência em: obsolescência técnica ou funcional, obsolescência psicológica, perceptiva, progressiva ou dinâmica e obsolescência planejada ou programada.

Para o autor, obsolescência técnica ou funcional ocorre quando o fornecedor introduz uma nova tecnologia ou funcionalidade no produto que faz com que o consumidor passe a desejá-lo por uma determinada característica que apresenta, em detrimento de outro.

²⁷ Para o estudioso, a obsolescência de função (*obsolescence of function*) ocorre quando um produto se torna obsoleto em decorrência da introdução de um novo produto que realiza uma função melhor. Já a obsolescência de qualidade (*obsolescence of quality*) ocorre um planejamento, de modo que o produto quebre ou se desgaste em momento não muito distante do início de seu uso. Por fim, a obsolescência de desejo (*obsolescence of desirability*), o produto que ainda opera normalmente em termos de qualidade e performance é considerado obsoleto em razão da mudança de estilo ou outra mudança de mercado, fazendo com que pareça menos desejável ao consumidor. VANCE PACKARD, *ob cit.*, p. 65.

²⁸ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 65.



A segunda forma de obsolescência é a chamada obsolescência psicológica, perceptiva, progressiva ou dinâmica, quando o fornecedor modifica o design ou o estilo do produto para manipular a compra repetitiva pelo consumidor²⁹.

A terceira forma de obsolescência é a obsolescência planejada ou programada. Neste tipo de obsolescência, o fornecedor deliberadamente manipula o produto para que venha a falhar após determinado período de tempo. A falha de produto decorrente do uso, por motivo de desgaste, falha ou consumo do material, é considerada normal, uma vez que todos os produtos têm uma expectativa de vida útil. A obsolescência planejada ou programada ocorre quando o fornecedor passa a dispor de sua engenharia para adulterar a composição do produto, seja introduzindo materiais de menor durabilidade, seja fazendo com que tenha uma vida menor. Esse comportamento força o consumidor a adquirir um novo produto³⁰.

O Centro Europeu de Consumo elaborou o estudo intitulado “L’obsolescence programmée ou Les Dérives de La Société de Consommation”³¹, que trata da obsolescência programada e identifica três tipos de obsolescência: obsolescência técnica ou tecnológica (L’obsolescence technique ou technologique), obsolescência pela expiração (L’obsolescence par péremption) e obsolescência estética (L’obsolescence esthétique).

²⁹ GILES SLADE, *ob. cit.*, p. 43.

³⁰ GILES SLADE, *ob. cit.*, p. 48.

³¹ CENTRE EUROPÉEN DE LA CONSOMMATION, *L’obsolescence programmée ou les dérives de la société de consommation* Disponível em: <http://www.europe-consommateurs.eu/fileadmin/user_upload/eu-consommateurs/PDFs/publications/etudes_et_rapports/Etude-Obsolescence-Web.pdf>. (11.12.2019).

Segundo o Centro Europeu de Consumo, a obsolescência técnica se divide em quatro espécies: obsolescência por vício funcional ('obsolescence par défaut fonctionnel), obsolescência por incompatibilidade ('obsolescence par incompatibilité), obsolescência indireta ('obsolescence indirecte) e obsolescência por notificação ('obsolescence par notification)³².

Obsolescência por vício funcional caracteriza bem a obsolescência programada, ou seja, trata-se de um recurso técnico existente no produto cujo objetivo é promover/antecipar o fim de sua vida útil. Segundo o estudo citado, este tipo de obsolescência ocorre em produtos elétricos ou eletrônicos. Já a obsolescência estética atua na esfera psicológica do consumidor fazendo com que este reconheça determinado produto como velho ou desatualizado e fique inclinado a adquirir um novo modelo do mesmo produto³³.

Além das formas acima descritas, existem diversas outras classificações ou tipologias da obsolescência.

Tim Cooper aponta a existência da obsolescência absoluta e da obsolescência relativa. Aquela representa falha total de um produto, vindo a ocorrer quando o produto chega ao fim de sua vida técnica, ou seja, se esgotou a sua vida útil ou porque não pode mais suportar o desgaste do uso³⁴.

A obsolescência relativa ocorre quando um produto ainda está em funcionamento, mas é descartado ou substituído de forma "discricionária". Conforme observa Tim Cooper, existe uma

³² CENTRE EUROPÉEN DE LA CONSOMMATION, *ob. cit.* p. 4.

³³ CENTRE EUROPÉEN DE LA CONSOMMATION, *ob. cit.*, p. 4.

³⁴ TIM COOPER, *Longer lasting products – Alternatives to the throwaway society*, p. 16.



teoria de escolhas racionais que pode sugerir o momento em que os proprietários de produtos decidem avaliar a relação custo-benefício para a substituição de um produto funcional, contudo, na prática, outras influências podem servir de base para tal decisão³⁵.

A obsolescência ainda pode ser classificada ainda em tecnológica, psicológica e econômica, conforme explicita Cooper. A obsolescência tecnológica ocorre quando as pessoas são atraídas para novas funções adicionadas ou alteradas como resultado dos avanços da tecnologia. Aqui, verifica-se a influência da tecnologia como fator de decisão de aquisição ou descarte de determinado produto³⁶.

A obsolescência psicológica ocorre quando as pessoas não estão mais atraídas por um produto ou mesmo satisfeitas com ele. Este tipo de obsolescência ocorre, regra geral, em razão de pressões do grupo, moda ou *marketing*³⁷.

A terceira forma, identificada como obsolescência econômica, ocorre quando os consumidores atribuem um pequeno ou não existente valor (econômico) a determinado produto e concluem que não vale a pena mantê-lo em uso. Os consumidores, neste caso, podem ser influenciados pelo custo da substituição do produto em relação a um novo modelo, que pode ter maior eficiência energética, ou desencorajar o reparo em razão do alto custo³⁸.

³⁵ TIM COOPER, *ob. cit.*, p. 16.

³⁶ TIM COOPER, *Inadequate life? Evidence of consumer attitudes to product obsolescence*. Journal of Consumer Policy, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, n. 24, p. 421-449, 2004. p. 421-449.

³⁷ TIM COOPER, *Inadequate life? ob. cit.*, p. 421-449.

³⁸ TIM COOPER, *Inadequate life?, ob. cit.* p. 421-449.

A categorização da obsolescência em diversas tipologias segue diferentes raciocínios que podem auxiliar no entendimento do seu verdadeiro conceito e na identificação de eventuais reflexos para o consumidor.

2.3. Da Origem Ao Problema Social

Conforme será analisado a seguir, o desenvolvimento da obsolescência e seu conceito tiveram um caminho tortuoso, contudo mesmo com um desenvolvimento não linear entendo ser possível denotar quatro marcos importantes na evolução do instituto.

