

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**ESTUDOS DE DIREITO
DO CONSUMIDOR**

**DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO**



N.º 17 - 2021

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

estudosdedireitodoconsumidor@fd.uc.pt

<https://www.fd.uc.pt/cdc/revista/>

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISSN

1646-0375

DEPÓSITO LEGAL

151 684/00

© JULHO 2021

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

Bernardo Franke Dahinten | Augusto Franke Dahinten

NOVAS TECNOLOGIAS, REGULAÇÃO E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES: REFLEXÕES SOBRE O CASO DA UBER NO BRASIL E EM PORTUGAL

Gabriela Mesquita Sousa

FORMAÇÃO DO CONTRATO NO REGIME DOS CONTRATOS DE CRÉDITO RELATIVOS A IMÓVEIS (DECRETO-LEI N.º 74-A/2017, DE 23 DE JUNHO)

Guilherme Mucelin

PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO: OS FORNECEDORES DA SHARING ECONOMY NUMA VISÃO BRASILEIRA

Irene Rebelo

A COVID-19 E O SEU IMPACTO NOS CONTRATOS

Joana Lourenço e Castro

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO PRÁTICA DO DECRETO-LEI N.º 227/2012 DE 25 DE OUTUBRO

Luiz Fernando Afonso

MEDICALIZAÇÃO DO CONSUMO E PUBLICIDADE ABUSIVA - A PROTEÇÃO DIFUSA DOS IDOSOS

Mafalda Miranda Barbosa

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TAMANHO DA LETRA: A PROPÓSITO DA RECENTE ALTERAÇÃO AO DL N.º 446/85, DE 25 DE OUTUBRO

Maria José Capelo | Ana Francisca Dias

ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: QUESTÕES PRÁTICAS

Maria Luiza Baillo Targa

OS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DE TRANSPORTE AÉREO ANTES E DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Marisa Silva Monteiro

DEVERES DE INFORMAÇÃO A INVESTIDORES NÃO PROFISSIONAIS-CONSUMIDORES

Nicole Rinaldi de Barcellos

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE CONSUMO: LEI APLICÁVEL, JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

Paulo Mota Pinto

VENDA DE BENS DE CONSUMO. APONTAMENTO SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/771 E O DIREITO PORTUGUÊS

Rui Estrela de Oliveira

A RENÚNCIA TÁCITA DO CREDOR À INDIVISIBILIDADE DA HIPOTECA

Tatiana Bruhn Parmeggiani Gomes

PUBLICIDADE E CONSUMO: PAPEL DAS CELEBRIDADES E INFLUENCIADORES DIGITAIS NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR ALÉM-FRONTEIRAS E NO BRASIL

Vítor Hugo do Amaral Ferreira

A FIGURA DO MEDIADOR DE CRÉDITO: EXPERIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E PERSPECTIVAS BRASILEIRAS AO (SOBRE)ENDIVIDAMENTO

APRESENTAÇÃO

Com a regularidade habitual, cá estamos a apresentar um novo volume dos “Estudos de Direito do Consumidor”. Diz respeito ao ano de 2021; e é já o n.º 17. Com ele saudamos os Leitores que nos privilegiam com a sua consulta.

A pandemia não nos impediu de prosseguir a nossa caminhada. Adaptámo-nos ao “novo normal”! O Curso seguiu por via zoom. A adesão dos Estudantes/Auditores foi extraordinária! Mas entretanto, aos poucos, estão a regressar as aulas presenciais, que verdadeiramente não podem ser totalmente substituídas por aulas virtuais!

No tocante ao presente volume, aos nomes já consagrados dos Doutores Paulo Mota Pinto, Mafalda Miranda Barbosa e Maria José Capelo, distintos Professores da Faculdade e deste Centro, juntam-se jovens e prometedores juristas que vêm participando em iniciativas do CDC, designadamente nos Cursos de Pós-Graduação e de Especialização em Direito do Consumidor. Saudamos também a presença da Professora Marisa Silva Monteiro, Doutora pela nossa Casa, com um denso artigo sobre o importante tema dos deveres de informação dos intermediários financeiros, mormente à luz da equiparação legal dos investidores não profissionais a consumidores.

Chamamos ainda a atenção para a importância e actualidade dos temas aqui tratados, alguns deles objecto de recentes intervenções legislativas. Assim como para a diversidade dos temas abrangidos, ainda que quase todos eles tendo como denominador comum de referência o consumidor.

Finalmente, também na linha do que tem sido a orientação destes “Estudos”, não falta a dimensão internacional no presente volume, com olhares atentos sobre a realidade brasileira.

Boa leitura!

Coimbra, FDUC/CDC, em Junho de 2021
António Pinto Monteiro

DOUTRINA

NOVAS TECNOLOGIAS, REGULAÇÃO E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES: REFLEXÕES SOBRE O CASO DA UBER NO BRASIL E EM PORTUGAL

Bernardo Franke Dahinten *

Augusto Franke Dahinten **

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo relacionar, ainda que de forma sintetizada, a proteção dos consumidores e as novas tecnologias, tendo como pano de fundo o caso dos aplicativos de transporte de passageiro (Uber e similares) e a forma como ocorreu a sua regulação no Brasil e em Portugal. O texto está estruturado em 3 capítulos: o primeiro contextualiza a proteção do direito do consumidor no sistema jurídico brasileiro e no sistema jurídico português; o segundo aborda o aspecto da regulação das novas tecnologias, com enfoque no caso da Uber; e o terceiro aborda a decisão preferi-

* Doutorando e Mestre em Direito pela PUCRS. Pós-graduado em Direito Médico pela Escola Superior Verbo Jurídico, em Direito Empresarial pela PUCRS e em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC/RS). Especialista em Direito do Consumidor pelo Centro de Direito do Consumo, da Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra, Portugal. Advogado em Porto Alegre, Brasil.

** Doutorando e Mestre em Direito pela PUCRS. Pós-graduado em Direito Internacional Público e Privado e em Direito Ambiental pela UFRGS. Possui MBA em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pelo IDC/RS. Advogado em Porto Alegre, Brasil.

da pelo STF no âmbito da ADPF 449, assim como a decisão proferida pelo TJUE no julgamento do C-434/15. Ao final, conclui-se que, em ambos os casos, vê-se como adequada a solução jurídica neles adotada, através da regulação da atividade, sem proibi-la, de forma a viabilizar o seu desenvolvimento, mas buscando também resguardar, entre outros fatores, a proteção dos direitos dos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE:

Proteção do Consumidor. Novas Tecnologias. Uber. Regulação no Brasil. Regulação em Portugal.

ABSTRACT

This article aims to relate, albeit in a synthesized way, consumer protection and new technologies, having as a background the case of passenger transport applications (Uber and similar) and the way in which their regulation occurred in the Brazil and Portugal. The text is structured in 3 chapters: the first contextualizes the protection of consumer rights in the Brazilian legal system and in the Portuguese legal system; the second addresses the aspect of regulation of new technologies, with a focus on the case of Uber; and the third addresses the decision issued by the STF at the judgment of ADPF 449, as well as the decision issued by the CJEU in the judgment of C-434/15. In the end, it is concluded that, in both cases, the legal solution adopted in them is seen as appropriate, through the regulation of the activity, without prohibiting it, in order to make its development feasible, but also seeking to safeguard, among others factors, the protection of consumer rights.

KEYWORDS:

Consumer Protection. New Technologies. Uber. Regulation in Brazil. Regulation in Portugal.

SUMÁRIO:

Introdução; 1. O Direito do Consumidor nos Sistemas Jurídicos: 1.1 A Proteção do Consumidor no Ordenamento Brasileiro; 1.2 A Proteção do Consumidor no Ordenamento Português; 2. A Regulação das Novas Tecnologias: 2.1 A Quarta Revolução Industrial; 2.2 Os Serviços de Transporte Particular por Aplicativo: o caso da Uber; 3. A Regulação da Uber nos Tribunais: 3.1 O Julgamento da ADPF 449 pelo Supremo Tribunal Federal; 3.2 O Julgamento do C-434/15 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é praticamente impossível enxergar a vida moderna contemporânea sem as facilidades e comodidades proporcionadas pelos aplicativos de transporte particular, dos quais a Uber é, possivelmente, o mais popular. Ao combinarem tecnologia, simplicidade, agilidade e acessibilidade, aplicativos como Cabify, 99 e EasyTaxi, além da própria Uber, redeseenharam os serviços de transporte no mundo todo.

A Uber é apenas um exemplo - certamente entre os mais emblemáticos - de como a tecnologia, os aplicativos e o mundo digital alteraram e vem alterando a sociedade pós-moderna, tornando-a cada vez mais "conectada" e hiperliberal. A Uber é um grande - mas não o único - exemplo das chamadas economias compartilhadas (*sharing economy*) ou colaborativas (*collaborative economy*), fenômeno multibilionário cada vez mais presente na sociedade atual e que, por meio de plataformas digitais, vem revolucionando diversas atividades em escala planetária.

Cabe ao Estado, diante dessa nova realidade, adaptar-se, inclusive e principalmente no que tange ao seu poder e ao seu papel regulador.¹ É certo, contudo, que criar obstáculos e barreiras, especialmente quando inconstitucionais, cerceado-

.....

¹ Citável interessante artigo que trata de medidas regulatórias aplicáveis sobre tecnologias disruptivas/destrutivas (inclusive a Uber) e que ilustra algumas dificuldades inerentes ao tema, mas cuja conclusão aponta no sentido de que a regulação deve "permitir a legalidade dessas plataformas. Esse primeiro passo já garantiria uma segurança jurídica dos vários agentes, a possibilidade de tributação e o estímulo à competição com novas oportunidades de negócio. Durante esse processo de regulação, o que devemos ter em mente é que certos princípios devem ainda ser protegidos, como a defesa do consumidor contra práticas abusivas e fraudulentas, a segurança pública, o meio ambiente, as garantias trabalhistas e a defesa contra abuso de posições dominantes no mercado". (COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de Tecnologias Disruptivas: uma análise de sharing economy. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 111. maio-jun./2017. p. 269/292).

ras de liberdades e prejudiciais aos consumidores, não é o caminho mais adequado para enfrentar o novo mundo digital.²

De fato, diante de novas tecnologias, mormente aquelas que têm ampla capacidade de melhorar a qualidade de vida das pessoas e do próprio mercado de consumo, o Poder Público deve ter atenção redobrada antes de criar medidas regulatórias que as impeçam ou dificultem o seu desenvolvimento.

Um aplicativo, por exemplo, como a Uber, que comprovadamente consegue melhorar a qualidade do serviço de transporte de passageiros em detrimento do agente tradicional de mercado; que traz maior segurança aos consumidores e aos fornecedores; e que, ainda por cima, viabiliza a redução de preços, pode ser barrado e/ou ter o seu desenvolvimento trancado pelo Estado?

O presente artigo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, tem como objetivo apresentar como ocorreu a regulação em torno da Uber no Brasil e em Portugal, com destaque ao papel que a proteção do consumidor teve nesse debate.

1. O DIREITO DO CONSUMIDOR NOS SISTEMAS JURÍDICOS

1.1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Tratar da proteção do consumidor no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é tratar de uma temática de ineludível fundamentalidade dentro do atual sistema jurídico. Dentre os diversos temas que foram reputados pelo consti-

² Conforme afirmou Alessandra Garcia Marques, “No Brasil, o ordenamento jurídico exige que a interpretação das normas jurídicas não deva ser conduzida no sentido de criar impedimentos ou obstáculos ao surgimento das inovações, que devem ser incentivadas inclusive pelo direito, especialmente porque podem produzir impactos sociais positivos”. (MARQUES, Alessandra Garcia. *Inovação e Direitos Fundamentais: o Impacto do Aplicativo Uber no Mercado Consumidor Brasileiro*. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 107. set.-out./2016. p. 59/97).

tuinte de 1988 como elementares - e, portanto, mercedores do *status* de direito fundamental - encontra-se, precisamente, a defesa do consumidor, expressamente inserida no texto constitucional como tal (art. 5º, inc. XXXII).

Daí ser inconteste afirmar que hoje, no Brasil, a proteção do consumidor reflete um direito da mais alta carga axiológica. A comprovar esta constatação, citáveis Antônio Herman Benjamin³: “Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental [...]” e Bruno Miragem⁴: “[...] o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental [...]”.

Oportuno lembrar que, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet⁵, os direitos fundamentais podem ser relacionados como “resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos”, refletindo o “núcleo substancial” da ordem normativa, detendo íntima imbricação com a própria dignidade humana.

Neste contexto, a fundamentalidade material da proteção do consumidor, conforme atesta Bruno Miragem⁶, decorre justamente do estreito vínculo que existe entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida em que esta busca, ao fim, realizar uma

.....
³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 30.

⁴ MIRAGEM, Bruno. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010. p. 48.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61.

⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 40/44.

necessidade humana básica, especialmente presente na sociedade atual, qual seja, a necessidade de consumir.

Além disso, a opção constitucional de fortalecimento da proteção dos consumidores - como uma política/dever do Estado, inclusive no âmbito da Ordem Econômica (art. 170, inc. V) - coaduna com um dos objetivos nucleares da própria dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em geral, qual seja, o de alcançar, nas relações sociais, na maior medida possível, a justiça material, diminuindo desigualdades e protegendo, especialmente, os mais vulneráveis, como os consumidores.⁷

Ademais, além de estar prevista no texto constitucional, a proteção dos direitos dos consumidores, no Brasil, está prevista ainda em diversos diplomas normativos, com destaque para o Código de Defesa do Consumidor, uma norma principiológica, multidisciplinar, com amplo espectro de alcance e criada para o específico fim de proteger os direitos dos consumidores. Não há qualquer dúvida, portanto, que, no Brasil, a proteção do consumidor configura um direito fundamental constitucionalmente protegido e de incontroversa importância para a ordem jurídica vigente.

1.2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO PORTUGUÊS

A importância da defesa dos direitos dos consumidores não é uma exclusividade brasileira, pois existem outros sistemas jurídicos que também atribuem a tal temática inegável

.....
⁷ Pode-se afirmar que da CF/88 emerge um direito privado solidário, atento às fraquezas de certos grupos da sociedade (como os consumidores), ao contrário do que ocorria com o direito privado moderno, o qual rejeitava a identificação de sujeitos vulneráveis e carentes de proteção especial. (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 15/31).

força jurídica, ainda que sob formatos bastante diversos.⁸ Nesse contexto, chama atenção o ordenamento português, no qual a proteção destes sujeitos de direitos é bastante evidente.

De fato, a própria Constituição da República Portuguesa de 1976 expressamente trata dos direitos dos consumidores em diversos dispositivos, em especial no art. 60 (Direitos dos consumidores), no art. 81 (Incumbências prioritárias do Estado) e no art. 99 (Objetivos da política comercial).

O art. 60(1), por exemplo, esclarece que “Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. Já o art. 81(i) refere que “Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: [...] Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”, enquanto o art. 99(e) estabelece que “São objetivos da política comercial: [...] A proteção dos consumidores”.

Além disso, no plano infraconstitucional, o Decreto-Lei (DL) n.º 24/1996, conhecido como a Lei de Defesa do Consumidor⁹, igualmente demonstra a importância do tema no âmbito daquele ordenamento, cabendo transcrever, a título ilustrativo, o conteúdo do art. 1(1), de acordo com o qual “Incumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais proteger o consumidor, designadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de

⁸ Apenas para exemplificar, na Alemanha, o direito do consumidor está inserido dentro do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), enquanto na Itália e na França o tema recebeu codificação própria, respectivamente através do *Codice del Consumo* e do *Code de La Consommation*.

⁹ Trata-se da “[...] *trave-mestra* da política de consumo e o *quadro normativo* de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos”. (MONTEIRO, António Pinto. O Direito do Consumidor no Contexto Português e Europeu. In: ALVINE, Angélica Arruda; et al. (Coords.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. p. 144/163).

consumidores e de cooperativas de consumo, bem como à execução do disposto na presente lei”, e do art. 1(2), segundo o qual “A incumbência geral do Estado na proteção dos consumidores pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos”.

Não obstante, existem ainda inúmeros outros diplomas normativos que, direta ou indiretamente, tratam dos direitos dos consumidores em Portugal, como por exemplo o DL n.º. 47344/1966, o Código Civil português¹⁰; DL n.º. 383/1989 (Diretiva n.º. 85/374/CEE), sobre responsabilidade do produtor decorrente de produtos defeituosos; o DL n.º. 07/2004 (Diretiva n.º. 2000/31/CE), sobre aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, especialmente o comércio eletrônico; o DL n.º. 95/2006 (Diretiva n.º. 2002/65/CE), sobre contratos à distância sobre serviços financeiros; o DL n.º. 57/2008 (Diretiva n.º. 2005/29/CE), sobre práticas comerciais abusivas; o DL n.º. 133/2009 (Diretiva n.º. 2008/48/CE), sobre contratos de crédito aos consumidores; e o DL n.º. 24/2014 (Diretiva n.º. 2011/83/EU), sobre contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, entre outros.¹¹

¹⁰ Apesar do Código Civil português formalmente ignorar o consumidor, diversos dos seus dispositivos prestam-se a proteção daqueles, como os que tratam da boa-fé objetiva, da proibição do abuso do direito, da doutrina da base do negócio, da responsabilidade objetiva, da redução equitativa das sanções contratuais quando manifestamente abusivas, entre outras. (MONTEIRO, António Pinto. O Direito do Consumidor no Contexto Português e Europeu. In: ALVINE, Angélica Arruda; et al. (Coords.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. p. 144/163).

¹¹ A grande quantidade de normas esparsas que tratam do tema (“legislação avulsa, dispersa e fragmentária”) é criticada por António Pinto Monteiro, ao comentar acerca da necessidade de unificação, no âmbito de Portugal, das normas que tratam do direito do consumidor, através da criação de um Código do Consumidor. (MONTEIRO, António Pinto. O Direito do Consumidor no Contexto Português e Europeu. In: ALVINE, Angélica Arruda; et al. (Coords.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. p. 144/163).

Também em Portugal, portanto, a proteção dos direitos do consumidor reveste-se de matéria amplamente normatizada, não apenas constitucional mas também legalmente, sendo certo afirmar que, em ambos os países, está-se a tratar de uma prioridade estatal. E, inequivocamente, uma das formas pela qual se dá tal proteção é através da *regulação estatal* - esta compreendida como uma modalidade de intervenção estatal na atividade econômica e no mercado - por meio de normas e regras destinadas a proteger os valores e princípios constitucionalmente assegurados, bem como a impedir excessos e abusos. Essa espécie de intervenção estatal, no entanto, conforme se verá adiante, nem sempre se apresenta como legítima.

2. A REGULAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

2.1. A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Aproximar "regulação" e "novas tecnologias" não é uma tarefa simples. Pelo contrário, é tremendamente desafiadora, pois consiste em tentar relacionar algo que já existe há décadas (para não dizer séculos, se considerarmos as formas mais incipientes de regulação), com algo que, embora já esteja presente há alguns anos, tem facetas futuristas e quase irreais de tão diferentes e inovadoras.

Todavia, a influência marcante, profunda e irreversível que as inovações tecnológicas trouxeram, estão trazendo e vão trazer nas nossas vidas no curto e médio prazo é inegável.¹² Essa realidade altera a sociedade em seus mais variados as-

.....
¹² Sobre as mudanças que a revolução tecnológica e a Era Digital estão trazendo para a sociedade vide, por exemplo, as primeiras partes do texto BRUM, Alajuiara dos Reis. Era Digital: a importância da reflexão no processo educacional. In: GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASA-GRANDE, Aline (Orgs.). *O Novo no Direito*. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 543/566.

pectos: nos âmbitos do trabalho, da comunicação, da forma de se expressar, da informação, do lazer, da educação, da saúde, dos transportes, entre tantos outros quanto é possível imaginar. De fato, especialmente a partir da *internet* e do que ela proporciona, a sociedade passa e passou a viver e a interagir de formas muito distintas do que fazia no passado.

Inteligência artificial, robótica, nanotecnologia, biotecnologia, *big data*, super computadores, *machine learning*, *bitcoin*, *blockchain*, impressão 3d, *internet* das coisas (IOT), veículos autônomos, algoritmos, computação quântica, realidade virtual e mundo digital são exemplos de termos que já estão presentes e inauguram a Quarta Revolução Industrial¹³, uma era em que, conforme Klaus Schwab¹⁴ comenta, “as alterações, em termos de tamanho, velocidade e escopo, são históricas” e em que “as mudanças são tão profundas, que na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso”.

E como toda mudança, mormente uma tão rápida e tão impactante sob tantos (para não dizer todos) aspectos da vida e que, como tudo que envolve tecnologia, não pode ser freada¹⁵, preocupações de toda ordem são suscitadas. Em-

.....
¹³ Não há consenso quanto a estarmos em uma Quarta Revolução Industrial ou em uma mera fase da Terceira Revolução Industrial. Klaus Schwab, no entanto, tem convicção de haver no mínimo três razões (relacionadas à velocidade, amplitude e profundidade e impacto sistêmico) que justificam estarmos em uma quarta e distinta revolução. (SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 12/13).

¹⁴ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 12.

¹⁵ A inovação, o desenvolvimento tecnológico e o acesso à internet estão incluídos, por exemplo, em um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas - ONU, da Agenda 2030, no caso, a ODS 9 (“Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação”), em diversos subitens, como o 9.c: “Aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos, até 2020”.

blemática, neste sentido, a seguinte passagem de Stephen Hawking¹⁶ acerca da real possibilidade do ser humano ser superado pelas máquinas: "Se a Lei de Moore continuar vigorando sobre a evolução dos computadores, dobrando sua velocidade e capacidade a cada dezoito meses, o resultado é que as máquinas superarão os humanos em inteligência em algum momento nos próximos cem anos".

Atualmente, feições dessa era digital, tecnológica e hiperconectada podem ser facilmente identificadas nas mais variadas questões e atividades do nosso cotidiano: Iphone, Itunes, Spotify, Whatsapp, Windows, Google, Netflix, Facebook, Youtube, Zoom e Waze são termos que, de tão usuais no nosso dia-a-dia, sequer chamam mais atenção.

A transformação social é inegável. Empresas Startups, por exemplo, ingressaram no mercado e com propostas criativas e inovadoras revolucionaram padrões de vida e mercados inteiros.¹⁷ Serviços foram ou estão sob o risco de serem substituídos: os serviços de telefonia, pelo Whatspp e pelo Skype; redes de hotelarias, pelo Airbnb; agências de viagem, pelo Trivago e pela Decolar; serviços de televisão, por programas de streaming como a Netflix, a Amazon Prime e a Disney Plus; livrarias, pela Amazon, apenas para citar alguns dos exemplos mais conhecidos¹⁸.

.....
¹⁶ HAWKING, Stephen. *Breves Respostas para Grandes Questões*. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. p. 2010. p. 210.

¹⁷ Fala-se na "Revolução das startups": "Nada mais é ou será igual. As startups trouxeram uma maior qualidade de vida para a humanidade. Todos os impactos são visíveis, sejam eles na melhoria da comunicação, na facilidade de aproximação das pessoas, na questão do trânsito, na segurança, enfim, temos hoje uma facilidade que, anos atrás, ninguém poderia prever que existiria e que não conseguimos mais viver sem" (PERIN, Bruno. *A Revolução das Startups: o novo mundo do empreendedorismo de alto impacto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015. p. 8).

¹⁸ "The rise of the sharing economy has been rapid and transformative. It has changed the way many Americans commute, shop, vacation and borrow. It has also disrupted long-established industries, from taxis to hotels, and has confounded policymakers unsure of how or even whether to regulate

A tecnologia e o mundo digital remoldaram a rotina da sociedade atual. Não por acaso, as empresas atualmente mais valiosas são todas relacionadas à tecnologia e serviços digitais: Amazon, Apple, Google, Microsoft, Samsung, AT&T e Facebook lideram o ranking.

A Quarta Revolução Industrial, em síntese, caracterizada pela “convergência de níveis importantes de sensoriamento, controle e inteligência artificial ornamentados por requisitos de comunicação e intercomunicação de forma maciça, estabelecidos globalmente”¹⁹, já é uma realidade, com a qual todos, incluindo cidadãos, empresas e governos, precisam se adaptar. Nada mais natural, assim, inclusive por receio do desconhecido, que governos procurem submeter tais tecnologias a alguma espécie de regulação, de forma a poder regulamentá-las e fiscalizá-las.

2.2. OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PARTICULAR POR APLICATIVO: O CASO DA UBER

Fundada em 2009, a Uber limitou-se inicialmente a atuar apenas na cidade de São Francisco, na Califórnia/EUA, e propunha-se a ser um serviço semelhante a um táxi de luxo. Já naquela época, utilizava-se do conceito de *e-hailing*, que nada mais é do que o ato de se requisitar um táxi por meio de um dispositivo eletrônico. Nos anos seguintes, expandiu-se para Londres, Chicago e Nova Iorque e, desde então, para o restante do mundo.

.....
these new markets”. (KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case For Policy Change. Business, Entrepreneurship & The Law*. Vol. 8. I. 2. Malibu/CA: Pepperdine University School of Law, 2015. p. 530).

¹⁹ STEVEN JUNIOR, Sergio Luiz; LERNE, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. *Indústria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018. p. 37.

Os números atuais da Uber são emblemáticos para demonstrar o efeito que tal plataforma teve (e tem) no cenário global: está, atualmente, em mais de 10 mil cidades, espalhadas em 69 países; possui aproximadamente 100 milhões de clientes ativos; mais de 5 milhões de motoristas parceiros; mais de 20 mil empregados; e realiza, diariamente, cerca de 16 milhões de viagens.²⁰

Parte desta expressiva expansão decorre, sem dúvidas, dos benefícios que aplicativos como a Uber trouxeram aos consumidores e à sociedade em geral, o que é reconhecido em inúmeras publicações, nacionais e estrangeiras. Em abril de 2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil (CADE)²¹, por exemplo, concluiu que “além de gerar benefícios aos consumidores e incentivar a entrada de novos ofertantes no mercado de transporte remunerado individual de passageiros”, tais inovações “solucionaram algumas falhas de mercado presentes no referido setor, tornando defasada a regulação atual dos serviços de táxi [...]”, o que inclusive levou o órgão a recomendar aos entes municipais a não adoção de medidas que dificultassem as operações de tais serviços via aplicativos.

Scott Wallsten²², um economista americano vinculado ao Technology Policy Institute (uma fundação que estuda e pes-

²⁰ Conforme dados extraídos do sítio da Uber, UBER. *Fatos e Dados sobre a Uber*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 15/03/2021.

²¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: a entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?* Brasília, abril de 2018. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2018/documento-de-trabalho-n01-2018-efeitos-concorrenciais-da-economia-do-compartilhamento-no-brasil-a-entrada-da-uber-afetou-o-mercado-de-aplicativos-de-taxi-entre-2014-e-2016.pdf>>. Acesso em: 15/03/2021.

²² WALLSTEN, Scott. *The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis*. Technology Policy Institute. Jun. 2015. Disponível

quisa assuntos relacionados a inovações tecnológicas e sua correlata regulação, não apenas nos EUA, mas em todo o mundo), em artigo sobre o tema, refere, por exemplo, que “[...] the results provide evidence that Uber has created an alternative for consumers who would have otherwise complained to the regulator and encouraged taxis to improve their own service in response to the new competition”.

Em semelhante trilha, citável Damien Geradin²³, jurista belga especialista em direito concorrencial, segundo o qual, independentemente de questões regulatórias, aplicativos de transporte individual eram necessários em um mercado cujos principais prestadores estavam acomodados e aquém do que se esperava e que, a partir de serviços como a Uber, o próprio mercado e seus tradicionais atores viram-se forçados a mudar e a melhorar, já havendo companhias de taxi que, inclusive, desenvolveram o seu próprio aplicativo com o intuito de melhorar a qualidade do seu serviço.

Embora tenha trazido comprovadas facilidades aos usuários²⁴, com destaque para a redução da assimetria de informação²⁵, a Uber e os demais aplicativos de transporte

em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/06/01912-96334.pdf>. Acesso em: 18/01/2021.

²³ GERADIN, Damien. *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* 2015. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693683>. Acesso em: 20/01/2021.

²⁴ Não são raros textos apontando que o ingresso da Uber e similares favoreceu os consumidores do mercado de transportes. Apenas para exemplificar, citável PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; COSTA, Juliana de Castro. *Repercussões e Qualificação Jurídica da Atividade da Uber. Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 120. nov.-dez./2018. p. 131/159; e SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *O Transporte Remunerado Individual de Passageiros no Brasil por Meio de Aplicativo: a lei 13.640/2018 e a proteção dos consumidores diante da economia do compartilhamento. Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 118. jul.-ago./2018. p. 151/192.

²⁵ “A principal vantagem da utilização do Uber é a de reduzir a assimetria de informações entre consumidores e motoristas, por fornecer informações sobre os serviços que lhe são prestados”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadran-*

individual, desde o seu lançamento foram alvos de preocupações e acirrados debates, não apenas no Brasil, mas também nos EUA e na Europa. Em publicação datada de 2015, o Parlamento Europeu²⁶, por exemplo, apesar de referir diversas melhorias advindas dos aplicativos de transporte, elencou uma série de questões “problemáticas” decorrentes de tais modalidades de prestação de serviço, incluindo: a possibilidade das empresas prestadoras criarem monopólios; a possibilidade de invasão dos dados dos usuários; a possibilidade de haver seleção (discriminação) por parte dos motoristas; questões trabalhistas e sociais relativas aos motoristas; problemas tributários; e a própria discussão relativa à necessidade, ou não, de regulação de tais serviços. A maior prova de que o serviço em questão é extremamente polêmico é o fato de que, mesmo estando presente em inúmeras cidades/países, por diversos e diferentes motivos a Uber foi e/ou está parcial ou totalmente banida em diversas localidades.

De qualquer sorte, é inquestionável que os meios tradicionais de transporte urbano viram-se perdendo espaço, havendo inclusive, por exemplo, relatos de violência contra motoristas e usuários dos serviços por aplicativo. A concorrência gerada pelas referidas plataformas foi especialmente questionada em razão da falta de regulamentação específica e da conseqüente liberdade daí decorrente e que inclusive viabilizaria (e de fato viabiliza) a oferta de serviços muito mais

.....
tes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 22).

²⁶ EUROPEAN PARLIAMENT. *Social, Economic and Legal Consequences of Uber and Similar Transportation Network Companies (TNCs)*. 2015. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563398/IPOL_BRI\(2015\)563398_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563398/IPOL_BRI(2015)563398_EN.pdf)>. Acesso em: 15/01/2021.

baratos que aqueles ofertados pelos agentes tradicionais desse mercado²⁷.

Neste ambiente de muitos questionamentos, as autoridades públicas, em muitos locais do mundo, inclusive como reação à pressão de grupos e associações de taxistas, viram-se forçadas a elaborar leis restringindo e/ou impedindo a execução de tais serviços por aplicativo, o que, tanto no Brasil como em Portugal, acabou alcançando o Poder Judiciário.

3. A REGULAÇÃO DA UBER NOS TRIBUNAIS

3.1. O JULGAMENTO DA ADPF 449 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Assim como outras localidades do Brasil, o Município de Fortaleza/CE procurou barrar os serviços de transporte por aplicativo. Em 2016, o Município aprovou a Lei nº. 10.553, a qual previa ser vedado naquela cidade, o transporte público individual de passageiro sem a devida permissão legal (no que se enquadrava a Uber), bem como que tal infração acarretaria multa de R\$ 1.400,00 ao condutor, podendo ser quadruplicada em caso de reincidência no período de doze meses.

Em abril de 2017, o Partido Social Liberal propôs junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para ver reconhecida a inconstitucionalidade da referida norma. Os fundamentos essenciais eram de que a norma era formal e materialmente

²⁷ "Uber is facing lawsuits and protests all around the world. Taxi drivers argue that Uber's competition is an unfair one and that all the drivers should be bound to taxi regulations [...] Indeed, it is impossible to foresee all the potential legal and regulatory issues involved when it comes to Uber". (DIEGA, Guido Noto La. Uber Law and Awareness by Design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations. *European Journal of Consumer Law*. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/308890627_Uber_law_and_awareness_by_design_An_empirical_study_on_online_platforms_and_dehumanised_negotiations>. Acesso em 15/03/2021).

inconstitucional. A finalidade era verificar se seria possível o Poder Público, através do seu exercício de regulação, proibir ou restringir arbitrariamente o exercício de atividade econômica por particulares, à luz dos princípios e valores previstos no texto constitucional.

O julgamento iniciou-se em 06/12/2018 e, na oportunidade, estava pautado para ser julgado, também, o Recurso Extraordinário 1.054.110/SP, que basicamente tratava do mesmo assunto, mas a partir de uma Lei do Município de São Paulo (Lei nº. 16.279/2015). Naquela data, apenas o Ministro Relator Luiz Fux proferiu seu voto, entendendo pela procedência da ação. O julgamento foi suspenso em face do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo sido retomado em 08/05/2019, quando então os demais votos foram colhidos. O resultado final, quanto ao mérito, foi unânime, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da norma questionada.

Após fazer importantes considerações acerca das inovações tecnológicas, o Ministro Relator esclareceu que: a) historicamente, o fracasso econômico da população estaria relacionado à inexistência de limites ao poder regulatório do Estado; b) a regulação do Poder Público deve ser feita dentro de limites constitucionais legítimos; c) o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido de arbitrariedades do Estado; d) a liberdade é uma noção extraída da dignidade da pessoa humana, constituindo característica essencial do sistema constitucional brasileiro, exigindo-se do Estado, por decorrência, a comprovação, por elementos empíricos, da necessidade e do cabimento de sua restrição; e e) ao Poder Judiciário cabe o dever de fiscalizar a adequação dos atos estatais.

Após, especificamente acerca dos aplicativos de transporte, referiu que: a) o licenciamento de taxi, no Brasil, funciona como uma espécie de delegação de um privilégio para

certos particulares, o qual, embora não acarrete qualquer benefício para a sociedade, acaba por criar um cenário de antinatural escassez decorrente da limitação governamental; b) a restrição em questão não se justificaria em face dos quase 15 milhões de brasileiros desempregados, muitos dos quais poderiam exercer atividade remunerada através dos aplicativos de transporte; c) não haveria estudo que demonstrasse a existência de benefícios sociais decorrentes da regulação que limitasse a entrada de novos agentes no mercado; e d) teria sido reconhecido que a norma impeditiva em questão tinha sido elaborada a pedido de grupos de taxistas, o que revelava um vício de motivação.

Além disso, e no que tange à proteção dos consumidores, o Ministro afirmou que: a) a regulação de entrada, que em tese serviria para proteger consumidores, no caso concreto produzia justamente o efeito contrário; b) a experiência prática demonstrava que o serviço em questão, através da sua tecnologia, permitia redução de assimetria de informação e solucionava falhas de mercado jamais alcançadas pela regulação estatal; c) a utilização desses serviços de aplicativo, em função do menor preço, gerava uma substancial economia ao consumidor; d) eventuais justificativas para restringir o serviço em questão - como redução da quantidade de veículos em circulação - poderiam ser alcançadas por outras formas já utilizadas pelo mundo; e e) áreas urbanas, após a utilização dos aplicativos, teriam experimentado redução de congestionamentos e de acidentes de trânsito.

Ao final, o Ministro reiterou que a medida regulatória *sub judice* mostrava-se completamente arbitrária, inadequada, desnecessária e desproporcional à luz dos valores e princípios constitucionais brasileiros, mormente quando resultava na restrição do exercício de liberdades constitucionais (como a livre iniciativa e o livre exercício profissional) sob o único fundamen-

to de proteger grupos de pressão, sem qualquer benefício à sociedade.²⁸ Nesses termos, a referida Lei Municipal foi considerada formal e materialmente inconstitucional pelo STF.

Seguindo o entendimento definido pelo STF, cabe ao Estado (e ao Direito como um todo) adaptar-se, cingindo-se a regular atividades econômicas apenas com propósitos legítimos, de forma equilibrada e razoável²⁹, sem jamais buscar o desestímulo da livre concorrência³⁰ e das inovações. Essa

.....
²⁸ A conclusão foi no mesmo sentido que a doutrina já havia apontado três anos antes: "A interpretação do bloco de constitucionalidade aponta que não há argumentos aptos a fundamentar uma proibição geral do serviço Uber no Brasil [...] o Uber, enquanto atividade privada remunerada, de interesse público, realiza os princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa, livre-concorrência e a defesa do consumidor, além da própria questão ligada à dignidade dos trabalhadores" (DUQUE, Marcelo Schenk. A Constitucionalidade do Serviço Uber no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 105. maio-jun./2016. p. 501/522).

²⁹ A não regulação, aqui compreendida como a ausência de toda e qualquer intervenção estatal, não parece ser a melhor escolha, e tampouco é a opção de muitas das "novas" empresas, que também se beneficiam, em alguma medida, das regras estatais. Cabe lembrar que em março de 2019, o CEO do Facebook, Mark Zuckerberg, publicamente "pediu" mais regulação das plataformas digitais e da internet. Neste sentido, Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller, ao tratarem sobre regulação de novas tecnologias, referem que "Um ponto comum que se encontra nas mais diversas abordagens sobre o tema é que a opção mais frequente não será não regular. Embora, a não regulação possa ser uma opção inicial, em algum momento, mais cedo do que mais tarde, a necessidade da regulação se imporá. Na verdade, há demanda por regulação, mesmo por parte das novas plataformas digitais de economia colaborativa. Em entrevistas concedidas a órgãos de imprensa, os diretores do Uber se afirmam favoráveis à regulação pública de seus serviços. O Airbnb buscou acordo com prefeituras de diversas cidades, como a de Paris, onde passou a pagar uma taxa por seus serviços. A regulação, além do reconhecimento, traz segurança para que as atividades se desenvolvam sob o amparo do Direito". (BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, Quando, e Até Onde Regular as Novas Tecnologias? entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 148).

³⁰ Até porque, ao impedir a livre concorrência, o Estado está diretamente afetando os consumidores. Neste sentido, Rizzato Nunes esclarece que "A livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do

decisão não significa, todavia, que a Uber e os demais aplicativos não devam ser regulados e/ou que tais serviços sejam perfeitos. A questão é que a regulação deve dar-se de acordo com balizas legítimas e constitucionais.

Atualmente, com as alterações promovidas por meio da Lei Federal nº. 13.640/2018, o “transporte remunerado privado individual de passageiros” passou a constar expressamente na Lei Federal nº. 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), a qual estabelece, entre outras questões, linhas gerais para fins de regulamentação desses serviços (arts. 11-A e 11-B).³¹ No Brasil, portanto, tais serviços são lícitos e não podem ser proibidos, sendo, no entanto, passíveis de regulamentação pelos municípios, que podem fazer exigências regulatórias desde que em conformidade com a Lei Federal de Mobilidade Urbana e com as demais normas do ordenamento jurídico aplicável, em especial o Código de Defesa do Consumidor.

3.2. O JULGAMENTO DO C-434/15 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Sandra Passinhas³² comenta que desde 2014, quando a Uber começou a atuar em Portugal, surgiram controvérsias

mercado. Ela significa que o explorador tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que de seu concorrente [...]”. (NUNES, Rizzatto. Comentários ao artigo 170, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.901).

³¹ Cabe referir serem diversos os expedientes normativos vigentes no Brasil que regulamentam os serviços de transporte particular por aplicativo com base nas diretrizes previstas na Lei Federal nº. 13.640/2018, e sem restringir a execução do serviço como, por exemplo, o Decreto nº. 44.399/2018 (Rio de Janeiro/RJ), a Lei nº. 15.539/2017 e a Resolução nº. 84/2018 (Campinas/SP), a Lei nº. 4.850/2017 (Osasco/SP), o Decreto nº. 1.302/2017 (Curitiba/PR), o Decreto nº. 16.832/2018 (Belo Horizonte/MG), a Lei nº. 5.691/2016 e o Decreto nº. 38.258/2017 (Distrito Federal), o Decreto nº. 56.981/2016 (São Paulo/SP), e o Decreto nº. 16.770/2016 (Vitória/ES).

³² PASSINHAS, Sandra. Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation. In: VÁZQUEZ, Xosé

acerca da legalidade dessa atividade: “The rise of the sharing economy, thus, while offering opportunities for increased efficiency, growth and Jobs, through improved consumer choice, would also potentially raise new regulatory questions”.³³

Com efeito, assim como ocorreu no Brasil, a legalidade da atividade da Uber enquanto aplicativo de transporte de passageiros também foi questionada em Portugal. Associações representativas de taxistas publicamente manifestaram-se contrariamente à legalização de tal atividade, muito por conta da evidente assimetria regulatória entre os dois regimes e das consequências daí decorrentes.³⁴

No entanto, as circunstâncias foram bastante distintas daquelas verificadas no Brasil, e tiveram como protagonista uma demanda que começou em Barcelona, na Espanha, e que acabou sendo apreciada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A partir de uma demanda judicial (processo C-434/15) proposta pela Asociación Profesional Elite Taxi, uma associação profissional de motoristas de taxi de Barcelona, em face da Uber Systems Spain, SL, a Corte Europeia de Justiça foi instada a se manifestar sobre o tema, notadamente acerca da interpretação dos seguintes dispositivos normativos: a) art. 56 do Tratado de Funcionamento da União Europeia; b) art. 1º da Diretiva 1998/34/CE; c) art. 3 da Diretiva 2000/31/CE; e d) arts. 2 e 9, ambos da Diretiva 2006/123/CE.

.....
Manuel Caril; PÉREZ, Rafael García; SUÁREZ, Marcos A. López. (Directores). *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 359.

³³ PASSINHAS, Sandra. Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation. In: VÁZQUEZ, Xosé Manuel Caril; PÉREZ, Rafael García; SUÁREZ, Marcos A. López. (Directores). *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 358.

³⁴ CARVALHO, Jorge Morais. UBER in Portugal. *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, p. 63/64.

Na ocasião, a parte autora acusava a Uber, em síntese, de exercer atividade ilegal, caracterizadora de prática enganosa e de concorrência desleal, requerendo, ao final, que o aplicativo de transporte fosse proibido de operar. Em razão da empresa ré estar ligada a uma plataforma internacional, transcendendo as fronteiras espanholas, entendeu-se que o caso deveria ser apreciado a nível de União Europeia, especialmente para que houvesse esclarecimento acerca de questões jurídicas cujas definições impactariam a matéria junto aos demais membros da comunidade europeia.

O cerne da questão era saber se o serviço fornecido pela Uber necessitaria de autorização prévia para funcionar, o que exigia definir se o serviço fornecido deveria ser considerado serviço de transporte, serviço próprio da sociedade da informação ou um serviço decorrente da combinação de ambas as alternativas anteriores. A qualificação jurídica a ser determinada atrairia um ou outro regime jurídico e, portanto, a possibilidade jurídica, ou não, de ser exercido livremente, sem restrições.³⁵ Essa definição era importante, pois condicionaria o tratamento legal a ser dado por todos os Estados membros da União Europeia.³⁶

³⁵ A versão portuguesa dos Termos e Condições da Uber expressamente dizia, por exemplo, que o serviço por ela fornecido não era de transporte, e que a Uber não era uma transportadora. (CARVALHO, Jorge Morais. UBER in Portugal. *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015, p. 64).

³⁶ "La cuestión a debatir en esta materia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que mantiene en vilo a los legisladores nacionales es la determinación de la naturaleza jurídica de UBER. Debemos tener claro que la reglamentación que cada Estado miembro establezca para la legal prestación y ejecución de los servicios prestados por UBER, deberá tener como base la naturaleza jurídica de la figura". (PÉREZ, Araya Alicia Estancona. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Diciembre de 2017: (caso Uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 14. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, set./2018. p. 83).

Após dissertar sobre o tema, a Corte entendeu que o serviço em questão, onde pessoas que desejam ser transportadas são conectadas por um aplicativo a motoristas não profissionais que, mediante remuneração e através de seus próprios veículos, viabilizam esse deslocamento, deve ser caracterizado como um *serviço de transporte* ("serviço no domínio dos transportes"), sofrendo a incidência, portanto, do art. 58(1) do TFUE (e afastando o art. 56 do referido Tratado, bem como as Diretivas 2006/123 e 2000/31).

Entre outros fundamentos, o Tribunal reconheceu que a Uber não se limitava apenas a um serviço de intermediação; a plataforma, conforme entendeu a Corte, verdadeiramente cria uma oferta de serviços que, do contrário, não existiria. Além disso, a decisão frisou que a Uber inequivocamente detinha importante influência/interferência na operação, ao regular, por exemplo, o preço máximo das corridas, ao cobrar preço do passageiro antes de repassar parte ao motorista e ao exercer controle sobre a qualidade dos veículos e dos respectivos motoristas que podem, inclusive, ser excluídos da plataforma em razão de seu comportamento.

Tal decisão, datada de 20 de dezembro de 2017, disse, na prática, que serviços desempenhados por aplicativos como a Uber haveriam de se submeter às regras próprias que regulam os serviços de transporte, não podendo usufruir das "vantagens jurídicas" inerentes àquelas empresas de natureza exclusivamente relacionada à sociedade de informação (como a isenção de responsabilidade legal e a possibilidade de funcionar independentemente de autorização estatal).³⁷

.....
³⁷ PASSINHAS, Sandra. Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation. In: VÁZQUEZ, Xosé Manuel Carril; PÉREZ, Rafael García; SUÁREZ, Marcos A. López. (Directores). *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 364/365.

Por outro lado, não houve referência acerca da possibilidade de tais serviços serem passíveis de proibição.

Em Portugal, esse cenário fez com que fosse publicada a Lei 45/2018, a qual criou o regime jurídico incidente sobre o transporte individual e remunerado de passageiros, em veículos descaracterizados, através de plataformas eletrônicas (os chamados TVDE).³⁸ Tal norma estabelece diversos requisitos e exigências para o exercício da atividade em questão, como a obtenção de licenciamento prévio junto ao Instituto da Mobilidade e dos Transportes, além de estabelecer que a atividade de TVDE é autônoma em relação à atividade desempenhada por taxis.³⁹

A norma prevê, também, de forma expressa, diversos direitos aos consumidores/passageiros, como a garantia de não discriminação seja por qual motivo for; o direito de ter suas bagagens e animais transportados; tempo máximo de espera; a exigência de que os motoristas cumpram requisitos mínimos; a utilização de veículos com atributos de segurança mínimos, incluindo seguro de responsabilidade civil e acidentes pessoais que inclua os passageiros transportados; o for-

³⁸ O legislador português já buscava, desde anos antes, regulamentar (e não proibir) tais serviços. Vide, neste sentido, o Projeto de Lei 50/XIII, de 22 de dezembro de 2016, que, no entanto, não considerava a Uber como um serviço de transporte, o que é explicitado na sua exposição de motivos. Sobre o tema, ver comentários de PÉREZ, Araya Alicia Estancona. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Diciembre de 2017: (caso Uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 14. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, set./2018. p. 80/82.

³⁹ Jorge Morais Carvalho tece críticas à referida Lei, inclusive pelo fato de ela aparentar ter sido estruturada para se moldar aos interesses das empresas do setor. Não obstante, o autor também reconhece vários pontos positivos, como a responsabilidade solidária do operador da plataforma eletrônica (com a Uber), perante o consumidor, pelas obrigações do transportador. (CARVALHO, Jorge Morais. O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify). *Revista de Direito Comercial*. 2018. Disponível em: <<https://www.revistadedireitocomercial.com/o-contrato-de-transporte-em-veiculo-descaracterizado-uber-cafiby-taxify>>. Acesso em: 20/01/2021).

necimento de informações antes e durante o percurso sobre o transporte, incluindo mapa digital em tempo real, sobre o motorista e o veículo, entre outros.

Ademais, a Lei expressamente determina que a atividade exercida pelo operador de TVDE submete-se, também, à “legislação aplicável em matéria de proteção dos consumidores”. De fato, “In what respects Portuguese legislation, there is no doubt that Consumer Law applies to the contract”⁴⁰. Assim como no Brasil, destarte, em Portugal, o respeito e a salvaguarda dos direitos dos consumidores revela-se fundamental para a legitimação da regulação estatal a incidir sobre aplicativos como a Uber.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas tecnologias, as *Startups* e o mundo digital chegaram para ficar. A sociedade não vai mudar, já mudou. A cultura e o cotidiano das pessoas já foram profundamente alterados por uma série de plataformas e aplicativos digitais que, através da *internet*, facilitam, melhoram e qualificam nossas vidas, não apenas enquanto consumidores, mas também como cidadãos.

Portanto, pensar em impedir, barrar ou dificultar essa nova realidade não parece ser o caminho correto. As pessoas, as sociedades, as empresas e o próprio Estado são obrigados a se adequarem ao mundo digital: ou “conectam-se” ou estarão excluídas.

O Estado Regulador, neste contexto, deve igualmente encontrar formas de cumprir com a sua finalidade, de maneira

.....
⁴⁰ PASSINHAS, Sandra. Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation. In: VÁZQUEZ, Xosé Manuel Carril; PÉREZ, Rafael García; SUÁREZ, Marcos A. López. (Directores). *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 367.

legítima e adequada, sem perder de vista o objetivo maior que o fundamenta, *in casu*, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, como é a proteção ao consumidor.

O caso da Uber, cuja polêmica, tanto no Brasil como em Portugal, alcançou o Poder Judiciário, reflete de maneira positiva a posição que o Estado Regulador deve assumir neste novo mundo tecnológico e hiperconectado, notadamente quando restarem comprovados benefícios e vantagens para a sociedade: não impedir, nem proibir o avanço das novas tecnologias, mas incentivá-las e viabilizar o seu desenvolvimento, sem perder de vista o resguardo aos direitos e garantias fundamentais, como a própria proteção dos direitos dos consumidores que, em qualquer hipótese, não poderão ser prejudicados.

Até porque, por vezes, esses aplicativos de transporte, que tantas vantagens trouxeram à sociedade, podem cometer abusos e desvios inclusive em detrimento dos consumidores (como a utilização desenfreada de tarifas dinâmicas, encarecendo demasiadamente os preços; a utilização de veículos sem as devidas revisões; ou sem a contratação de um seguro mínimo para os passageiros). A regulação, portanto, é necessária, mas deve dar-se forma razoável, equilibrada e, fundamentalmente, alicerçada em parâmetros constitucionais legítimos.

Neste contexto, apesar do debate jurídico ter tomado contornos distintos nos países analisados, vê-se como adequada a solução jurídica dada ao caso tanto no Brasil, como em Portugal: em ambos, o caminho adotado foi pelo reconhecimento da possibilidade de regulação estatal da atividade - que não se confunde com regulação proibitiva - de forma a, ao mesmo tempo, viabilizar o seu desenvolvimento e o seu funcionamento, mas sem descuidar, por exemplo, da proteção dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, Quando, e Até Onde Regular as Novas Tecnologias? entre inovação e preservação, os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 121/150.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- BRUM, Alajuiara dos Reis. Era Digital: a importância da reflexão no processo educacional. In: GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline (Orgs.). *O Novo no Direito*. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 543/566.
- CARVALHO, Jorge Morais. O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify). *Revista de Direito Comercial*. 2018. Disponível em: <<https://www.revistadedireitocomercial.com/o-contrato-de-transporte-em-veiculo-descaracterizado-uber-cafiby-taxify>>. Acesso em: 20/01/2021
- UBER in Portugal. *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.ºs 1-2, 2015.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: a entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?* Brasília, abril de 2018. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2018/documento-de-trabalho-n01-2018-efeitos-concorrenciais-da-economia-do-compartilhamento-no-brasil-a-entrada-da-uber-afetou-o-mercado-de-aplicativos-de-taxi-entre-2014-e-2016.pdf>>. Acesso em: 15/03/2021.
- COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. Regulação de Tecnologias Disruptivas: uma análise de sharing economy. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 111. maio-jun./2017. p. 269/292.
- DIEGA, Guido Noto La. Uber Law and Awareness by Design. An empirical study on online platforms and dehumanised negotiations. *European Journal of Consumer Law*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/308890627_Uber_law_and_awareness_by_design_An_empirical_study_on_online_platforms_and_dehumanised_negotiations>. Acesso em 15/03/2021.
- DUQUE, Marcelo Schenk. A Constitucionalidade do Serviço Uber no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 105. maio-jun./2016. p. 501/522.

- EUROPEAN PARLIAMENT. *Social, Economic and Legal Consequences of Uber and Similar Transportation Network Companies (TNCs)*. 2015. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563398/IPOL_BRI\(2015\)563398_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563398/IPOL_BRI(2015)563398_EN.pdf)>. Acesso em: 15/01/2021.
- GERADIN, Damien. *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* 2015. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693683>. Acesso em: 20/01/2021.
- HAWKING, Stephen. *Breves Respostas para Grandes Questões*. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. p. 2010.
- KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case For Policy Change*. *Business, Entrepreneurship & The Law*. Vol. 8. I. 2. Malibu/CA: Pepperdine University School of Law, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coords.). *Regulação e Novas Tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17/48.
- MARQUES, Alessandra Garcia. Inovação e Direitos Fundamentais: o Impacto do Aplicativo Uber no Mercado Consumidor Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 107. set.-out./2016. p. 59/97.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010. p. 25/49.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. O Direito do Consumidor no Contexto Português e Europeu. In: ALVINE, Angélica Arruda; et al. (Coords.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: panorama atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017. p. 144/163.
- NUNES, Rizzatto. Comentários ao artigo 170, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- PASSINHAS, Sandra. Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation. In: VÁZQUEZ, Xosé Manuel Carril; PÉREZ, Rafael García; SUÁREZ, Marcos A. López. (Directores). *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 355/375.
- PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; COSTA, Juliana de Castro. Repercussões e Qualificação Jurídica da Atividade da Uber. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 120. nov.-dez./2018. p. 131/159.
- PÉREZ, Araya Alicia Estancona. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Diciembre de 2017: (caso Uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 14. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, set./2018. p. 53/94.
- PERIN, Bruno. *A Revolução das Startups: o novo mundo do empreendedorismo de alto impacto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da. O Transporte Remunerado Individual de Passageiros no Brasil por Meio de Aplicativo: a lei 13.640/2018 e a proteção dos consumidores diante da economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 118. jul.-ago./2018. p. 151/192.
- STEVEN JUNIOR, Sergio Luiz; LERNE, Murilo Oliveira; SANTOS, Max Mauro Dias. *Indústria 4.0: fundamentos, perspectivas e aplicações*. São Paulo: Érica, 2018.
- UBER. *Fatos e Dados sobre a Uber*. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>>. Acesso em: 15/03/2021.
- WALLSTEN, Scott. *The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis*. Technology Policy Institute. Jun. 2015. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/06/01912-96334.pdf>. Acesso em: 18/01/2021.

FORMAÇÃO DO CONTRATO NO REGIME DOS CONTRATOS DE CRÉDITO RELATIVOS A IMÓVEIS (DECRETO-LEI N.º 74-A/2017, DE 23 DE JUNHO)

*Gabriela Mesquita Sousa **

SUMÁRIO:

1. Introdução. 1.2 Ordenamento interno. 2. Dever de avaliar a solvabilidade do consumidor. 2.1 Avaliação negativa e (in)validade do contrato. 2.1.2 *Wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt - salvo che la legge disponga diversamente*. 2.2 Adequação do regime. 2.2.1 Sanção e repercussão na obrigação constituída. 3. Dever de informação e dever de assistência. 3.1 Dever de assistência. 3.1.2 Regulamentação pelo Banco de Portugal. 3.2 TAEG: harmonização máxima e omissão. 4. Período de reflexão nos contratos de crédito à habitação. 4.1 Antecedência necessária. 4.2 Modelo adoptado. 4.3 Declaração de aceitação. 4.4 Inobservância do período mínimo de reflexão. 5. Conclusão.

.....
* Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Abreviaturas: Ac.: Acórdão; BaP: Banco de Portugal; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch; BMJ: Boletim do Ministério da Justiça; CC: Código Civil; DCH: Diretiva relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação; EDC: Estudos de Direito do Consumidor; EMs: Estados-Membros; RGICSF: Regime das Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras; ROA: Revista da Ordem dos Advogados; STJ: Superior Tribunal de Justiça; TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia; TUB: Testo Unico Bancário; UE: União Europeia.

SUMMARY:

1. Introduction. 1.2 National context. 2. Obligation to assess the creditworthiness of the consumer. 2.1 Negative assessment and (in) validity of the contract. 2.1.2 *Wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt - salvo che la legge disponga diversamente*. 2.2 Adequacy of the legal framework. 2.2.1 Sanction and impact on contractual obligation. 3. Duty of information and duty of assistance. 3.1 Duty of assistance. 3.1.2 Regulation issued by Banco de Portugal. 3.2 APRC: maximum harmonisation and omission. 4. Reflection period in housing credit agreement. 4.1 Prior communication. 4.2 Adopted model. 4.3 Declaration of acceptance. 4.4 Reflection period binding on the consumer (default). 5. Conclusion.

PALAVRAS-CHAVE:

Formação do contrato, incumprimento dos deveres pré-contratuais, regra geral, normas imperativas, sanções administrativas, nulidade.

KEYWORDS:

Formation of the contract, breach of pre-contractual duties, general rule, mandatory rules, administrative sanctions, nullity.

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência da crise sanitária devido à pandemia COVID-19 emerge uma nova crise financeira. Se a recessão económica é inevitável, o risco de crédito e solvabilidade das instituições financeiras, assim como dos particulares, também é. Enquanto a concessão de crédito imobiliário esteve no cerne da crise anterior, a contenção da actual crise sanitária trouxe a necessidade de distanciamento social e recolhimento domiciliar como forma de refrear o contágio, pondo outra vez em foco o acesso à moradia ainda que por outra perspectiva. Este foi o mote para a presente abordagem ao regime aplicável ao contrato de crédito que proporciona o acesso, por via da propriedade, ao direito social constitucional à habitação¹. Regime editado em resposta à crise do mercado de crédito imobiliário que teve seu estopim no mer-

¹ Inserido no capítulo dos direitos e deveres sociais, determina o n.º 1 do art. 65.º da CRP que "todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar", o que sucintamente resulta na afirmação de que todos têm direito à habitação, como indivíduo ou grupo familiar, em consonância com o conteúdo das convenções internacionais das quais Portugal tornou-se signatário. Segundo Canotilho e Moreira, o direito à habitação, enquanto direito social, reveste-se de dupla natureza na medida em que consiste no direito de não ser arbitrariamente privado da habitação ou de não ser impedido de conseguir uma, sendo assim um «direito negativo» análogo aos «direitos, liberdades e garantias» ao impor um dever de abstenção do Estado e de terceiros; em outra medida o direito à habitação consiste no "direito a *obté-la* por via de propriedade ou arrendamento, traduzindo-se na exigência das medidas e prestações estaduais adequadas a realizar tal objectivo. Neste sentido, o direito à habitação apresenta-se como verdadeiro e próprio «direito social)". Assim, a garantia mínima do direito à habitação está condicionada à possibilidade de consecução da habitação própria ou através do arrendamento em condições compatíveis com o rendimento das famílias (art. 65.º, n.º 3), segundo o texto constitucional "o estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema e renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria". JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 4.ª ed.ª. rev., V. 1, Coimbra, Coimbra, 2007, pp. 834 e 836.

cado imobiliário dos Estados Unidos da América e cujos efeitos alastraram-se entre os demais países do mundo ocidental que buscaram estabelecer medidas de ordem económica e legislativa a fim de evitar novas crises².

Como a actuação legislativa tem evidenciado, as crises e suas consequências, sobretudo a socialização dos seus efeitos, têm corroborado para afastar a ideia de que, em geral, o direito das obrigações só interessa às partes envolvidas, quando seus preceitos parecem cada vez mais incluídos entre “aqueles preceitos de direito privado que o Estado e a sociedade se acham interessados substancialmente em que prevaleçam”³.

Sob a epígrafe “informação e práticas prévias à celebração do contrato de crédito”, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho de 2017⁴, introduz no ordenamento jurídico português normas aplicáveis à fase de formação dos contratos em razão da transposição parcial da Diretiva 2014/17/UE, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação (DCH)⁵. Primeiro documento comunitário sobre a

² A chamada crise dos “subprimes”, desencadeada em 2007. Sobre a origem e desenrolar da crise: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades”, *Revista de Direito das Sociedades* 2 (2009), pp. 263-286, disponível em

<<http://www.revistadedireitodassociedades.pt/>> [20.4.2021].

³ Segundo Vaz Serra, em referência a Von Tuhr, são estes os preceitos que as normas de ordem pública incluem, complementando que “o mais frequente é que as normas inderrogáveis de direito das obrigações o sejam por tocarem nos direitos da personalidade, como, por exemplo, acontece com aquelas mediante as quais a lei tende a proteger a parte social ou economicamente mais fraca contra possíveis excessos de que possa ser objecto pela outra parte, quanto à sua vida e liberdade pessoal”. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. “Objecto da obrigação. A prestação: suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ* 74 (1958), pp. 135 e 136.

⁴ Regime dos Contratos de Crédito Relativos a Imóveis, alterado pelas Leis n.º 57/2020, de 28/08, n.º 13/2019, de 12/02 e n.º 32/2018, de 18/07, doravante DL 74-A/2017.

⁵ Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, também transposta para o ordenamento interno pelo De-

matéria, foi editada a seguir à crise económica e financeira mundial e distingue em seu preâmbulo a conjuntura que motivou a decisão legislativa⁶ que “mostrou que o comportamento irresponsável de alguns participantes no mercado pode minar os alicerces do sistema financeiro, provocando desconfiança entre todas as partes, em especial nos consumidores, com consequências sociais e económicas potencialmente graves. Muitos consumidores perderam a confiança no setor financeiro e os mutuários têm cada vez mais dificuldade em reembolsar seus empréstimos, daí resultando um aumento das situações de incumprimento e de venda coerciva do imóvel”⁷. Reconhecendo que embora “alguns dos maiores problemas associados à crise financeira tenham ocorrido no exterior da União, os níveis de dívida dos consumidores na União são significativos e concentram-se em grande parte em créditos para imóveis de habitação”, a DCH exorta disposições dirigidas ao fomento “de um nível elevado e equivalente de proteção dos consumidores no mercado interno” e, considerando a natureza e as possíveis consequências do incumprimento de um contrato de crédito para um imóvel de habitação, estabelece medidas que visam acautelar a for-

.....
 creto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho, que regula as atividades de intermediação de crédito e de prestação de serviços de consultoria.

⁶ Baptista Machado, referindo-se ao elemento racional ou teleológico de interpretação da lei, diz que ele consiste “na razão de ser da lei (*ratio legis*), no fim visado pelo legislador ao elaborar a norma. O conhecimento deste fim, sobretudo quando acompanhado do conhecimento das circunstâncias (políticas, sociais, económicas, morais, etc.) em que a norma foi elaborada ou da conjuntura política-económica-social que motivou a “decisão” legislativa (*occasio legis*) constitui um subsídio da maior importância para determinar o sentido da norma. Basta lembrar que o esclarecimento da *ratio legis* nos revela a “valoração” ou ponderação dos diversos interesses que a norma regula e, portanto, o peso relativo desses interesses, a opção entre eles traduzida pela solução que a norma exprime”. JOÃO BAPTISTA MACHADO. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, (19.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 182 e 183.

⁷ Cfr. Considerando (3) da DCH.

mação do acordo, assinalando a realização pelo mutuante da avaliação da capacidade e propensão do consumidor cumprir as obrigações contratuais, o dever de fornecimento e esclarecimento das informações pelo financiador acerca das obrigações decorrentes do contrato e dos riscos associados ao seu incumprimento e um prazo para que os consumidores possam ponderar acerca das condições e adequação do contrato. Em consonância com o dever de proceder segundo as regras da boa-fé na fase pré-contratual consagrado nos sistemas romanísticos⁸, dirigidas sobretudo ao profissional, as medidas buscam evitar situações de sobreendividamento e insolvência do consumidor e têm como objetivo a proteção dos seus interesses, possibilitando-lhe o conhecimento das condições do contrato que repercutirá no seu endividamento ativo⁹ a longo prazo e uma melhor percepção do risco envolvido¹⁰, essenciais para formação da vontade negocial

.....

⁸ Em análise à responsabilidade pré-contratual no sistema romanístico e na *common law*: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO. "Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais", *ROA* 1 (2000), pp. 67 ss, disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B0ceb3e6c-9f95-4e6e-a66b-29509914c601%7D.pdf>> (20.4.2021)

Em Portugal, no âmbito dos estudos preparatórios do CC, Vaz Serra, inspirado pela teoria da *culpa in contrahendo* de Jhering, pronunciando-se quanto à sua inclusão no diploma, defendeu ser "razoável que quem entra em negociações com outrem deva comportar-se de acordo com a boa-fé", vindo o art. 227.º, n.º 1 do CC estabelecer que "quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte", impondo o princípio da boa-fé no domínio pré-contratual. ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA. "Culpa do devedor ou do agente", *Separata do BMJ* 68 (1957), p. 122.

⁹ Sobre as modalidades de endividamento, especialmente activo e passivo, dos consumidores: MARIA MANUEL MARQUES, *et alii*. *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Lisboa, 2000, p. 2.

¹⁰ Sobre este aspecto, Catarina Frade e Fernanda Jesus consideram que "(...) o processamento da informação que leva o indivíduo a julgar o risco de um crédito mais ou menos elevado pode estar a ser limitado pelos conhecimentos que este possui acerca dos mecanismos de funcionamento do mercado financeiro e daquele produto em particular. Não compreender o

esclarecida, a fim de salvaguardar o cumprimento das obrigações decorrentes da celebração do acordo.

Através desse acervo de medidas aplicáveis à fase pré-contratual o legislador comunitário busca fomentar a concessão responsável de crédito (*responsible lending*) no âmbito do mercado financeiro da UE, e esclarece que “o enquadramento legal aplicável deverá dar aos consumidores a confiança de que os mutuantes, os intermediários de crédito e os representantes nomeados têm em conta os interesses do consumidor, com base nas informações de que o mutuante, o intermediário de crédito e os representantes nomeados dispõem nesse momento e em previsões razoáveis sobre os riscos quanto à evolução da situação do consumidor ao longo da vigência do contrato de crédito proposto (...)”¹¹. Para tanto, segundo a DCH, os EMs devem exigir que “o mutuante, intermediário de crédito ou representante nomeado aja

.....

significado das taxas aplicadas a um contrato de crédito ou não saber interpretar as cláusulas associadas ao mesmo, às suas garantias ou aos seus seguros, poderá ditar uma má avaliação do peso do crédito no orçamento familiar e portanto uma incorrecta estimativa dos seus riscos. Por isso, a iliteracia financeira tende a tornar os indivíduos mais vulneráveis a contratar créditos menos ajustados ao seu perfil. Essa vulnerabilidade pode ser agravada quando além disso são expostos a campanhas publicitárias que apresentam os custos do crédito de forma dissimulada. Na verdade, vários são os constrangimentos que levam à não consideração de toda a informação para um determinado julgamento. Aos limites de conhecimento acima referidos podemos acrescentar limites de tempo, de memória, de atenção ou de capacidade de processamento de informação. Estes limites dificultam que, na altura da tomada de decisão, o indivíduo consiga ponderar cabalmente todas as alternativas possíveis, sobretudo em contextos de maior complexidade, como será o caso das questões financeiras”. CATARINA FRADE e FERNANDA JESUS, “Percepção do risco de crédito e endividamento sustentável”, in *Novas dimensões do consumo na sociedade contemporânea*, HERNÂNI VELOSO NETO e SANDRA LIMA COELHO (org.), Instituto de Sociologia-Faculdade de Letras, Porto, 2001, pp. 4 e 5, disponível em <https://www.ces.uc.pt/ficheiros/behave/Frade_Jesus_Percepcao_do_risco_e_endividamento_sustentavel.pdf> (20.4.2021)

¹¹ Cfr. Considerando (35) da DCH.

de forma honesta, leal, transparente e profissional, tendo em consideração os direitos e interesses do consumidor"¹².

Enquanto o dever de informação e assistência e o período de reflexão visam o consentimento informado do consumidor e sua decisão ponderada acerca da adequação e conveniência da celebração do contrato, na avaliação de solvabilidade, um procedimento de análise de risco, a *expertise* do mutuante atuará na salvaguarda do cumprimento do acordo considerando a capacidade financeira e os interesses do mutuário, i.e., a *solutio* deverá ser considerada pelo credor na formação do contrato. Estas medidas aplicáveis a partir da solicitação do empréstimo pelo consumidor junto à instituição de crédito – sua transposição pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho – são objeto do presente texto.

1.1 ORDENAMENTO INTERNO

No ordenamento interno português, a especificidade e relevância do contrato de crédito à habitação são aspectos considerados pelo legislador¹³, enquanto a tendência de agravamento da responsabilidade das instituições de crédito perante seus clientes é assinalada pela doutrina e observada

.....
¹² Cfr. art. 7.º, n.º 1 da DCH.

¹³ Como se observa na sucessão de regimes editados sobre a matéria após o 25 de Abril de 1974, como, por exemplo, na Resolução do Conselho de Ministros de 1976 que reconhece como "elementar princípio da política habitacional o acesso à compra de habitação própria por todas as famílias, independentemente do nível de rendimento" e que "as condições de crédito à habitação que a seguir se referem constituem um passo muito positivo no sentido de satisfazer o direito à habitação", e como se depreende, por exemplo, do preâmbulo do DL 74-A/2017: "Existem, porém, especificidades no crédito hipotecário que justificam uma abordagem diferenciada. Em particular, o crédito para aquisição de habitação própria é tipicamente o mais importante compromisso financeiro da vida de um consumidor, atendendo aos valores mutuados, ao prazo de amortização e às consequências da execução da hipoteca".

na jurisprudência¹⁴; especificamente no contexto socioeconómico o crédito à habitação é identificado como “maior investimento” e “principal fonte de endividamento” das famílias¹⁵, constituindo “uma área do mercado especialmente atractiva para as instituições de crédito” e “um motivo de preocupação na prevenção do sobreendividamento”¹⁶.

Em Portugal, os efeitos da crise financeira internacional podem ser particularmente distinguidos pela intervenção da TROIKA na política interna¹⁷ e pela edição de medidas

¹⁴ Saraiva Matias ressalta que esta tendência doutrinária e jurisprudencial se justifica “porque as instituições de crédito devem dispor de meios técnicos adequados ao rigoroso controlo dos actos que praticam; porque a remuneração dos seus actos já implica e tem em conta o risco que correm; porque beneficiam da confiança dos seus clientes; porque dispõem, quase sempre, de uma posição de força económica e financeira que os privilegia face aos seus clientes, quando contratam”. ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Direito bancário*, Coimbra, Coimbra, 1998, p. 92. Ver também: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade”, in *Estudos de Direito Bancário I*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *et alii.* (org.), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 10 e 11.

¹⁵ MARIA DA GRAÇA MONIZ, “Notas breves sobre a habitação e especificidades da Região Autónoma da Madeira”, *EDC* 8 (2007), pp. 609, 626 e 627 e JOAQUIM CARRAPIÇO, “Reflexões em torno da qualidade e dos direitos dos consumidores na compra de habitação”, *EDC* 5 (2003), p. 54, respectivamente.

¹⁶ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de Março, revogado pelo DL n.º 74-A/2017.

¹⁷ Como exemplo, o Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, editado em resposta à “crise económica e financeira que afeta a maioria dos países europeus” e “estabelece princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários e cria a rede extrajudicial de apoio a esses clientes bancários no âmbito da regularização dessas situações”. No âmbito do direito à habitação, os contratos de arrendamento foram objeto de especial repercussão como demonstra a Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, que procedeu à revisão do regime jurídico do arrendamento urbano, alterando o CC, o Código de Processo Civil e a Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro. Além de alterar o regime em vigor, quanto à perda da habitação pelo incumprimento do contrato de arrendamento pelo arrendatário, a Lei n.º 31/2012 estabelece o Procedimento Especial de Despejo, que privilegia a via extrajudicial, com o objectivo de tornar mais simples e célere a desocupação do local arrendado e sua recolocação no mercado de arrendamento.

legislativas dirigidas aos deveres de informação e transparência das instituições financeiras e ao quadro de incumprimento dos contratos de crédito em execução¹⁸. Também

.....
mento, designadamente nas hipóteses de falta de pagamento de rendas, caducidade do contrato pelo decurso do prazo e cessação do contrato por oposição à renovação ou por denúncia. Olinda Garcia menciona que o quadro alterado tinha apenas 6 anos de vigência e que apesar de tratar-se de um quadro legal passível de críticas, a causa de sua remodelação “prende-se, de modo direto, com a necessidade de cumprir o acordado no memorando de entendimento entre Portugal e o conjunto de instituições internacionais correntemente designado Troika. É, assim, a primeira vez na história do arrendamento urbano que o regime desta matéria é directamente alterado por imposição de instituições internacionais”. MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento Urbano Anotado*. 2ª edª., Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 8 e 9.

¹⁸ O legislador nacional voltou-se também ao incumprimento dos contratos ligados à consecução da habitação própria criando um regime extraordinário de protecção de devedores de crédito à habitação que estejam em situação económica muito difícil. Trata-se da Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, aplicada às situações de incumprimento de contratos de mútuo celebrados no âmbito do sistema de concessão do crédito à habitação desde que destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente de agregados familiares que se encontrem em situação económica muito difícil e apenas quando o imóvel em causa seja a única habitação do agregado familiar e tenha sido objeto do contrato de mútuo com hipoteca. Para que seja aplicada, a lei em causa estabelece uma série de requisitos a serem preenchidos, tanto pela condição das partes quanto pelo contrato e seu objeto; preenchidas as exigências legais torna-se imperiosa a observação do regime extraordinário pelas instituições de crédito mutuantes. Também foram editadas em Portugal medidas de reforço da solidez financeira das Instituições de Crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros, foi aprovado o aumento de cobertura do Fundo de Garantia de Depósitos e do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, foram fixados deveres de informação e de transparência a observar pelas instituições de crédito, e adoptadas medidas relativas ao crédito à habitação a fim de tornar os custos dos créditos mais transparentes, além de medidas de protecção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados a esse crédito, regulamentadas pelos seguintes diplomas: Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, DL n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, Aviso do BdP n.º 10/2008, de 9 de dezembro, DL n.º 192/2009, de 17 de Agosto e DL n.º 222/209, de 11 de setembro, respectivamente.

Sobre a produção legislativa pós-crise em Portugal, ver: LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Impacto da Crise Financeira no Regime do Crédito à Habitação”, *Julgar* 25 (2015), Coimbra, Coimbra, pp. 58 a 63 e ANTÓNIO MENEZES COR-

na sequência da crise, o BdP identificou que nos mercados bancários de retalho, onde se incluem o crédito à habitação e ao consumo, “a informação de que os clientes dispõem sobre os produtos é imperfeita” o que impede “a correcta avaliação de encargos e/ou rendimentos esperados e limitam a capacidade de escolha dos clientes entre diferentes produtos e instituições”, impactando no orçamento das famílias e no balanço das instituições de crédito, gerando riscos para o sistema financeiro no seu todo¹⁹.

Quanto à formação dos contratos, na “fase negociatória e na fase decisória”²⁰, vigora o dever geral de boa fé²¹ e a

DEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 149 a 155 e “A tutela do consumidor de produtos financeiros e a crise mundial de 2007/2010”, ROA 3-4 (2009), disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7Bbeb-41c16-14c1-4aa7-abf0-417322539b5c%7D.pdf>> (20.4.2021).

¹⁹ Relatório de Supervisão Comportamental 2010, BdP (2011), disponível em <<https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/relat%C3%B3rio%20supervis%C3%A3o%20comportamental%202010.pdf>> (20.4.2021).

²⁰ Segundo Almeida Costa, o art. 227.º, n.º 1 do CC, “distingue, ele próprio, dois ciclos anteriores à formação do contrato: a fase negociatória (preparação do conteúdo do acordo) e a ulterior fase decisória (emissão das declarações de vontade: a proposta e a aceitação – cfr. os arts. 224.º e segs. do Cód. Civ.). Integram a fase negociatória, portanto, os actos preparatórios realizados sem intenção vinculante, desde os contactos iniciais das partes até à formação da proposta contratual definitiva. É o período de “trattative”, “pourparlers” ou “verhandlungen”, conforme a terminologia italiana, francesa e alemã, respectivamente” (grifos do autor). MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., rev. e actual., 2ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 302.

²¹ Com fundamento normativo no princípio da boa fé previsto no preceito aberto do art. 227.º, n.º 1 do CC, emergindo a responsabilidade civil da violação de deveres daí decorrentes. “Dever de informação, dever de lealdade, dever de sigilo e dever de diligência” são os deveres pré-negociais, não taxativos, enumerados por Almeida Costa que enfatiza que sua descrição pela doutrina pode variar; Menezes Leitão os descreve da seguinte forma: “- deveres de protecção, que determinam que as partes na fase negocial devem evitar qualquer actuação susceptível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais (...) - deveres de informação, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte (...) - deveres de lealdade, por for-

responsabilidade com base jurídica no instituto da *culpa in contrahendo*²², sendo aplicadas aos contratos de crédito à

.....
ma evitar comportamentos que se traduzam numa deslealdade para com a outra parte (...)" ; Menezes Cordeiro, como "deveres de proteção, de consideração e de cuidado"; Segundo Sousa Ribeiro, "são comumente apontados, como integrando a relação pré-contratual, *deveres de proteção e cuidado*, quanto à pessoa e aos bens da contraparte; *deveres de esclarecimento e informação e deveres de lealdade*", contudo o autor faz a seguinte ressalva: "quanto ao primeiro grupo, o dos *deveres de proteção*, na doutrina portuguesa é geralmente considerado que não se justifica a autonomização de um ilícito pré-contratual decorrente da sua violação. A categoria foi criada pela jurisprudência germânica para suprir insuficiências do respectivo sistema de responsabilidade delitual de que não padece o nosso ordenamento, pelo que a lesão de direitos absolutos da contraparte, ainda que verificada em contexto pré-contratual, seria, pelo menos entre nós, regida pelas regras da responsabilidade extra-contratual. Haveria a ressaltar, apenas, a hipótese de a lesão se encontrar em conexão directa e causal com o contrato a celebrar. Compartilhamos esta posição, pois só nesta hipótese se justifica, na verdade, que a reparação obedeça aos parâmetros mais gravosos da responsabilidade pré-contratual. É o que se passa quando o dano se dá num bem entregue, em confiança, ao cuidado do responsável, para este, por exemplo, poder ajuizar em definitivo da conveniência da aquisição, ou para, na preparação de um contrato de empreitada, poder orçamentar os custos da sua reparação" (grifos do autor). Nuno Oliveira aponta que um dos problemas causados pelo art. 227.º do CC prende-se com o facto de "conter uma remissão para o *dever genérico de proceder segundo as regras da boa-fé* sem a desenvolver, concretizando-a, p. ex., na determinação dos pressupostos de deveres específicos – como, p. ex., dos deveres de cooperação, de esclarecimentos e de informação, de confidencialidade ou de lealdade" (grifos do autor). CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I: Conceito, fontes, formação*, 6ª edª. Almedina, Coimbra, 2018, p. 243; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*. V. I, 13.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 323 e 324; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade, cit., p. 16; JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, "Responsabilidade pré-contratual: breves anotações sobre a natureza e o regime", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, DIOGO LEITE DE CAMPOS (org.), Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 750 e 751; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Os deveres acessórios 50 anos depois", *Revista de Direito Civil* 2 (2017), p. 252.

²² Este, segundo Sousa Ribeiro, "um instituto em expansão" em busca de responder "a exigências de normatização que o "mundo da vida", da realidade das operações jurídico-económicas, coloca ao direito das obrigações", cuja natureza vem sendo entendida como uma terceira via da responsabilidade civil, um *tertium genus*, situada, segundo Carneiro da Franca, "(...) num meio termo entre a responsabilidade contratual e a respon-

habitação quanto aos deveres pré-contratuais, até a transposição da DCH, normas dispersas em regimes especiais²³.

Ao transpor a DCH a lei concretiza deveres e procedimentos acentuando o formalismo na “*relação obrigacional sem dever primário de prestação*”²⁴, introduzindo aos negócios sob sua égide o procedimento de avaliação de solvabilidade, o dever de fornecimento da FINE e indicação da TAEG e a observação do período de reflexão, à semelhança do Regime dos contratos de crédito a consumidores regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho²⁵, contudo com algumas particularidades.

Excepto em aspectos pontuais²⁶, a DCH não obsta a que os EMs mantenham ou introduzam disposições mais restritivas para a proteção dos consumidores, e apesar de intitular-se “relativa aos contratos de crédito aos consumidores para

.....
sabilidade extracontratual, não emergindo, em rigor, do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem, por outro lado, da violação de um dever genérico de respeito de direitos absolutos, mas antes de deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõe a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial – poder-se-á falar, com alguma propriedade, de uma “terceira via da responsabilidade civil (...)”. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade pré-contratual...”, cit., p. 745 e MANUEL A. CARNEIRO da FRADA, *Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 95.

²³ Como, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março, “que regulamenta as práticas comerciais das instituições de crédito e assegura a transparência da informação por estas prestada no âmbito da celebração de contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terrenos para construção de habitação própria”, revogado pelo DL 74-A/2017, e o DL 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime das cláusulas contratuais gerais.

²⁴ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade pré-contratual...”, cit., p. 746, (grifos do autor).

²⁵ Regime dos Contratos de Crédito a Consumidores, doravante DL 133/2009.

²⁶ São objeto de harmonização máxima: o formato normalizado da ficha de informação normalizada europeia (FINE) e o cálculo da TAEG.

imóveis de habitação" não restringe seu alcance a estes contratos²⁷; no ordenamento português tem seu âmbito de aplicação substancialmente alargado quando comparado com o anterior Regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria²⁸. A fim de "assegurar uma tutela superior dos interesses dos consumidores"²⁹, o Decreto-Lei.n.º 74-A/2017 regulamenta contratos de crédito relativos a imóveis celebrados com consumidores³⁰: a) para a aquisição ou construção de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento; b) para aquisição ou manutenção de direitos reais sobre terrenos ou edifícios já existentes ou projetados; c) que, independentemente da finalidade, estejam garantidos por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada sobre imóveis, ou garantidos por um direito

.....

²⁷ Apesar de ser "relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação", a DCH tem alcance mais amplo, como se depreende do Considerando (15): "o objetivo da presente diretiva é assegurar que os consumidores que celebrem contratos de crédito para bens imóveis beneficiem de um nível de proteção elevado. Tal objetivo deverá por conseguinte aplicar-se aos créditos garantidos por bens imóveis, independentemente da finalidade do crédito, aos contratos de refinanciamento e a outros contratos de crédito cuja finalidade seja permitir que um proprietário ou comproprietário mantenha direitos de propriedade sobre edifício ou terreno, e aos créditos que sejam utilizados para aquisição de um imóvel em determinados Estados-Membros, incluindo os créditos que não impliquem o reembolso do capital ou, a não ser que os Estados-Membros disponham de um quadro alternativo adequado, aos créditos cuja finalidade seja conceder um financiamento temporário entre a venda de um bem imóvel e a aquisição de outro e aos créditos garantidos para a realização de obras em imóveis de habitação".

²⁸ Quase integralmente revogado pelo DL 74-A/2017, o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, tinha como objecto a regulamentação da concessão de crédito à: a) Aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento; b) Aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente.

²⁹ Crf. preâmbulo do DL 74-A/2017.

³⁰ De acordo com a definição constante no art. 4.º, al. d) do DL 74-A/2017: «Consumidor», a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.

relativo a imóveis. Sendo também aplicado aos contratos de locação financeira de bens imóveis para habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento³¹.

Ainda segundo a DCH, os EMs são livres de manter ou introduzir disposições legais nacionais nos domínios não abrangidos pelas suas normas, “em particular, podem manter ou introduzir disposições nacionais em domínios como o direito dos contratos relativamente à validade dos contratos de crédito, o direito de propriedade, o registo predial, a informação contratual e, na medida em que não sejam regidas pela presente diretiva, as questões posteriores à celebração do contrato”³². À semelhança de outras diretivas comunitárias³³, não regulamenta o regime sancionatório aplicável em caso de violação das disposições legais nacionais adotadas por força da sua implementação pelos EMs, contudo, determina que as sanções sejam efetivas, proporcionadas e dissuasivas e que os EMs devem adoptar as medidas necessárias para assegurar sua respectiva aplicação.