Diferente de falar da origem histórica³⁹ do instituto da obsolescência, a proposta aqui é explanar estes quatro marcos que são o nascimento da obsolescência como uma solução macroeconômica, sua passagem como característica do capitalismo, seu ingresso nos planos de negócios das grandes corporações e então finalmente a obsolescência como problema social.

2.3.1. Solução Macroeconômica

Slade observa que a obsolescência é uma invenção norte-americana⁴⁰, e nesta trilha, o primeiro texto⁴¹ que abordou diretamente

³⁹ Para verificar a histórica da obsolescência completa: WILLIAM CORNETTA, *ob. cit.*, p. 35-45.

⁴⁰ GILES SLADE, *ob. cit.*, p. 3, 4.

⁴¹ Antes de Bernard London, existiram outros autores como Stuart Chase, Justus Georges Frederick que abordaram temas da obsolescência, mas foi Bernard London que fez sua abordagem mais próxima de como o termo é utilizado hoje.



te a questão da obsolescência foi "Ending the depression through planned obsolescence" de Bernard London em 1932⁴².

London propôs uma solução macroeconômica para a crise de 1929 nos Estados Unidos. Para o autor, em momentos de crise, ameaça ou histeria, as pessoas em geral utilizam seus produtos por mais tempo se comparado com momentos de prosperidade⁴³.

Para o mesmo autor, em momentos mais prósperos, as pessoas não esperam até o último momento para substituir seus produtos, a substituição ocorre por questão de moda ou de atualização⁴⁴.

Nestes períodos de crise, ameaça ou histeria, as pessoas tendem a desobedecer o que chamou da "lei da obsolescência", ou seja, utilizam os produtos por prazos dilatados, e quando isso ocorre, existe um significativo impacto econômico, pois os consumidores deixam de movimentar a economia com a compra dos novos produtos, pois estes evitam consumir⁴⁵.

Assim, segundo a teoria desenvolvida por London, o governo deveria definir o prazo de vida útil dos produtos manufaturados quando desenvolvidos e postos à venda. Assim, transcorrido o prazo da vida útil, os produtos deveriam ser considerados "mortos" e devidamente destruídos por uma agência governamental, a ser definida.

Desta forma, novos produtos seriam vendidos em substituição àqueles descartados. Então este tipo de obsolescência planejada

⁴² GILES SLADE, *ob. cit.*, p. 50.

⁴³ BERNARD LONDON, *Ending the depression through planned obsolescence*. New York: Self-published, 1932. p. 1.

⁴⁴ BERNARD LONDON, *ob. cit.*, p. 1-2.

⁴⁵ BERNARD LONDON, *ob. cit.*, p. 2.

teria como função servir de reserva de receita para distintos atores econômicos, ou seja, o governo, por meio de impostos; os fabricantes, pela receita da venda de novos produtos; e as pessoas, com a garantia de salários.

A receita decorrente da venda de produtos e pagamento de impostos da venda destes produtos poderia ser planejada e controlada com base no prazo de vida útil definido. Segundo London, as pessoas deveriam devolver os produtos obsoletos para uma agência governamental, que em troca, receberiam um valor pelo produto devolvido, cujo recurso serviria para comprar um novo⁴⁶.

Contudo, se a pessoa decidisse manter o produto após o prazo definido pelo governo, deveria pagar uma taxa pelo uso do bem obsoleto⁴⁷.

A teoria de London se pautava em uma “abundância” de recursos para manter o ciclo produtivo no mercado⁴⁸ e assim seria mais econômico destruir produtos obsoletos do que assumir o risco de impactar aspectos mais importantes como a vida humana, a saúde e a confiança da população⁴⁹.

2.3.2. Caractere do Capitalismo

Apesar do sistema capitalista já estar estabelecido por alguns séculos, o principal momento de antagonismo do capitalismo ocorreu com a Revolução Russa. A partir dela, diversos autores passa-

⁴⁶ BERNARD LONDON, *ob. cit.*, p. 2.

⁴⁷ BERNARD LONDON, *ob. cit.*, p. 2.

⁴⁸ BERNARD LONDON, *ob. cit.*, p. 3.

⁴⁹ BERNARD LONDON, *ob. cit.*, p. 6.



ram a fazer a comparação ou mesmo aprofundar os estudos nos dois ou em um dos dois sistemas econômicos.

Schumpeter ao analisar o capitalismo confeccionou o termo “destruição criativa”. Para o mencionado autor a destruição criativa é que o impulso fundamental do sistema capitalista tem origem em novos consumidores, novos métodos de produção ou transporte, novos mercados e novas formas de organização industrial que só o capitalismo pode criar⁵⁰.

A história da evolução do aparato produtivo do capitalismo é um processo de revoluções, no qual o antigo é destruído e substituído por algo novo constantemente, constituindo o processo de destruição criativa, ou seja, trata-se da necessidade do constante ciclo de venda de novos produtos para os consumidores no modelo capitalista.⁵¹

Mészáros observa a necessidade da existência de um balanço entre produção e consumo, para que sempre exista a contínua reprodução da venda, ou seja, para permitir que os bens duráveis sejam prematuramente descartados antes de se esgotar o prazo de sua vida útil permitindo que o modelo capitalista possa manter o ciclo operando⁵².

Paul. M Mazur, tratou a obsolescência como um “Deus”, pois para ele o consumo apenas movido pelo desgaste dos produtos era muito lento para a necessidade da economia/indústria americana.

⁵⁰ JOSEPH A. SCHUMPETER, *CAPITALISM, socialism and democracy*. Fifth edition 1976. New York: Taylor & Francis e-Library, 2003. p. 82-83.

⁵¹ JOSEPH A. SCHUMPETER, *ob. cit.* p. 82-83.

⁵² ISTVÁN MÉSZÁROS, *Produção destrutiva e Estado capitalista*. São Paulo: Ensaio, 1989. p. 16. (Cadernos Ensaio V – Série Pequeno Formato).

A partir dessa ideia, os altos executivos nomearam um novo “Deus” capaz de movimentar a economia: o “Deus da obsolescência”⁵³.

Com o conceito de obsolescência muito relacionado com o capitalismo, e a necessidade constante deste sistema de realizar venda para os consumidores, podemos afirmar que a necessidade da redução da vida útil dos produtos para então a realização de novas vendas era primordial para que se mantivessem as bases capitalistas.

2.3.3 Plano de negócio

A obsolescência apenas como caractere do capitalismo se mostrou não apenas a base do sistema, mas cada vez mais este artifício migrou para os planos de negócios de diversas corporações.

Roy Sheldon e Egmont Arens publicaram um artigo na revista *Consumer Engineer*, no qual incentivavam os consumidores a substituir os seus produtos, mencionando que o período de vida útil devia ser o mais curto possível⁵⁴.

Já nos anos 1950, Brooks Steven, design industrial americano, levou o conceito da obsolescência a níveis maiores, para ele obsolescência programada é o desejo de ter alguma coisa mais nova, um pouco melhor, um pouco antes que o necessário [Tradução nossa]⁵⁵.