Neste quadro, buscamos verificar as medidas adoptadas pelo legislador interno no regime jurídico do Decreto-Lei n.º 74-A/2017 incidentes na fase pré-contratual a partir da solicitação de crédito pelo consumidor e as consequências jurídicas decorrentes do incumprimento dessas medidas, quais sejam, o procedimento de avaliação de solvabilidade, o dever de informação e assistência e o período de reflexão.

.....
³¹ Cfr. art. 2.º do DL 74-A/2017. As exclusões à aplicação do regime encontram-se previstas no art. 3.º.

³² Cfr. Considerando (9) da DCH.

³³ Como por exemplo, a Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

Como premissa, em consonância com a DCH³⁴, o Decreto-Lei estabelece o carácter imperativo das suas normas em razão do qual o consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos, sendo nula qualquer convenção que os exclua ou restrinja. É também invertido o ónus probatório, por força do qual compete ao mutuante e, se for o caso, ao intermediário de crédito, fazer prova do cumprimento das obrigações nele previstas³⁵.

2. DEVER DE AVALIAR A SOLVABILIDADE DO CONSUMIDOR

No âmbito dos contratos de crédito o incumprimento pode ter em sua origem, como factor determinante, um quadro de sobreendividamento do devedor. Identificado como um fenómeno presente em muitos países comunitários e tendo em conta suas múltiplas implicações, repercutindo negativamente sobre os credores, o sistema financeiro e a sociedade, apresenta-se como autêntico “problema social”³⁶. A par desta realidade, e com o intuito de prevenir seu avanço,

³⁴ Quanto ao carácter imperativo das suas normas, a DCH estabelece em seu art. 41.º: “Os Estados-Membros asseguram que: a) Os consumidores não possam renunciar aos direitos que lhes sejam conferidos pelo direito interno que transponha a presente diretiva; b) As disposições que venham a adotar para transpor a presente diretiva não possam ser contornadas de tal modo que os consumidores corram o risco de perder a proteção garantida pela presente diretiva em resultado da redação dos contratos, em especial integrando contratos de crédito abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva em contratos de crédito cujo carácter ou objetivo permita evitar a aplicação daquelas disposições”.

³⁵ Cfr. arts. 35.º e 36.º do DL 74-A/2017.

³⁶ Segundo Manuel Sánchez, “cada vez son más frecuentes los supuestos de consumidores que se encuentran en dificultades para hacer frente a las deudas que han ido asumiendo con el fin de poder atender a sus necesidades privadas, con desastrosas consecuencias para ellos en el plano personal y familiar y con repercusiones igualmente negativas sobre los acreedores, el sistema financiero y la sociedad en su-conjunto”. MANUEL ÁNGEL LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Prevención del Sobreendeudamiento en la Propuesta de Directiva Sobre Crédito a los Consumidores”, in *Études de Droit de la Consommation*: Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, Paris, 2004, pp. 619, 622 e 623.

o legislador comunitário implementou a avaliação de solvabilidade do consumidor como procedimento a ser adoptado pelas instituições previamente à concessão do crédito ou ao aumento do seu montante ao longo da execução do contrato. Assim, em atenção ao princípio do “empréstimo responsável”, e sob igual epígrafe, a Proposta de Diretiva de 2002 acerca do crédito ao consumo³⁷ dispunha uma obrigação de meios em razão da qual o fornecedor deveria verificar, individualmente e em momento prévio à celebração do contrato, a solvabilidade do consumidor³⁸, buscando garantir uma solvência adequada que permitisse o cumprimento das

³⁷ Proposta de Diretiva relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores: Bruxelas, 11 de setembro de 2002 (COM(2002) 443 final, 2002/0222 (COD)), disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52002PC0443>> (20.4.2021)

³⁸ O princípio é referido no art. 9.º da Proposta de Diretiva apresentada em setembro de 2002, cujo objectivo era a revisão da Diretiva 87/102/CEE. Estabelecia o artigo que: “ao celebrar um contrato de crédito ou de garantia ou ao aumentar o montante total do crédito ou o montante garantido, parte-se do princípio de que o mutuante ponderou previamente, por todos os meios à sua disposição, que o consumidor e, se necessário, o garante, de acordo com um critério de razoabilidade, podem respeitar as suas obrigações que decorrem do contrato”. Na exposição de motivos do Diploma consta ainda que “o princípio do “empréstimo responsável” consistiu numa obrigação de meios, que se traduz nomeadamente pela consulta das bases centralizadas de dados e pela análise das respostas fornecidas pelo consumidor ou pelo garante, pelo pedido de constituir garantias, pela verificação dos dados fornecidos por intermediários de crédito e pelo tipo de crédito oferecido. Não se trata de uma obrigação de resultado como a existência - ou a ausência - de uma falta do consumidor. Aliás, tais regras de prudência implicam uma apreciação dos factos, que deve ser efectuada casuisticamente, de preferência pelas autoridades judiciais. Todavia, a análise por parte do mutuante das capacidades de reembolso do consumidor não é neutra: está em causa a sua responsabilidade contratual e importa especificar a este respeito a ligação entre a celebração do contrato de crédito e a referida análise prévia. Esta disposição não põe em causa o dever de o consumidor actuar com prudência quando procura obter um crédito e bem assim de respeitar as suas obrigações contratuais”. Cfr. COM (2002) 443 – Diário Oficial C 331 E, de 31 de dezembro 2002, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52002PC0443>> (20.4.2021)

obrigações contratuais, e protegendo assim os interesses dos consumidores, dos garantes e dos mutuantes, que “correm o risco de ver diminuir a solvabilidade dos seus clientes devido a contratos de crédito celebrados posteriormente pelos seus concorrentes”³⁹. Desde seu surgimento na referida Proposta, o preceito sofreu modificações até sua previsão na Diretiva 2008/48/CE⁴⁰ vindo o legislador comunitário considerar que “num mercado de crédito em expansão, é especialmente importante que os mutuantes não concedam empréstimos de modo irresponsável ou não concedam crédito sem uma prévia verificação da solvabilidade”⁴¹, e sob a epígrafe “dever de avaliar a solvabilidade do consumidor” o procedimento foi introduzido no ordenamento jurídico interno português por ocasião da sua transposição, sendo previsto no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 133/2009 que, sem no entanto defini-lo, determina que antes da celebração do contrato de crédito, e sempre que as partes decidirem aumentar o montante total do crédito, o credor deve avaliar a solvabilidade do consumidor⁴².

Por sua vez, a Diretiva 2014/17/UE, tendo a Diretiva 2008/48/CE como referência, reconhece que as especificidades dos contratos de crédito para imóveis de habitação justificam

.....
³⁹ Na exposição de motivos sobre “empréstimo responsável” previsto no artigo 9.º da Proposta de Diretiva consta que a partir da observação de que “em alguns Estados-Membros estão em vigor disposições em matéria de crédito que impõem ao mutuante regras de prudência ou de gestão na qualidade de “bom mutuante”. Este artigo visa estabelecer um princípio equivalente ao nível europeu não só no interesse dos consumidores ou dos garantes mas igualmente de todos os mutuantes. Com efeito, estes correm o risco de ver diminuir a solvabilidade dos seus clientes devido a contratos de crédito celebrados posteriormente pelos seus concorrentes, sempre que estes contratos sejam celebrados de acordo com circunstâncias que põem gravemente em perigo as capacidades de reembolso do consumidor ou do garante”.

⁴⁰ Cfr. art. 8.º da Diretiva 2008/48/CE, cujo conteúdo aproxima-se do previsto no art. 5.º, n.º 1 da Proposta alterada de Diretiva de 2005, COM(2005) 483 final.

⁴¹ Cfr. Considerando (26) da Diretiva 2008/48/CE.

⁴² Cf. art. 10.º do DL 133/2009, alterado pelo DL 72-A/2010, de 18 de junho.

uma abordagem diferenciada considerando os ensinamentos da crise financeira, assegurando que a concessão de créditos assenta em bases sólidas, devendo as disposições relativas à referida avaliação ser reforçadas por comparação com o crédito ao consumo⁴³, determinando que seja feita uma "rigorosa avaliação da solvabilidade do consumidor" pelo mutuante⁴⁴, indicando que o objectivo do instituto não é somente evitar situações futuras de inadimplência do consumidor, mas também impedir que a concessão do crédito afete significativamente sua situação financeira geral⁴⁵. O relevo atribuído pelo legislador comunitário ao procedimento no âmbito dos contratos de crédito à habitação pode ser observado pela sua inclusão na definição do objeto da DCH, previsto em seu artigo 1.º. O procedimento, mais uma vez, deve ser lido à luz das finalidades essenciais da diretiva: garantir um elevado nível de protecção dos consumidores através de uma política de empréstimo responsável evitando que incorram em situações de sobreendividamento e insolvência, garantindo a concessão e contração de empréstimos de forma sustentável⁴⁶ e protegendo, indirectamente, a estabilidade do mercado de crédito imobiliário⁴⁷. Definido como a ava-

⁴³ Cfr. Considerandos (20) e (22) da DCH, devendo ser garantido pelos EMs "um acesso não discriminatório às bases de dados de crédito relevantes, a fim de assegurar condições equitativas relativamente ao disposto na Diretiva 2008/48/CE".

⁴⁴ Cfr. art. 18.º, n.º 1 da DCH.

⁴⁵ Nesse sentido: ESTHER ARROYO AMAYUELAS, "Contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: sanciones y remedios para el caso de incumplimiento de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario", in *Cátedra Jean Monnet de derecho privado europeo: Universidad de Barcelona*. Working paper 9/2018, p. 8, disponível em <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/125433/1/WP_2018_9.pdf> (20.4.2021)

⁴⁶ Cfr. Considerando (6) da DCH.

⁴⁷ A relação entre a avaliação de solvabilidade do mutuário e a estabilidade do mercado, está presente, por exemplo, no Considerando (57) da DCH: "A decisão do mutuante sobre a concessão do crédito deverá ser

liação das probabilidades de cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito (art. 4.º, n.º 17 da DCH), o procedimento deve ser realizado pelo mutuante antes da apresentação da proposta de crédito ao consumidor, e também anteriormente a qualquer aumento do montante total do crédito que ocorra na sua vigência. Prática já adoptada pelas instituições de crédito na salvaguarda dos seus interesses⁴⁸, com a previsão legislativa sua realização deve ter como foco os interesses do consumidor na concessão do crédito⁴⁹, sendo

.....
coerente com o resultado da avaliação de solvabilidade. Por exemplo, a capacidade do mutuante para transferir parte do risco de crédito para um terceiro não deverá induzi-lo a ignorar as conclusões da avaliação de solvabilidade ao propor um contrato de crédito a um consumidor que provavelmente não poderá reembolsá-lo".

⁴⁸ O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de agosto, cita a obtenção pelo cliente junto à instituição de crédito "do seu perfil de risco actualizado, na perspectiva do financiador".

Segundo Jorge Cruz, em Portugal, denominada "scoring", a análise de risco praticada pelas instituições de crédito ao consumo considerava, de maneira geral, o destino do crédito e a natureza do bem, o valor do financiamento, o prazo de reembolso, os dados pessoais, económicos e profissionais do proponente, sua capacidade de pagamento, a documentação de suporte, as garantias e os contratos, devia assegurar a capacidade jurídica do preponente, a adequação do contrato-tipo e a capacidade jurídica dos garantes. JORGE CRUZ, "Crédito ao Consumo". *Inforbanca* 33 (1997), pp. 12 a 14, disponível em <http://ifb.pt/wp-content/uploads/2018/05/IFB-InforBanca_033.pdf> (20.4.2021).

Especificamente quanto à concessão do crédito à habitação, Graça Moniz enumera a documentação geralmente exigida pela instituição de crédito para avaliar a capacidade económica do possível tomador de crédito e do valor da habitação que engloba a planta casa, os documentos de identificação dos proponentes, os comprovativos de rendimentos e da composição do agregado familiar, e só posteriormente, a instituição "comunicará a decisão definitiva sobre a concessão e condições do empréstimo". MARIA DA GRAÇA MONIZ, "Notas breves sobre a habitação e especificidades da Região Autónoma da Madeira", cit. p. 626.

⁴⁹ Nesse sentido López Sánchez afirma que previsão legislativa torna obrigatório um comportamento "que no puede considerarse desconocido, al menos en lo esencial, por la mayoría de las entidades y establecimientos de crédito, acostumbrados a evaluar la solvencia de sus potenciales clientes, antes de contraer riesgos con ellos, por tratarse de una elemental medida de prudencia derivada de lo que ha de ser una sana gestión económico-finan-

o procedimento voltado para o endividamento sustentável do mutuário, e nesse diapasão “a decisão do mutuante sobre a concessão do crédito deverá ser coerente com o resultado da avaliação de solvabilidade”⁵⁰.

Entretanto, no período intercalar entre as Diretivas 2008/48/CE e 2014/17/UE, em resposta à crise económico e financeira e a fim de conter seus efeitos nos contratos de crédito em execução, a medida foi prevista no ordenamento português com o objetivo de estabelecer princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento desses contratos pelos clientes bancários e criar a rede extrajudicial de apoio a esses clientes no âmbito da regularização dessas situações, através do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro⁵¹. Designa-

.....
 ciera de su empresa. La peculiaridad de la medida proyectada radica, en consecuencia, en que mediante la juridificación de dicho comportamiento se pretende que lo que hasta ahora venía haciéndose en interés preferente, si no exclusivo, del prestamista se continúe en el futuro, bajo amenaza en otro caso de incurrir en responsabilidad, tomando en consideración también el interés del consumidor”. MANUEL ÁNGEL LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Prevención del Sobreendeudamiento...”, cit., p. 640. Ver também: HANNES PRÜTTING, GERHARD WEGEN e GERD WEINREICH (org.). Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar. 12.ª ed.ª. Wolters Kluwer Deutschland e Luchterhand Fachverlag, Köln, 2017, p. 958.

⁵⁰ Cfr. Considerando (57) da DCH.

⁵¹ O âmbito de aplicação do DL é estabelecido em seu art. 2.º: “1 - O disposto neste diploma aplica-se aos seguintes contratos de crédito celebrados com clientes bancários: a) Contratos de crédito para a aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para a aquisição de terrenos para construção de habitação própria; b) Contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre bem imóvel; c) Contratos de crédito a consumidores abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho, com exceção dos contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada, seja no próprio contrato, seja em documento autónomo; d) Contratos de crédito ao consumo celebrados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 101/2000, de 2 de junho, e 82/2006, de 3 de maio, com exceção dos contratos em que uma das partes se obriga, contra retribuição,

damente em sede pré-contratual, a legislação determina a obrigatoriedade das instituições de crédito disponibilizarem aos clientes bancários e aos demais interessados informação sobre os riscos do endividamento excessivo e as consequências do incumprimento de contratos de crédito, bem como sobre os procedimentos implementados para a regularização das situações de incumprimento em resultado da aplicação das regras previstas no diploma. A matéria foi regulamentada pelo BdP⁵² através do Aviso n.º 17/2012 que determina que as instituições de crédito devem assegurar a divulgação ao público de informações quanto ao endividamento excessivo e a ponderação prévia pelo cliente sobre sua capacidade financeira para assegurar o pagamento das prestações decorrentes dos empréstimos que pretende contratar, o alerta sobre os riscos de incumprimento dos contratos em execução, e a indicação do sítio de internet da Plataforma Nacional de Formação Financeira⁵³. É também determinada a criação de um Plano de Ação para Risco de Incumprimento (PARI) pelas instituições de crédito onde é prevista a avaliação da capacidade financeira do cliente bancário a ser realizada na vigência do contrato para avaliar os indícios de degradação da capacidade para cumpri-lo ou quando o cliente transmita factos que indiquem o risco de incumprimento, tendo em vista aferir a existência de risco efetivo de incumprimento e da respetiva extensão⁵⁴. Assim, a avaliação da capacidade

.....
a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa móvel de consumo duradouro e em que se preveja o direito do locatário a adquirir a coisa locada, num prazo convencionado, eventualmente mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato; e) Contratos de crédito sob a forma de facilidades de descoberto que estabeleçam a obrigação de reembolso do crédito no prazo de um mês".

⁵² Cfr. art. 7.º, n.ºs 1 e 2 do DL 227/2012, de 25 de outubro.

⁵³ Cfr. art. 3.º e Anexo I do Aviso do BdP n.º 17/2012.

⁵⁴ Podendo a instituição solicitar informações e documentos estritamente necessários e adequados para esse efeito, cfr. arts. 10.º e 11.º do DL 227/2012,

financeira prevista no DL 227/2012, de 25 de outubro, busca minimizar estes riscos, ou mesmo os danos, em decorrência das situações de incumprimento nos contratos de crédito em execução. Embora prevista no Decreto-Lei n.º 133/2009, somente com o Decreto-Lei n.º 74-A/2017⁵⁵ a avaliação de solvabilidade foi regulamentada pelo BdP através do Aviso n.º 4/2017, de 20 de setembro⁵⁶, que estabelece procedimentos e critérios acerca do procedimento, cujas normas devem ser observadas pelas entidades habilitadas a exercer, a título profissional, a atividade de concessão de crédito em Portugal, e aplicáveis também aos contratos regulados pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho⁵⁷. É definida como “a avaliação da capacidade e propensão de o consumidor cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito”⁵⁸, a ser realizada previamente à celebração do contrato⁵⁹ e em momento anterior a qualquer aumento do montante total do crédito

.....
de 25 de outubro, sendo o procedimento regulamentado pelo art. 5.º do Aviso do BdP n.º 17/2012.

⁵⁵ Cfr. art. 16.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho.

⁵⁶ Doravante Aviso n.º 4/2017.

⁵⁷ O art. 1.º, n.º 2 do Aviso n.º 4/2017 estabelece as seguintes exceções à aplicação das suas regras: a) Ultrapassagens de crédito, na aceção prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009; e b) Contratos de crédito destinados a prevenir ou a regularizar situações de incumprimento, designadamente através do refinanciamento ou da consolidação de outros contratos de crédito, bem como da alteração dos termos e condições de contratos de crédito já existentes.

⁵⁸ Cfr. art. 2.º, al. a) do Aviso n.º 4/2017, art. 4.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 74-A/2017 e Considerando (55) da DCH.

⁵⁹ Trata-se de um dever pré-contratual, de acordo com Matilde Casas: “no se desnaturaliza su condición de obligación precontractual por el hecho de que, tal y como dispone el artículo 18.6 DCH, sea exigible una reevaluación de la solvencia con base en información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de crédito, a menos que dicho crédito adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial. El aumento del importe del crédito puede entenderse como nuevo contrato o novación del anterior y la evaluación debe hacerse con carácter *previo* a la misma” (grifo da autora). MATILDE CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”,

que ocorra na sua vigência⁶⁰, recaindo sobre o mutuante a responsabilidade pela realização adequada da avaliação nos momentos devidos e este só deve celebrar o contrato de crédito ou aumentar seu montante total se o resultado do procedimento indicar que é provável que as obrigações do contrato de crédito sejam cumpridas tal como exigido nesse contrato⁶¹. O procedimento resulta em um quadro de agra-

.....
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 764 (2017), Centro de Estudios Registrales, Madrid, nota 82, p. 2919.

⁶⁰ Excepto nas situações em que o aumento do montante total do crédito e as respetivas condições tenham sido inicialmente convencionados pelas partes, aquando da celebração do contrato de crédito. Cfr. art. 10.º, n.ºs 1 e 4 do DL 133/2009, art. 16.º, n.ºs 1 e 4 do DL n.º 74-A/2017 e art. 4.º, n.º 1, als a) e b) e n.º 2 do Aviso n.º 4/2017.

⁶¹ Cfr. art. 11.º, n.º 1, do Aviso n.º 4/2017 e art. 16.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017. As obrigações decorrentes do contrato de crédito são definidas como "todas as obrigações pecuniárias assumidas pelo consumidor no âmbito do contrato de crédito, incluindo o reembolso do capital e o pagamento de juros, comissões, impostos e outros encargos, incluindo o pagamento de prémios de seguro exigidos por força do contrato de crédito", cfr. art. 2.º, al. g) do Aviso n.º 4/2017. Em relatório emitido em maio de 2019, o BdP ratifica a medida: "a nível nacional, de forma a regulamentar o dever de avaliação da solvabilidade (...) o Banco de Portugal publicou o Aviso n.º 4/2017, de 22 de setembro, que estabelece princípios e regras a observar pelas instituições na referida avaliação. O referido Aviso, que reflete as orientações emitidas pela Autoridade Bancária Europeia sobre o dever de solvabilidade prevê igualmente que a celebração de um contrato de crédito com um consumidor só deve ocorrer quando o resultado da avaliação da sua solvabilidade indique a viabilidade de cumprimento das obrigações do contrato de crédito nos termos propostos. Ou seja, os mutuantes devem, em momento anterior à celebração do contrato de crédito e, como previamente a qualquer aumento do montante total do crédito, avaliar a capacidade e propensão do consumidor para o cumprimento do contrato de crédito. Mais se prevê que o mutuante só deve celebrar o contrato de crédito quando o resultado da avaliação de solvabilidade indicar que é provável que as obrigações do contrato de crédito sejam cumpridas nos termos contratualmente previstos". Acompanhamento da Recomendação macroprudencial sobre novos créditos a consumidores. BdP (maio 2019), disponível em <https://www.bpportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/acompanhamento_recomendacao_macroprudencial_2019.pdf> (20.4.2021).

vamento da responsabilidade do financiador⁶², recaindo sobre ele a prova do cumprimento desse dever⁶³.

Para este fim, as instituições devem elaborar e implementar procedimentos internos⁶⁴ procedendo com diligência e lealdade para promover a concessão de crédito responsável, verificando a capacidade inicial do consumidor de cumprir as obrigações contratuais a partir de informações suficientes e necessárias sobre a situação presente, obtidas junto a ele⁶⁵, através da consulta à base de dados de responsabilidade de crédito e, complementarmente, à lista pública de execu-

⁶² Segundo Adelaide Leitão, "a responsabilidade bancária pode surgir no contexto da culpa na formação do contrato por violação dos deveres pré-contratuais ou incumprimento de obrigações prévias. Neste caso, presume-se a culpa nos termos do artigo 799.º do Código Civil. No âmbito das operações de concessão, corte e recusa do crédito poderá ainda verificar-se violação das normas de protecção e a consequente indemnização de danos a clientes bancários que se encontrem abrangidos pelo âmbito de protecção da norma, situação que pode igualmente ocorrer no caso de violação das regras que condicionam a actividade publicitária. Nestes casos a ilicitude da conduta bancária indica a respectiva culpa". ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Concessão de crédito, normas de protecção e responsabilidade bancária", in *Estudos de Direito Bancário I*, António Menezes Cordeiro *et alii*. (org.), Almedina, Coimbra, 2018, p. 248.

⁶³ Cfr. art. 10.º, n.º 5 do DL 133/2009, art. 36.º do DL 74-A/2017 e art. 4.º, n.º 3 do Aviso n.º 4/2017.

⁶⁴ O artigo 13.º do Aviso n.º 4/2017 determina que: "1 - As instituições estão obrigadas a elaborar e a implementar procedimentos internos para a avaliação da solvabilidade dos consumidores que assegurem o cumprimento das disposições legais aplicáveis, bem como o disposto no presente Aviso. 2 - Os procedimentos internos devem, nomeadamente, especificar: a) as informações e os documentos a solicitar aos consumidores; b) o método e os critérios utilizados na avaliação da solvabilidade dos consumidores; c) as unidades de estrutura com responsabilidades no processo de avaliação da solvabilidade dos consumidores, descrevendo as respetivas competências; d) os procedimentos a adotar pelos trabalhadores envolvidos no processo de concessão de crédito no âmbito da avaliação da solvabilidade dos consumidores. 3 - As instituições devem atualizar os seus procedimentos internos sempre que tal se revele necessário. 4 - As instituições devem assegurar a divulgação dos procedimentos internos junto dos trabalhadores envolvidos no processo de concessão de crédito, em moldes que permitam a sua consulta imediata e permanente".

⁶⁵ Cfr. art. 6.º, n.º 1 do Aviso n.º 4/2017 e art. 10.º, n.º 1 do DL 133/2009.

ções⁶⁶, considerando também circunstâncias futuras, todavia previsíveis, passíveis de alterar sua solidez financeira que possam ter impacto negativo no seu nível de endividamento global e na sua capacidade para cumprir as obrigações decorrentes do contrato⁶⁷, para tanto o mutuante irá avaliar a situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor e a natureza, montante e características do contrato⁶⁸, baseando-se em informação sobre seus rendimentos e despesas⁶⁹

.....
⁶⁶ Trata-se da lista pública de execuções a que se refere o Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro. O financiador pode recorrer a outras bases de dados consideradas úteis, sendo assegurado aos financiadores que atuem noutros Estados-Membros o acesso não discriminatório a essas informações, cfr. arts. 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 133/2009 e arts. 16.º, 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017. O referido acesso é assegurado pelas entidades gestoras de bases de dados utilizadas em Portugal para este fim, sendo o acesso à base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito (CRC) assegurado pelo BdP.

⁶⁷ Cfr. art. 10.º do Aviso n.º 4/2017. O artigo cita algumas hipóteses como, por exemplo, no caso do contrato de crédito vigorar para além do termo do contrato de trabalho ou prestação de serviço e nas situações em que a vinculação do consumidor ao contrato de crédito se estende para além da idade legalmente prevista para a sua reforma, o risco de o consumidor vir a ser responsabilizado pelo pagamento de uma dívida da qual é fiador ou avalista, ou o possível aumento do indexante na vigência de contratos de crédito a taxa de juro variável ou mista. No caso da variação da taxa de juro, deve ser observada a Instrução n.º 3/2018 do BdP que estabelece, com vista a contribuir para a resiliência do sistema financeiro, os critérios para a ponderação do impacto na solvabilidade dos consumidores de aumentos do indexante aplicável a contratos de crédito a taxa de juro variável ou a taxa de juro mista.

⁶⁸ De acordo com os “deveres gerais” previstos no art. 3.º do Aviso n.º 4/2017.

⁶⁹ Entre os demais elementos que sejam considerados relevantes, a instituição deve ter em consideração a idade, a situação profissional, os rendimentos auferidos e despesas regulares do consumidor. Na determinação do rendimento devem ser observadas as regras previstas no artigo 7.º do Aviso, segundo as quais: “1 - A avaliação da solvabilidade deve basear-se preferencialmente nos rendimentos auferidos pelo consumidor que, pelo seu montante e periodicidade, apresentam um carácter regular, incluindo, nomeadamente, os rendimentos auferidos a título de salário, a remuneração pela prestação de serviços ou as prestações sociais. 2 - A instituição deve ter em consideração o rendimento auferido pelo consumidor, pelo menos, nos

e o cumprimento das obrigações assumidas por ele noutros contratos de crédito⁷⁰. O rácio entre o valor do empréstimo e o rendimento ou entre o rendimento e o endividamento, como sugerido aos EMs pela DCH e em estudo realizado pelo Banco Mundial, como critério na avaliação de solvabilidade para concessão do crédito, “com níveis mínimos abaixo dos quais nenhum crédito seria considerado aceitável”⁷¹, foi posteriormente aprovado em Recomendação pelo BdP⁷² dirigida à atividade de concessão de crédito, abrangendo os

.....
três meses anteriores ao momento em que procede à avaliação da solvabilidade, bem como a evolução que o rendimento registou nesse período. 3 - A avaliação da solvabilidade não deve basear-se na expectativa de aumento dos rendimentos auferidos pelo consumidor. 4 - Se o consumidor for trabalhador independente ou apresentar rendimentos sazonais ou irregulares, a instituição deve promover as diligências adicionais que se afigurem necessárias com vista a determinar o nível de rendimento a considerar para efeitos de avaliação da solvabilidade”. Na determinação das despesas regulares devem ser observadas as regras previstas no artigo 8.º do Aviso, segundo as quais: “1 - A instituição deve considerar, no âmbito da avaliação da solvabilidade, um montante razoável e prudente para as despesas regulares do consumidor. 2 - Na determinação das despesas regulares do consumidor, a instituição deve atender a despesas de natureza pessoal e familiar, além dos encargos associados ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito em análise e das obrigações assumidas pelo consumidor noutros contratos de crédito. 3 - A avaliação da solvabilidade não deve basear-se na expectativa de redução das despesas regulares do consumidor”.

⁷⁰ Designadamente tendo em conta a informação constante de bases de dados de responsabilidades de crédito, cfr. art. 5.º, n.º 2, “a” a “e” do Aviso n.º 4/2017.

⁷¹ Cfr. Considerandos (3) e (55) da DCH.

⁷² Recomendação do Banco de Portugal no Âmbito dos Novos Contratos de Crédito Celebrados com Consumidores, de 30 de janeiro de 2018, disponível em <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/recomendacao_contratoscredito.pdf> (20.4.2021)

No Relatório de Acompanhamento de Recomendação emitido em maio de 2019, o BdP esclarece que “a Recomendação foi adotada com o intuito de prevenir a acumulação de risco sistémico no sistema financeiro, tendo em consideração, por um lado, um contexto caracterizado por baixas taxas de juro, recuperação económica e subida dos preços do imobiliário – propício à adoção de critérios menos restritivos na concessão de crédito. Por outro lado, foram igualmente tidos em conta, aquando do desenho desta medida macroprudencial, fatores como o ainda elevado endividamento e

contratos sujeitos aos regimes previstos no Decreto-Lei n.º 74-A/2017 e no Decreto-Lei n.º 133/2009, introduzindo limites a alguns dos critérios utilizados na avaliação do risco das operações de crédito, como sejam o rácio entre o rendimento do consumidor e o montante da dívida (DSTI) ou o rácio entre o montante do empréstimo e o valor do imóvel (LTV), limites que “correspondem a valores máximos e, como tal, não substituem a obrigatoriedade das instituições em aferir a adequação dos valores dos diferentes indicadores e outros critérios utilizados na avaliação da solvabilidade de cada mutuário”, e quanto à maturidade dos novos contratos de crédito à habitação, como previsto no documento.

Ao consumidor assiste o direito a ser informado, imediata, gratuita e justificadamente, do resultado da consulta de uma base de dados para verificação da sua solvabilidade⁷³. Tendo em vista sua relevância⁷⁴, a instituição deve alertar o consumidor⁷⁵ de que a não prestação das informações necessárias

.....
a reduza taxa de poupança das famílias, que as torna mais vulneráveis a desenvolvimentos macroeconómicos e financeiros adversos”, cit.

⁷³ Salvo se a prestação destas informações for proibida por disposição do direito comunitário ou nacional, ou se for contrária a objetivos de ordem pública ou de segurança pública, cfr. arts. 6.º, n.º 3, al. r), 10.º, n.º 3 e 11.º do DL n.º 133/2009, e art. 16.º, n.º 3 do DL 74-A/2017.

⁷⁴ Em análise ao conteúdo do DL 133/2009, Morais Carvalho considera como mais relevante, dentre os elementos aos quais pode o credor recorrer para avaliar a solvabilidade do consumidor, as informações prestadas pelo próprio. Gravato Morais, em análise ao art. 10.º do DL 133/2009 em sua redação original (“quer através da verificação das informações por este prestadas, quer através da consulta obrigatória à Central de Responsabilidades de Crédito”) entende que o credor pode “socorrer-se, facultativamente, das informações prestadas pelo próprio consumidor”. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*. Almedina, Coimbra, 2012, p. 374; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores: anotação ao Decreto-Lei n.º 133-2009*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 56.

⁷⁵ O DL 74-A/2017 estabelece que entre a informação pré-contratual de carácter geral que os mutuantes e, se for o caso, os intermediários de crédito vinculados, devem ter disponível em permanência, nos seus sítios na Internet deve constar uma advertência geral de que o consumidor deve prestar in-

ou a não entrega dos documentos que as comprovem impede a realização da avaliação de solvabilidade⁷⁶, enquanto a prestação de informações falsas ou desatualizadas impede a realização de uma análise de risco adequada, prejudicando a confiança entre as partes, “elemento fundamental das relações creditícias”⁷⁷ e tem como efeito a não concessão do crédito ou do aumento do seu montante⁷⁸. As informações cuja ausência ou erro ensejam a não realização do acordo devem ser apenas as consideradas necessárias e suficientes ao fim a que se destinam – realização da avaliação em função do crédito solicitado - e como tal passíveis de alterar seu resultado, considerados os parâmetros legais. Celebrado o contrato, o mutuante não pode resolvê-lo ou alterá-lo em prejuízo do consumidor com base no facto da avaliação de

.....
 formação correta e completa, no prazo que lhe seja indicado pelo mutuante ou intermediário de crédito, para efeitos de avaliação da sua solvabilidade, sob pena de o crédito não lhe poder ser concedido (art. 12.º, n.º 3, “n”).

⁷⁶ Cfr. art. 6.º, n.ºs 1 e 2 do Aviso n.º 4/2017. O artigo 9.º permite que a instituição determine os rendimentos e as despesas regulares do consumidor por estimativa, com base em informações que considere suficientes, sempre que esteja em causa a celebração de um contrato de crédito de montante igual ou inferior ao valor equivalente a dez vezes a remuneração mínima mensal garantida, ou quando esteja em causa o aumento do montante total do crédito na vigência de contrato de crédito, desde que o montante total do crédito resultante do aumento seja igual ou inferior ao valor equivalente a dez vezes a remuneração mínima mensal garantida, ou o montante total do crédito resultante do aumento apenas seja colocado à disposição do consumidor de forma temporária, por um período não superior a três meses. Nestas situações, a instituição deve ainda ter em conta a informação relativa ao consumidor constante de bases de dados de responsabilidades de crédito, com cobertura e detalhe informativo adequados.

⁷⁷ Segundo Avelãs Nunes, “outro elemento fundamental das relações creditícias é a *confiança*, que podemos considerar a condição do crédito (como esta palavra indica: *crédito* provém de *credere*, que significa acreditar, confiar em). O credor, ainda que não confie em absoluto em que o devedor satisfará a contraprestação no prazo acordado, tem de confiar nisso o bastante para, segundo o seu cálculo económico, se dispor a conceder o crédito”. A. J. AVELÃS NUNES, *Economia. V. II: O Crédito*, Serviço de Textos dos SASUC, Coimbra, 2005/2006 e 2006/2007, p. 20.

⁷⁸ Cfr. art. 12.º, n.º 3, n) do DL 74-A/2017 e art. 6.º, n.º 2 do Aviso n.º 4/2017.

solvabilidade ter sido incorretamente efetuada, a menos que seja comprovado que o consumidor deliberadamente omitiu ou falsificou as informações pertinentes ao procedimento para concessão do crédito⁷⁹.

“Medida preventiva de combate ao sobreendividamento”⁸⁰, decerto que a avaliação de solvabilidade não alcança as situações de sobreendividamento passivo em razão de acontecimentos imprevisíveis no momento da realização do contrato, às quais respondem eventuais garantias adicionais⁸¹, tão pouco implica a transferência para o mutuante da responsabilidade pelo subsequente incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito⁸², contudo, tratando-se de um processo gradual no qual o empréstimo concedido a um sujeito já endividado pode ter peso significativo, a avaliação de solvabilidade opera como uma barreira

.....
⁷⁹ Cfr. art. 16.º, n.º 5 do DL 74-A/2017.

⁸⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, “Crédito ao consumo e crédito à habitação”, in *Estudos de Direito Bancário I*, António Menezes Cordeiro et alii. (org.), Almedina, Coimbra, 2018, p. 321.

⁸¹ Sobre o risco de incumprimento contratual e as garantias, Andreia Marques aduz que: “as instituições de crédito devem assumir uma política global de prevenção dos riscos associados à concessão de crédito, designadamente o risco de insolvência do mutuário e de incumprimento dos seus deveres, ao ponto de comprometer a estabilidade da relação contratual e a satisfação integral das prestações em dívida. Com efeito, uma das formas de atenuar estes riscos passa pela exigência de prestação de garantias constituídas a favor das instituições de crédito. (...) consoante o grau de risco avaliado, a instituição aceita ou recusa a concessão de crédito. No caso de aceitar, a prestação de garantias adicionais à garantia geral funciona, portanto, como um mecanismo que permite um certo acautelamento contra a eventual insolvência do devedor e dos riscos inerentes a cada operação de crédito. A exigência de garantias depende de inúmeros factores a apreciar pela instituição de crédito, cuja avaliação se faz em concreto. Dos vários factores, destaca-se, pela importância que assumem, o valor e montante do empréstimo e a confiança do cliente”. ANDREIA MARQUES MARTINS, “Do crédito à habitação em Portugal e a crise financeira e económica mundial”, *Revista de Direito Societário* 3/4 (2010), p. 762.

⁸² Cfr. Considerando (56) *in fine* da Diretiva 2014/17/UE.

de prevenção que busca reduzir as hipóteses de insolvência em decorrência do sobreendividamento.

2.1 AVALIAÇÃO NEGATIVA E (IN)VALIDADE DO CONTRATO

A avaliação de solvabilidade reforça o carácter *intuitu personae* da proposta de crédito apresentada ao consumidor e seu resultado representa um prognóstico acerca da capacidade de cumprimento de um consumidor específico⁸³. Inerente à actividade bancária e de natureza diversa⁸⁴, o risco no caso do contrato de crédito a particulares é de insolvência do mutuário levando ao incumprimento das suas obrigações de amortização do capital mutuado e pagamento dos juros⁸⁵, e sendo o mutuante o responsável pela gestão

⁸³ Segundo Innerarity, "em todos os prognósticos há um elemento de aposta, um elemento que não é plenamente formalizável ou traduzível em termos científicos", pois "o futuro continua a ser algo aberto até que se converta em realidade presente ou passada". DANIEL INNERARITY, *O Futuro e os seus Inimigos: Uma Defesa da Esperança Política*, (trad. Manuel Ruas), Teorema, Lisboa, 2011, pp. 59 e 61.

⁸⁴ José Maria Pires distingue vários tipos de riscos que envolvem as operações bancárias: riscos gerais (inerentes às operações bancárias); risco – país (resulta da possibilidade de uma eventual instabilidade política, económica ou financeira do país); risco de liquidez (dificuldade de transformação dos activos em disponibilidades); risco da taxa de juro (flutuação das taxas de juros); e risco de crédito. JOSÉ MARIA PIRES, *Direito Bancário. As operações bancárias*, V. II, Rei dos Livros, Lisboa, 1995, p. 417.

⁸⁵ Segundo Augusto de Athayde entre os *riscos de contratante*, há os *riscos de crédito*: "a concessão de crédito tem de envolver um julgamento muito cuidadoso sobre a capacidade de pagamento do tomador do empréstimo já que o maior risco que um banco enfrenta, em termos normais, é o que resulta do não pagamento por parte dos seus devedores. De notar que o risco cobre também – tendo, todavia, na prática menos importância –, não apenas a concessão de crédito em si mas garantias, títulos adquiridos, etc. Quanto se pode emprestar a quem? (Traduzindo a célebre síntese "how much to whom?"). Também influencia o peso dos riscos de crédito a consideração do sector económico no qual se insere o responsável. As normas prudenciais devem exigir que um banco tenha procedimentos e políticas claras e eficazes no que respeita à concessão de crédito e ao acompanhamento da situação dos devedores", (grifos do autor). AUGUSTO DE ATHAYDE *et. alii*, *Curso de Direito Bancário*. V. I, 2ª ed. Coimbra, Coimbra, 2009, p. 295.

do nível de risco tolerado pela instituição financeira, recai sobre ele a discricionariedade acerca da decisão de concessão do crédito em razão da qual uma avaliação de solvabilidade positiva não acarreta o dever de concessão do crédito solicitado⁸⁶, em atenção ao princípio da liberdade contratual⁸⁷.

Contudo, sem olvidar que “o crédito pondera sempre um certo risco de incumprimento”⁸⁸, qual a sorte do contrato na hipótese em que o mutuante opte pela assunção do risco da operação de concessão de crédito frente uma avaliação de resultado negativo?

A questão remonta ao conteúdo da DCH. Com texto menos incisivo que o contido na proposta de 2011⁸⁹, a determinação do artigo 18.º, n.º 5 da DCH de que “os Estados-Membros devem assegurar” que o mutuante só disponibilize o crédito ao consumidor “se o resultado da avaliação da solvabilidade indicar que é provável que as obrigações decorrentes do contrato de crédito sejam cumpridas tal como exigido nesse

⁸⁶ Cfr. Considerando (57) *in fine* da Diretiva 2014/17/UE.

⁸⁷ O princípio é previsto no art. 405.º do CC do qual, segundo Almeida Costa, “derivam várias consequências: os contratantes são inteiramente livres, tanto para contratar ou não contratar (...) é à iniciativa privada que pertence a decisão de realizar ou não o contrato”. No mesmo sentido, José Simões Patrício “os bancos devem ser inteiramente livres de assumir ou não os riscos inerentes a cada operação de concessão de crédito, desde logo porque quanto a eles vigora a liberdade contratual”. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 229 e 230 e JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, “Recusa de crédito bancário”. *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*, 1984, Coimbra, 1988, p. 15.

⁸⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit., p. 143.

⁸⁹ Segundo a qual os EMs devem assegurar que o mutuante recuse o crédito “quando a verificação da solvabilidade do consumidor resultar numa perspectiva negativa quanto à sua capacidade para reembolsar o crédito durante o período de vigência do contrato de crédito”. Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa aos Contratos de Crédito para Imóveis de Habitação. /* COM(2011) 142 final - COD 2011/0062 */, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011PC0142&from=EN>> (20.4.2021).

contrato" foi interpretada por Arroyo Amayuelas como uma proibição à outorga de crédito quando a avaliação apresente resultado negativo⁹⁰. Contudo, se assim o fosse, a nor-

⁹⁰ No sentido de que é este o objetivo do DCH, parece ser o entendimento de Esther Amayuelas ao afirmar que: "la Directiva 2014/17 prohíbe otorgar crédito al consumidor cuya evaluación de solvencia arroje un resultado negativo. (...) La Directiva 2014/17 ya no tolera la concesión de crédito al deudor insolvente. Es, precisamente, lo que trata de evitar. Los términos del art. 18.5, letra a ("(L) os estados velarán por que no se conceda crédito") expresan sin duda un mandato imperativo para que los prestamistas se abstengan de concluir el contrato, en la línea con lo expresado en el Cdo 57, que muy claramente afirma que "la decisión del prestamista sobre la concesión o denegación debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia". Además, no otra cosa se desprende de las muy diáfanas versiones lingüísticas inglesa, italiana, alemana y portuguesa de la Directiva, que exhortan al legislador a que "asegure" que el prestamista "solo" otorgue crédito cuando él mismo considere probable el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato. Naturalmente, el prestamista nunca puede estar completamente seguro del cumplimiento del deudor – causas sobrevenidas acaso podrían impedirlo - y por eso la norma advierte de que basta con que estime "probable" la devolución, de acuerdo con los datos objetivos puesto a su disposición y/o que se ha procurado y que diligentemente haya podido comprobar". Em sentido contrário, Matilde Casas afirma que "una lectura apresurada puede hacer creer que se prohíbe la concesión del préstamo si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo. Yo creo que no es así y la DCH no necesariamente prohíbe la contratación. Cabría pensar que, si se le permite al prestamista contratar, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado. Siendo esto cierto, no hay que olvidar que se está regulando el mercado de crédito que es una actividad privada, cuyo objeto es precisamente el riesgo. La solución que se adopte respecto a esta cuestión no puede desnaturalizar el negocio bancario. Y ello porque una cosa es *controlar* el riesgo bancario y otra *anularlo*. Lograr este equilibrio es complejo y, a mi juicio, la opción no debe ser prohibir la celebración del contrato, sino anudar consecuencias jurídicas cuando por consecuencia de la concesión del préstamo tras un test negativo de solvencia, y en caso de incapacidad de pago, fruto sobreendeudamiento *activo*, el deudor deviene en situación de insolvencia. Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese en un joven con previsión favorable de ingresos futuros) y solicitar garantías adicionales. Vetarle la posibilidad de contratar puede ser contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado de crédito y generar exclusión financiera. Es claro que la libertad de contratar no se ve afectada cuando el resultado del test de solvencia es positivo y tampoco debe estarlo cuando el resultado es negativo" (grifos

ma resultaria na intervenção do legislador comunitário nas regras vigentes nos EMs relativas à validade dos contratos, domínio não abrangido pela CDH⁹¹. Matilde Casas entende o preceito como *“un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto – insisto - de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales incumplimientos obligan a las entidades a provisionar, al margen de las sanciones impuestas por el supervisor”*⁹².

Todavía, dado que as medidas necessárias para assegurar a respetiva aplicação das normas da DCH, assim como o regime sancionatório aplicável, é de competência dos EMs, determinando a DCH tão somente que ao incumprimento das normas internas decorrentes da sua transposição devem ser aplicadas sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas, é preciso verificar as medidas adoptadas pelo legislador nacional para perceber os efeitos e o alcance da norma.

Uma vez que o artigo 18.º, n.º 5 da DCH foi reproduzido no art. 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei.º 74-A/2017, a celebração do contrato à revelia do resultado negativo da avaliação de solvabilidade conduz à sua invalidade?

.....
da autora). ESTHER ARROYO AMAYUELAS, ob. cit, pp. 8 e 9 e MATILDE CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia...”, cit., p. 2895.

⁹¹ Cfr. Considerando (21), parte final, da Diretiva 2014/17/UE: “(...) A presente diretiva não deverá afetar as disposições gerais do direito dos contratos nacional, nomeadamente as regras relativas à validade, à formação ou aos efeitos dos contratos, na medida em que os aspetos gerais do direito dos contratos não são regulados na presente diretiva”.

⁹² MATILDE CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia...”, cit., p. 2895.

Com efeito, não estando expressamente prevista no DL 74-A/2017 a nulidade como sanção aplicada em razão da violação da norma imperativa⁹³ decorrerá da observação conjunta das normas do regime especial e das regras gerais vigentes no ordenamento jurídico interno.

Quanto ao carácter imperativo da norma e sua inafastabilidade pelas partes, estes decorrem da lei. Segundo a DCH, os EMs exigem que na concessão e na execução de um contrato de crédito, o mutuante, intermediário de crédito ou representante nomeado tenham em consideração os direitos e interesses do consumidor, a fim de evitar “problemas nos mercados de crédito hipotecário no interior da União relacionados com a concessão e a contração irresponsáveis de empréstimos e com os potenciais comportamentos irresponsáveis dos intervenientes no mercado”⁹⁴. Deste modo, o procedimento é uma formalidade imposta cujo articulado de normas visa assegurar ao consumidor o direito à concessão responsável de crédito, ao qual não pode renunciar, sendo nula qualquer convenção que o exclua ou restrinja⁹⁵, a autodeterminação das partes é limitada pela protecção dos (seus) interesses legalmente protegidos. Morais Carvalho aponta o carácter imperativo da norma e sua inafastabilidade pelas partes em decorrência do interesse geral contido no preceito⁹⁶, tendo este efeito media-

.....

⁹³ Segundo Clara Sottomayor, “a nulidade, actualmente, no direito positivo e na experiência histórica concreta, mais do que uma consequência da falta de um requisito essencial do acto, consiste numa sanção para a violação de normas imperativas (nulidades virtuais) e na protecção dos interesses de uma das partes, a parte débil”. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo – A protecção do terceiro adquirente de boa fé*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 766.

⁹⁴ Cfr. art. 7.º, n.º 1 e Considerando (4) da DCH.

⁹⁵ Cfr. art. 35.º, n.º 1 do DL 74-A/2017.

⁹⁶ Para Morais Carvalho, “os artigos relativos à avaliação de solvabilidade têm conteúdo imperativo, uma vez que visa à protecção de interesses relevantes, não apenas relativos ao consumidor. Em primeiro lugar, está em causa o interesse do consumidor à prevenção de uma situação de sobreem-

to especial relevo sobretudo por serem os bancos em Portugal essencialmente de retalho⁹⁷. Como se depreende do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, ao assegurar um nível adequado de tutela dos interesses dos consumidores que celebram crédito hipotecário, em concomitância, promove-se a estabilidade financeira do sistema bancário.

A dúvida existente quanto ao foco de interesse do procedimento de avaliação de solvabilidade em razão do texto da Diretiva 2008/48/CE⁹⁸ foi afastada pela jurisprudência do

.....
dividamento e de insolvência. Neste caso, a lei é paternalista, defendendo o consumidor contra sua própria vontade, manifestada pelo desejo e eventual necessidade de recurso ao crédito. No equilíbrio entre o interesse do consumidor - acesso mais facilitado ao crédito e prevenção do sobreendividamento e da insolvência - a lei opta pelo segundo, consagrando a solução mais favorável a longo prazo. Em segundo lugar, relacionada com a opção indicada no final do parágrafo anterior, não está apenas em causa um interesse do consumidor, mas também um interesse geral. (...) a concessão irresponsável de crédito é, pelo menos parcialmente, responsável por crises económicas e financeiras, devendo actuar-se preventivamente no sentido de as evitar ou agravar. O incumprimento generalizado de contratos, motivado pela concessão de crédito a pessoas que poderiam não ter condições para cumprir, associado a um período recessivo da economia, pode ter como efeito o colapso do sistema económico. Na base da exigência de uma concessão de crédito responsável, em consequência do dever de avaliar a solvabilidade do consumidor, podemos, assim, encontrar um interesse geral. Estando em causa um interesse geral, não subsistem dúvidas de que o conteúdo imperativo da norma não pode ser afastado, pelo que as partes de um contrato de crédito à habitação não podem excluir o dever de avaliação da solvabilidade do consumidor". No mesmo sentido, "o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 133/2009 tem conteúdo imperativo, uma vez que visa a proteção de interesses relevantes, não apenas relativos ao consumidor". JORGE MORAIS CARVALHO, "Crédito ao consumo e crédito à habitação", cit., pp. 322 e 323, e *Os contratos de consumo. Reflexão...*, cit., p. 375, respectivamente.

⁹⁷ JORGE BRAGA de MACEDO *et al.* *Por onde vai a banca em Portugal?*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2020, p. 719.

⁹⁸ "The borrower-focused test underlines a **potential conflict of interests between creditors and consumer borrowers**, particularly when it comes to high-cost credit. (...) creditors can engage in a cycle of extending credit and generating profit from consumers who pay interest and penalty charges at a sufficient level to make the loan profitable regardless of whether it is eventually repaid. However, the wording of Article 8 of the Consumer Credit Directive does not make it clear what kind of creditworthiness test – creditor-focused or

TJUE que, em pelo menos duas ocasiões, manifestou entendimento no sentido de que o objetivo do procedimento é a proteção quanto a situações de sobreendividamento e de insolvência, com vista a “garantir uma proteção efetiva dos consumidores contra a concessão irresponsável de contratos de crédito que ultrapassam as capacidades financeiras daqueles e que podem conduzir à respetiva insolvência”⁹⁹ e “responsabilizar os mutantes”¹⁰⁰. Quanto à DCH, esta apon-

.....
 borrower-focused – is envisaged by it. As a result, Member States have a **large margin of manoeuvre** as to how to perceive and design the creditworthiness assessment required by the directive. The UK, for example, has explicitly opted for a borrower-focused test. The Consumer Credit Sourcebook currently in force explicitly requires that, in making the creditworthiness assessment, financial firms **‘take into account more than assessing the customer’s ability to repay the credit’** and take reasonable steps **‘to assess the customer’s ability to meet repayments under a regulated credit agreement in a sustainable manner without the customer incurring financial difficulties or experiencing significant adverse consequences’**. Absent a complete set of data on the implementation and application of Article 8 across the EU, however, it is unclear which approach has been adopted in other Member States” (grifo dos autores). OLHA O. CHEREDNYCHENKO e JESSE-M MEINDERTSMA, *Mis-selling of Financial Products: Consumer Credit*. European Parliament’s Committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department A at the request of the ECON Committee, Bruxelas, 2018, p. 21, disponível em

<[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618997/IPOL_STU\(2018\)618997_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618997/IPOL_STU(2018)618997_EN.pdf)> (20.4.2021).

⁹⁹ Conforme se extrai do mérito da decisão: “[42] A obrigação pré-contratual do mutuante de avaliar a solvabilidade do mutuário, na medida em que visa proteger os consumidores dos riscos de sobreendividamento e de insolvência, contribui para a realização do objetivo da Diretiva 2008/48, que consiste, como resulta dos considerandos 7 e 9 desta, em prever, em matéria de crédito aos consumidores, uma harmonização plena e imperativa em determinados domínios essenciais, que é considerada necessária para garantir que todos os consumidores da União beneficiem de um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses e para facilitar o surgimento de um mercado interno que funciona corretamente em matéria de crédito ao consumo”. Ac. do TJUE (4ª Secção) de 27 de março de 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C565/12, EU:C:2014:190, disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=71156>> (20.4.2021).

¹⁰⁰ Sobre a obrigação de avaliar a solvabilidade dos consumidores prevista na Diretiva 2008/48/CE, decidiu o TJUE: “[35] (...) esta obrigação visa responsa-

ta o foco da avaliação de solvabilidade aos interesses e à capacidade de cumprimento das obrigações pelo mutuário ao determinar, entre outros fatores, que a avaliação deve ter devidamente em conta fatores relevantes para verificar sua probabilidade de cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito¹⁰¹. Por sua vez, as normas vigentes no ordenamento jurídico interno, além dos factores anteriormente elencados, determinam que a avaliação de solvabilidade não deve basear-se predominantemente no valor do imóvel de habitação que excede o montante do crédito ou no pressuposto de que o imóvel de habitação se irá valorizar¹⁰², e que sejam observados os limites do rácio e da maturidade dos empréstimos constantes na Recomendação do BdP¹⁰³, em consonância com orientação expedida pela Autoridade Bancária Europeia¹⁰⁴.

A norma em comentário estabelece que “o mutuante só deve celebrar um contrato de crédito com o consumidor

.....
bilizar os mutuantes e evitar a concessão de empréstimos a consumidores insolventes. 43 (...) a obrigação de verificar a solvabilidade do consumidor, prevista no artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2008/48, visa responsabilizar os mutuantes e evitar a concessão de empréstimos a consumidores insolventes. (44) O artigo 5.º desta diretiva assim como o seu artigo 8.º visam proteger e assegurar a todos os consumidores da União um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses”. Ac. do TJUE (4ª Secção), de 18 de dezembro de 2014, CA Consumer Finance SA, C449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160946&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20219182>> (20.4.2021).

¹⁰¹ Cfr. art. 16.º, n.ºs 1, 3 e 5 al. a), da DCH.

¹⁰² Salvo se a finalidade do contrato de crédito for a construção ou a realização de obras no imóvel de habitação. O regime determina ainda que ao proceder a avaliação dos imóveis o mutuante recorra a um perito avaliador independente, cfr. art. 16.º, n.º 1, al. b) e 18.º, n.º 1 do Decreto-Lei 74-A/2017.

¹⁰³ Recomendação do Banco de Portugal no Âmbito dos Novos Contratos (...), de 30 de janeiro de 2018, cit.

¹⁰⁴ European Banking Authority. Guidelines on Creditworthiness Assessment: Final Report, June 2015, Guidelines 4.1, 5.1 e 6.1, disponível em <<https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1092161/f4812d37-06c4-42e4-a9e7-e3cf18501093/EBA-GL-2015-11%20Guidelines%20on%20creditworthiness%20assessment.pdf>> (20.4.2021).

quando o resultado da avaliação de solvabilidade indicar que é provável que as obrigações do contrato de crédito sejam cumpridas, tal como exigido nesse contrato". Considerando o conteúdo do dispositivo face as regras do regime geral, este não se situa ao nível do objecto do contrato em razão do que não se aplica a norma geral acerca da nulidade do negócio (art. 280.º do CC)¹⁰⁵, estando em causa o respeito a proibições relativas à celebração do negócio é aplicada a regra segundo a qual "os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei" (artigo 294.º do Código Civil)¹⁰⁶.

Resultando a tutela do consumidor de "especiais esquemas de limitação da autonomia privada do contraente mais forte"¹⁰⁷, a norma do art. 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 74-

¹⁰⁵ Segundo Morais Carvalho, "o art. 294.º diz respeito a elementos externos ao negócio jurídico, pelo que deve ser feita uma leitura invertida, com os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo a terem a consequência expressa ou tacitamente prevista na lei, só sendo nulos no caso de esta não apresentar outra solução. Estando em causa a contrariedade à lei do objeto do contrato (elemento interno deste), parte-se da sua nulidade, só se aplicando outra solução no caso de esta resultar direta ou indiretamente de outra norma legal". JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão...*, cit., p. 376; "Crédito ao consumo e crédito à habitação", cit., p. 323, e *Os Limites à Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 165.

¹⁰⁶ Em continuidade ao regime previsto no CC de 1867. Segundo José Tavares, em análise à nulidade como sanção aplicável aos "actos praticados em contrário das disposições da lei (art. 10º)", este "acto" "nem sempre é nulo, porque muitas vezes a mesma lei estabelece uma penalidade ou sanção diferente". JOSÉ TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*. V. I. Coimbra, Coimbra, 1922, p. 90. Sobre a origem do artigo 294.º do CC: JOSÉ FERREIRA GOMES, "A nulidade do negócio jurídico por contrariedade à lei (artigos 294.º e 280.º/1 CC): normas de conduta v. normas de validade", *Revista de Direito Civil* 2 (2018), pp. 329 a 336.

¹⁰⁷ GUILHERME MACHADO DRAY, "Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente mais débil", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO da COSTA GOMES (org.), Almedina, Coimbra, 2002, p. 89.

A/2017 busca evitar situações de sobreendividamento e insolvência ao garantir que previamente à concessão do crédito sejam observados indicativos favoráveis ao cumprimento das obrigações contratuais pelo mutuário tal como pactuadas. A limitação imposta pela norma é demarcada pela impossibilidade de concessão do crédito caso este não preste a informação correta e completa, no prazo que lhe seja indicado pelo mutuante, para efeitos de avaliação da sua solvabilidade, e pela consequência jurídica em decorrência da celebração do acordo *contra legem*, independentemente do interesse das partes em celebrá-lo.

Contudo, o carácter injuntivo da norma acerca da restrição da liberdade de celebração¹⁰⁸ contida no art. 16.º, n.º 2, não é absoluto e a nulidade do contrato celebrado contra sua disposição será afastada “nos casos em que outra solução resulte da lei” (art. 294.º CC, *in fine*).

De acordo com as normas previstas no regime sancionatório estabelecido nos arts. 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, à semelhança do previsto Decreto-Lei n.º 133/2009¹⁰⁹, às hipóteses de incumprimento do dever de avaliar a solvabilidade do consumidor previstas nos artigos 16.º e 17.º constituem contraordenação punível nos termos da al. m) do art. 210.º do Regime das Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)¹¹⁰, onde são tipificados como

¹⁰⁸ Segundo Ferreira Gomes, “o artigo 294.º restringe a própria *liberdade de celebração*, i.e., o espaço normativamente reconhecido às partes para realizar contratos ou recusar a sua celebração. (...) estando em causa o negócio em si que, (...) o sistema não admite e, logo, não reconhece como fonte de efeitos jurídicos” (grifos do autor). JOSÉ FERREIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 343.

¹⁰⁹ Cfr. art. 30.º, n.º 1 do DL 133/2009 e arts. 29.º e 30.º do DL 74-A/2017, respectivamente.

¹¹⁰ Prevê o artigo 210.º do RGICSF, Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro: “São puníveis com coima de (euro) 3000 a (euro) 1 500 000 e de (euro) 1000 a (euro) 500 000, consoante seja aplicada a ente coletivo ou a pessoa singular, as infrações adiante referidas: m) “as violações dos preceitos imperativos do presente Regime Geral e da legislação específica, incluindo a le-

ilícitos de mera ordenação social (IMOS)¹¹¹ e sujeitos à aplicação de coimas cujos valores variam consoante seja aplicada a ente coletivo ou a pessoa singular. Além das coimas, pela prática de qualquer dos ilícitos previstos no art. 29.º podem ser aplicadas aos responsáveis as sanções acessórias enumeradas no art. 212.º do RGICSF em função da gravidade da infração e da culpa do infrator^{112 113}.

A competência para o processamento das contraordenações e aplicação das respetivas sanções pertence ao BdP a quem os clientes podem apresentar diretamente as reclamações fundadas no incumprimento das normas que regem a atividade das instituições¹¹⁴. Enquanto o regime contraor-

.....
 gislação da União Europeia, que rege a atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras, não previstas nas alíneas anteriores e no artigo seguinte, bem como dos regulamentos emitidos em cumprimento ou para execução dos referidos preceitos".

¹¹¹ Instituído no ordenamento jurídico português, através do Decreto-Lei n.º 232/79 de 24 de julho (revogado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro), o ilícito de mera ordenação social surgiu como um aspeto da reforma do direito penal e conforme se depreende do seu preâmbulo, o direito de mera ordenação foi justificado pelo legislador como um "ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal" com o objetivo de "libertar este ramo do direito" quer de certo número de infrações julgadas ultrapassadas e desajustadas em termos de ética e de valores democráticos, quer "do número inflacionário e incontrolável das infrações destinadas a assegurar a eficácia dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência se não reveste da ressonância moral característica do direito penal. E que permita, outrossim, reservar a intervenção do direito penal para a tutela dos valores ético-sociais fundamentais e salvaguardar a sua plena disponibilidade para retribuir e prevenir com eficácia a onda crescente de criminalidade, nomeadamente da criminalidade violenta".

¹¹² Segundo Saraiva Matias, pelo regime do RGICSF, "por vezes, se apresentam mais gravosas as sanções acessórias que as sanções principais". ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Regime Sancionatório em Direito Bancário", ROA V. II (2002), disponível em <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-ii-abr-2002/temas-e-referencias/armindo-saraiva-matias-regime-sancionatorio-em-direito-bancario/>> (20.4.2021).

¹¹³ Não especificadas pela legislação, as hipóteses de aplicação das sanções acessórias devem ser verificadas casuisticamente.

¹¹⁴ Cfr. art.ºs. 77.º-A e 213.º do RGICSF.

denacional pode apresentar problemas específicos, senão quanto à regulamentação da matéria, quanto à supervisão bancária, i.e., de aplicação prática da regulamentação financeira¹¹⁵, a aplicação da sanção administrativa não repercute sobre o contrato que deverá ser cumprido pelo consumidor nos termos pactuados¹¹⁶.

Ponderada a finalidade da norma violada, estas sanções são ineficazes quanto ao efeito dissuasivo pretendido pela DCH em razão do seu carácter meramente administrativo, da sua não repercussão no contrato de crédito e na situação de sobreendividamento do consumidor e do conseqüente desinteresse do consumidor endividado em denunciar seu incumprimento¹¹⁷,
.....

¹¹⁵ Sobre a situação da supervisão bancária em Portugal: JORGE BRAGA DE MACEDO, *et alii.*, ob. cit., p. 299 ss.

¹¹⁶ No âmbito administrativo, o carácter dissuasivo da sanção pecuniária só poderá ser verificado pela contraposição do valor da coima aplicada à vantagem económica efetivamente auferida com a realização da infração que a justifica. Segundo Menezes Cordeiro, "o regime aprovado pelo RGICSF, no tocante aos ilícitos de mera ordenação social, apresenta-se especialmente adaptado às realidades bancárias em jogo. Antes do mais, pretende-se que não ocorram irregularidades e que estas, quando se verificarem, sejam prontamente sanadas. As coimas são fortemente dissuasivas; doutro modo, a infração poderia ser compensatória, dado o domínio em que nos movemos". ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit., p. 1191. O art. 31.º do DL 74-A/2017 estabelece que "sem prejuízo do disposto no artigo 29.º, se o dobro do benefício económico obtido pelo infrator for determinável e exceder o limite máximo da coima aplicável, esse limite é elevado àquele valor".

¹¹⁷ Neste cenário, Matilde Casas coloca as seguintes questões: "¿Qué consumidor se va a preocupar de denunciar una inadecuada evaluación de la solvencia si las sanciones son meramente administrativas y él tiene que sufrir todas las consecuencias derivadas del cumplimiento contractual? Tampoco es realista diseñar el sistema recurriendo a la responsabilidad civil ¿Qué consumidor (sin recursos) va a demandar a la entidad financiera reclamando daños y perjuicios? Las sanciones, en mi opinión, deben ser otras. Mantener una rigidez conceptual que conduce a consecuencias ineficientes, no me parece razonable". MATILDE CUENA CASAS. "Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario", cit., pp. 2899 e 2900 e "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario", *El Notario del Siglo XXI*. Colegio Notarial de Madrid, n.º 56, publicado em 24 de Julho de 2014, disponível em <<http://www.elnotario.es/>

dependendo assim exclusivamente da atuação fiscalizadora do órgão competente¹¹⁸.

À luz deste regime sancionatório que não consagra expressamente qualquer sanção civil que repercuta no contrato de crédito e a norma do artigo 294.º do CC, Morais Carvalho atenta à necessidade de interpretar o conteúdo imperativo do art. 16.º tendo em conta os interesses que visa proteger concluindo pela insuficiência da sanção contraordenacional por não parecer dissuasória das práticas que o contrariem, afirmando que sendo prevista “uma sanção contra-ordenacional (...) deve entender-se que não existe no regime um juízo suficientemente negativo sobre o contrato celebrado a ponto de justificar a sua invalidade”¹¹⁹. Seguindo o entendimento do autor quanto à validade do contrato, Sandra Passinhas defende que na hipótese de celebração do contrato no caso de avaliação negativa da solvabilidade cabe “ao mutuário uma indemnização por responsabilidade pré-contratual do mutuante, compensando a diferença entre o

.....
 opinion/9285-la-ineficiente-regulacion-de-la-obligacion-del-prestamista-de-evaluar-la-solvencia-del-potencial-prestatario> (20.4.2021).

¹¹⁸ Em crítica à sanção administrativa, Esther Amayuelas pontua que “los resultados en España avalan la nula eficacia práctica de esa sanción”, citando os resultados apresentados no parecer do Fundo Monetário Internacional sobre a matéria, IMF Country Report n.º 17/345 (November 2017): “Spain financial sector assessment program technical note on supervision of Spanish banks—select issues”. Vid. § 179 del Informe: “Monetary fines should be used more frequently, together with other sanctioning tools. No monetary fines have been imposed or contemplated in respect of infringements of prudential rules. Also, no sanction has been imposed in the last five years for incomplete or inaccurate reporting: the procedure was initiated only once, and the bank complied immediately”. ESTHER ARROYO AMAYUELAS, ob. cit., p. 15, nota 144.

¹¹⁹ No mesmo sentido, sobre a sanção contraordenacional prevista no DL 133/2009, o autor considera que “as consequências previstas na Lei para as situações de desrespeito pelo conteúdo imperativo do preceito são, no entanto, insuficientes, não parecendo dissuasoras de práticas que o contrariem”. JORGE MORAIS CARVALHO, “Crédito ao consumo e crédito à habitação”, cit., pp. 322 e 323 e *Os contratos de consumo. Reflexão...*, cit., p. 375.

montante de crédito efetivamente concedido e aquele que deveria ter sido concedido em função da propensão e capacidade do consumidor para pagar”¹²⁰.

Todavia, a remissão ao RGICSF pelo regime sancionatório do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, embora ratifique a imperatividade das normas infringidas¹²¹, não permite inferir conclusões acerca da validade do contrato.

Considerando que o específico ramo do direito de ordenação social procura dar resposta às “necessidades de índole político-criminal”¹²², acreditamos que a remissão para o RGICSF que culminará na aplicação da coima pelo órgão regulador competente não atende à solução exigida pela norma do CC capaz de afastar a nulidade na hipótese em questão quando contraposta ao interesse protegido pela norma do regime especial. Segundo Saraiva Matias, “o conceito de “contraordenação” (...) traduz a ideia de uma ilegalidade de natureza administrativa: é um ilícito administrativo”¹²³, tendo a sanção administrativa natureza diversa da sanção cível, desde logo pela natureza da relação jurídica implicada, a entidade que a impõe e os interesses em causa¹²⁴.

Ademais, a sanção administrativa não exclui a sanção civil. Segundo Ferreira de Almeida, “a lei proibitiva (...) pode também indicar uma sanção diferente da invalidade (responsabilidade civil ou contraordenacional), o que, por si só,

.....
¹²⁰ SANDRA PASSINHAS, “O Novo Regime do Crédito aos Consumidores para Imóveis de Habitação”, *EDC* 14 (2018), pp. 466 e 467 .

¹²¹ Cfr. art. 210.º, m) do RGICSF, são puníveis “as violações dos preceitos imperativos do presente Regime Geral e da legislação específica (...)”.

¹²² Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo.

¹²³ Segundo o autor, “a figura coloca-se a meia distância, entre o direito administrativo e o direito penal”. ARMINDO SARAIVA MATIAS, “Regime Sancionatório em Direito...”, cit.

¹²⁴ MARCELO MADUREIRA PRATES, *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 131 a 133.

não exclui nem implica a invalidade", i.e., a aplicação da coima, por si só, não é suficiente para afastar a nulidade¹²⁵. Assim, regressamos à necessidade de interpretar o conteúdo imperativo da norma (art. 16.º, n.º 2), tendo em conta os interesses que visa proteger. Reconhecida a importância das consequências estabelecidas ao incumprimento pelos EMs para a efectividade das medidas da DCH¹²⁶ e a centralidade do procedimento de avaliação de solvabilidade para o alcance dos seus fins e da legislação que a transpõe, é preciso perceber a partir da *ratio legis* da norma imperativa que condiciona a concessão do crédito ao resultado positivo da avaliação, do escopo do legislador e dos interesses protegidos, qual a solução mais adequada à hipótese. Considerados os elementos teleológicos, ao confrontarmos a finalidade do procedimento de avaliação com a validade do contrato de crédito celebrado contra norma proibitiva quando provavelmente não poderá ser cumprido nos termos pactuados, situação que os EMs devem evitar que se verifique¹²⁷, não resulta do conteúdo do Decreto-Lei n.º 74-A/2017 nenhuma outra solução (sanção) vocacionada a afastar a nulidade

.....

¹²⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V: Invalidade*. Almedina, Coimbra, 2017, p. 226. Segundo Manuel de Andrade, referindo-se à norma do art. 10.º do C. de Seabra, da excepção contida no art. 294.º do CC, *in fine*, resulta que os negócios contrários à proibição legal poderão admitir o afastamento da nulidade como reacção, em determinada hipótese, mesmo sem texto que assim o declare, para tanto, "basta que dos respectivos termos ou de quaisquer outros factores atendíveis na sua interpretação se possa concluir com suficiente probabilidade ter sido esse o intuito da lei", contudo a conclusão de que a lei tem o intuito de proscrever a nulidade não pode "abonar-se com o mero facto de a lei cominar uma pena contra os infratores. A nulidade é perfeitamente cumulável com uma pena". MANUEL de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, V. II (6.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 1983, p. 335, nota 3.

¹²⁶ JORGE MORAIS CARVALHO e KRISTIN NEMETH, "Implementation of the Mortgage Credit Directive in the EU Member States". *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 3/2017, p. 132.

¹²⁷ Cfr. Considerando (57) da DCH.

nos termos do artigo 294.º do CC. A sanção administrativa não enfrenta o problema do consumidor individualmente considerado vinculado ao contrato que tem na sua origem a concessão irresponsável do crédito a partir do risco que a instituição financeira deliberadamente decidiu assumir em detrimento dos interesses do consumidor. Diante da insuficiência da sanção contraordenacional, é necessária e adequada a aplicação da sanção civil para além daquela¹²⁸.

Dentro da sistematização do regime, os efeitos da nulidade também decorrem do direito à resolução do contrato de crédito atribuído ao mutuante em prejuízo do consumidor com fundamento no facto de a avaliação de solvabilidade ter sido incorrectamente efectuada quando comprovado que o consumidor deliberadamente omitiu ou falsificou as informações solicitadas para realização do procedimento (art. 16.º, n.º 5).

2.1.2 WENN SICH NICHT AUS DEM GESETZ EIN ANDERES ERGIBT - SALVO CHE LA LEGGE DISPONGA DIVERSAMENTE

Fundamento da hipótese de nulidade virtual, a regra contida no artigo 294.º do CC é semelhante às previstas no § 134

¹²⁸ Convém observar que na transposição de diretivas comunitárias, por um princípio de transposição eficiente, os EMs têm a obrigação de "escolher, no quadro da liberdade que lhes é deixada pelo artigo 189.º as formas e meios mais apropriados tendo em vista assegurar o efeito útil das directivas, tendo em conta o seu objecto" (...) "A liberdade deixada aos Estados-membros pelo artigo 189.º quanto à escolha das formas e meios, em matéria de execução das directivas, não afecta de modo algum a sua obrigação de escolher as formas e meios mais adequados a fim de assegurar o efeito útil das directivas", cfr. decisão proferida pelo TJUE no ac. Royer, de 8 de Abril de 1976, a partir do qual se reconheceu o respeito ao princípio efeito útil. O dispositivo mencionado na decisão corresponde atualmente ao art. 249.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, segundo o qual "a directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios", disponíveis em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61975CJ0048>> e <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:12002E/TXT>> (8.6.2020).

do BGB e no art. 1418 do CC italiano, contudo a transposição da DCH, nomeadamente quanto ao regime referente ao procedimento de avaliação de solvabilidade, foi efectuada de forma distinta nesses ordenamentos. Transpostas de formas distintas, apresentam soluções diversas.

No ordenamento alemão, as normas da Diretiva 2014/17/UE acerca da avaliação de solvabilidade foram introduzidas no BGB, onde o artigo 18, n.º 5 da DCH¹²⁹ encontra-se transposto no § 505a, que veda a celebração do contrato de crédito na hipótese da avaliação de solvabilidade apresentar resultado negativo, que no caso dos contratos de crédito imobiliário com consumidores é positiva quando resulte provável que o consumidor cumpra as obrigações decorrentes do contrato (§ 505a (1) do BGB)¹³⁰. A proibição dos credores celebrarem contratos de empréstimo na hipótese em que os requisitos para a avaliação de solvabilidade do mutuário mencionados no § 505a não forem cumpridos é reconhecida como uma interferência na liberdade de celebração do contrato mas não uma proibição na aceção do § 134, porque apesar da proibição o contrato de empréstimo celebrado é considerado válido, sendo a violação da norma sancionada nos termos do § 505d I e II do BGB¹³¹, que estabelece consequências jurídicas com repercussão na própria prestação constituída em decorrência da celebração do contrato, aptas a afastar a nulidade prevista na regra geral do § 134¹³².

¹²⁹ Os artigos 18.º a 20.º da DCH referentes à avaliação de solvabilidade encontram-se regulamentados nos §§ 505a a 505d do BGB e no §18 do Kreditwesengesetz (KWG).

¹³⁰ DIETER KRIMPHOVE e CHRISTOPH LÜKE, "The Transformation of the Mortgage Credit Directive in German Law", in *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, MIRIAM ANDERSON e ESTHER ARROYO AMAYUELAS (orgs), Europa Law Publishing, Groningen, 2017, p. 217.

¹³¹ Cfr. HANNS PRÜTTING, GERHARD WEGEN e GERD WEINREICH, ob. cit., p. 959.

¹³² Quanto ao §505a, de acordo com o Projeto de Lei para implementação da DCH apresentado pelo Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor: "o §1 esclarece o objetivo da avaliação de solvabilidade, mas não

No ordenamento italiano, o artigo 18.º da DCH encontra-se transposto no artigo 120-*undecies* do TUB que estabelece a realização de uma profunda avaliação da solvabilidade (*verifica del merito creditizio*) do mutuário antes da celebração do contrato, e nos casos em que haja aumento significativo do montante total do crédito, com base em informações necessárias, suficientes e proporcionais e devidamente verificadas, sobre sua situação económica e financeira tendo em conta factores relevantes para verificar as perspectivas de adimplemento das obrigações decorrentes do contrato de crédito imobiliário aos consumidores¹³³, não sendo prevista qualquer sanção civil que repercuta no contrato de crédito em razão do incumprimento deste dever, mas apenas a aplicação de uma sanção administrativa pecuniária¹³⁴. Embora a lei italiana sancione com nulidade a violação das regras imperativas, o art. 120-*undecies* do TUB é considerado norma de conduta (*regole di comportamento*) cujo incumprimento

.....
representa uma proibição nos termos do § 134 que invalida o contrato de crédito" (...). "A regulamentação das consequências legais pelo § 505d BGB esclarece indiretamente que a violação da obrigação de verificar a capacidade de crédito e, portanto, também da proibição à conclusão do contrato de acordo com § 505a parágrafo 1 frase 2 do BGB não conduz à nulidade do contrato de empréstimo ao consumidor, nos termos do § 134 do BGB. Não é necessária uma menção explícita na própria lei de que o contrato é válido". Traduzimos a partir do documento: "Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie", de 18 de dezembro de 2014, pp. 95 e 98, disponível em <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile&v=6> (20.4.2021).

¹³³ O dever pré-contratual de avaliar a solvabilidade nos contratos de crédito imobiliário está previsto no art. 120-*undecies* do TUB (Decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385) introduzido pelo D.Lgs. 21 aprile 2016, n.º 72 que transpõe a Diretiva 2014/17/UE, e a regulamentação do procedimento cabe à Banca d'Italia, cfr. art. 120-*undecies* (9) do TUB. No caso dos contratos de crédito aos consumidores, o procedimento está previsto no art. 124-*bis* do TUB.

¹³⁴ Cfr. art. 144-*bis* do TUB.

não afeta a validade do contrato celebrado¹³⁵. Ademais, diferentemente dos regimes português e alemão, no conteúdo do artigo referido não há norma equivalente ao artigo 18, n.º 5 da DCH, proibitiva da celebração do contrato em função do resultado negativo da avaliação.

2.2 ADEQUAÇÃO DO REGIME

Uma vez que a aniquilação retroativa do contrato de empréstimo na sequência da declaração de nulidade implica o reembolso pelo consumidor da totalidade do empréstimo concedido, sem que possa usufruir do cronograma convencional para restituição, esta não parece ser a sanção mais

.....
¹³⁵ ELENA BARGELI e GIULIA DONADIO, "The impact of Directive 2014/17/EU in Italy", in *The Impact of the Mortgage Credit...*, cit., p. 318.

As autoras mencionam o debate em andamento no ordenamento italiano sobre as normas de conduta (*regole di comportamento*) e normas de validade (*regole di validità*) do contrato e referem a decisão da Corte di Cassazione (*Sezione Unite Civili*) de 19 de dezembro de 2007, n.º 26725, na qual a Corte reafirma a distinção tradicional entre as regras de conduta das partes contratantes e as regras de validade do contrato: a violação da primeira, tanto na fase pré-negocial como na execução do contrato, salvo disposição em contrário da lei, gera responsabilidade e pode ser causa de rescisão do contrato, sempre que resulte do incumprimento do dever geral de proteção e das obrigações específicas de execução imposta ao contratante, mas não afeta a gênese do ato negocial, pelo menos no sentido de que não é idôneo para provocar sua nulidade. Na decisão, a Corte também pontua a tendência de que na legislação moderna essa distinção entre regras de validade e regras de conduta estaria sofrendo um abrandamento, também por incidência da normativas europeias em diferentes áreas de legislação especial, contudo não aplicáveis aos factos *sub judice*. Decisão disponível em <<https://dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/53.PDF>> (20.4.2021).

Em análise às possíveis sanções a serem adoptadas pelo legislador interno ao transpor a DCH para o ordenamento italiano, Enza Pellecchia pontua que por ocasião da transposição da Diretiva 2008/48/CE, apesar da doutrina ter proposto um leque de soluções, inclusive a nulidade do contrato, em razão do incumprimento de dever avaliação de solvabilidade a questão não foi enfrentada pelo legislador. ENZA PELLECCCHIA, "La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, v.69 n.º 2 (março-abril 2016), primeira parte, Nuova serie, Milano, p. 215 ss.

adequada ao caso quando considerados os interesses envolvidos, a finalidade da norma e a relevância social do contrato.

Nesta matéria, segundo o princípio da cooperação leal consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia¹³⁶ na transposição das diretivas comunitárias os EMS têm de assegurar o efeito útil do direito da UE. Na decisão sobre o regime sancionatório vigente no ordenamento francês, o TJUE destaca que de acordo com sua jurisprudência relativa a este princípio, “embora mantenham a escolha das sanções, os Estados-Membros devem, nomeadamente, velar para que as violações do direito da União sejam punidas em condições substantivas e processuais análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, confirmam à sanção um caráter efetivo, proporcionado e dissuasivo”¹³⁷.

Em razão da competência dos EMS para estabelecer as sanções resultantes da infração das normas que garantam a observação das disposições nacionais aprovadas em razão da transposição da DCH, no ordenamento interno será aplicada a (sempre gravosa) nulidade, em decorrência das normas do regime geral, e a (no caso, inócua) sanção contraordenacional. No direito nacional, a título de exemplo, a invalidade do contrato concomitantemente à aplicação da sanção contraordenacional é também aplicada aos contratos celebrados com consumidores sob a influência de algu-

¹³⁶ Cfr. “As Fontes e o Âmbito de Aplicação do Direito da União Europeia”, in *Fichas técnicas sobre a União Europeia: Parlamento Europeu* (2021), p. 3, disponível em

<https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.2.1.pdf> (20.4.2021).

¹³⁷ Ac. do TJUE (4ª Turma), de 27 de março de 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C565/12, EU:C:2014:190, disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=71156>> (20.4.2021).

ma prática comercial desleal, como previsto no Decreto-Lei n.º 57/2008¹³⁸.

Contudo, há soluções no ordenamento interno e no próprio regime em comentário que permitem o reequilíbrio da relação e a manutenção do contrato.

No caso da avaliação de solvabilidade, o regime sancionatório expressamente previsto no Decreto-Lei n.º 74-A/2017 reproduz o regime do Decreto-Lei n.º 133/2009, que introduz o procedimento no ordenamento jurídico interno¹³⁹. Porém, assim como nas Diretivas que transpõem, as normas acerca da matéria não são coincidentes, não sendo prevista no Decreto-Lei n.º 133/2009 a norma proibitiva contida no Decreto-Lei n.º 74-A/2017 (art. 16.º, n.º 2). Por sua vez, o regime estabelece o direito à resolução ou alteração do contrato de crédito pelo mutuante em prejuízo do consumidor com fundamento no facto de a avaliação de solvabilidade ter sido incorretamente efetuada quando comprovado que o consumidor deliberadamente omitiu ou falsificou as informações solicitadas para realização do procedimento. Mantido o contrato, a sanção repercutirá nas obrigações constituídas (art. 16.º, n.º 5).

A sanção considerada dissuasória e proporcional pelo TJUE, com a perda de juros e manutenção do benefício de pagamento escalonado do montante total do crédito pelo consumidor é adoptada pelo Decreto-Lei n.º 133/2009 que, ao facultar ao consumidor a opção pela manutenção do contrato considerado inválido¹⁴⁰, reduz a obrigação quan-

.....
¹³⁸ Cfr. art. 14.º e art. 21.º do DL n.º 57/2008, que transpõe a Directiva n.º 2005/29/CE, de 11 de Maio, que deixa as sanções, que devem ser "efetivas, proporcionadas e dissuasivas", a critério dos EMs.

¹³⁹ A partir da transposição da Diretiva n.º 2008/48/CE do Parlamento Europeu e de Conselho, de 23 de Abril de 2008.

¹⁴⁰ A invalidade do contrato só pode ser invocada pelo consumidor, que pode optar pela manutenção do contrato, provando sua existência por qualquer meio (cfr. art. 13.º, n.º 5 e 6). A inobservância dos requisitos constantes do artigo 12.º do DL 133/2009 motivadores da nulidade, anulabilidade

to ao pagamento ao preço a contado ou ao montante do crédito concedido, preservado o direito à realização das prestações nos prazos convencionados, nas condições que tenham sido acordadas¹⁴¹, i.e., a sanção resulta na *sanabilidade* da invalidade e manutenção do contrato embora em outras condições: o crédito passa a ser gratuito, subtraídos os valores referentes aos juros e outros encargos, sendo mantido o plano de fracionamento acordado para restituição do valor recebido em empréstimo, bem como o benefício do prazo pelo consumidor. Esta opção do legislador nacional¹⁴², não representa uma medida de inovação, mas “uma continuidade à luz do direito interno”¹⁴³ anteriormente prevista tanto no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, sobre o crédito ao consumo, quanto no Decreto-Lei n.º 457/79, de 21 de novembro, acerca da venda a prestações¹⁴⁴.

.....
ou inexigibilidade presume-se imputável ao credor, presunção *juris tantum* resultante do art. 13.º, n.º 5 que encontra correspondência no art. 799.º do CC que trata da presunção de culpa, uma vez que as hipóteses de nulidade, anulabilidade ou inexigibilidade mencionadas decorrem do incumprimento de deveres que recaem sobre o credor.

¹⁴¹ Tratando-se de contrato de crédito para financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento a prestações, a obrigação quanto ao pagamento é reduzida ao preço a contado e o consumidor mantém o direito de realizar tal pagamento nos prazos convencionados. Nos restantes contratos, a obrigação quanto ao pagamento é reduzida ao montante do crédito concedido e o consumidor mantém o direito a realizar o pagamento nas condições que tenham sido acordadas ou que resultem dos usos (cfr. art. 13.º, n.º 7, als. a) e b)).

¹⁴² A Diretiva 2008/48/CE atribui aos EMs o estabelecimento dos regimes sancionatórios, cfr. Considerando (26) e art. 23.º.

¹⁴³ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores: anotação...*, cit., p. 70 e “Proteção do consumidor a crédito na celebração e na execução do contrato”, *Revista Electrónica de Direito* 1 (2014), p. 8, disponível em <https://cije.up.pt/client/files/0000000001/5_696.pdf> (20.4.2021).

¹⁴⁴ A sanção que resulta na conversão do crédito oneroso em gratuito, mantido o reembolso fraccionado do valor devido, era prevista no art. 2.º, n.º 2, parte final, do Decreto-Lei n.º 457/79, de 21 de novembro, e no art. 7.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro.

Neste quadro, a opção legislativa de desoneração através da inexigibilidade dos elementos que integram a prestação, no todo ou em parte, nomeadamente dos juros remuneratórios, mantida a obrigação de reembolso, tornando-a menos onerosa ao consumidor insolvente ao mesmo tempo em que retira ou reduz os ganhos obtidos pelo financiador com o negócio concluído *contra legem*, tornando-o menos ou nada vantajoso, parece sanção adequada às hipóteses em que o mutuante não realize a avaliação de solvabilidade ou opte por celebrar o contrato de crédito ainda que seu resultado não indique ser provável o cumprimento das obrigações do contrato tal como pactuadas, sobretudo quando for configurado um quadro de sobreendividamento ativo do consumidor e este venha a tornar-se insolvente por motivos já existentes no momento da celebração do contrato de crédito. Embora não se olvide do carácter dissuasivo da declaração de nulidade, a adoção de sanções que repercutam diretamente sobre a obrigação constituída atenderia tanto às diretrizes da DCH acerca da efectividade do regime sancionatório implementado pelos EMs¹⁴⁵, quanto ao princípio da cooperação leal, observadas as normas vigentes no ordenamento interno; também atenderia ao carácter de proporcionalidade ao reduzir as obrigações suportadas pelo mutuário, na medida em que a instituição deve proceder à avaliação e evitar a concessão de crédito que seja excessivo em relação às capacidades financeiras do consumidor, a fim de minimizar o risco de incumprimento a partir da premissa de que poderá cumprir as obrigações decorrentes do acordo tal como pactuadas¹⁴⁶. Além dos efeitos mencionados, a reper-

.....
¹⁴⁵ Cfr. Considerandos (76) da DCH e (47) da Diretiva 2008/48/CE.

¹⁴⁶ Como definidas no art. 3.º, f) do DL 227/2012, de 25 de outubro: “f) «Obrigações decorrentes do contrato de crédito) as obrigações de reembolso do capital ou de pagamento de juros remuneratórios assumidas pelo cliente bancário no âmbito de um contrato de crédito”.

cussão contratual da sanção estimularia o mutuário a acompanhar e coibir a conduta ilícita do mutuante, fomentando os objetivos da DCH quanto à contração de empréstimos de forma sustentável e a inclusão financeira, de modo que seja garantido a todos os consumidores da UE um nível elevado e equivalente de tutela¹⁴⁷. Segundo Matilde Casas, *“para la eficiencia del mecanismo sancionador es imprescindible que el préstamo irresponsable tenga impacto en el contrato con el consumidor y existan consecuencias de Derecho privado. Solo así se pondrá en marcha el propio procedimiento, ya que el consumidor pueda obtener «ventajas» por el impacto en su contrato (vía pérdida de intereses)”*¹⁴⁸.

A sanção administrativa contraordenacional será aplicada sempre que a instituição financeira descurar do cumprimento da lei imperativa, independentemente do reflexo da concessão do crédito na situação financeira e contratual do consumidor, em decorrência do exercício do poder de supervisão do BdP.

2.2.1 SANÇÃO E REPERCUSSÃO NA OBRIGAÇÃO CONSTITUÍDA

Com o objetivo de impedir o sobreendividamento ocasionado pelo acesso ao crédito, a legislação suíça sobre o crédito ao consumo (LCC, 2001) estabelece o dever do financiador verificar, antes da realização do contrato, a capacidade de reembolso do crédito pelo consumidor¹⁴⁹. Segundo

.....
¹⁴⁷ Considerando (6) da DCH.

¹⁴⁸ MATILDE CUENA CASAS, “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”. cit., pp. 2899 e 2900 e “La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario”, cit..

¹⁴⁹ Para tanto, institui critérios segundo os quais esta ocorrerá, em síntese, quando os rendimentos auferidos permitem o reembolso sem comprometer sua subsistência, de acordo com um valor mínimo vital definido por lei, e com base numa amortização de crédito em 36 meses, mesmo que o contrato preveja um reembolso mais escalonado, considerados todos os contratos de

Bernd Stauder, sob a perspectiva de proteção do consumidor e de uma política social de prevenção ao sobreendividamento a legislação restringe a liberdade económica do financiador que, caso não sejam atendidos os critérios legais, não deve realizar o contrato de crédito¹⁵⁰ e as sanções impostas ao incumprimento desse dever variam de acordo com a gravidade da violação cometida pelo financiador e podem resultar na perda do valor emprestado incluindo juros e custos contratuais, hipótese em que o consumidor pode reclamar o reembolso dos valores já pagos, de acordo com as regras do enriquecimento sem causa, ou somente na perda dos juros e custos¹⁵¹, medidas consideradas pelo legislador como “susceptíveis de causar um efeito preventivo sobre o financiador e de incitá-lo a respeitar suas obrigações”¹⁵².

No âmbito da UE, a possibilidade de previsão de um regime sancionatório que repercutisse nos contratos celebrados esteve presente na proposta de Diretiva em matéria de contratos de crédito aos consumidores de 2005 segundo a qual as sanções aplicadas pelos EMs “devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas”, e podem “nomeadamente prever a perda de juros e de despesas para o mutuante e a manutenção do benefício de pagamento escalonado do montante total do crédito pelo consumidor no caso de o mutuante não respeitar as disposições relativas ao empréstimo responsável”¹⁵³. Neste sentido também foi a orientação apre-

.....
 créditos ainda não reembolsados pelo consumidor. Cfr. arts. 22 a 28 da *Loi Fédérale sur le Crédit à la Consommation* (LCC), de 23 de março de 2001.

¹⁵⁰ BERND STAUDER, “Le «Prêt Responsable» - L'Exemple de la Nouvelle Loi Suisse sur le Crédit à la Consommation”, in *Études de Droit de la Consommation...*, cit. p. 1035.

¹⁵¹ Cfr. art. 32 da *Loi Fédérale sur le Crédit à la Consommation* (LCC), de 23 de março de 2001.

¹⁵² BERND STAUDER, ob. cit., p. 1045.

¹⁵³ Cfr. art. 31.º da Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regula-

sentada pelo Banco Mundial em informe sobre empréstimo responsável publicado em 2013, no qual a instituição defende que o não cumprimento dos limites do LTV/DTI ou a realização de uma avaliação de solvabilidade inadequada deve ter impacto tanto no credor quanto no tomador do crédito, e a compatibilidade entre sanções administrativas, especialmente no caso de violações reiteradas ou em grande escala, e contratuais, sugerindo a redução da taxa de juros ou a proibição de cobranças em razão da mora do devedor¹⁵⁴.

mentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de contratos de crédito aos consumidores que altera a Directiva 93/13/CE do Conselho.

/*COM/2005/0483 final - COD 2002/0222*/, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2005:0483:FIN>> (20.4.2021).

¹⁵⁴ Os procedimentos de avaliação estão previstos nos n.ºs 98 e 99 do documento onde são definidos como: "98. Loan-to-value (LTV) limits compare the loan with the value of the purchase that the loan will finance. Primarily used for mortgages where it measures the loan against the value of the real estate property, LTV limits are primarily seen as a risk-management tool for the lender (assessing the lender's ability to recoup losses in the case the loan is not repaid) rather than a responsible lending tool. On the other hand, LTV limits also support responsible lending, especially if the regulator does not allow mortgages over 100% LTV (i.e. where the value of the property does not cover the loan if the property is sold and the borrower would thus remain indebted even after surrendering the property used as collateral). 99. Loan-to-income (LTI) or debt-to-income (DTI) limits compare the loan with the income of the debtor, either as an individual or as a household. LTI/DTI is used as an assessment of the borrower, providing the lender with information on the ability of the borrower to repay the loan with current income. The ratio should help the lender evaluate the additional burden debt payments will put on a household, with recommendations usually set between 30-50% of household income as the cut-off point. However, any number should be seen only as guidance and should take into account both the type of credit (for secured loans a higher DTI might be acceptable) and the use of the borrowed funds (for loans that serve the purpose of strengthening future income of the household a higher DTI might be acceptable)". De acordo com o previsto no n.º 103 do documento: "Failing to follow the LTV/DTI limits or conducting adequate assessment should have an impact on both the lender and borrower. The lender may be subject to a supervisory action (including a penalty, especially for repeated or large-scale breaches) while the borrower could benefit from application of a lower interest rate or prohibition of penalties or late fees if the borrower enters into arrears. Lenders could also be deemed responsible for defaults of overindebted clients". "Responsible lending. Overview regulatory

De forma menos precisa, em parecer emitido sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação, o Comité Económico e Social Europeu defendeu que “a avaliação objectiva da solvabilidade do mutuário visa prevenir o sobreendividamento. Em caso de incumprimento, deverá ser o mutuante a assumir a responsabilidade se a sua decisão se tiver baseado numa avaliação incorrecta da solvabilidade do mutuário. Os custos da concessão irresponsável de crédito deverão ser suportados pelo mutuante”¹⁵⁵.

Porém, tanto a Diretiva 2008/48/CE quanto a Diretiva 2014/17/UE¹⁵⁶ prevêm apenas que as sanções impostas à violação das disposições nacionais aprovadas em função da sua aplicação devem ser “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”. Não sendo a natureza das sanções determinada ou limitada pelo documento comunitário, no exercício da competência que lhes foi atribuída, as consequências apresentadas pelos EMs em decorrência do incumprimento do dever de avaliar a solvabilidade do consumidor são diversas.

Assim, alguns EMs optaram por estabelecer sanções civis com repercussão na obrigação constituída em razão do incumprimento do dever de avaliar a solvabilidade do consumidor, nomeadamente com a perda dos juros contratuais, no todo ou em parte, em consonância com a Proposta de Diretiva sobre o crédito ao consumo de 2005. Em análise ao

.....
tools”. The World Bank, Washington, DC, 2013, disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/16728/832840WPOGF-DR00Box0382083B00PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (08.06.2020).

¹⁵⁵ Cfr. (3.5.2) do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:318:0133:0138:PT:PDF>> (08.06.2020).

¹⁵⁶ Cfr. Considerandos (26) e (47) e art. 23.º da Diretiva 2008/48/CE e Considerando (76) e art. 38.º, n.º 1 da DCH.

regime sancionatório vigente no ordenamento francês quanto aos contratos de crédito ao consumo¹⁵⁷, considerando que em atenção à Diretiva 2008/48/CE o rigor das sanções impostas pelos Estados-Membros deve ser adequado à gravidade das violações que reprimem, designadamente assegurando um efeito verdadeiramente dissuasivo, ao mesmo tempo que respeitam o princípio geral da proporcionalidade, o TJUE¹⁵⁸ entendeu como adequada a sanção que estabelece a perda do direito aos juros convencionais pelo financiador em decorrência do incumprimento do dever de avaliar a solvência do consumidor, sempre que esta tiver efeito dissuasório¹⁵⁹. Re-

.....

¹⁵⁷ A Lei n.º 2010737, de 1 de julho de 2010, relativa à reforma do crédito ao consumo (Loi n.º 2010737, du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation) (JORF de 2 de julho de 2010, p. 12001), que visa transpor a Diretiva 2008/48 para o direito interno francês, foi integrada nos artigos L. 3111 e seguintes do *Code de la Consommation*.

¹⁵⁸ Ac. do TJUE (4ª Turma) de 27 de março de 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, com a ementa: «Defesa dos consumidores - Contratos de crédito aos consumidores - Diretiva 2008/48/CE - Artigos 8.º e 23.º - Obrigação précontratual de verificação, pelo mutuante, da solvabilidade do mutuário - Disposição nacional que impõe a consulta de uma base de dados - Perda dos juros convencionais em caso de violação de tal obrigação - Natureza efetiva, proporcionada e dissuasiva da sanção», cit.

¹⁵⁹ No caso *sub judice* o mutuante não logrou provar ter realizado a consulta ao ficheiro nacional de reembolso de crédito (*fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers*, então previsto no artigo L. 333-5 do *Code de la Consommation*) antes da celebração do contrato de mútuo no âmbito da verificação da solvabilidade do mutuário, sendo aplicada a norma sancionatória da perda do direito aos juros, na totalidade ou na proporção fixada pelo julgador, resguardado o calendário previsto para reembolso do capital pelo mutuário, bem como, se for o caso, para pagamento dos juros não perdidos pelo mutuante (cfr. arts. L. 311-9 e L. 311-48, segundo e terceiro parágrafos, do *Code de la Consommation*). Todavia, no caso em apreço, o TJUE concluiu que a sanção imposta pelo incumprimento da obrigação de avaliar a solvência não tem efeito dissuasivo quando o financiador pode considerar vencido o contrato em razão do não pagamento das prestações pelo consumidor e reclamar juros legais acrescidos em cinco pontos percentuais em razão da mora, tal como previsto no direito interno francês (cfr. arts. 1153.º e 1254.º do Código Civil e art. L. 313-3 do Código Monetário e Financeiro) dado que os montantes suscetíveis de serem cobrados pelo mutuante após a aplicação desta sanção não são significa-

conhecido este efeito, a sanção foi posteriormente adotada no incumprimento do dever pré-contratual de avaliar a solvabilidade do mutuário introduzido nos contratos de crédito imobiliários por ocasião da transposição da DCH¹⁶⁰, e seu artigo 18.5 (a) encontra-se transposto no art. L. 313-16 I do *Code de la Consommation*. As sanções são aplicadas às seguintes hipóteses¹⁶¹: (i) quando não forem atendidos os preceitos estabelecidos na lei para realização adequada do procedimento, inclusive quanto à proibição de concessão de crédito em caso de avaliação negativa; (ii) quando o mutuante conceder um empréstimo sem ter efetivamente realizado o procedimento a que se refere o art. L. 313-16. Na primeira hipótese, o incumprimento das condições para realização da avaliação de solvabilidade do consumidor tal como previstas nos arts. L. 313-16 à L. 313-18 é sancionado com a perda do direito aos juros na proporção fixada pelo juiz, observado o

.....
 tivamente inferiores àqueles de que poderia beneficiar se tivesse cumprido essa obrigação, em razão do que, decidiu o TJUE: "O artigo 23.º da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de um regime nacional de sanções por força do qual, em caso de violação pelo mutuante da sua obrigação précontratual de avaliar a solvabilidade do mutuário através da consulta de uma base de dados relevante, o mutuante perde o direito aos juros convencionais mas beneficia automaticamente dos juros à taxa legal, exigíveis a partir da data da prolação de uma decisão judicial que condena o mutuário no pagamento das quantias em dívida, as quais, por outro lado, são majoradas em cinco pontos se o mutuário não tiver pagado a sua dívida no termo de um prazo de dois meses após essa prolação, quando o órgão jurisdicional de reenvio constatar que, num caso como o do processo principal, que implica a exigibilidade imediata do capital do empréstimo em dívida por motivo de incumprimento do mutuário, os montantes suscetíveis de serem efetivamente recebidos pelo mutuante na sequência da aplicação da sanção de perda dos juros não são significativamente inferiores àqueles de que este poderia beneficiar caso tivesse cumprido a sua obrigação de verificação da solvabilidade do mutuário".

¹⁶⁰ Introduzidos nos arts. L 313-16 a L. 313-19 e R. 313-13 a L. 313-16 do *Code de la Consommation*.

¹⁶¹ Cfr. arts. L. 313-16 e L. 313-18 do *Code de la Consommation*.

limite quanto ao montante de juros e ao valor do desconto; na segunda hipótese, o mutuante pode ser privado do direito aos juros, na totalidade ou na proporção fixada pelo juiz¹⁶². A sanção da perda dos juros também poderá ser aplicada quando o crédito for concedido sem que tenham sido fornecidas ao mutuário explicações adequadas que lhe permitam determinar se o contrato de crédito e eventuais serviços acessórios são adequados às suas necessidades e situação financeira¹⁶³, ou ainda quando, sem prejuízo da avaliação de solvabilidade, o credor ou intermediário de crédito não alertarem acerca dos riscos decorrentes da celebração do contrato de crédito¹⁶⁴.

Na Bélgica, o *Code de Droit Économique* estabelece que antes da celebração dos contratos de crédito ao consumo e de crédito hipotecário o financiador deve proceder a uma rigorosa avaliação de solvabilidade do consumidor e das pessoas que constituírem as garantias pessoais, e devem recusar sua celebração se, tendo em conta as informações de que disponha ou de que deveria dispor, considerar que o consumidor não poderá cumprir as obrigações dele decorrentes seguindo um critério de razoabilidade, sendo para este fim o aumento do valor do montante dado em empréstimo considerado um novo contrato¹⁶⁵. No caso do crédito hipotecário

.....
¹⁶² Cfr. arts. L. 341-27, 3.º e L. 341-28 do *Code de la Consommation*.

¹⁶³ Com base nas informações previstas no artigo L. 313-11 do *Code de la Consommation*.

¹⁶⁴ Cfr. art. L. 341-27, 1.º e 2.º do *Code de la Consommation*. Celebrado o contrato, o credor não pode rescindi-lo nem alterá-lo sob a alegação de que as informações fornecidas estavam incompletas ou que verificou incorretamente a capacidade creditícia, excepto quando as informações essenciais para a celebração do contrato foram conscientemente ocultadas ou falsificadas pelo mutuário (art. L. 313-17).

¹⁶⁵ Cfr. arts. VII. 77 §1er e §2 e VII.133 §1er e §2 do *Code de Droit Économique*, respectivamente. A avaliação será baseada em informação necessária, suficiente e proporcionada relativa às receitas e despesas do consumidor, entre outros critérios económicos e financeiros, considerados,

com destinação imobiliária a inobservância das obrigações pertinentes ao cumprimento da avaliação de solvabilidade previstas no art. VII.133 pode ser sancionada com a condenação do mutuante ao pagamento de um montante único correspondente a danos e juros em valor percentual estabelecido pelo juiz com base nos juros do empréstimo^{166 167}.

.....

nomeadamente, a finalidade do crédito, os rendimentos auferidos, seus compromissos financeiros pendentes e o resultado da consulta à *Centrale des Crédits aux Particuliers* (cfr. art. VII. 69, art. I.9, 69.º, VII.126 e art. VII. 148), devendo o mutuante e, se for o caso, o intermediário de crédito, buscar entre os contratos que habitualmente oferecem, o tipo e o montante de crédito mais adequados à situação financeira do consumidor no momento da conclusão do contrato, e à finalidade do crédito (Cfr. art. VII. 75 e VII. 131) e prestar uma explicação adequada acerca do contrato proposto e, no caso do crédito imobiliário, dos eventuais serviços acessórios, a fim de permitir ao consumidor determinar se o contrato e os serviços oferecidos são adaptados às suas necessidades e situação financeira (cfr. art. VII. 74 e VII. 129). No caso do crédito imobiliários (cfr. art. VII. 133), o contrato de crédito não pode ser rescindido ou posteriormente modificado em detrimento do consumidor, em razão da realização incorreta da avaliação de solvabilidade, salvo na hipótese em que o consumidor conscientemente ocultou ou falsificou informações nos termos do artigo VII.126. Recai sobre o financiador a responsabilidade de provar o cumprimento dos procedimentos necessários à devida realização da avaliação de solvabilidade e dos deveres anexos (cfr. arts. VII. 77, VII. 126 § 2. e VII. 133), cujo incumprimento é passível de sanções civis. No caso do crédito ao consumo, verificado o incumprimento da obrigação principal ou das acessórias pelo financiador ou intermediário do crédito, sem prejuízo de outras sanções de direito comum, o juiz pode determinar a anulação do contrato ou reduzir as obrigações do consumidor ao preço a contado ou ao montante dado em empréstimo (cfr. arts. VII. 195, 2º e VII. 77, § 1er, al. 2), ou ainda liberar o consumidor de todo ou parte dos juros de mora, mantido o benefício do pagamento escalonado (cfr. art. VII. 201). Todos os preceitos são do *Code de Droit Économique*.

¹⁶⁶ Observados os limites máximos legais estipulados de acordo com o montante do crédito concedido, cfr. art. VII. 209, § 1er, 2º do *Code de Droit Économique*.

¹⁶⁷ Também é sancionada a hipótese em que o contrato for celebrado com base em uma proposta apresentada a um consumidor que, tendo em conta as informações que o intermediário de crédito tem ou deveria ter, nomeadamente com base nas informações referidas no artigo VII.126 para fins de realização da avaliação de solvabilidade, considerar que o consumidor não será capaz de cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito, e neste caso ocorre a redução de pleno direito das obrigações do

Na Alemanha, o dever de avaliar a solvabilidade (*Kreditwürdigkeitsprüfung*) do consumidor¹⁶⁸ foi introduzido no BGB por ocasião da transposição da Diretiva 2008/48/UE¹⁶⁹, contudo foi com a alteração do regime em decorrência da transposição da Diretiva 2014/17/UE que foram estabelecidas consequências civis ao seu incumprimento pelo mutuante, aplicáveis tanto aos contratos de crédito ao consumo quanto para fins imobiliários¹⁷⁰. Em razão do incumprimento deste

.....
consumidor ao montante concedido em empréstimo, mantido o direito ao pagamento escalonado, cfr. art. VII. 210, 2º, art. VII. 147/29, §§ 1er a 3.º e art. VII.126 do *Code de Droit Économique*. Sem prejuízo das sanções de direito comum, o juiz poderá ordenar a resolução do contrato por culpa do consumidor na hipótese em que este omitir informações ou fornecer informações falsas no âmbito da avaliação da solvabilidade, tanto no crédito ao consumo quanto no hipotecário (cfr. arts VII. 204 e VII. 69 no crédito ao consumo e arts. VII. 214/4 e VII. 126 no crédito hipotecário imobiliário, do *Code de Droit Économique*)

¹⁶⁸ Os artigos 18 a 20 da DCH encontram-se transpostos nos §§ 505a a 505d do BGB e no § 18 do *Kreditwesengesetz (KWG)*. A legislação estabelece o dever do financiador realizar a avaliação da solvabilidade antes da celebração do contrato, ou posteriormente à sua celebração em caso de aumento significativo do seu montante, e o negócio só deve ser concluído se o financiador verificar, através da avaliação, que não há dúvida considerável (*erheblichen Zweifel*) de que o consumidor cumprirá as obrigações decorrentes do contrato nos termos pactuados ou, no caso dos contratos imobiliários, que é provável (*wahrscheinlich*) que o consumidor as cumpra (cfr. § 505a do BGB) e será realizada com base nas informações obtidas junto ao consumidor e da consulta às bases de dados (cfr. § 505b do BGB).

¹⁶⁹ O art. 8.º da Diretiva 2008/48/UE foi inicialmente implementado no § 509 do BGB.

¹⁷⁰ Segundo Krimphove e Lüke, "with the transposition of the MCD, the obligation to carry out creditworthiness assessments will now be uniformly standardized for all consumer credits in civil law in 505a ff. BGB. Until now, a corresponding regulation for consumer credits was lacking in the BGB because the legislature regulated the creditworthiness assessment in incomplete supervisory regulations (former § 18.2 KWG and 2.3 ZAG). Also, there were no civil law provisions establishing a lending prohibition or sanction in favor of the borrower in the event of a negative creditworthiness assessment". DIETER KRIMPHOVE e CHRISTOPH LÜKE, *ob. cit.*, p. 217.

Sobre a avaliação de solvabilidade nos contratos de crédito ao consumo: ADRIAN KESTING, "Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen: Eine Untersuchung der Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung nach der

dever, seja pela não realização da avaliação, seja por ter sido realizada de forma incompleta ou incorreta, é prevista a redução das taxas de juros pactuadas com a aplicação de novos índices, conforme sejam fixas ou variáveis, e a possibilidade de rescisão do contrato a qualquer momento pelo mutuário, sem necessidade de aviso prévio, e sem que lhe possa ser cobrada nenhuma penalidade em razão da amortização antecipada¹⁷¹. Contudo, estas medidas não serão aplicadas na hipótese em que se verifique que a realização de uma avaliação de solvabilidade adequada permitiria a conclusão do contrato de crédito¹⁷², visto que o objetivo da avaliação é salvaguardar o mutuário da celebração de contratos que não pode cumprir¹⁷³. O incumprimento também repercute no direito do mutuante a exigir o cumprimento do dever primário de prestação: na hipótese em que o mutuário não puder cumprir as obrigações decorrentes do contrato nos termos pactuados, o mutuante não pode exigir o seu cumprimento quando a violação das obrigações se basear em uma circunstância que teria levado à não conclusão do contrato se uma avaliação de solvabilidade adequada tivesse sido

.....
 zweiten Verbraucherkreditrichtlinie (RL 2008/48/EG) und den hierzun ergangenen deutschen Umsetzungsgesetzen", BoD - Books on Demand, Nordstedt, 2018, pp. 28 e 29.

¹⁷¹ Cfr. § 505d (1) do BGB. Por outro lado, de acordo com o § 499 (3), "o credor não pode revogar, rescindir ou modificar um contrato de empréstimo ao consumidor apenas porque as informações fornecidas pelo mutuário antes da conclusão do contrato estavam incompletas ou porque a avaliação de crédito do tomador não foi realizada adequadamente. A sentença 1 não se aplica se a deficiência na avaliação de solvabilidade for baseada no fato de que o mutuário intencionalmente reteve ou falsificou informações relevantes para a avaliação de solvabilidade pelo credor".

¹⁷² Cfr. § 505d, *in fine*.

¹⁷³ Cfr. HANNS PRÜTTING, GERHARD WEGEN e GERD WEINREICH. Contudo, os Autores ressaltam que a redução dos juros não depende de o mutuário não poder pagar os juros acordados, assim como a rescisão não depende de o mutuário não poder suportar os encargos do contrato, ob. cit., pp. 962 e 963.

realizada¹⁷⁴. As sanções mencionadas não são aplicadas no caso em que a falha na realização da avaliação tenha por fundamento o comportamento doloso ou negligente do mutuário no fornecimento das informações necessárias à sua realização, de acordo com os parâmetros legais¹⁷⁵.

3. DEVER DE INFORMAÇÃO E DEVER DE ASSISTÊNCIA

A aproximação inicial que antecede uma possível vinculação contratual em razão da concessão do crédito é caracterizada pela troca de informação. O consumidor deve fornecer as informações solicitadas, necessárias à realização da avaliação de solvabilidade, enquanto o mutuante ou intermediário de crédito disponibilizam a informação personalizada, com base na informação recebida apresentando as condições de concessão do crédito, através da entrega da FINE, que deve obedecer ao modelo legalmente estabelecido.

Não havendo no ordenamento interno nenhum dever geral de informar, este tem se consolidado sobretudo em matéria de consumo¹⁷⁶. Constitucionalmente prote-

.....
¹⁷⁴ Cfr. § 505d (Abs. 2) do BGB.

¹⁷⁵ Cfr. § 505d (3) e § 505b (1) a (3) do BGB.

¹⁷⁶ Em análise às regras do regime geral e a legislação do direito ao consumo, Pegado Liz observa que: "no que, em especial, se refere ao dever de informar, também o direito do consumo desenvolveu toda uma teoria sobre as obrigações de informar, com verdade, de forma completa e comprovável, a cargo dos fornecedores ou profissionais, que o direito comum totalmente desconhece. Com efeito, à face do nosso Código Civil, o princípio é o da irresponsabilidade pelas informações prestadas «ainda que haja negligência» por parte de quem as dá. Não assim na disciplina do consumo, onde, ao contrário, a obrigação de informar com rigor e verdade passou a ser severamente sancionada, em aspectos como a suficiente e correcta identificação e qualificação dos produtos e serviços, quer através de exigências precisas quanto à sua exposição, embalagem, rotulagem, descrição dos serviços e afixação dos preços, quer através do cumprimento de regras de identificabilidade, veracidade e comprovabilidade da respectiva publicidade e pro-

gido¹⁷⁷, previsto na Lei de Defesa do Consumidor¹⁷⁸, quanto aos contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, a transparência da informação prestada no âmbito da celebração de contratos foi, timidamente, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de Março¹⁷⁹, revogado pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017 onde

.....
 moção". JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Notícias, Lisboa, 1999, p. 230.

¹⁷⁷ Entre os direitos e deveres fundamentais de natureza económica regulados na Constituição Federal, o art. 60.º estabelece que "os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação dos danos". Segundo Canotilho e Moreira, esse direito à informação importa que seja produzida "uma informação completa e leal sobre os bens e produtos oferecidos capaz de possibilitar uma decisão liberal consciente e responsável", sendo este direito, com o respectivo dever de informar, "crucial nas situações caracterizadas pela profunda «assimetria de informação» entre uns e outros, como sucede, por exemplo, nos cuidados de saúde ou nos serviços financeiros". JOSÉ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 781.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ acerca dos deveres de comunicação e informação previstos no DL 446/85, de 25 de outubro: Ac. de 06.12.2011, Rel. Serra Batista, Processo n.º 669/07.5TBPTM-A.E1.S1, "(...) 2. Os ónus de comunicação e de informação (arts 5.º e 6.º do DL 446/85) são instrumentos paradigmáticos do direito à informação contido no art. 60.º, n.º 1 da CRP, no âmbito contratual. Estando tal princípio também contido no art. 227.º do CC: constituindo o contrato uma convenção, um acordo, é óbvio, para que dele se possa falar, que aqueles que nele intervêm conheçam claramente os elementos sobre os quais manifestam o seu consentimento"; Ac. de 19.12.2018, Rel. Maria do Rosado Morgado, Processo n.º 857/08.7TVLSB.L1.S2: "(...) V - Ambos constituem uma emanção da exigência duma formação de vontade negocial isenta de vícios e do princípio da boa-fé, radicando, ultimamente, no direito dos consumidores à informação assegurado pelo art. 60.º, n.º 1, da CRP", disponíveis em <www.dgsi.pt>, (08.06.2020).

¹⁷⁸ O art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, estabelece que "o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada (...)".

¹⁷⁹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 88/2008, de 29 de maio, 192/2009, de 17 de agosto, e 226/2012, de 18 de outubro. O diploma regula as práticas comerciais das instituições de crédito e assegura a transparência da informação por estas prestada no âmbito da celebração de contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria

o mutuário é agora denominado consumidor. Também o Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro¹⁸⁰, determina a disponibilização da informação pela instituição de crédito em sede pré-contratual sobre os riscos do endividamento excessivo e as consequências do incumprimento de contratos de crédito, bem como sobre os procedimentos implementados para a regularização das situações de incumprimento, e o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro¹⁸¹, impõe deveres de comunicação e de informação antes da celebração do contrato.

Decorrente do dever geral de boa-fé *in contrahendo*¹⁸² e concretizado *ex lege* sob a epígrafe “dever de informa-

.....

permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terrenos para construção de habitação própria.

¹⁸⁰ Sob a epígrafe “divulgação de informação sobre o incumprimento de contratos de crédito”, o art. 7.º, n.º 1 do DL 227/2012, de 25 de outubro, estabelece que “(...) as instituições de crédito estão obrigadas a disponibilizar, designadamente em sede pré-contratual, aos clientes bancários e aos demais interessados informação sobre os riscos do endividamento excessivo e as consequências do incumprimento de contratos de crédito, bem como sobre os procedimentos implementados para a regularização das situações de incumprimento em resultado da aplicação das regras previstas no presente diploma”.

¹⁸¹ O DL 446/85, de 25 de outubro, traz deveres de comunicação e de informação que visam garantir o conhecimento completo e efectivo do clausulado. O que contratante que recorra a estas cláusulas deve aclarar seu conteúdo e informar “de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique” devendo ser prestados “todos os esclarecimentos razoáveis solicitados”, cfr. arts. 5.º e 6.º.

¹⁸² Em análise às regras do regime geral, Menezes Cordeiro pontua que o art. 227.º do CC recebeu a fórmula da *culpa in contrahendo*, na sua aplicação mais lata, obtida com recurso à boa fé, constituindo, deste modo, “um campo normativo muito vasto que permite aos tribunais a prossecução dos fins jurídicos, com uma latitude grande de movimentos. (...) Os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato. Tanto podem ser violados por acção, portanto com indicações inexactas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Responsabilidade bancária, deveres acessórios e nexos de causalidade”, cit., p. 45 e *Da Boa Fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1997 (reimp.), pp. 582 e 583.

ção¹⁸³, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017 regulamenta a informação de âmbito geral e personalizada a ser prestada ao consumidor, estabelecendo um conjunto de qualidades quanto à sua forma e conteúdo: completa, verdadeira, atualizada, clara, objetiva, disponibilizada de forma legível e adequada aos conhecimentos do consumidor individualmente considerado¹⁸⁴.

Em cotejo com a obrigação legal geral de informação prevista no art. 573.º do CC, norma subsidiária que cobre “uma generalidade indeterminada de situações hipotéticas”¹⁸⁵ onde a informação surge como prestação principal com o pressuposto de que haja fundada dúvida acerca da sua

.....
¹⁸³ Cfr. arts. 8.º (dever de informação) do DL 74-A/2017.

¹⁸⁴ Excepto quanto à adequação aos conhecimentos do consumidor individualmente considerado, a legislação especial repete o previsto no Aviso do BdP n.º 2/2010 quanto à informação a prestar pelas instituições de crédito no âmbito da negociação, celebração e vigência de contratos de crédito à habitação, art. 3.º, n.º 2, na redacção alterada pelo Aviso do BdP n.º 16/2012.

A informação pré-contratual de carácter geral é regulamentada no art. 12.º, n.ºs 1 e 2, do DL 74-A/2017. Quanto à informação pré-contratual personalizada, esta deve ser prestada, em papel ou noutro suporte duradouro, através da FINE que incorpore as condições do contrato de crédito aprovadas, acompanhada da minuta do contrato de crédito (art. 13.º, n.ºs 2 e 3). Sob a epígrafe “prestação genérica de informações”, o diploma estabelece que todas as informações prestadas aos consumidores, em cumprimento das suas normas, são efetuadas a título gratuito (art. 7.º).

¹⁸⁵ Segundo Menezes Cordeiro, “o regime geral dos artigos 573.º e seguintes, do Código Civil, é importante: ele terá aplicação, em todas as situações relevantes, em termos de informação, sempre que lei especial não imponha regime diverso. Trata-se de um regime simples e evidente: - alguém tem de ter uma dúvida fundada quanto à existência ou ao conteúdo de um direito - o “direito base” - estando outrem em condições de prestar informações necessárias; - podendo o direito efectivar-se por via judicial, se não for espontaneamente acatado”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Responsabilidade por informações dadas em juízo; Levantamento da personalidade colectiva; Dever de indemnizar”, *ROA*, V. I/II (2004), disponível em <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/jurisprudencia-dos-tribunais/antonio-menezes-cordeiro-responsabilidade-por-informacoes-dadas-em-juizo-levantamento-da-personalidade-colectiva-dever-de-indemnizar/>> (18.4.2021).

existência ou do seu conteúdo, as regras do regime especial identificam o titular do direito à informação, quem deve prestá-la, as fases negociais em que deve ser prestada, sua forma e seu carácter gratuito para o consumidor, regulamenta seu conteúdo¹⁸⁶ determinando os elementos necessários relativos à informação a serem observados pelo sujeito à ela adstrito, evidenciando a atenção voltada ao efectivo conhecimento pelo consumidor das condições e obrigações decorrentes do contrato refletida nos ditames a serem observados durante as negociações com vistas à efectivação do seu consentimento informado.

Em razão da transposição da DCH, a ficha de informação normalizada incorporando as condições do empréstimo aprovadas¹⁸⁷ é substituída pela ficha de informação normalizada europeia (FINE) cujo formato deve atender à harmonização máxima determinada pelo diploma comunitário.

Na cadeia de procedimentos negociais, o consumidor deverá “receber informação personalizada em tempo útil antes da celebração do contrato de crédito para poder comparar e ponderar as características dos produtos de crédito”¹⁸⁸ e de acordo com o regime adoptado pelo legislador interno a entrega da minuta do contrato de crédito acompanhada da FINE é o marco inicial do período de reflexão.

.....
¹⁸⁶ O conteúdo da minuta do contrato é regulamentado nos arts. 10.º e 11.º do Aviso n.º 5/2017 do BdP.

¹⁸⁷ A ficha de informação normalizada foi instituída através do Aviso do BdP n.º 2/2010, que estabelece deveres mínimos de informação a observar pelas instituições de crédito com sede ou sucursal em território nacional na negociação, celebração e vigência de contratos de crédito à habitação, de crédito conexo e de outro crédito hipotecário, revogado pelo Aviso do BdP n.º 5/2017, de 22 de setembro, (art. 19.º, n.º 1, a).

¹⁸⁸ Cfr. Considerando (40) da DCH.

3.1 DEVER DE ASSISTÊNCIA

No regime do Decreto-Lei.º 74-A/2017¹⁸⁹, o dever de assistência é outro meio de tutela do consumidor individualmente considerado, que tendo como fundamento material a insuficiência do direito à informação¹⁹⁰, sendo-lhe complementar, acarreta em explicar o conteúdo e as características do contrato e as consequências advindas da sua celebração, inclusivamente as decorrentes do seu eventual incumprimento, concretizando assim os “deveres de esclarecimento” referidos por Menezes Cordeiro¹⁹¹.

Complementares e contínuos, observado o cumprimento do dever de informação com a entrega da FINE que incorpore as condições do contrato de crédito aprovadas, acompanhada da minuta do contrato de crédito, surge o dever de assistência em razão do qual o mutuante e, se for o caso, o intermediário de crédito, esclarecem de modo adequado o consumidor, devendo colocá-lo em posição

¹⁸⁹ Assim como no DL 133/2009 (arts. 6.º e 7.º) e no RGICSF onde o art. 77.º traz a epígrafe “dever de informação e assistência”.

¹⁹⁰ SANDRA PASSINHAS, ob. cit., p. 457.

¹⁹¹ O autor refere os “deveres de esclarecimento” como “todos os esclarecimentos e informações necessários à celebração de um contrato idóneo”, acrescentando que “ficam, em especial, abarcados todos os elementos com relevo directo e indirecto para o conhecimento da temática relevante para o contrato, sendo vedada quer a omissão do esclarecimento quer a prestação de esclarecimentos falsos, incompletos ou inexactos”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Dolo na conclusão do negócio, culpa in contrahendo”, *O Direito*, ano 125.º, 1993 I-II (janeiro-junho), p. 160. Segundo Sinde Monteiro, “o princípio da boa fé, na sua aplicação à fase pré-negocial, pode na realidade impor – entende-se hoje comumente – deveres de esclarecimento, notificação, revelação, comunicação ou até conselhos. Se o princípio da boa fé constitui fundamento jurídico, o fundamento material – nessa medida, a fonte – reside na desigualdade ou desnível da informação, a qual, por si só, não basta. Para que um parceiro de negociações deva informar espontaneamente o outro, com isso defendendo ou curando de interesses alheios, é necessário que exista uma particular necessidade de protecção”. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Almedina, Coimbra, 1989, pp. 358 e 360.

que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto e os eventuais serviços acessórios se adaptam às suas necessidades e à sua situação financeira, cabendo-lhes, designadamente: a) fornecer as informações pré-contratuais previstas no artigo 13.º; b) explicitar as características essenciais dos contratos de crédito propostos e de quaisquer serviços acessórios; c) descrever os seus efeitos específicos para o consumidor, incluindo as consequências da respetiva falta de pagamento.

No caso da venda associada facultativa de serviços acessórios, o mutuante deve informar sobre a possibilidade de resolver separadamente o contrato relativo a cada serviço, e as respetivas consequências; deve também informar o consumidor durante a negociação sobre a possibilidade de sujeitar o contrato de crédito, por acordo expresso entre as partes, às regras especiais acerca da constituição do seguro de vida e do seguro sobre o imóvel em reforço da garantia de hipoteca e acerca da venda executiva ou dação em cumprimento do imóvel na sequência de incumprimento do contrato, a fim de exonerar integralmente o mutuário e extinguir as respetivas obrigações no âmbito do contrato¹⁹².

Considerando que a informação “esgota-se na comunicação de factos objectivos”¹⁹³, a legislação estabelece ao financiador o dever de elucidar a proposta apresentada, mi-

.....
¹⁹² Cfr. art. 14.º do DL 74-A/2017.

¹⁹³ Segundo SINDE MONTEIRO, “informação, em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma dada situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho ou da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de factos objectivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) “proposta de conduta””. Ao que corresponde o conteúdo verificado no art. 8.º sob a epígrafe “dever de informação, nas informações (elementos e condições) a serem fornecidas enumeradas no artigo 12.º (Informação pré-contratual de carácter geral) e no artigo 13.º (Informação pré-contratual personalizada) do DL 74-A/2017. JORGE SINDE MONTEIRO, ob. cit., p. 15.

figando a contraposição de interesses contratuais¹⁹⁴ e consolidando um quadro de colaboração activa¹⁹⁵, com objetivo

.....

¹⁹⁴ Segundo Ferreira de Almeida, o lugar próprio do dever pré-contratual de informação "situa-se algures entre as fronteiras de dois interesses antagónicos: o interesse dos potenciais contraentes em conhecer todos os factores relevantes para a negociação e o interesse em prevalecerem-se da informação como trunfo na negociação ("o segredo é a alma do negócio") (...) Não é viável determinar uma medida certa para a informação devida na formação dos contratos, que depende de uma multiplicidade de factores, alguns dos quais contraditórios. Mas há padrões que podem ser usados na solução de casos concretos. O padrão da máxima amplitude e certeza aplica-se a contratos em que o sistema jurídico, reconhecendo o desequilíbrio institucional entre contraentes protege através de normas legais, aqueles que dispõem, em princípio, de menos informação". CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceito...*, ob. cit., pp. 230 e 231.

Sobre os deveres de informação e lealdade decorrentes da regra geral da boa fé, afirma Sinde Monteiro "que um dever pré-contratual de fornecer à contraparte informação sobre todos os aspectos relevantes para a sua decisão, incluindo mesmo aqueles que a possam levar a afastar-se do projecto negocial, não pode ser afirmado com um carácter geral, resulta logo, em regra, da existência de interesses contrapostos. A cada qual cabe a oportunidade e o risco da escolha do parceiro contratual "certo" e do objecto da prestação mais apropriado aos seus interesses. Fora das hipóteses em que exista uma obrigação de contratar, nas quais o dever de informar se compreende de per si, parece pois, tendo presente o princípio da liberdade contratual, que uma parte, mesmo solicitada, não está normalmente obrigada a fornecer dados à contraparte, à qual caberá tirar do facto as respectivas consequências – embora, se o fizer, deva proceder de acordo com a verdade –, e que, por outro lado, o dever de, espontaneamente, revelar elementos que possam influir a decisão do parceiro negocial, necessita de uma justificação particular". JORGE SINDE MONTEIRO, ob. cit., pp. 356 a 358.

¹⁹⁵ A "colaboração activa" é mencionada por Almeida Costa em análise à boa fé dos contraentes durante as fases antenegociais com fundamento no art. 227.º do CC, segundo o Autor "este preceito utiliza a noção de boa fé em sentido objectivo, portanto, como regra de conduta. Interessa aprofundar o seu alcance, além do que se observou antes. É que não se aponta aos contraentes uma simples atitude de correcção, traduzida em obrigações de escopo negativo – embora o conteúdo destas possa consistir num <non facere> ou num <facere> -, quer dizer dirigidas apenas a impedir toda a lesão na esfera jurídica de outrem; determina-se, igualmente, uma colaboração activa, no sentido de satisfação das expectativas alheias, que exige o conhecimento real da situação que constitui objecto das negociações. Atende-se, em síntese, aos dois aspectos, o negativo e o positivo, que se costumam distinguir no âmbito da boa fé objectiva". MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "Intervenções fulcrais da boa fé", *EDC 2* (2000), pp. 364 e 365.

de colocar o consumidor “em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira”¹⁹⁶, observados os limites legais a autonomia privada¹⁹⁷ cujo exercício efectivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade dos contratantes a fim de evitar a divergência entre a vontade e a declaração.

Segundo Ana Prata, quando o destinatário “não compreender o sentido da estipulação, não pode dizer-se que ficou a ter conhecimento dela”¹⁹⁸, ao que o regime especial determina que informação deve ser adequada aos conhecimentos do consumidor individualmente considerado¹⁹⁹. A consideração pela “situação relativa das partes” em um possível quadro de “assimetria informativa” que justifique o maior alcance e intensidade do dever de informar como

¹⁹⁶ Cfr. art. 14.º, n.º 1 do DL 74-A/2017 e art. 7.º, n.º 1 do DL 133/2009.

¹⁹⁷ De acordo com Sousa Ribeiro, “a autonomia privada, de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam” (grifos do Autor). Segundo Menezes Cordeiro, “em termos gerais, o instituto da *culpa in contrahendo*, ancorado no princípio da boa fé, recorda que a autonomia privada é conferida às pessoas dentro de certos limites e sob as valorações próprias do Direito; em consequência, são ilegítimos os comportamentos que, desviando-se de uma procura honesta e correcta de um eventual consenso contratual, venham a causar danos a outrem. Da mesma forma são vedados os comportamentos pré-contratuais que inculquem, na contraparte, uma ideia distorcida sobre a realidade contratual”. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 21 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Dolo na conclusão do negócio...”, cit., p. 161.

¹⁹⁸ Segundo Ana Prata, “além da comunicação das cláusulas, é, em muitos casos, imprescindível o seu esclarecimento, bem como de informações jurídica, económica e técnica, sempre que estas sejam justificadas pela natureza e/ou teor do contrato, ou pela condição relativa das partes. A mera comunicação de uma cláusula pode ser (e é-o com frequência) indiferente para a percepção do seu significado pelo destinatário: se este não compreender o sentido da estipulação, não pode dizer-se que ficou a ter conhecimento dela”. ANA PRATA, “A obrigação de informar na responsabilidade pré-contratual”. *Themis* 30/31 (2016), p. 14.

¹⁹⁹ Cfr. art. 8.º do DL 74-A/2017.

mencionado por Mota Pinto²⁰⁰, foi identificada na relação entre cliente e instituição de crédito pelo BdP²⁰¹, pelo legislador interno²⁰² e pelo legislador comunitário que reconhece entre o fundamento material desses deveres os “baixos níveis de literacia financeira”²⁰³, devendo as instituições proponentes, “entidades qualificadas e fortes”²⁰⁴, “prestar ao consumidor

²⁰⁰ Segundo Mota Pinto, “o alcance e a intensidade dos deveres de informação em causa podem variar segundo diversas circunstâncias, tais como, v.g., a forma e o custo de aquisição da informação, o objecto da informação e a situação relativa das partes (designadamente, a sua dimensão e experiência, e eventual “assimetria informativa)”. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*. V. II, Coimbra, Coimbra, 2008, p. 1381.

²⁰¹ Como se depreende da nota introdutória redigida pelo Governador do BdP no “Relatório de Supervisão Comportamental 2010”: “Nos mercados bancários de retalho, a informação de que os clientes dispõem sobre os produtos é imperfeita, dado que os clientes estão menos informados do que as instituições que os comercializam (informação assimétrica) e porque a natureza dos produtos torna difícil uma avaliação correcta dos riscos associados, em particular pelos clientes sem os necessários conhecimentos financeiros (informação incompleta). Estas “falhas de mercado” impedem a correcta avaliação de encargos e/ou rendimentos esperados e limitam a capacidade de escolha dos clientes entre diferentes produtos e instituições”, BdP (2011), cit.

²⁰² Como se depreende do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro.

²⁰³ Cfr. Considerando (4) da DCH.

²⁰⁴ A intensidade do dever de informar na fase pré-contratual com fundamento jurídico e material na boa-fé e na desigualdade entre os intervenientes na negociação contratual é defendida na literatura jurídica portuguesa. Em análise à “culpa in contrahendo portuguesa”, Menezes Cordeiro afirma que “em termos objectivos, ela entra sempre em linha de conta com as características das pessoas envolvidas. Os deveres de informação são mais intensos face a entidades qualificadas e fortes, perante parceiros débeis; os deveres de protecção e lealdade impõem-se, com maior acuidade a negociadores experientes do que a intervenientes ocasionais em negócios desse tipo. Não há qualquer motivo para limitar a negócios consensuais: a lei não faz restrição, não há negociações sujeitas a forma e os negócios solenes exigem, por maioria de razão, negociações sérias e honestas”. Segundo Sinde Monteiro, “o desnível de informação pode prender-se com a especial competência técnica do devedor (relações perito-leigo), como também com circunstâncias pessoais do credor (evidente inexperiência ou falta de preparação, outros factores pessoais) (...) Relevante há-de ser por um lado o

as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de este tomar uma decisão esclarecida e informada" (...) "uma decisão racional e esclarecida sobre as características do crédito a celebrar"²⁰⁵.

Estes deveres, de informação e de assistência, afastam a figura do *dolus bonus* presente no direito comum e sua concretização também permite depreender sua delimitação negativa não recaindo sobre o mutuário, por exemplo, dever de aconselhamento na medida que cabe ao consumidor conhecer e comparar as ofertas existentes no mercado²⁰⁶ e

.....
grau da necessidade de protecção social ou individual, bem como em que medida pode ser posto em perigo o fim contratual e o risco para a esfera do bens jurídicos do parceiro quando da execução do contrato; quanto mais fortemente pesarem estes factores, mais forte razão existe para a prestação espontânea de informação, mesmo que a contraparte estivesse eventualmente em situação de poder fazer as correspondentes perguntas". Segundo Ana Prata, "independentemente da natureza do contrato, tem de se dizer a extensão da obrigação de informação é das que mais variam em função da natureza e situação recíproca das partes. Se o facto de uma delas ser consumidor justifica especial atenção à informação de que carece, a circunstância de ambas partes o não serem não é, por si só, justificativa da restrição da obrigação de informação de um dos contraentes perante o outro. Tome-se o exemplo claro de um deles ser empresário de um ramo de actividade em que é incomum a celebração de contratos do tipo que está em causa: este facto – muitas vezes agravado pela incultura geral e/ou específicas desse empresário – gera uma obrigação de informação quicá tão completa quanto a que devida a um consumidor". ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 584, JORGE SINDE MONTEIRO, ob. cit., pp. 361 a 363 e ANA PRATA, "A obrigação de informar ...", cit., p. 20.

²⁰⁵ Cfr. art. 6.º, n.º 1 do DL 133/2009 e texto introdutório do DL 74-A/2017, respectivamente.

²⁰⁶ Não cabe ao mutuante conhecer as condições contratuais dos concorrentes ou mesmo alertar o consumidor acerca da existência de eventuais propostas mais atractivas no mercado. Neste sentido, sobre o dever de informar, Sónia Moreira da Silva afirma que um vendedor não tem de informar que o mesmo produto se vende mais barato na loja ao lado, pois solução diversa seria "de todo desrazoável e incompatível com as necessidades do tráfego comercial. (...) Retirar certa margem de autonomia às partes significaria <inviabilizar economicamente qualquer processo negociatório>". SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 23 e 24.

decidir quanto à conveniência do contrato de acordo com seus interesses e possibilidades, sendo expectável a existência simultânea de negociações paralelas com diferentes financiadores²⁰⁷, seja no mercado interno ou comunitário.

3.1.2 REGULAMENTAÇÃO PELO BANCO DE PORTUGAL

Em atenção ao regime do Decreto-Lei n.º 74-A/2017²⁰⁸, o Aviso do BdP n.º 5/2017, de 22 de setembro, regulamenta o conteúdo da informação a ser prestada e a execução do dever de assistência ao consumidor, especificando os elementos de informação que devem constar na minuta do contrato de crédito a disponibilizar ao consumidor e os requisitos do contrato, e para efeitos do dever de assistência elenca deveres ao mutuante, ou intermediário de crédito, que implica, entre outros, em esclarecer o consumidor sobre o conteúdo da FINE, onde “todas as advertências de risco aplicáveis devem ser realçadas”, da minuta e dos documentos anexos, e sobre o processo de contratação do crédito, identificar separadamente as características e o custo de cada um dos produtos ou serviços propostos como vendas associadas facultativas, bem como o impacto da contratação desses produtos ou serviços no custo do contrato de crédito e responder às dúvidas colocadas pelo consumidor²⁰⁹. O Aviso ratifica a determinação legal de que as informações adicionais devem ser prestadas em papel ou noutro suporte duradouro²¹⁰, em documento separado anexo à FINE²¹¹, acompanhada da minuta do contrato que deve refletir as condições efetivamente

.....
²⁰⁷ Nesse sentido: ANA PRATA, “A obrigação de informar...”, cit., p. 30 ss.

²⁰⁸ Por força do art. 14.º, n.º 4 do DL 74-A/2017.

²⁰⁹ Cfr. art. 9.º, n.º 1 do Aviso n.º 5/2017 e art. 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 74-A/2017.

²¹⁰ Cfr. art. 17.º do Aviso n.º 5/2017 do BdP.

²¹¹ Nos termos previstos no n.º 9 do art. 13.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017.

te aprovadas e conter os elementos especificados no seu artigo 11.º.

3.2 TAEG: HARMONIZAÇÃO MÁXIMA E OMISSÃO

Enumerada entre as opções de ação política para integração dos mercados de crédito hipotecário na UE e concebida entre as medidas passíveis de melhorarem a acessibilidade, a comparabilidade e o carácter exaustivo dos dados relativos ao crédito pela DCH, a taxa anual de encargos efectiva global (TAEG) é exemplo paradigmático do dever de informação nos contratos de crédito.

No ordenamento português, após a introdução da TAEG pelo Decreto-Lei n.º 359/91²¹², o legislador interno estabeleceu a taxa anual efectiva (TAE) entre a “informação mínima que as instituições de crédito devem prestar para permitir juízos comparativos e reforçar a concorrencialidade e a transparência do mercado de crédito”, considerando que “com a abolição dos limites das taxas de juro e com o acréscimo de concorrência no sector bancário, a transparência do mercado passou a depender de um conjunto de informações comparáveis que, salvo no domínio do crédito ao consumo,

.....
²¹² A fim de garantir uma informação completa e verdadeira, susceptível de contribuir para uma correcta formação da vontade de contratar as Directivas n.ºs 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990, transpostas para o direito interno pelo Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, consideraram necessário estabelecer mecanismos que permitam ao consumidor conhecer o verdadeiro custo total do crédito que lhe é oferecido, procurando harmonizar a legislação vigente nos diferentes EMs, como contributo para a eliminação de fenómenos indesejáveis de distorção da concorrência no espaço comunitário, adoptando a taxa anual de encargos efectiva global, com base na qual será calculado o referido custo do crédito, tendo em atenção os encargos a suportar e o crédito a conceder, no contexto de uma mesma operação, em momentos diversos, permitindo-se, deste modo, uma análise comparativa de ofertas afins em todo o espaço comunitário.

não estava assegurado”²¹³. A partir da decisão de “legislar no sentido de conferir aos contratos de crédito” à habitação “um maior grau de transparência, nomeadamente no que respeita ao cálculo da TAE aplicada pela instituição de crédito”, o Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de Março²¹⁴, clarifica sua forma de cálculo e sob a epígrafe “dever de informação” estabelece que a instituição de crédito deve informar clara e expressamente aos seus clientes sobre seu cálculo e incluí-la na ficha de informação normalizada disponibilizada em simultâneo com a comunicação da aprovação do empréstimo.

Com a revogação do Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de Março²¹⁵ pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, a TAE é substituída pela TAEG que passa a vigorar nos contratos de crédito imobiliário abrangidos pelo Decreto. A taxa deve ser indicada na FINE e calculada de acordo com o modelo uniformizado, fruto da harmonização máxima estabelecida na DCH.

Indicada na publicidade ou em qualquer comunicação comercial em que um credor se proponha conceder crédito, a TAEG representa o custo total do crédito para o consumidor²¹⁶, incluindo a taxa de juro e os encargos, expresso em per-

²¹³ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de agosto, que estabelece o regime aplicável à informação que as instituições de crédito devem prestar aos seus clientes em matéria de taxas de juro e outros custos das operações de crédito.

²¹⁴ O Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março, regulamenta “as práticas comerciais das instituições de crédito e assegura a transparência da informação por estas prestada no âmbito da celebração de contratos de crédito para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terrenos para construção de habitação própria”. Seu art. 3.º remete o cálculo da TAE para o regime previsto pelo Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de agosto, mais concretamente, para as regras do art. 4.º e para a fórmula constante do anexo n.º 2.

²¹⁵ Revogado a partir de 01.01.2018 pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, nos termos do art. 47.º.

²¹⁶ Cfr. art. 4.º, n.º 1, s) do DL 74-A/2017 e Considerando 50 da DCH. O cálculo é feito segundo a fórmula matemática constante do anexo II do DL 74-A/2017, e “é efetuado no pressuposto de que o contrato de crédito vigo-

centagem anual do montante total do crédito, e deve constar das Fichas de Informação, permitindo, de forma objetiva, o conhecimento do custo efetivo do contrato de crédito para além da taxa de juro nominal. Da sua ausência na proposta de crédito apresentada não é possível inferir a dedução de um custo contratual; tendo em vista sua natureza de índice representativo, não é um custo em si mesma, não expressa a cobrança de um produto ou serviço autónomo individualmente considerando, mas a síntese do custo do empréstimo para o consumidor, então, mesmo na hipótese de omissão da sua indicação, os valores incluídos no seu cálculo continuam devidos em decorrência da celebração do negócio²¹⁷.

Assim, qual a consequência da omissão da TAEG da composição do conteúdo da FINE que acompanha a proposta de crédito apresentada ao consumidor?

Pelo regime sancionatório expresso no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, as infrações decorrentes do incumprimento do dever de informação na fase pré-contratual, ou na execução do contrato, são consideradas contraordenações susceptíveis de sanções administrativas pecuniárias nos termos do RGICSF²¹⁸.

Transversal aos diplomas especiais que transpõe Diretiva comunitárias acerca do crédito ao consumo e à habitação, em matéria de crédito ao consumo, após sua previsão na Diretiva 87/102/CEE, a TAEG foi objecto de uma

.....
ra pelo período de tempo acordado e de que o mutuante e o consumidor cumprem as respetivas obrigações nas condições e nas datas especificadas no contrato de crédito" (art. 15.º, n.º 3).

²¹⁷ Segundo Pinto Monteiro, pelo regime das cláusulas contratuais gerais a não observação dos deveres de informação e comunicação "tem como consequência que as cláusulas não farão parte do contrato, consideram-se dele excluídas (cfr. arts. 5.º, 6.º e 8.º do DL 446/85, de 25 de outubro)", solução sem efeito quanto à ausência de indicação da TAEG. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor", in *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, V. LVII, T. II (2014), p. 2331.

²¹⁸ Cfr. art. 29.º, als. k) a s) do Decreto-Lei n.º 74-A/2017.

uniformização mais adequada pela Diretiva 2008/48/CE quanto à uniformização da forma de cálculo e dos elementos incluídos. Transposta para o ordenamento interno, o regime sancionatório do Decreto-Lei n.º 133/2009, a cargo do legislador nacional, estabelece sanções que variam de acordo com a relevância do elemento em falta no contrato e podem resultar na inexigibilidade dos seus termos, na nulidade ou anulabilidade do acordo. Quanto à TAEG, assim como previsto no regime anterior²¹⁹, da sua ausência decorre a nulidade do contrato, sendo uma hipótese de invalidade estabelecida no interesse do consumidor e somente por este pode ser invocada²²⁰. Partindo da contraposição entre “normas primárias e normas secundárias”²²¹, Ferreira Gomes defende que nestes casos

²¹⁹ Cfr. art. 6.º, n.º 2, “a” c/c art. art. 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro.

²²⁰ Cfr. art. 12.º, n.º 5, a c/c art. 13.º, n.º 1 e n.º 5 do DL 133/2009.

²²¹ Sintetizando as ideias de Hart, Ferreira Gomes aduz que as normas primárias “regulam comportamentos, proibindo ou prescrevendo determinada ação, sob cominação de uma determinada consequência normativa (v.g.: a pena no direito penal e a responsabilidade civil no direito civil). São portanto normas de conduta: *impõem deveres* através dos quais o sistema visa moldar o comportamento dos visados. Nesse sentido, são determinadas por um escopo de prevenção e de reparação de consequências danosas, convocando tendencialmente regras de responsabilidade. Por sua vez, as *normas secundárias* são, no sentido hartiano, normas sobre normas: habilitam os visados a criar normas e a modificar ou extinguir regras anteriormente criadas. Não impõem deveres; habilitam os visados à produção de efeitos jurídicos, pelo que seu incumprimento determina a invalidade dos atos praticados” (grifos do autor). Segundo Hart, “as regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, testamentos, ou casamentos válidos não obrigam as pessoas a actuar de determinada maneira, quer queiram, quer não. Tais leis não impõem deveres ou obrigações. Em vez disso, facultam aos indivíduos *dispositivos* para a realização dos seus desejos, conferindo-lhes poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercitivo do direito” que se não forem atendidas “o documento produzido não será um testamento “válido”, criando direitos e deveres; será um “acto nulo”, sem “força” ou “efeitos” jurídicos” (grifos do autor). JOSÉ FERREIRA GOMES, ob. cit., p. 325 e HERBERT L. A HART, *O conceito de direito*,

a partir da conjugação de regras, o regime especial associa expressamente a invalidade do contrato à violação de determinadas normas de conduta, assim a prestação da informação é “considerada como uma formalidade essencial à produção dos efeitos do negócio”²²². Há nulidade em razão da omissão do conteúdo considerado necessário para validade do contrato, ilicitude que também constitui uma contraordenação cabendo a aplicação da sanção pecuniária prevista no RGICSF²²³.

Tendo em vista a transposição da DCH para o ordenamento interno, Cláudia Castro defendeu a nulidade como sanção a ser aplicada em razão da omissão da TAEG, à semelhança do previsto no regime do Decreto-Lei.º 133/2009, pontuando, todavia, a tendência pela adopção do regime sancionatório contraordenacional semelhante ao previsto no Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março^{224 225}.

Não havendo nulidade textual, ante a omissão de elementos do conteúdo, a nulidade é defendida por Ferreira de

.....
(trad.) A. Ribeiro Mendes, 3ª edª. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa (imp. 2001), p. 35.

²²² JOSÉ FERREIRA GOMES, ob. cit., pp. 344 e 329 (nota 19).

²²³ Cfr. art. 30.º, nºs 1 do DL 133/2009.

²²⁴ Segundo a autora, “defendemos que, também no âmbito do crédito hipotecário, o legislador nacional, aquando da transposição da Diretiva 2014/17/UE, deveria optar pela nulidade do contrato de crédito, dado o papel fundamental desempenhado pela TAEG; todavia, acreditamos que tal não acontecerá, ao invés, serão aplicadas sanções pecuniárias, seguindo o regime previsto no art. 12.º do Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março, e alinhando-se com a orientação do n.º 2 do art. 38.º da Diretiva (“sanções administrativas”). CLÁUDIA SILVA CASTRO, “A proteção do consumidor nos contratos de crédito para imóveis de habitação. Confronto entre as soluções propostas pela Diretiva 2014/17/UE e as consagradas pelo Regime Jurídico do Crédito ao Consumo”, *Revista Electrónica de Direito* 2 (2017), pp. 23 e 24, disponível em <www.cije.up.pt/revistared> (08.06.2020).

²²⁵ De acordo com o art. 12.º, n.º 1, “constitui contra-ordenação a violação do disposto nos artigos 3.º a 10.º, punível nos termos da alínea i) do artigo 210.º e do artigo 212.º do RGICSF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, sem prejuízo da aplicação das demais disposições em matéria contra-ordenacional aí previstas”.

Almeida com fundamento no art. 294.º do CC. Segundo o Autor, “as consequências da omissão de elementos da composição imperativa do conteúdo têm cominação legal explícita para alguns casos (nulidade, anulabilidade, resolução), mas não para outros. Na sua falta, aplica-se o artigo 294.º, porque a omissão de elementos do conteúdo não contraria a ilicitude destes, mas a exigência de menção expressa em documento escrito. Não se trata de ilicitude do conteúdo, sempre geradora de nulidade, é antes uma ilegalidade residual, que deixa ao aplicador do direito uma flexibilidade na escolha do efeito”, assim “a omissão implica nulidade, pelo menos quando recaia sobre os elementos mais relevantes”²²⁶.

Sendo o efeito da coima “neutro para a validade ou invalidade do contrato em face do artigo 294.º”²²⁷, é preciso verificar a relevância do conteúdo em questão pra fins de aplicação da nulidade em decorrência da sua omissão.

Considerada pelo legislador comunitário como elemento fundamental na regulamentação relativa à prestação de informação pré-contratual, assim como o formato da FINE, o cálculo da taxa TAEG²²⁸ é objeto de harmonização máxima pela DCH²²⁹.

.....
²²⁶ O autor cita o exemplo dos contratos de viagem organizada nos quais “a aplicação da coima é a única sanção legal expressa para a omissão de elementos do conteúdo (Decreto-Lei n.º 61/2011, de 6 de maio, artigo 40.º, n.º 3, alínea b). Como este efeito é neutro para a validade ou invalidade do contrato em face do artigo 294.º, parece-me – considerando contratos de consumo merecedores de proteção semelhante – que a omissão implica nulidade, pelo menos quando recaia sobre os elementos mais relevantes”. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V...*, cit., pp. 227 e 228.

²²⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos V...*, cit., p. 228..

²²⁸ Que deve observar o art. 2.º, n.º 2, art. 14.º, n.º 2, e do Anexo II, Parte A, quanto à FINE, e do 17.º, n.º 1 a 5, 7 e 8, e Anexo I da DCH, quanto ao cálculo da TAEG.

²²⁹ Contudo, os EMs mantêm a faculdade de introduzir disposições mais restritivas no que diz respeito às instruções de preenchimento da FINE, cfr. Considerandos (7) e (20) e art. 2.º, n.º 2 da DCH.

Considerada pela doutrina o “elemento informativo mais significativo para o consumidor”²³⁰, o conhecimento do custo total do crédito “melhora substancialmente a liberdade efetiva de decisão do tomador do crédito”²³¹, sendo facilitador da comparação entre as diferentes propostas oferecidas no mercado, influenciando sua decisão de contratar. Corolário da transparência²³², é calculada de acordo com o modelo legal e instituída em benefício do consumidor para que possa comparar os produtos de crédito disponíveis no mercado e tomar uma decisão esclarecida e informada quanto à celebração do contrato de crédito, sua previsão de carácter imperativo tem como objetivo, segundo a DCH, “criar um verdadeiro mercado interno com um nível elevado e equivalente de proteção dos consumidores”²³³.

.....
²³⁰ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores. Anotação...*, cit., p. 110.

²³¹ CLAUS-WILHELM CANARIS, “A liberdade e a justiça contratual na <sociedade de direito privado>”, in *Contratos. Actualidade e evolução*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord). Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, p. 62.

²³² Segundo Ferreira de Almeida, “uma taxa de juro indicada genericamente pode ser ilusória, por exemplo, se incidir sobre todo o capital em dívida, sem tomar em conta as sucessivas amortizações”. No mesmo sentido, Menezes Leitão, elucida que nos contratos de crédito os custos efectivos da operação “poderiam facilmente ser ocultados ao consumidor. Assim, por exemplo, a taxa de juro praticada pode ser ilusória, quando por exemplo incidir sobre todo o capital em dívida, sem tomar em consideração as diversas amortizações. Por outro lado, a inclusão de diversas comissões, designadamente para despesas pode envolver um aumento real percentual do valor da dívida. O consumidor ficaria assim desarmado perante acréscimos de prestações não esperados, caso não venha a ser efectivamente informado do custo total do crédito. Daí que diversas legislações tenham imposto deveres específicos de informação, relativamente ao cálculo efectivo do crédito concedido”. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 146 e 147 e LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Crédito ao Consumo: o seu regime atual e o regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor”. *Sub Júdice - Justiça e Sociedade* 36 (2006), p. 10.

²³³ Cfr. Considerando (7) da DCH.

Em atenção ao princípio da cooperação leal²³⁴, em um paralelo com o regime previsto no Decreto-Lei n.º 133/2009, a nulidade parece ser a sanção aplicável para omissão da TAEG, elemento fundamental das condições do crédito apresentadas ao consumidor individualmente considerado, também nos contratos sujeitos ao Decreto-Lei n.º 74-A/2017, tendo em conta a relevância da taxa, a salvaguarda dos interesses do consumidor e os objetivos da DCH. Ao não informar a TAEG o mutuante omite um dado relevante para a decisão de contratar a partir da percepção do custo real do contrato, dificultando a comparabilidade entre propostas, obstaculizando os efeitos pretendidos, inclusivamente, o desenvolvimento do mercado transfronteiriço como objetivado pelos documentos comunitários. De outro modo, significaria admitir que na hipótese da omissão do elemento conceptual e finalisticamente semelhante em ambos os diplomas, teríamos no ordenamento jurídico português a nulidade concomitantemente à sanção administrativa nos contratos de crédito ao consumo, enquanto nos contratos de crédito à habitação seria aplicada apenas a sanção administrativa, embora a legislação (interna e comunitária) e a doutrina afirmem a relevância da taxa nos contratos de crédito em causa.

Apesar do legislador interno ter optado pela nulidade, textual ou virtual, como sanção em razão da omissão da TAEG desde sua introdução pela transposição da Diretiva 87/102/CEE, tendo em atenção seus efeitos gravosos, acreditamos que seria mais adequada à hipótese uma sanção que repercutisse na obrigação constituída, afastando a invalidade em atenção ao art. 294.º, *in fine*, do CC. Neste sentido foi a solução adoptada pelo legislador alemão com previsão da redução da taxa de juros pactuada em razão da falta de

.....
²³⁴ Consagrado no art. 4.º, n.º 3, do TUE e abordado no ponto “adequação do regime”.

indicação da TAEG (*effektiven Jahreszins*) nos contratos de crédito ao consumo e de crédito imobiliário (§ 494 (2) do BGB)²³⁵.

4. PERÍODO DE REFLEXÃO NOS CONTRATOS DE CRÉDITO A HABITAÇÃO

Realizada a avaliação de solvabilidade e aprovada a concessão do crédito, o mutuante deve comunicá-la ao consumidor e em simultâneo deve entregar-lhe uma ficha de informação normalizada que incorpore as condições do contrato de crédito aprovadas, acompanhada da minuta do contrato de crédito. A partir da entrega destes documentos, a fase decisória encerra um período dedicado à reflexão sobre as informações recebidas antes da conclusão do contrato.

Entre as justificativas apontadas para sua admissão, a doutrina destaca as consequências da incapacidade do consumidor de cumprir as obrigações decorrentes da ce-

.....

²³⁵ Sobre o § 494 do BGB, Bar e Drobnig acentuam: "As for consumer credit contracts, transparency is assured by the fact that there must be expressly stated in the contract details of every aspect of the relationship: the net amount of the mortgage amount and the maximum loan, the total amount of the costs of the mortgage, the particulars of the repayment of the capital, the applicable interest rate and the total amount of annual interest, plus any factors which may change any of these features, the requested guarantees and any potential collateral contracts (for example bank guarantee or insurance), which are stipulated as a requirement for the loan. Failure to observe the requirement for writing, under § 494 BGB has the consequence that the contract is declared null. This is excluded where the loan is nevertheless still delivered. Also the lack of written details makes any clause ineffective. In fact, § 494 BGB states that the omission of the effective or initial interest rate, in case where the parties had agreed on a variable rate, or of the total amount of costs and interests, results in the automatic application of the standard interest rate fixed by law. Costs that are not indicated are not owed by the consumer and the resulting total of the payments must be re-calculated using the new figures. Failure to foresee factors which would effect changes in the contract precludes those changes from being made". CHRISTIAN VON BAR, e ULRICH DROBNIG, *The interaction of contract law and tort and property law in europe: A comparative study*, Sellier, Munique, 2004, p. 305.

lebração do acordo e sua relevância socioeconómica²³⁶, considerando que a concessão deste prazo proporciona um consentimento reflectido quanto à decisão de contratar o empréstimo a partir de uma compreensão da informação e comparação com outras ofertas, com o propósito de evitar seu endividamento, mais ou menos duradouro, passível de comprometer seu futuro, podendo produzir “efeitos nefastos na sua esfera jurídica e no seu património”²³⁷, sobretudo no caso do crédito à habitação própria²³⁸. Estes elementos evidenciam o cariz cauteloso do instituto na medida em que busca propiciar ao consumidor uma contratação adequada à sua situação particular e aos seus interesses e que, como mencionado anteriormente, refletirá diretamente no seu quadro de endividamento ativo.

Reconhecendo como problema fundamental do direito dos contratos a possibilidade da liberdade jurídica “transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade da outra parte”, entre as garantias individuais que se aplicam à conclusão particular do contrato, mencionando o conjunto dos problemas conhecidos como vícios do consentimento (coacção, erro, dolo, usura, etc), Canaris identifica uma melhora substancial da liberdade efectiva de decisão do tomador do crédito em razão da obrigatoriedade legal de informação, referindo-se especificamente ao juro efectivo que torna notório os custos efectivos do crédito e possibilita uma comparação com as ofertas de outros prestadores de crédito, caracterizando, juntamente com o direito suple-

²³⁶ Por todos: CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 107 ss.

²³⁷ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 156

²³⁸ Como destaca o DL 74-A/2017 em seu preâmbulo: “o crédito para aquisição de habitação própria é tipicamente o mais importante compromisso financeiro da vida de um consumidor, atendendo aos valores mutuados, ao prazo de amortização e às consequências da execução da hipoteca”.

mentar ao livre arrependimento do contrato, “um *modelo de informação*, porque a liberdade de decisão é enriquecida com o acréscimo de conhecimento sobre as circunstâncias significativas para o contrato”, o que, segundo o Autor, não se trata de uma situação de restrição da liberdade contratual, mas como sendo estas condições impostas pela ordem jurídica para o exercício da liberdade²³⁹.

Estas garantias buscam possibilitar a cognoscibilidade e compreensão sobre o conteúdo que o contrato oferece, sopesando a decisão acerca da sua celebração, dimensão em que a liberdade contratual efectivamente se manifesta uma vez que usualmente o consumidor não atua na fixação dos seus termos.

Embora com objetivos semelhantes, o período de reflexão foi concebido através da adoção de modelos distintos, viáveis em diferentes momentos negociais, antes ou depois da sua formação²⁴⁰, conforme o contrato de crédito seja destinado à habitação ou ao consumo²⁴¹.

O direito à livre revogação, previsto no Decreto-Lei n.º 133/2009²⁴², vigora a partir da formação do contrato e consis-

²³⁹ No texto, onde aborda a regulamentação das obrigações de informação e do direito de arrependimento conferido pela Lei do Crédito ao Consumo, o autor esclarece que “a liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica, mas esta última, no fundo, não é senão um meio para a realização da liberdade efectiva. (...) a liberdade jurídica é uma condição mínima para o exercício da liberdade efectiva e não deve, por esta razão, ser em nenhum caso subestimada na sua importância; mas por outro lado, a liberdade jurídica pode facilmente transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade da outra parte. Impedi-lo é um problema fundamental do direito dos contratos” (grifos do autor). CLAUS-WILHELM CANARIS, ob. cit., pp. 61 e 62.

²⁴⁰ GÉRARD CAS e DIDIER FERRIER, *Traité de droit de la consommation*, PUF, Paris, 1986, p. 407 ss.

²⁴¹ Onde encontra-se previsto como direito à livre revogação do contrato.

²⁴² A legislação anterior (DL 359/91) apenas afastava o direito de livre revogação previsto no art. 8.º na hipótese dos contratos de crédito celebrados por documento autêntico (art. 15.º) e dos contratos de crédito garantidos por hipoteca imobiliária (art. 16.º), enquanto o DL 133/2009 não estabelece

te na possibilidade atribuída ao consumidor de reconsiderar seu consentimento e desistir do contrato²⁴³, cujo exercício resulta na sua extinção e na desvinculação das partes. Embora seja fruto da transposição das diretivas comunitárias em matéria de consumo²⁴⁴, no caso do crédito ao consumo a

nenhuma exceção à aplicação do direito de revogação previsto no art. 17.º. Entretanto, segundo o previsto no n.º 6 o exercício deste direito preclui o direito da mesma natureza previsto noutra legislação especial, designadamente a referente à contratação à distância ou ao domicílio (art. 10.º do DL 24/2014, de 14 de fevereiro). O art. 17.º reproduz com alterações, o conteúdo do art. 14.º da Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, onde encontra-se previsto sob o título "direito de retractação". Pelas normas do DL 133/2009 o prazo para o exercício do direito de livre revogação foi alargado, passando dos 7 dias úteis previstos no DL 359/91 para 14 dias de calendário e o consumidor deixou de poder renunciar a este direito, contrariando o anterior enquadramento legal que admitia essa possibilidade nos casos de entrega imediata do produto ou serviço financiado. Isto porque era adoptado o modelo de eficácia suspensa em razão do qual o cumprimento do contrato de crédito por parte do credor e a entrega, por parte do vendedor, do bem objecto do respectivo financiamento, não são exigíveis enquanto se não tornar eficaz a declaração negocial do consumidor, cfr. art. 8.º, n.º 4 do DL 359/91.

²⁴³ Segundo Vasconcelos, por força do art. 17.º do DL 133/2009, "celebrado o contrato de crédito, o consumidor tem o direito de o revogar livremente, beneficiando assim de um período de tempo para refletir na contratação (*cooling off period*) e, eventualmente, voltar atrás, sem que seja com isso penalizado". LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito bancário*, Alameda, Coimbra, 2017, p. 339.

²⁴⁴ Segundo Morais Carvalho, "em Portugal, a sua recepção dá-se por via do direito comunitário, pela transposição da Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro, no Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de junho, entretanto revogado". Ferreira de Almeida aponta o direito à revogação (direito de arrependimento) como um "ex *libris* do direito do consumo", e no mesmo sentido, afirma Brandão Proença que o direito à revogação imotivada do contrato pelo consumidor ("resolução atípica") "ter-se-á potenciado com a consagração nos contratos de consumo, por transposição do direito comunitário". JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo. Reflexão....*, cit., p. 389. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., p. 106. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: Um verdadeiro direito de resolução?", *ROA*, V. I a IV (2010), disponível em <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2010/ano-70-vol-iiiv-2010/doutrina/jose-carlos-brandao-proenca-a-desvinculacao-nao-motivada-nos-contratos-de-consumo-um-verdadeiro-direito-de-resolucao/>> (12.5.2020).

introdução deste “direito de carácter inovador em matéria contratual”²⁴⁵ se deu “por livre opção de política legislativa nacional”^{246 247}. Não havendo nos diplomas justificativas à sua imposição, o modelo de eficácia suspensa adoptado pelo Decreto-Lei.º 359/91 foi substituído pelo modelo de eficácia resolúvel²⁴⁸ previsto no Decreto-Lei.º 133/009, e seu exercício

.....
O direito de arrependimento (*Widerrufsrecht*) está previsto no BGB, sendo aplicado aos contratos de crédito ao consumo por força do § 495 nos termos do § 355, que prevê a revogação da declaração de vontade contratual emitida pelo consumidor, cujo exercício resultará na desvinculação das partes ao contrato celebrado. Também previsto no art. 28.º da Lei de Crédito ao Consumo espanhola (Lei 16/2011, 24 de Junho) que transpõe a Directiva 2008/48/CE, como o direito que tem o consumidor de tornar sem efeito o contrato celebrado (*derecho de desistimiento*). Em Itália, o *diritto di recesso* é aplicado aos contratos de crédito ao consumo nos termos do art. 125-ter. do TUB que dá ao consumidor o direito de resolver o contrato celebrado, enquanto o art. 64 do *Codice del consumo* italiano, prevê sua aplicação aos contratos de consumo celebrados a distância ou fora do estabelecimento comercial.

²⁴⁵ GERAINT HOWELLS, “The right of withdrawal in European Consumer Law”, in *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, HANS SCHULTE-NÖLKE e REINER SCHULZE (orgs.), Bundesanzeiger, Köln, 2002, p. 230.

²⁴⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., p. 106.

Com a sua previsão no DL 359/91 sob o título “período de reflexão”, uma vez que a Directiva 87/102/CEE, transposta pelo DL, não previa o direito de arrependimento, Gravato Morais pontua que “o passo dado pelo nosso legislador representou nesta matéria uma inovação apreciável”. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, “O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão”, *Scientia Iuridica* 307 (2006), p. 459.

²⁴⁷ Na Directiva 2008/48/CE e no DL 133/009 que a transpõe para o ordenamento interno, está previsto sob o *nomen juris* “direito de retractação” (art. 14.º) e “direito de livre revogação”, respectivamente.

²⁴⁸ Os modelos foram designados por Ferreira de Almeida a partir da distinção evidenciada pela doutrina alemã (*schwebende Unwirksamkeit* e *schwebende Wirksamkeit*). Segundo o autor, no modelo de eficácia suspensa “o contrato só terá efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento não for exercido. O acordo contratual começa assim por ser ineficaz, podendo tornar-se eficaz mediante a verificação de uma omissão (facto negativo)” neste caso, “o contrato, cuja eficácia estava suspensa, não chega a produzir qualquer efeitos, nem para o futuro nem em relação ao passado, uma vez que na pendência o contrato era ineficaz, conforme se depreende do art. 8.º do DL 359/91 “(...) a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não

representa “um rude golpe no princípio *pacta sunt servanda*”²⁴⁹. Caracterizado como um direito temporário²⁵⁰, impera-

.....
 a revogar (...) no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato (...). Por outro lado, no modelo de eficácia resolúvel, “o contrato ficará sem efeito se, durante o período de reflexão, o direito de arrependimento for exercido. O acordo contratual começa assim por ser eficaz, podendo tornar-se ineficaz mediante verificação de uma acção (facto positivo)”.

Segundo Pinto Monteiro e Mafalda Barbosa, o artigo 8.º do DL 359/91 dá ao consumidor a “possibilidade de revogar a declaração de vontade, tendente à celebração do contrato”, tratando-se “de um direito de arrependimento, que, em termos técnicos, se aproxima mais de uma revogação unilateral do contrato do que de uma resolução do mesmo”. Segundo Gravato Morais, o exercício regular deste direito de arrependimento pelo consumidor “acarreta a revogação da declaração negocial dirigida à conclusão do contrato de crédito (ineficaz na pendência do período de reflexão, em face do regime vigente) e, conseqüentemente, a extinção deste”. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., pp. 110 e 112, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, e MAFALDA BARBOSA, “Harmonização da linguagem jurídica ao nível do direito contratual europeu (Breves Notas)”, *EDC* 8 (2006/2007), pp. 116 e 124, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, cit., p. 162.