⁵³ No original: “wear alone [...] (is) too slow for the needs of American Industry. And so, the high-priests of business elected a new God to take its place along with – or even before – the other household god. Obsolescence was made supreme”.

⁵⁴ GILES SLADE, *ob. cit.*, p. 66-67.

⁵⁵ BROOKS STEVEN, *Planned obsolescence: the desire to own a little newer and a little better, a little sooner than necessary*. Disponível em: <<http://www.brooksstevenshistory.com>>. (09.03.2015).



Ainda segundo Steven, o trabalho de um “designer é produzir produtos, vendê-los às pessoas e no próximo ano, deliberadamente, criar um conceito que torna o produto vendido fora de moda, desatualizado, obsoleto. Fazemos isso para “fazer” dinheiro para os nossos clientes [os fabricantes]. Uma boa razão [Tradução nossa]”⁵⁶.

A fascinação dos executivos pela obsolescência planejada proporcionou um grande desenvolvimento no período do pós-guerra, sendo inclusive utilizada para influenciar a forma dos produtos e a atitude mental do consumidor, que seria o principal fundamento do espírito do descarte de produtos como modo de contribuir para um crescimento saudável da sociedade⁵⁷.

É importante ainda destacar que a ideia é que um verdadeiro homem de negócios rejeita o conceito de saturação de mercado na medida em que sempre será capaz de identificar novas demandas para seus produtos. Se um fabricante percebe que muitas famílias já possuem o seu produto, só existem três formas de obter vendas adicionais, vender um novo produto semelhante para substituir o anterior, vender mais de um item para cada família ou então introduzir um novo produto ou um produto melhorado que vai encantar os consumidores a ponto de substituir o “velho” pelo novo⁵⁸.

Neste contexto, é que a figura da obsolescência passa a ser de grande valia para as corporações uma vez que servem como um artifício para permitir a realização de novas vendas de produtos.

⁵⁶ BROOKS STEVEN, *ob. cit.*, No original: “As designer we make goods, sell them to people, and the following year deliberately create a concept that will make the products old-fashioned, out of date, obsolete. This we do to make money for our clients. A sound reasons”.

⁵⁷ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 65-66.

⁵⁸ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 26.

2.3.4 Problema Social

Kenneth Galbraith, em 1958, foi o primeiro a denunciar os fenômenos da obsolescência planejada e as práticas industriais correspondentes em seu livro *"The Affluent Society"*.

Packard, que foi o primeiro estudioso a categorizar a obsolescência⁵⁹, observou que obsolescência de qualidade e a obsolescência de desejo são as espécies mais controversas, porque denotam uma estratégia planejada e desleal dos fabricantes para promover vendas repetitivas de seus produtos.

Se isto não bastasse, ele ainda observou que os fabricantes reduzem a qualidade de seus produtos e aumentam a sua complexidade tornando o reparo mais complicado, mais caro e, em casos extremos, impossível de ser realizado⁶⁰.

Packard ainda ressalta que o fornecedor pode reduzir a vida útil do produto de diversas formas, além do emprego de material de baixa qualidade. A primeira forma é percebida quando o fornecedor apresenta um novo modelo de produto anualmente, estimulando o consumidor a substituir o produto em sua posse. Outra forma que destaca é causar o desgaste prematuro de peças ou de partes do produto ao tempo que torna o reparo difícil, seja pela dificuldade de obter as peças sobressalentes seja pela dificuldade de efetivamente fazer o reparo no produto⁶¹.

⁵⁹ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 65.

⁶⁰ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 65.

⁶¹ VANCE PACKARD, *ob. cit.*, p. 68.



O documentário “Comprar, tirar, comprar” da RTVE, idealizado por Cosima Dannoritzer, explora a questão da obsolescência programada descrevendo algumas situações históricas em que ela ocorreu. Na primeira, é relatado o caso das lâmpadas incandescentes, que no início do século passado tinham uma vida de mais de 2.500 horas de uso, mas devido à formação de um cartel entre os principais fabricantes da época, denominado Phoebus, decidiu-se reduzir a sua vida útil para 1.000, fazendo com que os consumidores tivessem que adquirir com maior frequência. Outro caso tratado no documentário é o exemplo das impressoras jatos de tintas, que param de funcionar quando o equipamento atinge um determinado número de impressões (páginas) contabilizadas por uma memória, forçando o consumidor a adquirir um novo produto^{62,63}.

Latouche denota que a sociedade atual vive em um círculo “infernai” de acumulação ilimitada, condenada a busca do crescimento constante, vivendo em um planeta cujos recursos são limitados⁶⁴.

Ainda segundo o autor, “a vida do trabalhador geralmente se reduz à vida de um biodigestor que metaboliza o salário com as mercadorias e as mercadorias com o salário, transitando da fábrica

.....
⁶² ESPAÑA. RTVE - *Radio y Televisión Española*. “Comprar, Tirar, Comprar”. *La historia secreta de la obsolescencia programada*. Documentário 2010. 77 min. Direção Cosima Dannoritzer e Steve Michelson. Roteiro: Cosima Dannoritzer. Fotografia Marc Martinez Sarrado. Música Composta por Marta Andrés, Joan Gil Bardagi. Disponível em: <<http://www.rtve.es/television/documentales/comprar-tirar-comprar/>>. (11.12.2019).

⁶³ O título do documentário em francês é “Prêt à Jeter” e em inglês é “Light Bulb Conspiracy”.

⁶⁴ SERGE LATOUCHE, *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 17.

para o hipermercado e do hipermercado para a fábrica”⁶⁵. Para Latouche, três elementos fazem com que esta sociedade entre neste círculo infernal: “a publicidade, que cria o desejo de consumir; o crédito, que fornece os meios; e a obsolescência acelerada e programada dos produtos, que renova a necessidade deles”⁶⁶. A obsolescência programada, considera o autor, é a arma absoluta do consumismo.⁶⁷ E acrescenta: “[...] a publicidade nos faz desejar o que não temos e desprezar aquilo de que já desfrutamos. Ela cria e recria a insatisfação e a tensão do desejo frustrado”⁶⁸.

O dinheiro e o crédito são considerados os “grandes ditadores” do crescimento e são usados por empresários e consumidores para permitir o crescimento⁶⁹.

Em prazos cada vez mais curtos, aparelhos e equipamentos entram em *pane* devido a falhas intencionais de uma parte ou peça e, ainda, é impossível encontrar uma peça de reposição ou alguém que conserte, alertando ainda que muitas vezes seria mais caro consertá-la do que comprar uma nova (sendo esta hoje fabricada a preço de banana pelo trabalho escravo do sudeste asiático)⁷⁰.

Ainda tratando da questão da sustentabilidade, Annie Leonard observa que: “A mais importante dessas percepções é evidente: para que um sistema exista dentro de outro, deve respeitar os limites

⁶⁵ SERGE LATOUCHE, *ob. cit.*, p. 17.

⁶⁶ SERGE LATOUCHE, *ob. cit.*, p. 17-18.

⁶⁷ SERGE LATOUCHE, *ob. cit.*, p. 21.

⁶⁸ SERGE LATOUCHE, *ob. cit.*, p. 18.

⁶⁹ SERGE LATOUCHE, *ob. cit.*, p. 18-19.

⁷⁰ SERGE LATOUCHE, *OB. CIT.*, P. 21.



do primeiro. As dimensões e a capacidade da Terra não mudam⁷¹”.

E mais a frente conclui: “Portanto, há um limite para a quantidade de terra, água, ar, minerais e outros recursos fornecidos pelo planeta. Trata-se de um fato. Um fato que as pessoas parecem ignorar, considerando a forma como em geral se vive nos Estados Unidos e em outras nações ricas⁷²”.

Além dos aspectos relacionados com a extração de recursos, também deve ser considerado a produção de lixo pela utilização do fenômeno da obsolescência no mercado. Com a redução do prazo de vida útil dos produtos pela obsolescência, os consumidores fazem cada vez mais a substituição dos produtos, aumentando a quantidade de produtos descartados.

Feitas estas primeiras digressões, vamos aprofundar o estudo da obsolescência na sociedade de consumo atual no presente trabalho.

3. OBSOLESCÊNCIA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Vimos anteriormente como foi a evolução história para a constituição da sociedade de consumo e como ela se tornou um terreno fértil para a obsolescência.

A obsolescência pode ocorrer de diversas formas, redução da vida útil, número de usos, prazo de validade, impossibilidade de

.....
⁷¹ ANNIE LEONARD, *A HISTÓRIA DAS COISAS: DA NATUREZA AO LIXO, O QUE ACONTECE COM TUDO QUE CONSUMIMOS*. ANNIE LEONARD COM ARIANE CONRAD; REVISÃO TÉCNICA ANDRÉ PIANI BESSERMAN VIANNA; TRADUÇÃO HELOISA MOURÃO – RIO DE JANEIRO; ZAHAR, 2011, p. 11.

⁷² ANNIE LEONARD, *OB. CIT.*, p. 11.

realizar reparos no produto como também pela introdução de novos produtos ou outras condições no mercado que torne o produto em posse do consumidor menos atrativo.

Tão importante quanto entender a obsolescência é entender que seus reflexos são muito mais amplos e atingem toda a sociedade.

Inicial e sumariamente, precisamos ter em mente que os produtos nascem mediante a extração de recursos naturais do meio ambiente e estes são processados transformando-se componentes, peças ou partes que uma vez reunidos constituirão o produto a ser colocado no mercado de consumo.

Além dos produtos em si, devemos lembrar que estes muitas vezes possuem acessórios, que acompanham ou são vendidos separadamente, manuais, embalagem do produto e embalagem para despacho, entre outros.

Ainda, devemos considerar que as partes que compõem o produto e o produto em si são transportados, armazenados, distribuídos e colocados no mercado do consumo, seja diretamente como no caso da aquisição física ou via comércio eletrônico, isto é, existem uma série de ações que são necessárias para a consecução da operação de venda.

Uma vez em posse do consumidor, o produto passará a ser utilizado, situação esta que pode significar a necessidade de realização de manutenção periódica ou preventiva (v.g., veículos automotores), manutenção corretiva no caso de quebra do produto ou simplesmente ações do próprio consumidor para usá-lo corretamente (limpeza, carga da bateria, aquisição de consumíveis, por ex., sabão para máquina de lavar roupa), entre outros.



No final da vida útil, ou não, os produtos deixam de ser usados pelo consumidor e são descartados, preferencialmente de forma ambientalmente adequada, mas nem sempre esta é a realidade encontrada.

Quando descartados de forma ambientalmente correta, estes produtos são encaminhados para recicladoras que farão a desmontagem, separação e segregação dos materiais que compõem o produto, então estes são enviados para empresas de processamento que transformarão os materiais segregados em novas matérias primas para novos produtos.

Quando descartados sem a preocupação ambiental, estes produtos são geralmente encaminhados para aterros, que tendem a ser bastante poluentes à região onde estão instalados.

Olhando a questão da obsolescência em uma perspectiva maior, podemos perceber que o impacto não ocorre somente no mercado de consumo, ou seja, não se trata apenas de um problema, vício ou situação entre o fornecedor e o consumidor. Nesta nova perspectiva, é possível perceber que existem aspectos ambientais, sociais, econômicos, entre outros, além daqueles existentes na relação de consumo.

Podemos chamar a trajetória dos produtos durante todas as suas fases, desde a produção até seu descarte de ciclo de vida. Ciclo de vida, segundo a norma ISO 14040:2014, alude às "fases consecutivas e interligadas do sistema de um produto, desde a aquisição de matéria-prima ou geração a partir de recursos naturais até o descarte final"⁷³.

⁷³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, *ISO 14040:2006. Environmental management -- Life cycle assessment -- Principles and framework*. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=37456>. (11.12.2019).

Ainda, segundo a mesma norma, a análise do ciclo de vida ("ACV") consiste na compilação e avaliação dos insumos (*inputs*), processos e produtos (*outputs*) e impactos ambientais potenciais do sistema de um produto ao longo do seu ciclo de vida⁷⁴.

O vídeo intitulado "*The Story of Stuff*"⁷⁵, que se transformou no livro "A história das coisas"⁷⁶, traça o ciclo das manufaturas de produtos, desde a etapa de extração, produção, distribuição, até o consumo e disposição.

Leonard, autora do projeto (vídeo e livro), afirma que apenas 1% dos produtos vendidos nos Estados Unidos da América permanecem em uso pelos consumidores após seis meses contados da data da respectiva compra.

O ciclo de produção e venda dos produtos, nos EUA, é claramente percebido pelas duas atividades que mais tomam tempo dos americanos em seu tempo livre, que é ver TV e fazer compras. Os consumidores americanos estão presos em um ciclo no qual trabalham por longas horas e no tempo livre assistem à TV e são influenciados a fazer novas compras, estas realizadas na outra metade do tempo livre. Trata-se de um ciclo sem fim, pois a publicidade e o *marketing* a cada momento trazem novos direcionamentos de consumo, fazendo com que os consumidores descartem seus produtos antigos e comprem novos⁷⁷.

⁷⁴ International Organization for Standardization. ISO 14040:2006. ob. cit.

⁷⁵ STORY OF STUFF PROJECT, *The story of stuff*. 2015. disponível em: <<http://storyofstuff.org/>>. (11.12.2019).

⁷⁶ ANNIE LEONARD, ob. cit.

⁷⁷ ANNIE LEONARD, ob. cit.. p. 17-18.