Segundo o modelo adoptado no DL 133/2009, o direito de livre revogação não impede a execução do contrato de crédito e a utilização pelo consumidor do capital dado em empréstimo não preclui seu direito ao exercício deste direito, devendo constar no contrato de crédito as conseqüências do seu exercício, qual seja, seu efeito *ex tunc* que implica a restituição do capital recebido em empréstimo e o pagamento dos juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data da restituição do capital pelo consumidor, que deverá ocorrer em prazo não superior a 30 dias após a expedição da comunicação (art. 17.º, n.º 4 do DL 133/2009 e art. 14.º, n.º 3, al. b da Directiva 2008/48/CEE). A legislação permite que seja cobrada do consumidor uma indemnização por eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo credor a qualquer entidade da Administração Pública (art. 17.º, n.º 5 do DL 133/2009).

²⁴⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., p. 114.

²⁵⁰ Deve ser observado o prazo legal de catorze dias para emissão da declaração de revogação do contrato contados a partir da data da sua celebração ou a partir da data da receção pelo consumidor do exemplar do contrato contendo as informações previstas no art. 12.º, quando esta for posterior à data da celebração (cfr. art. 17.º, n.º 2). A declaração obedece a um formalismo simples (art. 17.º, n.º 3) a fim de atender à finalidade de informar o credor acerca da desistência do contrato. O prazo estabelecido na legislação é de 14 dias de calendário (dias corridos), podendo a revogação ocorrer até ao final do 14.º dia. A norma deve ser conjugada com a al. e) do

tivo²⁵¹ e potestativo²⁵², cujo titular activo é o consumidor que pode invocá-lo de forma discricionária²⁵³, é dever do credor comunicá-lo na fase pré-contratual, com sua inclusão na FINE e posteriormente no contrato de crédito que deve especificar, de forma clara e concisa, sua existência, o prazo, o procedimento previsto para seu exercício e as consequências daí decorrentes incluindo designadamente informações sobre as obrigações de capital e juros, bem como o montante dos juros diários. A ausência destes requisitos torna o acordo anulável, efeito a ser invocado apenas pelo consumidor²⁵⁴ e que poderá ser arguido enquanto o negócio não

.....
art. 279.º do CC, assim, se o prazo tiver seu termo em um domingo ou feriado, transfere-se o termo para o dia útil seguinte.

²⁵¹ Os direitos previstos no DL 133/2009 são irrenunciáveis, por força da aplicação do art. 26º, sendo nula qualquer convenção que os exclua ou restrinja.

²⁵² Esta característica do contrato de crédito ao consumo é reconhecida no Ac. do STJ, Rel. Fonseca Ramos, de 28/4/2009: "A obrigação de entrega de exemplar do contrato de financiamento de crédito ao consumo, contendo as assinaturas dos contraentes, constitui nulidade atípica só invocável pelo consumidor, o que se interliga com o seu direito ao arrependimento – art. 8º, n.º 1, do DL. 359/91, de 21.9 – que é um direito potestativo que pode ser exercido pelo aderente/financiado "ad nutum", imotivadamente, e também, com o direito à informação".

²⁵³ Cfr. artigo 17.º, n.º 1, parte final, do DL 133/2009. Morais Carvalho sublinha que "a desnecessidade de indicação de um motivo para o exercício do direito também é uma característica essencial do direito de arrependimento, sendo talvez a mais relevante e distintiva em relação a figuras próximas. Com efeito, a circunstância de o contrato ter sido pontualmente cumprido pelo profissional e de o bem ou serviço revelar uma excelente qualidade em nada afectam o direito do consumidor a desvincular-se do contrato". Apesar da legislação não exigir nenhum fundamento para que o consumidor exerça o direito à livre revogação do contrato, Romano Martinez defende que o exercício deste direito deve observar alguns limites, segundo o autor "(...) apesar de não carecer de uma justificação, não pode o direito ser exercido em manifesto abuso, contrariando a directriz do art. 334.º do CC, nem em violação da boa fé, como prescreve o n.º 2 do art. 762.º do CC". É certo que a configuração do abuso pelo consumidor terá de ser aferida casuisticamente. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª edª, Almedina, Coimbra, 2016, p. 121; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2.ª edª., Almedina, Coimbra, 2006, p. 161.

²⁵⁴ Cfr. art. 13.º, 3 e 5 do DL 133/2009 e art. 287.º, n.º 1 do CC.

estiver cumprido, i.e., enquanto perdurarem as obrigações/prestações decorrentes do contrato de crédito, tanto por via de ação como por via de exceção²⁵⁵, em razão do incumprimento do previsto no art. 12.º, n.º 3, al. h).

Ante a diversidade terminológica empregada em sua designação²⁵⁶, nos contratos de crédito à habitação o legislador interno optou por estabelecer um período de reflexão que, embora tenha a mesma nomenclatura presente no Decreto-Lei n.º 359/91, opera de maneira distinta; é fruto da transposição da DCH que, reconhecendo a especificidade dos contratos de créditos para imóveis de habitação e a importância da transação, determinou que os EMs introduzissem em seus ordenamentos internos um período de reflexão antes da celebração do contrato de crédito ao longo do qual a proposta contratual mantém-se e o consumidor pode aceitá-la a qualquer momento, um período para o exercício do direito de resolução após a celebração do contrato ou

²⁵⁵ Cfr. art. 287.º, n.º 2 do CC. Neste sentido: Ac. STJ (10.09.2019) Rel. Maria João Vaz Tomé, Proc. n.º 1384/13.6TBVNG.P1.S1: "IV –De acordo com o art. 287.º, n.º 2, do Cód. Civil, enquanto o negócio não estiver cumprido a anulabilidade pode ser arguida sem dependência de prazo."; Ac. STJ (18.12.2003) Rel. Lucas Coelho, Proc. n.º 03B1475: "I - Resulta dos trabalhos preparatórios, recebendo o sufrágio da doutrina, o entendimento, segundo o qual o n.º 2 do artigo 287.º do Código Civil acolhe o princípio da «perpetuidade» da exceção de anulabilidade do negócio jurídico, conforme o brocardo *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, já consagrado no artigo 693.º do Código de Seabra e vigente no direito comparado; II - De acordo com as mesmas fontes, o «negócio não está cumprido», na acepção do normativo citado, enquanto subsistirem incumpridas a obrigação ou obrigações dele emergentes - ou incumprida, pelo menos, a obrigação do contraente interessado na anulabilidade"; Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (11.11.2004) Rel. Farinha Alves, Proc. n.º 6422/2004-2: " II - Para efeitos do art.º 287.º n.º 2 do C. Civil, negócio não cumprido é aquele em que ainda não foram cumpridas todas as obrigações dele emergentes ou em que, pelo menos, subsistem por cumprir obrigações relevantes", disponíveis em <<http://www.dgsi.pt>> (5.8.2020).

²⁵⁶ Por todos ver: JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., pp. 124 a 127; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, "A desvinculação não motivada nos contratos de consumo...", cit., p. 3.

ainda uma conjugação de ambos, a fim de assegurar que os consumidores disponham de um prazo suficiente de, pelo menos, sete dias para ponderarem as implicações da transação realizada, comparar propostas, avaliar suas implicações e tomar uma decisão informada quanto à celebração do contrato. A DCH também facultou aos EMs a disposição acerca da proibição de aceitação da proposta contratual pelos consumidores durante um período que não pode exceder os primeiros 10 dias do período de reflexão, sendo vinculativo para o consumidor²⁵⁷. Em atenção a estes ditames, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017 reconhece em seu preâmbulo a importância da transação realizada e a fim de assegurar aos consumidores “um prazo suficiente para ponderarem as implicações da contratação do crédito ou da concessão da fiança”, estabelece o período de reflexão pré-contratual²⁵⁸ que implica na observação de dois prazos distintos em que o primeiro incide sobre a validade da proposta apresentada, retirando a pressão comercial advinda do estabelecimento de um prazo curto para sua validade²⁵⁹, e o segundo sobre a declaração de aceitação pelo destinatário.

Segundo Cas e Ferrier, a concessão de um período de reflexão após a assinatura do contrato, permitindo que o consumidor reverta seu compromisso, favorece o exercício da

²⁵⁷ Cfr. Considerando (23) e art. 14.º, n.º 6 da Diretiva 2014/17/UE.

²⁵⁸ O DL 74-A/2017 estabelece o dever de informar ao consumidor acerca da existência ou não de um direito de resolução nos casos em que a operação de crédito for oferecida à distância, cfr. Anexo I, parte II, secção 11, n.º 3 do DL 74-A/2017, de acordo com as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, pelas Leis n.ºs 46/2011, de 24 de junho, e 14/2012, de 26 de março, e pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro.

²⁵⁹ Segundo Cas e Ferrier, com este período imperativo de manutenção da oferta o consumidor está livre da pressão comercial, podendo assim estudar e comparar diferentes propostas e escolher a mais vantajosa. GÉRARD CAS e DIDIER FERRIER, *ob. cit.*, p. 458.

reflexão, em razão do sentimento de irrevogabilidade associado à expressão de consentimento pois, segundo alegam, a extensão do ato realizado é melhor mensurada do que as consequências de um ato por vir²⁶⁰, ao que corresponde o direito de arrependimento nos termos definidos por Ferreira de Almeida²⁶¹. Contudo, o legislador interno optou pela intro-

.....
²⁶⁰ Segundo os autores, sobre a concessão do prazo de reflexão após a assinatura do contrato, "*la seconde voie conduisait à offrir au consommateur un délai de réflexion après la signature de la convention, pour lui permettre de revenir sur son engagement. Le sentiment d'irrévocabilité attaché à l'expression du consentement favorise l'exercice de cette réflexion, tant il est vrai que l'on mesure mieux la portée de l'acte accompli que les conséquences d'un acte à venir*". GÉRARD CAS e DIDIER FERRIER, ob., cit., p. 408.

²⁶¹ Para o autor, sob esta designação, "compreendem-se todas as hipóteses a que a lei concede a um dos contraentes (o consumidor) a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, se desvincular de um contrato através de declaração unilateral e imotivada", a fórmula "assente em pressupostos inovadores e radicalmente simples (...) pretende ser ampla, para abranger a diversidade de regimes coexistentes no mesmo ou em diferentes sistemas jurídicos, e neutra, para evitar, por ora, qualquer opção terminológica que, de modo directo ou indirecto, revele uma tomada de posição na controvérsia sobre a sua natureza e os seus efeitos secundários", e só "se pode falar com rigor em direito de arrependimento" na hipótese do período de "reflexão posterior à celebração do contrato, através da faculdade de, durante um certo tempo, um dos contraentes declarar sem efeito um contrato já formado". Pinto Monteiro e Mafalda Barbosa, em análise ao direito de resolução no contrato de aquisição do direito real de habitação periódica (artigo 16.º do DL n.º 180/99, de 22 de Maio), afirmam que este corresponde a "um prazo de reflexão (...), durante o qual ele pode, livremente, revogar a sua declaração de vontade tendente à celebração do contrato, já concluído. Para este efeito, outra designação possível será o *direito de retractação*, ou, pura e simplesmente, *direito de arrependimento*". Nos casos em que esse direito não decorra da lei, as partes podem prever acordo semelhante, ainda que em termos distintos do previsto no conceito de Ferreira de Almeida, nos moldes da definição de direito de arrependimento proposta por Carvalho Morais como sendo o "direito concedido legal ou contratualmente ao consumidor de se desvincular unilateralmente de um contrato, sem necessidade de indicação de um motivo". CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit, pp. 110, 105 e 106; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e MAFALDA BARBOSA, "Harmonização da linguagem jurídica...", cit., p. 114 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 121.

Ante a variedade terminológica encontrada na legislação e na doutrina, também utilizam o termo "direito de arrependimento", dentre outros autores:

dução do período de reflexão antes da celebração do contrato conjugando os prazos previstos na DCH ao estabelecer que o mutuante permanece vinculado à proposta contratual apresentada 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”, recaindo sobre o mutuante o dever de informá-lo de que não pode aceitar a proposta contratual durante os primeiros sete dias “de forma a observar um período mínimo de reflexão antes da celebração do contrato de crédito”²⁶², o que se estende aos fiadores²⁶³. Assim, a contagem destes prazos tem como marco inicial a comunicação da aprovação da concessão do crédito com a entrega simultânea da FINE que incorpore as condições do contrato, acompanhada da minuta do contrato²⁶⁴, dado que é com a entrega destes documentos devidamente preenchidos que o consumidor poderá analisar e esclarecer dúvidas sobre o conteúdo do acordo, e embora a entrega de apenas um dos

.....
LUÍS MENEZES LEITÃO, “A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, *EDC 5* (2003), p. 166; ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, Almedina, Coimbra, 2014.

²⁶² Cfr. art. 13.º, n.º 4 e 5 do DL 74-A/2017.

²⁶³ Pinto Duarte sublinha a importância da entrega dos documentos, da prestação de esclarecimentos, e da concessão do prazo de reflexão aos fiadores prevista no DL 74-A/2017 “pois a experiência mostra que é vulgar a prestação de fiança sem a ponderação adequada. Ficará a faltar norma semelhante no regime do crédito ao consumo, que apenas exige a entrega aos garantidos de um exemplar do contrato de crédito, sob pena de nulidade do contrato e da garantia”. RUI PINTO DUARTE, *O nove regime do crédito imobiliário a consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 32.

²⁶⁴ Cfr. art. 13.º, n.º 1 a 5 do DL 74-A/2017. As informações devem ser prestadas, em papel ou nouro suporte duradouro, através da Ficha de Informação Normalizada Europeia (FINE) que deve evidenciar inclusivamente a informação sobre o período de reflexão e especificando as condições a que esse direito está sujeito.

elementos impeça o início da contagem do prazo, o mutuante "já está vinculado aos termos que definiu"²⁶⁵.

Este período mínimo de reflexão, implementado por opção do legislador interno, é designado por Morais Carvalho, e em algumas versões da DCH, como período de reflexão obrigatório²⁶⁶ a decorrer nos primeiros sete dias do prazo imposto para validade da proposta e durante os quais o consumidor não pode aceitá-la. Logo, é preciso atentar que do termo "período de reflexão" emergem dois marcos temporais distintos: o prazo de 30 dias para validade da proposta apresentada e o prazo de sete dias que retarda a manifestação de aceitação pelo consumidor durante seu curso. Expirado este último, o consumidor tem o direito potestativo de aceitar a proposta a qualquer momento durante o restante período estipulado para sua validade.

4.1 ANTECEDÊNCIA NECESSÁRIA

No ordenamento interno, o período de reflexão obrigatório remete para a exigência de comunicação com antecedência necessária prevista no regime das cláusulas contratuais gerais, Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (LCCG), para que o aderente conheça seu conteúdo antes de manifestar sua aceitação²⁶⁷, quando este se limite a subscrevê-las ou

²⁶⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, "Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação", cit., p. 319.

²⁶⁶ JORGE MORAIS CARVALHO, "Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação", cit, p. 320. O período durante o qual o consumidor não pode aceitar a proposta contratual também encontra-se designado como *periodo di riflessione obbligatorio* e *verbindliche Bedenkzeit* nas versões italiana e alemã da DCH.

²⁶⁷ O art. 1.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, delimita seu âmbito de aplicação: "1 - As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma. 2 - O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar".

a aceitá-las²⁶⁸, determinando também de forma “deliberada e

.....
Segundo Sousa Ribeiro, “o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais constitui um regime especial tutelador, em face do direito comum dos contratos que continua centralizado nos princípios da liberdade e da auto-responsabilidade, presumindo a igualdade entre os sujeitos. Este regime especial visa conter os efeitos disfuncionais da liberdade contratual e proteger determinada categoria de sujeitos, os aderentes, os quais se encontram integrados em formas estruturais que geram situações de poder a favor de organizações, numa situação que tipicamente os impossibilita de uma autotutela dos seus interesses. Estão, assim, desprovidos de qualquer poder negocial em relação à fixação do conteúdo dos contratos que assinam, sem possibilidade de negociar ou de fazer contrapropostas, e sem alternativas à aceitação formal de cláusulas redigidas pela contraparte, que encaram como uma «inevitabilidade» necessária para terem acesso a bens ou serviços essenciais à sua sobrevivência e qualidade de vida. Dada a disparidade de poder entre as partes do contrato de adesão, assume um papel decisivo a garantia do “modelo de informação” ou “imperativo de transparência”, cuja finalidade é potenciar a formação consciente e ponderada da vontade negocial, parificando posições de disparidade cognitiva, quer quanto ao objecto, quer quanto às condições do contrato”. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Direito dos contratos: estudos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 49.

²⁶⁸ Cfr. art. 5.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Segundo Pinto Monteiro, “(...) a fim de combater o risco de desconhecimento de aspectos significativos do contrato, impõe a lei, no artigo 5.º, o dever de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda fazer inserir no contrato. Esta comunicação deve ser feita de modo adequado e com a devida antecedência, procurando o legislador, deste modo, possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento diligente”. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, V. I (2002), disponível em <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutriniais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>> (12.5.2020).

No mesmo sentido: ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directivas sobre cláusulas abusivas*, 2.ª ed. (revista e aumentada), Almedina, Coimbra, 2005, pp. 240 a 242.

A antecedência necessária da comunicação das cláusulas com a concessão de “tempo suficiente” enquanto requisito inerente ao dever de informar por força do art. 5.º do DL 446/85 foi ratificada pelo STJ em diversas ocasiões, por ex.: Acs. (2/6/2015) Rel. Hélder Roque, Processo n.º 109/13.0TB-MLD.P1.S1, (8/4/2010) Rel. Lopes do Rego, Processo n.º 3501/06.3TVLSB.C1.S1, (2/12/2013) Rel. Clara Sottomayor, Processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1,

inevitavelmente vaga²⁶⁹ que, além da integralidade e antecedência necessária, a comunicação das cláusulas contratuais gerais deve ser realizada de modo adequado, para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência²⁷⁰.

O prazo obrigatório de sete dias imposto como período mínimo de reflexão delimitam a antecedência necessária para comunicação das condições e termos do contrato no regime do DL 74-A/2017, tendo como marco temporal a entrega dos documentos assinalados, observada a regulamentação legal quanto a forma e conteúdo, ocasião em que o mutuante deve informar o consumidor acerca do período de reflexão contado a partir desta entrega. Nestes contratos, a entrega da minuta do contrato e da FINE são “um indício da adequação do modo de comunicação das cláusulas”, mas “não constituem presunção inilidível do cumprimento da-

.....
(20/1/2010) Rel. Alves Velho, Processo n.º 2963/07.6TVLSB.L1.S1, (30/10/2007) Rel. Fonseca Ramos, Processo n.º 07A303048, (18/4/2006) Rel. Sebastião Povoas, Processo 06A818, (12/12/2002) Rel. Silva Salazar, Processo n.º 02A3692, (23/10/2008) Rel. Salvador da Costa, Processo n.º 08B2977 e (18/11/1999) Rel. Ferreira de Almeida, Processo n.º 99B869, disponíveis em <<http://www.dgsi.pt/>> (12.5.2020).

²⁶⁹ Referindo-se à redacção do art. 5.º, n.º 2 do DL n.º 446/85, Ana Prata defende que “é deliberada e inevitavelmente vaga porque o conteúdo concreto da obrigação de comunicação depende do tipo de contrato, das circunstâncias da conclusão dele, do seu objecto e conteúdo, da natureza e da preparação das partes que nele intervêm. Trata-se de uma obrigação de extensão e intensidade variáveis, em função da condição relativa das partes, da complexidade (quer jurídica, quer técnica) do conteúdo contratual, bem como de outras circunstâncias da concreta situação em que o contrato é concluído.” ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 243.

²⁷⁰ Segundo Almeno de Sá não é suficiente “a mera comunicação para que as condições gerais se considerem incluídas no contrato singular. É ainda necessário que ela seja feita de tal modo que proporcione à contraparte a possibilidade de um conhecimento completo e efectivo do clausulado”. ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directivas...*, cit., pp. 240 e 241.

quele dever"²⁷¹, e as informações recebidas pelo consumidor são indissociáveis do dever de assistência previsto no artigo contíguo por força do qual o mutuante e, se for o caso, o intermediário de crédito, deve esclarecer de modo adequado o consumidor colocando-o em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto e os eventuais serviços acessórios se adaptam às suas necessidades e à sua situação financeira. Ao longo dos trinta dias estabelecidos para validade da proposta, o consumidor deve valer-se do direito a ser assistido pelo mutuante a fim de elidir quaisquer dúvidas sobre as condições do contrato de concessão de crédito, sendo-lhe imposto um período mínimo de sete dias a fim de afastar uma contratação irreflectida sobre seus termos.

A conjugação destas regras não obsta à hipótese identificada por Pinto Monteiro como corrente nos contratos sujeitos as normas LCCG em que o consumidor assina uma declaração formulada pelo banco na qual este afirma ter cumprido os deveres de informação a que está adstrito, ao mesmo tempo que aquele declara conhecer e compreender o sentido e o alcance do contrato que subscreve, os riscos a que se submete, etc., invertendo, em princípio, o ónus da prova acerca do cumprimento adequado dos deveres mencionados, em razão do princípio da auto-responsabilidade²⁷². A re-

²⁷¹ SANDRA PASSINHAS, ob. cit., p. 470.

²⁷² Segundo o autor, "temos entendido, a este respeito, que essa declaração *inverte*, em princípio, o ónus da prova: terá de ser o cliente, que assina uma declaração a dizer que lhe foram prestadas todas as informações de que necessitava, que conhece e compreende o sentido do contrato que celebrou e que está consciente dos riscos que corre, *terá de ser o cliente*, dizíamos, que assina uma declaração desse teor, a *ter de vir provar o contrário do que afirma nessa declaração*. É o princípio da *auto-responsabilidade* que aconselha esta solução. Só não seria assim se tal declaração fosse inválida por algum motivo. Mas continuaria a recair sobre o cliente o ónus da respectiva prova em sede de anulação da mesma. É claro, no entanto, para concluir, que se deve ser prudente nesta matéria, não podendo levar-se a sério uma declaração daquele teor se, por exemplo, o declarante afirma ter conhecido e compreendido perfeitamente expressões de elevada sofisticação e rigor

gulamentação da matéria pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017 e pelo Aviso 5/2017 do BdP influi directamente no conteúdo da proposta a ser apresentada a partir do tipo contratual, elencando as informações consideradas de elevada repercussão no negócio das quais o mutuário necessita para tomar uma decisão informada, determinando sua inclusão na minuta do contrato e na FINE, seguida de um prazo para que o consumidor possa compreender das obrigações e riscos decorrentes do acordo e aclarar eventuais dúvidas junto ao financiador antes de consentir. Assim, a legislação restringe a possibilidade de disposição pelas partes, impondo um prazo mínimo para validade da proposta contratual e um prazo impeditivo da formação imediata do contrato, uma “concessão imperativa” que posterga a declaração de aceitação pelo consumidor, limitando a liberdade contratual com o objetivo de assegurar o conhecimento completo e efectivo do contrato, incluindo as consequências da respectiva falta de pagamento.

Este quadro normativo acerca do dever de informação e assistência que recaem sobre o mutuante, o período imposto à validade da proposta e o período mínimo de reflexão visam garantir a efectividade do princípio do consensualismo acerca do conteúdo do contrato²⁷³, uma vez que as condições e termos do acordo são estabelecidas unilateralmente e comunicadas ao consumidor. Recebidas as informações e prestados os esclarecimentos pertinentes cabe ao mutuário decidir sobre a conveniência e interesse em contratar nos termos propostos.

.....
técnico, que pressupõem, além do mais, uma importante formação económico-financeira, quando a formação dele não passou de instrução primária...É sempre indispensável, pois, uma particular atenção pelo caso concreto”, grifos do autor. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Banca e Cláusulas Contratuais Gerais (Breve apontamento)”, in *I Congresso de Direito Bancário*, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, p. 105.

²⁷³ Previsto no art. 232.º do CC.

4.2 MODELO ADOPTADO

Dadas as particularidades da realização do negócio, consideramos adequada a opção do legislador pela imposição do período de reflexão na fase pré-contratual uma vez que os valores referentes aos custos não reembolsáveis podem ser elevados, o que poderia consistir em um desestímulo ao seu exercício caso fosse estabelecido na fase de execução do contrato. O Decreto-Lei n.º 74-A/2017 não apresenta uma definição do instituto²⁷⁴ e, considerados os prazos, apenas o período mínimo de reflexão ou de reflexão obrigatório, impeditivo da formação do contrato, tem carácter efectivamente inovador no ordenamento interno uma vez que o carácter irrevogável da proposta contratual recebida ou conhecida pelo destinatário decorre do regime geral²⁷⁵, contudo, a imposição do prazo para sua validade afasta a possibilidade de fixação pelo proponente²⁷⁶, estabelecendo o regime especial um prazo mínimo de trinta dias à sua irrevogabilidade²⁷⁷, consideravelmente mais amplo que o prazo mínimo de sete dias constante na DCH e que o de cinco dias previsto no CC²⁷⁸. Atendida a exigência da DCH quanto à previsão de um prazo de validade para a proposta ao longo do qual o proponente fica constituído numa sujeição, o legislador interno optou pela adopção do período mínimo de reflexão,

.....

²⁷⁴ O período de reflexão não consta nas definições apresentadas no art. 4.º do DL 74-A/2017.

²⁷⁵ Cfr. art. 230.º, n.º 1 do CC.

²⁷⁶ Limitando sua convenção pelas partes, cfr. art. 228.º, a, do CC.

²⁷⁷ De acordo com a regra geral prevista no art. 230.º do CC, a proposta de contrato é irrevogável depois de ser recebida ou conhecida pelo destinatário. A irrevogabilidade da proposta é também regulamentada no art. 1329 do Código Civil italiano, no § 145 do BGB, nos Princípios do Unidroit (art. 2.1.4), nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (art. 2: 202, parágrafo 3) e na Convenção Viena sobre a venda internacional de bens móveis (art. 16, parágrafo 2).

²⁷⁸ De acordo com a regra geral prevista no art. 228.º, n.º 1, c) do CC.

sem, no entanto, defini-lo. Sua previsão é depreendida a partir do dever do mutuante de informar ao consumidor sobre a impossibilidade de aceitar a proposta durante seu curso, "de forma a observar um período mínimo de reflexão, antes da celebração do contrato de crédito"²⁷⁹, que deve constar na FINE entregue ao consumidor²⁸⁰.

Entre os modelos possíveis²⁸¹, o modelo adotado pelo legislador interno é semelhante ao vigente no ordenamento francês²⁸² onde o conceito de período de reflexão (*délai de réflexion*) previsto no CC²⁸³ corresponde ao prazo ao longo do qual o destinatário da oferta não pode manifestar sua aceitação, seja por força da lei ou do contrato, tendo o efeito de impedir a formação do acordo: se o fizer, esta não

²⁷⁹ Cfr. art. 13.º, n.º 5 do DL 74-A/2017.

²⁸⁰ De acordo com as instruções de preenchimento da FINE, Secção «1. Outros direitos do consumidor» (Parte II do DL 74-A/2017): 1) O mutuante deve evidenciar a existência do direito de reflexão, especificar as condições a que esse direito está sujeito. 2) A informação sobre o período de reflexão deve ser claramente mencionada.

²⁸¹ Em alguns ordenamentos o prazo de validade da proposta e o período de reflexão são coincidentes, como previsto no TUB (n.º 3 do art. 120-novies (1)) e no BGB (§ 495 (3)): os diplomas estabelecem que antes da conclusão do contrato de crédito o consumidor tem direito a um período de reflexão (*periodo di riflessione/Bedenkzeit*) de pelo menos sete dias durante o qual a oferta é vinculativa para o credor. Em Espanha, a *Ley 5/2019, de 15 de marzo* (arts. 10 e 14), estabelece que as condições contratuais devem ser fornecidas ao mutuário com antecedência suficiente, nunca inferior a 10 dias, à sua vinculação ao contrato.

²⁸² O modelo francês parece ter influenciado o legislador comunitário, cfr. BENJAMIN VERHEYE e VICENT SAGAERT, "Consumer Credits for Immovables in Belgium e France", in *The Impact of the Mortgage Credit...*, cit, p. 145.

²⁸³ Encontra-se previsto na primeira parte do art. 1122 do CC francês. Introduzido por ocasião da reforma francesa de 2016 do Direito das Obrigações, consagra a teoria geral sobre a distinção entre direito de reflexão e direito de retratação. Segundo o artigo, a lei ou o contrato pode prever um período de reflexão, o prazo antes da expiração relativamente ao qual o destinatário da oferta não pode manifestar a sua aceitação ou um período de retratação, que é o período antes do termo do qual o beneficiário pode retirar seu consentimento.

produzirá nenhum efeito²⁸⁴. Este período insuscetível de ser reduzido foi estabelecido pelo legislador para garantir que seu destinatário se beneficie da protecção que lhe é oferecida²⁸⁵. De acordo com a norma prevista no *Code de la Consommation*, nos contratos de crédito imobiliário o mutuante está vinculado à proposta contratual por um período mínimo de 30 dias contados à partir da sua recepção pelo mutuário que não pode aceita-la por um período de dez dias após sua recepção, devendo a declaração de aceitação ser feita por carta, servindo como prova o carimbo do operador postal, ou por qualquer outro meio acordado entre as partes desde que susceptível de assegurar a data de aceitação²⁸⁶, não sendo válida para este fim a declaração assinada pelo mutuário reconhecendo ter aceito a oferta após o decurso do período de reflexão²⁸⁷. A falta de comprovação da data de aceitação da oferta é sancionada com a perda, total ou parcial, do direito aos juros pelo mutuante, na proporção fixada pelo juiz²⁸⁸. O período de reflexão é incompressível e a sanção imposta à

.....
²⁸⁴ CLÉMENT FRANÇOIS, "Présentation des articles 1113 à 1122 de la nouvelle sous-section 2 «L'offre et l'acceptation»", *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, disponível em <<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/sssect2-offre-acceptation/>> (08.11.2019).

²⁸⁵ Segundo Cas e Ferrier, "de plus, pour éviter que le bénéficiaire du délai de réflexion ne profite pas de la protection qui lui est offerte, le législateur a institué une période incompressible de réflexion. (...) en matière de crédit immobilier, il est prévu que «l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue». Une acceptation anticipée serait nulle". GÉRARD CAS e DIDIER FERRIER, *ob. cit.*, p. 415.

²⁸⁶ A regra prevista no L-313-34 se aplica também aos garantes e deve ser mencionada na proposta apresentada cfr. L313-35 (9) do *Code de la Consommation*. Na hipótese em que o credor receba uma declaração de aceitação da proposta sem data ou com uma data falsa com objetivo de suprir o prazo estabelecido no L-313-34, é prevista uma coima no valor de 300 000 €, cfr. L 341-40 do *Code de la Consommation*.

²⁸⁷ RICHARD ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 4ª edª., Dalloz, Paris, 2017, p. 410.

²⁸⁸ RICHARD ROUTIER, *Obligations et responsabilités...* pp. 414 a 416.

sua inobservância é a nulidade do contrato²⁸⁹, tratando-se de nulidade relativa a ser invocada pelo consumidor²⁹⁰.

4.3 DECLARAÇÃO DE ACEITAÇÃO

O Decreto-Lei n.º 74-A/2017 não regulamenta a emissão da declaração de aceitação para fins de comprovação da observação do período de reflexão obrigatório.

Pela regra geral, uma vez que a proposta contratual seja formalmente adequada²⁹¹, corresponda às condições do contrato e cubra os pontos essenciais da negociação²⁹², atendidos os critérios do regime especial, a resposta afirma-

.....

²⁸⁹ RICHARD ROUTIER, *Obligations et responsabilités...*, p. 414.

²⁹⁰ A nulidade relativa (art. 1181 do CC francês) deve ser invocada pela pessoa que a norma busca proteger. Nesse sentido, a decisão da *Cour de Cassation*, de 27 de fevereiro de 2001: "Attendu qu'ayant relevé que l'article L. 312-10 du Code de la consommation prévoit que l'offre préalable de crédit immobilier ne peut être acceptée par l'emprunteur que 10 jours après qu'il l'a reçue, l'arrêt retient à juste titre que cette règle, protectrice d'un intérêt privé, ne peut être invoquée que par la personne qu'elle a vocation de protéger et que sa violation est sanctionnée par la nullité relative du contrat ; qu'il énonce exactement que l'action en nullité fondée sur ce texte se prescrit par 5 ans; qu'ayant constaté que l'offre de crédit avait été acceptée le 12 mai 1984 et que l'action en nullité avait été engagée le 15 juillet 1996, la cour d'appel a exactement décidé que cette action était prescrite; que mal fondé en sa première branche, le moyen est inopérant en son second grief qui critique des motifs de ce fait surabondants;"

Em razão de tratar-se do incumprimento de norma de ordem pública, cfr. decisão da *Cour de Cassation*, de 6 de maio de 2010, disponíveis em <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007043458/>> <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022184652>> (08.11.2019).

²⁹¹ Segundo Ferreira de Almeida, "uma declaração pode ser qualificada como proposta contratual se reunir as seguintes características: se for completa e precisa, firme e formalmente adequada". CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I...*, cit., p. 86.

²⁹² De acordo com Antunes Varela: "para que haja, em bom rigor, uma proposta contratual, é preciso que a declaração inicial da parte cubra de tal modo os pontos essenciais da negociação, que a resposta afirmativa da outra parte baste para encerrar o acordo vinculativo por elas visado". JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*. Vol. I, 10ª ed., rev. e actualiz., reimp. da ed. de 2000. Almedina, Coimbra, 2003, p. 216, nota 3.

tiva da outra parte basta para encerrar o acordo vinculativo por elas visado, contudo "a suficiência formal é imprescindível como requisito da aceitação. Se o negócio projectado estiver sujeito a uma exigência especial de forma, por lei ou por estipulação, a aceitação terá de revestir uma forma que seja, pelo menos suficiente para o contrato poder se concluir"²⁹³, assim, a declaração deve ser emitida em papel ou noutro suporte duradouro apto a comprovar a data da sua emissão²⁹⁴ e ainda que não o seja, "a possibilidade de um *negócio formal ser realizado através da declaração tácita* está expressamente reconhecida pelo n.º 2 do artigo 217.º. Basta, mas torna-se necessário, que os factos *concludentes estejam revestidos de forma legal*"²⁹⁵. Deste modo, observada a forma legal exigida para o contrato é preciso verificar se entre o recebimento da FINE acompanhada da minuta do contrato de crédito e a celebração decorreu o período impeditivo da sua formação. Na ausência de regulamentação pelo regime especial, a exigência pode ser suprida por declaração assinada pelo consumidor, no momento da formação do contrato, afirmando ter sido observado o período de reflexão obrigatório.

Quanto à eficácia da declaração, embora a regra geral acolha a teoria da recepção, considerados o conteúdo e a finalidade da norma do regime especial, vigora neste caso a teoria da expedição da declaração²⁹⁶ dado que para emitir a

²⁹³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*. 8.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2017, p. 421. O artigo referido é do CC.

²⁹⁴ No regime do crédito ao consumo, em que pese a inclusão em contrato pelo fornecedor do procedimento previsto para o exercício do direito de livre revogação, o consumidor pode escolher como fazê-lo desde que seja feito em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do credor e ao qual este possa aceder (cfr. al. h) do n.º 3 do art. 12.º e n.º 3 do art. 17.º do DL n.º 133/2009).

²⁹⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª edª. (reimpressão), Coimbra, Coimbra, 2012, p. 423 (grifos do autor).

²⁹⁶ À semelhança do regime do DL 133/2009. A regra geral (art. 224º, nº 1, 1ª parte do CC) acolhe a teoria da recepção ou do conhecimento quanto

declaração de aceitação o consumidor deve observar o decurso do prazo mínimo que lhe é vinculativo. Se emitida antes, a declaração é ineficaz em razão da sua desconformidade com a regra legal (ineficácia heterónoma)²⁹⁷, e assim como no caso da recepção tardia, ao recebê-la o mutuante ou intermediário de crédito deve avisar imediatamente ao consumidor sobre a ineficácia da declaração intempestiva, sob pena de responder pelos danos que este venha a sofrer²⁹⁸.

.....
à eficácia das declarações recetícias, enquanto o regime especial do DL 133/2009, acolhe a teoria da expedição da declaração ao estabelecer que é relevante o momento da expedição da declaração de revogação pelo consumidor (mantendo o regime previsto no art. 8º do DL 359/91).

²⁹⁷ Segundo Ferreira de Almeida, “a ineficácia *stricto sensu* não é uma sanção nem um efeito sancionatório; é apenas a consequência de conformidade com a autonomia privada ou de desconformidade não valorativa com certas regras legais” (grifos do autor). CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Invalidade, inexistência e ineficácia”, *Católica Law Review*. V. I, n.º 2 (2017) Católica Research Centre for the Future of Law (Faculdade de Direito Universidade Católica Portuguesa), p. 26, disponível em <<https://fd.lisboa.ucp.pt/asset/3036/file>> (09.9.2020).

²⁹⁸ A regra do art. 229.º do CC deve ser aplicada à hipótese que trata da emissão intempestiva da declaração. Sobre a recepção tardia da declaração, Pais de Vasconcelos leciona que o proponente “deve avisar imediatamente o aceiteante de que o contrato se não concluiu. Se o não fizer, será responsável pelo prejuízo que o aceiteante, erradamente convencido de que o contrato se fechou, vier a sofrer em consequência da falta deste aviso”. Segundo o autor, “o artigo 229º só prevê expressamente o dever de informação no caso em que o contrato se não concluiu em consequência da recepção tardia da aceitação. Neste caso, é importante que o aceiteante seja informado de que, contrariamente à sua expectativa, o contrato se não concluiu. Sem essa informação ele ficaria erroneamente convencido da conclusão do contrato, o que poderia causar-lhe danos. Será de concluir que nos restantes casos previstos no artigo 229º não existe dever de informar? De modo nenhum. O dever de informação resulta, em termos gerais, do dever de boa fé na contratação que está expressamente previsto no artigo 227º. Cada interveniente na contratação deve informar o outro sobretudo o que nas circunstâncias do caso se mostrar relevante para evitar que sofra danos. A expressa menção do dever de informar, no artigo 229º, torna claro que esse dever existe no caso em que, ao contrário da expectativa do aceiteante, o contrato se não concluiu. A previsão expressa evita eventuais dúvidas ou controvérsias nessa matéria. Mas não deve todavia, porque tal seria contrário ao sistema, ser daí concluída “*a contrario sensu*” a dispensa

4.4 INOBSERVÂNCIA DO PERÍODO MÍNIMO DE REFLEXÃO

O regime previsto no Decreto-Lei.n.º 74-A/2017 estabelece sanções ao incumprimento do prazo de 30 dias previsto para validade da proposta contratual e do dever de informar o consumidor acerca do período mínimo de reflexão²⁹⁹.

Todavia não estabelece a sanção aplicável ao contrato celebrado à revelia do prazo mínimo de reflexão impeditivo da sua formação. Ao período imposto à validade da proposta, que visa proporcionar o conhecimento completo e efectivo do clausulado a fim de alcançar um consentimento reflectido do consumidor, a fim de assegurá-lo, o legislador interno considerou necessário acrescentar o período mínimo de reflexão. Um impedimento *ex lege* e temporário, inafastável pela vontade das partes em razão do seu carácter imperativo, instituído em favor do consumidor e incidente sobre seu direito potestativo de aceitar a proposta contratual, sua inobservância põe em questão o consentimento reflectido do aderente, contratante débil, e repercute na validade dos contratos celebrados à sua revelia³⁰⁰ por evocação da aplicação do regime-regra previsto no art. 294.º do CC.

Finalisticamente semelhantes, o incumprimento da norma acerca da antecedência necessária estabelecida para a comunicação das cláusulas contratuais aplicável aos contratos sujeitos à LCCG também pode repercutir na validade

.....
do dever de informação, tributário do dever de boa fé previsto em geral no artigo 227º, nos demais casos do artigo 229º do Código Civil". PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.* p. 421.

²⁹⁹ Segundo o art. 29.º do DL 74-A/2017: "São puníveis, nos termos da alínea m) do artigo 210.º do RGICSF, as seguintes infrações: o) O incumprimento do prazo previsto no n.º 4 do artigo 13.º; p) O incumprimento do dever de informar o consumidor sobre o período mínimo de reflexão a que se reporta o n.º 5 do artigo 13.º".

³⁰⁰ A esta hipótese poderá ser aplicada uma sanção contraordenacional por força do art. 34.º do DL 74-A/2017, contudo esta afigura-se inócua para salvaguarda dos interesses protegidos pela norma eventualmente violada.

dos contratos ocasionando sua nulidade, recaindo sobre o contratante que as submetam o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva³⁰¹. A jurisprudência do STJ determina a exclusão destas cláusulas dos contratos singulares em razão da sua comunicação não ser efectuada com a antecedência necessária “a uma adequada formação da vontade do aderente”³⁰², “em momento prévio à celebração

³⁰¹ Cfr. arts. 5.º, n.º 3 do DL n.º 446/85. Sobre a inversão do ónus da prova da comunicação das cláusulas com antecedência necessária, os Acs. do STJ: (24/03/2011) Rel. Granja Fonseca, Processo n.º 1582/07.1TBAMT-B.PI.S1: “O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe à parte que utilize as cláusulas contratuais gerais (art. 5.º, n.º 3). Deste modo, o utilizador que alegue contratos celebrados na base de cláusulas contratuais gerais deve provar, para além da adesão em si, o efectivo cumprimento do dever de comunicar (cf. art. 342.º, n.º 1, CC), sendo que, caso esta exigência de comunicação não seja cumprida, as cláusulas contratuais gerais consideram-se excluídas do contrato singular (art. 8.º, al. a)). Para além da exigência de comunicação adequada e efectiva, surge ainda a exigência de informar a outra parte, de acordo com as circunstâncias, de todos os aspectos compreendidos nas cláusulas contratuais gerais cuja aclaração se justifique (art. 6.º, n.º 1) e de prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados (art. 6.º, n.º 2)”; Ac. de (13/09/2016), Rel. Alexandre Reis, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1: “II - O cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5.º e 6.º da LCCG – cuja prova onera o predisponente – convoca deveres pré-contratuais de comunicação das cláusulas (a inserir no negócio) e de informação (prestação de todos os esclarecimentos que possibilitem ao aderente conhecer o significado e as implicações dessas cláusulas), enquanto meios que radicam no princípio da autonomia privada, cujo exercício efectivo pressupõe que se encontre bem formada a vontade do aderente ao contrato e, para tanto, que este tenha um antecipado e cabal conhecimento das cláusulas a que se vai vincular, sob pena de não ser autêntica a sua aceitação. III - Por isso, esse cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efectivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objectivas e subjectivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efectivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração”, disponíveis em <<http://www.dgsi.pt>>, (9.6.2020).

³⁰² Trecho do Ac. (2/12/2013) Rel. Maria Clara Sottomayor, Processo 306/10.0TCGMR.G1.S1, disponível em <<http://www.dgsi.pt>> (9.6.2020).

do contrato, de modo a proporcionar à contraparte a indispensável reflexão e um conhecimento completo e efectivo do clausulado"³⁰³. Retiradas as cláusulas, o contrato mantém-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. O contrato é, todavia, nulo quando, não obstante a utilização destes elementos, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé³⁰⁴.

5. CONCLUSÃO

Transpondo parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, regulamenta os contratos de crédito relativos a imóveis celebrados com consumidores, revogando integralmente o Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março e parte substancial do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro. Sob a epígrafe "informação e práticas prévias à celebração do contrato de crédito", o diploma introduz deveres e práticas à fase pré-contratual num quadro semelhante ao previsto no regime acerca dos contratos de crédito ao consumo (Decreto-Lei n.º 133/2009), ambos resultado da transposição de Diretivas comunitárias.

As medidas adoptadas buscam assegurar a concessão de empréstimo responsável pelas instituições de crédito e uma mais elevada dose de reflexão por parte do consumidor dando-lhe a oportunidade de, através do conhecimento e compreensão do conteúdo, medir a importância e os riscos

.....
³⁰³ Trecho do Ac. (08/04/2010) Rel. Lopes do Rego, Processo n.º 3501/06.3TLSB.C1.S1. Ver também, Ac. (13/9/2016) Rel. Alexandre Reis, Processo 1262/14.1T8VCTB.G1.S1 acerca da renúncia ao benefício da excussão prévia por parte do fiador e o cumprimento das prestações impostas pelos arts. 5.º e 6.º da LCCG, disponíveis em <<http://www.dgsi.pt>> (9.6.2020).

³⁰⁴ Cfr. arts. 5.º, n.º 2, 8.º, a e 9.º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

do acto, inclusivamente quanto ao custo efectivo do crédito e às consequências do incumprimento do acordo.

A fim de evitar o sobreendividamento activo do consumidor e considerando seus interesses, o mutuante deve realizar o procedimento de avaliação de solvabilidade antes da celebração do acordo, ou do aumento do montante de crédito concedido, com base nas informações obtidas junto do consumidor, da base de dados de responsabilidade de crédito e, complementarmente, da lista pública de execuções, de acordo com os parâmetros legais. O procedimento não retira o risco inerente ao negócio, sobretudo quanto às situações de sobreendividamento passivo em razão de acontecimentos imprevisíveis no momento da realização do contrato de crédito, e o resultado positivo da avaliação não implica no dever de celebrar o contrato de crédito por parte da instituição financeira. Em consonância com a DCH, a decisão sobre a concessão de crédito deve ser coerente com o resultado da avaliação e o Decreto-Lei n.º 74-A/2017 reproduz a norma comunitária proibitiva da celebração do contrato em caso de resultado negativo. Esta regra não tem correspondência no Decreto-Lei n.º 133/2009.

Em atenção ao dever de informação, as condições da concessão de crédito devem ser apresentadas ao consumidor através da FINE onde deve ser indicada a TAEG, sendo o formato da ficha e modelo de cálculo da taxa objeto de harmonização máxima pela DCH cuja padronização busca facilitar a compreensão pelo consumidor, a comparação entre diferentes propostas e o fomento do comércio transfronteiriço entre os EMs. Aprovada a concessão do crédito pela instituição, juntamente com a FINE deve ser entregue ao consumidor a minuta que deve corresponder ao conteúdo do contrato, em papel ou noutro suporte duradouro. Contínuo ao dever de informação, o dever de assistência busca colocar o consumidor em posição que lhe permita avaliar se o

contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira.

Recebida a proposta, inicia o prazo de trinta dias previstos para sua validade e o decurso do período mínimo de reflexão que retarda a manifestação de aceitação pelo consumidor. O prazo alargado para validade busca retirar a pressão comercial incidente sobre o consumidor para aceitação da proposta, enquanto o período mais curto, de sete dias, impeditivo da formação do contrato, busca assegurar a reflexão acerca das informações recebidas e esclarecimentos prestados. Apesar de introduzir este modelo no ordenamento interno, o regime não apresenta a definição do período mínimo de reflexão e não regulamenta a emissão da declaração de aceitação para fins de comprovação do seu decurso. No Decreto-Lei n.º 133/2009, o período dedicado à reflexão do consumidor sobre as condições do contrato dar-se-á após sua celebração.

Coube aos EMs as sanções aplicáveis ao incumprimento das medidas adoptadas em razão da transposição da DCH que determina que estas sejam efetivas, proporcionadas e dissuasivas. O regime sancionatório expressamente previsto no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, cinge-se ao ilícito de contraordenação social estabelecido no RGICSF que resulta na aplicação de sanções administrativas, vigorando, concomitantemente, as sanções cíveis decorrentes das regras do regime geral.

Tratando-se do incumprimento das normas imperativas, e não havendo nulidade textual, nas hipóteses verificadas resulta a nulidade do contrato em razão da aplicação da regra geral de nulidade virtual prevista no art. 294.º do CC, sanção civil que pode ser pronunciada independentemente de qualquer sanção administrativa, dado que, considerados

os interesses protegidos e os objetivos da norma, esta não é suficiente para afastá-la.

Apesar do efeito dissuasivo da declaração de nulidade, a gravidade dos seus efeitos pode reduzir a eficácia da sanção. Em benefício dos interesses das partes e da finalidade das normas do regime especial consideramos que o quadro sancionatório em vigor deve ser revisto para que as sanções também atendam ao carácter de eficácia e proporcionalidade que lhe são atribuídos pela DCH. Excepto na hipótese da nulidade do contrato em razão do incumprimento do período mínimo de reflexão, em atenção a evolução positiva das políticas legislativas no ordenamento interno e a opção pela manutenção do contrato, nas hipóteses de incumprimento da norma do art. 16.º, n.º 2 e de omissão de indicação da TAEG devem ser estabelecidas sanções que repercutam na obrigação constituída, vocacionadas a reequilibrar a relação contratual e afastar a invalidade, de acordo com a parte final do art. 294.º do CC.

PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO: OS FORNECEDORES DA *SHARING ECO-* *NOMY* NUMA VISÃO BRASILEIRA

*Guilherme Mucelin**

INTRODUÇÃO

O consumo digital (*Digitaler Konsum*), muito embora represente benefícios relevantes aos interessados, mostra-se, ao direito do consumidor, como um desafio que se pode qualificar de *dinâmico* em pelo menos três “camadas”: o acesso ao mercado (meios de oferta e de contratação), bem como a emergência de novos *players* aptos a controlá-lo; a natureza e a substância dos produtos e serviços, considerando a simbiose existente entre *hardware* e *software*, de modo geral; e as informações que auxiliam nas decisões daqueles que pretendem transacionar nos *marketplaces* virtuais¹.

* Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Diplôme d'Université em Droit comparé et européen des contrats et de la consommation pela Universidade Savoie Mont-Blanc (França)/UFRGS. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra. Coordenador acadêmico dos Cursos de Especialização em Direito Internacional e Direito do Consumidor da UFRGS. Professor da Pós-Graduação da Faculdade CERS. Pesquisador e bolsista CAPES.

¹ WALLASCHKOWSKI, Stephan; NIEHUIS, Elena. Digitaler Konsum. In STENGEL, Oliver; VAN LOOY, Alexander; WALLASCHKOWSKI, Stephan. *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*. Wiesbaden: Springer VS, 2017. p. 109-141. p. 125.

Concentraremos nossa análise na primeira “camada”, mormente na identificação da qualificação jurídica das plataformas que viabilizam a economia do compartilhamento² de serviços. O objetivo, desta maneira, será verificar se a plataforma poderá ser considerada como fornecedora de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro, especialmente para fins de reparação em caso de danos ao consumidor fruidor, isto é, àquele que efetivamente atua enquanto destinatário final fático e econômico do serviço prestado – o que também é uma preocupação no âmbito europeu constante da “Nova Agenda do Consumidor”³.

Para tanto, a partir do método dedutivo, dividiu-se o trabalho em três partes. A primeira se debruça sobre as características das plataformas de compartilhamento; a segunda, trata das funções exercidas por tais plataformas, sendo tal considerado um pressuposto para uma reflexão mais detida acerca de sua qualificação jurídica. A terceira, desse modo, analisa o conceito de fornecedor no direito brasileiro, bem como visualizada, em diálogo com o Marco Civil da Internet, a possibilidade do enquadramento jurídico da plataforma na determinação legal

.....

² “A variedade de apreciações, inclusive, pode ser considerada com um empecilho a uma teorização suficientemente precisa em relação a um ponto específico de análise, já que se privilegia, a partir de determinado ponto de vista, questões em detrimento de outras. Propõe-se, então, que, para fins de compreensão, considere-se a expressão economia do compartilhamento como um construto guarda-chuva -, ou seja, um conceito ou ideia amplos utilizados para englobar e explicar um conjunto de fenômenos diversos, mas relacionados entre si por meio de fatores comuns. [...]. Como a economia do compartilhamento apresenta multiaspectos, comportando, assim, diversos ângulos de apreciação, foca-se no que toca precisamente a uma nova relação de consumo, que se chamará aqui de consumo compartilhado”. (MUCELIN, Guilherme. *Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, e-book sem paginação).

³ COMISSÃO EUROPEIA. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO. *Nova Agenda do Consumidor: Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável*. Publicação oficial: Bruxelas, 13 nov. 2020.

do art. 3º do CDC para, por fim, elucidar o entendimento dos tribunais estaduais brasileiros acerca do tema proposto.

1. ATRIBUTOS DAS PLATAFORMAS DO CONSUMO COMPARTILHADO

O consumo compartilhado alterou o funcionamento e a própria estrutura da relação de consumo classicamente estabelecida, bem como permitiu uma maior flexibilidade dos papéis exercidos pelos consumidores e pelos fornecedores e, conseqüentemente, dos atributos típicos daqueles que provêm e os que usufruem⁴.

O fornecedor que bem conhecíamos do comércio eletrônico clássico⁵, aquele que atuava em linha e fornecia diretamente ou por meio de uma rede de fornecimento estabelecida com outros profissionais ou pessoas jurídicas, espelhava as relações negociais analógicas⁶ - o que parece ter muda-

.....
⁴ MUCELIN, Guilherme. Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 77-126, jul./ago. 2018, p. 86 e seg.

⁵ O comércio eletrônico tradicional é aquele entendido como o comércio clássico de atos negociais entre fornecedores e consumidores para vender/adquirir serviços e produtos, neles compreendidos bens materiais, imateriais e digitais, realizado mediante contratações à distância – por meio de telecomunicações de massa ou pela Internet, portanto prescindindo da presença física e simultânea dos partícipes da relação (KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71), envolvendo remuneração direta ou indireta, incluindo trocas de dados, informações, textos, sons, imagens ou vídeos. (MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35).

⁶ O e-commerce era, então, um espelho da realidade das relações negociais analógicas transpostas ao meio virtual, já que os modelos que as caracterizava predominantemente era o B2P (em inglês, Business-to-Peer), isto é, o fornecimento de produtos ou serviços em linha da cadeia de fornecimento ao consumidor destinatário final, o que significa juridicamente uma relação de consumo ex vi arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e o B2B (Business-to-Business), ou, em outros termos, o comércio entre empresas/fornecedores que tem por objetivo satisfazer necessidades relati-

do com a disruptiva economia do compartilhamento, ainda mais quando se leva em conta a estrutura triangular que se estabelece entre os sujeitos envolvidos e as funções exercidas por esses portais.

Em verdade, desde o surgimento da Internet, as plataformas *online* fazem parte da arquitetura da ambiência virtual. Materializavam-se aos usuários nas interfaces comuns de *sites* e, mais recentemente, de aplicativos, servindo mais como uma base de compartilhamento de conteúdo que propriamente de atividade comercial. Todavia, desde sua expansão como um *marketplace*, a partir da década de 1990, hoje, presentes em praticamente todos os seguimentos comerciais⁷, as plataformas tornaram-se especializadas, interativas, cada uma com finalidades diferentes e alocadas em nichos mercadológicos distintos, os quais serão decretados de acordo com os objetivos dos organizadores do portal e da tecnologia empregada⁸.

No que toca especificamente às plataformas de compartilhamento, quatro foram os *drivers* que colaboraram a sua criação e a sua expansão, do mesmo modo que contribuíram para a reformulação de uma racionalidade econômica e jurídica diferenciada, pautada no acesso em detrimento da propriedade, na fruição de serviços mais personalizados, *on demand*, no lugar e no tempo certo, e na flexibilização de direitos sociais e trabalhistas.

Ao par das críticas, costuma-se denominar como vetores do nascimento da economia do compartilhamento o desenvolvimento tecnológico, um renovado sentimento de coleti-

.....
vas à produção (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do Comércio Eletrônico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 17).

⁷ ZEHMISCH, Monika. *Kaufen und Verkaufen im Internet*. Burgthann: Markt+Technik Verlag GmbH, 2016. p. 15-16.

⁸ HOUSE OF LORDS. *Online Platforms and the Digital Single Market*. Select Committee on European Union. 10th Report of Session 2015-16. p. 4.

vidade, sustentabilidade e a recessão financeira advinda da grande crise econômica de 2008 que, segundo Botsman e Rogers, aproximaram as pessoas “de meios de compartilhamento, agregação, abertura e cooperação”⁹, ou seja, possibilitaram uma convergência de interesses em relação a padrões de consumo alternativos.

Em grande medida, pode-se afirmar que tais plataformas são suportadas pela emergência e utilização constante de dispositivos móveis conectados à rede mundial de computadores, especialmente *smartphones* e *tablets*. Com a evolução da infraestrutura física e tecnológica, tornou-se possível que pouco mais de 51% da população global tivesse acesso à Internet¹⁰, o que significa um contingente de potenciais 4 bilhões de consumidores.

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), serão consideradas disruptivas as inovações quando elas alterarem o funcionamento de determinado mercado, não só no que diz respeito à introdução de novos produtos e serviços, mas especialmente quando muda os modos de produção e de fornecimento¹¹, tal qual a economia do compartilhamento.

Daí que se pode referir que não se altera o *quê* se faz no mercado (transporte de passageiros ou aluguel por períodos, nos exemplos mais famosos), mas *como* se faz (por intermédio de plataformas, com remuneração pelo tempo de fruição e com um prestador de serviço - em princípio - autônomo). Em síntese, a propriedade torna-se menos interessante para esse

⁹ BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Trad.: Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011. p. 28.

¹⁰ ITU. *Statistics*. 2019. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>. Acesso em: 25 out. 2020.

¹¹ OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. *Key Points of the Hearing on Disruptive Innovation*. 2017. Disponível em: <https://one.oecd.org>. Acesso em: 12 set. 2020. p. 2.

segmento do que o acesso, de modo que “a inovação, neste caso, não se dá propriamente com a criação de um novo produto, mas sim pela mudança no meio de utilização de um produto já existente”¹².

Para o lado dos fornecedores, instalou-se a necessidade de se criarem negócios criativos que fossem capazes de reduzir os custos transacionais para os envolvidos¹³, encontrando na economia do compartilhamento o modelo negocial próprio ao oferecimento no mercado de consumo, que é centrado na fruição em comum das utilidades oferecidas pelo bem e na capacidade ociosa¹⁴ de determinado ativo (produtos, tempo disponível, dinheiro, habilidades, conhecimento etc.), o qual não é explorado no total de sua potencialidade. Para o lado dos consumidores, aqueles assim considerados os destinatários finais fáticos e econômicos do serviço da plataforma e do subjacente, significa o alargamento das opções

.....
¹² CARVALHO, Vinicius Marques de; MATIUZZO, Marcela. Confiança, reputação e redes: uma nova lógica econômica? In: ZANATTA, Rafael; DE PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz (orgs.). *Economias do compartilhamento e o direito*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 41-58. p. 44.

¹³ Inclusive, essa redução de custos para empresas que emergiram já no “mercado de plataformas” faz levantar questões a respeito da concorrência desleal (DEMARRY, Vera. *Competition in the Sharing Economy. IW Policy paper 19/2015 - Contributions to the political debate by the Institut der deutschen Wirtschaft Köln*. Disponível em: <https://www.iwkoeln.de/>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 13 e ss).

¹⁴ “Entende-se por capacidade ociosa ou excedente toda aquela potencialidade de determinado ativo que não é utilizada. Dois exemplos elucidam didaticamente o sentido desse princípio: uma furadeira, comprada por consumidores sem fins específicos de trabalho, será utilizada somente durante, no máximo, 13 minutos no período de toda a sua vida útil e, ainda assim, supostamente metade dos domicílios americanos comprou a sua própria furadeira. Todo o resto de sua potencialidade não usada é chamada de capacidade ociosa ou excedente – o que levou o designer Viktor Papanek à elaboração da máxima ‘quero o buraco na parede, não a furadeira’”. (MUCELIN, Guilherme. *Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 77-126, jul./ago. 2018, p. 90).

de escolha a menores custos, de modo a contribuir para seu maior bem-estar¹⁵.

A conceituação do que seriam, em específico, as plataformas de compartilhamento não encontra consenso e abrange diversos aspectos: mecanismos alternativos ao comércio onde os fornecedores são substituídos por pares¹⁶; os agentes que tornam possíveis mercados alternativos, ao facilitar ou mediar trocas e compartilhamento¹⁷; meros intermediários que apenas aproximam os pares, facilitando a realização das transações, de modo que reduzem custos de organização e de fornecimento¹⁸; hospedeiras de ofertas e de pedidos, podendo oferecer serviços adicionais¹⁹; uma arquitetura tecnológica que cria produtos e processos para atender demandas de nicho²⁰; *marketplaces* digitais que possibilitam o

¹⁵ COMISSÃO EUROPEIA. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES. *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*. Maio 2016. Disponível em: <https://bit.ly/39zNzWN>. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹⁶ ANDERSSON, M.; HJALMARSSON, A.; AVITAL, M. Peer-to-peer service sharing platforms: Driving share and share alike on a mass-scale. *International Conference of Information Systems*. Milan: Association for Information Systems, 2013. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/a5d1/c8142c5b5e83166745a00d59afa74b189397.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020. p. 5.

¹⁷ DE RIVERA, Javier; GORDO, Ángel; CASSIDY, Paul; APESTEGUÍA, Amaya. A netnographic study of P2P collaborative consumption platforms' user interface and design. *Environmental Innovation and Societal Transitions*, New York, v. 23, p. 11-27, jun. 2017. p.13.

¹⁸ COMISSÃO EUROPEIA. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European agenda for the collaborative economy*. COM (2016) 356 final. Brussels, 02 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/com2016-356-final.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2020. p. 3.

¹⁹ NATIONAL CONSUMERS COUNCIL. *Opinion of the National Consumers Council on digital sharing platforms*. 2016. Disponível em: <https://www.economie.gouv.fr/>. Acesso em: 15 out. 2020. p. 1.

²⁰ BALDWIN, Carliss Y.; WOODARD, C. Jason. *The Architecture of Platforms: A Unified View*. Harvard Business School Working Paper. 2008. p. 6.

encontro de interesses (*matchmakers*), possibilitam a conclusão de contratos e atuam na regulação da oferta e da demanda; um serviço intermediador de acesso à informação e ao consumo, normalmente concretizado por “terceiros”²¹.

Muito embora cada uma tenha especificidades juridicamente relevantes, alguns elementos comuns a todas as plataformas de compartilhamento podem ser sintetizados: (a) são portais *online* disponíveis a terminais conectados à Internet; (b) tendem a ser consideradas como intermediários de consumo; (c) se utilizam de potentes e sofisticados *softwares* e algoritmos para determinar oferta e demanda; (d) são *matchmakers*, ou seja, são canais específicos de encontro entre os pares que contam com regras igualmente específicas de uso; (e) podem oferecer produtos e serviços acessórios ao subjacente; (f) se organizam na forma de pessoas jurídicas; (g) têm diversas funções e modos de funcionamento²²; (h) captam valores significativos, incluindo a acumulação de dados²³; e são (h) plataformas de transação²⁴.

²¹ De acordo com o Raport do Conseil National du Numérique francês, “*Une plateforme pourrait être définie comme un service occupant une fonction d’intermédiaire dans l’accès aux informations, contenus, services ou biens, le plus souvent édités ou fournis par des tiers*”. Em tradução livre: “Uma plataforma pode ser definida como um serviço que atua como intermediário no acesso a informações, conteúdo, serviços ou bens, na maioria das vezes editados ou fornecidos por terceiros” (CONSEIL NATIONAL DU NUMÉRIQUE. *Ambition numérique, pour une politique française et européenne de la transition numérique*. 2015. Disponível em: <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/>. Acesso em: 25 out. 2020. p. 49).

²² MUCELIN, Guilherme. *Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, e-book sem paginação).

²³ COMISSÃO EUROPEIA. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES. *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*. Maio 2016. Disponível em: <https://bit.ly/39zNzWN>. Acesso em: 15 dez. 2020.

²⁴ Plataformas de transação podem ser definidas como aquelas que permitem viabilizar, facilitar ou intermediar trocas comerciais ou transações de produtos, serviços, tecnologias ou conteúdo entre diferentes usuários, consumidores-fruidores, consumidores-provedores e fornecedores, independenten-

Marques e Miragem, com inspiração da doutrina alemã, denominam as plataformas de compartilhamento como “Gatekeepers”, verdadeiros guardiões do acesso ao consumo que constroem o local onde o compartilhamento comercial tomará lugar e será, a partir de sua organização, executado. Para os doutrinadores, nestas situações há sempre a utilização de uma “plataforma digital mantida por alguém que se dispõe a viabilizar o espaço ou instrumento de oferta” que atua “não apenas como um facilitador, mas como aquele que torna viável e, por vezes, estrutura determinado modelo de negócio”²⁵.

A característica fundamental, entretanto, é a coligação de dois ou mais grupos de clientes, os quais precisam uns dos outros, mas que não conseguem se conectar por conta própria, motivo pelo qual confiam em um agente como facilitador da interação entre eles, o que acaba por determinar uma estrutura triangular a esta complexa relação jurídica que se estabelece entre três sujeitos principais: os pares e a plataforma, que intermedeia a relação²⁶ – e que é nosso objeto de investigação.

2. FUNÇÕES DAS PLATAFORMAS NA ESTRUTURA TRIANGULAR DE CONSUMO COMPARTILHADO

No campo jurídico, relações triangulares não são algo novo, tampouco consideradas como nascidas ou exclusivas

.....
 temente de haver alguma remuneração direta ou não. Incluir-se-iam nesta tipologia as redes sociais, a social media em geral, o comércio eletrônico, as plataformas de música, de vídeos, de jogos, de trabalho e *fintechs*. (EVANS, Peter C.; GAWER, Annabelle. *The Rise of the Platform Enterprise: A Global Survey*. New York: The Center for Global Enterprise, 2016. p. 9-10).

²⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. *CONJUR*. 23 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, set./out. 2019. p. 5.

das dinâmicas negociais advindas da Internet, mesmo considerando o mercado de consumo. A economia do compartilhamento, contudo, colocou em maior evidência essa estrutura tríplice, onde em cada vértice se localizam os referidos sujeitos principais envolvidos na transação-base: o consumidor e o provedor direto nas bases e a plataforma no ápice, em alusão à alocação dos poderes exercidos pela plataforma com relação aos demais envolvidos²⁷.

Cabe sublinhar que o que diferencia a estrutura triangular da economia do compartilhamento das outras é justamente o papel exercido pelas plataformas no que tange à transação e à relação entabulada, em especial por conta da conseqüente assimetria fático-jurídica que disso deriva²⁸.

Essa relação triangular é efeito das tendências de evolução da própria Internet e de seus usuários, bem como de fatores externos que acabaram por decretar uma nova modalidade de economia e, conseqüentemente, de consumo. É por isso que o modelo pelo qual acontece a economia do compartilhamento, apesar de poder se dar nos moldes tradicionais B2P (*Business-to-Peer*), em sua maioria ocorre na modalidade P2B2P, isto é (*Peer-to-Business-to-Peer*) – daí o formato triangular, porque nenhum desses agentes é dispensável para a formação do consumo em *status* de compartilhamento²⁹.

Disso, já se pode perceber que a tendência de as tratar como meras intermediadoras do consumo, nos moldes de um antigo “classificado de jornal” já não se mostra adequado, havendo a necessidade de uma reflexão mais detida.

.....
²⁷ INGLESE, Marco. *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*. Springer, 2019. p. 12.

²⁸ INGLESE, Marco. *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*. Springer, 2019. p. 12.

²⁹ MUCELIN, Guilherme. *Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, e-book sem paginação).

É bastante comum que essas plataformasse autoproclamem como portais de tecnologia que permitem aos consumidores providenciar, programar e contratar ou adquirir produtos ou serviços de “terceiros” independentes da plataforma, na tentativa de furtarem-se de quaisquer regimes de responsabilidade pela transação³⁰ que torna viável, mas que a isso não se limita. Refira-se que existem, todavia, plataformas que se assemelham a essa função somente, como o *Couchsurfing* em seu funcionamento antigo.

No entanto, os portais do consumo compartilhado apresentam e desempenham outras funções, as quais sedimentam uma interdependência atávica da relação entre os pares e ela mesma³¹. Isto porque a *raison d'être* das plataformas é fazer convergir (*Konvergenz*)³² interesses daqueles

³⁰ Interessante notar, por exemplo, que a Uber, nos Termos e Condições de Uso, estabelecem, tudo em letras maiúsculas que “você reconhece que a Uber não é fornecedora de bens, não presta serviços de transporte ou logística, nem funciona como transportadora, e que todos esses serviços de transporte ou logística são prestados por prestadores terceiros independentes que não são empregados(as) e nem representantes da Uber, nem de qualquer de suas afiliadas”, evidenciando, desde já, uma abusividade, porquanto tentar se eximir de qualquer responsabilidade enquanto fornecedora “a Uber não será, em hipótese alguma, responsável por nenhum produto ou serviço desses(as) terceiros(as) fornecedores(as).” (UBER. *Legal*. 2017. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br>. Acesso em: 15 set. 2020).

³¹ MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017. Versão online, 15f. p. 10.

³² “Von Konvergenz redet man, wenn sich die Funktionen verschiedener Technologien zu überlappen beginnen. Sie beschreibt einen Prozess immer dichter Verlinkung zwischen Technologien und Netzwerken, nachdem eine zunehmende Zahl sozialer, kommerzieller, kultureller und administrativer Aktivitäten den digitalen Raum erobert hat. [...] Noch mehr: Von fast allen von den Bürgern genutzten Diensten- bei der Arbeit, zum Vergnügen und zur Teilnahme am zivilen Leben - wird eine Präsenz im gleichen großen Online-Raum erwartet. [...] Eines der stärkeren Druckmittel in Richtung Konvergenz ist bei den digitalen Medien, dass das Einbeziehen von Communitys zu besonders hohen Profiten verhelfen kann”. (CHATFIELD, Tom. *Digitale Kultur*. Berlin-Heidelberg: Springer Spektrum, 2013. p. 182).

que estão dispostos a contratar o serviço e daqueles que se propõem a prestá-los, mesmo que esporadicamente e sem *animus* de empresa, em um *locus aritificialis* pretensamente confiável e, no mais das vezes, com métodos de pagamento seguros. E isto só se consegue atingir mediante a centralização, a organização e o controle de práticas e informações, normalmente por meio de uma rede de contratos conexos – em outros termos, são essas as funções exercidas pelas plataformas, que se podem visualizar individualmente para cada portal com intensidades diferentes.

E, neste aspecto, existem três conjuntos principais de funções que podem ser extraídas: (i) criar e estruturar o ponto de encontro entre os pares, (ii) conectá-los e estandardizar práticas e estipulações contratuais e, por fim, (iii) controlar a performance da transação³³.

No primeiro conjunto de funções, de um lado, destaque-se a construção do local de encontro entre os pares. Significa, de modo geral, a constituição de uma pessoa jurídica, normalmente de fins lucrativos, cujo objetivo é a criação de interfaces – *sites* e *apps* – para a viabilização de atos de consumo, isto é, figura-se em uma prestação de serviços aos pares. Por outro lado, por consequência, lhe é inerente a estruturação de determinado modelo de negócio, em especial a organização da atividade negocial. Efetivamente, é por intermédio desse conjunto de funções que os contornos específicos de cada portal serão determinados, de acordo com o nicho ou setor mercadológico que atua.

Criado o local de encontro e estruturado o *modus operandi* da plataforma, é chegado o momento de efetivamente conectar os pares e estandardizar as práticas e as condições de funcionamento nessa ambiência, com o fim de tornar a

³³ MUCELIN, Guilherme. *Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, e-book sem paginação).

economia de plataformas uma economia de escala, o que consideramos ser o segundo conjunto de funções que compete às plataformas.

Miragem destaca que a característica em comum das plataformas é ter dois ou mais grupos de clientes, que necessitam uns dos outros em uma espécie de mutualismo, mas que, por conta própria, não conseguem se conectar³⁴ e, por isso, o portal assume papel decisivo na economia do compartilhamento. Disto resultará a redução considerável dos custos da transação e o equilíbrio entre a oferta e a demanda, ou seja, entre quem provê e quem consome na condição de destinatário final fático e econômico. Ao revés, qualquer desequilíbrio poderá afetar diretamente inclusive a precificação de determinado serviço, em claro apelo ao conceito de *networks effects*.

Não bastará, entretanto, que seja criado o local de encontro, estruturado o modelo de negócios e que a conexão entre os pares seja realizada: é preciso, para dar efetividade e para manter o funcionamento da plataforma, que se standardizem determinados aspectos concernentes às práticas de consumo, de prestação do serviço e das estipulações contratuais que coligam esses agentes econômicos. Em verdade, o que está por de trás desse conjunto de funções é o gerenciamento – criação e manutenção – da confiança que é necessária neste modelo de consumo, haja vista tratar-se de provedores que habitualmente são anônimos aos consumidores.

Colocado de outra forma, a plataforma assume o papel de instituir um ambiente de confiança e de certa estabilidade para que as transações ocorram, o que é determinado de maneiras diferente de acordo com seu objeto e objetivos específicos. De toda sorte, alguns mecanismos de standardização que criam

³⁴ MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, set./out. 2019.p. 5.

e promovem a confiança podem ser observados nas maiores plataformas de compartilhamento: sistemas de avaliações, ranqueamentos e reviews, garantias ou seguros adicionais ou essenciais, verificação de identidades (inclusive por meio de outras plataformas), sistemas de pagamentos próprios ou diretamente a si vinculados, tipologias informacionais consideradas básicas fornecidas aos consumidores, dentre outros.

A terceira função é a de controlar. Como refere a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), além de facilitar, organizar, combinar pares, configurar a reputação e outros mecanismos que promovem a confiança, ela exerce diferentes níveis de controle sobre a organização, o compartilhamento e a interação entre os pares³⁵.

Katz vai no mesmo sentido, afirmando que a distinção crítica entre as plataformas de compartilhamento e outros tipos de serviços *online* não se referem apenas ao caráter dos serviços prestados ou das partes envolvidas, mas sim no grau de controle que a plataforma exerce sobre cada transação³⁶. Para ela, as empresas da economia do compartilhamento estão em algum lugar no espectro contínuo entre serem puramente passivas, algo assemelhado a “painéis de mensagens”, e fornecedoras diretas de serviços³⁷.

Para Stanoevska-Slabeva e colaboradores, as plataformas criam valor porque podem controlar o fluxo de três recursos fundamentais, de maneira combinada ou independentemente uns dos outros: informação, produtos ou serviços ou dinheiro. Quando envolver somente informações, o controle

.....
³⁵ OCDE. *Protecting consumers in peer platform markets exploring the issues*. OECD Digital Economy Papers n. 253. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36sO1UQ>. Acesso em: 10 dez. 2020. p. 9.

³⁶ KATZ, Vanessa. Regulating the sharing economy. *Berkeley Tech. LJ*, v. 30, p. 1067-1126, 2015. p. 1072.

³⁷ KATZ, Vanessa. Regulating the sharing economy. *Berkeley Tech. LJ*, v. 30, p. 1067-1126, 2015. p. 1072.

exercido tende a ser ameno; quando se tratar de informação e dinheiro, em que a plataforma é capaz de transferir informações, ter o fluxo da monetização sob controle e é capaz de cobrar dos pares uma contraprestação pecuniária, normalmente na forma de taxas, pelo serviço de conexão, o controle tende a ser moderado; em se tratando de produtos ou serviços, além dos outros elementos apontados, o controle tende a ser elevado³⁸.

Considerando tais atributos, pelo menos dois esquemas opostos (que vão variar entre os espectros de funções) podem ser observados. De um lado, as plataformas podem assumir uma postura extremamente passiva, limitando seu comportamento a uma maneira não intervencionista e agindo apenas como o local de encontro entre os pares. Por outro, elas também podem ter papel bastante ativo, de modo a influenciar não só a performance dos provedores diretos como também dos consumidores³⁹. Será isto um importante fator para qualificá-las como fornecedoras?

3. ALGUNS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS BRASILEIROS

É lugar-comum às plataformas de compartilhamento, as quais viabilizam o consumo compartilhado, alegarem a sua ilegitimidade passiva para responder por eventuais danos causados aos consumidores quando casos são levados aos Tribunais Estaduais brasileiros, competentes para processar e julgar litígios de consumo.

.....
³⁸ STANOEVSKA-SLABEVA, Kateryna *et al.* *Platforms and the Sharing Economy: An Analysis*. Report from the EU H2020 Research Project Ps2Share: Participation, Privacy, and Power in the Sharing Economy. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3j8kqVF>. Acesso em: 6 jan. 2021. p. 18.

³⁹ INGLESE, Marco. *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*. Springer, 2019. p. 12.

A razão disto, como já referido, reside no fato de que essas plataformas se autoproclamam como meras “empresas de tecnologia”, que se limitariam a aproximar pessoas com interesses comuns para transacionarem e, portanto, não seriam enquadradas como fornecedoras nos termos do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), tampouco fariam parte da cadeia de fornecimento, em uma clara tentativa de afastar o dever de indenizar. Está tal posicionamento adequado?

Sobre a noção jurídica de fornecedor, o art. 3º, do CDC, assim determina:

Art. 3º, CDC. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Para que haja consumo, evidente é a necessidade de existir algum agente econômico que forneça um produto ou um serviço no mercado. A definição contida no art. 3º, do CDC, sobre quem seja fornecedor, comporta uma amplitude conceitual especialmente importante para fazer frente aos modelos de negócios emergentes, tal como os da economia do compartilhamento.

Em um primeiro momento, refira-se que o legislador não realizou quaisquer distinções em relação à nacionalidade (empresas estrangeiras, transnacionais, o Estado), à natureza jurídica (empresário individual, cooperativas, sociedades empresárias, entes despersonalizados, pessoas físicas), regime jurídico (pública ou privada), nem mesmo sendo relevante o fato de o fornecedor ser uma entidade de caráter beneficente e filantrópico, nem porte, sendo necessário apenas que desen-

volva as atividades elencadas no que diga respeito ao oferecimento de produtos ou, no tocante aos serviços, os prestem.

Daí que se considere correto, como postula Miragem, que o CDC indique como fornecedores todos os membros da rede de fornecimento, o que será relevante ao estipular a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil⁴⁰.

Nessa linha de raciocínio, para o critério caracterizador do fornecedor de serviços, limitou-se o Código a referir que desenvolva atividade de sua prestação, admitindo-se, nesse sentido, uma interpretação mais ampla, não indicando expressamente a profissionalidade como elemento característico, porém o fazendo em relação à reiteração e à habitualidade⁴¹.

Adverte a doutrina, encabeçada por Marques, que a precisa definição de fornecedor, contudo, não se exaure no *caput* do art. 3º, do CDC, devendo ser completada pela disposição trazida no seu parágrafo 2º, especialmente no que toca à remuneração⁴², que, como sinaliza Miragem, embora se trate de serviços, se irradiará para toda a definição jurídica desse agente, mesmo para produtos (em que a remuneração não é requisito expresso na Lei), de modo a indicar a finalidade econômica típica da atividade que desenvolve, independentemente do tipo do objeto do contrato⁴³.

Será a remuneração, a par de outros elementos, um fator decisivo para a descaracterização do agente econômi-

.....
⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020. (e-book sem paginação).

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-book sem paginação).

⁴² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-book sem paginação).

⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020. (e-book sem paginação).

co enquanto fornecedor? Colocado de outro modo: será a “gratuidade” de um produto ou de um serviço um critério útil para a escusa na aplicação do CDC à determinada relação em que, especialmente na Internet e cada vez mais, há serviços aparentemente gratuitos ao consumidor?

A resposta seguramente deve ser negativa. Sobre o tema, destaca Marques que o CDC não abraça a distinção clássica entre contratos onerosos e contratos gratuitos, podendo haver, outrossim, uma não obrigação de pagamento (expressão utilizada no art. 39, III e parágrafo único, do CDC). Isto porque a terminologia empregada pelo art. 3º, do CDC, é “mediante remuneração”, a qual indica uma abertura para serviços ou até mesmo produtos que são remunerados indiretamente; em outros termos, sempre haverá alguma espécie de remuneração, mesmo que isso não se traduza de plano à diminuição no patrimônio do consumidor individual que adquire ou utiliza o bem contratado⁴⁴.

Serão os casos em que o sinalagma restará escondido, mas presente, sendo possível incluir os contratos em que haja uma remuneração indireta. Pode-se pensar nesta situação, a título exemplificativo, quando a remuneração é dada pela coletividade de consumidores (o idoso que não paga para realizar viagem de ônibus, cujo preço estará incluído no valor cobrado dos outros consumidores) ou quando ele mesmo remunera indiretamente (por meio de dados pessoais – a depender do entendimento adotado sobre o tema –, fidelização, catividade, dentre outros) ou ainda por contratos empresariais de publicidade. Em quase todos os casos, haverá algum tipo de remuneração ao fornecedor que coloca produto ou serviço em circulação no mercado de consumo.

.....
⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-book sem paginação).

No que toca às dinâmicas da Internet, o quesito da remuneração também foi afastado quando se tentou desnaturar o “consumo” como adjetivo da relação jurídica estabelecida. Na mesma linha de entendimento exposta acima, a tendência (que foi confirmada corretamente, a nosso ver) é pela caracterização da relação de consumo, mesmo para serviços prestados *online* aparentemente gratuitos, como nos casos de mecanismos de busca⁴⁵, serviços de *e-mail*⁴⁶, *blogs*⁴⁷ e redes sociais⁴⁸.

Em todos estes casos, restou estabelecido que o fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desnatura a relação de consumo, pois “mediante remuneração”, disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, interpreta-se de forma ampla, incluindo os ganhos indiretos do fornecedor.

Conforme mencionado, não constitui elemento da definição jurídica de fornecedor previsto no art. 3º, do CDC, a profissionalidade. Nada impede, todavia, a interpretação do que ali consta especificamente em relação aos termos “desenvolve atividades”, os quais denotam uma vinculação a uma habitualidade da conduta, exercida de forma profissional.

Para Miragem, “ainda que não esteja expresso em lei, ao indicar à atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional desta atividade”, arrematando: “daí porque a profissionalidade configura como um requisito do conceito de fornecedor”⁴⁹. Marques, embora se coadune

⁴⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

⁴⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1300161/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012.

⁴⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1192208/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 02/08/2012.

⁴⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020. (e-book sem paginação).

com as assertivas do autor citado, põe em ressalva que ficou “clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, na dependência única de ser o cocontratante um consumidor”⁵⁰.

Neste passo, com relação ao par que provém, poder-se-ia compreender que, mesmo aquele não profissional, que presta serviço eventualmente ou então que vende determinado produto (como seus pertences usados), poderia ser enquadrado como fornecedor. Contudo, entendemos que pode não ser a melhor resposta jurídica, já que, ante a ausência de profissionalidade, habitualidade e da inexistência de expertise, a relação, em tese, seria entre “iguais”, muito embora não seja defeso reconhecer vulnerabilidades recíprocas e escalonadas entre estes contratantes⁵¹.

De todo o modo, a noção de profissionalismo está ligada a um conhecimento suficientemente amplo sobre determinada atividade que se exerce como meio de vida, de maneira que exista um *know-how* específico em termos das características e dos modos pelos quais se prestará determinado serviço ou até mesmo oferecerá ao mercado de consumo (desde a concepção até a atração do público consumidor). Miragem esclarece que “é o caso de uma grande empresa em relação à massa de consumidores de seus produtos ou de um pequeno mecânico com relação ao dono do automóvel que lhe contrata para resolver um problema no funcionamento do veículo”, sendo o elemento caracterizador, em ambos os casos, o “caráter profissional” – o que acaba

.....
⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-book sem paginação).

⁵¹ MUCELIN, Guilherme. *Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, e-book sem paginação).

por determinar a vulnerabilidade técnica do consumidor nos casos apresentados⁵².

Com relação à habitualidade, há inclinações no sentido de que seja uma exigência para a caracterização do fornecedor. No mais das vezes, no que toca às pessoas jurídicas, elas são constituídas justamente para a consecução de fins econômicos (tendo em mente o mercado de consumo), razão pela qual entende Miragem que exercer atividade de fornecimento de modo habitual seja um *plus* à profissionalidade⁵³, o que concordamos. Ressalte-se que este atributo, no entanto, pode ser um importante critério balizador quando se trate de pessoa física fornecedora ou então de um “consumidor profissional”, o que está intimamente relacionado com a economia do compartilhamento, mas cuja análise escapa ao escopo desse trabalho.

Todavia, não basta, para que seja considerado fornecedor, que atue de modo profissional e com fins econômicos. É necessário, outrossim, que se delimite o seu campo de atuação, isto é, o espaço no qual suas atividades podem ser compreendidas como fornecimento de produtos e serviços a consumidores. Este elemento conceitual é percebido no art. 3º, § 2º, quando enfatiza, na conceituação de serviço, que deva ser “no mercado de consumo” e reforçado no art. 12, § 3º, do CDC, a exoneração do dever de indenizar quando o fornecedor faça prova de que “não tenha colocado o produto no mercado” e no art. 39, VIII, do CDC, quando se refere a “colocar no mercado de consumo...”.