Outro aspecto que precisamos verificar que a obsolescência pode ainda ser artifício interno ou externo da relação de consumo⁷⁸. A obsolescência pode ser considerada como um artifício interno, quando o fornecedor, de alguma forma, faz com que tal artifício esteja presente no produto ou mesmo na relação de consumo (pós-contratual), por exemplo, deixa de disponibilizar consumíveis ou peças de reposição; já é considerado artifício externo, quando o fornecedor cria um ambiente ou condição de mercado fazendo com que o consumidor venha a substituir o seu produto, como é o caso da obsolescência psicológica⁷⁹.

Com este aspecto em mente, podemos então aprofundar cada um dos aspectos acima descritos.

1.) Redução da vida útil do produto mediante o uso de artifícios ou uso de materiais de menor durabilidade.

Para entender o conceito de vida útil, vamos nos suportar de Tim Cooper que entende que a longevidade de um produto corresponde à sua vida útil e depende da natureza (tipo), da forma de uso, da duração, da frequência e intensidade, mas a medida mais comum é o número de anos⁸⁰.

Tim Cooper ainda denota que a vida útil do produto depende dos materiais utilizados na sua confecção, da qualidade do *design*, da manufatura e montagem, da qualidade do projeto, da facilidade de manutenção e reparabilidade e possivelmente, a atualização ou melhoria de seus componentes (*upgrade*).

⁷⁸ WILLIAM CORNETTA, *ob. cit.*, p. 51.

⁷⁹ WILLIAM CORNETTA, *ob. cit.*, p. 50-51.

⁸⁰ TIM COOPER, *The significance of product longevity*. In: ____ (Ed.). *Longer lasting PRODUCTS – ALTERNATIVES TO THE THROWAWAY SOCIETY*, p. 8- 9.

Assim podemos depreender que dependendo de como o produto é projetado, construído, qualidade dos materiais utilizados, entre outros, pode-se esperar uma vida útil decorrente dele, isto é, o uso de um melhor projeto, melhores materiais e um processo de industrialização melhor, é esperado que o produto tenha uma vida útil mais longa.

Importante frisar que estes aspectos resultam das decisões dos fabricantes, que são influenciados pela estrutura do mercado e respectivas condições, incluindo as demandas dos consumidores, como observa Cooper⁸¹.

Além disto, existem diversas formas de realizar previsões da vida útil do produto colocado no mercado. Slade observa que as empresas não podem ser criticadas pelo fato de legitimamente calcularem a vida útil e a morte de seus produtos⁸², o que não pode ocorrer é deliberadamente fazerem alterações em seus produtos com o objetivo reduzir-lhes o prazo.

Segundo o autor, entender o prazo da vida útil do produto é conveniente em verificar quais serão as partes ou materiais que deteriorarão primeiro, utilizando da sua engenharia para tornar os produtos melhores ou antevendo a possibilidade de realização de manutenção ou ajustes para alongar a utilização do produto.

O problema ocorre quando os fabricantes deliberadamente decidem reduzir a vida útil de um produto, ou seja, o fornecedor é capaz de fabricar um produto com uma determinada vida útil, mas resolve reduzir a vida útil do produto pela utilização de materiais,

⁸¹ TIM COOPER, *Longer lasting products*, ob. cit., p. 16.

⁸² VANCE PACKARD, ob. cit., p. 69.



processo ou projeto de qualidade inferior com o único objetivo de induzir o consumidor a realizar compras repetitivas dos produtos.

Podemos também incluir neste aspecto a utilização de artifícios para redução do número de utilizações.

O documentário espanhol de 2010, denominado “*Comprar, tirar, comprar*”⁸³ da RTVE, idealizado por Cosima Dannoritzer, explora a questão da obsolescência com alguns exemplos, um deles são as impressoras que deixam de funcionar após a impressão de um determinado número de páginas pela existência de um *chip* que detecta o número de páginas impressas e trava a impressora quando chega ao número pré-programado pelo fabricante.

2.) Redução da vida útil do produto pela impossibilidade de realização de manutenção, seja pela ausência de peças para reposição ou assistência técnica, seja pela incompatibilidade entre componentes antigos e novos, incluindo *softwares* e suas atualizações, ou pela ausência de consumíveis, acessórios, produtos associados ou relacionados com o produto principal.

Neste caso, temos alguns aspectos a serem analisados. O primeiro diz respeito à capacidade de manutenção, juntamente com a existência de peças de reposição e dos serviços de assistência técnica.

Não é esperado que nenhuma linha de produção venha produzir diversos produtos sem que eventualmente uma ou outra unidade venha apresentar problema ou vício de utilização, seja o vício apresentado no primeiro uso ou após algum tempo.

Seja o vício apresentado no prazo de garantia ou mesmo após a expiração deste, é esperado pelo consumidor a possibilidade da

⁸³ ESPAÑA – RTVE - RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA, *Comprar, Tirar, Comprar*". *ob cit.*

reparação do produto ou a substituição da parte/peça viciada para então poder utilizar o mesmo. Para isto, faz-se necessário a possibilidade do reparo do produto, a existência de peças e de assistências técnicas aptas a realização do reparo. Trata-se de um trinômio necessário, sem qualquer um deles, torna-se impossível o reparo e a possibilidade de continuidade de uso do produto.

Importante salientar que com a miniaturização de muitos produtos, alguns deles se tornaram impossíveis de serem reparados, situação que implica o descarte do produto.

O segundo aspecto aqui descrito é a incompatibilidade do produto com o padrão do mercado, incluindo a incompatibilidade de *softwares*. A obsolescência por incompatibilidade ocorre principalmente na área de tecnologia da informação. A ideia é tornar um produto inútil por não ser compatível com versões futuras ou com as correntes tecnológicas disponíveis no mercado. É o que acontece, particularmente, com *softwares*/programas de computador⁸⁴.

Ela também pode ocorrer em relação a outros aspectos, por exemplo, quando ocorreu a mudança do padrão dos conectores entre os *Iphones* da geração 4 e 4S para o *Iphone* 5 em diante, ou seja, a mudança do padrão *dock* 30 pinos para o *Lightning* 8 pinos, que tornou muitos cabos e acessórios inúteis para as novas gerações do *Iphone*.

Por fim, a questão dos consumíveis diz respeito a todos aqueles materiais necessários para o uso do produto, como as bobinas de papel térmico para os aparelhos de *fac-símile*, cartuchos de tinta para impressoras, entre outros.

84 CENTRE EUROPÉEN DE LA CONSOMMATION, *ob. cit.* p. 4.



Podemos incluir ainda produtos relacionados como os casos de tocadores de disco de vinil e os discos de vinil, aparelho de reprodução de DVD's e os discos de DVD, entre outros.

3.) Introdução de produtos ou outras condições no mercado, como fatores psicológicos, mercadológicos, tecnológicos, funcionais ou outra forma de persuasão, fazendo com que o produto funcional em posse do consumidor seja menos desejável;

Nesta situação o produto em posse de consumidor não apresenta nenhum vício e se encontra apto a atender aos fins que se destina, contudo pela inclusão de novos fatores no mercado, aquele produto em mão do consumidor se torna menos desejável. O caso mais clássico que podemos citar trata-se do mercado da moda, no qual de um ano para o outro os fabricantes mudam as cores e tipos de tecidos, sem nenhum benefício para o consumidor, apenas induzindo o consumidor a substituir suas peças de roupas antigas pelas novas que passam a ser consideradas “da moda”.

Na situação que estamos tratando é a que gera mais fácil a compra repetitiva por parte do consumidor, uma vez que o fornecedor não precisa de grandes investimentos nem de longo prazo para desenvolver uma nova tecnologia ou funcionalidade do produto. Por exemplo, nos mercados da moda, do *design*, dos automóveis, entre outros, a diferença entre um modelo de roupa, uma estação ou ano do produto, no caso de veículos, pode ser simplesmente a cor ou um detalhe estético que não traz nenhuma vantagem para a operação ou o desempenho do produto.

Podemos destacar ainda que nesta situação, a atuação do fornecedor não é utilizada diretamente no produto, mas sim no ambiente ou no *marketing* que é feito em torno dele, isto é, diferente

de outras forma de obsolescência, o fornecedor não manipula o produto para falhar antes do tempo nem trabalha para incluir uma nova função, mas sua atuação ocorre na introdução de fatores mercadológicos ou na psique do consumidor tornando o produto em posse do consumidor menos atrativo.

4.) Redução do prazo de validade ou do número de vezes de usos do produto sem qualquer razão científica.

Nesta situação o fornecedor reduz deliberadamente e sem nenhuma justificativa o número de usos ou o prazo de validade do produto.

Rizzatto Nunes entende que o prazo de validade dos produtos é garantia de dupla face: "a.) garante ao consumidor que o produto até a data marcada encontra-se em condições adequadas de consumo; b.) garante o fabricante, produtor, importador ou comerciante que, após a data marcada, o risco do consumo do produto é do consumidor"⁸⁵.

Existem ainda produtos cujo prazo de validade é indeterminado, aqueles que não têm um prazo para ser consumidos, como é o caso de eletrodomésticos, automóveis, eletroeletrônicos, artigos de vestuário e de decoração. Alguns produtos de alimentação podem ser assim considerados, como vinhos e bebidas destiladas, cujo prazo de consumo pode prolongar-se por vários anos.

A legislação europeia, nos termos da Directiva 2000/13/CE, estabelece que os produtos alimentícios comercializados na União Europeia devem ser etiquetados conforme tal diretiva, além de informar: (i) data de consumo máximo, correspondente ao tempo

⁸⁵ LUIZ ANTÔNIO RIZZATTO NUNES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 245.



que razoavelmente se espera que o alimento mantenha a sua qualidade, ou (ii) data de validade, ou seja, período durante o qual se espera que o produto é seguro para o consumo desde que armazenado nas condições especificadas.

Podemos entender o prazo de validade como o lapso de tempo durante o qual o produto pode ser armazenado e consumido sem perder as suas características e sem apresentar algum risco ao consumidor.

Existem técnicas e regulamentações que determinam a forma através da qual o prazo de validade é definido para a maior parte dos produtos, como os alimentícios, medicamentos, etc.

Quando o fornecedor decide sem uma razão científica reduzir o prazo ele pode causar uma situação de compra repetitiva sem a necessidade para o consumidor. Podemos citar como exemplo um determinado produto que poderia durar seis meses e por decisão do fornecedor tem seu prazo reduzido para apenas três meses, neste caso um consumidor poderia ser induzido a descartar um produto, ainda apto para o consumo, mas com a validade mascaradamente vencida para adquirir um novo produto.

O impacto no mercado de consumo é a compra repetitiva, mas os aspectos mencionados anteriormente também são aplicáveis aqui, como por exemplo o endividamento das famílias pelas compras repetitivas.

Podemos então entender que a obsolescência no mercado de consumo tem por objetivo induzir o consumidor a realizar compra repetitiva de produtos, que é conseguida pela redução da vida útil, número de usos ou prazo de validade do produto. Também

pode ser feita pela impossibilidade de realização de manutenção, incompatibilidade ou ausência de consumíveis, acessórios, produtos associados ou relacionados com o produto principal.

Estes dois aspectos são aspectos internos da relação de consumo, contudo existe também a obsolescência causada por aspecto externo à relação de consumo. Neste último caso, podemos apontar introdução de produtos ou outras condições no mercado, como fatores psicológicos, mercadológicos, tecnológicos, funcionais ou outra forma de persuasão, fazendo com que o produto funcional em posse do consumidor seja menos desejável.

No plano social, vislumbram-se três tipos de problemas causados pela obsolescência. “Em primeiro lugar, numa altura de crise, os comportamentos provocados pela obsolescência programada dos bens de consumo contribuem para a dinâmica das compras a crédito e para taxas de endividamento nunca antes atingidas”⁸⁶.

Como visto anteriormente, um dos caracteres principais da chamada sociedade de hiperconsumo é o crédito, ou seja, as pessoas não mais necessitam dispor da quantia integral para a aquisição do bem, elas podem fazer uso do crédito, que pode ser feito através do pagamento parcelado, financiamento e/ou postergação do pagamento para concluir a compra.

Contudo, a maravilha do crédito não é gratuita, as taxas de juros atribuídas a tais compras muitas vezes são exorbitantes, ou seja,

⁸⁶ COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer. “*Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida*”. CMMI/112. Ciclo de vida dos produtos e informação ao consumidor. Relator Thierry Libaert e Correlator Jean Pierre Haber. Bruxelas, 17 de outubro de 2013, p. 6. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE1904&from=ES>. (11.12.2019).



o consumidor pode pagar pelo uso do crédito valores muito superiores do que o produto em si. Para ilustrar esta assertiva a Pesquisa do Banco Central do Brasil, Anefac e Proteste apresentam que a taxa de juros cobrada dos consumidores que não pagam o valor total é muito elevada na América Latina, conforme quadro abaixo:

Quadro 1 – Comparativo das taxas do rotativo do Cartão de crédito na América Latina (em % a.a.)

País	Percentual, em % ao ano
Brasil	436% (média)
Peru	43,7% (média)
Argentina	43,29% (máximo cobrado)
Colômbia	30,45% (média)
Venezuela	29% (máximo cobrado)
Chile	24,90% (média)
México ¹	23,0% (média)

Fonte: Pesquisa Banco Central, Anefac e Proteste⁸⁷

Uma vez verificada a questão de crédito, podemos anotar um segundo aspecto. Usualmente, as pessoas mais afetadas pela obsolescência pertencem às camadas sociais mais desfavorecidas, que não têm condições de arcar com preços mais elevados de produtos sustentáveis ou com maior prazo de vida útil e muitas vezes têm de se contentar com produtos mais frágeis e com vida útil menor⁸⁸.