Em verdade, “mercado” é uma noção fluída e de difícil definição, especialmente quando adjetivado por uma característica que lhe torna peculiar, como “de trabalho”,

⁵² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2018. [e-book].

⁵³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2018. [e-book].

“de consumo”, “de capitais”, dentre outros. Para Mendoza, mercado em sua origem seria o lugar geográfico onde agentes econômicos tinham por intuito intercambiar bens e serviços; na acepção moderna, desvincular-se-ia de um *locus* físico para enfatizar a relações entre esses agentes⁵⁴. Carrera-Fernandez entende mercado como “um mecanismo que aproxima compradores e vendedores, permitindo que tais agentes alcancem ganhos mútuos”⁵⁵, de maneira a promover a satisfação de interesses e necessidades individuais e coletivas.

Para Bruno Miragem, a expressão *mercado de consumo* trata de um espaço ideal onde se desenvolvem atividades de troca de produtos e serviços capazes de serem avaliados economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando, de um lado, à obtenção de vantagens econômicas e, de outro, à satisfação de necessidades pela aquisição ou utilização destes mesmos produtos e serviços oferecidos no mercado⁵⁶. Afirma ainda ser um espaço não institucional, em face de seu caráter não formal e independente de estrutura pré-determinada. Devido ao seu caráter dinâmico e “autossuficiente”, produto das necessidades espontâneas do ser humano, ao Direito não cabe criá-lo, tampouco eliminá-lo, senão ordená-lo e regulá-lo, fixando objetivos e estabelecendo limites e proibições⁵⁷.

É comum se referir, nesta toada, que o CDC, para além de ter uma proteção dirigida pela *ratio personae* (o consumidor), também é *ratio materiae*, no sentido de que exclui, expressa-

⁵⁴ MENDOZA, Gilberto. *Compendio de mercadeo de productos agropecuarios*. São José da Costa Rica: Servicio Editorial IICA, 1987. p. 12.

⁵⁵ CARRERA-FERNANDEZ, José. *Curso básico de microeconomía*. Salvador: EDUFBA, 2009. p. 18.

⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2018. [e-book].

⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2018. [e-book].

mente, de seu campo de atuação as relações trabalhistas e as entabuladas com profissionais liberais, e, implicitamente, outras relações que não concernentes ao consumo.

No que toca ao consumo em *status* de compartilhamento, parece não haver dúvidas de que as plataformas oferecem produtos e serviços ao mercado consumidor brasileiro, mesmo que não sejam proprietárias do que oferecem. A grande questão é saber se tais portais poderão ser enquadrados no conceito jurídico de fornecedor, tal qual descrito nas linhas acima.

Indistintamente, pode-se estabelecer que se consubstanciam em “um profissional, no exercício habitual de sua atividade para a obtenção de lucro, que intermedeia o consumo, ou que constrói o *locus* para o encontro das duas pessoas”⁵⁸, sempre presentes nas situações de consumo compartilhado, permitindo o acesso à *highway* do consumo na Internet e atua como guardião deste acesso⁵⁹, e, por isso, “assume o dever, ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela internet”⁶⁰.

As plataformas, nesse sentido, segundo o Marco Civil da Internet, Lei Federal n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no país, podem ser enquadradas como aplicações de Internet, ou seja, “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à

⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017. Versão *online*, 15f. p. 4-5.

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. *CONJUR*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>. Acesso em: 29 out. 2020.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 562.

internet”⁶¹, constituídas necessariamente “na forma de pessoa jurídica”, exercendo “essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos”⁶² – o que guarda precisa coincidência com o conceito de fornecedor do art. 3º, do CDC, que se intercomunicam por meio do diálogo das fontes⁶³.

Como já tivemos a oportunidade de defender, o guardião do acesso – o *Gatekeeper* – é quem efetivamente possibilita esse consumo, “que muitas vezes ele não realiza, mas intermedeia e por vezes coordena mesmo o pagamento (*paypal*, e eventualmente, os seguros etc.), como incentivos de confiança para ambos os leigos envolvidos no negócio”⁶⁴, razão pela qual se considera que ele pode assumir um papel ativo, mais que mero intermediador, anúncio ou apenas terceiro

.....
⁶¹ Marco Civil da Internet. Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;

⁶² Marco Civil da Internet. Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

⁶³ Diálogo das fontes que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg [aqui a autora refere-se ao Prof. Erik Jayme], tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais. (MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 20).

⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017. Versão online, 15f. p. 10.

que liga os agentes dessa relação⁶⁵ – e como fornecedor deverá ser responsabilizado.

Assim, determinar se uma plataforma atua como intermediário ou como fornecedor verdadeiro, que exerce níveis de controle sobre os envolvidos, é uma questão factual, com reflexos no estabelecimento de qualificação e, portanto, de sua responsabilidade. Nesse sentido, cabe referir alguns julgados de Tribunais, os quais estão entendendo as plataformas de compartilhamento como fornecedoras, destacando-se, no mais das vezes, suas funções:

A prestação do serviço de transporte através do aplicativo UBER, ainda que a ré alegue que apenas aproxima e conecta prestadores de serviços independentes e usuários, não sendo responsável pelos proprietários/condutores e veículos, não lhe exime a responsabilidade.⁶⁶

Ainda que o Airbnb não seja o efetivo anfitrião ou locador dos imóveis oferecidos, é dessa empresa que o consumidor busca a prestação do serviço que lhe garanta uma hospedagem tranquila, no local ali divulgado, pelo preço previamente ajustado, e com a garantia da empresa de que o consumidor não está sendo vítima de uma fraude ao aceitar se hospedar em um imóvel indicado na plataforma; logo, Airbnb responde, sim, por eventuais danos causados aos consumidores, incumbindo a ela, querendo, e se for o

.....
⁶⁵ MUCELIN, Guilherme. Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 77-126, jul./ago. 2018, p. 104.

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. TURMAS RECURSAIS. Recurso Cível n. 71007862683. Recorrente: Daniela Muraro R. de L. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relatora: Ana Claudia Cachapuz Silva Raabe. Porto Alegre, 18 set. 2018. DJE 21 set. 2018.

caso, buscar eventual reparação de danos causados por atos praticados por terceiros.⁶⁷

Independentemente da polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno da natureza jurídica da relação travada entre o contratante dos serviços (hóspede) e o designado anfitrião, se de hospedagem ou de locação por temporada, é indubitável que o vínculo disso oriundo para com a plataforma de serviços, seja frente ao hóspede, seja em face do anfitrião, caracteriza típica relação de consumo, à luz do que dispõem os arts. 2º e 3º do CDC.⁶⁸

Partindo da premissa de que já sabemos que o Airbnb é um fornecedor, disponibilizando o serviço de aluguel (no caso) do apartamento, não há sombra de dúvidas que a relação entre o usuário e o Airbnb deve ser tratada sob a ótica consumerista⁶⁹.

De modo geral, há um destacável nível de intervenção dos aplicativos (no caso, de transportes) sobre a relação existente entre os consumidores e motoristas, não se restringindo apenas ao momento de aproximação. [...] Especificamente quanto à segurança dos passageiros, observa-se especial envolvimento da empresa ré. Isso porque, de acordo com dados extraídos do sítio eletrônico da empresa (<https://.....>)

⁶⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação n. 1009888-93.2017.8.26.0320. Apelante: Airbnb Serviços Digitais Ltda. Apelada: Mareisa Lucas de Sá. Relator: Des. Lino Machado. São Paulo, 25 jul. 2018. DJe 27 jul. 2018.

⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1101154-11.2018.8.26.0100; Relator: Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Julgamento: 9 set. 2019; DJe: 24 set. 2019.

⁶⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso inominado n. 0038370-71.2018.8.19.0209. Juíza: Dra. Flavia de Azevedo Faria Rezende Chagas. Julgamento: 27 jun. 2019.

www.uber.com/br/pt-br/safety/, acesso em 01/10/2019), em relação aos motoristas, é fornecido, entre outras coisas, (i) proteção 24 horas por dia por meio do compartilhamento das viagens e monitoramento por GPS; (ii) assistência 24 horas no aplicativo e suporte de emergência por telefone; e (iii) seguro de acidentes pessoais para motoristas parceiros e passageiros. Em relação aos passageiros, por sua vez, identifica-se, por exemplo, (i) a possibilidade de compartilhamento do trajeto da viagem com familiares e amigos e de contato telefônico com a polícia diretamente do aplicativo; (ii) a existência de um Código de Conduta, que estabelece responsabilidades dos usuários e motoristas do aplicativo; (iii) suporte 24 horas por dia, treinada para atender problemas relacionados à segurança; e (iv) checagem prévia por empresa especializada de antecedentes criminais dos motoristas. [...] Note-se, portanto, que há uma interferência expressiva da ré na prestação do negócio objeto de intermediação com o consumidor, incutindo neste a justa expectativa de que o serviço de transporte será concluído com segurança e nos moldes contratados⁷⁰.

De um modo geral, os diversos julgados encontrados nos tribunais brasileiros tendem a confirmar o entendimento de que se tratam de fornecedores, sendo solidariamente responsáveis⁷¹ pelos danos causados aos consumidores nas dinâmicas do consumo compartilhado. As razões são várias: contri-

.....
⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1004878-78.2019.8.26.0100; Relator: Des. Marco Fábio Morsello; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Julgamento: 24 out. 2019; DJe 25 out. 2019

⁷¹ Aliás, mencione-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de "responsabilização solidária de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, pelos eventuais defeitos ou vícios apresentados" (grifei) (STJ, Recurso Especial n. 1426578/SP, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.06.2015).

buição para a inserção do serviço no mercado de consumo; auferimentos de lucros, recebimento de valores, criação de políticas e condições contratuais, gerenciamento e seleção dos “parceiros”, divulgas as informações necessárias para as tomadas de decisões etc⁷².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como nos informa o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman V. Benjamin, o Direito do Consumidor nasce, se desenvolve e se justifica na sociedade de consumo, na vida cotidiana, e por isso está demarcado pela sua atualidade⁷³. Essa atualidade, contudo, não é automática, senão é fruto de “estudo constante das modificações do mercado de consumo”, conforme determina o art. 4º, VIII, do CDC, que trata sobre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, o que gera em todos os Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, cada um nas suas competências, iniciativas no sentido de defesa e proteção do consumidor.

Frise-se que essa atualidade buscada se torna cada vez mais relevante no cenário do novo paradigma tecnológico do mercado de consumo digital, que traz diversos desafios *dinâmicos* ao Direito e, em nosso recorte, ao Direito do Consumidor, especialmente por conta, na economia do compartilhamento, da fluidez entre fronteiras conceituais, da heterogeneidade de atuações (diversas formas de estabelecimento

.....
⁷² Para um overview acerca da responsabilidade civil nestes casos de compartilhamento, incluindo decisões judiciais, veja: MUCELIN, Guilherme. Um app ou um fornecedor? Responsabilidade civil de consumo na economia do compartilhamento. *Migalhas*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337492/um-app-ou-um-fornecedor-responsabilidade-civil-de-consumo-na-economia-do-compartilhamento>. Acesso em: 12 jan. 2020.

⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman V. O Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, ago. 1991, p. 49-61. (versão online).

de relações diversificadas) e da multimodalidade (intensidades diferentes de atuação em determinada relação).

No tema, é interessante notar a existência do Projeto de Lei, do Senado Federal, n. 3.514/2015, apensado ao Projeto de Lei n. 4.906/2001, que trata de uma atualização legislativa no Código de Defesa do Consumidor brasileiro para que se inaugure uma seção especial ao comércio eletrônico e ao mundo digital, destacando-se a confiança nesses meios de contratação. O art. 45-A, introdutório, seria assim estabelecido:

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

Não há, no Projeto, contudo, menções à economia do compartilhamento, posto que não havia, ao tempo de sua propositura, esse modo de consumo. Há, outrossim, menção às compras coletivas no art. 45-C, parágrafo único: “O fornecedor de compras coletivas, como intermediador legal do fornecedor responsável pela oferta do produto ou serviço, responde solidariamente pela veracidade das informações publicadas e por eventuais danos causados ao consumidor.” Talvez, mais do que interessante, seja necessário, a fim de sedimentar entendimentos jurisprudenciais e proteger efetivamente os consumidores, acrescentar a economia do compartilhamento ao parágrafo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERSSON, M.; HJALMARSSON, A.; AVITAL, M. Peer-to-peer service sharing platforms: Driving share and share alike on a mass-scale. *International Conference of Information Systems*. Milan: Association for Information Systems, 2013. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a5d1/c8142c5b5e83166745a00d59afa74b189397.pdf> . Acesso em: 12 out. 2020.
- BALDWIN, Carliss Y.; WOODARD, C. Jason. *The Architecture of Platforms: A Unified View*. Harvard Business School Working Paper. 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 670, ago. 1991, p. 49-61. (versão online).
- BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Trad.: Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.
- CARRERA-FERNANDEZ, José. *Curso básico de microeconomia*. Salvador: EDU-FBA, 2009.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; MATIUZZO, Marcela. Confiança, reputação e redes: uma nova lógica econômica? In: ZANATTA, Rafael; DE PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz (orgs.). *Economias do compartilhamento e o direito*. Curitiba: Juruá, 2017.
- CHATFIELD, Tom. *Digitale Kultur*. Berlin-Heidelberg: Springer Spektrum, 2013.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European agenda for the collaborative economy*. COM (2016) 356 final. Brussels, 02 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.eesc.europa.eu/resources/docs/com-2016-356-final.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO. *Nova Agenda do Consumidor: Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável*. Publicação oficial: Bruxelas, 13 nov. 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES. *As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa*. Maio 2016. Disponível em: <https://bit.ly/39zNzWN>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- CONSEIL NATIONAL DU NUMÉRIQUE. *Ambition numérique, pour une politique française et européenne de la transition numérique*. 2015. Disponível em: <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/>. Acesso em: 25 out. 2020.

- DE RIVERA, Javier; GORDO, Ángel; CASSIDY, Paul; APESTEGUÍA, Amaya. A net-nographic study of P2P collaborative consumption platforms' user interface and design. *Environmental Innovation and Societal Transitions*, New York, v. 23, p. 11-27, jun. 2017.
- DEMARY, Vera. Competition in the Sharing Economy. *IW Policy paper 19/2015* - Contributions to the political debate by the Institut der deutschen Wirtschaft Köln. Disponível em: <https://www.iwkoeln.de/>. Acesso em: 15 out. 2020.
- EBIT | NIELSEN. *Webshoppers - 42º Relatório*. Disponível em: <https://bit.ly/3m-p2Htl>. Acesso: 25 out. 2020.
- EVANS, Peter C.; GAWER, Annabelle. *The Rise of the Platform Enterprise: A Global Survey*. New York: The Center for Global Enterprise, 2016.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do Comércio Eletrônico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- HOUSE OF LORDS. *Online Platforms and the Digital Single Market*. Select Committee on European Union. 10th Report of Session 2015-16.
- INGLESE, Marco. *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*. Springer, 2019.
- ITU. *Statistics*. 2019. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>. Acesso em: 25 out. 2020.
- KATZ, Vanessa. Regulating the sharing economy. *Berkeley Tech. LJ*, v. 30, p. 1067-1126, 2015.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio/jun. 2017. Versão online, 15f.
- *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (e-book sem paginação).
- O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 20).

- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. *CONJUR*. 23 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>>. Acesso em: 18 dez. 2020.
- MENDOZA, Gilberto. *Compendio de mercadeo de productos agropecuarios*. São José da Costa Rica: Servicio Editorial IICA, 1987.
- MICKLITZ, Hans-W. Consumer Law in the Digital Economy. In: KONO, Toshiyuki; HISCOCK, Mary; REICH, Arie (Eds.). *Transnational Commercial and Consumer Law*. Springer, Singapore, p. 111-152, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020.
- Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, set./out. 2019.
- MUCELIN, Guilherme. Conexão online e hiperconfiança: os players da economia do compartilhamento e o Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2020.
- Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 77-126, jul./ago. 2018.
- Um app ou um fornecedor? Responsabilidade civil de consumo na economia do compartilhamento. *Migalhas*. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337492/um-app-ou-um-fornecedor--responsabilidade-civil-de-consumo-na-economia-do-compartilhamento>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- NATIONAL CONSUMERS COUNCIL. *Opinion of the National Consumers Council on digital sharing platforms*. 2016. Disponível em: <https://www.economie.gouv.fr/>. Acesso em: 15 out. 2020.
- OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. *Key Points of the Hearing on Disruptive Innovation*. 2017. Disponível em: <https://one.oecd.org>. Acesso em: 12 set. 2020.
- OCDE. *Protecting consumers in peer platform markets exploring the issues*. OECD Digital Economy Papers n. 253. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36sO1UQ>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- STANOEVSKA-SLABEVA, Kateryna et al. *Platforms and the Sharing Economy: An Analysis*. Report from the EU H2020 Research Project Ps2Share: Participation, Privacy, and Power in the Sharing Economy. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3j8kqVF>. Acesso em: 6 jan. 2021.
- UBER. *Legal*. 2017. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br>. Acesso em: 15 set. 2020.

- WALLASCHKOWSKI, Stephan; NIEHUIS, Elena. Digitaler Konsum. In STENDEL, Oliver; VAN LOOY, Alexander; WALLASCHKOWSKI, Stephan. *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*. Wiesbaden: Springer VS, 2017. p. 109-141.
- WEBER, Sebastian; RECH, Jörg. An Overview and Differentiation of the Evolutionary Steps of the Web X.Y Movement: The Web Before and Beyond 2.0. In: MURUGESAN, San. *Handbook of Research on Web 2.0, 3.0 and X.0: Technologies, Business, and Social Applications*. v. I. Hershey: Information Science Reference, 2010.
- ZEHMISCH, Monika. *Kaufen und Verkaufen im Internet*. Burgthann: Markt+Technik Verlag GmbH, 2016.

A COVID-19 E O SEU IMPACTO NOS CONTRATOS

Irene Rebelo *

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Regulação Contratual. III. Regulação Legal; A. Alteração Anormal das Circunstâncias; B. A Impossibilidade da Prestação; C. A Mora do Credor. IV. O dever De Renegociação do Contrato. V. Considerações avulsas sobre a repartição do risco no contexto legal da pandemia. VI. Conclusão. VII. Lista Bibliográfica.

SUMMARY:

I. Introduction. II. Contractual Regulation. III. Legal Regulation; A. The Anormal Change of Circumstances; B. The impossibility of execution of the contract; C. Creditor's delay. IV. Contract's renegotiation duty. V. Some considerations about risk sharing in the pandemic law. VI. Conclusion. VII. Bibliography.

PALAVRAS CHAVE:

SARS-CoV -2; Covid-19; Estado de Emergência; Estado de Calamidade; Contrato; Perturbações Contratuais; Regulação Contratual; Alteração Anormal das Circunstâncias; Impossibilidade da Prestação; Mora do Credor; Risco; Repartição do Risco.

.....
* Juiz de Direito; Auditora do curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo, ano 2020.

I. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial de Saúde qualificou, no dia 11 de março de 2020, a emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19 como uma pandemia.

Como é do conhecimento público, nesse seguimento, foi declarado e renovado o estado de emergência em Portugal pelo Ex.mo Senhor Presidente da República — Decretos do Presidente da República n.º 14-A/2020, n.º 17-A/2020 e n.º 20-A/2020 —, a que se seguiu a declaração da situação de calamidade pelo Governo e respetivas prorrogações — Resoluções do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, n.º 38/2020, n.º 40-A/2020 e n.º 43-B/2020 —, a declaração da situação de calamidade, contingência e alerta — Resoluções do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020 e n.º 53-A/2020 —, a situação de contingência e alerta, também objeto de prorrogações — Resoluções do Conselho de Ministros n.º 55-A/2020, n.º 63-A/2020 e n.º 68-A/2020 —, a situação de contingência e sua prorrogação — Resoluções do Conselho de Ministros n.º 70-A/2020 e n.º 81/2020 —, com subsequente retoma da declaração da situação de calamidade — Resoluções do Conselho de Ministros n.º 88-A/2020, n.º 92-A/2020 e n.º 96-B/2020 — e do estado de emergência com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, que se manteve, ininterruptamente, até às 23h59 do dia 30 de abril de 2021 — Decretos do Presidente da República n.º 51-U/2020, n.º 59-A/2020, n.º 61-A/2020, n.º 66-A/2020, n.º 6-B/2021, n.º 9-A/2021, n.º 11-A/2021, n.º 21-A/2021, n.º 25-A/2021, n.º 31-A/2021 e n.º 41-A/2021.

Esses estados excepcionais, em particular, o estado de emergência, legitimaram a adoção de medidas legais que implicavam a restrição de direitos e liberdades com vista à prevenção da transmissão do vírus.

Tal quadro pandémico e legislativo é suscetível de implicar perturbações na execução dos contratos, nomeadamente, atrasos no cumprimento, esforços agravados para prestar, impossibilidade de prestar, designadamente, por ilegalidade

superveniente do cumprimento, alterações nos pressupostos subjacentes ao contrato, dificuldades, atrasos ou insusceptibilidade de obtenção de matérias-primas e mesmo o encerramento de estabelecimentos e a consequente indisponibilidade de acesso ao lugar do cumprimento da prestação.

As respostas a dar às apontadas vicissitudes contratuais que surgirem podem encontrar-se tanto no próprio contrato, como na lei, inclusivamente, na ausência de previsão especial, no Código Civil, seja no seu regime geral, seja, eventualmente, nas previsões especiais para determinados tipos contratuais, que são suscetíveis de se estenderem, por analogia, a contratos próximos ou semelhantes¹. Na verdade, não obstante os regimes excepcionais que foram sendo introduzidos pelo conjunto de "leis de emergência" ou pela "legislação da crise", o legislador, em regra, não afastou o regime geral do Código Civil, nomeadamente, para as situações por ele não contempladas expressamente nesses diplomas.

Para situações de perturbação da execução do programa contratual, motivada pela situação pandémica, podemos convocar, essencialmente, como soluções de cariz geral, o regime da alteração das circunstâncias, o da mora e o da impossibilidade da prestação. A este tipo de soluções acresce a possibilidade de renegociação contratual.

São as várias hipóteses de solução que nos propomos a analisar, ainda que com especial ênfase para as soluções legais de cariz geral.

.....
¹ Por exemplo, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Novo Coronavírus e Crise Contratual*, *Anotação ao Código Civil*, AAFDL Editora, pág. 82, defende a aplicação do art. 1040.º do Código Civil a contratos com semelhança com a locação, como o contrato de utilização de loja em estabelecimento comercial, assim como o art. 1227.º do Código Civil a outros contratos de atividade prolongada.

II. REGULAÇÃO CONTRATUAL

No âmbito do direito dos contratos assumem especial preponderância os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, ou não sejam os contratos concebidos como resultado de uma insuprimível liberdade de regulação dos próprios assuntos e interesses que é reconhecida às partes², dentro daqueles que são os limites legais ao concreto conteúdo do contrato — art. 405.º do Código Civil.

A este propósito, importa ponderar que, dentro das balizas impostas pela lei, ordem pública, bons costumes e pela proibição da usura, não existe uma proibição legal de desequilíbrio contratual³, podendo este ser tolerável pelo ordenamento jurídico em prol, precisamente, do poder reconhecido aos particulares de autorregulação dos seus interesses.

O contrato pode dispor validamente de *cláusulas de força maior*, regulando as consequências de certos eventos indomináveis e com consequências inevitáveis⁴, *cláusulas de material adverse change*, permitindo a resolução ou modificação do contrato, em razão da ocorrência de uma alteração adversa das circunstâncias, *cláusulas de sole remedy*, ou seja, cláusulas que determinam ou limitam os meios de reação das parte perante uma perturbação do contrato, designadamente, em face da mora, incumprimento definitivo, perda de interesse, ou alteração das circunstâncias, ou *cláusulas de hardship*, que «estabelecem um dever de renegociar um contrato quando ocor-

² A este propósito, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, 7.ª Edição, págs. 352, 353 e 362.

³ Embora se preveja no art. 237.º do Código Civil, que, em caso de dúvida sobre o sentido da declaração no caso de contratos onerosos prevalece o sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações, revelando que a ordem jurídica prefere o equilíbrio contratual, não obstante admita, em virtude do princípio da liberdade contratual, o desequilíbrio.

⁴ E.g. prevendo a possibilidade de suspensão ou de afastamento de certas obrigações contratuais ou de resolução do contrato em determinadas circunstâncias.

rer uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa, suscetível de afetar o equilíbrio global do contrato)»^{5,6}.

Se as partes, no caso, se socorrerem destas cláusulas e se elas previrem a situação de pandemia, então, à partida, esta regulação contratual prevalecerá sobre o regime legal, podendo mesmo afastá-lo.

Porém, poderá acontecer que tais cláusulas não regulem expressamente a situação de pandemia, gerando um problema de interpretação contratual. Por exemplo, em caso de estipulação de cláusulas de força maior, não há a mínima dúvida que a pandemia é enquadrável nesse conceito de “força maior”, porquanto deve ser considerada um fenómeno natural, ou seja, não provocado pelo homem, que se mostra incontrolável ou inevitável, em si mesmo e nas suas consequências, na medida em que a humanidade não se mostra imune ao vírus e à doença, nem existe ainda vacina concebida. Ainda que o surgimento do vírus ou da doença pudesse ser previsível ou até presumida, tais caracteres não afastam as características da incontrolabilidade ou inevitabilidade, que constituem a pedra de toque do conceito de força maior.

Porém, o facto de as partes não terem expressamente tipificado a pandemia como caso de força maior não exclui, por si, que ela possa ser considerada como tal. Ao invés, obriga a um esforço interpretativo do contrato, no sentido de aferir se essa omissão significa que se pretendeu excluir a pandemia como circunstância integradora do conceito pressuposto na cláusula ou não.

⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e outro, “A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias”, in *Juris et de Jure nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998: 17-40, págs. 21-22.

⁶ Veja-se, a este propósito, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Novo Coronavírus e Crise Contratual*, ob. cit. pág. 81.

III. REGULAÇÃO LEGAL

A. A ALTERAÇÃO ANORMAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS

O regime do instituto da alteração anormal das circunstâncias vem previsto nos arts. 437.º a 439.º do Código Civil, encontrando-se a sua previsão fundamental no art. 437.º, dotado do seguinte teor.

“Artigo 437.º

(Condições de admissibilidade)

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.

Este normativo legal, procurando equilibrar a justiça contratual, enfraquece a força vinculativa dos contratos — n.º 1 do art. 406.º do Código Civil —, por legitimar o seu termo ou a sua modificação em caso de superveniência de circunstâncias excecionais.

Seguindo de perto Paulo Mota Pinto⁷, celebrado um contrato, e dando como assente a sua força vinculativa e a estabilidade e pertinência dessa vinculação, as circunstâncias de facto e de direito que o rodeiam podem alterar-se em termos de o contrato, tal como foi celebrado, deixar de corresponder ao interesse de ambas as partes. Pelo que o problema que surge é saber em que consiste a alteração das circunstâncias, se elas podem conduzir à resolução ou modificação do contrato e, na afirmativa, em que termos.

⁷ *Direito Civil Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2018, 1.ª Edição, págs. 469 e 470.

As circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar têm sido reconduzidas à ideia de “base do negócio”. A perturbação da base de negócio implica que as circunstâncias pressupostas pelas partes falharam e que, se elas tivessem previsto essa mesma falha, não teriam concluído esse negócio ou não o teriam celebrado nos termos em que o fizeram.

Não se distingue no normativo entre a base de negócio subjetiva, ou seja, aquela que foi representada pelas partes como essencial, e a base de negócio objetiva, ou seja, o circunstancialismo contextual em que as partes assentaram a decisão de contratar, pelo que concordamos com Paulo Mota Pinto⁸ quando defende que ambas recebem idêntico tratamento jurídico⁹. Assim, a base do negócio engloba tanto as circunstâncias cuja subsistência as partes conscientemente consideraram necessárias, como também aquelas que, ainda que não previstas ou cognoscíveis pela parte aquando da celebração do contrato, são necessárias para que não se frustre o respetivo fim ou para que não se perturbe, de modo inaceitável, o equilíbrio contratual.

A alteração da base do negócio deve ser anormal, sendo assim entendida a alteração anómala, inabitual ou imprevisível¹⁰, embora também já se tenha entendido que a imprevisibilidade pode ser dispensada nos casos em que a boa fé obrigaria a outra parte a aceitar que o contrato ficasse dependente da manutenção da circunstância alterada¹¹.

.....
⁸ Ob. cit., págs. 477 e 478.

⁹ Contra, defendendo o carácter puramente objetivo da base do negócio, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações. Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, Almedina, Coimbra, 2017, 3.ª Edição, pág. 555 e ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Novo Coronavírus e Crise Contratual*, ob. cit., pág. 64.

¹⁰ Contra a ideia de imprevisibilidade, preferindo os juízos de normalidade ou anormalidade, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit. pág. 320.

¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/5/2014, citado por CATARINA MONTEIRO PIRES, in *Contratos. I. Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2020, pág. 189, nota de rodapé n.º 743.

A boa fé, como pressuposto do instituto da alteração anormal das circunstâncias, afasta as alterações sem implicações relevantes no contrato. Assim, só se aplica o mecanismo do art. 437.º do Código Civil se uma pessoa de boa fé, confrontada com aquela alteração anormal, se absteria de exigir o cumprimento estrito do contrato, desconsiderando o desequilíbrio na justiça interna daquele que ela implicou.

Finalmente, importa atentar que a alteração anormal não se pode considerar contida nos riscos próprios do contrato, o que convoca a necessidade de interpretação deste, nomeadamente, de aferição da afetação do risco que nele é feita, designadamente, através de cláusulas de distribuição do risco, ou atentando ao próprio tipo contratual e ao plano de risco que lhe é inerente¹². Ou seja, mostra-se necessário des-cortinar quem, segundo a disciplina do contrato, sofre o "risco da realidade"¹³. Ademais, é relevante para a avaliação do risco que se saiba qual o ambiente económico, político, legislativo, financeiro ou social que rodeou a sua celebração.

Quando as partes estabelecem o regime da imputação de riscos, designadamente, através de cláusulas condicionais ou resolutivas, prevalece esta autorregulação contratual, não se aplicando, à partida, o disposto no art. 437.º do Código Civil, nomeadamente, no pressuposto que a incerteza subjacente ao contrato teve também reflexo no seu preço. Assim, desonerar de risco uma parte que recebeu, como contrapartida da sua assunção, um prémio de risco, consubstanciaria uma vantagem desproporcional.

Nos casos omissos, segundo Carlos Ferreira de Almeida¹⁴, a definição da margem de risco poderia operar através de

.....
¹² ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Novo Coronavírus e Crise Contratual*, ob. cit., págs. 64 e 65, defende que, mesmo nesses casos, é possível aplicar o art. 437.º do Código Civil com fundamento no princípio da boa fé.

¹³ FLUME, citado por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., pág. 319.

¹⁴ Citado por CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos*, ob. cit. pág. 190.

vários critérios, de forma isolada ou conjugada, tais como: a imputação à parte a quem compete a prestação característica, imputação à parte que atua com motivação especulativa, atribuição à parte mais forte, pelo nível de conhecimentos ou pelo poder económico-financeiro e, finalmente, repartição equitativa, através da modificação. Paulo Mota Pinto¹⁵ alude aos critérios selecionados pela doutrina alemã para situações em que falta uma imputação contratual do risco, decorrendo que esta defende que a delimitação das esferas de risco das partes deve operar segundo a tipicidade do risco, da relação jurídica, hábitos negociais, gerais ou usos e expectativas comerciais e, finalmente, segundo o modelo legal da regulamentação, sublinhando-se ainda que, em regra, cada parte no contrato tem de suportar só por si as consequências de eventuais perturbações nas suas motivações ou expectativas ou de eventos que lhe são desfavoráveis, sendo meramente excepcional e subsidiário o regime previsto no art. 437.º do Código Civil.

Já no que tange aos contratos aleatórios, embora não haja unanimidade doutrinal relativamente à aplicabilidade do instituto da alteração anormal das circunstâncias, entendemos que nada obsta a essa aplicabilidade em situações excepcionais, em que a alteração é de tal monta que ultrapassa a álea própria do contrato, designadamente, em virtude de as alterações irem além de quaisquer flutuações previsíveis no momento da celebração do contrato ou do seu risco típico, implicando, conseqüentemente, um desequilíbrio das prestações¹⁶.

Porém, em todos estes casos, o regime do art. 437.º do Código Civil deve funcionar em termos puramente excepcionais e subsidiários, sob pena de se colocar em risco a segurança

¹⁵ Ob. cit., pág. 493.

¹⁶ A este propósito, veja-se PAULO MOTA PINTO, ob. cit., págs. 489 a 504, que desenvolve as diferentes posições assumidas em diferentes ordenamentos jurídicos e cita vasta doutrina nacional a propósito da problemática.

jurídica e a estabilidade das relações contratuais. Ademais, registe-se que o normativo não é aplicável quando a parte que se pretende prevalecer da alteração anormal se encontra em mora, verificando-se aqui também uma situação de imputação legal do risco ao contraente que se encontra em atraso no cumprimento, que passará a assumir o risco de verificação de posteriores desequilíbrios — art. 438.º do Código Civil. Ainda assim, poderá defender-se uma interpretação restritiva do preceito contido no art. 438.º do Código Civil no caso de contratos com prestações sucessivas. Pedro Pais de Vasconcelos considera, na senda de Oliveira Ascensão, que, nesses casos, justifica-se que a parte não possa invocar o regime da alteração anormal das circunstâncias em relação à prestação em mora, mas já o possa fazer no que respeita às prestações ainda não vencidas ou em relação às quais não estivesse em mora ao tempo da alteração das circunstâncias¹⁷.

Finalmente, temos a referir que a jurisprudência tem assinado, com pertinência, em nosso entendimento, a exigência de uma ligação causal entre a situação anormal e a perturbação registada. Assim, não se provando, por exemplo, uma degradação da situação económica da parte em virtude da crise pandémica, não poderia aplicar-se o instituto¹⁸.

¹⁷ Ob. cit., pág. 322.

¹⁸ Vide os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/1/2013, este relatado pelo sr. Conselheiro Orlando Afonso, onde se decidiu «Muito embora a crise económico-financeira possa criar desequilíbrios económicos suscetíveis de provocarem alterações anormais das circunstâncias, nem todos os incumprimentos — em tempos de crise — se ficam a dever a essa alteração das circunstâncias. É necessário que haja uma correlação direta e demonstrada factualmente entre a crise económica geral e a atividade económica concreta de determinado agente para que se possa falar de uma alteração anormal das circunstâncias. Não resultando provado nos presentes autos que a degradação da capacidade económica da autora — e que a conduziu à impossibilidade de satisfazer as obrigações assumidas com o réu — se tenha ficado a dever à crise económica internacional, não está configurada a previsão do n.º 1 do art. 437.º do Código Civil», e de 23/1/2014, relatado pelo sr. Conselheiro Granja da Fonseca, onde se escreve que “as alterações da taxa

Tudo isto posto, impõe-se aferir se este instituto é convocável ou não no contexto da SARS-CoV-2/Covid-19.

A situação pandémica insere-se no conceito de “grandes alterações de circunstâncias”, sendo, conseqüentemente, suscetível de fundamentar a aplicabilidade do instituto previsto no art. 437.º do Código Civil.

Porém, em concreto, o preenchimento do requisito da “anormalidade” desta circunstância exige a ponderação do momento em que o contrato foi celebrado. A imprevisibilidade dos efeitos emergentes da Covid-19 é inversamente proporcional à sua evolução. Assim, se em agosto de 2019 não há dúvidas que não era previsível uma situação pandémica a curto prazo, mais dúvidas se começam a colocar a partir de janeiro de 2020, em que o vírus, já presente na China, passou a ser efetivamente divulgado e a merecer maior relevância a nível nacional; porém, mesmo nesta fase, admite-se que continua a verificar-se o pressuposto da anormalidade. Ainda mais interrogações se levantam a partir do momento em que ele chega à Europa, em particular, a Itália, dado que a previsibilidade do vírus e do seu alastramento cresce. Finalmente, com os primeiros casos a surgirem em Portugal, entendemos ser já de afastar o requisito da anormalidade. Sem prejuízo do exposto, dúvidas não parecem existir que, a partir do momento em que é decretada a situação de pandemia pela OMS e aconselhadas e, efetivamente, adotadas, medidas de confinamento, não faz sentido defender a anormalidade do evento.

Saber se o contrato abarca ou não o risco de pandemia depende da sua concreta interpretação. Se no âmbito do direito financeiro será mais fácil responder afirmativamente,

.....

de juro e de esforço; o desemprego e a desvalorização da moeda, mais a mais desacompanhada da invocação das concretas circunstâncias de vida dos autores à data da outorga dos contratos-promessa, não são fundamentos ligados à ideia de imprevisibilidade.”, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

noutros tipos contratuais, como a compra e venda, a empreitada e outros contratos de prestação de serviços, o mútuo bancário ou o arrendamento, a resposta será tendencialmente negativa, abrindo-se, conseqüentemente, a porta ao funcionamento do instituto. Note-se, porém, que a existir regulação legislativa, poderá ver-se afastado este regime legal. Assim, por exemplo, no caso de contrato de arrendamento habitacional celebrado antes de março de 2020, altura em que ainda admitimos verificado o requisito da anormalidade, o senhorio não poderá invocar a alteração anormal das circunstâncias para fundar a resolução contratual numa situação em que o arrendatário, que preenche os pressupostos de quebra de rendimentos previstos no art. 3.º da Lei n.º 4-C/2020 de 2020-04-06, pretende exercer a moratória que lhe é concedida pelo art. 4.º do mesmo diploma legal.

Na verdade, para situações de quebra de rendimentos dos arrendatários habitacionais e não habitacionais, o legislador permitiu a mora e impediu que ela funcionasse como fundamento de extinção contratual, em particular, mediante resolução, ou de desocupação do imóvel — arts. 3.º, 4.º, 7.º e 8.º e n.º 1 dos arts. 9.º e 10.º, todos da Lei n.º 4-C/2020 na sua redação atual. Já para as demais situações não abrangidas pela “legislação da pandemia” criada para os contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, entendemos que dificilmente terá aplicabilidade o art. 437.º do Código Civil. Poder-se-á conceber uma situação de perda de rendimentos ou de desemprego do arrendatário emergente da crise económica que decorre ou decorrerá da situação da pandemia, mas entendemos que soçobrarão os requisitos da anormalidade e da ultrapassagem dos riscos próprios do contrato que legitimam o recurso ao instituto.

Verificados os requisitos supra delineados para a alteração anormal das circunstâncias, assistirá à parte lesada o direito

à resolução do contrato ou à modificação deste segundo juízos de equidade.

Poder-se-á questionar se existe hierarquia legal entre estes dois meios, constituindo posição maioritária da doutrina a de que a solução de modificação do contrato, privilegiando o *favor negotii*, deve preferir à da resolução, conquanto a modificação ainda permita restaurar o sentido originário do contrato e a sua equação económica genética. Já se, da modificação do contrato, se concluir que as partes, ou uma delas, não teria celebrado o negócio com aquele conteúdo, deverá recorrer-se à resolução, que seguirá o regime geral previsto nos arts. 432.º a 436.º do Código Civil. Não obstante o exposto, parece ser lícito à parte lesada requerer, em primeira linha, a resolução contratual, se entender que a modificação é inviável, por não permitir repor o equilíbrio contratual genético; neste caso, a contraparte pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação, de acordo com o n.º 2 do art. 437.º do Código Civil. Em tal situação, o Tribunal deverá aferir se se reúnem os pressupostos da modificação, apenas partindo para a resolução caso conclua que aquela não permite restaurar a justiça interna do contrato, segundo a sua equação económica originária.

Embora esta solução não seja unívoca, parece-nos que tanto a resolução¹⁹ como a modificação do contrato poderão operar extrajudicialmente. Porém, se à parte lesada assiste provocar a modificação do contrato, já não se lhe atribui um efetivo direito ao contrato modificado, nem um direito potestativo à modificação. Para obter esse efeito modifica-

.....
¹⁹ Não obstante a expressão “Requerida a resolução” contida no n.º 2 do art. 437.º do Código Civil, que poderia apontar para a necessidade de um pedido judicial de resolução, inexistente norma expressa e inequívoca a impor a resolução judicial, sendo certo que o normativo citado vem no seguimento do art. 436.º do Código Civil que preceitua no seu n.º 1, que «a resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte».

tivo, exige-se ou um acordo entre os contraentes ou, na sua ausência, uma sentença judicial, proferida à luz de juízos de equidade. Já o juiz não poderá, oficiosamente, proceder à modificação do contrato, sob pena de nulidade da sentença, por condenação para além do pedido — al. e) do n.º 1 do art. 615.º do Código de Processo Civil.

B. A IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

A pandemia originou a aprovação de legislação excepcional, que proibiu ou restringiu o exercício de variadas atividades económicas, de ensino ou formação — e.g. foi suspenso o acesso ao público dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas que disponham de espaços destinados a dança ou onde habitualmente se dance, assim como as atividades de comércio de velocípedes, veículos automóveis e motociclos, tratores e máquinas agrícolas, navios e embarcações; foram ainda suspensas as atividades letivas e não letivas e formativas, assim como o ensino da condução —, assim como condicionou a liberdade de circulação — e.g. a declaração da situação de calamidade no município de Ovar impôs uma cerca sanitária municipal, implicando como regra a interdição das deslocações por via rodoviária de e para o município de Ovar; também se estabeleceu a obrigatoriedade de confinamento obrigatório de cidadãos com COVID-19, de infetados com SARS-Cov2 e de cidadãos em vigilância ativa pelas autoridades de saúde.

A ilegalidade do exercício de determinadas atividades ou da circulação de pessoas e bens, conduz à impossibilidade — jurídica — da correspondente prestação.

Por outro lado, a própria situação pandémica e as repercussões práticas que teve no funcionamento de várias empresas criaram situações de verdadeira impossibilidade, nomeadamente, quando a obrigação tinha um prazo fixo que decorreu sem a correspondente prestação.

Assim, importa restringir a nossa análise aos casos em que a pandemia impossibilitou o efetivo cumprimento da obriga-

ção contratual, afastando-se desse pressuposto causal as situações de incumprimento ou de impossibilidade imputável às partes ou a uma delas²⁰. Também não se verifica a impossibilidade da prestação, mas verdadeiro incumprimento ou mora, nas hipóteses em que o devedor não efetuou a sua prestação, invocando a impossibilidade, mas sem que se verificassem os respetivos pressupostos.

A impossibilidade pressupõe a insusceptibilidade de realização da prestação, mesmo com esforços ou dispêndios adicionais. Pode ser definitiva, se a prestação é irrecuperável, ou temporária, se, ao invés, é recuperável, ou seja, se pode ainda ser realizada; objetiva, se é impossível para qualquer pessoa, ou subjetiva, se respeita apenas ao devedor; total, se toda a prestação é globalmente afetada, não podendo ser realizada, ou parcial, se parte dessa prestação ainda é suscetível de ser oferecida pelo devedor. Já no que tange ao critério de imputação, pode ser imputada ao credor ou ao devedor.

A impossibilidade objetiva, definitiva e total tem efeito extintivo da prestação, nos termos do art. 790.º do Código Civil, e, em regra, exoneratório da contraprestação²¹, inexistindo dúvidas que a pandemia, enquanto causa de força maior, se inclui no âmbito de previsão da norma, conquanto, claro

²⁰ No que tange à impossibilidade imputável ao devedor, o legislador foi claro em fornecer uma matriz subjetiva, exigindo uma impossibilidade culposa, ou seja, que o devedor tenha agido aquém do devido ou desenvolvido esforços ou dispêndios inferiores ao que lhe eram exigíveis. Já no que toca à impossibilidade imputável ao credor não se fixou um critério legal evidente, divergindo, conseqüentemente, a doutrina na adoção de uma vertente subjetiva, que pressupõe um ato voluntário do credor, que poderá ser culposo ou não, ou de uma vertente objetiva, que prescinde de um comportamento do credor, admitindo também situações de incumprimento relacionadas, por exemplo, com a sua pessoa, coisas ou empresa — neste sentido NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 466.

²¹ Neste caso, o devedor fica exonerado do dever de prestar sem incorrer em qualquer responsabilidade, sendo o credor a suportar o risco da impossibilidade.

está, tenha sido ela a causa da impossibilidade do cumprimento da prestação. Nessa linha de raciocínio, importa ainda ponderar se o devedor teve algum contributo na verificação do resultado impossibilitado, nomeadamente, aferir se poderia ou não ter adotado medidas para evitar ou minimizar esse resultado. A adaptação da conduta do devedor à novidade da pandemia é tão mais exigível à medida que os seus efeitos se foram tornando mais evidentes.

Vários casos relacionados com a pandemia nos parecem subsumíveis ao conceito de impossibilidade temporária, prevista no art. 792.º do Código Civil, quer em virtude das obrigações legais que impunham a não realização da prestação, quer das próprias restrições às deslocações verificadas. A impossibilidade temporária afasta a responsabilidade do devedor pela mora — n.º 2 do art. 792.º do Código Civil. Porém, se o devedor se encontrava já em mora na prestação, não se aplica este regime, mas, sim, o da mora, relevando aqui o disposto no art. 807.º do Código Civil quanto ao risco, ou o da impossibilidade imputável ao devedor, que conduzirá à extinção da obrigação — n.º 1 do art. 790.º aplicado analogicamente —, sem prejuízo da responsabilidade civil daí emergente. Acresce ainda que a impossibilidade só é temporária enquanto se mantiver o interesse do credor, de acordo com o n.º 2 do art. 792.º do Código Civil, ou não tiver decorrido o prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, mediante aplicação analógica do n.º 1 do art. 808.º do Código Civil.

No que toca às obrigações genéricas, ou seja, àquelas cujo objeto da prestação se encontra apenas determinado quanto ao género e quanto à quantidade — art. 539.º do Código Civil —, o pressuposto da impossibilidade é mais exigente, na medida em que o devedor não fica exonerado da sua obrigação pelo facto de perecerem aquelas com que se dispunha a cumprir — art. 540.º do Código Civil. Assim, tratando-se

de obrigações genéricas, o facto de, em virtude da pandemia, ter ficado indisponível uma certa matéria-prima que o devedor tinha destinado ao cumprimento da obrigação não consubstancia impossibilidade, do mesmo modo que o mero atraso no seu fornecimento, com o conseqüente atraso no cumprimento da prestação pelo devedor, não poderá deixar de se repercutir na sua esfera de responsabilidade, podendo haver mora ou mesmo incumprimento da sua parte.

Acresce ainda que a situação pandémica originou situações de modificação do objeto da prestação decorrente da legislação da pandemia ou da vontade das partes. Ao nível da modificação imposta por legislação, pensamos, nomeadamente, no ensino, que, inicialmente suspenso, retomou, embora em moldes distintos dos inicialmente preconizados, com a realização de aulas à distância. O legislador permitiu a manutenção do valor das propinas nas universidades, não obstante a não realização de aulas presenciais, fazendo equiparar a essa prestação inicialmente convencionada a prestação de aulas à distância²². Já havendo acordo das partes quanto à modificação, poder-se-á convocar o regime jurídico da novação [objetiva] da obrigação, nos termos do art. 857.º do Código Civil.

A impossibilidade poderá revelar-se meramente parcial, permitindo ao devedor exonerar-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, a contraprestação ser proporcionalmente reduzida, de acordo com o n.º 1 do art. 793.º do Código Civil. No caso dos contratos onerosos,

.....

²² O art. 2.º da Lei n.º 7/2020 de 2020-04-10 estipulou que deve ser assegurado pelas instituições de ensino superior o ensino à distância enquanto vigorarem as medidas restritivas quanto ao ensino presencial e que no caso de não ser assegurado o ensino à distância, as instituições de ensino superior devem proceder ao reajustamento da propina devida pela frequência no ensino superior. Porventura solução idêntica deveria ter sido adotada em relação aos colégios privados, tendo-se colocado dúvidas se era ou não devida a mensalidade convencionada e em que termos.

essa redução poderá processar-se nos termos previstos para a compra e venda, ou seja, se houver discriminação das várias parcelas do preço, a redução corresponderá ao preço da parcela respeitante à prestação impossível; na falta de discriminação, haverá de avaliar-se a prestação não cumprida. Todavia, o credor pode resolver o negócio se não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação — n.º 2 do art 793.º do Código Civil. O critério para a resolução é o do interesse subjetivo do credor, porém, mitigado por um crivo objetivo, afastando-se motivos fúteis ou irrelevantes para a liquidação da relação contratual mediante resolução. Essa liquidação deverá operar mediante aplicação analógica do disposto no n.º 1 do art. 795.º do Código Civil, ou seja, ou libertando-se o credor do pagamento do preço, ou recuperando-o, mediante a aplicação das regras do enriquecimento sem causa.

As soluções *supra* aventadas para o caso de impossibilidade total ou parcial não se colocam em idênticos moldes nos casos dos contratos com eficácia real ou através dos quais operou a transferência do direito real, pois que nestes importa ponderar o regime do risco do perecimento ou deterioração da coisa previsto no art. 796.º do Código Civil. Na verdade, se o risco se transmitiu com o contrato e se a coisa vem a perecer no todo ou em parte, o comprador não perde o dever de efetuar a sua contraprestação *in totum*, ou, em caso de resolução, terá sempre de proceder ao pagamento do preço correspondente à parte da coisa perecida ou à sua totalidade. Porém, se é o alienante que conserva a coisa, em virtude de termo constituído em seu favor, é ele que suporta o risco do negócio e, conseqüentemente, em caso de deterioração ou perecimento da coisa, poderá perder o direito à sua contraprestação ou ter de devolver o montante pago — n.º 2 do art. 796.º do Código Civil.

Já em caso de obrigações alternativas, de acordo com o art. 545.º do Código Civil, a impossibilidade não imputável às partes acarreta que a obrigação se considere limitada às prestações que forem possíveis.

Releva ainda ponderar que o agravamento da situação económica ou financeira do devedor ou a falta de meios pecuniários motivada pela crise subsequente à Covid-19 não constitui fundamento de impossibilidade. Diferentes destas hipóteses encontram-se as de *impossibilidade relativa* derivadas do facto de o cumprimento da prestação obrigar a esforços e a dispêndios desproporcionais ao benefício ou interesse do credor ou superiores aos inicialmente projetados. Para estes casos, de *difficultade excessiva* ou de *onerosidade excessiva*, tem sido convocado o princípio da boa fé ou do abuso de direito como forma de exonerar o devedor da sua prestação, sem prejuízo da possibilidade de indemnização equitativa dos prejuízos causados ao credor, por via, por exemplo, da aplicação analógica do disposto no art. 489.º do Código Civil, que prevê a indemnização por pessoa não imputável²³.

Note-se ainda que se a prestação se torna impossível, então não há lugar ao regime da alteração anormal das circunstâncias acima analisado.

Uma última palavra para referir brevemente a figura do “*commodum*” de representação, previsto no art. 794.º do Código Civil, que permite ao credor, em caso de impossibilidade e em substituição da prestação originária, exigir ao devedor a prestação da coisa que ele adquiriu em virtude do facto que tornou impossível a prestação ou substituir-se ao devedor na titularidade de um direito que este adquiriu contra terceiro em virtude desse mesmo facto impossibilitan-

²³ Nesse sentido P. CORREIA HENRIQUES, citado por BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág. 175.

te. O “*commodum*” pressupõe, pois, que o devedor, em virtude de a prestação se ter tornado impossível, adquiriu um direito ou uma coisa. Pretende-se com esta norma compensar o credor pela perda do seu direito à contraprestação e, em simultâneo, corrigir o “enriquecimento” que o devedor obteve por força do não cumprimento da prestação, embora por facto que não lhe é imputável. Assim, por via do exercício do “*commodum*” pelo credor, este poderá obter o que o devedor recebeu no seu património, até ao limite do que receberia, se a prestação tivesse sido cumprida. Nessa medida, o credor que exercer o “*commodum*” não fica exonerado ao pagamento da contraprestação.

C. A MORA DO CREDOR

Facilmente são concebíveis atrasos no cumprimento da prestação provocados pelo impacto da Covid-19, seja em decorrência da própria doença em si mesma considerada, seja em virtude da legislação que dela emanou. A relevância desse atraso coloca-se no prisma do credor, dado que o n.º 2 do art. 804.º do Código Civil, ao erigir como requisito da mora do devedor a sua imputação ao devedor²⁴, torna, em nosso entendimento, irrelevante o atraso no cumprimento da prestação por parte do devedor que seja motivado pela pandemia, sem prejuízo de estipulação contratual diversa. Ou seja, em regra, a mora do devedor depende de um ato culposo deste ou da ausência de uma exceção ou circunstância invocável que justifique a falta ou o retardamento da indemnização; noutras palavras, o atraso tem de ser “ilícito”. Assim, os atrasos no cumprimento que decorram diretamente da pandemia e que não pudessem ter sido mitigados ou eliminados pelo devedor não geram mora por parte deste. Tal como não existe mora do devedor se o atraso no cumprimento da obrigação deriva de impedimento legal ao cumprimento.

.....
²⁴ Referimo-nos ao segmento do normativo que preceitua “por causa que lhe seja imputável”.

A situação relativamente ao credor é distinta, na medida em que a sua mora parece não estar dependente de culpa. O art. 813.º do Código Civil utiliza a expressão “sem motivo justificado” para concluir que há mora se o credor, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida ou não pratica os atos necessários ao cumprimento da obrigação. A interpretação dessa expressão divide a doutrina. Existem teorias mais amplas, no sentido de afastar a mora do credor apenas em caso de motivos associados ao devedor, por exemplo, por ter oferecido uma prestação defeituosa ou irregular ou com preterição dos requisitos da boa fé²⁵. Outras, mais restritas, entendem que não haverá mora se o atraso não é censurável, por exemplo, se decorrer de alguma contingência súbita ou imprevisível²⁶.

Pelo que, para quem defende a conceção ampla de mora do credor, a Covid-19 não constituiria motivo justificado para o atraso no cumprimento, pelo que o credor deveria responder pela mora. Assim, estaria em mora o credor que, por obrigação legal, tivesse as suas instalações fechadas e, por via disso, não recebesse as mercadorias que aí lhe iriam ser entregues pelo devedor no prazo estipulado.

Já para as segundas conceções, a solução parece ser diferente, dado que não está em causa uma circunstância imputável ao credor e que lhe seja censurável. Porém, ao nível das consequências da adoção desta segunda conceção, o regime poderá não ser muito distinto, dado que os autores que a defendem acabam por aplicar grande parte do regime da mora *injustificada* à mora *justificada*²⁷.

.....
²⁵ Neste sentido, VAZ SERRA.

²⁶ Defende este entendimento BAPTISTA MACHADO. Nesse sentido também, NUNO PINTO OLIVEIRA. Para maiores desenvolvimentos CATARINA MONTEIRO PIRES, *Contratos...*, ob.cit., págs. 166 a 170 e BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, ob. cit., págs. 199 a 201.

²⁷ Vide MARIA DE LURDES PEREIRA, *Novo Coronavírus e Crise Contratual*, págs. 134 e 135.

Apenas há mora do credor se a prestação ainda é possível. Se o credor se encontra impedido de cooperar, designadamente, por ter perecido ou desaparecido o substrato da prestação que lhe cabia disponibilizar, ou quando o mero atraso inviabilize a prestação, então, não existe mora, mas já impossibilidade ou, eventualmente, incumprimento.

Por outro lado, a mora do credor pressupõe que o próprio devedor não esteja em mora ou se encontre em condições de cumprir a sua prestação. Nessa medida, nestes casos em que o próprio devedor está impedido de cumprir ou não cumpre, não é aplicável o regime da mora do credor. Ou seja, se, por força da legislação da pandemia, nem credor, nem devedor estão legitimados legalmente a prestar, então não é convocável o regime dos arts. 813.º e sgs.

A mora do credor não exonera o devedor do seu dever de prestar. Porém, a sua responsabilidade atenua-se, nos termos previstos no art. 814.º do Código Civil²⁸. Acresce ainda que, estando o credor em mora e dando-se a impossibilidade da prestação, o devedor apenas em caso de dolo — e de negligência grosseira — deverá indemnizar o credor pelos prejuízos resultantes, em afastamento do regime que decorreria do disposto nos arts. 798.º e 801.º do Código Civil, de harmonia com o previsto no art. 815.º do Código Civil. Ademais, o n.º 2 do art. 815.º do Código Civil prevê que se, em caso de mora do credor em contratos bilaterais, a prestação do devedor se torna impossível, este mantém o direito à sua contraprestação, embora os benefícios que tenha obtido com a extinção da obrigação devam ser deduzidos na contraprestação devida.

.....

²⁸ Preceitua este normativo: 1. A partir da mora, o devedor apenas responde, quanto ao objeto da prestação, pelo seu dolo; relativamente aos proventos da coisa, só responde pelos que hajam sido percebidos. 2. Durante a mora, a dívida deixa de vencer juros, quer legais, quer convencionados.

IV. O DEVER DE RENEGOCIAR O CONTRATO

Fora do quadro do art. 437.º do Código Civil, é pertinente questionar se existe um efetivo dever à renegociação do contrato, em caso de alteração das circunstâncias conducente a um desequilíbrio do sinalagma entre as prestações.

Menezes Cordeiro, para as relações obrigacionais de caráter duradouro, considerou que sim, com base no princípio da boa fé²⁹ — n.º 2 do art. 762.º do Código Civil. Idêntico entendimento assumem Nuno Pinto de Oliveira e Catarina Monteiro Pires³⁰, sendo que o primeiro entende que, caso não haja renegociação, o devedor poderia recorrer ao instituto do art. 437.º do Código Civil, mas estaria obrigado a apresentar uma proposta razoável de modificação do contrato, sob pena de não se poder prevalecer deste regime.

Esse dever de renegociação *ex bona fide* conhece graus de intensidade distintos, em função do tipo contratual e da própria relação entre as partes.

Por seu turno, pretende-se recriar o equilíbrio contratual perdido por força da alteração das circunstâncias.

Em caso de incumprimento desse dever de renegociação, seja por efetiva renúncia ao mesmo, seja pela não apresentação de propostas concretas ou razoáveis — comportamento de má-fé durante as negociações —, parece poder defender-se a existência de responsabilidade contratual conducente a uma indemnização tendencialmente coincidente com o interesse contratual negativo.

No caso de renúncia ao dever de renegociar, a verificação e a quantificação do dano pelo interesse contratual negativo não são tão evidentes, nomeadamente, ao nível da

²⁹ Citado por CATARINA MONTEIRO PIRES, "Efeitos da alteração das circunstâncias", *O Direito* 45.º (2013), I-II, pág. 202.

³⁰ Vide CATARINA MONTEIRO PIRES, "Efeitos da alteração das circunstâncias", págs. 202 a 205, e *Contratos...*, ob. cit., pág. 196.

ressarcibilidade dos danos emergentes. Já na hipótese de não apresentação de propostas razoáveis, a indemnização visa repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse iniciado as negociações com vista à modificação contratual, implicando, com isso, o ressarcimento dos custos com a negociação frustrada [dano emergente] e os benefícios que o lesado teria auferido em virtude de oportunidades negociais falhadas se não se tivessem iniciado as negociações [lucro cessante]. Não estando as partes obrigadas a um determinado resultado, no caso, à obtenção de uma efetiva modificação do contrato, mas a, de boa fé e de forma leal, diligenciarem no sentido de obterem essa modificação, o dano indemnizável será o adveniente do incumprimento da obrigação de negociar e não o dano adveniente da frustração da modificação do contrato, este fundado no interesse no cumprimento contratual, ou seja, no interesse contratual positivo.

Como abordámos *supra en passant*, o dever de renegociação contratual poderá também provir diretamente do contrato, designadamente, quando nele são inclusas *cláusulas de hardship*, que prevalecerão em relação ao regime legal na parte que especificamente regulam. No caso de adoção dessas cláusulas, poderá questionar-se se ainda será aplicável o disposto no art. 437.º do Código Civil, nomeadamente, se a situação anormal verificada não tiver sido contratualmente prevista. A resposta não é, à partida, negativa, dependendo, novamente, do resultado adveniente da interpretação do contrato. Nomeadamente, impõe-se aferir se, à luz do seu texto, apenas se poderão considerar anormais as circunstâncias nele consideradas e, igualmente, descortinar a repartição de riscos que nele é feita, de forma a concluir se essa situação anormal foi ou não considerada como risco próprio daquele contrato.

V. CONSIDERAÇÕES AVULSAS SOBRE A REPARTIÇÃO DO RISCO NA PANDEMIA

A situação da pandemia reclamava a intervenção do legislador, nomeadamente, para restabelecer alguma justiça contratual e a segurança jurídica em determinadas relações contratuais por ela afetadas.

Na verdade, a legislação da pandemia conduziu a uma repartição arbitrária do risco³¹, impedindo, por vezes, os credores de aceitarem a prestação, o que se poderá traduzir no dever de a remunerarem sem a receberem, ou os devedores de a cumprirem, privando-os da remuneração. A redistribuição desse risco, a ocorrer, teria de resultar de uma intervenção legislativa.

A este nível, sublinhamos três opções legislativas que vão ao encontro dessa ideia de redistribuição do risco ou de reequilíbrio da justiça contratual.

Começamos pela legislação prevista para as relações contratuais relativas a espaços designados como conjuntos comerciais, em concreto, para os vulgarmente designados contratos de utilização de loja em estabelecimento comercial ou contratos de instalação de lojista em centro comercial.

O estado de emergência determinou a suspensão das atividades de comércio a retalho e das atividades de prestação de serviços em estabelecimentos abertos ao público, com exceção daquelas que prestem serviços de primeira necessidade ou outros serviços considerados essenciais, assim como o fecho dos estabelecimentos ou instalações referentes a atividades proibidas — vide, por exemplo, o Decreto n.º 2-C/2020 e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 2020-04-30.

Consequentemente, no ano de 2020, após a declaração do estado de emergência, a maioria dos lojistas em estabe-

³¹ MARIA DE LURDES PEREIRA, *in Novo Coronavírus e Crise Contratual*, ob.cit., págs. 156 e 157.

lecimento comercial, até dia 1/6/2020³², não logrou explorar as suas lojas. Porém, não ficou imediatamente exonerada do dever de pagamento da renda [fixa], tendo sido prevista, sim, a possibilidade de diferimento desse pagamento — vide os arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 4-C/2020 na sua versão originária.

O legislador, neste âmbito, começou por estabelecer uma moratória no pagamento da renda para os arrendamentos habitacionais e não habitacionais, podendo defender-se que, com esta intervenção legislativa específica de resposta à pandemia, pretendeu excluir a aplicação do disposto no art. 1040.º do Código Civil, que permite a redução da renda em caso de privação ou diminuição do gozo da coisa por motivo não atinente à pessoa do locador, do locatário ou à dos respetivos familiares, embora, no caso de privação ou diminuição não imputável ao locador nem aos seus familiares a redução só ocorra no caso de uma ou outra exceder um sexto da duração do contrato. Esta posição, em nossa ótica, ficou enfraquecida com o aditamento do art. 13.º-A à Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril pela Lei n.º 45/2020, entrada em vigor em 21/08/2020, que estabelece no seu n.º 1 que o *disposto na presente lei não prejudica a existência de regimes mais favoráveis ao arrendatário, decorrentes da lei ou de acordo, celebrado ou a celebrar entre as partes, nomeadamente acordos de perdão de dívida ou acordos de diferimento no pagamento de rendas mais benéficos para o arrendatário*. Deste normativo, portanto, parece resultar que a intenção do legislador não foi derrogar a aplicação de regimes legais ou mecanismos de renegociação contratual que pudessem ser mais favoráveis ao arrendatário, tido como a parte mais fraca.

.....

³² Situação idêntica veio a verificar-se no ano de 2021, a partir de 15/1/2021, em virtude da renovação da declaração do estado de emergência e respetiva regulamentação — arts. 15.º e 44.º do Decreto n.º 3-A/2021, de 14 de janeiro. A generalidade das lojas em centros comerciais pôde abrir em 19/4/2021, de acordo com o Decreto n.º 7/2021 de 17 de abril.

Tanto assim que no n.º 2 do mesmo normativo legal se dispôs que “nos casos de arrendamento não habitacional, existindo acordo previamente celebrado que estabeleça condições menos favoráveis para o arrendatário, o mesmo fica sem efeito mediante comunicação a enviar pelo arrendatário, no prazo de 30 dias após a entrada em vigor da Lei n.º 45/2020, de 20 de agosto, para a morada do senhorio constante do contrato de arrendamento ou da sua comunicação imediatamente anterior, através da qual o arrendatário manifesta a intenção de aplicar o presente regime”.

Acresce ainda que, com a segunda alteração à Lei n.º 2/2020, de 31 de março [Orçamento do Estado para 2020], operada com a Lei n.º 27-A/2020, introduziu-se o n.º 5 do artigo 168.º-A, que preceitua que *“nos casos em que sejam aplicáveis formas específicas de contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais, não são devidos quaisquer valores a título de rendas mínimas, até 31 de dezembro de 2020, sendo apenas devido aos proprietários dos centros comerciais o pagamento da componente variável da renda, calculada sobre as vendas realizadas pelo lojista, mantendo-se ainda a responsabilidade, da parte dos lojistas, pelo pagamento de todas as despesas contratualmente acordadas, designadamente as referentes a despesas e encargos comuns”*.

No normativo em apreço, o legislador destriça a renda mínima — ou fixa —, a renda variável e as despesas contratualmente acordadas, refletindo as particularidades dos “contratos de instalação de lojista em centro comercial” ou “de utilização de loja em centro comercial”. Tratam-se de contratos legalmente atípicos ou inominados, caracterizados pela cedência do gozo da loja para o exercício de uma dada atividade num complexo imobiliário, composto por diversas lojas com comércios e serviços variados e complementares e por espaços comuns de lazer. Essa combinação entre a ex-

ploração individual da loja e a sua integração num complexo de espaços comerciais e de serviços conexos mais vasto está normalmente refletida no valor e na forma de cálculo da contrapartida monetária acordada para a exploração e o usufruto da loja e de todo o espaço e serviços a ela inerentes. Nessa conformidade, em regra, o lojista paga uma remuneração fixa mínima, como contrapartida da utilização da sua loja, e uma retribuição variável, calculada por referência a uma percentagem do valor da faturação bruta mensal, que só é devida na parte em que exceda o valor da parcela fixa, como pagamento dos serviços de gestão prestados pela entidade responsável pelo conjunto³³.

Ademais, o lojista tem de contribuir para os encargos com a manutenção e organização do centro comercial [e.g. serviços de limpeza, vigilância, promoção e animação] e, finalmente, paga uma quantia inicial, designada de “reserva de ingresso”, a título de remuneração pelo acesso ao empreendimento de conjunto, cuja criação envolveu a realização de estudos de viabilidade e de pesquisa de mercado, conducentes à criação de uma estrutura de maior valor acrescentado, que, alegadamente, lhe permitirá maior faturação do que, por exemplo, uma loja de rua.

Assim, a discussão sobre a justeza ou não da obrigação de pagamento da integralidade da retribuição ou das despesas durante o período em que o lojista se viu impedido de explorar o seu negócio, dever-se-ia centrar essencialmente na renda fixa, pois que parece evidente que o valor das despesas e dos encargos comuns que continuassem a ser realizados durante o período de encerramento das lojas manter-se-ia devido, do mesmo modo que a componente variável da renda, porque pressupõe o funcionamento da atividade e, in-

³³ Seguimos aqui de perto o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26/2/2015, relatado pela sra. Desembargadora Maria Catarina Manso, disponível em www.dgsi.pt.

vitavelmente, reflete a quebra da faturação provocada pela "ilegalidade" da exploração da loja, também permitiria, pela sua flexibilidade, refletir o equilíbrio contratual e o prejuízo adveniente da vigência da "legislação da crise".

Na Lei n.º 27-A/2020, através do n.º 5 do seu artigo 168.º-A, o legislador adotou uma solução legal imperativa, que afasta qualquer acordo em contrário das partes e tem como efeito uma efetiva redução, ou mesmo eliminação, da renda devida pelo lojista de centro comercial, dado que suprime a componente fixa da renda, precisamente aquela que seria a renda mínima devida neste tipo de contratos e, por fim, exclui a possibilidade de moratória, prevista no artigo 8.º da Lei n.º 4-C/2020 — n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 4-C/2020, na redação introduzida pela Lei n.º 45/2020, de 2020-08-20.

A Lei n.º 27-A/2020 não estabelece qualquer norma específica quanto à produção de efeitos do n.º 5 do artigo 168.º-A, nomeadamente, não especifica a partir de quando é que se aplica a imposição da exoneração da renda fixa, pelo que, à primeira vista, o normativo teria entrado em vigor no dia 25 de julho de 2020, coincidindo com a própria entrada em vigor da Lei n.º 27-A/2020, sem carácter retroativo — ver o art. 26.º da Lei n.º 27-A/2020. Ou seja, nessa linha de raciocínio, apenas as rendas fixas vencidas após o dia 25 de julho de 2020 deixariam de ser devidas.

Sucede que a Assembleia da República aprovou a Lei n.º 4-A/2021, de 1 de fevereiro, entrada em vigor em 2 de fevereiro de 2021, lei essa que visa clarificar o regime excecional aplicável aos contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais, através de uma norma interpretativa da Lei n.º 2/2020, de 31 de março, na redação introduzida pela Lei n.º 27-A/2020.

No n.º 1 do seu art. 2.º, normativo com a epígrafe "Norma interpretativa", esclareceu-se que "o disposto no n.º 5 do artigo

168.º-A da Lei n.º 2/2020, de 31 de março aplica-se ao período compreendido entre 13 de março e 31 de dezembro 2020".

E, finalmente, no seu art. 3.º, fez-se consignar que o disposto no apontado normativo tem natureza interpretativa, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho.

Portanto, por via desta pretensa lei interpretativa, os lojistas em centros comerciais beneficiaram de uma efetiva exoneração do pagamento da renda mínima desde 13 de março a 31 de dezembro de 2020 e não, como nos parecia decorrer da Lei n.º 27-A/2020, a partir de 25 de julho de 2020.

Considera-se lei interpretativa aquela que intervém para decidir uma questão de direito cuja solução é controvertida ou incerta, consagrando um entendimento a que a jurisprudência, pelos seus próprios meios, poderia ter chegado³⁴.

A declaração, feita pelo legislador, de que certa lei tem carácter interpretativo equivale a uma cláusula de retroatividade, posto que os seus efeitos retroagem à data da entrada em vigor da lei interpretada³⁵. Como se preconiza no art. 13.º do Código Civil, a lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por atos de análoga natureza.

Ora, no caso específico em análise, a retroatividade do diploma legal verifica-se em duas vertentes. Por um lado, o legislador previu que os efeitos da norma interpretativa se produziam desde a entrada em vigor da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, como, ademais, estabeleceu que a solução legislativa de exoneração da renda fixa operava em relação

³⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 62, em anotação ao art. 13.º do Código Civil.

³⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob. cit., pág. 62, citando BAPTISTA MACHADO.

ao passado, coincidindo parcialmente com uma altura em que não existia sequer lei especial aplicável aos arrendamentos não habitacionais, pois que essa exoneração se aplica a partir de 13 de março.

Ora, mesmo de acordo com o n.º 1 do art. 12.º do Código Civil, a lei só dispõe para o futuro e ainda que lhe seja atribuída eficácia retroativa, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

Assim, destes normativos parece decorrer que, não obstante a alegada natureza interpretativa da Lei n.º 4-A/2021 e a previsão da sua retroatividade, esta retroatividade não pode colidir com os efeitos jurídicos já produzidos pelos factos passados [o legislador nem mesmo os ressalvou, designadamente, estabelecendo que a retroatividade da lei importaria a restituição de montantes já pagos], sob pena de violação do princípio da proteção da confiança, subjacente ao art. 2.º da Constituição da República Portuguesa. Ou seja, tendo havido, por exemplo, pagamento integral ou parcial de rendas fixas, não nos parece que seja defensável a devolução do valor das rendas pagas, e, sendo assim, a solução legal cria uma diferença prática de tratamento entre lojistas, prejudicando aqueles que cumpriram com a sua prestação, seja a originária, seja a que emergiu de uma renegociação com o proprietário da loja ou explorador do centro comercial, em relação àqueles que se limitaram a não proceder a qualquer pagamento.

Por outro lado, entendemos que não estamos verdadeiramente perante uma lei interpretativa, dado que o texto da lei interpretada não consentia a solução ora preconizada pelo legislador. Na verdade, como começámos por referir, a Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho não consagra qualquer cláusula de retroatividade, nem estabelece data específica para a produção dos efeitos do disposto no n.º 5 do art. 168.º-A. E diga-se que, contrariamente ao que sucede neste ponto, o

diploma fê-lo expressamente para outros normativos, o que, em nosso entendimento, confirma o carácter inovador desta solução denominada de interpretativa — e.g. no seu artigo 25.º estabelece que o disposto no artigo 9.º produz efeitos à data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março e que os anexos IV e V produzem efeitos a 1 de julho de 2020; também no n.º 4 do art. 77.º-B aditado à Lei n.º 2/2020, de 31 de março, pelo art. 3.º da Lei n.º 27-A/2020, se estabelece que “o presente artigo produz efeitos a 18 de março de 2020”.

Outra questão que se coloca é a da constitucionalidade material da própria medida legislativa.

A solução refletida no n.º 5 do artigo 168.º-A da Lei n.º 2/2020, na redação conferida pela Lei n.º 27-A/2020, suprime um direito de crédito — a renda mínima ou fixa — que emergia para os proprietários ou gestores dos centros comerciais do exercício legítimo da autonomia privada, posto que esse direito tinha fonte contratual.

Acresce que, considerando a natureza injuntiva da norma, ela afasta qualquer possibilidade de os proprietários ou gestores dos centros comerciais conduzirem as suas atividades económicas e conformarem as suas relações contratuais, designadamente, acordando com os lojistas a redução do valor das rendas fixas e/ou variáveis ou prevendo o perdão da renda variável. E, veja-se que, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 42/XIV/1.º, de 25/6/2020, que vem alterar a Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, modificando o seu art. 8.º [diferimento de rendas de contratos de arrendamento não habitacionais] e aditando os arts. 8.º-A [dever de comunicação e proposta de acordo] e 13.ºA [regimes mais favoráveis], havia-se referido que *“em alguns casos, quer os senhorios pessoas singulares, quer os senhorios pessoas coletivas, nomeadamente, os proprietários dos imóveis onde funcionam conjuntos comerciais, foram mais longe do que o regime legal prescrevia [aludindo-se aqui ao regime da moratória], negociando acordos de perdão de dívida, total ou parcial, das rendas que se venceram durante*

os estados de emergência e de calamidade ou estabelecendo um regime de pagamento mais favorável ao arrendatário." Ou seja, o legislador, mesmo admitindo que houve efetivas negociações e que estas incluíram, inclusive, perdões de dívida, veio introduzir um regime legal que afasta essa possibilidade de autoconformação dos contratos, ingerindo-se na autonomia e liberdade privadas e despojando uma determinada parte contratual da principal componente da retribuição que lhe era contratualmente devida.

Pelo que a solução alcançada inequivocamente que representa uma restrição dos direitos fundamentais ao desenvolvimento da personalidade, na sua subdimensão de tutela da autonomia privada e da liberdade contratual³⁶, à propriedade privada e à livre iniciativa económica privada de que são titulares os proprietários e gestores dos centros comerciais, nos termos, respetivamente, do n.º 1 do art. 26.º e dos artigos 62.º e 61.º da Constituição.

Dentre estes direitos, apenas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade integra taxativamente o elenco dos «direitos, liberdades e garantias».

.....

³⁶ Como se escreve no recente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 299/2020 de 18 de setembro de 2020, "o princípio da autonomia privada tem dignidade constitucional, podendo ser inferido dos preceitos que consagram a liberdade no desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º), a liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º) e o próprio direito constitucional à propriedade, pois — como se refere no Acórdão n.º 421/2009 — a "propriedade" também é "um pressuposto da autonomia das pessoas.

Tal como o direito de propriedade, a autonomia privada e a liberdade contratual existem na medida em que, direta ou indiretamente, o legislador permite e delinea. Porém, para além da previsão de normas jurídicas imperativas que enquadrem socialmente a propriedade e a liberdade contratual, existe um espaço de autodeterminação individual que implica, por parte do Estado, dever de abstenção. A Constituição «recebe, como princípio de valor, a autonomia privada, não deixando dúvidas de que não quer destruir nem apoucar o livre desenvolvimento da personalidade, a livre iniciativa económica, a liberdade negocial, a propriedade privada, a família ou o fenómeno sucessório» (Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.º ed., Almedina, pág. 242)".

Porém, tanto o direito de propriedade³⁷, como o direito à livre iniciativa económica³⁸, revestem-se de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias», compartilhando, por isso, do regime específico destes, nos termos do art. 17.º da Constituição da República Portuguesa, em particular, gozando da regra da proibição da retroatividade imposta para a

.....
³⁷ É inquestionável que o direito de crédito correspondente às rendas devidas por força de um contrato entre privados integra a noção constitucional de propriedade privada. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 421/2009, onde se escreve “É certo que o Tribunal tem dito, em jurisprudência constante (e vejam-se, entre outros, os Acórdãos n.os 44/99; 329/99; 205/2000; 263/2000; 425/2000; 187/2001; 57/2001; 391/2002; 139/2004; 159/2007, todos eles disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt), que sendo afinal a «propriedade» um pressuposto da autonomia das pessoas, não obstante a inclusão do direito que lhe corresponde no título respeitante aos «Direitos e deveres económicos, sociais e culturais», alguma dimensão terá ele que permita a sua inclusão, pelo menos parcial, nos clássicos direitos de defesa, ou, para usar a terminologia da CRP, em alguma da sua dimensão será ele análogo aos chamados direitos, liberdades e garantias. [...] Resta saber qual a dimensão da garantia constitucional da propriedade que acolherá assim um radical subjetivo, que, pela sua estrutura, será análogo a um direito, liberdade e garantia. Ora, e quanto a esta matéria, decorrem da jurisprudência do Tribunal alguns pontos firmes, que poderão ser sintetizados como seguem. O primeiro ponto firme é o da não identificação entre o conceito civilístico de propriedade e o correspondente conceito constitucional: a garantia constitucional da propriedade protege - no sentido que a seguir se identificará - os direitos patrimoniais privados e não apenas os direitos reais tutelados pela lei civil, ou o direito real máximo”.

³⁸ Relativamente à liberdade de iniciativa económica consagrada no n.º 1 do artigo 61.º da Constituição, veja-se, *inter alia*, o Acórdão n.º 545/2015 do Tribunal Constitucional, onde se escreveu «É consensual na doutrina e na jurisprudência constitucional que o direito de livre iniciativa económica, apesar de sistematicamente inserido no Título III da Parte I, respeitante aos direitos, deveres económicos, sociais e culturais, tem uma certa dimensão de liberdade radicada na dignidade da pessoa humana que justifica a sua qualificação como direito, liberdade e garantia de natureza análoga. Essa dimensão subjetiva, que é reflexo do direito geral de personalidade na atividade de produção e distribuição de bens e serviços, expresso nos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual, ainda mais se acentuou com a revisão constitucional de 1997, quando aquele direito subjetivo foi autonomizado da garantia institucional da livre iniciativa económica prevista na alínea c) do artigo 80.º”.

lei restritiva de direitos fundamentais, de acordo com o n.º 3 do artigo 18.º da mesma Constituição.

Ora, na nossa ótica, a retroatividade imposta pela lei, que, como vimos, não se pode sequer qualificar como interpretativa, viola a proibição de retroatividade imposta pela citada norma constitucional.

Mas a este fundamento de inconstitucionalidade poderão somar-se outros, como muito bem sufragado pela Ex.ma Senhora Provedora de Justiça, que requereu a fiscalização abstrata da constitucionalidade da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da Lei n.º 2/2020, de 31 de março, antes mesmo de se suscitar a questão da inconstitucionalidade da retroatividade da norma fiscalizada, dado que a lei interpretativa é posterior e, como dissemos, não foi consagrada qualquer cláusula de retroatividade na lei interpretada e submetida à apreciação do Tribunal Constitucional.

Os direitos, liberdades e garantias e aqueles outros direitos a estes análogos impõem ao Estado e a todos os poderes públicos um dever de não interferência, pelo que as limitações ou restrições a esses direitos devem ser justificadas à luz do princípio da proibição do excesso, previsto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa e, assim, respeitado o “núcleo essencial” do direito, qualquer restrição não pode ir além do estritamente adequado ou necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Sucedem que, no caso, a restrição operada não parece passar o crivo da proporcionalidade³⁹, afluído no citado n.º 2 do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa.

.....
³⁹ Como se sabe, “o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm

Subjacente à norma prevista no n.º 5 do artigo 168.º-A da Lei n.º 2/2020 encontra-se o fim legítimo de proteção e de concessão de apoio económico aos lojistas de centros comerciais, dado que, na sua generalidade, estes, em decorrência da pandemia e, nomeadamente, das medidas de contenção da disseminação do vírus, que implicaram o fecho das suas instalações e/ou a diminuição do seu horário de funcionamento, viram a sua faturação relevantemente diminuída.

Porém, a medida legislativa aplica-se sem distinção do lojista e da sua dimensão [beneficiando não apenas o pequeno lojista, mas também grandes grupos internacionais presentes na generalidade dos centros comerciais] e não pressupõe o efetivo encerramento ou suspensão da sua atividade [sublinhando-se que nem todas as lojas fecharam no seguimento da decisão de suspensão da generalidade das atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços e, por outro lado, que o âmbito temporal da medida abrange igualmente períodos em que não se verificou o dever legal de encerramento da maioria das lojas a operar em centro comercial]. Consequentemente, a norma abstrai do concreto prejuízo que o lojista sofreu no seguimento da pandemia ou das reais dificuldades de tesouraria para ele emergentes da crise sanitária. Por isso, a medida é desadequada e inidónea a satisfazer o fim a que se propõe e, em compensação, transfere unicamente para os proprietários ou gestores de centros comerciais o risco da atividade dos lojistas que nestes operam e fazem repercutir naqueles a obrigação de apoiar um setor a que o legislador entendeu por bem compensar ou proteger no contexto da pandemia.

.....
de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)." — vide Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 360/2016, n.º 187/2001 e n.º 632/2008, de 23 de dezembro.

Portanto, o critério erigido pelo legislador para a ablação do direito creditício dos proprietários ou gestores de centros comerciais traduz-se na celebração prévia de um contrato legalmente atípico ou inominado de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais que preveja uma renda fixa e outra variável, não se tendo sequer fixado como pressuposto da norma o efetivo fecho da loja instalada em centro comercial ou uma relevante perda de faturação ou de rendimento pelo lojista. Este âmbito de aplicação, ademais, contende simultaneamente com o princípio da igualdade, dado que discrimina, sem motivo justificativo, aqueles lojistas titulares de tais contratos dos outros lojistas de centros comerciais que celebraram contratos que (1) não consubstanciam formas específicas de contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais (2) ou que não preveem, simultaneamente, uma renda fixa e outra variável, posto que estes segundos lojistas não são contemplados pela norma em análise.

Assim, como sublinha a senhora Provedora de Justiça no seu requerimento para fiscalização da constitucionalidade da norma contida na Lei do Orçamento de Estado⁴⁰, *“A medida abrange quem à luz da sua finalidade não deveria abranger e exclui quem à luz da sua finalidade não deveria excluir. A ajuda dada pelo n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE vale tanto para quem viu a sua atividade encerrada como para quem, comerciando em bens essenciais, nunca foi obrigado a fechar portas; vale tanto para quem, pelo tipo de comércio que desenvolvia, sofreu perdas intensas, como para quem, pela natureza dos bens que oferecia, as não sofreu. Por outro lado, a ajuda dada pelo n.º 5 do artigo 168.º-A da LOE, uma vez que só vale para os lojistas que tenham celebrado o contrato que integra a natureza dual da remuneração, ex-*

.....
⁴⁰ Disponível em <http://www.provedor-jus.pt/site/public/?idc=46&idi=18371> (30/4/2021).

clui quem se instale em centro comercial ao abrigo de outro modelo negocial, ainda que as perdas por esse contraente sofridas tenham sido iguais, ou até mais intensas, do que as vividas pelas partes do contrato socialmente dominante".