⁸⁷ PORTAL BRASIL. *Brasil é o campeão em juros do cartão de crédito*, disponível em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/brasil-e-campeao-em-juros-do-cartao-de-credito> (30.12.2017).

⁸⁸ COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *ob. cit.*.

A justificativa acima decorre da comparação de dois produtos, um deles com o valor superior mas com uma vida útil/número de utilização muito maior e um segundo produto com valor menor mas com uma vida útil/número de utilização muito inferior, assim quando diluído ao longo do tempo o valor do produto, o primeiro produto inicialmente mais caro pode ser mais benéfico ao consumidor.

Todo o consumidor que vem adquirir um produto durável, o faz com a promessa que este produto vai se prestar aos fins que se propõe por um prazo mínimo.

Relacionado a tal ponto, podemos ainda destacar o custo de manutenção ao longo da vida útil do produto, ou seja, é importante verificar a questão de outros custos associados com a manutenção do produto ao consumidor.

Como exemplo, podemos citar o caso de um consumidor adquire um veículo, mas ao longo da vida deste o custo de manutenção do mesmo é muito alto quando comparado com outros veículos.

Estes aspectos têm uma relação direta com a questão do atendimento das necessidades básicas decorrente do mínimo essencial conforme visto anteriormente. Quando uma pessoa ou uma família passa a despendar cada vez mais para substituir produtos que tiveram sua vida útil reduzida em decorrência da obsolescência, esta pessoa ou família é obrigada a despendar recursos de seu orçamento para a compra repetitiva de produtos retirando recursos de outros aspectos do orçamento familiar. Outro problema que ainda podemos destacar é que toda a cadeia de empregos das empresas de reparação às vezes tem de arcar com as repercussões negativas da obsolescência programada, uma vez que mui-



tos produtos não podem ser reparados em decorrência de distintos fatores, como alto custo, dificuldade técnica, falta de peças de reposição e outros⁸⁹.

Assim, no plano social e econômico da obsolescência, podemos identificar que ela, juntamente com o fenômeno do crédito causam um maior endividamento das famílias, atingindo principalmente aquelas mais desfavorecidas, ou seja, aquelas que não têm condição de arcar com os custos de produtos com maior vida útil ou durabilidade.

Além disto, a compra repetitiva de produtos, decorrente da obsolescência, tem um impacto direto no orçamento familiar fazendo com que as famílias destinem recursos de áreas importantes, como a alimentação, para a reposição de produtos que deixaram de funcionar, por exemplo.

Por fim, o impacto para o mercado de assistência técnica é a redução deste mercado, podendo esta assertiva ser verificada pela pesquisa aqui colacionada que demonstra a tendência do consumidor a substituir o produto a realizar o reparo do mesmo.

⁸⁹ COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *ob. cit.*.

CONCLUSÃO

Uma vez realizado a presente pesquisa, podemos verificar que o consumo é fruto da criação humana que ocorreu ao longo dos últimos séculos e o consumo se consolidou em praticamente todos os países.

Nesta caminhada histórica do consumo, podemos apontar que a forma de consumo sofreu uma sensível alteração. Antes existia um consumo centrado na família e atualmente, este consumo é feito de maneira individualista, imediatista e hedonista.

Este novo modelo de consumo permitiu a consolidação da chamada sociedade de hiperconsumo abrindo espaço para o chamado "Throwaway Living" ou "vida descartável", comemorando, pode-se dizer, a "sociedade do descartável" pela possibilidade de se adquirir produtos para, depois de uma única utilização, descartá-los.

Este contexto tornou o solo fértil para que os fabricantes utilizassem do artifício da obsolescência no mercado de consumo com o objetivo de induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos.

A história da obsolescência é recente e tem como marco de desenvolvimento o início do século passado, principalmente nos Estados Unidos da América. Podemos classificá-la em quatro momentos distintos onde o contexto da obsolescência foi alterado.

O primeiro é o surgimento da obsolescência com foco na macroeconomia como algo benéfico para a sociedade; uma solução que permitisse o crescimento econômico e evitasse crises como a



ocorrida em 1929, conhecida como "Grande Depressão". No segundo momento, ela passou a ser vista como uma característica do capitalismo, uma forma de permitir a sustentabilidade do sistema. No terceiro momento, ela passa a fazer parte da estratégia de negócios de empresas e do mercado com o objetivo de aumentar suas vendas por meio do consumo repetitivo. Por fim, a obsolescência, no quarto momento, torna-se um problema social que estende seus reflexos para diferentes planos como o social-econômico, e de consumo.

Importante salientar que não existe um conceito fechado de obsolescência sendo a sua conceituação utilizada da seguinte forma, para fins do presente estudo:

("i") redução da vida útil do produto mediante o uso de artifícios ou uso de materiais de menor durabilidade;

("ii") redução da vida útil do produto pela impossibilidade de realização de manutenção, seja pela ausência de peças para reposição ou assistência técnica, seja pela incompatibilidade entre componentes antigos e novos, incluindo *softwares* ou suas atualizações, ou pela ausência de consumíveis, acessórios, produtos associados ou relacionados com o produto principal;

("iii") introdução de produtos ou outras condições no mercado, como fatores psicológicos, mercadológicos, tecnológicos, funcionais ou outra forma de persuasão, fazendo com que o produto funcional em posse do consumidor seja menos desejável;

("iv") redução do prazo de validade ou do número de uso do produto sem qualquer razão científica.

A obsolescência é, desta forma, um artifício utilizado no mercado de consumo e usado pelos fornecedores para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas do produto, independente de o produto que já possui estar em pleno funcionamento ou não, que é o principal reflexo na relação de consumo.

Tratando do produto, é importante conhecer o ciclo de vida dos produtos que nascem mediante a extração de recursos naturais, então são processados transformando-se em matérias primas, componentes, peças ou partes que uma vez reunidos constituirão o produto a ser colocado no mercado de consumo. Depois de colocados no mercado, estes são adquiridos, utilizados e depois descartados (processo que pode ser feito de maneira ambientalmente correta ou não).

Foi objetivo do presente trabalho aprofundar o estudo do impacto da obsolescência e por isto foram analisados a obsolescência no mercado de consumo, aspectos social-econômico da obsolescência.

Já pelo lado do plano de consumo, o principal impacto da obsolescência é a compra repetitiva, ou seja, a obsolescência no mercado de consumo tem por objetivo induzir o consumidor a realizar compra repetitiva de produtos, que é conseguida pela redução da vida útil, número de usos ou prazo de validade do produto. Também pode ser feita pela impossibilidade de realização de manutenção, incompatibilidade ou pela ausência de consumíveis, acessórios, produtos associados ou relacionados com o produto principal.

Estes dois aspectos são aspectos internos da relação de consumo, contudo existe também a obsolescência causada por aspecto externo à relação de consumo. Neste último caso, podemos apon-



tar introdução de produtos ou outras condições no mercado, como fatores psicológicos, mercadológicos, tecnológicos, funcionais ou outra forma de persuasão, fazendo com que o produto funcional em posse do consumidor seja menos desejável.

No plano social e econômico da obsolescência, as obsolescências em adição ao fornecimento de crédito causam um maior endividamento das famílias, que tendem a ser mais severa com aquelas mais desfavorecidas.

Outro ponto é o impacto das compras repetitivas no orçamento familiar fazendo com que as famílias destinem recurso de áreas importantes, como a alimentação, para a reposição de produtos que deixam de funcionar, por exemplo.

O último aspecto neste plano decorre da redução do mercado de assistência técnica que ocorre pela dificuldade do reparo ou pelo custo de realização do mesmo.

Desta forma, buscar uma nova forma de consumo que signifique um consumo mais sustentável e que preze por produtos com maior duração deve ser o norte para a modelagem da relação social de consumo.

ÍNDICE GERAL

Apresentação	7
CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE CONTEÚDOS E SERVIÇOS DIGITAIS	
<i>Alexandre L. Dias Pereira</i>	
Introdução.....	11
1. Não interferência com o direito civil clássico.....	13
2. Direitos do consumidor de conteúdos ou serviços digitais contratados à distância previstos no dl 24/2014.....	15
3. Fornecimento de conteúdos ou serviços digitais	16
4. Onerosidade: os dados pessoais como possível moeda.....	21
5. Princípio da pontualidade e princípio da conformidade com o contrato	24
6. Direito às atualizações e direito à integração correta dos conteúdos e serviços digitais	25
7. “Remédios para a quebra do contrato” por não forneci- mento ou por falta de conformidade.....	27
8. Exercício do direito de rescisão e seus efeitos	31
9. Direito de alteração dos conteúdos ou serviços digitais.....	32
10. Responsabilidade objetiva do fornecedor de conteúdos e serviços digitais?.....	33
11. Conclusão	35



PROTEÇÃO DE DADOS, CONSENTIMENTO E TUTELA DO CONSUMIDOR

Mafalda Miranda Barbosa

1. Introdução	37
2. O quadro legal em matéria de proteção de dados: breve referência	40
2.1. A lei n.º67/98, de 26 de outubro e a proteção de dados	40
2.2. O regulamento (ue) 2016/679 do parlamento e do conse- lho, de 27 de abril de 2016, e a lei n.º58/2019, de 8 de agosto ...	48
3. O consentimento	55
3.1. O consentimento em geral	56
3.2. O consentimento ao nível da proteção de dados.....	61
3.2.1. O papel do consentimento.....	61
3.2.2. O quando e o como do consentimento. O problema das modalidades e da forma do consentimento	65
3.2.3. O consentimento livre e esclarecido	73
3,2,4. A especificidade do consentimento	82
3.2.5. A revogabilidade do consentimento	83
3.2.6 A capacidade para consentir	83
4. As novas regras europeias: o consumidor, a proteção de dados e os deveres de informação.	85



O NOVO REGIME JURÍDICO DAS VIAGENS ORGANIZADAS E SERVIÇOS DE VIAGEM CONEXOS: SUJEITOS, OBJETO, GARANTIAS E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Maria Oliveira

1. Introdução	92
2. Os sujeitos no contrato de viagem organizada e de serviços de viagem conexos na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março	101
2.1. Os viajantes	101
2.2. Os operadores, os organizadores e os retalhistas	109
3. O objeto do contrato de viagem organizada e de serviços de viagem conexos na Diretiva e no Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março	116
4. As garantias dos viajantes na diretiva e no decreto-lei n.º 18/2018, de 8 de março	128
4.1. Responsabilidade pela execução da viagem organizada ..	128
4.2. Proteção do viajante em caso de insolvência dos organizadores	131
4.3. Proteção do viajante em caso de insolvência aplicável aos serviços de viagem conexos	143
5. Os meios de resolução alternativa de litígios emergentes de contratos de viagens organizadas e de serviços de viagem conexos	146
5.1. Provedor do cliente da associação portuguesa de agências de viagens e turismo	149



5.2. Comissão arbitral	154
5.3. Arbitragem	158
5.4. Comparação entre os meios de resolução de litígios.....	161
6. Conclusões	163
7. Abreviaturas	166

O CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE:
CONTRIBUTO PARA A REFLEXÃO ACERCA DA DELIMITAÇÃO DO TIPO
À LUZ DO ELEMENTO RISCO E DA PRÁTICA DO QUESTIONÁRIO PELO
CONFRONTO ENTRE OS MODELOS DO QUESTIONÁRIO ABERTO E FECHADO

Marisa Silva Monteiro

I - Introdução.....	169
I.1 O regime jurídico do contrato de seguro: decreto-lei n.º 72/2008, de 16 de abril.....	169
I.2 As inovações da lcs	172
I.3 As alterações trazidas pela lei n.º 147/2015, de 9 de setem- bro	174
II - O contrato de seguro	177
II.1 Conceito	177
II.2 Natureza jurídica	179
II.3 Caracterização geral	180
III – O seguro de saúde.....	183
III.1 Nótulas introdutórias.....	183
III.2 Noção	189



III.3 Delimitação do tipo	193
III.3.1 A importância do risco.....	193
III.3.2 A declaração inicial do risco	209
III.3.3 Questionário aberto e fechado	219
IV – Conclusões finais.....	241
Bibliografia.....	248

O LUGAR DA VULNERABILIDADE NO
DIREITO DO CONSUMIDOR PORTUGUÊS

Sandra Passinhas

1. Introdução	257
2. A questão da vulnerabilidade	258
3. A proteção do consumidor funcionalizada ao mercado interno: a consideração do consumidor médio.....	263
a) a consideração do consumidor médio na jurisprudência	270
b) a consideração do consumidor médio na legislação	289
c) a consideração do consumidor médio como estratégia política.....	297
4. Meios de proteção do consumidor: os remédios do direito do consumidor e os outros	300
5. Conclusão.....	308
Referências.....	309



OBSOLESCÊNCIA
DA ORIGEM AO PROBLEMA SOCIAL E SEUS REFLEXOS À SOCIEDADE

William Cornetta

Introdução.....	315
1. Do nascimento da sociedade de consumo ao hiper- consumo	316
2. Obsolescência	321
2.1. Conceito de obsolescência	321
2.2. Tipologia da obsolescência	322
2.3. Da origem ao problema social	327
2.3.1. Solução macroeconômica	327
2.3.2. Caractere do capitalismo	329
2.3.3 Plano de negócio	331
2.3.4 Problema social	333
3. Obsolescência na sociedade de consumo	336
Conclusão	351