Acresce que a norma apenas sacrifica uma parte do contrato, podendo mesmo eliminar qualquer direito à contraprestação por parte do lojista, caso não se verifiquem os pressupostos de que depende o cálculo e obtenção de uma renda variável, sublinhando-se que, mesmo existindo renda variável devida, o valor obtido para a mesma poderá ficar muito aquém do valor de mercado correspondente à loja ou à cedência do espaço. Ademais, o proprietário da loja ou gestor do centro comercial fica privado de qualquer tipo de controlo ou de poder que lhe permita garantir uma remuneração variável equitativa, dado que a componente variável da renda depende essencialmente do lojista, em particular, da sua performance e estratégia comerciais, da sua competitividade, da sua capacidade para atrair clientela, da apeteçibilidade do seu produto, etc. Se este não obtém receitas mínimas, também o proprietário ou gestor de loja não obterá qualquer renda variável.

Ainda, a solução legal parece pressupor que apenas o lojista, em virtude dessa qualidade intrínseca, sofreu prejuízos excessivos e inoportáveis com a crise pandémica, mas não parece que existam elementos comprovados que permitam concluir nesse sentido, ao ponto de se justificar uma solução que prive o proprietário da loja ou gestor do centro comercial da principal componente da sua retribuição, precisamente aquela que visa remunerar a cedência da disponibilidade da loja em centro comercial. Ora, no período de paralisação da sua atividade — e, como dissemos, a medida é também aplicável a períodos em que essa atividade não ficou impedida —, o lojista não ficou desapossado da disponibilidade da loja.

Por tudo quanto exposto, a eliminação da contrapartida da cedência do espaço afigura-se excessiva e desadequada ao fim que visa tutelar.

Como decorre igualmente do já exposto, a solução alcançada de desonerar o lojista da remuneração mínima durante o período de 13 de março até 31 de dezembro de 2020 não considera o impacto das eventuais perdas sofridas pelos lojistas na capacidade de cumprir com as suas obrigações vencidas, nem balanceia o montante dessas perdas com aquelas que sofreram e sofrerão os proprietários ou entidades gestoras de centros comerciais. Estas considerações contendem com a violação do princípio da proporcionalidade na sua vertente de proporcionalidade em sentido estrito.

Pode ainda questionar-se se o legislador não tinha ao seu dispor outro meio igualmente eficaz e menos lesivo para os proprietários ou gestores das lojas em centros comerciais, ou até que ponto as medidas já implementadas, sejam as moratórias legais, sejam as soluções negociadas alcançadas entre proprietários/gestores de centros comerciais e lojistas, não alcançavam devidamente as finalidades de proteção da solvência do lojista, sem colocarem todo ou a grande parte do sacrifício financeiro do impacto da pandemia exclusivamente numa parte contratual. O que contende com o princípio da proporcionalidade na sua vertente da necessidade da medida restritiva.

O princípio da igualdade⁴¹, previsto no art. 13.º da Constituição, mostra-se prejudicado pelo facto de o legisla-

.....
⁴¹ Sobre o princípio da igualdade, a jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional é a de que ele implica uma proibição de arbítrio, sendo inadmissíveis quer a diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais. A este propósito, escreveu-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 46/2015, de 27 de janeiro "O controlo de atos normativos que o Tribunal pode efetuar ao abrigo do princípio consagrado no n.º 1 do artigo 13.º da

dor ter tratado de forma diferente não apenas lojistas em centros comerciais com base nos contratos celebrados ou a composição da renda estipulada, mas também por ter discriminado positivamente o lojista em centro comercial em relação ao lojista de rua, ficando por justificar porque razão este, se também foi obrigado a fechar as suas instalações por tempo determinado e com perdas avultadas fruto da situação pandémica, não beneficia de uma medida de isenção de rendas. Veja-se que, como resulta do já exposto, no caso de lojistas em centros comerciais, a supressão da parte fixa da renda não é necessariamente compensada pela manutenção da parte variável, que não tem conexão com o valor do espaço em si mesmo considerado e que poderá não ser sequer devida. Os lojistas em centros comerciais parecem, pois, encontrar-se em situação de vantagem competitiva em relação aos lojistas de rua, dado que os primeiros, ao contrário dos segundos, ficaram desonerados do dever de pagamento da renda devida pelo gozo da sua loja durante um período significativo e considerando que o apoio a fundo perdido concedido aos segundos, mediante o aditamento do artigo 8.º-C à Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril, pela Lei n.º 75-A/2020, de 30 de dezembro, no âmbito da medida designada «APOIAR RENDAS» do programa APOIAR não assoma tão amplo, nem necessariamente igualmente favorável do prisma financeiro.

.....

Constituição é antes de carácter negativo, cumprindo-lhe tão-somente verificar se a solução legislativa se apresenta em absoluto intolerável ou inadmissível, de uma perspetiva jurídico-constitucional, por para ela se não encontrar qualquer fundamento inteligível. Por outro lado, como também tem sido salientado, o princípio da igualdade, entendido como limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adoção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objetiva e racional. Numa perspetiva sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio [...]»¹.

Na verdade, de acordo com o normativo citado, o apoio a fundo perdido depende de uma quebra de faturação não inferior a 25% durante o ano de 2020, pressuposto este não exigido pela norma da LOE para os lojistas em centros comerciais, e, ademais, encontra-se limitado aos montantes de 30 % do valor da renda, com o máximo de 1200 (euro) por mês, no caso de quebra de faturação entre 25 % e 40%, ou de 50 % do valor da renda, com o máximo de 2000 (euro) por mês, quando a quebra de faturação é superior a 40 %.

Em acréscimo a estes requisitos, a concessão do apoio no «APOIAR RENDAS» depende ainda de outros critérios, nomeadamente, os de elegibilidade previstos no art. 13.º-B da Portaria n.º 15-B/2021 e a taxa de financiamento concedida tem uma duração máxima de seis meses vide n.º 2 do art. 13.º-C da citada Portaria - , portanto, inferior ao período de exoneração da renda prevista para o ano de 2020 para os lojistas em centros comerciais.

Por outro lado, estabelecer tal distinção de tratamento de forma independente do concreto impacto que a pandemia teve na capacidade financeira dos lojistas de centros comerciais e da sua solvabilidade e apenas centrada no lugar onde exercem a atividade e do regime legal de renda preconizado para o contrato, parece-nos não ser critério válido, nem justificativo do tratamento diferenciado que provoca.

Entendemos, pois, que a solução alcançada se mostra inconstitucional, aguardando-se pela pronúncia do Tribunal Constitucional a este propósito.

Finalmente, ainda sobre este tipo de contratos, para o ano de 2021, o artigo 439.º da Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2021, aditou o artigo 8.º-D à Lei n.º 4-C/2020, de 6 de abril. Este normativo prevê a mera redução da remuneração fixa ou mínima devida pelos lojistas de estabelecimentos abertos ao público inseridos em

centros comerciais, estabelecendo que essa redução opera proporcionalmente à redução da faturação mensal, até ao limite de 50 % do valor daquela, quando tais estabelecimentos tenham uma quebra do volume de vendas mensal, face ao volume de vendas do mês homólogo do ano de 2019 ou, na sua falta, ao volume médio de vendas dos últimos seis meses antecedentes ao Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, ou de período inferior, se aplicável.

A medida vigorou no primeiro trimestre de 2021 e poderia ser prorrogada, por despacho do Governo, até 30 de junho de 2021, caso a situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19 se prolongasse para além do primeiro trimestre de 2021. Essa prorrogação foi determinada até 30 de junho de 2021 através do despacho n.º 3287-A/2021 do Ministro de Estado, da Economia e da Transição Digital, publicado em 25 de março de 2020.

Trata-se de uma solução mais equilibrada do que a anteriormente preconizada, ao prever a mera redução da renda fixa e não a sua eliminação, ao subordina-la à quebra da faturação e, finalmente, ao estabelecer um limite máximo a essa redução, coincidente com metade do valor da renda fixa.

No caso dos espetáculos artísticos, mais evidentemente o legislador procurou reequilibrar a posição dos promotores, evitando a restituição em massa dos valores pagos pelos espetadores. Verificou-se, neste caso, uma verdadeira alteração às regras de repartição do risco.

De acordo com a al. a) do n.º 1 do art. 9.º do Decreto-Lei n.º 23/2014, de 14 de fevereiro [que aprova o regime de funcionamento dos espetáculos de natureza artística e de instalação e fiscalização dos recintos fixos destinados à sua realização, bem como o regime de classificação de espetáculos de natureza artística e de divertimentos públicos, conformando-o com a disciplina do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho,

que transpôs a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno], O promotor do espetáculo constitui-se na obrigação de restituir aos espectadores a importância correspondente ao preço dos bilhetes no caso de não realização do espetáculo no local, data e hora marcados.

Assim, aplicando esta norma, o promotor do espetáculo teria de devolver o preço pago pelo bilhete ou o espetador ficaria desonerado do pagamento do mesmo em caso de impossibilidade de realização do espetáculo.

Porém, através do Decreto-Lei n.º 10-I/2020, estabeleceram-se medidas excepcionais e temporárias de resposta à pandemia da doença COVID-19 no âmbito cultural e artístico, em especial quanto aos espetáculos não realizados, prevendo como regra o reagendamento do espetáculo — n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 10-I/2020.

Pela via legislativa também se estabeleceu a possibilidade de alteração, entre o mais, do lugar da prestação, que fica limitada à cidade, área metropolitana ou a um raio de 50 km relativamente à localização inicialmente prevista — n.ºs 3 e 4 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 10-I/2020.

Assim, na sua redação inicial, apenas em caso de não reagendamento, ou de não substituição do bilhete do espetáculo por outro espetáculo diferente, a pedido do portador do bilhete de ingresso, é que se chega à solução legal regra de restituição do valor do preço do bilhete derivada do não cumprimento da obrigação — n.ºs 3 do art. 5.º, lido conjuntamente com o art. 6.º.

O Decreto-Lei n.º 10-I/2020 foi sofrendo alterações relevantes. A restituição do valor pago continua, por princípio, a não ser a primeira solução, sem embargo do regime previsto para os espetáculos agendados inicialmente para o ano de 2020 e que venham a ocorrer apenas em 2022, em que a restituição é uma via imediatamente acionável, nos termos do n.º 2 do

art. 5.º-C, aditado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 26-A/2021. Porém, mesmo para estas situações, se não for solicitado o reembolso no prazo legalmente prescrito [14 dias úteis a contar da data prevista para a realização do evento no ano de 2021] considera-se que os portadores dos bilhetes aceitam o reagendamento do espetáculo, permanecendo o bilhete válido até 31 de dezembro de 2022 — n.ºs 2 e 4 do art. 5.º- C.

Para os festivais e espetáculos de natureza análoga no ano de 2020 cuja realização ao ar vivo ou em recintos cobertos tenha sido proibida até 30 de setembro de 2020 foi prevista, em paralelo com o reagendamento do espetáculo, a emissão de um vale de igual valor ao preço pago, emitido à ordem do portador do bilhete de ingresso e transmissível a terceiros por mera tradição, válido até 31 de dezembro de 2021; caso esse vale não seja utilizado até ao dia 31 de dezembro de 2021, o portador tem direito ao reembolso do valor do mesmo, a solicitar no prazo de 14 dias úteis — veja-se o art. 5.º -A, aditado pela Lei n.º 19/2020 de 29 de maio. Caso não solicite esse reembolso no prazo legal, o vale passa a ser válido até 31 de dezembro de 2022 — n.ºs 3 e 4 do art. 5.º- C, aditado pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 26-A/2021.

Para os festivais e espetáculos de natureza análoga no ano de 2021 passou a reger o art. 5.º-B do mesmo diploma legal, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 26-A/2021 de 5 de abril, que prevê, entre o mais, que, em caso de reagendamento ou cancelamento, os vales são válidos até 31 de dezembro de 2022 e os espetáculos reagendados devem ocorrer até 31 de dezembro de 2022.

Finalmente, sublinhamos a regra de que o espetáculo reagendado no âmbito das medidas excepcionais e temporárias de resposta à pandemia da doença COVID-19 tem de ocorrer até 31 de dezembro de 2022, nos termos do n.º 2 do art. 4.º, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 26-A/2021.

No caso das viagens organizadas, o Decreto-Lei n.º 17/2018, de 2018-03-08, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2302, permite ao viajante rescindir, *rectius*, resolver, o contrato de viagem antes do início da mesma sem pagar qualquer taxa de rescisão, caso se verifiquem circunstâncias inevitáveis e excepcionais no local de destino ou na sua proximidade imediata que afetem consideravelmente a realização da mesma ou o transporte dos passageiros para o destino, nos termos do n.º 4 do art. 25.º desse diploma legal. Também se confere um “direito ao arrependimento” no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, durante o prazo de 14 dias — art. 26.º do mesmo diploma legal. Ambas as situações conferem direito ao reembolso do valor pago pelo viajante.

Em contrapartida, a agência de viagens pode fazer extinguir o contrato se for impedida de o executar por causa de circunstâncias imprevistas ou excepcionais, tendo, nesse caso, de proceder ao reembolso integral dos pagamentos efetuados pelo viajante — al. b) do n.º 1 e n.º 4 do art. 27.º do citado diploma legal.

Assim, por via deste regime legal, caso as viagens não viessem a ser realizadas por facto imputável ao surto da pandemia da doença COVID-19, as agências de viagens ver-se-iam obrigadas à restituição, em massa, do valor pago pelos viajantes, seja por força da impossibilidade objetiva da prestação, seja pela extinção do contrato por iniciativa de uma das partes.

Procurando obstar a tal solução, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 17/2020, de 2020-04-23, que estabelece medidas excepcionais e temporárias relativas ao setor do turismo, no âmbito da pandemia da doença COVID-19 e altera o regime legal, afastando o direito ao reembolso imediato nestes casos, diferindo-o para o período entre 1 a 14 de janeiro de 2022 — n.ºs 3 e 4 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 17/2020.

Assim, como regra^{42,43}, as viagens organizadas por agências de viagens e turismo, cuja data de realização tivesse lugar entre o período de 13 de março de 2020 a 30 de setembro de 2020, que não fossem efetuadas ou que fossem canceladas por facto imputável ao surto da pandemia da doença COVID-19, conferiam, excecional e temporariamente, para efeitos do cumprimento do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 25.º e no n.º 4 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março, o direito aos viajantes de optar pela emissão de um vale de igual valor ao pagamento efetuado pelo viajante e válido até 31 de dezembro de 2021 ou pelo reagendamento da viagem até 31 de dezembro de 2021 — als. a) e b) do n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 17/2020.

Esta solução legal foi revogada pelo art. 6.º do Decreto-Lei n.º 62-A/2020 de 2020-09-03, que produz efeitos a partir de 4/9/2020 — vide respetivo art. 7.º — o que significa que o viajante que ainda não solicitou o reagendamento da viagem ou a emissão do vale nos termos da precedente alteração legislativa tem direito ao reembolso do preço pago.

Com esta revogação, o legislador recuou na sua estratégia inicial, mais protetiva das agências de viagens e penalizadora para os viajantes. Como nota negativa registamos que esta rápida e radical mudança em medidas tomadas no âmbito da gestão da pandemia prejudica a confiança de viajantes e das agências de viagens e turismo e criam alguma instabilidade e dúvida no processo de decisão dos particulares e de exercício da atividade económica pelas agências de viagem, o que deveria ter sido evitado.

.....

⁴² Esta regra não se aplicava in totum aos viajantes que se encontrem em situação de desemprego, que até ao dia 30 de setembro de 2020 poderiam pedir o reembolso da totalidade do valor despendido, a efetuar no prazo de 14 dias — n.º 6 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 17/2020 na sua redação originária.

⁴³ Este regime foi estendido às viagens de finalistas ou similares proibidas pelo art. 11.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 — n.º 4 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 17/2020 na sua redação originária.

VI. CONCLUSÃO

A pandemia provocada pela Covid-19 apanhou de surpresa o mundo, catalisando a adoção de medidas legislativas de contenção do risco de contágio, que passaram pela restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita aos direitos de circulação e à liberdade económica.

Como contrapartida dessas medidas, o legislador viu-se também obrigado a intervir por forma a corrigir desequilíbrios provocados pelas medidas restritivas adotadas e pela perda de rendimentos por parte das famílias e dos agentes económicos derivada da paralisação ou diminuição da atividade económica.

O panorama nefasto de saúde pública assim como a proliferação da “legislação da pandemia” repercutiram-se necessariamente no plano contratual.

É possível antecipar que esse pano de fundo potenciou atrasos no cumprimento de prestações contratuais ou mesmo a impossibilidade de as cumprir, da mesma forma que é equacionável o surgimento de desequilíbrios no sinalagma genético do contrato e na repartição do risco contratual.

Assim, afigura-se que o tema a que nos propusemos é dotado de elevado alcance prático e de atualidade, importando encontrar soluções para as previsíveis situações de crise contratual a que a crise sanitária conduziu.

Na generalidade das hipóteses diretamente relacionadas com a pandemia, podemos afastar a culpa dos contratantes, em particular, do devedor, em caso de incumprimento ou de não cumprimento atempado da prestação. Na verdade, parece-nos ser de enquadrar a SARS-CoV -2 e a Covid-19 no conceito de “força maior”. Porém, independentemente da ausência de culpa dos contratantes, importa delinear o destino do contrato, que poderá passar pela sua extinção.

Destarte, focámo-nos essencialmente nas respostas de ordem geral fornecidas pelo nosso Código Civil. Sem embargo

desse foco, procurámos fazer também apelo, ainda que breve, à regulação contratual e a algumas medidas excetivas adotadas em contexto pandémico para determinados contratos e compatibiliza-las com o regime regra que lhes seria aplicável. No caso dos contratos de instalação de lojista em centro comercial ou de utilização de loja em centro comercial fomos um pouco mais além, tendo abordado a inconstitucionalidade da norma restritiva de direitos fundamentais que exonerou os lojistas do pagamento da “renda fixa” e daqueloutra que tem como efeito prático a retroatividade da aplicação de tal norma. Quanto a esta matéria, aguarda-se a decisão do Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da norma contida no n.º 5 do artigo 168.º-A da Lei n.º 2/2020, de 31 de março.

VII. LISTA BIBLIOGRÁFICA

- CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Novo Coronavírus e Crise Contratual, Anotação ao Código Civil*, AAFDL, pp. 61 — 67.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, IX, Direito das Obrigações. Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, Almedina, Coimbra, 2017, 3.ª Edição.
- LIMA, PIRES DE e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, "A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias", *Juris et de Jure nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998, pp. 17 40.
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- PEREIRA, MARIA DE LURDES, *Novo Coronavírus e Crise Contratual, Anotação ao Código Civil*, AAFDL, pp. 131-164.
- PINTO, PAULO MOTA *Direito Civil Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2018, 1.ª Edição.
- PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Novo Coronavírus e Crise Contratual, Anotação ao Código Civil*, AAFDL, pp. 79-113, 125-130.
- , *Contratos. I. Perturbações na Execução*, Almedina, Coimbra, 2020.
- , "Efeitos da alteração das circunstâncias", *O Direito* 45.º (2013), I-II, pp. 181-206.
- PROENÇA, BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, 7.ª Edição.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO PRÁTICA DO DECRETO-LEI N.º 227/2012 DE 25 DE OUTUBRO

*Joana Lourenço e Castro **

I. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho surge no âmbito da unidade curricular “Crédito aos consumidores e superendividamento”, do Curso de Especialização em Direito do Consumidor do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este é um tema que, desde já, me desperta bastante interesse, uma vez que as situações de incumprimento de contratos de crédito pelos consumidores, que se revelam incapazes de cumprir os compromissos financeiros assumidos perante as instituições de crédito, são uma situação recorrente, originada por fatores de natureza diversa, em especial o desemprego e a quebra anómala dos rendimentos auferidos, em conexão com as atuais dificuldades económicas.

.....

* Advogada-estagiária, Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Não sendo possível realizar uma visão utópica, em que todos os consumidores que contraem um crédito conseguem cumprir todas as suas responsabilidades dentro dos respetivos prazos, parece-nos então necessário refletir sobre este tema, que demonstra ser um grande problema da sociedade de consumo em que nos inserimos, e para o qual o direito procura dar resposta no Decreto Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro.

O Decreto-Lei n.º 227/2012 vem estabelecer princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários e cria a rede extrajudicial de apoio a esses clientes bancários, no âmbito da regularização dessas situações, sendo o recurso à mesma isento de encargos para os consumidores. O decreto-lei suprarreferido visa impedir que os consumidores desemboquem numa situação de incumprimento e para tal estabelece dois procedimentos: o primeiro designado por PARI - Plano de Ação para o Risco de Incumprimento, que é desencadeado quando o consumidor está numa situação de risco de incumprimento, o segundo designado por PERSI - Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento, é aplicado já num momento posterior ao risco de incumprimento, momento esse em que o consumidor já se encontra numa verdadeira situação de incumprimento. Os referidos mecanismos previstos no Decreto-Lei n.º 227/2012 evitam um recurso premeditado aos tribunais, o que sucedia antes da sua previsão legal.

Iniciamos hoje esta brevíssima investigação com a intenção de aprofundar, de forma geral, conhecimentos na área do Direito do Consumidor. Começaremos por elaborar uma análise do Decreto-Lei n.º 227/2012 e do respetivo regime que este diploma legislativo vem estabelecer, em simultâneo analisaremos alguma jurisprudência, contrapondo acórdãos

selecionados com diferentes fundamentações e decisões, com o objetivo de esclarecer a aplicação desta lei em diversos casos concretos.

II. ATUALIDADE E IMPORTÂNCIA

É no rescaldo da crise económica e financeira que afetou a maioria dos países Europeus, a 25 de Outubro de 2012, que é aprovado o Decreto-Lei n.º 227/2012. Num momento de degradação das condições económicas e financeiras que se faziam sentir em vários países e se assistia a um aumento generalizado do incumprimento dos contratos de crédito.

Hoje em dia, por força das atuais circunstâncias, é de enorme importância abordar esta temática. De acordo com o Relatório sobre atividade e supervisão comportamental do Banco de Portugal, relativo à primeira metade de 2020, verifica-se um aumento de 16% face ao semestre anterior e de 13% face ao primeiro semestre de 2019 do número de processos PERSI iniciados, relativos a contratos de crédito aos consumidores – evolução esta que se deve maioritariamente ao aumento dos processos PERSI entre março e maio de 2020, que reporta aos meses do início da pandemia e de confinamento. Em relação aos processos PERSI relativos a contratos de crédito à habitação registou-se um aumento face ao segundo semestre de 2019 em 11,2% – aumento esse que resulta maioritariamente da subida do número de clientes integrados em processos PERSI a partir de abril de 2020.

Assim, no primeiro semestre de 2020, as instituições reportaram ao Banco de Portugal o início de 359 731 processos PERSI (Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento) relativos a contratos de crédito aos consumidores, envolvendo um total de 302 076 contratos de crédito e um montante em dívida de 785,8 milhões de euros. Em relação aos contratos de crédito à habitação no primeiro semestre de 2020,

as instituições reportaram ao Banco de Portugal o início de 37 357 processos PERSI envolvendo 30 827 contratos e um montante total em dívida de 1 449,1 milhões de euros.

III. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O Decreto-Lei n.º 227/2012 tem um amplo âmbito de aplicação, pois aplica-se a todo o crédito ao consumo bem como ao crédito à habitação, e tem como principal objetivo promover a adequada tutela dos interesses dos consumidores que estejam numa situação de incumprimento, bem como promover a célere atuação das instituições de crédito envidando os esforços necessários para a superação das dificuldades no cumprimento das responsabilidades assumidas pelos clientes bancários.

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJETIVO

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 227/2012 fixa o âmbito de aplicação objetivo do regime, desta forma abrange os contratos de crédito para a aquisição, construção e realização de obras em habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para a aquisição de terrenos para construção de habitação própria (art.º 2/1, a)); os contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre bem imóvel (art.2/1,b)), os contratos de crédito ao consumo abrangidos pelo DL n.º 133/2009, de 2 de junho ou pelo DL n.º 359/91 de 21 de setembro, com exceção dos contratos de locação financeira ou afins (art.2.º/1c) e d)); e ainda, os contratos de crédito sob a forma de facilidades a descoberto que estabeleçam obrigação de reembolso no prazo de um mês (art.º 2/1,e)). É crucial também aqui ressaltar que estas medidas inovadoras trazidas pelo DL n.º 227/2012 e que impõe deveres aos bancos, não implicam com o sistema nacional de apoio

ao sobre-endividamento, instituído pela Portaria n.º312/2009, de 30 de Março.¹

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJETIVO

O artigo 2.º, no seu n.º1, enuncia que o diploma se aplica aos contratos de crédito celebrados com clientes bancários – importa aqui atender ao art. 3.º alínea a), que define o "Cliente bancário" como o consumidor, na aceção dada pelo n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor², que intervenha como mutuário em contrato de crédito. A definição legal de consumidor constante da LDC define o consumidor como "todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios."³.

Assim, estão excluídos do âmbito de aplicação deste regime, todos os restantes mutuários do sistema bancário, nomeadamente empresários. A adoção deste tipo de medidas justifica-se pela posição de fragilidade que o consumidor ocupa no mercado, contrária à posição sólida e robusta característica das instituições financeiras.

Vide a este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/10/2017, Processo n.º 6776-15.3T8ALM.L1-8, que nos diz expressamente que esta definição de consumidor, exclui do seu âmbito de aplicação as pessoas coletivas. Em consequência, o decreto-lei em análise não se aplica aos contratos de crédito celebrados entre instituições bancárias

.....
¹ ANA FILIPA CONCEIÇÃO. *O Novo Regime da Negociação Extrajudicial de Créditos Bancários Concedidos ao Consumidor: Uma breve abordagem ao DL n.º 227/2012 de 25 de Outubro*

² Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, adiante designada por LDC.

³ Artigo 2.º/1, LDC

e pessoas coletivas e aos respetivos fiadores, mesmo que sejam pessoas singulares.

IV. PRINCÍPIOS GERAIS

O artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 227/2012 têm como epígrafe “Princípios gerais”, estabelecendo no seu nº1 que *“no cumprimento das disposições do presente diploma, as instituições de crédito devem proceder com diligência e lealdade, adotando as medidas adequadas à prevenção do incumprimento de contratos de crédito e, nos casos em que se registe o incumprimento das obrigações decorrentes desses contratos, envidando os esforços necessários para a regularização das situações de incumprimento em causa.”*. Este número surge como uma densificação dos princípios da boa-fé e da lealdade contratual, princípios basilares do nosso Direito.

No seu nº2 a lei impõe ao cliente bancário o dever de comunicar com o banco, ou seja, este regime tem na sua génese a ideia de que o consumidor deve colaborar com o banco na procura de soluções para tentar corrigir a sua situação. Citando o referido artigo *“os clientes bancários devem gerir as suas obrigações de crédito de forma responsável e, com observância do princípio da boa fé, alertar atempadamente as instituições de crédito para o eventual risco de incumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito e colaborar com estas na procura de soluções extrajudiciais para o cumprimento dessas obrigações.”* Assim, verificamos que a lei impõe ao cliente bancário o dever de alertar a instituição quando preveja que não vai conseguir cumprir com as suas obrigações, portanto, há aqui uma ideia de tratamento não de um consumidor vulnerável, mas antes pelo contrário, impõe-se ao cliente bancário o dever de “comunicar” com o banco – ou seja, todo o regime é baseado na ideia de o consumidor colaborar com o banco na gestão da sua situação.

V. GESTÃO DO RISCO DE INCUMPRIMENTO

Nos artigos 9.º a 11.º, a lei estabelece o Plano de Ação para o Risco do Incumprimento – PARI. Este procedimento destina-se a clientes bancários que ainda não estejam numa situação de incumprimento, havendo, no entanto, esse risco, ou seja é expectável que venham a estar nessa situação. Este mecanismo permite antecipar a situação de incumprimento, possibilitando a renegociação do contrato de crédito numa tentativa de evitar cair numa real situação de incumprimento.

Neste sentido, as instituições bancárias estão obrigadas, de acordo com o art.º 9.º, a instituir um conjunto de práticas de monitorização do incumprimento, que culmina com a criação do Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI), plasmado no art.º 11.º e, por outro lado, a definir os procedimentos internos para aplicação, por parte dos seus trabalhadores, destes princípios às relações com os clientes.⁴

VI. REGULARIZAÇÃO DAS SITUAÇÕES DE INCUMPRIMENTO

Ultrapassada a fase de deteção e tratamento precoce, poderá o consumidor deparar-se com uma situação de mora, sem que qualquer medida tenha sido tomada ou, por outro lado, poderá o incumprimento surgir após a tramitação definida anteriormente. Neste caso, o diploma estabelece, no seu artigo 12.º, o chamado PERSI, ou Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento, a ser implementado pelas instituições bancárias, o que permitirá abranger todos os consumidores nesta situação, de forma obrigatória.⁵

.....
⁴ ANA FILIPA CONCEIÇÃO. *O Novo Regime...*, ob. cit., pp. 5 ss.

⁵ *Idem*, p. 7.

1. O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES DE INCUMPRIMENTO

Nos artigos 12.º a 17.º do DL 227/2012 está regulado o referido procedimento extrajudicial de situações de incumprimento. O PERSI consiste num procedimento tipificado de composição extrajudicial, e por mútuo acordo, de situações de mora e/ou incumprimento, que se desenrola em três fases. O artigo 14.º consagra a fase inicial, e impõe que perante uma situação de incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito, o cliente bancário seja obrigatoriamente integrado no PERSI entre o 31.º dia e o 60.º dia subsequentes à data de vencimento da obrigação em causa.

Sem prejuízo desta cláusula geral, dispõe o nº2 nas alíneas a) e b) que a instituição financeira está obrigada a desencadear o procedimento PERSI quando o cliente bancário, que se encontre em mora relativamente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito, solicite a sua integração ou quando este tenha alertado a instituição financeira para o risco de incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito.

Numa segunda fase, descreve o artigo 15.º que as instituições de crédito mutuantes vão procurar apurar se o incumprimento é pontual e temporário ou, ao invés, se há evidência de uma incapacidade do cliente em cumprir de forma continuada com as suas obrigações contratuais, comunicando-lhe posteriormente o resultado dessa indagação, e apresentando ou não uma proposta de regularização adequada à sua situação financeira, e apresentando ou não uma proposta de regularização adequada à sua situação financeira, consoante concluíam que a renegociação das condições do contrato, consoante concluíam que a renegociação das condições do contrato, ou a consolidação do crédito com outros, são soluções exequíveis (cfr. Artigo 15º).

Numa terceira e última fase, dispõe o artigo 16.º, que vamos ter um momento de negociação no âmbito do qual o cliente poderá recusar ou propor alterações à proposta apresentada e, por sua vez, a instituição de crédito mutuante pode rejeitar as alterações sugeridas ou, quando considere que não existem alternativas viáveis e adequadas ao cliente, abstém-se de apresentar uma contraproposta. No entanto, caso a instituição considere que existem outras alternativas deve sempre apresentá-las.

O PERSI extingue-se nos termos do artigo 17.º, isto é: com o pagamento integral dos montantes em mora; através de um acordo entre as partes com vista à regularização integral da situação de incumprimento; com a insolvência do devedor ou pelo decurso do tempo sem que tenha havido acordo (passados 91 dias da integração do cliente bancário neste procedimento), salvo se as partes acordarem, por escrito, na respetiva prorrogação, ou ainda com a declaração de insolvência do cliente bancário, art. 17.º, n.º 1.

O referido procedimento também se extingue quando a instituição de crédito conclua que o cliente bancário não dispõe de capacidade financeira para regularizar a situação de incumprimento; ou quando este recuse a proposta apresentada ou a instituição de crédito recuse as alterações sugeridas pelo cliente, (art.17.º, n.º2, c), f) e g)).

1.1. A FALTA DE INTEGRAÇÃO DO CLIENTE BANCÁRIO NO PERSI, UMA EXCEÇÃO DILATÓRIA DE CONHECIMENTO OFICIOSO

A falta de integração obrigatória do cliente bancário no PERSI, quando reunidos os pressupostos para o efeito, constitui impedimento legal a que a instituição de crédito (credora mutuante), intente ações judiciais tendo em vista a satisfação do seu crédito.

Veja-se a este propósito a explicação dada no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 31/01/2019 n.º 832/17.0T8MMN-A.E1: *“(…) a falta de integração obrigatória do cliente bancário no PERSI, quando reunidos os pressupostos para o efeito, constitui impedimento legal a que a instituição de crédito, credora mutuante, intente acções judiciais tendo em vista a satisfação do seu crédito. (…)”*.

Desta forma, *“(…) é o regime excecional previsto no Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, que afasta liminarmente a possibilidade de ser intentada a acção e, por maioria de razão, existe uma circunstância impeditiva que obsta a que, no decurso de uma acção executiva (que não poderia ser proposta), se desenvolva um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento. Aliás, a própria designação (Procedimento Extrajudicial) é absolutamente esclarecedora da intenção do legislador e o intérprete deve presumir que este consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, tal como proclama o artigo 9.º, no 3, do Código Civil. (…)”*⁶.

Importa concluir que *“(…) confrontados com uma verdadeira falta de condição objetiva de procedibilidade que, na busca do lugar paralelo, é enquadrada, com as necessárias adaptações, no regime jurídico das excepções dilatórias. E isto porque, em termos finalísticos, atendendo ao respetivo resultado, a referida falta de condição objetiva de procedibilidade conduz à absolvição da instância e não se reporta ao mérito da causa. Em acréscimo, mesmo que assim não fosse e estivéssemos confrontados com uma mera excepção dilatória, o vício não seria sanável e apenas se pode apelar ao suprimento da falta de pressupostos processuais nos casos em que existe a hipótese de sanção (…)”*⁷

.....
⁶ in Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08/03/2018, n.º 2267/15.0T8ENT-A.E1, relator: Conceição Ferreira.

⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06/10/2016, n.º 4956/14.8T8ENT-A.E1, relator: José Manuel Galo Tomé de Carvalho.

Ou seja, a falta de integração do cliente bancário no PERSI é uma excepção dilatória inominada, que impedia *ab initio* a instauração da ação executiva para a efetiva satisfação do crédito do exequente, o que implica a absolvição da instância. Esta excepção dilatória não é suscetível de sanção no âmbito da execução, pois seria no decurso de uma execução que não poderia ser proposta, por não se verificar uma condição de procedibilidade (a integração e extinção no PERSI, de acordo com o art.18.º).

1.2. A EXIGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO EM SUPORTE DURADOURO

Cumpra agora esclarecer o número quarto do artigo 14.º que dispõe "*no prazo máximo de cinco dias após a ocorrência dos eventos previstos no presente artigo, a instituição de crédito deve informar o cliente bancário da sua integração no PERSI, através de comunicação em suporte duradouro.*" Ora, esta disposição tem levantado alguns problemas a nível da sua aplicação, nomeadamente um problema de prova, pois apenas se exige que a comunicação seja feita em suporte duradouro, não se exigindo para este efeito que a comunicação tenha de ser feita através de carta registada com aviso de receção. Desde já importa atender ao artigo 3.º que, na sua alínea h), define o que se entende por "suporte duradouro" como "*qualquer instrumento que permita armazenar informações durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução integral e inalterada das informações armazenadas*". A exigência de comunicação em suporte duradouro remete-nos para a noção de documento que nos é dada pelo artigo 362.º do Código Civil: "*diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto*". Contudo, a exigência de suporte duradouro a que alude o DL n.º 227/2012

apenas se refere às comunicações a efetuar pela instituição financeira, e não à receção efetiva das mesmas pelos clientes bancários. O problema que se tem colocado nos tribunais é o da prova da receção efetiva dessas comunicações pelos clientes bancários, pois a lei apenas exige que a comunicação seja feita em suporte duradouro. No entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/11/2018 n.º 3413/14.7TBVFR-A.P1 *“se a intenção do legislador fosse a de sujeitar as partes do procedimento extrajudicial de regularização das situações de incumprimento a comunicar através de carta registada com aviso de receção, tê-la-ia consagrado expressamente.”*

No nosso entendimento sobre esta problemática, cabe ao legislador corrigir esta disposição, impondo que as comunicações relativas à integração e extinção do procedimento PERSI sejam feitas mediante carta registada com aviso de receção. Ao desconsiderar estas exigências o risco de extravio de determinadas comunicações corre por conta do consumidor, que já assume uma posição desfavorável pela vulnerabilidade em relação à entidade financeira.

Importa agora expor a interpretação do Tribunal da Relação de Coimbra no Acórdão de 28/11/2018 n.º 494/14.7TBFI-G-A.C1, *“(…) a lei impôs aos bancos a obrigação de contactar o cliente. (...) Se a questão acerca de ter existido esse contacto se torna duvidosa, (...), porque o executado contesta que tenha sido contactado, então incumbe ao banco provar o contacto, porque a lei lhe impõe que faça esse contacto. Não se prova tal contacto provando apenas que foi expedida uma simples carta. A própria lei nos dá disso exemplo, quando determina que a citação é feita mediante «Entrega ao citando de carta registada com aviso de receção, seu depósito, nos termos do n.º 5 do artigo 229.º, ou certificação da recusa de recebimento, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo» - al. b) do*

n.º 2, do artigo 225.º do CPC. Com efeito, uma carta remetida pode extraviar-se e embora os casos de extravio sejam pouco frequentes eles ocorrem e qualquer caso pode ser um caso desses, salvo se se mostrar que não foi o caso. Bastava um conhecimento potencial, nos termos do n.º 1 do artigo 224.º do Código Civil, onde se refere que «A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida;...».”

Esta decisão evidencia o ónus da instituição financeira em provar que a comunicação foi feita, não bastando para tal demonstrar que a carta foi enviada, cabendo à instituição financeira demonstrar o contacto efetivo com o cliente bancário. Como *supra* referido, esta problemática deixaria de existir se a lei, para tal comunicação exigisse o recurso à carta registada com aviso de recepção.

Vide ainda a este propósito a explicação dada no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado a 08/03/2018, processo n.º 2267/15.0T8ENT-A.E1 “ (...)O significado de tal expressão «suporte duradouro» é dado no artigo 3.º, alínea h) do citado diploma: «qualquer instrumento que permita armazenar informações durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução integral e inalterada das informações armazenadas». III- Por conseguinte, e exigindo a lei, como forma de tal declaração uma «comunicação em suporte duradouro» ou seja a sua representação através de um instrumento que possibilitasse a sua reprodução integral e inalterada, reconduzível, portanto, à noção de documento constante do art.º 362º do Cód. Civil, não poderia a omissão de tal prova da declaração da instituição bancária/embargada ser colmatada com recurso à prova testemunhal (face à ausência de confissão expressa dos embargantes) – cfr. art.º 364º, nº 2, do Cód. Civil. IV- Além do mais, tratando-se de uma declaração receptícia,

a sua eficácia estaria também dependente da sua chegada ao conhecimento do seu destinatário (art.º 224º, nº 1 -1ª parte, do Cód. Civil que consagra a teoria da recepção), sendo sobre a instituição bancária/embargada que recaía o ónus de o provar (art.º 342.º, nº 1, do mesmo Código)".

1.3. O PERSI ENQUANTO GARANTIA PARA O CLIENTE BANCÁRIO, O ART. 18.º COMO UM BLOQUEIO AO ACESSO À VIA JUDICIAL

O artigo 18.º dispõe no seu nº1, que no decurso do processo PERSI, isto é, entre a data da integração do cliente bancário no procedimento e a sua extinção, a instituição de crédito está **impedida** de resolver o contrato com fundamento no incumprimento, bem como está impedida de ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, ou transmitir a terceiro a sua posição contratual. Está ainda impedida de intentar ações judiciais tendo em vista a satisfação do seu crédito, quer isto dizer que, antes da extinção do procedimento PERSI, está vedada ao Banco, a possibilidade de recorrer aos tribunais para obter coercivamente o pagamento do crédito.

Em estudos sobre o assunto, Francisco Almeida Garrett⁸ opinou que “o Decreto-Lei nº 227/2012, impõe assim às instituições de crédito mutuante uma «renegociação forçada» e confere ainda ao cliente diversas garantias não displicentes tais como a impossibilidade de a instituição de crédito mutuante (a) resolver o contrato com fundamento no incumprimento, (b) intentar acções judiciais com vista à satisfação do seu crédito, (c) ceder a terceiros, total ou parcialmente, o crédito em questão, ou (d) transmitir a sua posição contratual – tudo isto, enquanto durar o PERSI”.

Vejamos a este propósito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Maria Olinda Garcia, de 19/05/2020

⁸ ALMEIDA GARRETT, FRANCISCO. “PARI, PERSI & AFINS – Breve Nota Sobre o Novo Regime”, in JusJornal, nº 1676, 23 de Abril de 2013.

n.º 6023/15.8T8OER-A.L1.S1, o (...) Nestes termos, tendo a exequente e a executada celebrado vários contratos de mútuo com garantia hipotecária, enquadráveis nas hipóteses legais às quais tem aplicação o DL n.º227/2012, dúvidas não existem de que a entidade financeira, agora exequente, estava obrigada a cumprir as obrigações respeitantes ao regime do PERSI, nos termos dos artigos 12.º e seguintes daquele diploma. Só após a extinção desse procedimento (nos termos do art. 17.º), poderia a credora recorrer à via judicial, como expressamente determina o art. 18.º. Ao mover a presente ação executiva, a exequente tinha o ónus de ter logo demonstrado que havia cumprido as obrigações impostas pelo regime do PERSI, demonstrando, assim, que o seu acesso à via judicial não se encontrava bloqueado pelo art. 18.º. '1.

O artigo 18.º funciona como um mecanismo de bloqueio ao acesso à via judicial, no sentido que impede a instituição de crédito de recorrer aos tribunais para fazer valer o seu crédito, sem que antes tenha cumprido a obrigação de integrar o devedor no PERSI. Quer isto dizer que o recurso ao tribunal não pode ocorrer sem que antes o credor tenha cumprido a obrigação de integrar o devedor no PERSI. Desta forma, a entidade financeira que move ação contra o consumidor/devedor tem o ónus de demonstrar que a sua atuação não se encontra bloqueada pelo art. 18.º, assim sendo, tem o dever de demonstrar que cumpriu as obrigações que para si decorrem do diploma n.º 227/2012, nomeadamente a observância do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI).

Cumpre ainda acrescentar o sumário da decisão do acima referido Acórdão do STJ de Maria Olinda Garcia:(...) '1A instituição de crédito que move ação executiva contra o mutuário consumidor, que se encontra em mora, tem o ónus de demonstrar que cumpriu as obrigações impostas pelos artigos

12º e seguintes do DL n.227/2012, que prevê o regime jurídico do PERSI. Enquanto o mutuante não proporcionar ao devedor consumidor a oportunidade para encontrar uma solução extrajudicial, tendo em vista a renegociação ou a modificação do modo de cumprimento da dívida, não lhe é permitido o recurso à via judicial para fazer valer o seu crédito (como se extrai do art. 18º daquele diploma). O cumprimento prévio dos deveres impostos pelo regime do PERSI constitui um pressuposto específico da ação executiva movida por uma entidade financeira contra um devedor consumidor, cuja ausência se traduz numa exceção dilatória inominada de conhecimento oficioso que conduz à absolvição da instância.''.

1.4. O CASO DOS FIADORES E AVALISTAS - ARTIGO 21.º

No que concerne aos Fiadores, dispõe o artigo 21.º que *''nos casos em que o contrato de crédito esteja garantido por fiança, a instituição de crédito deve informar o fiador, no prazo máximo de 15 dias após o vencimento da obrigação em mora, do atraso no cumprimento e dos montantes em dívida''*. A lei impõe, à entidade financeira, o dever de informar o fiador. O número dois do artigo em análise estipula que *''a instituição de crédito que interpele o fiador para cumprir as obrigações decorrentes de contrato de crédito que se encontrem em mora está obrigada a iniciar o PERSI com esse fiador sempre que este o solicite através de comunicação em suporte duradouro, no prazo máximo de 10 dias após a referida interpelação, considerando-se, para todos os efeitos, que o PERSI se inicia na data em que a instituição de crédito recebe a comunicação anteriormente mencionada''*. Dispõe ainda o número três que *''aquando da interpelação para o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito que se encontrem em mora, a instituição de crédito deve informar o fiador sobre a faculdade prevista no*

número anterior, bem como sobre as condições para o seu exercício".

No que ao fiador diz respeito, e como resulta dos números supratranscritos, o procedimento de integração no PERSI não é, à partida, obrigatório, mas a instituição deve informar o mesmo sobre essa possibilidade e sobre as condições para o seu exercício quando lhe exija o cumprimento das obrigações que emergem do contrato de crédito.

Apesar de não ser, como referimos, à partida obrigatória a integração do fiador no PERSI, caso este **solicite** a sua integração - solicitação esta que tem de ser feita em suporte duradouro e no prazo máximo de dez dias após a interpelação para o cumprimento das obrigações emergentes do contrato de crédito - a entidade financeira fica obrigada a iniciar o PERSI com o tal fiador.

Cumpram ainda acrescentar, que, de acordo com o número quatro do artigo 21.º, o PERSI iniciado por solicitação do fiador é um procedimento autónomo relativamente ao PERSI desenvolvido com o cliente bancário, mantendo-se, sem prejuízo de o regime aplicável ser o mesmo, com as devidas adaptações. Passo a citar o referido número quarto do artigo 21.º *"Sem prejuízo de se tratar de um procedimento autónomo relativamente ao PERSI desenvolvido com o cliente bancário, é aplicável ao PERSI iniciado por solicitação do fiador o disposto no n.º 4 do artigo 14.º e nos artigos 15.º a 20.º, com as devidas adaptações."*

1.4.1. A PROBLEMÁTICA DOS AVALISTAS

Tem-se levantado nos tribunais, a questão de saber se o artigo 21.º do DL 227/2012 apenas se aplica aos fiadores ou também aos avalistas de títulos cambiários.

O Banco de Portugal entende, *"(...) que o Regime Geral não prevê a integração no PERSI dos avalistas de títulos de*

crédito com função de garantia de contratos de crédito que se encontrem em situação de incumprimento."⁹ Deste entendimento resulta que caso o avalista do título de crédito não seja fiador em contrato de crédito, a sua obrigação cambiária está claramente fora do âmbito de aplicação do DL n.º 227/2012.

No nosso entendimento, esta é uma solução desadequada. Apesar de o legislador não ter previsto a aplicação do regime do DL n.º 227/2012 para o caso do avalista, cremos que nada obsta à sua aplicação. É mister aqui analisar qual é a posição jurídica do avalista.

O avalista obriga-se pelo aval, o qual é a declaração pela qual um sujeito, já obrigado cambiário ou não, garante o pagamento por um obrigado cambiário (art. 30.º da Lei Uniforme Relativa às Letras e Livranças - LULL). O aval é pois uma garantia, mas com um regime peculiar em relação ao da fiança: 1.º) o avalista responde nos mesmos termos em que responde o avalizado, isto é, a sua obrigação tem a mesma extensão e conteúdo (art. 32.º-I), não gozando do benefício da excussão prévia – não há responsabilidade subsidiária; 2.º) o aval mantém-se ainda que a obrigação garantida seja nula, salvo se a nulidade for por vício de forma (art. 32.º-II); 3.º) o avalista que pague fica com o direito de obter o pagamento, se tivesse sido ele a pagar (art. 32.º-III), o que é sempre o caso do aceitante, se não for ele o avalizado - mas, se for, o avalista já não poderá demandar ninguém que não o avalizado (e aceitante), pois o aceitante também não pode demandar outro obrigado, por ser ele que tem de pagar a letra em última instância.¹⁰

.....
⁹ *Entendimentos do Banco de Portugal sobre o novo quadro legal e regulamentar relativo à prevenção e regularização do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*, p.9.

¹⁰ CASSIANO DOS SANTOS, FILIPE. *Direito Comercial Português – Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*. Coimbra Editora, 2007, pág. 259

O polémico fragmento do art. 32º segundo o qual “o *dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada*” fornece, em nosso entender, a *matriz da extensão subjetiva e objetiva da obrigação do avalista*: ou seja, permite-nos determinar *perante quem responde e por que quantia responde*. Ora, essa matriz é justamente fornecida pela obrigação cambiária do avalizado.

Assim, a referência do art. 32º posiciona desde logo o avalista na cadeia cambiária de regresso, permitindo determinar o círculo de sujeitos cambiários *perante os quais responde*. A necessidade de tal posicionamento é óbvia: como o ingresso do avalista no círculo cambiário não ocorre por força da criação ou transmissão do direito, não fica “automaticamente” seriado – ao contrário do que acontece com o sacador ou com cada um dos endossantes –, nem lhe cabe, tão-pouco, a posição única de obrigado principal – ocupada pelo aceitante ou pelo emitente da livrança. Vai responder, portanto, perante os mesmos sujeitos em face dos quais o avalizado é responsável.

Por outro lado, também decorre do art. 32º que a configuração cambiária da responsabilidade do avalizado vai servir de *molde objetivo* à responsabilidade do avalista. Trata-se, essencialmente, de assegurar que a responsabilidade cambiária do avalista *não tem um conteúdo mais gravoso* do que o que corresponde ao teor literal da obrigação cambiária do avalizado. (...) Por fim, a posição jurídica do avalizado é utilizada pela LU para *situar a pretensão do avalista que paga a letra na cadeia dos direitos de regresso* (art. 32.ºIII). Satisfazendo o dador de aval a pretensão do credor cambiário, pode exercer os “direitos emergentes da letra” contra o avalizado e contra os obrigados que este, por seu turno, poderia mandar. A norma posiciona o avalista na cadeia dos direitos de regresso *em simetria com o ponto de inserção* da sua obrigação no círculo cambiário: sendo o avalista responsável pe-

rante os mesmos sujeitos que o avalizado (art.32º), também pode demandar, em via de regresso, aquelas outras pessoas que perante o avalizado respondem.¹¹

Neste ensejo, veja-se o Acórdão n.º 2217/03-1 do Tribunal da Relação de Guimarães: “Como estatui o art. 32.º I da LULL «O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada?». O que significa dizer-se que o dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada? Como ensina Ferrer Correia, «Significa, antes de tudo, que o avalista fica na situação de devedor cambiário perante aqueles subscritores em face dos quais o avalizado é responsável, e na mesma medida em que ele o seja. Por outro lado, já que o avalista responde da mesma maneira que o avalizado, qualquer limitação de responsabilidade expressa por este no título aproveita àquele: a obrigação do avalista mede-se pela do avalizado. É bom frisar que a responsabilidade do avalista não é subsidiária da do avalizado. Trata-se de uma responsabilidade solidária. O avalista não goza do benefício da excussão prévia, mas responde pelo pagamento da letra solidariamente com os demais subscritores (artº 47º, I). Além de não ser subsidiária, a obrigação do avalista não é, senão imperfeitamente, uma obrigação acessória relativamente à do avalizado. Trata-se de uma obrigação materialmente autónoma, embora dependente da última quanto ao aspecto formal»(Lições de Direito Comercial, Vol. III, Letra de Câmbio, pág. 214 e ss). Enquanto que ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executido todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu crédito, como estabelece o artº 638º, nº1 do CC, o avalista não goza do benefício de excussão referida neste artigo. Ora, este preceito consagra o princí-

¹¹ CUNHA, CAROLINA. *Manual de Letras e Livranças*, pp. 41-43. Coimbra: Almedina, 2016.

pio da subsidiariedade da fiança, ou seja, o fiador só responde pelo pagamento da obrigação se e quando se provar que o património do devedor é insuficiente para a solver. No que toca à responsabilidade do avalista, estabelece o artº 47º, I e II, da LULL: «Os sacadores, aceitantes, endossantes ou avalistas de uma letra são todos solidariamente responsáveis para com o portador. O portador tem o direito de accionar todas essas pessoas, individualmente ou colectivamente, sem estar adstrito a observar a ordem por que elas se obrigaram»”.

Importa, pois, concluir que apesar de o avalista e o fiador serem institutos jurídicos que visam garantir ou assegurar o cumprimento de determinada obrigação, o seu regime é muito distinto. Enquanto que ao fiador assiste uma responsabilidade subsidiária, no caso do avalista, este responde nos mesmos termos que o seu avalizado.

Neste sentido, e na esteira de PEDRO PAIS VASCONCELOS, podemos constatar que *“a posição do avalista é diferente da posição do fiador. O fiador está tipicamente por detrás do devedor, enquanto que o avalista está ao lado dele. Esta diferença é revelada pelo poder que o credor tem, para acionar directamente o avalista no caso do não pagamento pelo devedor principal do título de crédito, seja o aceitante, o sacador ou o subscritor, mesmo que não seja o seu avalizado, enquanto o fiador só pode ser acionado em caso de não pagamento pelo seu afiançado.”*¹²

Nestes termos, e dada à especialidade do regime do Aval, cumpre-nos concluir pela aplicação do DL n.º 227/2012 à figura do avalista. Se assim não fosse, resultaria que a obrigação cambiária do avalista, teria um conteúdo mais gravoso do que o da obrigação cambiária do avalizado. Cremos ter sido um lapso do legislador, ao não prever – à semelhança

.....
¹² PAIS VASCONCELOS, PEDRO, in Revista de Direito Comercial, Aval, Informação e Responsabilidade, de 28 de Maio de 2020, pag.1138.

da previsão feita no art.21.º em relação ao fiador – a aplicação desta lei ao avalista.

Cumpra ainda acrescentar que o entendimento do Banco de Portugal é infundado. Além do mais, a não aplicação deste regime à figura do avalista configura uma válvula de escape à aplicação deste regime. O DL n.º227/2012 têm na sua génese a proteção de uma posição desfavorável, que é a do consumidor. O entendimento perfilhado pelo Banco de Portugal implica que o avalista, que se encontre nesta posição enfraquecida, esteja desprotegido na relação com a instituição financeira credora.

1.5. PROBLEMA DA APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO / PROBLEMÁTICA DAS SITUAÇÕES DE INCUMPRIMENTO QUE VIGORAVA NO MOMENTO DA ENTRADA DA LEI EM VIGOR

O artigo 39.º do DL n.º 227/2012 dispõe no seu nº1 que *“são automaticamente integrados no PERSI e sujeitos às disposições do presente diploma os clientes bancários que, à data de entrada em vigor do presente diploma, se encontrem em mora relativamente ao cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito que permaneçam em vigor, desde que o vencimento das obrigações em causa tenha ocorrido há mais de 30 dias.”*; já o seu nº2 prevê que *“ nas situações referidas no número anterior, a instituição de crédito deve, nos 15 dias subsequentes à entrada em vigor do presente diploma, informar os clientes bancários da sua integração no PERSI, nos termos previstos no nº 4 do artigo 14.º ”*, no nº3 do supra referido artigo, encontra-se disposto que *“os clientes bancários que, à data de entrada em vigor do presente diploma, se encontrem em mora quanto ao cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito há menos de 31 dias são integrados no PERSI nos termos previstos no n.º 1 do artigo 14.º”*

Vejamos a este propósito a explicação dada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28/06/2018 n.º 2791/17.0T8STB-C.E1: *“(...) Conforme resulta evidente do teor desta última norma (art. 39.º/3)o legislador pretendeu integrar no regime do PERSI todas as situações previstas no diploma que ao tempo da sua entrada em vigor (01/01/2013) se encontravam em mora relativamente ao cumprimento, independentemente da data pretérita em que tal ocorresse, impondo, apenas, que tivesse ocorrido há mais de 30 dias. Donde, o Banco credor não podia a partir do momento em que entrou em vigor o aludido diploma legal deixar de cumprir, em relação ao devedor, as obrigações que lhe eram legalmente impostas, até porque as mesmas não surgem apenas com a específica solicitação deste, prevista no n.º2, do artigo 14.º¹³, uma vez que esta norma ressalva o disposto no n.º 1, do mesmo artigo, que estatui a integração obrigatória do devedor no PERSI, e que, por iguais razões, deve interpretar-se como estendendo a ressalva ao disposto no n.º 1, do artigo 39.º, do mesmo diploma, que estatui a integração automática do devedor no PERSI.(...)”*

Desta norma de direito transitório resulta que o regime do PERSI, regulado no DL n.º 227/2012, é aplicável a todas as situações que cumpram certamente os pressupostos de aplicação deste regime, que desde Janeiro de 2013 se encontrem em mora relativamente ao cumprimento das suas obrigações emergentes dos respetivos contratos de crédito.

¹³ Dita o art. 14.º, n.º2 que *“Sem prejuízo do disposto no número anterior, a instituição de crédito está obrigada a iniciar o PERSI sempre que: a) O cliente bancário se encontre em mora relativamente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito e solicite, através de comunicação em suporte duradouro, a sua integração no PERSI, considerando-se, para todos os efeitos, que essa integração ocorre na data em que a instituição de crédito recebe a referida comunicação; b) O cliente bancário, que alertou para o risco de incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito, entre em mora, devendo, para todos os efeitos, considerar-se que a integração desse cliente no PERSI ocorre na data do referido incumprimento.”*

Acontece que no momento em que a lei entrou em vigor, Janeiro de 2013, havia situações de incumprimento que já perduravam, e de acordo com a interpretação da letra da lei no que diz respeito ao art. 39.º, todas essas situações deveriam ser integradas num procedimento PERSI, no entanto, cada caso é um caso, e cada qual com a sua particularidade.

Veja-se a este propósito o Acórdão de 08/03/2018 do Tribunal da Relação de Évora, n.º 2267/15.0T8ENT-A.E1: “(...) Argumenta a recorrente (Entidade Financeira), que a embargante nunca colaborou para que se viesse a concretizar um acordo, antes ainda da entrada em vigor do PERSI. Que tentou chegar a acordo por diversas vezes com a embargante, contudo, nunca houve colaboração desta para que se efetivasse tal solução, não fornecendo os elementos necessários. (...) No caso dos presentes autos, contrariamente ao alegado pela recorrente, resultou provado que a exequente/embargada não encetou o procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento previsto no Decreto-lei no 227/2012, de 25 de Outubro. Muito embora a recorrente venha a afirmar que tentou chegar a acordo por diversas vezes com a recorrida e que não houve colaboração desta, isso não era impeditivo de a recorrente intentar o procedimento a que estava legalmente obrigada e a comunicar ao cliente. (...) Assim, podemos concluir que a instituição de crédito, aqui recorrente não podia intentar ação judicial com vista à satisfação do seu crédito, nomeadamente ação executiva, sem antes integrar o cliente bancário no PERSI. E, o que se verificou no caso em apreço, foi que a recorrente instaurou ação executiva, sem antes lançar mão do estabelecido no Decreto-Lei no 227/2012, de 25/10, ao qual estava obrigada.(...)”

Nesta situação, o Tribunal da Relação de Évora decidiu julgar procedente a oposição à execução mediante embargos de executado, determinando a extinção da execução

quanto à executada/embargente/cliente bancário. Apesar de a cliente bancária se encontrar em mora relativamente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito desde Novembro de 2011, e apesar de a entidade financeira ter tentado chegar a acordo com a embargante, não houve integração formal do cliente bancário no procedimento PERSI. Estamos assim perante uma excepção dilatatória inominada que impedia *ab initio* a instauração da ação executiva para a efetiva satisfação do crédito do exequente, o que implica a absolvição da instância.¹⁴

1.6. BREVE ANÁLISE DO ACÓRDÃO N.º 194/13.5TBCM-N-A.G1.S1

Cumpre-nos por último expor o Acórdão do STJ de 09/02/2017 n.º 194/13.5TBCM-N-A.G1.S1. Em síntese, havia sido celebrado um contrato designado de mútuo com hipoteca, situando-se o seu incumprimento por parte do consumidor/devedor em 2011, e tendo a ação executiva sido intentada no ano de 2013 (momento em que já estava em vigor o DL n.º 227/2012). Havendo a ação executiva sido intentada em 2013, a instituição financeira estaria vinculada ao regime do PERSI e conseqüentemente obrigada a integrar o consumidor neste procedimento em prejuízo de não poder recorrer à via judicial para fazer valer o seu crédito. No entanto, a decisão do STJ não foi nesse sentido, considerando desnecessária a integração destes clientes bancários no PERSI.

No Acórdão de 09/02/2017, n.º 194/13.5TBCM-N-A.G1.S1, o Supremo Tribunal de Justiça considerou abuso de direito o facto de o cliente bancário ter alegado a sua não integração no PERSI, que era um dever obrigatório da entidade financeira, à luz do DL n.º 227/2012. Neste sentido, podemos aqui citar o Acórdão em análise: ‘‘ (...) *Vir agora invocar este*

.....

¹⁴ Vide a este propósito o ponto 1.1.

diploma¹⁵ para concluir que o Banco estava impedido de intentar ação judicial para satisfação do seu crédito no período compreendido entre a integração no PERSI e a extinção deste, configura um claro abuso de direito por parte dos recorrentes, actuação que o direito não tutela e considera ilegítima – artigo 334.º do Código Civil.(...).'

Numa primeira impressão, e numa leitura pouco atenta, tendemos a considerar absurda esta decisão do STJ, pois tratava-se de uma ação executiva intentada em março de 2013, momento em que já estava em vigor o DL n.º 227/2012, e por isso a instituição financeira não poderia deixar de obedecer às regras que o suprarreferido diploma impõe. No entanto, cada caso é um caso e este é merecedor de uma especial atenção. Errado será invocar esta decisão como fundamento para outras situações em que se alegue abuso de direito, pois este caso é dotado de uma especial particularidade e, por isso, esta decisão não deve ser tomada como regra, mas antes como exceção.

Desta forma, existem três pontos essenciais para a compreensão desta decisão, nomeadamente, importa ter atenção, que a situação de incumprimento teve início em Maio de 2011, nesse seguimento, o banco envidou esforços para que, de uma forma extrajudicial, se procedesse à regularização da situação de incumprimento, e assim, desde o momento em que se deu o incumprimento até Setembro de 2012, o banco realizou uma tentativa de reestruturar o crédito – tentativa essa que saiu frustrada e por isso, face à inexistência de acordo, a entidade financeira passou a negociar com os clientes bancários (a partir de setembro de 2012) a dação em cumprimento, que foi aceite após uma avaliação do imóvel que serviria de objeto da dação em cumprimento. A avaliação foi realizada em Setembro de 2012, quando a

.....
¹⁵ Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro

entidade financeira aceitou o acordo, dando-se por concluídas as negociações.

A dação em cumprimento não foi formalizada. Na sequência de uma visita realizada pela a entidade financeira ao imóvel, a 7 de Março de 2013, quando se apercebe que os clientes bancários *'' (...) antes de desocuparem a casa, retiraram os focos de iluminação, os móveis e eletrodomésticos da cozinha, os aparelhos de ar condicionado, o soalho em madeira de algumas divisões, alguns rodapés, um armário de roupa embutido, deixando o imóvel desvalorizado.(...)''*. Assim, a solução acordada não se concretizou por facto imputável aos clientes bancários, que vieram impedir a formalização da negociada dação em cumprimento.

Importa atender ao art. 4.º do DL n.º 227/2012, que retrata uma densificação de princípios como o da boa fé, e que prevê que *'' os clientes bancários devem gerir as suas obrigações de crédito de forma responsável e, com observância do princípio da boa fé, alertar atempadamente as instituições de crédito para o eventual risco de incumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito e colaborar com estas na procura de soluções extrajudiciais para o cumprimento dessas obrigações.''*¹⁶ Ora, este comportamento por parte dos clientes bancários, que inviabilizou a formalização da dação em cumprimento, e consequentemente inviabilizou a regularização da situação de incumprimento que subsiste desde Maio de 2011, é um comportamento de má fé, até desnecessário, pois a verdade é que em relação aos rodapés sabemos que não são passíveis de serem reutilizados com o mesmo propósito noutra habitação, e são uma parte integrante do prédio, nos termos do artigo 204.º/3 Código Civil¹⁷.

.....

¹⁶ Artigo 4.º/2 do Decreto-Lei n.º 227/2012

¹⁷ *''É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência.''* – art. 204.º/3 Código Civil.

Desta forma considerou, e bem, na nossa opinião, abuso de direito, o facto de na ação executiva virem, os clientes bancários, invocar a falta de integração no PERSI, procedimento que se destina a regularizar a situação de incumprimento, quando a situação de incumprimento não foi antes regularizada por facto que lhes é imputável. Neste ensejo, poderemos citar o Acórdão em análise: *'' (...) A circunstância de os executados/opponentes não terem sido formalmente integrados no PERSI não lhes retirou direitos, nem lhes reduziu expectativas legítimas, posto que a ação executiva só foi instaurada depois de gorada a concretização da solução negociada por razões só aqueles imputáveis. (...) Efetivamente, os oponentes/executados desde Maio de 2011 até Março de 2013 beneficiaram materialmente de um conjunto de medidas da iniciativa do Banco exequente que deram plena concretização aos objetivos do PERSI, entretanto instituído pelo referido DL n.º 272/2012, de 25 de Outubro. A circunstância de não terem sido formalmente integrados nesse procedimento não lhes retirou direitos, nem lhes reduziu expectativas legítimas, posto que a ação executiva só foi instaurada depois de gorada a concretização da ação em cumprimento por razões só aos mesmos imputáveis.''*

VII. CONCLUSÃO

Retomando a nossa preocupação inicial, pelas circunstâncias adversas que hoje vivemos consequentes da pandemia causada pela doença COVID-19, provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2, pela incontornável crise económica que já se faz sentir e que tenderá a perdurar e agravar. É crucial fazer-se saber dos mecanismos consagrados no Decreto-Lei nº 227/2012, mecanismos estes que visam proteger o consumidor, concedendo-lhe uma oportunidade de reestruturar o seu crédito de forma a possibilitar o seu cumprimento.

Devemos aprender com a história e recordar o mal dos créditos malparados que causaram um grande e negativo impacto na economia e consequentemente foram um fator preponderante na crise do *subprime*. Desta forma é de extrema importância apelar a uma atitude preventiva e atenta da parte das instituições financeiras quanto ao pagamento das prestações de créditos. Devemos promover uma verdadeira comunicação entre esta e o cliente bancário, neste momento em que o cumprimento por parte do cliente das responsabilidades emergentes do(s) contratos de crédito se pode tornar inexequível, dado à realidade que hoje vivemos.

Cumpre, assim também, expor e divulgar a existência dos procedimentos PARI e PERSI, consagrados no ora analisado diploma, junto dos consumidores, de modo a que os próprios clientes bancários possam ter conhecimento da sua existência, incentivando uma atitude pró-ativa por partes destes, e assim, a fazerem uso destes procedimentos colaborando na procura de uma solução, quer estejam numa situação de risco de incumprimento, quer já se encontrem numa verdadeira situação de incumprimento. Cabe tanto às instituições financeiras como aos clientes bancários, tentar evitar situações de impossibilidade de pagamento das suas prestações de créditos bancários e, desta forma, combater situações de puro incumprimento e consequentemente créditos malparados que são um mal que adocece a economia.

BIBLIOGRAFIA

- ANA FILIPA CONCEIÇÃO. O Novo Regime da Negociação Extrajudicial de Créditos Bancários Concedidos ao Consumidor: Uma breve abordagem ao DL n.º 227/2012 de 25 de Outubro;
- CUNHA, CAROLINA. *Manual de Letras e Livranças*. Coimbra: Almedina, 2016.
- Entendimentos do Banco de Portugal sobre o novo quadro legal e regulamentar relativo à prevenção e regularização do incumprimento de contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares*.
- FRANCISCO ALMEIDA. "PARI, PERSI & AFINS – Breve Nota Sobre o Novo Regime", in JusJornal, no 1676, 23 de Abril de 2013;
- FILIFE CASSIANO DOS SANTOS. *Direito Comercial Português*. Volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 259;
- PAIS VASCONCELOS, PEDRO. in *Revista de Direito Comercial*, de 28 de Maio de 2020, pag.1138
- Relatório sobre Atividade e Supervisão Comportamental relativo à primeira metade de 2020, do Banco de Portugal;
- Decreto Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro;
- Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, também designado por Lei de Defesa do Consumidor;
- Código Civil;
- Lei Uniforme Relativa às Letras e Livranças, também designado por LULL;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/10/2017, Processo n.º 6776-15.3T8ALM.L1-8;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 31/01/2019 n.º 832/17.0T8MM-N-A.E1;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08/03/2018, n.º 2267/15.0T8EN-T-A.E1, relator: Conceição Ferreira;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06/10/2016, n.º 4956/14.8T8EN-T-A.E1, relator: José Manuel Galo Tomé de Carvalho;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/11/2018 n.º 3413/14.7TBV-FR-A.P1;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra no Acórdão de 28/11/2018 n.º 494/14.7T8FIG-A.C1;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Maria Olinda Garcia, de 19/05/2020 n.º 6023/15.8T8OER-A.L1.S1;

A APLICAÇÃO PRÁTICA DO DECRETO-LEI N.º 227/2012 DE 25 DE OUTUBRO

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/10/2018 n.º 5070/16.7T8AL-M-C.L1-7;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06/06/2019 n.º 6470/14.2T8ALM.L1-6;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/02/2017 n.º 194/13.5TBCMNA-G1.S1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28/06/2018 n.º 2791/17.0T8S-TB-C.E1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17/03/2004 n.º 2217/03-1.

MEDICALIZAÇÃO DO CONSUMO E PUBLICIDADE ABUSIVA A PROTEÇÃO DIFUSA DOS IDOSOS

*Luiz Fernando Afonso **

SUMÁRIO

Introdução

1. Sociedade de Consumo ou de Hiperconsumo. O consumo na Pós-modernidade.
2. Os fundamentos da defesa do consumidor e para a proteção do idoso.
3. Os idosos como consumidores hipervulneráveis e como um novo mercado de consumidor.
4. A medicalização do consumo e a publicidade abusiva de medicamentos.
5. Os idosos submetidos à publicidade de medicamentos caracterizados como hipocondríacos crônicos. A velhice tratada como doença e a promessa da "vida quase eterna".

Conclusão

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP (Efetividade do Direito - Núcleo de Pesquisa em Direitos Difusos e Coletivos - Direito do Consumidor). Especialista em Direito das Relações de Consumo pelo COGEAE-PUC/SP e em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Professor de Direito Civil e Processo Civil do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU/SP). Professor Convidado nos cursos de Pós-graduação lato sensu da PUC/SP - COGEAE e nos cursos de Pós-Graduação lato sensu na Faculdade de Direito de Franca. Advogado graduado pela PUC/SP.

INTRODUÇÃO

O consumidor também envelhece. Essa é uma constatação que nos serve de base para análise da atual sociedade de consumo. A tutela dos direitos dos consumidores já é foco de inúmeros estudos jurídicos, assim como o estudo sobre o direito da velhice também ocupa grande espaço nas discussões acadêmicas. Uni-los é novidade.

O envelhecimento da população é fato notório e com ela surge a preocupação de proteção desse recém descoberto mercado consumidor, principalmente, no que toca ao tema da publicidade de produtos e serviços destinados a esse novo público consumidor.

A pós-modernidade (atual podemos chamá-la de “modernidade pandêmica”) nos mostrou a necessidade de preocupação com aqueles considerados mais frágeis dentre os frágeis: os hipervulneráveis. Idosos, crianças, adolescentes e deficientes físicos de qualquer natureza se encontram em uma especial circunstância, o que demanda uma especial proteção.

E na publicidade, mormente a de medicamentos, essa preocupação deve ser ainda maior, considerando o risco que o consumo desses produtos traz à saúde e à segurança dos consumidores idosos.

Esse é o tema proposto: a publicidade abusiva na medicalização do consumo. A proteção difusa aos idosos, como consumidores hipervulneráveis, submetidos à publicidade de medicamentos. Os idosos tratados como hipocondríacos crônicos. A velhice tratada como doença e a promessa de vida quase eterna.

E em momentos, como esse vivido em 2020, a fragilidade dos idosos, considerados grupo de risco na pandemia da Covid-19, aumenta ainda mais. É fato que qualquer que seja o medicamento oferecido aos idosos que prometam alguma

– ainda que mínima – proteção, será vista com muito bons olhos pelo consumidor idoso, que tenderá a adquiri-lo ainda que a informação não seja completa o suficiente para a saudável formação da vontade desse consumidor deveras especial.

1. SOCIEDADE DE CONSUMO OU DE HIPERCONSUMO. O CONSUMO NA PÓS-MODERNIDADE.

A Modernidade¹, conforme Anthony Giddens, “refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”.² Caracterizava-se pela tomada de decisão de forma democrática, valorizando as liberdades individuais derivadas do Iluminismo.

Acreditava-se que na Modernidade a transformação do mundo se daria pela ciência e pela racionalidade, já que a ideia vigente – iluminista – era de uma natureza dominada pelo homem, que funcionava na perfeição e exatidão de uma máquina, obedecendo a uma lógica mecânica e

.....
¹ MODERNO. 1. Este adjetivo, que foi introduzido pelo latim pós-clássico e significa literalmente “atual” (de *modo* = agora), foi empregado pela escolástica a partir do século XIII para indicar a nova lógica terminista, designada como *via moderna* em comparação com a *via antiqua* da lógica aristotélica. Esse termo também designou o nominalismo, que está intimamente ligado à lógica terminista. (...) 2. No sentido histórico em que essa palavra é hoje empregada habitualmente, em que se fala de ‘filosofia moderna’ neste dicionário, indica o período da história ocidental que começa depois do Renascimento, a partir do século XVII. 3. O M., ou melhor, ‘a modernidade’, costuma ser associado a alguns termos-chave como razão, ciência, técnica, progresso, emancipação, sujeito, historicismo, metafísica, nihilismo, secularização (v. verbetes relativos). Termos que, para aqueles que se situam na modernidade, assumindo seu ponto de vista, têm um significado positivo, enquanto para aqueles que se colocam fora dela, rejeitando seu ponto de vista, têm valor negativo.” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2007. 5ª edição).

² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Editora Unesp. 1991. São Paulo.

determinista, numa racionalidade absoluta de causa e efeito. A ciência, na modernidade, influenciava até mesmo na compreensão do ser e do mundo, no progresso moral e na justiça das instituições.

Essa racionalidade da ciência irradiava seus efeitos, inclusive, na concepção de Estado, que, para os modernos consistia num Estado racional, que seria capaz de resolver todos os problemas³.

A modernidade, portanto, trabalhava com verdades (supostamente) absolutas. A racionalidade, a matemática, a mecânica dominavam o pensamento moderno, na busca de um entendimento imutável. E foi exatamente essa concepção de vida e mundo a razão de sua crise (dizem que a modernidade já nasceu em crise, pois encontrou seu fim nos seus próprios fundamentos).

A pós-modernidade, que teve início na segunda metade do século XX, surge como consequência dos fracassos dessa modernidade racional, num despertar maldito de um sonho, que parecia colorido⁴. A dinâmica e a violência da racionalidade, que era a característica fundamental da modernida-

³ Em resumo de Alain Touraine, trazido por Ricardo Maurício Freire Soares, "a idéia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar das opressões. Sobre o que repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres senão sobre o triunfo da razão?" (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Editora Saraiva. 2009. São Paulo).

⁴ O holocausto para os pós-modernos foi o fator desencadeador desse pensamento. A vitimização de inúmeros judeus na Europa revelou que os homens modernos tornaram-se mecânicos e selvagens, absolutamente distantes de uma reflexão moral, já que se preocupavam unicamente com o resultado objetivo de sua atividade. A dinâmica do holocausto revelou um total desprezo pelo humano, já que a vida ou a morte eram definidas de forma mecânica e matemática por pessoas absolutamente normais que

de, chegaram ao topo e tomaram um formato assustador, tornando os relacionamentos humanos líquidos, inconsistentes e com mínima duração⁵.

Na pós-modernidade nada funciona direito (ao contrário da natureza perfeita e da mecânica, características da modernidade) numa percepção de absoluto mal estar. Percebem-se a imperfeição da natureza e os defeitos do ser humano – que também não é a máquina perfeita que se imaginava.

A ciência, que antes era reverenciada, passa a ser considerada, na pós-modernidade, um pesadelo, já que o automatismo, mormente na produção e no consumo de bens, é possível causa de riscos e acidentes. Se havia, na manufatura artesanal, uma preocupação com a qualidade e segurança, isso deixou de acontecer na produção em massa.

Nesse novo panorama, verificado no início da segunda metade do século XX, explode a sociedade de consumo (ou capitalismo de consumo), já que a produção da guerra recém terminada deveria ganhar uma nova finalidade: a produção de bens de consumo.

A emergência dessa sociedade de consumo é um fenômeno, em larga medida, influenciado pela crise da modernidade e pelo advento das ideias pós-modernas, já que seus

.....

voltavam para suas casas após um longo dia de trabalho como se tudo fosse absolutamente normal.

⁵ Edgar Morin, citado por SOARES (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Editora Saraiva. 2009. São Paulo) afirma que “a ciência derrubou as verdades reveladas, as verdades absolutas. Do ponto de vista científico, essas verdades são ilusões. Pensou-se que a ciência substituía essas verdades falsas ou verdades verdadeiras. Com efeito, ela fundamenta suas teorias sobre dados verificados, reverificados, sempre reverificáveis. Contudo, a história das ciências mostra-nos que as teorias científicas são mutáveis, isto é, sua verdade é temporária. A retomadas dos dados desprezados, o aparecimento de novos dados graças aos progressos nas técnicas de observação/experimentação (...) destroem as teorias que se tornaram inadequadas e exigem outras, novas”.

caracteres aparecem mais evidentes a partir do século XX, quando a pós-modernidade ganha espaço. Como afirma Alain Touraine⁶, "a entrada na sociedade de consumo significa, mais que qualquer outra mudança social, a saída da sociedade moderna".

A economia da produção deu lugar ao capitalismo de consumo, com uma multiplicação indefinida das necessidades numa estimulação perpétua da demanda; a sociedade do desejo e do prazer substituirá as batalhas e lutas ideológicas, cujas bandeiras foram trocadas pela busca da felicidade e do prazer gerado pelo consumo.

É na sociedade de consumo⁷ que são mais evidentes os reflexos das escolhas equivocadas realizadas no projeto da modernidade, o que impõe uma reavaliação na forma de direção do mercado de consumo e de interpretação das normas que o regulam.

Não se poderá mais olhar a sociedade de consumo no viés moderno-capitalista-industrial. Pelo contrário, a sociedade e o mercado de consumo devem ser analisados segundo os parâmetros trazidos pelas conclusões da pós-modernidade e pela descoberta da sociedade global de riscos.

Pode-se dizer, portanto, que, nesse panorama pós-moderno, surge propriamente uma mercantilização das relações humanas, que passam a ser medidas pelas relações de consumo. Há uma ampliação da mercantilização dos modos de vida decorrente do estímulo ao consumo. O consumo passa a ser, portanto, a medida do humano.

.....
⁶ TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

⁷ Na definição de SOARES (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A Nova Interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. Editora Saraiva. 2009. São Paulo), "sociedade de consumo é um fenômeno característico do modo de produção capitalista ocidental, cujos caracteres se tornam cada vez mais nítidos a partir do século XX. A emergência desse novo modelo de coexistência societária é, em larga medida, influenciada pela crise da racionalidade moderna, a qual fracassou em seu projeto de organização global da vida humana.

Nessa sociedade, o consumo tornou-se, assim, medicalizado. Expliquemos: o homem tornou-se refém do consumo e através dele passa a querer comandar sua vida, sua própria existência, pretendendo encontrar até mesmo impossíveis soluções para a única e inevitável certeza da vida: a morte.

Eis a saúde erigida em valor primeiro e aparecendo como uma preocupação onipresente quase em qualquer idade: curar doenças já não basta, agora se trata de intervir a montante para desviar-lhes o curso, prever o futuro, mudar os comportamento em relação as condutas de risco, dar provas de boa “observância”⁸.

A dependência de medicamentos na sociedade de consumo é evidente. Pretende-se afastar os dissabores da vida, principal e especialmente aqueles decorrentes da velhice. O consumo revela, portanto, um absoluto desejo individualista do consumidor de controlar seu próprio corpo. Diante de uma impotência subjetiva, entrega-se o consumidor aos produtos químicos.

E essa entrega é substancialmente aproveitada pelos fornecedores, que, mediante a veiculação de suas publicidades atraem o consumo com a promessa de vida eterna (impossível, é claro, de ser cumprida), mecanismo esse que se torna abusiva quando dirigida a hipervulneráveis, em especial os idosos pela sua especial condição de proximidade com a morte e por serem, muitas das vezes, alocados a grupos de risco de doenças infectocontagiosas.

.....
⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Editora Companhia das Letras. 2006. São Paulo.

Essa publicidade pretende fazer crer que é possível prolongar a vida, transformando a velhice de fase da vida à doença terminal.

Um dos primeiros momentos em que se fala da existência de direitos dos consumidores é a mensagem dirigida ao Congresso Norte-Americano pelo então presidente John F. Kennedy⁹, em 1962 - já, portanto, no período pós-moderno. O festejado líder enunciou e enumerou os direitos dos consumidores, dando início a reflexões sobre o tema da necessidade da sua defesa, considerando-os como vulneráveis frente aos fornecedores de produtos e serviços.

É característica da pós-modernidade o reconhecimento da existência de novos direitos e a necessidade de sua efetiva proteção e, ainda, o reconhecimento da existência de desequilíbrios latentes entre pessoas supostamente idênticas, derivados de circunstâncias pessoais que agravam o estado de vulnerabilidade, de suscetibilidade que lhes é inerente.

Seja a consolidação do direito dos trabalhadores, seja a proteção do meio ambiente, da criança e do adolescente, do idoso e da cidade, a pós-modernidade implantou no homem a consciência da importância desses novos direitos, que até então careciam de proteção estatal, e a relevância do seu cuidado.

A ideia da defesa do consumidor passou então a ser difundida em todas as nações, que entenderam a vulnerabilidade como fundamento para a proteção e defesa dos consumidores.

E essa será sempre a pedra de toque da defesa do consumidor (e também da proteção desses novos direitos surgidos na pós-modernidade): a ideia de que os consumidores constituem-se em seres sujeitos à dominação da técnica e do

.....

⁹ Esse discurso foi conhecido como *consumer Bill of rights message*.

mercado pelos fornecedores¹⁰. Essa fragilidade (ou vulnerabilidade), reconhecida pelo Estado, dará o tom da interpretação das normas que regulamentam o mercado de consumo.

Tudo isso é fruto do novo pensamento, da nova forma de ver o homem e o mundo trazidos pela pós-modernidade. A liberdade, característica da modernidade, escravizou o homem e trouxe desigualdades notórias. Criou injustiças que foram detectadas pela pós-modernidade e por ela serão certamente extirpadas, desde que a legislação seja interpretada no seu sentido mais amplo de proteção e efetividade.

No sistema liberal, próprio da modernidade, a ideia da concorrência já satisfazia para muitos a necessidade de proteção ao consumidor. Com a livre concorrência os preços se ajustariam nas melhores condições ao mercado de consumo: menores preços e melhor qualidade dos produtos e serviços.

Contudo, não foi isso o que aconteceu. Surgiu um autoritarismo privado, detectado pela pós-modernidade, segundo o qual o fornecedor agia conforme os seus únicos e próprios interesses, criando o que João Calvão da Silva chama de “soberania da produção”.¹¹

Por tal razão, ante os acontecimentos históricos, que provocaram uma real mudança de pensamento, e a insuficiên-

¹⁰ É certo que esta preocupação vem na linha de preocupações mais antigas, como as de *proteger os mais fracos, a parte débil* da relação contratual, e de zelar pela *segurança* das pessoas. Mas com a 'sociedade de consumo' dos nossos dias tornou-se imperioso reagir *de modo específico e organizado* contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo por *denominador comum* a defesa do consumidor, isto é, a defesa de quem é vítima de tais práticas ou técnicas, de quem está *a mercê*, pela sua situação de *dependência* ou de *debilidade* (econômica, técnica, jurídica, cultural ou outra), da organização econômica da sociedade". (MONTEIRO, Antonio Pinto Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor: a propósito do Anteprojeto do Código do Consumidor português. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008)

¹¹ SILVA, João Calvão. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra. Almedina. 1990.

cia do direito tradicional para solucionar os problemas surgidos no mercado de consumo, o legislador viu-se obrigado a estabelecer normas efetivas de proteção e defesa do consumidor. O consumidor, portanto, coloca fim à sua debilidade, assume posição na sociedade de consumo e se une aos demais, exigindo ser mais respeitado¹².

A ideia de efetividade na proteção e defesa do direito dos consumidores, que gerará consequências diretas e imediatas na interpretação das suas normas encontra fundamento no fato de que o surgimento dos mercados de consumo de massa, com a produção em série e o advento da publicidade, gerou uma enorme desigualdade e desequilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores.

A compreensão da existência desse desequilíbrio evidenciado na pós-modernidade é fundamental para o exato entendimento da necessidade de criação e aplicação de normas protetivas dos consumidores em geral.

E a publicidade ganha, nesse aspecto, papel de destaque na formação da sociedade de consumo.

A difusão da publicidade no mercado de consumo levou a todos indistintamente a possibilidade de aquisição de produtos e serviços, algo que não havia na modernidade. Esse acesso aos produtos e serviços gerou uma humanidade consumista, líquida, desprovida de valores, que adquire produtos e serviços de modo a satisfazer prazeres pessoais e imediatos,

.....

¹² A evolução registrada nos últimos anos é de proteção crescente do consumidor. Essa proteção acrescida resulta sobretudo da confluência do movimento de acesso à justiça e do consumerismo, a fazer ressaltar, por um lado, a inadequação ou o envelhecimento do direito comum tradicional, em face das profundas transformações econômicas, sociais, técnicas e tecnológicas, pela insuficiência da proteção indireta do contraente débil e 'profano', e a evidenciar, por outro lado, a necessidade de estender a proteção direta através de medidas legislativas especiais que tutelem imediata e principalmente os interesses do consumidor. (SILVA, João Calvão. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra. Almedina. 1990).

gerando uma sociedade hedonista e de hiperconsumo, na inteligente definição de LIPOVETSKY¹³.

Conforme afirma o referido filósofo, há uma verdadeira “felicidade paradoxal”, na qual a incessante busca pelo prazer é fruto de uma sociedade sem prazer algum. Dirige-se ao consumo toda a frustração de uma sociedade pós-moderna, na qual os relacionamentos são frágeis e líquidos.

Esse terrível panorama pós-moderno impõe à sociedade o dever de criar, interpretar e aplicar normas considerando o fato de estarmos todos inseridos nesse sistema feroz de consumo.

Além de pós-modernos, estamos inseridos numa sociedade global de riscos incalculáveis e incontroláveis, que atingem o meio ambiente, a produção e a distribuição de produtos e serviços no mercado de consumo. Os produtos deixaram de ser produzidos artesanalmente, passando a sê-los de forma massificada e em larga escala, o que aumenta a chance de ocorrência de riscos à saúde e segurança de consumidores.

Evitar a ocorrência em concreto dos riscos suportados por essa sociedade pós-moderna global de riscos é uma questão de política pública, o que exige do intérprete da norma uma ação a fim de evitá-los, em obediência estrita ao dever de respeito à dignidade da pessoa humana.

2. OS FUNDAMENTOS DA DEFESA DO CONSUMIDOR E PARA A PROTEÇÃO DO IDOSO.

O Estado Brasileiro, por sua vez, em harmonia com a tendência mundial de proteção dos consumidores, resolveu adotar a defesa do consumidor como princípio constitucio-

.....
¹³ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal – ensaio sobre a sociedade de consumo*. Editora Cia. das Letras, 2006. São Paulo.

nal e como direito e garantia fundamental (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988).¹⁴

O texto constitucional eleva, ainda, a defesa do consumidor à categoria de princípio da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), ao estabelecer que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, terá por fim assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da defesa do consumidor.

Elevar o direito dos consumidores à categoria de princípio constitucional e direito e garantia fundamental significa dar maior efetividade e segurança à defesa do consumidor no mercado de consumo. Assim fazendo, permite-se cobrar do Estado (em qualquer de suas esferas) uma ação positiva no sentido de defender aquele que é presumivelmente vulnerável.

A importância da defesa do consumidor ter sido elevada a princípio constitucional reside nas razões de segurança e de tranquilidade na sua aplicação. Cláudia Lima Marques diz a esse respeito que:

É a chamada 'força normativa da Constituição (expressão de Konrad Hesse), que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar este novo direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V, CF/1988, garantindo e consubstanciado como valor a tutelar incluído na lista

.....
¹⁴ Muito tempo depois do surgimento do movimento consumerista é que o Estado Brasileiro resolveu trazer ao texto constitucional da ideia de proteção e defesa do consumidor, elevando-a à categoria de direito e garantia fundamental. A partir disso, dá-se o surgimento das associações de defesa dos consumidores, como resultantes da livre iniciativa ou do impulso do Estado. No primeiro caso, pode-se dar como exemplo o IDEC e a PROTESTE. No segundo, em evidência hoje estão do DPDC, subordinado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Fundação PROCON de São Paulo.

de direitos fundamentais, o art. 5º, XXXII, da CF/88). Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil. (...) Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado como os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. A Constituição seria a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor¹⁵.

Essa ideia deriva da força normativa da Constituição e de sua relevância na formação de todos os demais textos normativos. Assim, todas as normas sujeitas ao controle de validade e eficácia da Constituição Federal, devem ter por princípio o comando constitucional da defesa do consumidor.

A influência do texto constitucional revela-se, na prática, verdadeiro dirigismo contratual, já que há firme atuação do Estado no exercício da autonomia da vontade dos particulares, tudo em manifesto contraponto ao dirigismo privado, atribuído aos fornecedores.

Pois bem. Quanto aos idosos, todos os textos constitucionais, até o advento do atual, traziam muito pouco, restringindo seu campo de proteção a aspectos trabalhistas e previdenciários, sempre no campo da ordem econômica e social.

O grande salto veio com a Constituição Federal de 1988 que criou dispositivo próprio de proteção e defesa dos idosos, juntamente com a defesa da família e da criança e do ado-

.....
¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 1ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008.

lescente, inclusive no aspecto material, impondo o dever ao Estado de gratuidade no transporte coletivo.

O artigo 230 da Constituição Federal, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República, determina que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe, sobretudo, o direito à vida.

Está assegurado, assim, pelo texto constitucional, como afirma Alexandre David Malfati¹⁶, os direitos à vida, ao amparo na residência em caráter preferencial e ao transporte urbano com gratuidade.

É dever, portanto, da família, do Estado e da sociedade civil, a prática de ações afirmativas para viabilizar a proteção ao idoso, seja no advento de textos legislativos, seja na implementação de políticas públicas pelo Estado, seja na atuação da sociedade civil em organizações não governamentais, movimentos sociais, entre outras formas. O que deve pautar a atuação dessas três esferas é a ordem para que o idoso não fique desamparado ou desprotegido.

A proteção ao idoso ganha, na Constituição Federal status de direito e garantia fundamental, mesmo não estando presente no seu artigo 5º. É consolidado o entendimento segundo o qual não há necessidade de determinado direito estar previsto expressamente no artigo 5º para que seja considerado direito ou garantia fundamental. Tais direitos poderão estar espalhados na Constituição Federal e serão assim considerados em decorrência da sua importância.

Não há como negar que, em tempos atuais, a proteção jurídica do idoso ganhou importância por ser o idoso parte

¹⁶ Trecho extraído da tese de Doutorado em Direito com o nome "A Proteção do Consumidor-Idoso em Juízo e a Prerrogativa de Foro, apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2007,

fundamental da comunidade. E para o nosso tema, a importância reside no fato de que os idosos estão se tornando um contingente cada vez maior de consumidores ante o aumento da expectativa de vida com o conseqüente envelhecimento da sociedade.

O idoso passou a ser um público-alvo do mercado de consumo e deixá-lo sem o amparo necessário causará, certamente, um déficit social grave.

O texto constitucional demonstra assim extrema preocupação com as condições de vida do idoso e pretende, por isso, impor à família, ao Estado e à sociedade civil, a necessidade de implementação de mecanismos que preservem as condições de vida adequadas às suas realidades física, biológica e psíquica, observando as circunstâncias especiais que colocam o idoso em condição de cuidado.

Pretende-se outorgar aos idosos o mais alto grau de proteção legislativa como forma de dar eficácia social aos seus direitos e para dar concretude ao seu direito subjetivo de ser amparado pela família, pelo Estado e pela sociedade civil.

Essa proteção do idoso revela também um dever de cuidado, considerando o fato de que os idosos possuem circunstâncias pessoais que agravam o estado de suscetibilidade que lhes é inerente.

O que queremos dizer: os consumidores são considerados por lei vulneráveis, de acordo com o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Nessa gama de vulneráveis, coexistem grupos, que serão ainda mais vulneráveis, por essa, já citada, circunstância pessoal que agrava o estado de fragilidade. Nesse grupo colocamos os idosos, junto com a criança, o adolescente e o deficiente de qualquer gênero.

Como princípio regeador dessa proteção, encontra-se aquele que impõe a dignidade da pessoa humana como norte de criação e aplicação das leis na República Federativa

do Brasil. A ele junta-se o princípio da solidariedade, que impõe esse dever de auxílio àqueles que necessitam de necessidades especiais, já que em processo de envelhecimento, o que lhe traz uma vulnerabilidade maior e mais específica.

O Estado Brasileiro, após inovar com o texto constitucional de 1988, criou, como fez em outros campos, uma Política Nacional de Proteção ao Idoso, estabelecendo regras e princípios mediante a edição de estatuto próprio, a Lei Federal 10.741, de 1º de outubro de 2003, que passou a ser o principal texto legislativo ordinário de proteção daqueles de mais idade.

A proximidade com a morte faz do idoso alguém mais frágil e mais pretense a acreditar em tudo aquilo que puder lhe arrancar essa aflição. E o fornecedor, sabedor disso, aproveitou essa situação para atrair o consumidor e vender.

Importante constatação faz Alexandre David Malfati, em sua tese de doutoramento, ao afirmar que existe no Direito Brasileiro, a partir da edição do Estatuto do Idoso, um direito ao envelhecimento, nele embutida a dignidade da pessoa humana. Afirma o Professor e Magistrado que "é a partir do direito ao envelhecimento que gravitam todos os demais direitos explicitados, no Estatuto do Idoso. (...) E o sentido jurídico de envelhecer tem nele embutida a iluminação constitucional da dignidade humana. (...) Enfim, a tutela jurídica do idoso serve para garantir a concretização de um envelhecimento digno ao cidadão".

3. OS IDOSOS COMO CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS E COMO UM NOVO MERCADO CONSUMIDOR.

A vulnerabilidade é princípio orientador das relações de consumo. Estampada no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, a vulnerabilidade é princípio básico para dirigir a interpretação das normas de proteção e defesa do consumidor.

A lei, portanto, reconhece que o consumidor é vulnerável frente aos demais, já que se encontra em posição de fragilidade frente ao fornecedor, detentor e conhecedor da técnica de produção, atração e venda de produtos e serviços.

Discute a doutrina – e não vamos nos ater a esse ponto, já que não nos é relevante para esse trabalho – se haveria, ou não distinção entre vulnerabilidade e hiposuficiência. Parte afirma que sim, colocando a vulnerabilidade como princípio regeador da defesa do consumidor, sendo presumida por ordem legal e a hiposuficiência, nas modalidades técnica, jurídica, fática e informacional, para efeitos de aplicação da inversão do ônus da prova.

Havendo hiposuficiência do consumidor o Juiz poderá inverter o ônus da prova em respeito ao comando de facilitação processo para o consumidor.

A esta nos filiamos para efeitos didáticos.

Para a outra parte da doutrina, não haveria distinção entre esses conceitos, estando ambos no sentido de proteção e defesa do consumidor, para considerar o consumidor como ente frágil na relação de consumo.

O que importa, para nós, na verdade, é considerar o consumidor como alguém fragilizado (e a essa fragilidade poderá ser dado o nome de vulnerabilidade ou hiposuficiência) frente à outra ponta da relação jurídica e por essa razão a necessidade de proteção especial.

É fato que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor considera o consumidor vulnerável frente aos seus fornecedores. Esse princípio é basilar e deve ser levado em conta na elaboração de leis, na sua interpretação e na implementação de políticas públicas pelo Estado.

Contudo, constatamos a existência de figurar ainda mais vulneráveis. São consumidores que possuem uma circunstância especial e pessoal que agravam esse estado de vulnera-

bilidade. São condições físicas e psíquicas que tornam essas figuras ainda mais vulneráveis. É como dizer que essa vulnerabilidade do consumidor se potencializa em determinados consumidores, impondo ao Estado uma maior e mais efetiva proteção e defesa de direitos.

Consideramos como sujeitos hipervulneráveis (quando a vulnerabilidade legal é potencializada) a criança e o adolescente, por sua especial dificuldade de compressão; os deficientes físicos de qualquer gênero, pela especial condição que lhe foi imposta pela deficiência e os idosos, em razão de sua especial e potencial fragilidade derivada da fase de vida que passa, da dificuldade de compressão, pelo decaimento psíquico, pela perda de força e estabilidade física e, especialmente, pela proximidade com a morte.

Essa hipervulnerabilidade deriva da própria Constituição Federal, que estabeleceu em seu texto a proteção para alguns grupos específicos, dando-lhes condições especiais de proteção. Essa proteção especial é maior que aquela dirigida aos consumidores em geral, que também são, a teor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, vulneráveis frente aos fornecedores no mercado de consumo.

Hiper quer significar aquilo que excede ao limite normal, à medida normal. Acrescido da palavra vulnerável quer dizer aquele que é ainda mais vulnerável no mercado de consumo comparativamente aos consumidores regulares, em razão de suas características pessoais.

Consideramos o idoso hipervulnerável pois suas características são particulares à fase de vida que enfrenta, diferentemente o que acontece com os jovens e adultos. Muito se assemelham ao raciocínio produzido ao se falar no consumo para crianças. Como se diz, o idoso é o adulto que volta a ser criança.

A deficiência de compreensão e julgamento está presente no idoso. A fragilidade no momento da decisão está fla-

grantemente presente. Tudo em razão da fase de vida que se encontram. E quando o fornecedor trata essa fase da vida como uma doença a ser curada, configura-se a abusividade praticada por ele no mercado de consumo.

Enfim, essa hipervulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada, conforme afirmam Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Densa¹⁷, sob dois aspectos: a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas e/ou intelectuais e a necessidade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que coloca o idoso em posição de dependência em relação aos fornecedores.

A preocupação em qualificar o idoso como hipervulnerável está no fato de que hoje, com o envelhecimento progressivo da sociedade o mercado de consumidores idosos está aumentando cada vez mais e os fornecedores estão, obviamente, atentos a esse fato.

O envelhecimento da população é um fenômeno mundial. Com a redução da natalidade e aumento da expectativa, graças ao desenvolvimento científico, há mais velhos no mundo. De acordo com estudos feitos a respeito da “melhor idade”, em cada dez pessoas no mundo, uma tem mais de sessenta anos. Se tudo caminhar como hoje, em 2050, o número chegará a uma pessoa idosa para cada cinco no mundo. No Brasil, a população idosa ultrapassa os 14 milhões.

Com esse aumento progressivo da população de idosos, surge um importante mercado consumidor, o que tem provocado um aumento da publicidade, na maioria dos casos abusiva, dirigida a esse segmento. O idoso é desrespeitado na sua especial condição de consumidor hipervulnerável e cabe ao Estado, mediante a aplicação de sanções previstas em lei para evitar o abuso cometido por fornecedores, que,

¹⁷ RDC76 out. dez. 2010. A Proteção dos Consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes.

no afã de vender o seu produto, abusam do seu direito em detrimento dos consumidores idosos.

4. A MEDICALIZAÇÃO DO CONSUMO E A PUBLICIDADE ABUSIVA DE MEDICAMENTOS.

Para falar de medicalização do consumo, trazemos à baila, para análise, três trechos de três autores (que foram a base para a criação do tema deste trabalho) que revelam com precisão o que queremos dizer com sociedade medicalizada:

“A sociedade de hiperconsumo é aquela na qual as despesas de saúde se desenvolvem por todos os meios, progredindo mais que o conjunto do consumo. (...) os espíritos são invadidos todos os dias um pouco mais pelos cuidados com a saúde, os conselhos de prevenção, as informações médicas: não se consomem mais apenas medicamentos, mas também transmissões, artigos de imprensa para o grande público, páginas da Web, obras de divulgação, guias e enciclopédias médicas. Eis a saúde erigida em valor primeiro e aparecendo como preocupação onipresente quase em qualquer idade: curar as doenças já não basta, agora se trata de intervir a montante para desviar-lhes o curso, prever o futuro, mudar os comportamentos em relação às condutas de risco, dar provas de boa observância. (...) Foi-se a época feliz e despreocupada da mercadoria: o tempo que chega é o da hipermercadoria medicalizada, reflexiva e preventiva, carregada de preocupações e de dúvidas, exigindo sempre mais a atividade responsável dos atores. (...) Novas dijunções condutoras de um estado de guerra e de mobilização total contra a doença, a velhice, a poluição, a obesidade, os fatores de risco.”;

“O que se perde é o fato de que a vida é desperdício em si mesma. Sua grandeza está me perdê-la, como já dizia a sabedoria do Evangelho, e isso não mudou. A tentativa de contê-la nos limites da “ciência da nutrição” (se é que existe, porque, na realidade, trata-se apenas de mais uma moda) não passa de um modo hipócrita de negar o princípio da vida – que é se multiplicar, se esvaindo, se perdendo, como que sangrando para gerar. O que alimenta a busca da saúde total é a velha e feia ganância como qualidade de caráter.”; e

“Na panóplia do consumo, o mais belo, precioso e resplandescente de todos os objetos – ainda mais carregado de conotações que o automóvel que, no entanto, os resume a todos – é o CORPO. (...) Sobre o corpo privatizado e personalizado convergem cada vez mais todas as espécies de condutas sacrificiais de auto-solicitude e de conjuração maligna, de gratificação e de repressão – toda uma rede de consumos de segunda classe, <<irracionais>>, sem finalidade terapêutica-prática, e que chegam a transgredir os imperativos econômicos (metade das compras de medicamentos faz-se sem indicação médica, incluindo mesmo os que estão inscritos no seguro social): semelhante conduta obedece apenas ao pensamento profundo de que é preciso (e basta) que algo custe alguma coisa para que a saúde regresse em troca; consumo ritual e sacrificial mais do que a medicação.”.

A raiz da sociedade de consumo medicalizada está no individualismo e na busca pelo prazer pessoal. Mais que isso: esse individualismo reflete-se no desejo do homem de controlar seu corpo, seus sentimentos, seu humor.

Desse individualismo controlado nasce ao homem a percepção de sua impotência para a solução dos seus problemas. Não há como realizar esse absoluto controle. Essa percepção de impotência levará esse mesmo homem a entregar-se aos produtos químicos, aos medicamentos, esses sim capazes de controlar de forma absoluta as reações humanas, físicas e psíquicas, num terrível medo crônico e hipocondríaco.

As antigas rivalidades, os antigos conflitos de classes, de status (o ter para ser) dão lugar à essa angústia crescente relativamente ao corpo à saúde perfeita. Nada mais pode falhar, nada mais pode decrescer, nada mais pode ser falível.

Essa tentativa de controle se torna tão mais evidente quanto avança a idade. O envelhecimento traz insegurança quanto à realização de desejo de controle do corpo. Com as perdas necessárias e inevitáveis da vida com a chegada da velhice, o controle sobre o corpo torna-se ainda mais impossível, o que torna o idoso hipersensível à publicidade de medicamentos.

Nas palavras de Giles Lipovetsky, será preciso “informar-se sempre mais, consultar profissionais, vigiar a qualidade dos produtos, sopesar e limitar os riscos, corrigir nossos hábitos de vida, retardar os efeitos da idade, passar por exames, fazer revisões gerais. Foi-se a época feliz e despreocupada da mercadoria: o tempo que chega é da hipermercadoria medicalizada, reflexiva e preventiva, carregada de preocupações e de dúvidas, exigindo sempre mais a atividade responsável dos atores”.

Nos idosos essa época feliz transformou-se em terror, angústia e temor. Nega-se o próprio princípio da vida que é nascer, crescer, envelhecer e morrer. Nega-se a velhice como fase da vida, transformando-a em uma terrível doença. É essa atitude responsável dos atores que deve ser exigida dos fornecedores na publicidade de medicamentos. O cuidado

necessário em relação àqueles hipervulneráveis, mais sensíveis em decorrência das suas circunstâncias pessoais.

A publicidade tem, sem dúvida, um papel fundamental na produção de necessidades. Como fundamento, o fornecedor precisa de estímulo para o consumo, precisa criar necessidades e para isso usa da publicidade.

Numa sociedade medicalizada, o consumo de medicamentos é estimulado por essa excessiva preocupação com o corpo. Na velhice, isso é, evidentemente, acentuado pelas circunstâncias próprias e pessoais.

Enfim, trava-se uma incessante batalha médica que causa ansiedade no consumidor, que busca no medicamento a solução dessa ansiedade. Na sociedade de consumo medicalizada, a felicidade encontra-se na égide da intervenção técnica, do medicamento, das próteses químicas. O que se vive é um verdadeiro estado de guerra e de mobilização total contra a doença, contra a velhice (tratada na sociedade de consumo medicalizada pós-moderna como doença), a obesidade, etc...

A publicidade no Brasil encontra regulação desde a Constituição Federal. O texto constitucional em seu artigo 220, parágrafo 4º impõe restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

Essa restrição consiste na advertência acerca dos malefícios que tais produtos possam causar à saúde e segurança dos seus consumidores. A Constituição faz mais: determina que sejam criados meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

No Brasil, portanto, a teor do disposto pela Constituição Federal, não há que se falar em liberdade absoluta para a

criação e veiculação de publicidade. A lei imporá, na forma do texto constitucional, restrições para que o caso de publicidade de produtos e serviços que de alguma forma impliquem prejuízo à saúde dos consumidores, como no caso dos medicamentos.

Nesse caso, o risco à saúde é presente e o legislador deverá impor restrições à sua publicidade. As advertências devem ser claras e precisas e a regulação deverá ser severa.

O preceito constitucional foi atendido, tendo sido editadas as Leis 6360, de 23 de setembro de 1976 e 9294, de 15 de julho de 1996, posteriormente alterada pela Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, cujo regulamento se deu através do Decreto n.º 2018, de 1º de outubro de 1996.

Nos termos dessa lei, a publicidade de medicamentos fica regulada e deverá sempre conter a advertência, sempre que possível, falada ou escrita, sobre os malefícios dos medicamentos, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa.

Nos termos do artigo 7º da referida lei, "a propaganda de medicamentos e terapias de qualquer tipo ou espécie poderá ser feita em publicações especializadas dirigidas direta e especificadamente a profissionais e instituições de saúde". No caso de medicamentos anódicos (assim entendidos como aqueles que acalmam as dores) e de venda livre, assim classificados pela autoridade competente (no caso o Ministério da Saúde), poderão ser anunciados mediante publicidade, desde que contidas as advertências quanto à sua utilização exagerada, de acordo com a autoridade pública.

Importante frisar, e isso é fundamental para o nosso trabalho, a publicidade de medicamentos no Brasil, não poderá conter afirmações que não sejam passíveis de comprovação científica, nem poderá apresentar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo.

Quando aos produtos fitoterápicos (que surgem principalmente para os idosos, como a solução milagrosa para a "terrível doença" chamada velhice, deverão apresentar a comprovação científica de sua eficácia, sem o que a veiculação de sua publicidade fica proibida.

Por fim, determina a lei que toda publicidade de medicamentos deverá advertir os seus consumidores a procurar o médico em caso de persistência dos sintomas da anomalia.

Quanto às penalidades, a Lei 9294/1996 prevê a sua aplicação simultânea, juntamente com o disposto pelo Código de Defesa do Consumidor e na Legislação de Telecomunicações, e cria as seguintes sanções: advertência; suspensão, por prazo de até trinta dias; veiculação de retificação ou esclarecimentos; apreensão do produto, multa e suspensão da programação de rádio e televisão.

Em qualquer caso, nos termos do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei 9294/96, a peça utilizada para a publicidade fica definitivamente vedada. Além disso, a aplicação das sanções poderá ser gradativa e, na reincidência, cumulativa.

A multa será arbitrada de acordo com a capacidade econômica do infrator, entre os valores de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e R\$1000.000,00 (cem mil reais). A suspensão da programação, por sua vez, será pelo tempo de 10 (dez) minutos, por cada minuto ou fração de duração da publicidade feita em desacordo com a lei, observando-se o mesmo horário.

A lei persiste no equívoco de dar à multa um caráter extremamente subjetivo, permitindo aos fornecedores a contestação pelas vias judiciais. Aponta, equivocadamente, a capacidade econômica do agente, como critério para aferição do montante a ser aplicado, quando deveria, a nosso ver, apontar a gravidade da infração, a ser apurada mediante processo administrativo, como critério objetivo, para aferição do montante de multa a ser aplicado.

Contudo, cria a sanção de suspensão da programação, que, a nosso ver, deverá surtir efeitos positivos, por sua clara e maior efetividade. Essa deverá ser a atitude do legislador, já que a multa, com pagamento em dinheiro, perdeu sua efetividade, ante o seu descrédito junto aos fornecedores, que não vêem nela mais aquela terrível punição.

A suspensão da programação gerará certamente muito mais efeitos danosos aos fornecedores, o que nos parece caracterizar maior efetividade.

Na esteira dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, a lei da qual tratamos neste ponto, amplia o conceito de infrator para impor a responsabilidade pelas infrações no que tange à publicidade de medicamentos e outros produtos que trazem malefícios à saúde dos consumidores.

Nos termos do seu parágrafo 3º, considera-se infrator toda e qualquer pessoa natural ou jurídica que, de forma direta ou indireta, seja responsável pela divulgação da peça publicitária ou pelo veículo de comunicação.

Isso, sem dúvida, traz efetividade ao sistema de imputação de responsabilidades e de aplicação das sanções administrativas previstas na lei. Somente assim se alcançará um sistema efetivo de responsabilidade por infrações e por danos aos consumidores.

Quanto à competência para aplicação das sanções para a autoridade sanitária municipal, há disciplina específica no parágrafo 4º do artigo 9º da lei em comento.

Como dito, a Lei 9294/96 foi regulamentada pelo Decreto 2018/96 e nele encontramos importante regramento quanto à publicidade de medicamentos, em especial para o desenvolvimento do nosso trabalho.

No seu capítulo IV, referido decreto traz a regulamentação da publicidade de medicamentos e terapias. De acordo com os seus dispositivos, a publicidade de medicamentos, repetin-

do aqui o regramento da lei regulamentada, somente poderá ser feita em publicações especializadas e dirigidas ao seu público específico de profissionais da saúde. Aqueles de venda livre poderão ser objeto de publicidade em órgãos de comunicação social desde que autorizado pelo Ministério da Saúde.

Importante destacar que o decreto impõe determinadas condições para que os fornecedores promovam a publicidade de medicamentos anódicos e/ou de venda livre. Destacamos, por terem relação direta com o nosso trabalho, duas determinações.

A primeira, e mais importante a nosso ver, é aquela que impõe o dever de veracidade das informações prestadas pelos fornecedores de medicamentos. Tal dever já se encontra previsto no texto do Código de Defesa do Consumidor. A lei só vem reiterar essa determinação ao afirmar que o texto, figura, imagem ou projeções não deverão ensejar interpretação falsa, erro ou confusão quanto à composição do produto, suas finalidades, modo de usar ou procedência.

O texto vai além, determinando que a publicidade não poderá apregoar propriedades terapêuticas não comprovadas por ocasião do registro junto aos órgãos competentes.

Por fim, convém destacar que o artigo 13 do referido decreto regulamentador, a publicidade de medicamentos não poderá trazer informações que não sejam, de alguma forma, passíveis de comprovação científica, tampouco poderá utilizar depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-los.

Aqui reside a nossa maior preocupação em relação aos idosos, submetidos a uma avassaladora publicidade de medicamentos que ensejam uma interpretação falsa dos seus reais benefícios, não alertam para as contra-indicações, promovem o consumo excessivo, tudo em razão da promessa de extensão da vida e de fim das conseqüências naturais da velhice.

5. OS IDOSOS SUBMETIDOS À PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS CARACTERIZADOS COMO HIPOCONDRIÁCOS CRÔNICOS. A VELHICE TRATADA COMO DOENÇA E A PROMESSA DA “VIDA QUASE ETERNA”.

Já vimos que a publicidade é fundamental para o desenvolvimento da sociedade e do mercado de consumo, já que é mediante anúncios publicitários que o fornecedor faz chegar ao seu consumidor o produto ou o serviço que está colocando no mercado de consumo, mercado esse característico de uma sociedade de hiperconsumo hedonista, na qual a aquisição de produtos e serviços se dá na busca do prazer pelo prazer.

Essa publicidade, como vimos, deve trabalhar com boa-fé, já que todas as informações prestadas deverão ser verdadeiras, corretas e possíveis de serem confirmadas mediante pesquisa científica.

Para isso é necessário que o Estado exerça controle sobre essa publicidade, impedindo que fornecedores induzam seus consumidores em erro, provoquem neles a prática de atos que os coloquem em risco ou que os façam adquirir produtos ou serviços que coloquem em risco a sua saúde e/ou segurança.

Em nosso trabalho, a discussão reside na possibilidade de essa publicidade induzir o consumo pelos idosos de produtos, os medicamentos, que coloquem em risco a sua saúde, seja pelo consumo errado, seja pelo excesso de consumo.

Como já foi dito, estamos numa sociedade de hiperconsumo hedonista medicalizada. Vimos que as pessoas, individualizadas que se tornaram, procuram salvar-se das angústias do envelhecimento, buscando nos medicamentos a salvação para tão terrível “doença”.

A sociedade do consumo medicalizada transformou a velhice numa terrível doença e os seres humanos em débeis

caçadores de uma solução para isso, desrespeitando o mais precioso da vida que é nascer, crescer, amadurecer e morrer. O segredo da vida está exatamente nessas perdas constantes acumuladas com ganhos de maturidade e experiência.

E nessas condições, o idoso traz consigo uma vulnerabilidade acentuada por essa sua circunstância própria de suscetibilidade que lhe é inerente. O idoso tem na proximidade com a morte uma circunstância que agrava e acentua esse estado de vulnerabilidade que já lhe é próprio pela fase de seguidas perdas que vivencia.

Observando essa fragilidade, os fornecedores de produtos e serviços no mercado de hiperconsumo medicalizado veiculam anúncios publicitários com falsas promessas que não podem fazer cumprir, já que transmitem a ideia de prolongamento da vida ou, talvez, de cura para males que não são males, mas sim perdas significativas de força, vitalidade, naturais do envelhecimento.

Já se viu também que o idoso possui ampla proteção no direito brasileiro, desde a Constituição Federal até a chegada do Estatuto do Idoso, que tem por princípios regradores a proteção integral e a prioridade absoluta. Impõe referido complexo normativo obrigação à família, à sociedade civil e ao Estado, mediante políticas públicas, o completo amparo do idoso.

Não obstante essa ampla proteção legal e jurídica dispensada aos idosos, o que se vê é uma tendência, pós-moderna, de discriminação aos idosos, que não são tratados como sujeitos, mas sim como objetos de uma sociedade que não entende a realidade do envelhecimento.

Essas preocupações com os idosos são relativamente recentes. A sociedade sempre privilegiou a juventude, com a preservação do jovem e do belo, em busca da preservação do tônus físico, na tentativa de resgatar o que foi perdido com

a passagem da juventude. E daí surge o preconceito, que é bem resumido por Simone de Beauvoir, na obra *A velhice*¹⁸:

O que se passa no caso da relação do adulto com o velho é o inverso. O velho – salvo exceções – não faz mais nada. Ele é definido por uma *exis*, e não por uma *práxis*. O tempo o conduz a um fim – a morte que não é o seu fim, que não foi estabelecido por um projeto. E é por isso que o velho aparece aos indivíduos ativos como uma “espécie estranha”, na qual eles não se reconhecem. Eu disse que a velhice inspira uma repugnância biológica; por uma espécie de autodefesa, não a rejeitamos para longe de nós; mas essa exclusão só é possível por que a cumplicidade de princípio com todo o empreendimento não conta mais no caso da velhice.

Essa discriminação aos idosos, com um conjunto de imagens negativas associadas à velhice, é fruto da mentalidade pós-moderna de que tudo é descartável, de que os desejos e sensações são líquidos e não duram o tempo necessário para serem agarrados com as mãos. Se ninguém se importa com o passado, com bens e objetos duradouros, não há razão, nessa lógica, para a preocupação com os idosos, considerados, como afirmado por Simone de Beauvoir, “espécies estranhas”.

A publicidade para consumo dirigida aos idosos é visivelmente preconceituosa e abusiva: os idosos não são alvo de campanhas publicitárias, salvo aquelas destinadas a oferecer medicamentos e produtos ligados à saúde em geral. E é exatamente nesses reduzidos casos que encontramos o abu-

¹⁸ BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1990.

so de direito praticado pelos fornecedores, já que agem no sentido de ludibriar aqueles que se encontram na velhice.

Além disso, a publicidade, aproveitando-se dessa hiper-fragilidade do idoso, provoca o consumo excessivo e equivocado de medicamentos, induzindo que tais produtos poderiam retardar, ou até mesmo, impedir os efeitos naturais decorrentes do envelhecimento, transformando a velhice de fase da vida a doença terminal.

A televisão, com já sabido, tem grande impacto na formação da cultura e na socialização das pessoas, contribuindo fortemente na sua convivência. E é a televisão, através da publicidade que veicula, uma das responsáveis pela representação da velhice na sociedade: ênfase nas características negativas e pouca representação.

Em excelente artigo, Tereza Rodrigues Vieira e Claudiene Nascentes afirmam que:

Sem dúvida, os medicamentos, as terapias, os tratamentos que prometem protelar ou amenizar os terríveis efeitos da velhice (essa doença maldita!) ocupam espaço cada vez maior na mídia. Aliás, dificilmente encontramos qualquer tipo de publicidade ou propaganda onde aparecem indivíduos idosos que não esteja associada a medicamentos, planos de saúde, tratamentos estéticos, terapias, seguro de vida ou então quando se deseja representar uma família "completa". Alguém consegue imaginar uma publicidade de um telefone celular ou de um carro, por exemplo, na qual só aparecem idosos? Ou que seja direcionada para idosos? Certamente qualquer consultor de marketing diria que idosos não são público alvo deste tipo de produto. Assim sendo, resta para o grupo da terceira ou quarta idade os comerciais de

“fixador de dentadura” ou do “fraldão geriátrico”, de venda de jazigos, de casas de repouso, de cirurgias plásticas, elixires para impotência sexual, etc.”

A publicidade, principalmente a de medicamentos, é, portanto, abusiva (ela ultrapassa a mera indução em erro, característica da publicidade enganosa), seja pelo preconceito, seja por induzir o comportamento que coloca em risco a saúde dos consumidores idosos. E é nessa última que vamos nos ater no desenvolvimento deste trabalho.

A abusividade não está somente no transmitir informações que induzam o consumidor em erro. É mais que isso, é julgar de forma equivocada o grau de conhecimento do receptor: os fornecedores de produtos e serviços induzem o consumo de medicamentos utilizando da maior fragilidade do idoso, que é a sua proximidade com a morte, vendendo elixires para os supostos males provocados pela velhice.

Pela fase de vida que enfrenta, é certo que qualquer promessa veiculada em qualquer anúncio publicitário convencerá o consumidor-idoso a consumir. O consumo, portanto, está sendo provocado de maneira maliciosa, aproveitando-se da fragilidade de tomada de decisão do idoso, da sua dificuldade da exata compreensão da verdade. Reside aí, portanto, a abusividade.

Conforme prevê o artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que se aproveite a deficiência de julgamento e experiência da criança – aqui fazemos uma interpretação extensiva aos idosos, considerando que a percepção da realidade e a compreensão das coisas são bastante semelhante – que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

Tal raciocínio encontra-se baseado no fato de o artigo 37 não ser exaustivo¹⁹. Da sua redação "dentre outras" infere-se que qualquer publicidade na qual se verifique presentes esses requisitos será considerada abusiva e deverá sofrer as sanções previstas em lei.

Ora, adquirir e consumir medicamentos poderão ser prejudiciais à saúde e por essa razão caracteriza-se como abusiva, já que nessa espécie de publicidade ilícita trava-se uma relação entre publicidade e segurança dos consumidores, impedindo que anúncios publicitários induzam a comportamentos prejudiciais à saúde e à segurança dos consumidores.

Lucia Ancona Lopez formula exemplo esclarecedor:

Poderíamos imaginar situações de abusividade, caso uma publicidade de medicamentos empregasse imperativos para o seu consumo direto, sem maiores cuidados, inclusive, consulta ao médico, levando os consumidores à automedicação; ou ainda uma publicidade que exaltasse que certo remédio possui

.....

¹⁹ O referido §2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, CF), de proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e ao idoso (art. 230 (art. 230, CF), da tutela à saúde (art. 196, CF) e ao meio ambiente (art. 225, CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária. (...) Proibi-se qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais ou que induza o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança. O rol do §2º é, assim, meramente exemplificativo, de modo que podem surgir outras situações de abusividade *vis a vis* exame do caso concreto. (DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Editora Revista dos Tribunais. 2010. São Paulo).

qualidades milagrosas, menosprezando o diagnóstico médico²⁰.

O idoso, na sociedade de hiperconsumo medicalizada, é, sem dúvida, mais facilmente induzido a consumir medicamentos acreditando estar resolvendo um problema que não existe, ou que seria insolúvel. Cria-se uma relação de dependência com esses produtos, o que facilita os mecanismos de aproximação e venda de produtos pelo fornecedor, estimulando o consumo, num ato que – esse sim – poderá ser prejudicial à saúde.

O CONAR, em Código de Auto-regulamentação Publicitária, condena os anúncios que manifestem descaso pela segurança, estimulem o uso perigoso do produto oferecido, deixem de mencionar cuidados especiais e a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial e, por fim, condena a publicidade que deixe de especificar cuidados especiais no tocante ao uso de produtos por crianças, idosos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais²¹.

O tema já foi abordado pela ANVISA em sua proposta de regulamentação específica para medicamentos e produtos para a saúde. Cuida-se da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 96, de 17 de dezembro de 2008, que trata da propaganda, publicidade, informação e outras práticas, cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos. Essa RDC, no entanto, teve sua eficácia suspensa por força de parecer da Advocacia Geral da União.

.....

²⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. Editora Revista dos Tribunais. 2010. São Paulo.

²¹ Artigo 33 da seção 8 – segurança e acidentes, alíneas “a” a “e” do Código de Auto-Regulamentação Publicitária.

Chamando essa publicidade de medicamentos de “prática publicitária nociva”, Tereza Vieira e Claudilene Nascen-tes²² afirmam:

Como se não bastasse essa discriminação explí- cita, o maior dos prejuízos causados pela mídia, na relação que abordamos de consumo *versus* ética *versus* envelhecimento, está na publicidade de produtos que prometem verdadeiros milagres, em prol da eter- na juventude, com a manutenção ou recuperação daquilo que ela tem de melhor: saúde, beleza, força vigor. Ora, quem é que não adoraria ter experiência e sabedoria de alguém com 60 anos e um “corpinho de 20?”. Desde a idade média os alquimistas tentam descobrir o elixir da longa vida e, se ainda não foi pos- sível, podemos crer que realmente não é tarefa das mais fáceis alcançar 60 anos mantendo as mesmas capacidades físicas dos 20

Trata-se de questão delicada, pois envolve discriminação e preconceito, vaidade e desconhecimento, fazendo surgir o que se chama de verdadeiro campo minado armado pelas indústrias da produção e da divulgação daquilo que pode- ria ser considerado o elixir da juventude. Há um verdadeiro bombardeio de informações e produtos que prometem interromper a sequência de perdas características da velhice.

Trata-se, nesse panorama, de um consumo que pretende ser um antídoto, na luta contra o que é natural.

.....
²² VIEIRA, Tereza Rodrigues; NASCENTES, Claudilene. *O idoso, a publici- dade e o Direito do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 179, 1 jan. 2004. Disponível em [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/4621](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4621). Acesso 3m 29.out.2010.

Além disso, essa abusividade praticada pelos fornecedores na veiculação de anúncios publicitários causadora de lesão, de danos ao idoso, ganha ares de gravidade quando resultam na diminuição daquilo que já estava em diminuição. Reduz-se o que já estava escasso, já que são consumidor produtos que colocam em risco um estado de saúde que, inegavelmente, é consideravelmente frágil.

Anselmo Laghi Laranja resume bem o que pretendemos ao afirmar que “enquanto nossa sociedade, a partir da década de 1970, cada vez mais buscava a juventude, especialmente na propaganda, homens e mulheres alcançavam a maturidade; enquanto idealizávamos o jovem como o padrão ideal, a sociedade também se aproximava da velhice; enquanto novas e mais avançadas técnicas de retardo do envelhecimento e embelezamento eram desenvolvidas por especialistas, como o botox, por exemplo, homens e mulheres tentavam fugir da morte. Assim, uma das principais características das sociedades ocidentais contemporâneas é o *estranhamento da morte*, o receio de sua chegada, o medo dela”.

E é esse medo que torna os consumidores hipervulneráveis às publicidades que pretendem vender medicamentos e produtos ligados à saúde, indiscutivelmente abusivas.

Caberá ao Estado, seja na adoção de políticas públicas de educação para o consumo racional, seja na aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor e demais leis esparsas, coibir essa terrível prática dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo.

É chegada a hora de reconhecer que o mercado de consumo é voraz; que estamos numa sociedade pós-moderna de hiperconsumo hedonista, na qual o preconceito prevalece e a dignidade da pessoa humana não é levada em conta.

Como dito, o princípio da dignidade humana deve prevalecer. O idoso deve ser respeitado pelo simples fato de ter

atingido a velhice, em razão do acúmulo de experiências, que permitirá uma enorme contribuição ao desenvolvimento da sociedade. E não é fazendo esse idoso acreditar que é frágil e hipervulnerável, acentuando a sua crise, que conseguiremos uma sociedade mais justa e solidária.

CONCLUSÃO

Vimos que a publicidade é fundamental para o desenvolvimento da sociedade e do mercado de consumo, já que é mediante anúncios publicitários que o fornecedor faz chegar ao consumidor o seu produto ou o seu serviço num mercado dominado pelo hiperconsumo hedonista.

Essa publicidade poderá ser um instrumento para que fornecedores induzam seus consumidores em erro, provoquem neles a prática de atos que os coloquem em risco ou os façam adquirir produtos ou serviços que coloquem em risco a sua saúde e/ou segurança.

Passando pelo mercado de hiperconsumo hedonista, atravessando o contexto de proteção e defesa do consumidor, encontramos, no idoso, o nosso foco, como partícipe hipervulnerável do mercado de consumo, ante as especiais circunstâncias de fragilidade acentuada.

Essa publicidade para o idoso poderá ser fatal, em especial aquela que veicula medicamentos (alopatas, homeopatas, fitoterápicos) e produtos para a saúde em geral, pois poderá colocar em risco a já frágil saúde desse grupo de consumidores.

Os fornecedores, como afirmamos, aproveitam-se dessa fragilidade dos consumidores idosos, impondo o consumo equivocado e exagerado de medicamentos fazendo a promessa de exterminar os efeitos da velhice, que passou de fase da vida a odiável doença.

É tempo, portanto, como afirmamos, de haver um controle mais efetivo dessa publicidade para que danos sejam evitados e para que as normas que compõe o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso tenham real efetividade.

É chegada hora, como afirmamos ao final deste trabalho, de reconhecermos que o mercado de consumo é voraz e que estamos numa sociedade pós-moderna de hiperconsumo hedonista, na qual o preconceito prevalece e a dignidade da pessoa humana não é levada em conta. É preciso mudar esse cenário.

Como dito, o princípio da dignidade humana deve prevalecer. O idoso deve ser respeitado pelo simples fato de ter atingido a velhice, em razão do acúmulo de experiências, que permitirá uma enorme contribuição ao desenvolvimento da sociedade.

E não é fazendo esse idoso acreditar que é frágil e hipervulnerável, acentuando a sua crise, que conseguiremos uma sociedade mais justa e solidária, mas sim dando-lhe o amparo necessário, impedindo o abuso de direito praticado por fornecedores alucinados por lucro (esses sim, doentes crônicos!).

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. DICIONÁRIO DE FILOSOFIA. 5ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALPA, Guido. IL DIRITTO DEI CONSUMATORI. Roma-Bari: Editori Laterza, 1999.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O DIREITO À SAÚDE DA PESSOA IDOSA. 1ª edição, São Paulo: editora Saraiva, 2010.
- BAUDRILLARD, Jean. A SOCIEDADE DE CONSUMO. 1ª edição, Lisboa: edições 70, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 1ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Lucia Anconca Lopez de Magalhães. PUBLICIDADE E DIREITO. 1ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. PUBLICIDADE ABUSIVA – INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA. 1ª edição, São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999.
- GIDDENS, Anthony. AS CONSEQUÊNCIAS DA MODERNIDADE. 1ª edição, São Paulo: editora Unesp, 1991.
- LEMONS, Maria Teresa Toríbio Brittes; ZABAGLIA, Rosângela Alcântara. A ARTE DE ENVELHECER – SAÚDE, TRABALHO, AFETIVIDADE E ESTATUTO DO IDOSO. 1ª edição, São Paulo: Idéias & Letras, 2004.
- LIPOVETSKY, Giles. A FELICIDADE PARADOXAL. 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MALFATI, Alexandre David Malfati. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR – IDOSO EM JUÍZO E A PRERROGATIVA DE FORO. Tese de Doutorado apresentada na PUC/SP.
- MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. PUBLICIDADE E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DO MERCOSUL. Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MONTEIRO, Antonio Pinto Harmonização Legislativa e Protecção do Consumidor: a propósito do Anteprojeto do Código do Consumidor português. In: TEPEDINO, Gustavo. DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: NOVOS PROBLEMAS ÀS LUZ DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL. São Paulo: Atlas, 2008.
- PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. CUIDADO E VULNERABILIDADE 1ª edição, São Paulo: editora Atlas, 2009.
- PONDÉ, Luiz Felipe. CONTRA UM MUNDO MELHOR – ENSAIOS DO AFETO. 1ª edição, São Paulo: editora Leya, 2010.

- PRADO, Tania Maria do Prado; Aragão, Vanderlea Bigossi. A IMAGEM DO IDOSO NA PUBLICIDADE. INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – 4 a 7 de setembro de 2009.
- RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. O ESTATUTO DO IDOSO – ASPECTOS SOCIAIS, CRIMINOLÓGICOS E PENAIS. 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- SILVA, João Calvão. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR. 1ª edição, Coimbra: Almedina, 1990.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. A NOVA INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- TOURAINÉ, Alain. CRÍTICA DA MODERNIDADE. Petrópolis: Vozes, 1994.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues; NASCENTES, Claudiene. O IDOSO, A PUBLICIDADE E O DIREITO DO CONSUMIDOR. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 179, 1 jan. 2004. Disponível em [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/4621](http://jus.uol.com.br/revista/texto/4621). Acesso 3m 29.out.2010.
- REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR <do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon>. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 1, jan./mar., 1992.
- REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR <do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon>. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 9, p. 30.
- REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR <do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon>. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 4, out./dez., 1992.
- REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR <do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon>. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 76, out./dez., 2010.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TAMANHO DA LETRA: A PROPÓSITO DA RECENTE ALTERAÇÃO AO DL N.º446/85, DE 25 DE OUTUBRO

*Mafalda Miranda Barbosa **

1. INTRODUÇÃO

A 27 de abril de 2021, foi aprovada a 4ª alteração ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais. De acordo com o projeto aprovado, foi aditada uma alínea à lista das cláusulas absolutamente proibidas nas relações entre profissionais e consumidores (B2C), passando a considerar-se nulas as cláusulas que sejam redigidas com letra inferior a tamanho 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15. Ao mesmo tempo, institui-se um sistema de administrativo de controlo e fiscalização de cláusulas abusivas, de modo a garantir que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não sejam aplicadas por outras entidades. O sistema a que o projeto alude deverá resultar da regulamentação do diploma, a cargo do Governo.

.....
* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

A intenção do legislador não pode deixar de se considerar benemérita. Subjacente às modificações parece estar uma ideia de reforço da posição do aderente consumidor, num domínio de contratação que, sendo socialmente imprescindível, sempre se pautou por grande conflitualidade e por práticas abusivas da parte dos predisponentes.

Não pode, contudo, deixar de concitar críticas que, aliás, ultrapassam a situação específica em apreço. De facto, se, no passado, o legislador nos habituou a um inequívoco rigor, que se constatava mesmo quando as soluções, do ponto de vista material, podiam ser questionadas ou criticadas, parece que a voracidade legislativa dos nossos dias arredou por completo, do horizonte da positivação normativa, o cuidado dogmático-sistemático.

A consequência desta realidade – cujas causas se podem encontrar quer na falta de estudo e reflexão prévios ao exercício legiferante, quer no preconceito positivista de que o direito se esgota no conjunto de normas, de tal sorte que ao legislador caberá sempre resolver todos os problemas com relevância jurídica, como se a densificação das soluções não fosse tarefa da doutrina e da jurisprudência – é clara: ao invés de se resolverem questões com particular incidência na esfera jurídica dos sujeitos, criam-se dificuldades que não teriam de existir, chegando-se, em alguns casos, a diminuir o grau de proteção dispensado a alguns grupos particulares.

Os exemplos multiplicam-se. Nas páginas que se seguem, não nos pretendemos debruçar de modo generalizado sobre uma prática que deveria merecer a atenção dos juristas. Procuraremos tão-simplesmente tentar perceber em que medida as alterações introduzidas no DL n.º446/85, de 25 de outubro, são (ou não) reflexo desta perniciosa prática que se vem verificando no nosso país.

2. O DL N.º 446/85, DE 25 DE OUTUBRO

Se o contrato pode ser definido como um ato jurídico integrado por, pelo menos, duas declarações de vontade de sentido oposto, mas convergente, traduzindo-se, em última instância, num acordo de vontades¹, percebe-se que entre as duas declarações negociais que o integram – a proposta e a aceitação – medeia uma concreta negociação. É essa negociação que, permitindo o encontro de vontades das partes, garante que, excluídas que sejam situações patológicas, o efetivamente acordado corresponda ao efetivamente querido pelos contraentes.

Há, porém, determinados contratos em cuja celebração está ausente a negociação a que se alude. São os chamados contratos de adesão, ou seja, contratos cujas cláusulas são elaboradas de forma prévia e rígida por uma das partes (o predisponente), limitando-se a outra parte (o aderente) a aceitar ou não os termos previamente definidos. Quando as cláusulas em questão são elaboradas para todos os contratos futuros que serão celebrados pelo predisponentes, diz-se que o contrato de adesão foi celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais. Estas caracterizam-se, a par do caráter prévio e rígido, pela sua generalidade², aumentando os perigos envolvidos neste tipo de contratação.

¹ C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 385 s. Cf., ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2021, 563

² Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 113 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, 242 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, 609 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I*, Almedina, Coimbra, 3ª edição, 2012, 637 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 251 s.; Almeida COSTA/Menezes CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – anotação ao DL n.º446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, 1986; Pinto MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º446/85,

Percebe-se que o esquema contratual assim gizado, ao comportar riscos evidentes, envolva também limitações à liberdade contratual. A doutrina tem apontado três principais riscos deste tipo de contratação que vem dar resposta às necessidades da moderna vida económica, caracterizada pela distribuição e consumo em massa: risco de desconhecimento das cláusulas; risco de adesão a cláusulas abusivas; e risco processual. Os dois primeiros riscos, a verificarem-se, implicam, na verdade, limitações de ordem fáctica à liberdade contratual do aderente³.

Cada um destes riscos pode ser facilmente compreendido se tivermos em conta a realidade negocial que a categoria pressupõe. Na verdade, estamos a falar de contratos *standard*, elaborados por apenas um dos contraentes, pelo que existe o risco de o aderente não ler todas as cláusulas, não as conhecendo, ou, lendo-as, porque são elaboradas em termos demasiado técnicos ou apresentadas de modo pouco perceptível, não entender o seu efetivo alcance. Caso o risco anunciado se concretize, o contrato individual celebrado não corresponderá ao exercício da liberdade por parte do aderente.

Mesmo que o aderente conheça todas as cláusulas e perceba o seu sentido e alcance, a sua liberdade contratual surge limitada: com efeito, como explicita Mota Pinto, “o consumidor do bem ou serviço, se não está de acordo com

.....
de 25 de outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 46, 733 s.; ID., “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 62, 2002, 111 s.; Sousa RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999; Id., *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Almedina, Coimbra, 1990; Oliveira AŞCENSÃO, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 60-II, 573 s.; Id., *Direito Civil – Teoria Geral*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 213 s.; Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 7ª edição, 1997, 75 s.; Almeno de SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, Coimbra, 2001

³ Cf., também, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 251 s.

as condições constantes do modelo ou impresso elaborado pelo fornecedor, é livre de rejeitar o contrato. Simplesmente, esta liberdade seria a liberdade de...rejeitar o contrato"⁴, o que se mostraria particularmente gravoso, por estarmos a falar de setores de atividade que muitas vezes correspondem a bens essenciais, por um lado, e, por outro lado, por estarmos, também muitas vezes, diante de empresas que operam em situação de monopólio ou oligopólio⁵. Significa isto que o aderente pode, perante uma cláusula abusiva, aceitá-la, sem que tal corresponda ao exercício da sua autonomia.

No que respeita ao risco processual, o mesmo afigura-se pouco relevante para a constatação das limitações fácticas à liberdade contratual. Ele resulta, sobretudo, do facto de, em face de entidades dotadas de complexas estruturas, os aderentes se mostrarem passivos perante as injustiças que lhe possam ser infligidas, não reagindo judicialmente contra os eventuais abusos.

O nosso legislador, consciente de todos estes riscos, interveio, disciplinando os contratos com recurso a cláusulas contratuais gerais através do DL n.º446/85, de 25 de outubro, antes mesmo da adoção, ao nível europeu, da Diretiva 93/13/CE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, que assim se viu transposta *avant la lettre*⁶. E fê-lo estabelecendo três grandes níveis de controlo, que acompanham, assim, os três grandes riscos de contratação com base em cláusulas contratuais gerais.

Ao nível da formação do contrato, impôs-se um dever de comunicação de todas as cláusulas do contrato e um dever

.....
⁴ Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 114

⁵ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ A diretiva determinou, não obstante, alterações à lei portuguesa, pelo DL n.º220/95, de 31 de agosto. Sobre a questão da conformidade ou não do DL n.º446/85 com a diretiva, no que respeita ao seu âmbito de aplicação, cf., porém, A. Pinto MONTEIRO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *Revista da Ordem dos Advogados*, 62, 2002.

de informação (artigos 5.º e 6.º DL n.º446/85). Assim, as cláusulas contratuais inseridas nos contratos individuais devem ser comunicadas de forma prévia, integral e adequada de modo a garantir o efetivo conhecimento por parte do aderente. Não se exige – é bom de notar – este efetivo conhecimento, mas apenas – numa lógica de responsabilização do aderente – que se criem as condições que o possibilitem. Por outro lado, o predisponente tem o dever de informar, explicando o sentido e o alcance das diversas cláusulas. Este dever de informação é, em rigor, um duplo dever: trata-se, em primeiro lugar, de um dever de informação espontâneo, que deve ser cumprido independentemente de qualquer solicitação por parte do aderente; e, em segundo lugar, de um dever de esclarecimento provocado, isto é, a cumprir em face de qualquer questão suscitada pelo cliente. Caso algum destes deveres seja violado, as cláusulas não comunicadas e/ou não explicitadas dão-se por não escritas, não fazendo parte do conteúdo do contrato.

Ao nível do conteúdo do contrato, o legislador elaborou longas listas de cláusulas absolutamente e relativamente proibidas. As primeiras são sempre proibidas, sendo nulas, se inseridas num contrato individualizado; as segundas são proibidas, de acordo com um quadro negocial padronizado. Nas palavras de Pinto Monteiro, “esse padrão de referência, «o quadro negocial padronizado» (nos termos dos artigos 19.º e 22.º), é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar (...) determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado setor de atividade”⁷.

.....

⁷ A. Pinto MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”. No mesmo sentido, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 515. Diz-nos o autor que “a referência ao quadro negocial padronizado pretende, justamente, explicitar que a concretização das proibições relativas deve operar perante as cláusulas em si, no seu conjunto e

Além disso, podem ainda vir, em concreto, a considerar-se nulas as cláusulas que contrariem a boa-fé. Nas palavras de Menezes Cordeiro, "a boa-fé como regra de conduta não admite prejuízos graves infligidos por via contratual, salva a presença de *animus donandi* ou similar. Este nunca se presume na hipótese de condições negociais gerais que, por isso, se sujeitam a um controlo acrescido; em menor grau, sucede outrotanto nos contratos pré-formulados (...). A concretização da boa-fé, aqui em jogo, prende-se não, em direto, com a proteção da confiança, mas com dados fundamentais do sistema, como o equilíbrio das prestações, que a lei, de modo expresso, faz intervir na interpretação negocial – artigo 237.º CC – ou a produção de efeitos reais, por oposição a simulacros que inutilizem os escopos pretendidos, face ao tipo contratual eleito"⁸.

As longas listas de cláusulas absoluta e relativamente proibidas são estabelecidas por referência a duas categorias de sujeitos: os consumidores (B2C) e os não consumidores (B2B). De facto, se os artigos 18.º e 19.º preveem a proibição de cláusulas nas relações entre empresários e entidades equiparadas, os artigos 21.º e 22.º alargam o leque de proibições no tocante às relações com consumidores finais, dispondo o artigo 17.º que aquelas primeiras listas negra e cinzenta se aplicam também sempre que o aderente assumia a qualidade de consumidor.

Ao nível processual, previu-se a existência de uma ação inibitória. Quer isto dizer que, mesmo antes da inserção de uma das condições gerais num contrato individual, é possí-

.....
segundo os padrões em jogo; por exemplo, em face de um formulário de compra e venda de um automóvel, há que ponderar se o prazo de entrega é excessivo, tendo em conta esse tipo de venda (e não aquela venda concreta), se a cláusula penal é excessiva, etc."

⁸ A. Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 660.

vel solicitar ao tribunal que avalie o caráter abusivo de uma condição geral que, a ser atestado, passa a ser proibida, devendo ser retirada das condições gerais de contratação do predisponente.

3. O DEVER DE COMUNICAÇÃO DAS CLÁUSULAS

3.1. OS REQUISITOS DA COMUNICAÇÃO

Resulta do que ficou dito que o legislador pretendeu, mesmo antes de controlar o conteúdo do contrato concretamente celebrado, estabelecer um controlo sobre a sua formação. O objetivo é que o aderente conheça efetivamente os termos da vinculação, bem como o alcance das obrigações que assume, de tal modo que a celebração do contrato corresponda a um ato de vontade.

Consoante explica Joaquim Sousa Ribeiro, a exigência faz sentido em face da inexistência de uma negociação particular entre os contraentes, ficando, por esse motivo, as cláusulas, “com grande probabilidade, fora do horizonte de representação do seu destinatário”⁹.

Os deveres de comunicação e de informação assumem, assim, especial relevância a este nível. Com eles pretende-se que as cláusulas ganhem efetiva existência no seio do contrato¹⁰.

Nessa medida, o dever de comunicação a que se alude não pode ser compreendido em moldes meramente formais. De acordo com o n.º1 do artigo 5.º, a comunicação deve ser, antes de mais, integral. Significa isto que todas as cláusulas inseridas no contrato têm de ser levadas ao conhecimento

.....
⁹ Sousa RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 377 s.

¹⁰ Sousa RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 378

do aderente. Por seu turno, o n.º2 do citado preceito dispõe que “a comunicação deve realizar-se de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência”.

A solução mostra-se em sintonia com o disposto no artigo 5.º Diretiva 93/13/CE, nos termos do qual, sempre que as cláusulas sejam redigidas por escrito, deverão sê-lo de forma clara e compreensível, prevalecendo, em caso de dúvida acerca do seu conteúdo, a interpretação mais favorável ao consumidor, numa solução que é consagrada, no ordenamento jurídico português, no artigo 11.º/2 DL n.º446/85.

Estabelecem-se, portanto, regras no tocante ao modo como as cláusulas devem ser comunicadas. Não basta, de facto, para se cumprir um princípio de transparência e para se garantir o desiderato de permitir o efetivo conhecimento ao aderente do conteúdo do contrato, que as cláusulas sejam comunicadas; elas devem ser levadas ao conhecimento da outra parte com a antecedência necessária e de modo adequado.

No que respeita à antecedência, tem-se entendido que a comunicação a que alude o artigo 5.º deve ser prévia à celebração do contrato, que só ocorre por via da aceitação, consoante dispõe o artigo 4.º DL n.º446/85. De facto, conforme explicam Almeida Costa e Menezes Cordeiro¹¹, as cláusulas contratuais gerais, em si mesmas, não têm relevância negocial, só a adquirindo quando sejam integradas em contratos singulares, por força da aceitação. Significa isto que, se as cláusulas não tiverem sido comunicadas antes do momento-chave da vinculação, elas não podem fazer parte do conteúdo do contrato.

.....
¹¹ Almeida COSTA/Menezes CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais – anotação ao DL n.º446/85, de 25 de outubro*, 23

Esta solução, aliás, decorre do artigo 8.º a) e d), que considera excluídas dos contratos singulares as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º, bem como as que tenham sido inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contraentes.

Repare-se, contudo, que alguma doutrina tem entendido que a proibição da inserção de cláusulas depois da assinatura do formulário não obsta a que as cláusulas constem do verso do documento ou que o formulário apenas contenha uma indicação explícita do local onde podem ser consultadas, numa posição que, contudo, não gera unanimidade, sequer ao nível jurisprudencial¹². Fundamental é que se garanta que o aderente teve delas conhecimento ou teve condições para ter delas conhecimento antes de se vincular.

A este propósito, Marco Dias¹³ sustenta que, antes de se colocar a questão da aplicação do artigo 5.º DL n.º446/85, é necessário que se verifique em que termos se emitiram as declarações negociais. Assim, se a proposta é tão simples que não faz referência a que as cláusulas são comunicadas posteriormente, a proposta negocial não as abrange, de tal sorte que a aceitação da proposta por parte do predisponente também não as abrange. Noutras situações – continua o autor – podemos estar perante uma aceitação que inclui as cláusulas anteriormente não comunicadas, correspondendo a uma aceitação com modificações e, portanto, à rejeição da proposta nos termos do artigo 233.º CC. Em qualquer destas hipóteses, o contrato inexistente materialmente, não se chegando a celebrar. Restam, portanto, segundo a posição do autor, as

¹² Cf. Ac. TRL 13-10-2016, Proc. n.º 28382/15.2YIPRT.L1-2, relator Pedro Martins, considerando que “as CCG que constam do verso de uma folha, que o aderente assinou no rosto, consideram-se excluídas do contrato (artigo 8.º, d) da LCCG), mesmo que o rosto da folha tenha apostado a menção de pág. 2 e o verso a menção de pág. 1”.

¹³ Marco DIAS, *O vício de não incorporação da cláusula contratual nos contratos de adesão*, 2012, 32 s.

situações em que a proposta se refere a todas as cláusulas a comunicar posteriormente, mas estas apenas são inseridas no contrato depois da vinculação, sendo estes que se integram no âmbito de relevância do artigo 8.º DL n.º446/85.

Temos muitas dúvidas acerca da configuração que o autor dispensa ao modo de formação do contrato de adesão com recurso a cláusulas contratuais gerais. Na verdade, não nos parece que corresponda aos melhores dados da realidade entender que o predisponente emite um convite a contratar, esperando a partir dele a emissão de verdadeiras propostas negociais por parte do aderente, as quais teriam de ser, depois, aceites pelo primeiro. Se tal esquema pode mostrar-se adequado para algumas das situações que a prática negocial nos oferece, não poderá, por certo, derramar o seu manto sobre todas elas.

Seja como for, é líquido que, se as cláusulas não estão inseridas no formulário no momento da subscrição da proposta pelo aderente, este não se pode por elas vincular, sobretudo naquelas hipóteses em que nem sequer é chamado a atenção para o facto da sua existência¹⁴.

.....
¹⁴ O dever de comunicação visa, de facto, garantir a efetiva vinculação do aderente. Por isso é que o dever se dirige exclusivamente a este e não a um qualquer terceiro. A este propósito, cf. Ac. TRC 6-10-2015, Proc. n.º 94/12.6TBVZL-A.C1, relatora Catarina Gonçalves, considerando que o “dever de comunicação não se estende – por inexistir qualquer disposição que assim o determine – a terceiros que, por qualquer razão ou em virtude de qualquer negócio que tenham celebrado ou venham a celebrar, assumam obrigações relacionadas com aquele contrato de adesão, como é o caso do avalista que, sem ter intervenção no negócio, dá o seu aval numa livrança que é entregue para garantia das obrigações que nele foram assumidas por outrem”. Problemas particularmente delicados podem colocar-se a propósito de alguns tipos contratuais, como os seguros de grupo.

Veja-se, ainda, a este propósito o Ac. TRC 26-6-2018, Proc. n.º 46369/17.9YI-PRT.C1, relator Arlindo Oliveira, considerando que “o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais tem o dever de informação e comunicação sobre o conteúdo de tais cláusulas, pois que só podem ser corretamente aceites pela outra parte se desta forem conhecidas, sob pena de ocorrerem vícios na formação da vontade, nomeadamente os aludidos nos artigos

O busílis da questão transfere-se, portanto, para o modo de comunicação das cláusulas. Esta tem de ser, já o sabemos, adequada.

A adequação que aqui é erigida em critério de cumprimento do dever de comunicação implica uma especial atenção ao caso concreto. Há que ter em conta, designadamente, a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas.

De acordo com o Tribunal da Relação de Guimarães, no Acórdão de 18 de dezembro de 2017¹⁵, “a apreciação em concreto ou avaliação do cumprimento do dever de comunicação do teor das cláusulas contratuais gerais, na forma como este dever mereceu consagração normativa no artigo 5.º do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, mais precisamente a apreciação efetiva do cumprimento do conteúdo concreto da obrigação de comunicação, depende lógica e consequentemente não só do tipo de contrato (de teor mais simples ou mais complexo), como das circunstâncias (objetivas e subjetivas) presentes na sua negociação e na sua conclusão, do seu objeto e conteúdo e também da preparação e grau de instrução das partes que nele intervêm”. Mais se acrescenta que se trata de uma “obrigação de extensão e intensidade variáveis de caso para caso em função, da condição relativa das partes, da complexidade (quer jurídica, quer técnica) do conteúdo contratual, bem como de outras circunstâncias da concreta situação em que o contrato é concluído devendo, por outro lado, a transmissão do conhecimento das cláusulas contratuais gerais e do seu conteúdo ser sempre acompanhada, também por imposição do

246.º, 247.º e 251.º do Código Civil”. A formulação do aresto não deixa de nos concitar dúvidas, não só pela confusão entre as divergências entre a vontade e a declaração e os vícios da vontade – numa posição que é aceite por parte da doutrina – como por o problema se dever equacionar a montante, pela falta de consenso necessário para a celebração do negócio.

¹⁵ Ac. TRG 18-12-2017, Proc. n.º 2159/16.6T8VCT-D.G1, relatora Maria Purificação Carvalho

princípio da boa fé, por um comportamento leal, correto e diligente do contraente destinatário da informação”.

No mesmo sentido o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 13-9-2016¹⁶, vem considerar que o “cumprimento deve ser assumido na fase de negociação e feito com antecedência necessária ao conhecimento completo e efetivo do aderente, tendo em conta as circunstâncias (objetivas e subjetivas) presentes na negociação e na conclusão do contrato – a importância deste, a extensão e a complexidade (maior ou menor) das cláusulas e o nível de instrução ou conhecimento daquele –, para que o mesmo, usando da diligência própria do cidadão médio ou comum, as possa analisar e, assim, aceder ao seu conhecimento completo e efetivo, para além de poder pedir algum esclarecimento ou sugerir qualquer alteração”.

Por outro lado, afastando-se atitudes paternalistas, como referimos supra, exige-se que o aderente assumira uma atitude diligente. Não se exige, com efeito, o efetivo conhecimento por parte daquele, mas que sejam criadas as condições que permitam tal conhecimento. De acordo com Almeno de Sá, a conduta do aderente deve ser aferida tendo em conta um padrão de homem médio. Designadamente, haveremos de ter em conta o consumidor médio do tipo de bens e serviços em questão¹⁷. O aderente não poderá, assim, prevalecer-se de um comportamento displicente, próprio de quem não se preocupou em aceder ao conteúdo do contrato a que se vinculou. Convém, no entanto, esclarecer que o padrão de razoabilidade para que somos remetidos nos convida a ponderar um problema dilemático experimentado nos nossos dias, já não relacionado com o dever de comunicação, mas

.....
¹⁶ Ac. STJ 13-9-2016, Proc. n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, relator Alexandre Reis

¹⁷ Almeno de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 61

com o dever de informação que com ele, necessariamente, se relaciona: na verdade, o reforço da posição do consumidor passa, a muitos níveis, pelo aumento do leque de informações a ser prestadas. Simplesmente, se o elenco informacional redundar num excesso de informação pode configurar uma violação do próprio direito à informação.

No citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-9-2016¹⁸, aduz-se que “as exigências especiais da promoção do efetivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e da sua precedente comunicação, que oneram o predisponente, têm como contrapartida, também por imposição do princípio da boa-fé, o aludido dever de diligência média por banda do aderente e destinatário da informação – com intensidade e grau dependentes da importância do contrato, da extensão e da complexidade (maior ou menor) das cláusulas e do nível de instrução ou conhecimento daquele –, de quem se espera um comportamento leal e correto, nomeadamente pedindo esclarecimentos, depois de materializado que seja o seu efetivo conhecimento e informação sobre o conteúdo de tais cláusulas”. Contudo, como aí se acrescenta, “essa constatação, em caso algum, poderá levar a admitir que o predisponente fique eximido dos deveres que o oneram, ou a conceber como legítimas uma sua completa passividade na promoção do efetivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais e, sobretudo, uma ausência de comunicação destas ao aderente com a antecedência necessária ao conhecimento completo e efetivo, até para que o mesmo possa exercitar aquele seu dever de diligência, nos apontados termos. Uma tal conceção conduziria à inversão não consentida da hierarquia lealmente estatuída entre os deveres do predisponente e do aderente”¹⁹.

.....

¹⁸ Ac. STJ 13-9-2016, Proc. n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, relator Alexandre Reis

¹⁹ Veja-se, igualmente, o Ac. TRG de 18-5-2017, Proc. n.º 2679/15.0T8BCL.G1, relator Damião Cunha, considerando que “o aderente encontra-se tam-

A necessária conformidade do direito interno ao direito comunitário impõe que as cláusulas devam ser redigidas de modo claro e perfeitamente compreensível. O n.º2 do artigo 5.º DL n.º446/85 exige, portanto, a clareza formal do clausulado²⁰, bem como a clareza da linguagem, onde se integra a sintaxe e a extensão da formulação²¹.

Do mesmo modo, o artigo 9.º/2, a) Lei n.º24/96 (Lei de defesa do consumidor) dispõe que, “com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares”. Embora circunscrevendo a sua relevância às relações entre profissionais e consumidores, a norma permite reforçar o entendimento acerca do modo (adequado) como deve ser cumprido o dever de comunicação, de acordo com o artigo 5.º DL n.º446/85.

Ao longo dos tempos, doutrina e jurisprudência têm densificado os critérios a que aludimos, formulando exigências práticas com inegável importância. Entre elas, destaquem-se as referências constantes à necessidade de o predisponente comunicar as cláusulas com base numa apresentação gráfica que não suscite dificuldades de leitura. Neste âmbito, atende-se quer ao tamanho da letra – que tem de ser legível –, quer

.....
bém vinculado ao cumprimento do princípio da autorresponsabilidade, que impõe que adote um comportamento diligente e ativo no sentido de procurar o seu próprio esclarecimento. O aludido princípio justifica (...) que se dê valor à declaração assinada pelo aderente de que conhece e compreende o contrato subscrito, no sentido de inverter o ónus da prova dos factos contrários à declaração (pelo que a prova em contrário do declarado terá que ser feita pelo aderente que invoca que desconhece as cláusulas que integram o contrato ou que essas cláusulas não lhe foram comunicadas, apesar de ter subscrito aquela declaração)”.

²⁰ Marco DIAS, *O vício de não incorporação da cláusula contratual nos contratos de adesão*, 37

²¹ Marco DIAS, *O vício de não incorporação da cláusula contratual nos contratos de adesão*, 38

à cor de fundo do formulário, quer à utilização (ou não) de destaques que possam desviar a atenção do aderente para cláusulas inócuas, fazendo-o ignorar as mais relevantes²².

Nesse sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de outubro de 2016²³ vem considerar que “a predisponente de cláusulas contratuais gerais, escritas numa letra de tamanho reduzido em cerca de 270 linhas de uma única página, não prova ter cumprido o dever de comunicação previsto no artigo 5.º da LCCG com a prova do único facto de o aderente do contrato o ter tido consigo na sua morada”.

Do mesmo modo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de junho de 2016²⁴ veio considerar que, “quando as condições gerais de um contrato se encontram redigidas em letra de tamanho reduzido e de difícil compreensão para o cidadão, não jurista, uma vez que contêm um número significativo de conceitos jurídicos precisamente na parte destinada a regular as consequências do incumprimento, a mera entrega de uma cópia para a aderente ler e assinar não obedece ao princípio da transparência, e, por essa razão, esse procedimento é manifestamente insuficiente, para efeitos de comunicação e esclarecimento de cláusulas gerais”.

O artigo 8.º DL n.º446/85 considera excluídas não só as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º, como também as que tenham sido comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efetivo, as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica passem despercebidas a um contraente normal, colocado na posição do contraente

²² Marco DIAS, *O vício de não incorporação da cláusula contratual nos contratos de adesão*, 40

²³ Ac. TRL 13-10-2016, Proc. n.º 28382/15.2YIPRT.L1-2, relator Pedro Martins

²⁴ Ac. TRG 9-6-2026, Proc. n.º 1510/12.2TBFAF-A.G1, relatora Anabela Tenreiro

real, e ainda as cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes.

Torna-se, portanto, inequívoco que a forma de apresentação das cláusulas é relevante a este nível. E, se o dado seria suficiente para, à luz do padrão do contraente médio, se considerar que não teria havido pleno cumprimento do dever de comunicar, sempre que, pelo tamanho da letra, a sua grafia, o contraste de cores, a desproporção relativamente a outras cláusulas tidas por inócuas, aquele, colocado na posição do real contraente, não se pudesse delas aperceber, o legislador afastou todas as dúvidas que poderiam restar, explicitando que às chamadas cláusulas surpresa deve ser dispensado o mesmo tratamento que às cláusulas não comunicadas.

3.2. A SANÇÃO PARA A NÃO COMUNICAÇÃO DAS CLÁUSULAS

O artigo 8.º DL n.º446/85 determina que as cláusulas integradas no conteúdo de um contrato sem cumprimento do dever de comunicação ou de informação se consideram excluídas, e, como vimos, equipara à falta de comunicação a inserção das cláusulas nos formulários, depois da sua assinatura por algum dos contraentes, e as chamadas cláusulas surpresa (*überraschende Klauseln*), ou seja, as que, pela epígrafe ou apresentação gráfica, passem despercebidas a um contraente normal, colocado na posição do real contraente.

Doutrina e jurisprudência têm, então, questionado o sentido da exclusão a que o legislador se refere na norma citada.

Entre nós, a maioria dos autores parece apontar ou no sentido da inexistência ou no sentido da *não inclusão tout court*, sem se escarpelizar a natureza da sanção predisposta.

Sousa Ribeiro²⁵ explica que, se as partes só se vinculam por um ato de vontade, ao ponto de o artigo 4.º DL n.º446/85 dis-

²⁵ Sousa RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 380

por que as cláusulas contratuais gerais inseridas em propostas de contratos singulares só se incluem nos mesmos pela aceitação, então, ao não serem comunicadas determinadas cláusulas, não haveria em relação a elas aceitação, devendo ser consideradas inexistentes. No mesmo sentido, depõem autores como Oliveira Ascensão²⁶, considerando que tais cláusulas não são sequer inválidas, porque em relação a elas não chega a existir consenso contratual e Galvão Telles²⁷. Outros autores, não se referindo expressamente à inexistência, parecem apontar para ela, ao afastarem-se do regime da invalidade. Almeida Costa, de facto, aduz que as cláusulas não comunicadas são afastadas dos acordos firmados, não produzindo quaisquer efeitos, mesmo que provisórios ou laterais²⁸. Também Almeno de Sá²⁹ refere que as cláusulas em questão não se chegam a integrar no conteúdo do contrato.

Posição divergente é defendida por Ana Prata, ao considerar que, na ausência de uma solução ditada pelo legislador, é aplicável nesta sede o artigo 294.º CC³⁰; e por Marco Dias³¹, que advoga a este nível uma ideia de invalidade mista. Para o autor, não só o regime da inexistência (jurídica) se afigura, em certos pontos, desvantajoso para o aderente,

.....

²⁶ Oliveira ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*, <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>, 11

²⁷ Galvão TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 322

²⁸ Almeida COSTA, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, UCE, Lisboa, 1999, 22.

²⁹ Almeno de SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, 251 s.

³⁰ Ana PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 2010, 266 s.

³¹ Marco DIAS, *O vício de não incorporação da cláusula contratual nos contratos de adesão*, 76 s.

pelo perigo do conhecimento oficioso e pela possibilidade de invocação por qualquer interessado, como o processo formativo do contrato e a adequada interpretação do artigo 4.º DL n.º446/85 não nos permitem concluir pela inexistência material. Na verdade, segundo o entendimento do autor, porque nem sempre é o aderente a emitir a aceitação, podendo inverter-se os termos da formação negocial, naquelas hipóteses em que é reservada ao predisponente a aceitação, não faz sentido interpretar o citado artigo 4.º segundo a ideia de que não haveria efetivo consenso na ausência do cumprimento do dever de comunicação. Acresce que, de acordo com a posição do autor, “se a declaração negocial do aderente, fosse ela aceitação ou proposta contratual, se limitasse às cláusulas relativamente às quais se cumpriram os deveres de informação, o conteúdo de tal declaração seria diferente da declaração negocial do predisponente. Necessariamente, iríamos cair numa situação de aceitação com modificações, que implicaria a rejeição da proposta contratual e a inexistência material de todo o contrato (artigo 233.º do Código Civil)”³².

Não cremos que a posição de Marco Dias possa ser subscrita. Desde logo, soa estranho que haja situações em que o predisponente reserve para si a palavra final em matéria de contratação, limitando-se a emitir um convite a contratar. Por outro lado, se o predisponente emite uma proposta e o aderente a aceita (*aderindo*), a aceitação apenas abarca as cláusulas efetivamente comunicadas (inseridas no formulário), não se colocando qualquer problema de discrepância entre as duas declarações negociais – é que, ao não permitir o conhecimento à outra parte, porque a declaração é interpretada de acordo com o sentido que um declaratório nor-

.....
³² Marco DIAS, *O vício de não incorporação da cláusula contratual nos contratos de adesão*, 65

mal colocado na posição do real declaratório dela deduziria (artigo 10.º DL n.º446/85 e 236.º CC), o que o predisponente diz resume-se ao efetivamente comunicado, não relevando aquela que era a sua vontade. Não se coloca, portanto, qualquer hipótese de aceitação com modificações, que implicaria a rejeição da proposta como um todo.

Mas mesmo admitindo que o predisponente pode limitar-se a emitir um convite a contratar, sendo a proposta do aderente feita de acordo com as cláusulas naquele inseridas, a aceitação do predisponente apenas as abrangeria e não outras que, assim, ficaram ausentes do processo formativo do negócio.

Parece, portanto, fazer sentido considerar a este nível a inexistência. Ao fundá-la nos argumentos aduzidos pelos autores anteriormente citados, tratar-se-ia de uma inexistência material, compaginável com a ideia de *exclusão do conteúdo do contrato*. De facto, do que se trata é de, por força das regras próprias da interpretação dos contratos e da sua formação, considerar que as declarações negociais não integravam determinadas estipulações.

O mesmo se diga das cláusulas que são formalmente comunicadas, sem que a comunicação cumpra os requisitos exigidos. De facto, ainda que a cláusula exista aparentemente, ao não ser perceptível o seu conteúdo pelo aderente, porque a interpretação se orienta pelo critério da impressão do destinatário, deixa de estar abrangida pela aceitação, não porque esta envolva qualquer modificação da proposta, mas porque o conteúdo declarativo dessa proposta também a não integrava.

O cerne do problema joga-se, como se percebe, ao nível da formação e interpretação dos contratos. Daí que não se exija o efetivo conhecimento por parte do aderente. Ao exigir-se um comportamento diligente, afastando-se laivos de paternalismo, está-se também a afirmar que a simples cognosci-

bilidade, naquelas circunstâncias, é bastante para a proposta ser interpretada no sentido de incluir as referidas cláusulas.

A solução é alargada para a violação dos deveres de informação. Nos termos artigo 6.º DL n.º446/85, “o contraente que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias a outra parte dos aspetos nela compreendidos cuja aclaração se justifique”, devendo, ainda, ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis solicitados. Compreende-se que assim seja: as assimetrias informacionais justificam-no; e, no plano dogmático, a não aclaração da cláusula, ao não permitir que o aderente perceba o significado e o alcance da estipulação negocial, faz com que, em rigor, não haja em relação a ela acordo.

O raciocínio parece não ser acompanhado por todos os autores. Oliveira Ascensão sublinha, ao refletir sobre os contratos de adesão e as cláusulas abusivas, que “uma coisa é a cláusula ser cognoscível, outra ter sido objeto do mútuo consenso. É impossível falar de uma presunção de conhecimento das cláusulas cognoscíveis. A presunção exprime *id quod plerumque accidit*. A experiência diz-nos pelo contrário que é uma fatalidade que a quase totalidade dos contratos, pelo menos dos que contêm cláusulas contratuais gerais, sejam celebrados sem as pessoas tomarem conhecimento dos seus termos. Isto leva-nos para caminhos cada vez mais perigosos. O mútuo consenso é objeto de corrosão. Transita-se de um mútuo consenso sobre um conteúdo para um consenso na celebração do negócio, e não propriamente sobre as cláusulas constitutivas deste”³³.

Importa, contudo, sublinhar que, a partir do momento em que a cláusula é cognoscível, ela deve ser tratada para todos os efeitos como se fosse conhecida.

.....
³³ Oliveira ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*, 11.

Nada obsta, além disso, que, naquelas hipóteses em que a cláusula se considera integrada no conteúdo do contrato, o seu conteúdo não possa ser sindicado, por um lado, e que não possa ser, em relação ao contrato globalmente considerado, invocado um qualquer vício da vontade ou uma qualquer divergência entre a vontade e a declaração, por outro lado.

3.3. A RECENTE ALTERAÇÃO AO DL N.º446/85

Com a recente alteração legislativa, passam a constar do elenco de cláusulas absolutamente proibidas nas relações entre profissionais e consumidores (B2C) as cláusulas que sejam redigidas com letra inferior a tamanho 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15.

A modificação, confundindo níveis de problematicidade, mostra-se inútil, nuns casos, e contraproducente, noutros. Em qualquer das hipóteses, revela um espírito formalista e positivista que *ab initio* denunciámos.

Em primeiro lugar, a regulamentação do tamanho de letra e do espaçamento de linhas ignora que muitos problemas se colocam, hoje, em ambientes digitais, onde a dimensão daquela deixa de ser rígida para poder ser configurada pelo próprio destinatário da mensagem. Os principais óbices ao efetivo conhecimento das cláusulas a que (aparentemente) se vincula, nesse contexto, resultam da forma de apresentação, da cor, do possível desvio da atenção para cláusulas inócua, em detrimento de outras com peso fulcral, do contraste de luz, *inter alia*. Ao abdicar de um critério generalizante, assente em conceitos indeterminados, que devem ser densificados por referência ao caso concreto, para adotar uma minuciosa prescrição de uma regra falível em muitas hipóteses, o legislador mostrou a sua desconfiança em relação ao poder judicial, por um lado, e a sua ignorância em relação às melhores posições jurisprudenciais e doutrinárias, por outro lado.

Ao fazê-lo, ignorou também que a questão se equaciona em sede de formação do contrato, devendo ser aí que se jogam as coordenadas do problema, e não ao nível do seu conteúdo. De facto, por que motivo deve ser considerada abusiva, no sentido de determinar obrigações atentatórias do princípio da boa-fé, a cláusula que não seja redigida num tamanho suficientemente grande que garanta o seu conhecimento?

Acresce que a articulação entre os artigos 5.º, 6.º, 8.º e o novo artigo 21.º/i) DL n.º446/85 torna-se especialmente problemática. Se com o tamanho da letra pudermos concluir que a cláusula passa despercebida a um contraente normal, colocado na posição do contraente real, então ela seria, *a priori*, excluída do conteúdo do contrato, não fazendo sentido questionar a sua nulidade; se não passasse despercebida a um contraente normal, colocado na posição do real aderente, então nenhuma razão se desvela para vir considerar a cláusula nula, não só porque, de acordo com as regras interpretativas, era-lhe imputável o conhecimento, como porque o *busílis* da questão não se situava ao nível do conteúdo da estipulação, não se percebendo a discrepância sistemática.

Significa isto que o legislador adotou em relação aos consumidores – mas já não em relação aos profissionais – uma atitude paternalista, que, não obstante, pode conduzir, na prática – se as normas não forem devidamente articuladas e interpretadas – à não assimilação do âmbito de relevância de um caso que contenda com o tamanho da letra pelo âmbito de relevância do artigo 8.º DL n.º446/85, impondo a solução da nulidade por referência a uma estipulação, que – quando justificável – se deveria considerar inexistente, impedindo a produção de qualquer efeito secundário e lateral.

A alteração é, pois, criticável do ponto de vista sistemático, dogmático e teleológico.

É claro que se pode assumir que, a partir do momento em que a cláusula esteja prevista numa das listas de proibições estabelecida pelo DL n.º446/85, pode ser objeto do controlo preventivo ao nível da ação inibitória. Simplesmente, não só tal controlo não se justifica, como ele não se revela necessário, na medida em que a cláusula sempre seria excluída de um contrato singular em que fosse inserida.

4. O SISTEMA ADMINISTRATIVO DE CONTROLO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Institui-se, igualmente, um sistema de administrativo de controlo e fiscalização de cláusulas abusivas, de modo a garantir que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não sejam aplicadas por outras entidades.

Ora, a este propósito, importa notar que as decisões transitadas em julgado que tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou que declarem a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares são objeto de registo. Com tal registo, pretende-se criar as condições que facilitem o conhecimento das cláusulas consideradas abusivas por decisão judicial.

Parece ir-se mais longe: em causa não estará só o registo – para consulta – de uma lista de cláusulas consideradas proibidas, mas o próprio controlo ativo da utilização (proibida) de determinadas condições gerais na contratação futura de certas entidades.

Se a fiscalização a que se alude parece, de certo modo, já ser efetuada pelas entidades com legitimidade ativa para proporem ações inibitórias, vê-se, contudo, com bons olhos um reforço do controlo.

Fundamental será saber em que termos ocorrerá o referido controlo e através de que meios, questionando-se ademais se, em vez da criação de um sistema, não seria preferível reforçar o modelo de fiscalização que já existe.

ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: QUESTÕES PRÁTICAS

Maria José Capelo | Ana Francisca Dias***

NOTA INTRODUTÓRIA

O Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CDC-FDUC) organizou, em 20 de novembro de 2020, o Workshop "Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas", com a colaboração da Direção-Geral do Consumidor que através do Fundo para a Promoção dos Consumidores patrocinou este evento.

O Workshop foi transmitido por via remota o que permitiu, por um lado, uma afluência inédita e, por outro lado, proporcionou contactos que não seriam possíveis ou não seriam viáveis se o encontro fosse presencial, porquanto, teve a honra de contar com a presença de auditores do Brasil, da Argentina, da Angola e da Espanha.

* Docente do Centro de Direito de Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra (FDUC); Professora Associada da FDUC; Investigadora do Instituto Jurídico da FDUC.

** Docente do Centro de Direito de Consumo da FDUC; Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela FDUC; Adjunta de Ensino da FDUC.

A abertura dos trabalhos contou com a presença da Professora Doutora Sandra Passinhas, Diretora Executiva do CD-C-FDUC, da Dra. Sónia Passos, Diretora de Serviços de Comunicação ao Consumidor na Direção-Geral do Consumidor e do Dr. Renato Gonçalves, Subdiretor-geral da Política da Justiça na Direção-Geral da Política de Justiça.

Seguiu-se a mesa redonda, moderada pela Professora Doutora Maria José Capelo, Professora Associada na FDUC, e que reuniu proficuas intervenções de qualificados juristas, designadamente, da Professora Doutora. Joana Campos Carvalho, Professora Convidada na NOVA, do Dr. Fernando Viana, Diretor Executivo do CIAB e da Dra. Sara Lopes Ferreira, advogada, mediadora e juiz árbitra no CIAB.

O texto que se segue pretende assumir-se como um *memorandum* do Workshop “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”.

Para tanto, procuraremos relatar as principais conclusões que sobressaíram do debate tecido entre os Ilustres participantes - dando conta das posições e fundamentos expostos pelos participantes -, sobre as várias questões práticas colocadas na mesa redonda em torno da arbitragem de conflitos de consumo. Refira-se:

- I. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à arbitragem de conflitos do consumo ou, em termos gerais, as regras processuais aplicáveis à arbitragem de conflitos do consumo;
- II. Gestão processual e definição do objeto da causa (breve referência aos factos supervenientes);
- III. Efeitos da sentença arbitral para o consumidor – em particular, a questão da (in)admissibilidade da reconvenção nas ações de simples apreciação negativa.

I. A ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO E A «REDE DE ARBITRAGEM DE CONSUMO» (BREVÍSSIMA REFERÊNCIA)

A arbitragem de conflitos de consumo é um meio de resolução alternativa de litígios de consumo (vulgarmente, «RALC»), o que significa que, a par dos tribunais judiciais, a arbitragem constitui um outro meio (não judicial) para os consumidores e os profissionais dirimirem os seus conflitos.

Os litígios de consumo caracterizam-se, essencialmente, pelo seu valor reduzido, de molde que, para esta tipologia de litígios não se reputa adequada a via judicial tradicional de composição de litígios, atendendo aos custos elevados que esta última acarreta, à sua morosidade e formalidade.

Por ser assim, e desde cedo, começaram a desenvolver-se e a promover-se, no ordenamento jurídico nacional, as formas de resolução alternativa de litígios de consumo, mormente, através da criação de centros de arbitragem de conflitos do consumo.

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo oferecem aos consumidores um acesso à justiça mais célere, gratuito (ou tendencialmente gratuito) e qualificado.

Em primeiro lugar, e em conformidade com o preceituado nos n.ºs 5 e 6 do artigo 10.º da Lei 144/2015, de 08 de setembro (comumente designada e de ora em diante, «Lei RAL»)¹, os procedimentos de resolução alternativa de litígios devem ser decididos no prazo máximo de 90 dias a contar da data em que a entidade de resolução alternativa de litígios receba o processo de reclamação completo, prorrogável, no máximo por duas vezes, por iguais períodos, caso o litígio revele especial complexidade.

.....

¹ A Lei n.º 144/2015, de 08 de setembro transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo.

Em segundo lugar, as entidades de resolução alternativa de litígios devem assegurar que os procedimentos de resolução alternativa de litígios são gratuitos ou são disponibilizados aos consumidores contra o pagamento de uma taxa de valor reduzido².

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo são centros de arbitragem que visam solucionar litígios no domínio específico do direito do consumo. Para tanto, constitui obrigação legal dos centros de arbitragem de conflitos de consumo promover a especialização em razão da matéria, afetando pessoal devidamente qualificado para tratar os litígios em causa³.

A Lei RAL constitui um importante marco legislativo, porquanto criou a «Rede de Arbitragem de Consumo» “que integra os centros de arbitragem de conflitos de consumo autorizados para prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem destes litígios”⁴ e estabeleceu os princípios e as regras que regulam o funcionamento e o enquadramento jurídico destas entidades de resolução alternativa de litígios de consumo.

Atualmente, a rede nacional de arbitragem de consumo conta com nove centros de arbitragem de carácter genérico⁵, isto é, centros de arbitragem com competência para dirimir

.....
² Artigo 10.º, n.º 3 da Lei RAL.

³ Artigo 6.º-A, alínea d) da Lei RAL

⁴ Artigo 3.º, alínea a) da Lei RAL.

⁵ Referimo-nos ao Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo («CNIACC»), ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra («CACRC»), ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa («CACCL»), ao Centro de Arbitragem da Universidade Autónoma de Lisboa («CAUAL»), ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira («CACC-RAM»), ao Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto («CICAP»), ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa («TRIAVE»), ao Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo) («CIAB») e ao Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Algarve («CIMAAL»).

todos os tipos conflitos de consumo, e com três centros de arbitragem de carácter específico⁶, ou seja, com competência para compor litígios de consumo em matérias específicas.

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo são, pois, centros de arbitragem institucionalizada, com carácter especializado.

A referida lei veio atribuir importantes atribuições e competências à Direção-Geral do Consumidor e à Direção-Geral da Política de Justiça. Instituições às quais foram, desde logo, cometidas as atribuições de coordenação e supervisão do funcionamento das entidades integrantes da rede nacional de arbitragem de consumo⁷.

A rede nacional de arbitragem de consumo visa “assegurar a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo que agrega”, e além disso, “compete ainda à rede de arbitragem de consumo promover o funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo”⁸.

II. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À ARBITRAGEM DE CONFLITOS DO CONSUMO

A somar ao dito imediatamente acima, diga-se que os centros de arbitragem de conflitos de consumo que integram a rede nacional de arbitragem de consumo “devem utilizar o sistema de informação comum e adotar procedimentos harmonizados nas atividades de informação, mediação, con-

⁶ São centros de arbitragem para conflitos específicos os Centro de Arbitragem do Sector Automóvel («CASA»), o Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros («CIMPAS») e o Provedor do Cliente das Agências de Viagens e Turismo («Provedor da APAVT»).

⁷ Artigo 4.º, n.ºs 4, 5 e 6 da Lei RAL.

⁸ Artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 da Lei RAL.

*ciliação e arbitragem de litígios de consumo (...), incluindo o regulamento harmonizado elaborado pela Direção-Geral do Consumidor e pela Direção-Geral da Política de Justiça*⁹. (Itálico nosso)

O regulamento harmonizado de arbitragem de conflitos de consumo é de adesão voluntária pelos centros de arbitragem de conflitos do consumo, sendo que, até ao momento, a ele aderiram sete das doze entidades de resolução alternativa de litígios de consumo («entidades RAL»).

Os regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo pautam-se ainda, portanto, por algumas dissemelhanças, designadamente, no tocante às regras processuais aplicáveis à arbitragem de conflitos de consumo.

Nesta sede, o regulamento harmonizado de arbitragem de conflitos de consumo estabelece que o Código de Processo Civil goza de aplicação subsidiária. Transcreva-se:

“Artigo 19.º Legislação aplicável

“1 – Aplica-se à criação e funcionamento dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo a Lei n.º 144/2015 de 8 de setembro que transpõe a Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo. 2 – No âmbito do sistema europeu de resolução de litígios em linha, aplica-se o Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. 3 – *Para além dos diplomas legais referidos nos números anteriores, em tudo o que não estiver previsto no presente Regulamento aplica-se, com as devidas adaptações, a Lei da Arbitragem Voluntária, a Lei da Mediação e o Código do Processo Civil.*” (Itálico nosso)

.....
⁹ Artigo 4.º, n.º 3 da Lei RAL.

Não obstante, nem todos os regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, em particular, os regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo não aderentes ao regulamento harmonizado preveem a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, prevendo somente a aplicação subsidiária da Lei da Arbitragem Voluntária e/ou da Lei da Mediação.

Quid iuris quanto à aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil ao procedimento de arbitragem de conflitos de consumo?

Estando em causa o instituto da arbitragem, e sempre que não haja norma especial na Lei RAL devem ser aplicadas as regras consagradas na Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (adiante, Lei da Arbitragem Voluntária ou somente LAV).

Ora, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º da LAV, com a epígrafe «Princípios e regras do processo arbitral», decorre que:

- a) Em regra, as regras processuais aplicáveis à arbitragem resultam do acordo de vontade das partes (até à aceitação do primeiro árbitro), com o duplo limite do respeito pelos princípios fundamentais do processo arbitral - designadamente, o princípio do contraditório e o princípio do direito a um processo equitativo – e pelas normas imperativas consagradas na Lei da Arbitragem Voluntária;
- b) Caso as partes não acordem sobre as regras processuais a observar na arbitragem e as normas da Lei da Arbitragem Voluntária não sejam aplicáveis, “o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamen-

te aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente”.

A adaptação destas normas do procedimento da arbitragem voluntária ao procedimento de arbitragem de conflitos de consumo impõe que, em primeiro lugar, sejam aplicadas as regras do regulamento de arbitragem do centro de arbitragem competente para dirimir o litígio concreto e outras regras acerca das quais tenha havido acordo entre as partes.

E, na hipótese de o regulamento de arbitragem não prever ou as partes não acordarem sobre a regra do processo necessária para solucionar uma questão processual específica e a LAV ou outro diploma, mormente a Lei RAL, não contenha nenhuma norma imperativa sobre a questão, então, “o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente”.

A “lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente” é o no Código de Processo Civil. Isto significa que este Código só é aplicável se o tribunal arbitral o considerar apropriado e o refira explicitamente.

Em substância, o Código de Processo Civil não é, em regra, aplicável subsidiariamente à arbitragem, seja a arbitragem “genérica” seja à arbitragem de conflitos de consumo.

O suprimento das omissões legislativas e regulamentares relativamente às regras do processo deve seguir, portanto, e nos termos acima aludidos, os trâmites do artigo 30.º, n.º 3 da LAV. O mesmo é dizer, o tribunal arbitral de consumo deverá definir as regras do processo que entender adequadas à especificidade do caso concreto.

Esta posição foi defendida com maior proeminência por Joana Campos Carvalho, fundamentando tal posição na in-

formalidade característica da arbitragem de conflitos de consumo. Dito de outro modo, expressa que uma das grandes vantagens da arbitragem de conflitos de consumo é, e deve ser, a informalidade, isto é, a possibilidade do juiz árbitro adequar o procedimento às especificidades do caso concreto.

Não obstante, acrescenta que, aquando da construção da solução para o caso concreto, o juiz árbitro deve ter sempre na mente os limites impostos pelos princípios fundamentais do processo civil e arbitral.

Como última nota, Joana Campos Carvalho esclarece que, neste contexto, quando nos referimos à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, nunca poderá ser uma aplicação subsidiária em sentido técnico, pois isso implicaria a aplicação *tout court* dos institutos previstos no Código de Processo Civil. Em rigor, o que o juiz árbitro poderá fazer é somente inspirar-se nas normas do Código de Processo Civil, adaptando-as, sempre que considerar que são apropriadas para o caso concreto.

Maria José Capelo, moderando a intervenção, procurou dar nota de que a arbitragem de conflitos de consumo, pelas suas idiossincrasias, carece de uma regulamentação específica. Regulamentação esta que não encontramos nem no Código de Processo Civil, nem na LAV, que consagram categorias processuais comuns e genéricas que dificilmente se adequam às especificidades da arbitragem de conflitos de consumo.

III. GESTÃO PROCESSUAL E DEFINIÇÃO DO OBJETO DA CAUSA (BREVE REFERÊNCIA AOS FACTOS SUPERVENIENTES)

A Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto¹⁰ determinou a sujeição dos conflitos de consumo de reduzido valor económico (ou

¹⁰ A Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto procedeu à quinta alteração à Lei n.º 24/96, de 31 de julho que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores.

seja, aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância: €5.000) à arbitragem necessária – ou, como preferimos denominar dado o maior rigor, a «arbitragem potestativa» – ou mediação, quando seja essa a opção do consumidor. Consagrou-se o dever de informar o consumidor, no início do processo, do direito a constituir advogado ou solicitador e no caso de não ter meios económicos para tal, é-lhe dado acesso ao apoio judiciário, nos termos da lei que regula o acesso ao direito e aos tribunais¹¹.

Esta lei representa um importante marco na evolução legislativa em matéria de resolução alternativa de litígios de consumo e, em particular, em matéria de arbitragem de conflitos de consumo, evidenciando que esta forma de resolução alternativa de litígios está em crescimento e afirma uma maior credibilidade em face dos consumidores.

Por ser assim, como salienta Maria José Capelo, é necessário repensar os regulamentos da arbitragem de conflitos de consumo, à luz quer da nova legislação da «arbitragem potestativa» quer dos princípios que regem o processo arbitral e o processo civil, tomando em consideração as novas ideias de gestão processual e de maior flexibilidade procedimental.

Neste quadro, assumem alguma relevância os termos em que se define e estabiliza o objeto do litígio.

O procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo inicia-se com a apresentação da reclamação de consumo, na qual o consumidor deve, designadamente, descrever os factos que, no seu entender, integram a questão de consumo em litígio e formular o pedido, sempre que possível, devidamente quantificado.

.....
¹¹ Artigo 2.º da Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto.

Fez-se notar que a Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto efetiva o que, de forma pedagógica, as entidades de resolução alternativa de litígios já vinham praticando, ou seja, aconselhar aos consumidores a representação no processo por advogado ou solicitador, sobretudo, nos casos de maior complexidade jurídica e/ou de maior valor económico.

A reclamação de consumo deve ser apresentada através de um formulário próprio, em formato impresso ou digital, nos termos das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei RAL, de modelo padronizado para todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo¹². Esta reclamação deverá ser acompanhada de toda a documentação probatória disponível.

Ainda que o consumidor seja informado da possibilidade de se fazer representar no processo por advogado ou solicitador – *maxime*, em caso de «arbitragem potestativa» –, na esmagadora maioria dos processos o consumidor não é assistido tecnicamente.

Como consequência, uma parte significativa dos formulários de reclamação de consumo apresentados nos centros de arbitragem expressam de forma pouco rigorosa e, em alguns casos, de forma ininteligível, quer os factos relacionados com o litígio quer a própria pretensão do consumidor. Em casos mais extremos, acontece que o consumidor se limita a juntar ao formulário de reclamação os documentos que considera fazerem prova do litígio de consumo em causa, não descrevendo os factos concretos atinentes ao litígio de consumo em causa, nem formulando o pedido.

Pode igualmente suceder que, no momento da apresentação da reclamação de consumo, o consumidor seja capaz de expressar de forma rigorosa e clara o objeto do litígio, ou seja, a causa de pedir e o pedido, mas, num momento posterior, venha a ter conhecimento de determinado(s) facto(s) – factos supervenientes – suscetíveis de pôr em causa a definição (inicial) do objeto da causa.

Perante a enunciação desta dupla tipologia de situações práticas – por um lado, as sérias dificuldades na delimitação objetiva do litígio pelo consumidor no momento da apre-

.....
¹² Registou-se que, atualmente, apenas uma pequena parcela das reclamações de consumo rececionadas nos centros de arbitragem de conflitos do consumo são apresentadas em formato impresso.

sentação da reclamação de consumo e, por outro lado, a ocorrência de factos supervenientes suscetíveis de conduzir à alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir – com que as entidades nacionais de resolução alternativa de litígios se veem confrontadas, Maria José Capelo desafia os oradores a debater a possibilidade de importar (do Código de Processo Civil para a regulamentação da arbitragem de conflitos de consumo) a figura da gestão processual.

Em concreto, especifica que a efetivação da gestão processual no âmbito da definição do objeto da causa ou, dito de outro modo, a flexibilização na fixação do objeto do litígio se poderia consubstanciar na possibilidade de, nas circunstâncias enunciadas, o juiz árbitro fixar - no início da audiência de arbitragem e antes de apresentada a contestação por parte do profissional -, em conjunto com o consumidor e com o profissional, o objeto do litígio.

Ou seja, o objeto do litígio de consumo – *id est*, o pedido e a causa de pedir – seriam fixados ou, se se preferir, estabilizados apenas no início da audiência de arbitragem, e antes de ser apresentada a contestação, pelo juiz árbitro e as partes, com base numa ideia de modelo cooperativo.

Para reforçar esta ideia de flexibilização na fixação do objeto da causa – e para cuja reflexão e discussão provoca os oradores –, Maria José Capelo anota que a LAV, no seu artigo 33.º, n.º 3 preceitua que “salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante”.

Relativamente à primeira das situações referidas, o Dr. Fernando Viana começa por recordar que o procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo se inicia

com a apresentação de uma reclamação de consumo, a qual deve ser apresentada através de um formulário próprio, em formato impresso ou digital, e padronizado para todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo e reconhece a dificuldade que os consumidores, designadamente por inexperiência ou desconhecimento, evidenciam tanto na explanação dos factos que integram o litígio de consumo assim como na formulação do pedido.

Nestes casos, alerta para o papel essencial os serviços dos centros de informação de consumo dos centros de arbitragem. Os centros de arbitragem dispõem de um corpo de juristas que, após a receção e análise das reclamações de consumo, e apercebendo-se das dificuldades do consumidor em relatar os factos integrantes da questão de consumo e em formular o seu pedido – e em virtude da informalidade característica da resolução alternativa de litígios de consumo –, entram em contacto com o consumidor para que este possa, com o seu auxílio, (re)configurar a sua reclamação de consumo.

Seguidamente, o procedimento segue para a fase de mediação com vista à obtenção de um acordo entre as partes.

Se, nesta fase, as partes não lograrem um acordo, os juristas do centro de arbitragem elaboram uma petição inicial para que o litígio seja submetido a decisão do tribunal arbitral. De molde que, na fase da arbitragem, o processo arbitral já chega ao conhecimento do juiz árbitro praticamente expurgado de imperfeições.

Do debate chegou-se, no entanto, à conclusão de que estas etapas do procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo não são aplicadas em todos os procedimentos dos centros de arbitragem de conflito de consumo.

Pelo que, e em particular, nem sempre é conclusa ao juiz árbitro uma reclamação de consumo ou uma petição inicial elaborada pelos assessores dos centros de arbitragem de

conflitos de consumo e, como tal, com uma configuração tanto jurídica como factual rigorosa. Em algumas situações, o juiz árbitro confronta-se com a reclamação de consumo tal como ela foi apresentada pelo consumidor e, noutras situações, o juiz árbitro é premiado com uma reclamação de consumo reconfigurada pelos assessores dos centros de arbitragem de conflitos de consumo - que se apresenta como uma verdadeira petição inicial - o que, por certo, facilitará em muito a sua tarefa.

Recorde-se que, “a harmonização dos procedimentos seguidos nas atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo”¹³ é o objetivo primordial da rede de arbitragem de consumo.

Observou-se, ademais, que a ausência de harmonização de certos aspetos da tramitação do procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo pode afetar não só a própria credibilidade desta forma de acesso à justiça, como ferir a certeza e segurança jurídica e, ainda, inviabilizar aos consumidores o exercício e as garantias adequadas aos direitos em causa.

Por ser assim, e na impossibilidade prática (e até impropriedade) de regulamentar exaustivamente o procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo, Maria José Capelo sugeriu que seria profícuo que todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo adotassem um código de boas práticas internas, harmonizando internamente alguns aspetos essenciais da tramitação.

Relativamente à segunda situação, isto é, às situações em que num momento posterior à apresentação da reclamação de consumo, o consumidor tem conhecimento de factos suscetíveis de conduzir à alteração ou ampliação do pedido

.....

¹³ Artigo 4.º, n.º 1 da Lei 144/2015, de 08 de setembro.

e da causa de pedir, o Dr. Fernando Viana posiciona-se no sentido de que – baseando-se no preceituado no artigo 33.º, n.º 3 da LAV¹⁴ e tomando em consideração que estamos perante uma forma de resolução alternativa de litígios, intrinsecamente informal - o juiz árbitro, no momento da audiência de arbitragem, deve assumir um papel ativo e participativo na fixação do objeto do litígio, desde que tal não perturbe consideravelmente a instância e a celeridade do processo.

Sara Lopes Ferreira, dando o seu contributo para a reflexão, acrescenta que, se é verdade que o artigo 33.º, n.º 3 da LAV possibilita às partes, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição inicial ou a sua contestação, não podemos esquecer os princípios da igualdade das partes e do contraditório, consagrados no artigo 30.º, n.º 1 da LAV.

Assim sendo, os juízes árbitros devem auxiliar o consumidor a expressar juridicamente a sua pretensão e devem fazê-lo, precisamente, porque a sua atuação tem de ser imparcial.

Além disso, do mesmo modo que o juiz árbitro não deve cercear a possibilidade de o consumidor alterar ou ampliar a causa de pedir ou o pedido, devendo, no entanto, acautelar as garantias processuais do profissional que terá de ser tratado de forma igualitária, dando-lhe a possibilidade de se pronunciar sobre a alteração do pedido e/ou da causa de pedir.

Maria José Capelo rubrica este argumento, esclarecendo que, embora não seja dito expressamente no artigo 33.º, n.º 3 da LAV, a alteração da petição inicial ou da contestação tem necessariamente de implicar a observância do princípio do contraditório. Pelo que, sempre que há alteração do conteú-

.....
¹⁴ No artigo 33.º, n.º 3 da Lei da Arbitragem Voluntária pode ler-se: "Salvo convenção das partes em contrário, qualquer delas pode, no decurso do processo arbitral, modificar ou completar a sua petição ou a sua contestação, a menos que o tribunal arbitral entenda não dever admitir tal alteração em razão do atraso com que é formulada, sem que para este haja justificação bastante."

do dos articulados, a parte contrária deve sempre ser ouvida no prazo de 10 dias para exercer o direito ao contraditório.

Contribuindo para a reflexão acerca da figura da gestão processual na fixação do objeto da causa, Joana Campos Carvalho acrescenta que a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir tal como foram delimitados em face da reclamação de consumo, deve ser aferida caso a caso à luz de uma ponderação entre princípios fundamentais do processo civil e do processo arbitral.

Por um lado, ao admitirmos que sejam trazidos para a causa factos novos com relevo para a decisão da causa bem como ao se legitimar a alteração do pedido no momento da audiência de julgamento, não podemos ignorar que se beliscam princípios como o da estabilidade da instância, da preclusão e da celeridade. Por outro lado, admitindo a alteração do pedido e da causa de pedir no momento da audiência de julgamento promovem-se o princípio da justa composição dos litígios e o princípio da economia processual.

Com base nesta ponderação, Joana Campos Carvalho tende a defender a prevalência do princípio da justa composição dos litígios e do princípio da economia processual, dando como solução abstrata, ainda que não aplicável a todos os casos, a possibilidade de admissão de novos factos e de novos pedidos até ao momento da decisão arbitral, durante toda a audiência de arbitragem. E, reforça esta ideia afirmando que é nesse sentido que também parece apontar a LAV no seu n.º 3 do artigo 33.º.

Não deixa, ainda, de reiterar que a admissibilidade da flexibilidade na fixação do objeto do litígio, isto é, a estabilização do pedido e da causa de pedir apenas na fase final da audiência de arbitragem tem necessariamente de ser ladeada pelo respeito pelo princípio do contraditório, de molde que, após qualquer alteração à instância deve ser possibilitado à contraparte o exercício do direito de defesa dentro

de um prazo razoável, mesmo que tenha de se suspender a audiência de arbitragem.

A propósito deste repto, Joana Campos Carvalho salienta também a necessidade de destringer as situações em que a iniciativa de aperfeiçoamento da petição inicial e da contestação emerge das próprias partes daquelas em que é o próprio juiz árbitro que toma a iniciativa de convidar as partes a aperfeiçoar a petição inicial ou a contestação, em particular, o convite dirigido ao consumidor de alegar novos factos e até o de formular um novo pedido.

Em síntese, Maria José Capelo começa por reiterar a necessidade de refletirmos acerca da (não) adequação das categorias processuais comuns, mormente, da fixação do objeto do litígio na petição inicial no campo da arbitragem de conflitos de consumo.

Contudo, no que diz respeito ao aperfeiçoamento da petição inicial, regista que poderá ser útil ajustarmos o que de bom consagra o Código de Processo Civil.

Ao abrigo do artigo 590.º, n.º 2, alínea b) e n.º 4 daquele diploma, o juiz deve convidar as partes a aperfeiçoar os articulados, sem que tal atitude belisque a sua imparcialidade. A este propósito, faz notar que quando o juiz convida qualquer uma das partes a aperfeiçoar o respetivo articulado não equaciona se essa parte é a parte mais vulnerável na lide, mas actua com o objetivo de trazer ao processo todo os factos em prol da boa decisão da causa.

Ademais, o n.º 5 do artigo 590.º do Código de Processo Civil expressa que “os factos objeto de esclarecimento, adiamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre a contraditoriedade e prova”.

Crê, assim, que não há obstáculos para que o juiz árbitro convide as partes ao aperfeiçoamento, desde que, respeite os limites impostos pelos princípios do contraditório e da igualdade das partes.

Diferentemente, observa que, nas situações de alteração do pedido, é necessário ter uma maior cautela, não devendo ser admitida a alteração do pedido nos casos em que se revele manifestamente diferente do pedido inicial.

Uma diferente ponderação merecem aqueles casos em que o consumidor é informado, conhece os direitos que lhe assistem e é capaz de formular devidamente o seu pedido, e depois num momento posterior do processo, pretende alterar o pedido. Quer-nos parecer que, em tais casos, as questões da estabilização do objeto do processo e o papel mais interventivo do juiz árbitro não se colocam com a mesma acuidade.

Na reflexão em torno do tema da flexibilização do objeto do litígio, tal como assinala Maria José Capelo, embora o artigo 33.º, n.º 3 da LAV e o artigo 590.º, n.ºs 2 e seguintes do Código de Processo Civil nos possam fornecer algumas pistas úteis de reflexão, importa verdadeiramente ponderar a solução com base numa ideia de adequação da tramitação do processo arbitral às especificidades da causa.

Em seguida, Sara Lopes Ferreira deu-nos conta que, em particular nos casos em que o consumidor não está representado no processo por advogado ou solicitador, os juízes árbitros, no início da audiência de arbitragem, questionam o consumidor sobre se pretende alterar ou aditar factos à reclamação de consumo e se o pedido que nela formulou corresponde efetivamente à sua pretensão. De forma que, em boa verdade, só neste momento, fica delimitado o objeto do litígio e se afirma a estabilidade objetiva da instância.

IV. EFEITOS DA SENTENÇA ARBITRAL PARA O PROFISSIONAL

A prolação da sentença arbitral, na qual o juiz árbitro se pronuncia sobre o mérito da causa, corresponde, por regra, ao termo esperado de um processo arbitral.

Nos termos da LAV, a sentença arbitral, que já não seja suscetível de recurso e de alteração nos termos do artigo 45.º, tem o mesmo carácter obrigatório de que uma sentença de um tribunal estadual transitada em julgado, e a força executiva que uma sentença de um tribunal estadual¹⁵.

Mas, deverá ser assim na arbitragem de conflitos de consumo, em particular na «arbitragem potestativa»?

Uma vez que, o impulso processual na «arbitragem potestativa» é sempre dado pelo consumidor, a sentença arbitral deverá ser vinculativa para ambas as partes?

Em segundo lugar, deverá ser admitida a dedução de pedido reconvenicional pelo profissional, possibilitando-lhe a obtenção de um título executivo, *maxime* nas ações de simples apreciação negativa?

A. A QUESTÃO DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA RECONVENÇÃO NAS AÇÕES DE SIMPLES Apreciação NEGATIVA.

As ações de simples apreciação negativa são aquelas que têm por fim obter unicamente a declaração da inexistência de um direito ou de um facto¹⁶.

Estas ações não são condenatórias, pelo que, não têm força executiva. Poderá o profissional, na posição de demandado, solicitar a condenação do consumidor?

Fernando Viana sustenta que, relativamente à questão da força executiva das sentenças arbitrais nas ações de simples apreciação negativa, é importante considerar que os litígios de consumo se caracterizam pela sua unidirecionalidade, ou seja, que os processos de resolução alternativa de litígios de consumo são sempre iniciados por um consumidor contra um profissional e não vice-versa, *ex vi* artigo 2.º, n.º 2 da Lei RAL.

¹⁵ Artigo 42.º, n.º 7 da Lei da Arbitragem Voluntária.

¹⁶ Artigo 10.º, n.º 3, alínea a) do Código de Processo Civil.

Refere ainda o facto de que grande parte das ações propostas nos tribunais arbitrais são ações de simples apreciação negativa.

Imagine-se que um consumidor propõe uma ação de simples apreciação negativa contra uma entidade prestadora de serviços de telecomunicações, solicitando a declaração de que não deve o montante correspondente a uma determinada fatura e, após a instrução da causa, fica provado que o consumidor deve aquele montante. Em tais casos, a ação de simples apreciação negativa é julgada improcedente.

Será que, em tais casos, o profissional pode formular um pedido reconvenicional, pedindo ao tribunal que o consumidor seja condenado a pagar o montante em dívida?

Fernando Viana aponta que importa tomar em consideração os princípios da economia processual e da eficiência processual, afirmando secundar a posição defendida por Jorge Morais Carvalho, no sentido de a reconvenção dever ser admitida no processo de arbitragem de conflitos do consumo quando estamos perante uma ação de simples apreciação negativa.

Por ser assim, defende que, nas ações de simples apreciação negativa, o profissional deverá ter a oportunidade de alegar e provar a existência do direito ou do facto que o consumidor alega não ser titular (ou não existir) e pedir ao tribunal arbitral a condenação do consumidor, exigindo a prestação de uma coisa ou de um facto.

Maria José Capelo manifestou também a sua concordância com a posição de Jorge Morais Carvalho (e secundada por Fernando Viana).

No entanto, enriquecendo o debate da mesa redonda, Maria José Capelo acrescenta que, além do caso mais paradigmático da admissibilidade do pedido reconvenicional nas ações de simples apreciação negativa, a reconvenção também deverá ser admitida em outras situações. Mas, sempre

com um limite: a admissão da reconvenção deve circunscrever-se a casos específicos e apenas quando o pedido reconvenicional do profissional derive dos factos alegados pelo consumidor na sua reclamação.

Numa posição diametralmente oposta, Sara Lopes Ferreira manifestou discordância face à admissibilidade do pedido reconvenicional, por parte do profissional, nas ações de simples apreciação negativa.

Para fundamentar a sua posição procurou fazer notar que, apesar do artigo 33.º, n.º 4 da LAV admitir a dedução de reconvenção pelo demandado "desde que o seu objeto seja abrangido pela convenção de arbitragem", a verdade é que a Lei RAL coarta a possibilidade de o profissional lançar mão do pedido reconvenicional.

Referiu, para corroborar o seu entendimento, que um dos princípios reitores da resolução alternativa de litígios de consumo é o princípio da unidirecionalidade, pelo que, os tribunais arbitrais de consumo apenas têm competência para dirimir conflitos de consumo quando o procedimento de resolução alternativa de litígios seja iniciado por um consumidor¹⁷.

Ademais, alerta que as ações declarativas de simples apreciação negativa, pela sua própria natureza, nunca geram título executivo, porquanto, nos termos do artigo 703.º, n.º 1, alínea a) do Código de Processo Civil, apenas as sentenças condenatórias constituem título executivo.

Se a ação de simples apreciação negativa é julgada procedente, a sentença limita-se a declarar a inexistência de um direito ou de um facto. Por seu turno, a improcedência da ação de simples apreciação negativa significa apenas que não ficou demonstrada a inexistência do direito ou do facto (significa que não ficou demonstrado a inexistência do crédito).

¹⁷ Artigo 2.º, n.º 2 da Lei 144/2015, de 08 de setembro.

A admitir-se a dedução de um pedido reconvençional pelos profissionais, no caso de ações de simples apreciação negativa, abre-se a possibilidade de os profissionais obterem uma sentença condenatória contra o consumidor suscetível de constituir título executivo.

No entanto, importa lembrar que nos procedimentos de resolução alternativa de litígios, ainda que o consumidor seja alertado do direito de ser acompanhado por advogado ou solicitador, a constituição de mandatário forense não é obrigatória.

Pelo que, admitir a reconvenção e abrir portas à condenação do consumidor nas ações de simples apreciação negativa, acarreta a necessidade de se garantir que os seus interesses jurídicos estão devidamente acautelados.

Além do mais, Sara Lopes Ferreira observa que a admissibilidade da reconvenção pode, em certos casos, converter a arbitragem de conflitos de consumo - forma de resolução alternativa de litígios de consumo - numa forma obrigatória de resolução de tais litígios.

Note-se que, nos termos do artigo 44.º, n.º 2 da LAV, o encerramento do processo arbitral, em virtude da desistência do pedido pelo demandante, depende do consentimento ou, *rectius*, da não oposição à desistência do pedido por parte do demandado.

Ora, se após a dedução da reconvenção pelo profissional – admitindo-se que beneficie de uma instância célere e flexível para resolver em definitivo a questão em litígio –, o consumidor pretender desistir do seu pedido, não se crê que, pelo menos por regra, o profissional aceite a desistência do pedido por parte do consumidor. Com o que, a arbitragem de conflitos de consumo se convolaria numa instância obrigatória.

Seguiu-se a intervenção de Joana Campos Carvalho que, a propósito da possibilidade de admissibilidade de reconven-

ção nas ações de simples apreciação negativa, fez assinalar a necessidade de distinguir dois grupos de situações.

O primeiro grupo prende-se com as situações em que o consumidor pede ao tribunal arbitral a declaração da inexistência de um direito que o reclamado arroga existir e o profissional não manifesta qualquer intenção de reconvir.

Em tais situações parece claro que o juiz árbitro está adstrito aos limites da lide, não podendo prolatar uma decisão de natureza diversa do que lhe foi pedido, não podendo, em particular, proferir *sponte sua* uma decisão de condenação do consumidor, sob pena de violar o princípio do dispositivo.

O segundo grupo – mais discutível – integra, por sua vez, as situações em que o consumidor pede ao tribunal arbitral a declaração da inexistência de um direito ou de um facto que o profissional arroga existir e este, por seu turno, manifesta no processo a intenção de deduzir um pedido reconvenicional, pedindo ao tribunal que o consumidor seja condenado numa prestação (v.g., que seja condenado ao pagamento do montante correspondente à fatura de serviços de telecomunicações).

Nesta constelação de casos, Joana Campos Carvalho mostra-se favorável à admissibilidade do pedido reconvenicional, fundamentando a sua posição em alguns princípios norteadores da arbitragem de conflitos de consumo.

Por um lado, e revelando uma interpretação diferente do princípio da unidirecionalidade observa que este princípio diz respeito, essencialmente, ao momento inicial do procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo, o que significa que se veda a qualquer profissional a prerrogativa de iniciar o procedimento, com o propósito de evitar o “entupimento” dos centros de arbitragem de conflitos de consumo com pedidos emergentes dos profissionais.

Sendo esta a razão subjacente ao princípio da unidirecionalidade, a mesma já não é mobilizável para dar fundamento

à inadmissibilidade do pedido reconvenicional pelo profissional na pendência do procedimento iniciado pelo consumidor. Dito de outro modo, se é plausível vedar aos profissionais o impulso do procedimento de resolução alternativa de litígio de consumo, para que os centros de arbitragem não fiquem sobrecarregados com pedidos dos profissionais, esta mesma razão já não é viável para impedir o profissional de utilizar o mesmo procedimento, que já corre termos por iniciativa do consumidor, para deduzir um pedido reconvenicional.

Acrescenta ainda que, se este princípio, só por si, não coarcta a possibilidade de dedução do pedido reconvenicional pelo profissional, outros há que justificam e até impõem a admissibilidade da reconvenção como os princípios da economia processual e da igualdade.

Por um lado, se o juiz árbitro não admitir o pedido reconvenicional, o profissional iniciará uma nova ação num tribunal judicial, com os custos para o erário público inerentes e com os inconvenientes para o consumidor que isso acarreta. Decorrerá, portanto, um novo processo para decidir uma questão que, no fundo, é a mesma que está a ser discutida no processo arbitral.

Por outro lado, vigora no processo arbitral o princípio da igualdade das partes. Se, no âmbito da «arbitragem potestativa», se permite aos consumidores, por sua opção expressa, a submissão dos conflitos de consumo, de valor igual ou inferior a 5.000€, à apreciação do tribunal arbitral, não permitir aos profissionais - onerados com a sujeição à arbitragem- resolver definitivamente a questão no processo arbitral já pendente, obrigando-os a iniciar um novo processo (judicial) para discutir a mesma questão, traduzir-se-ia num tratamento processual discriminatório negativo do profissional demandado.

Por último, Joana Campos Carvalho mostra-se sensível ao argumento da desproteção jurídica dos consumidores trazido

à mesa redonda por Sara Lopes Ferreira, no sentido de que os consumidores, nomeadamente pelo facto de não estarem representados por advogado ou solicitador, correrem o risco de não serem capazes de se defender de forma adequada.

Destarte, a fítulo de contra-argumento, afirma que está salvaguardada a faculdade de, por sua iniciativa, o juiz árbitro sugerir ao consumidor a constituição de mandatário forense sempre que detete que o mesmo não tem capacidade para defender *per se*.

De todo o modo, e independentemente da constituição, ou não, de mandatário forense, a qual sempre será facultativa, o juiz árbitro sempre deverá atender às eventuais fragilidades das partes ao conduzir o processo, desde que esta gestão não lese o princípio da imparcialidade.

Importa, portanto, que o juiz árbitro tenha sempre presente o dever de adequação da tramitação do processo arbitral às especificidades da causa. Pelo que, se num caso concreto o juiz árbitro entender que a admissibilidade do pedido reconvenicional, deduzido pelo profissional, conduz à preterição de princípios essenciais do processo civil e do processo arbitral (v.g., o princípio da defesa do consumidor por considerar que, de facto, por não estar representado por mandatário forense, não é capaz de defender os seus interesses e direitos), então, não deve admitir o pedido reconvenicional.

SÍNTESE CONCLUSIVA

As páginas precedentes procuraram registar as qualificadas intervenções dos participantes na mesa redonda que, entrançadas em argumentos e contra-argumentos, proporcionaram um profícuo debate sobre importantes questões práticas em matéria de arbitragem de conflitos do consumo, merecendo os nossos maiores agradecimentos.

Logra-se, ora, apresentar uma síntese das principais conclusões alcançadas relativamente a cada uma das questões submetidas à discussão na mesa redonda.

Relativamente à questão de saber se o Código de Processo Civil é subsidiariamente aplicável à arbitragem de conflitos do consumo ou, em termos mais gerais, quais são as regras processuais aplicáveis à arbitragem de conflitos do consumo, conclui-se o seguinte:

- (1) Caso o regulamento de arbitragem do centro de arbitragem competente para dirimir o litígio de consumo em concreto não preveja (ou as partes não acordem sobre a regra do processo adequada para solucionar uma questão processual específica) e a LAV ou outro diploma, mormente a Lei RAL, não contenha norma imperativa sobre a questão, então, o tribunal arbitral pode definir as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera aplicável o Código de Processo Civil.
- (2) Portanto, o tribunal arbitral de consumo deverá definir as regras do processo adequadas às especificidades do caso concreto, o que constitui um corolário da informalidade que caracteriza a arbitragem de conflitos do consumo.
- (3) Não obstante, frisou-se que a arbitragem de conflitos de consumo, pelas suas idiosincrasias, carece de uma regulamentação específica. Regulamentação esta que não encontramos nem na LAV, nem no Código de Processo Civil, que consagram categorias

processuais comuns e genéricas que dificilmente se adequam às especificidades da arbitragem de conflitos de consumo.

Do debate acerca da aplicação da figura da gestão processual na definição do objeto da causa, ou seja, acerca da possibilidade do objeto do litígio de consumo ser fixados ou estabilizados apenas no início da audiência de arbitragem, com base numa ideia flexibilidade procedimental e de modelo cooperativo de processo, resultou, *inter alia*, o seguinte:

- (1) A reclamação de consumo deve ser apresentada através de um formulário próprio, em formato impresso ou digital, de modelo padronizado para todos os centros de arbitragem de conflitos do consumo.
- (2) Ainda que o consumidor seja informado da possibilidade de se fazer representar no processo por advogado ou solicitador – *maxime*, em caso de «arbitragem potestativa» –, o que sucede na maioria dos processos é que o consumidor não é assistido tecnicamente.
- (3) Com efeito, não raro, os formulários de reclamação de consumo apresentados nos centros de arbitragem, quando preenchidos pelos consumidores, expressam de forma pouco rigorosa e, em alguns casos, de forma ininteligível, quer os factos relacionados com a questão de consumo em litígio quer a própria pretensão do consumidor.
- (4) Deu-se conta que em alguns centros de arbitragem de conflitos de consumo, os serviços dos centros de informação de consumo, após a receção e análise das reclamações de consumo, e apercebendo-

-se das dificuldades do consumidor em expressar os factos integrantes da questão de consumo em litígio e em formular o seu pedido - e em virtude da informalidade característica da resolução alternativa de litígios de consumo -, entram em contacto com o consumidor para que este possa, com o seu auxílio, (re)configurar a sua reclamação de consumo. Seguidamente, o procedimento tramita para a fase de mediação com vista à obtenção de um acordo entre as partes.

- (5) Todavia, do debate resultou que estas etapas do procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo não são aplicadas em todos os procedimentos de todos os centros de arbitragem de conflitos do consumo. Pelo que nem sempre o juiz árbitro recebe uma reclamação de consumo ou uma petição inicial elaborada pelos assessores dos centros de arbitragem de conflitos de consumo e, como tal, com uma configuração factual e jurídica mais rigorosa.
- (6) A este propósito, ponderou-se a possibilidade de todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo adotarem um código de boas práticas internas, harmonizando internamente alguns aspetos essenciais da tramitação daquele procedimento.
- (7) Registou-se também que, muitas vezes, no momento da apresentação da reclamação de consumo, o consumidor é capaz de expressar de forma rigorosa e clara o objeto do litígio, mas, num momento posterior, tem conhecimento da relevância de determinado(s) facto(s) suscetíveis de pôr em causa a definição (inicial) do objeto da causa.

- (8) Conclui-se que, nestes dois tipos de situações – as sérias dificuldades na delimitação objetiva do litígio pelo consumidor no momento da apresentação da reclamação de consumo, a ocorrência de factos supervenientes suscetíveis de conduzir à alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir –, deve ser admitida a possibilidade de o objeto do litígio de consumo ser fixado no início da audiência de arbitragem com base numa ideia de flexibilidade procedimental e em prol da economia processual e da justa composição dos litígios.
- (9) No entanto, esta admissibilidade da fixação do objeto da causa na fase final da audiência de arbitragem deve sempre respeitar os limites impostos pelos princípios do contraditório e da igualdade das partes.

The last but not the least, os participantes na mesa redonda foram desafiados a debater o tema dos efeitos da sentença arbitral para o profissional, em particular, a problematizar a admissibilidade da dedução de pedido reconvenicional nas ações de simples apreciação negativa. Deste debate podem apresentar-se as seguintes conclusões:

- (1) Em termos gerais, e independentemente da espécie de ação em causa, registou-se que a dedução de pedido reconvenicional deve ser admitida na arbitragem de conflitos de consumo em casos específicos e apenas quando o pedido reconvenicional do profissional emerge dos factos alegados pelo consumidor na reclamação.
- (2) No que concerne à admissibilidade de dedução de reconvenção pelo profissional nas ações de simples

apreciação negativa, importa distinguir dois grupos de casos:

- a. os casos em que o consumidor pede ao tribunal arbitral a declaração da inexistência de um direito ou de um facto juridicamente relevante que o reclamado arroga existir e o profissional não manifesta qualquer intenção de reconvir.
 - b. as situações em que o consumidor pede ao tribunal arbitral a declaração da inexistência de um direito ou de um facto que o profissional arroga existir e este, por seu turno, manifesta no processo a intenção de deduzir um pedido reconvenicional, pedindo ao tribunal que o consumidor seja condenado numa prestação de coisa ou de facto.
- (3) No primeiro grupo de casos crê-se que o juiz árbitro não pode proferir uma decisão de natureza diversa da que lhe foi pedido, não podendo, em particular, proferir oficiosamente uma decisão de condenação do consumidor, sob pena de violar o princípio do dispositivo.
- (4) No segundo grupo de casos, tende a considerar-se que deverá ser admitida a dedução do pedido reconvenicional pelo profissional, o que se justifica e até é imposto pelos princípios da economia processual e da igualdade das partes.
- (5) Por um lado, se o juiz árbitro não admitir o pedido reconvenicional, o profissional irá propor uma nova ação num tribunal judicial, com os custos para o erário público subjacentes e com os inconvenientes para o consumidor que tal judicialização do litígio

acarreta. Iniciar-se-á, portanto, um novo processo para decidir uma questão que, no fundo, é idêntica àquela que está a ser discutida no processo arbitral, o que concorrerá para o congestionamento da máquina judicial.

- (6) Por outro lado, vigora no processo arbitral o princípio da igualdade das partes. Se, no âmbito da «arbitragem potestativa», se permite aos consumidores, por sua opção expressa, a submissão dos conflitos de consumo, de valor igual ou inferior a 5.000€, à apreciação do tribunal arbitral, não permitir aos profissionais - onerados com a sujeição à arbitragem - resolver definitivamente a questão no processo arbitral já pendente, obrigando-os a iniciar um novo processo (judicial) para discutir a mesma questão, traduzir-se-ia num tratamento processual discriminatório negativo do profissional demandado.
- (7) No entanto, frisou-se que o juiz árbitro tem de ter sempre presente a regra de adequação da tramitação do processo arbitral às especificidades da causa.
- (8) Por ser assim, se num caso concreto, o juiz árbitro entende que a admissibilidade do pedido reconvenicional deduzido pelo profissional conduz à preterição de princípios essenciais do processo civil e do processo arbitral (por exemplo, o princípio da defesa do consumidor por considerar que, por não estar representado por mandatário forense, não é capaz de se defender), então, deve rejeitar o pedido reconvenicional.

ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: NOVAS QUESTÕES PRÁTICAS

Maria José Capelo | Ana Francisca Dias

APRESENTAÇÃO

Em virtude do interesse gerado em torno do Workshop “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, realizado no dia 20 de novembro de 2020, o Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra (CDC/FDUC) regozija-se pela organização e realização de um segundo Workshop, que teve lugar no dia 11 de dezembro de 2020, onde se discutiram novas questões práticas em matéria de arbitragem de conflitos do consumo.

A abertura dos trabalhos contou com a presença da Professora Doutora Sandra Passinhas, Diretora Executiva do CDC/FDUC, da Dra. Sónia Passos, Diretora de Serviços de Comunicação ao Consumidor na Direção-Geral do Consumidor, do Dr. Renato Gonçalves, Subdiretor-geral da Política da Justiça na Direção-Geral da Política de Justiça, da Dra. Ana Paula Fernandes, Diretora do Centro de Arbitragem de Conflitos do Consumo da Região de Coimbra e do Dr. Fernando Viana, Diretor Executivo do CIAB.

A mesa redonda foi moderada pela Professora Doutora Maria José Capelo, Professora na FDUC, e reuniu proveitosas

intervenções, designadamente, da Professora Dra. Joana Campos Carvalho, Professora Convidada na NOVA School of law e da Dra. Sara Lopes Ferreira, advogada, mediadora e juiz árbitra no CIAB que, por certo, constituíram importantes contributos para reflexões futuras em prol da melhoria das regras abstratas da arbitragem de conflitos de consumo.

À semelhança do que foi feito relativamente ao primeiro Workshop, o presente texto visa reduzir a escrito as principais conclusões que brotaram do debate da mesa redonda, desta vez em torno dos temas da fundamentação e da publicidade/confidencialidade das decisões arbitrais.

I. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS

I.1. A FUNDAMENTAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DAS DECISÕES ARBITRAIS

Em regra, o processo arbitral termina com a prolação de uma sentença por um terceiro imparcial – o juiz árbitro - que aprecia e decide o mérito ou o fundo da causa, compondo o litígio de consumo.

Na arbitragem institucionalizada, como é o caso da arbitragem de conflitos do consumo, os centros de arbitragem registam uma padronização dos modelos de sentença arbitral o que proporciona uma harmonização acerca dos elementos essenciais da sentença arbitral.

O dever de fundamentação das sentenças arbitrais emana do artigo 205.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa («CRP»), em conformidade com o qual as “decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas nas formas previstas na lei”.

A fundamentação das decisões dos tribunais é um corolário dos princípios processuais com consagração constitucional, designadamente, do princípio do devido processo. A

fundamentação permite às partes compreender as decisões, assim como facilita a reação contra as mesmas, na medida em que permite às partes uma percepção mais clara dos vícios das decisões, assim se garantindo o direito de defesa.

Com efeito, ademais, a exigência do dever de fundamentação das decisões dos tribunais constitui uma garantia do princípio do Estado de Direito democrático. Através da fundamentação das decisões possibilita-se um controlo das sentenças nas instâncias de recurso e legitima-se o poder jurisdicional.

A Lei da Arbitragem Voluntária (de ora em diante, «LAV») regula de forma ampla a sentença arbitral e no seu artigo 42.º, n.º 3 expressa que “a sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes (...)”.

Na ótica da LAV, portanto, a regra geral assenta no dever de fundamentação das decisões arbitrais. Permitindo-se, porém, duas exceções, casos em que, e em derrogação da exigência constitucional, não se impõe a fundamentação das decisões arbitrais. Tal ocorrerá quando as partes dispensam a fundamentação, o que se poderá justificar, nomeadamente, por razões de confidencialidade e celeridade, como salientou Sara Lopes Ferreira. E, de outra mão, quando esteja em causa uma sentença arbitral de homologação de transação celebrada pelas partes.

Todavia, Joana Campos Carvalho considera que a possibilidade de dispensa da fundamentação da decisão arbitral por acordo das partes não é aplicável aos processos de arbitragem de conflitos de consumo.

Por um lado, porque a própria lógica do sistema a isso conduz, na medida em que, diferentemente do que sucede na arbitragem de conflitos de consumo, na arbitragem em geral estamos perante conflitos entre partes em situação de apa-

rente igualdade, as quais decidem livremente valer-se de um processo privado para resolver o seu litígio.

Por outro lado, o próprio regime da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro (adiante, «Lei RAL») impede essa possibilidade ao exigir, na alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º, que “as partes devem ser notificadas dos resultados do procedimento de RAL, através de suporte duradouro, devendo ainda receber uma declaração que indique as razões em que se baseiam os resultados do procedimento de RAL”.

Ora, se a própria lei exige que seja entregue às partes uma declaração com as razões em que se fundam os resultados do procedimento de RAL, isso significa que aquelas não podem, por acordo, prescindir da fundamentação.

De todo o modo, como sublinharam Maria José Capelo e Sara Lopes Ferreira, a possibilidade de dispensa da fundamentação viola as regras constitucionais.

No que concretamente diz respeito à arbitragem de conflitos de consumo, pese embora a Lei RAL não regule, de forma específica e clara, a sentença arbitral e, em particular, aos requisitos que a mesma deve cumprir, em conformidade com o artigo 15.º do Regulamento Harmonizado de Arbitragem, a sentença arbitral deve, *inter alia*, ser fundamentada.

I.2 A INTENSIDADE DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS: O CRITÉRIO DA INTELIGIBILIDADE COMO CRITÉRIO PADRÃO E OS SEUS EFEITOS AO NÍVEL DA ADMISSIBILIDADE DA ANULAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS

A fundamentação das sentenças arbitrais é, em virtude da teleologia jurídico-constitucional dos princípios processuais e do princípio do Estado de Direito Democrático, um elemento essencial do conteúdo das sentenças arbitrais.

No entanto, o dever de fundamentação das sentenças arbitrais está rodeado por diversas questões controversas, entre

as quais destacamos a problemática em torno da grau de fundamentação exigível.

Como já se fez referência *supra*, a alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º da Lei RAL determina que “as partes devem ser notificadas dos resultados do procedimento de RAL, através de suporte duradouro, devendo ainda receber uma declaração que indique as razões em que se baseiam os resultados do procedimento de RAL”.

Joana Campos Carvalho entende que esta norma impõe que a sentença arbitral deve conter as razões em que se baseia o resultado a que chegou o juiz árbitro. Dito de outra forma, a sentença arbitral deve ser configurada por forma a demonstrar às partes a racionalidade e o exercício argumentativo do juiz árbitro que fundaram a sua convicção e, por conseguinte, fundamentam a decisão arbitral.

Não deixa, porém, de salientar que aquela norma fornece apenas um enquadramento vago acerca do dever de fundamentação, deixando uma margem de discussão sobre qual deverá ser o âmbito de profundidade do dever de fundamentação das sentenças.

Uma parte da doutrina, com respaldo na jurisprudência dominante, tem entendido que o dever de fundamentação das sentenças dos tribunais arbitrais não pode ser conformado com a mesma intensidade ou densidade que é imposta na fundamentação das decisões dos tribunais judiciais, devendo dotar-se as sentenças arbitrais de um maior grau de fundamentação.

Em sentido diverso, há quem entenda que a arbitragem é compaginável com um menor grau de fundamentação ou com uma fundamentação menos detalhada face às sentenças proferidas pelos tribunais judiciais.

A opção por uma das duas concepções referidas não é inócua. A concepção nos termos da qual o processo arbitral é

conciliável com uma fundamentação menos detalhada das sentenças pode ter repercussões ao nível da admissibilidade da anulação da sentença arbitral, junto do tribunal judicial competente, com base na falta de fundamentação da sentença, ao abrigo do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), vi), como alertou Sara Lopes Ferreira.

Com efeito, quem defende uma fundamentação de facto e de direito menos robusta, tende a considerar que a anulação de uma sentença arbitral com base na falta de fundamentação se circunscreve às situações em que não são enunciadas quaisquer razões que fundamentam.

Por conseguinte, a sentença arbitral considerar-se-ia fundamentada sempre que fosse possível entender o simples raciocínio do juiz árbitro, mesmo que a motivação da decisão ou a argumentação do juiz árbitro fosse deficiente, obscura, contraditória ou errónea, casos em que não se justificaria a anulação da sentença arbitral¹.

No entanto, do debate – com particular destaque para a intervenção de Joana Campos Carvalho e secundada por Maria José Capelo – firmou-se uma posição de rejeição face a este entendimento.

Ao não se equiparar as hipóteses de fundamentação deficiente, obscura, contraditória ou errónea das sentenças arbitrais às situações de ausência total de fundamentação para efeitos de anulação, significa admitir uma fundamentação meramente formal, que golpeia o próprio desígnio do dever de fundamentação: demonstrar às partes que a decisão proferida traduz a solução justa e adequada para dirimir o litígio.

Por ser assim, do debate ficou vincada a posição, convincentemente defendida por Joana Campos Carvalho, nos

¹ Esta é, aliás, a posição seguida de perto pela jurisprudência. Isto é, a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal de Justiça, tende a considerar que a mera insuficiência de fundamentação não constitui fundamento da anulação das decisões arbitrais.

termos da qual o critério a adotar na fundamentação da decisão arbitral é o critério da inteligibilidade da decisão arbitral pelas partes. As partes têm de conseguir compreender a motivação da decisão dos tribunais arbitrais.

Com efeito, a sentença arbitral padece de um vício de fundamentação sempre que a argumentação do juiz árbitro, isto é, a motivação da decisão arbitral seja ininteligível ou incompreensível pelas partes.

Sem prescindir da ideia de que a fundamentação adequada é aquela que permite às partes a compreensão do conteúdo da sentença arbitral, critério que sempre deverá nortear a atividade jurisdicional no momento da fundamentação, Joana Campos Carvalho acrescenta que, nos casos em que a decisão arbitral é suscetível de recurso, há um elemento adicional que é necessário ter em conta.

Isto é, o juiz árbitro deverá demonstrar o seu raciocínio e as razões em que se baseia, não só para que tal seja compreendido pelas partes, mas também para que esse raciocínio e essa motivação possam ser objeto de reapreciação pelo tribunal superior competente.

Maria José Capelo manifesta concordância com a posição perfilhada por Joana Campos Carvalho, distinguindo, em conformidade, uma legitimação interna do poder jurisdicional para os casos em que a decisão arbitral não é suscetível de recurso – ou seja, a fundamentação da decisão arbitral deve atender essencialmente à necessidade de compreensão do respetivo conteúdo pelas partes e uma legitimação externa do poder jurisdicional para os casos em que existe a possibilidade de interposição de recurso da decisão arbitral, de tal modo que na sua tarefa de fundamentação o juiz árbitro deve considerar este critério adicional. Apela-se, por conseguinte, a uma ideia de adequação da fundamentação da decisão às especificidades do caso concreto.

No entanto, Joana Campos Carvalho apelou ainda ao dever de o juiz árbitro atender a uma terceira categoria ao fundamentar a decisão: o público em geral, isto é, o juiz árbitro sempre que elabora e fundamenta uma decisão arbitral tem de a fundamentá-la também para a sociedade.

Desde logo, pelo facto de a arbitragem de conflitos de consumo ter de ser credível e, para tanto, é necessário que as decisões arbitrais sejam apreciadas e compreendidas pela sociedade em geral e que esta possa verificar que o direito do consumo é bem aplicado.

Acerca do tema da fundamentação da decisão arbitral, Sara Lopes Ferreira, concordando com a linha de pensamento de Joana Campos Carvalho, invoca o artigo 9.º do Código de Processo Civil («CPC»), que considera aplicável à arbitragem de conflitos do consumo.

Assiste-se hoje ao afastamento da linguagem prolixa, pretendendo-se a utilização de uma linguagem simples, acessível e perceptível pelo leitor, por forma a garantir que a decisão arbitral e a respetiva fundamentação sejam inteligíveis.

II. PUBLICIDADE OU CONFIDENCIALIDADE DAS DECISÕES ARBITRAIS

Na segunda parte da mesa redonda, a Prof. Doutora Maria José Capelo desafiou os participantes a discutir a questão da confidencialidade versus publicidade das decisões arbitrais.

O debate iniciou-se com a intervenção de Joana Campos Carvalho que começou por alertar que a Lei RAL é omissa quanto à questão da publicidade ou confidencialidade dos procedimentos de RAL, pelo que, no que respeita à arbitragem, temos de observar o disposto na LAV, dada a sua aplicação subsidiária.

O artigo 30.º, n.º 5, da LAV preceitua que “os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com

caráter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os atos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de atos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”.

Deste preceito legal resulta que, em regra, nos processos arbitrais impera o princípio da confidencialidade.

Como salientou Joana Campos Carvalho, o princípio da confidencialidade é um princípio transversal e fundamental na arbitragem, em virtude da sua natureza privada, a que as partes podem recorrer, precisamente para que o litígio entre elas não fique submetido à publicidade característica dos processos judiciais.

Não obstante, o n.º 6 do artigo 30.º da LAV estipula que a regra da confidencialidade prevista no n.º 5 do artigo 30.º do mesmo diploma “não impede a publicação de sentenças e outras decisões do tribunal arbitral, expurgadas de elementos de identificação das partes, salvo se qualquer destas se opuser”.

Assim sendo, a publicitação das sentenças arbitrais é, sem prejuízo da regra da confidencialidade, permitida, desde que (i) sejam expurgados todos os elementos que possibilitem a identificação das partes e (ii) as partes não se oponham.

Contudo, a Prof. Dra. Joana Campos Carvalho afirma que, se esta regra faz sentido na arbitragem em geral, dado que, a confidencialidade das decisões arbitrais pode ser a razão de as partes decidirem resolver o seu litígio através da arbitragem, o mesmo já não se poderá dizer relativamente à arbitragem de conflitos de consumo.

A ilustre académica salienta que a publicitação das sentenças arbitrais é particularmente relevante em sede do direi-

to do consumo, justificando-se por um conjunto de desígnios específicos.

Em primeiro lugar, considerando o pequeno valor dos litígios de consumo, a arbitragem pode ser a única alternativa para o consumidor fazer valer os seus direitos. Por ser assim, a publicitação das decisões dos tribunais arbitrais de consumo assume uma acuidade particular.

Se na arbitragem comercial faz sentido que o tribunal arbitral solicite a autorização das partes para a publicação da decisão, em conformidade com o artigo 30.º, n.º 6 da LAV, o mesmo entendimento não pode prevalecer relativamente à arbitragem de conflitos do consumo. Na arbitragem de conflitos de consumo a regra deverá ser a da publicitação das sentenças arbitrais, sem prejuízo de as partes se puderem opor à publicitação, desde que fundamentada e por sua iniciativa, não devendo o tribunal arbitral solicitar a sua autorização.

Em segundo lugar, o artigo 14.º, n.º 1, alínea a) da Lei RAL - norma que resulta da transposição da Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios -, determina que nos procedimentos de arbitragem "a solução imposta não pode privar o consumidor da proteção que lhe é facultada pelas disposições injuntivas da legislação do Estado membro em que o consumidor e o fornecedor de bens ou prestador de serviços tenham a sua residência habitual".

Ora, este preceito legal impõe a necessidade de ser controlada a aplicação das disposições imperativas de proteção dos consumidores pelos tribunais arbitrais, pelo que, a publicitação das decisões arbitrais de consumo reveste uma importância particular.

Em terceiro lugar, dá nota de que a publicitação das decisões arbitrais assume um papel relevante ao nível académico, permitindo o avanço da ciência. Isto é, as decisões arbitrais constituem

um importante elemento de estudo, permitindo o desenvolvimento do conhecimento em matéria de arbitragem.

Em quarto lugar, evidenciou que a publicitação das decisões arbitrais é um veículo promotor da uniformização jurisprudencial, ou seja, é importante que os julgadores tenham acesso às decisões dos seus pares por forma a assegurar a uniformidade das decisões arbitrais. Isto não significa, naturalmente, a vinculação dos juízes árbitros às decisões anteriores – porquanto, não vigora em Portugal o regime dos precedentes –, no entanto, o conhecimento dessas decisões pode ser um auxílio para os julgadores no alcance de uma decisão justa e adequada para o caso concreto.

Por último, salientou a importância da publicitação das decisões arbitrais para que as pessoas tenham acesso às decisões dos tribunais e, através delas, conheçam e compreendam o Direito.

A publicitação das decisões arbitrais terá assim, como afirma Maria José Capelo, um efeito informativo/pedagógico para os consumidores, a par de um efeito dissuasor de atos contrários ao Direito por parte do profissional.

Correlativamente, atendendo à função de ordenação social das normas jurídicas, o seu conhecimento pelo público em geral pode orientar os seus comportamentos futuros enquanto consumidores. Chamando-se, por ser assim, à colação a ideia de segurança e certeza jurídica proporcionada pelo acesso às decisões dos tribunais.

A propósito da publicidade das decisões arbitrais de consumo, Fernando Viana interveio, afirmando que a Lei RAL contém uma norma relativamente à publicidade das sentenças arbitrais, pese embora se trate de uma norma que estabelece um patamar mínimo de informação: o artigo 6.º, n.º 1, alínea h) determina que as entidades de resolução alterna-

tiva de litígios são obrigadas a “disponibilizar no seu sítio da Internet (...) o resumo das decisões arbitrais proferidas”.

No entendimento de Fernando Viana, e reiterando a ideia anteriormente transmitida por Joana Campos Carvalho, esta norma tem como objetivo controlar o cumprimento, pelos tribunais arbitrais, das normas imperativas de proteção dos direitos dos consumidores pelos tribunais arbitrais.

Ademais, alerta que já foram celebrados protocolos com as entidades reguladoras, ao abrigo dos quais os centros de arbitragem se obrigam a disponibilizar no seu sítio da Internet a cópia integral das decisões arbitrais².

Assim, por um lado, quer a vinculação por força dos protocolos, quer a obrigatoriedade de disponibilizar um sumário das decisões arbitrais, parece contradizer a regra da confidencialidade do procedimento de arbitragem, por força da aplicação do artigo 30.º, n.º 5 da LAV. Por outro lado, existe um parecer da Direção-Geral da Política de Justiça, no sentido de que a publicitação das decisões arbitrais só é admitida mediante a autorização das partes³.

Conquanto seja defensor do princípio da publicidade das decisões arbitrais, observa alguma incerteza ou obscuridade – motivada pelo quadro legal vigente - quanto à possibilidade de publicitação das sentenças arbitrais.

Neste quadro, Fernando Viana recomenda a alteração do artigo 6.º, n.º 1, alínea h) da Lei RAL e propõe uma fórmula

.....
² Reconhece-se que o acesso apenas a um sumário das decisões arbitrais pode ser enganoso. Ainda que os sumários sejam muito bem elaborados, o consumidor pode ficar com uma ideia errada ou enviesada do sentido da sentença ou da factualidade subjacente ao litígio.

³ Fernando Viana partilhou a experiência do CIAB, explicando que no momento da notificação da sentença arbitral às partes, é fixado um prazo dentro do qual as partes se poderão opor à publicação integral da sentença arbitral expurgados todos os elementos de identificação das partes. Caso as partes não se oponham à publicitação dentro do prazo, as sentenças são publicadas no sítio da Internet do CIAB.

idêntica à consagrada no artigo 185.º-B do Código de Processo dos Tribunais Administrativos, nos termos do qual: "1- As decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça. 2- As decisões arbitrais apenas podem ser executadas depois de depositadas, pelo tribunal arbitral, devidamente expurgadas de quaisquer elementos suscetíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito, junto do Ministério da Justiça para publicação informática, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça".

Após esta troca de ideias, ficou patente a unanimidade dos oradores relativamente à consagração do princípio da publicidade das decisões arbitrais de consumo.

Como tal, Maria José Capelo dá um salto adiante, lançando um novo desafio aos participantes: "Publicidade sim. Mas aonde?".

Joana Campos Carvalho entende que as decisões arbitrais deveriam ser publicitadas, à semelhança das decisões dos tribunais judiciais e dos julgados de paz, nas bases de dados jurídicas disponibilizadas pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos de Justiça (www.dgsi.pt), mediante a criação de um separador autónomo para os centros de arbitragem de consumo.

Por sua vez, Sara Lopes Ferreira admite que, ainda que venha a ser permitida a publicação das decisões arbitrais nas bases de dados jurídicas centralizadas, seria importante que os tribunais arbitrais mantivessem a publicação das decisões por eles proferidas nos seus próprios sítios da Internet.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Finda a mesa redonda do *Workshop Arbitragem de conflitos do consumo: Novas questões práticas*, propomo-nos a

apresentar uma breve síntese conclusiva acerca das questões discutidas.

Relativamente à questão da fundamentação das decisões arbitrais, dir-se-á o seguinte:

- (1) O dever de fundamentação das sentenças arbitrais emana do artigo 205.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa («CRP»), em conformidade com o qual as “decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas nas formas previstas na lei”.
- (2) A exigência constitucional da fundamentação das decisões proferidas pelos tribunais baseia-se em razões de várias ordens:
 - a. permite às partes compreender as decisões dos tribunais;
 - b. facilita a reação das partes contra as decisões dos tribunais, na medida em que permite às partes uma perceção mais clara dos vícios das decisões;
 - c. possibilita um controlo das sentenças pelos tribunais superiores;
 - d. é fundamental para legitimar as próprias decisões dos tribunais e o poder jurisdicional.
- (3) A fundamentação é um elemento essencial das decisões arbitrais, não devendo ser admitida a sua dispensa por acordo das partes nos processos de arbitragem de consumo, à semelhança do que sucede na arbitragem genérica, porquanto:
 - a. diferentemente do que sucede na arbitragem de conflitos de consumo, na arbitragem em geral estamos perante conflitos entre partes que estão em situação de aparente igualdade, as

- quais decidem livremente valer-se de um processo privado para resolver o seu litígio;
- b. o próprio regime da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro (adiante, «Lei RAL») impede essa possibilidade ao exigir, na alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º, que “as partes devem ser notificadas dos resultados do procedimento de RAL, através de suporte duradouro, devendo ainda receber uma declaração que indique as razões em que se baseiam os resultados do procedimento de RAL”;
 - c. a possibilidade de dispensa da fundamentação da decisão arbitral violará as exigências constitucionais de fundamentação das decisões dos tribunais.
- (4) A alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º da Lei RAL determina que a sentença arbitral deve ser configurada por forma a demonstrar às partes a racionalidade e o exercício argumentativo do juiz árbitro, que alicerçaram a sua convicção, e, por conseguinte, fundamentam a decisão arbitral.
- (5) O dever de fundamentação das decisões arbitrais visa primordialmente demonstrar às partes que a decisão proferida traduz a solução justa e adequada para dirimir o litígio.
- (6) Por conseguinte, na fundamentação da decisão arbitral deve adotar-se o critério da inteligibilidade da decisão arbitral pelas partes, ou seja, estas têm de conseguir compreender a motivação da decisão dos tribunais arbitrais.
- (7) De tal modo que, dever-se-á considerar que a sentença arbitral padece de um vício de fundamenta-

ção sempre que a motivação da decisão arbitral seja ininteligível ou incompreensível pelas partes.

No que diz respeito à questão de saber se deverá prevalecer o princípio da publicidade ou da confidencialidade relativamente às decisões arbitrais de consumo, concluiu-se que:

- (1) É necessário distinguir a confidencialidade do procedimento de arbitragem da publicitação das decisões arbitrais.
- (2) A publicitação das sentenças arbitrais deve ser a regra nos processos de arbitragem do consumo dada a sua particular relevância, em virtude de um conjunto de fatores:
 - a. atendendo ao pequeno valor dos litígios de consumo, a arbitragem pode ser a única alternativa para o consumidor fazer valer os seus direitos, de tal forma que os tribunais arbitrais são o único meio de efetivação das normas de proteção dos direitos dos consumidores;
 - b. o artigo 14.º, n.º 1, alínea a) da Lei RAL impõe a necessidade de controlar a aplicação das disposições imperativas de proteção dos consumidores pelos tribunais arbitrais;
 - c. permite o avanço da ciência. na medida em que as decisões arbitrais constituem um importante elemento de estudo, ao desenvolver o conhecimento em matéria de arbitragem.
 - d. promove a uniformidade das decisões arbitrais e a certeza e a segurança jurídica;
 - e. tem um importante efeito informativo para os consumidores e um efeito dissuasor relativa-

mente a condutas contrárias ao Direito por parte dos profissionais.

- (3) As decisões arbitrais devem ser publicitadas, à semelhança das decisões dos tribunais judiciais e dos julgados de paz, nas bases de dados jurídicas disponibilizadas pelo Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos de Justiça em www.dgsi.pt, mediante a criação de um separador autónomo para os centros de arbitragem de consumo.
- (4) Não obstante, deverá admitir-se que os tribunais arbitrais mantenham a publicidade das decisões por si proferidas nos seus próprios sítios da Internet.

OS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DE TRANSPORTE AÉREO ANTES E DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

*Maria Luiza Baillo Targa **

SUMÁRIO

Introdução – I. A regulamentação dos direitos dos passageiros antes da pandemia – A) No Brasil – B) Em Portugal – II. A regulamentação dos direitos dos passageiros durante a pandemia – A) No Brasil – B) Em Portugal – Considerações finais – Referências bibliográficas.

RESUMO

o presente trabalho, valendo-se do método de estudo do direito comparado, realiza uma análise comparativa entre a regulamentação dos direitos dos passageiros de transporte aéreo nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro com o fim de averiguar as semelhanças e as diferenças entre ambos. Em um primeiro momento,

* Doutoranda e Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université Savoie Mont Blanc, Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS, Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Advogada, contato: mlbtarga@gmail.com

tal comparação é realizada em um cenário anterior à pandemia da Covid-19 e a crise econômica decorrente da sua rápida propagação e da necessidade de adoção de medidas para atenuar sua proliferação. E, em um segundo momento, diante do impacto sem precedentes desta crise no setor aéreo em virtude da orientação ou imposição de medidas de distanciamento social e de fechamento temporário de fronteiras, realiza-se uma comparação entre as ações adotadas por ambos os países e pela União Europeia, por ser Portugal seu país-membro, para mitigar os prejuízos sofridos pelo setor, bem como examina-se eventuais impactos dessas providências sobre os direitos dos passageiros.

PALAVRAS-CHAVE

Transporte aéreo. Direitos dos passageiros. Direito comparado. Brasil. Portugal. Covid-19.

ABSTRACT

Ce travail, en utilisant la méthode d'étude de droit comparé, réalise une analyse comparative entre la réglementation des droits des passagers du transport aérien dans les systèmes juridiques portugais et brésilien afin d'étudier les similitudes et les différences entre eux. Dans un premier moment, cette comparaison est effectuée dans un scénario antérieur à la pandémie de Covid-19 et à la crise économique résultant de sa propagation rapide et du besoin d'adopter des mesures pour atténuer sa prolifération. Et, deuxièmement, compte tenu l'impact sans précédent de cette crise sur le secteur aérien en raison de l'orientation ou de l'imposition de mesures de distance physique et de fermeture temporaire des frontières, une comparaison est faite entre les actions adoptées par les deux pays, et par l'Union européenne puisque Portugal est leur pays membre, pour atténuer les dommages subis par le secteur, ainsi que l'examen des impacts possibles de ces mesures sur les droits des passagers.

MOTS-CLÉS

Transport aérien. Droits des passagers. Droit comparé. Brésil. Portugal. Covid-19.

INTRODUÇÃO

O método de estudo do direito comparado, no atual contexto pós-moderno¹ e globalizado, marcado pela pluralidade de normas e pela necessidade de sua coexistência tanto nos âmbitos nacionais como transnacionais, ganha relevante destaque, pois possibilita ao aplicador do direito consolidar o conhecimento da lei e compreendê-la no contexto em que foi criada, bem como aperfeiçoar e compreender o seu direito nacional por meio da comparação² entre sistemas jurídicos diversos³. Ademais, permite a análise crítica da legislação nacional e uma melhor colaboração entre as nações⁴, pois, como aponta Jayme, o direito sofre influências tanto do desenvolvimento da sociedade em que está inserido quanto da comunidade internacional⁵.

.....
¹ O fenômeno pós-moderno com enfoque jurídico pode ser identificado por vários fatores: o primeiro é a globalização, a ideia de unidade mundial, de linguagem global, de economia globalizada e mercado uno. A par dessa unidade mundial, aos Estados compete buscar, para uma crescente unificação do direito, a conservação da identidade cultural para proteger e garantir a sua personalidade individual. No que concerne aos sujeitos pós-modernos, reconhece-se um pluralismo, intensificado pela valorização dos direitos humanos e das liberdades. Como decorrência do pluralismo, há uma abundância de proteção legislativa (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do consumidor: direito material e processual*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016. p. 5-9).

² Fumichon assinala que o exemplo do vizinho é motor poderoso na criação do direito, e que o mimetismo é um comportamento frequente do legislador (FUMICHON, Bruno de Loynes. Introduction au droit comparé. *Journal de Droit Compare Du Pacifique*. v. II, 2013, p. 8-18, p. 8).

³ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudentia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes*. Juína, ano 2, n. 3, jan-jun, p. 9-46. 2013, p. 38.

⁴ SARFATTI, Mario. Le droit comparé en fonction de l'unification du droit. *Revue internationale de droit comparé*. V. 3, n. 1, jan-mar 1951, p. 69-74, p. 71.

⁵ JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *CADERNOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDir./UFRGS: seleção de textos da obra de Erik Jayme*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003, p. 106.

Nesse contexto, o estudo de direito comparado da regulamentação do transporte aéreo de passageiros e dos direitos que lhes são assegurados é deveras importante na medida em que tal modalidade de transporte é essencial à sociedade contemporânea ao permitir o percurso célere de grandes distâncias e por ter caráter transfronteiriço, fato que impõe a necessidade de que a matéria seja regulada de forma semelhante pelos países a fim de que se assegure um patamar mínimo de direitos aos passageiros e de regras a serem respeitadas pelas companhias aéreas sem, contudo, deixar de se observar eventuais peculiaridades locais.

A importância de tal análise é ainda mais evidente em decorrência da crise mundial que assola o setor de transporte aéreo advinda com a pandemia da Covid-19⁶, como consequência das medidas de contenção da doença adotadas por governos dos mais diversos países, em especial, o fechamento provisório de fronteiras e a restrição de circulação de pessoas⁷ através da implementação de medidas de distanciamento social e de *lockdowns*⁸. Nesse sentido, a verificação de como os países estão enfrentando a crise e, em meio a ela, assegurando os direitos dos passageiros, é relevante para que se compartilhem experiências e resultados positivos e negativos.

.....

⁶ A disseminação da Covid-19 por todos os continentes foi tão rápida que reconheceu-se que a enfermidade poderia ser caracterizada como uma pandemia (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. WHO. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 08 nov. 2020).

⁷ TARGA, Maria Luiza Baillo; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, maio-jun. 2020, p. 77-78.

⁸ CORONAVIRUS: The world in lockdown in maps and charts. BBC, Londres, 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-52103747>. Acesso em: 08 nov. 2020.

A escolha pela comparação de sistemas jurídicos brasileiro e português decorre do fato de que ambos possuem uma raiz comum, uma vez que o direito brasileiro, por questões linguísticas, históricas⁹ e culturais, foi bastante influenciado pelo direito português¹⁰. Todavia, apesar das semelhanças de outrora, hoje constituem-se ordenamentos jurídicos distintos, dotados de peculiaridades atinentes às respectivas realidades nacionais. E o direito português tem, ainda, a particularidade de aplicar o direito oriundo da União Europeia por ser um de seus membros.

Em virtude, pois, da relevância do tema e do interesse na análise das semelhanças e diferenças entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro sobre a matéria, o presente trabalho propõe, em um primeiro momento, a análise comparativa da regulamentação do transporte aéreo e os direitos dos passageiros em um cenário pré-pandemia e, em um segundo momento, a análise das medidas adotadas pelo Brasil, por Portugal e pela União Europeia para amenizar a crise que assola o setor aéreo, bem como a verificação de eventuais relativizações dos direitos dos passageiros.

.....

⁹ A título exemplificativo, mesmo após a Independência do Brasil, em 1822, permaneceram em vigor as Ordenações do Reino e demais fontes de direito promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, por força da Lei de 20 de outubro de 1823 (BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. *Câmara dos Deputados*. https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anteriora1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 08 nov. 2020).

¹⁰ “O pertencimento a uma mesma tradição cultural fez com que o Brasil se mantivesse próximo, entre os vários sistemas da família romano-germânica, aos europeus, como Portugal, França, Alemanha e Itália” (MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 1000 fev/2019, p. 157-190, 2019, p. 174).

I. A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS PASSAGEIROS ANTES DA PANDEMIA

O transporte aéreo por meio de aviões se desenvolveu a partir do século XX e ganhou relevância jurídica após a expansão comercial da aviação civil¹¹. De forma precursora, em 1901, Fauchille elaborou um projeto de regulamentação do espaço aéreo¹², considerado o primeiro esforço diplomático para formular princípios de direito internacional relativos à navegação aérea¹³. A partir de 1910, ano em que realizada a primeira Conferência Internacional de Navegação Aérea¹⁴, realizaram-se outras conferências internacionais que tinham como o fim regulamentar a matéria no âmbito internacional. Com a crescente expansão da indústria do transporte aéreo, os países passaram, também, a regulamentar a matéria no âmbito nacional. A seguir, serão analisadas as principais normas que disciplinam o transporte aéreo e os direitos dos passageiros no Brasil e em Portugal.

A) NO BRASIL

A aviação civil comercial brasileira foi inaugurada em 1927 com o surgimento das duas primeiras companhias aéreas nacionais¹⁵, mas, dois anos antes, o país já havia participado da

¹¹ TARGA, Maria Luiza Baillo. Responsabilidade civil nos contratos de transporte aéreo internacional: da uniformização à harmonização das legislações aplicáveis. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, v. 110, n. 2, p. 213-233, jan-jun.2019, p. 213.

¹² CRETELLA NETO, José. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1015.

¹³ BARTSCH, Ronald I. C. *International Aviation Law: a practical guide*. Nova Iorque: Routledge, 2016, p. 8.

¹⁴ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *The Paris Convention of 1910: The path to internationalism*. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1910_the_paris_convention.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹⁵ A Viação Aérea Rio-Grandense e a Sindicato Condor (REDAÇÃO AVIAÇÃO BRASIL. Sindicato Condor (Brasil). *Aviação Brasil*. Disponível em: <https://>

primeira Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo e, naquele mesmo ano, teve início a regulamentação do direito aeronáutico por meio da Lei nº 4.911¹⁶.

A regulamentação do transporte aéreo propriamente dita teve início a partir da promulgação do Decreto nº 20.704/31, responsável pela incorporação ao ordenamento jurídico da Convenção de Varsóvia, concluída pela segunda Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo, a qual regula questões atinentes ao transporte aéreo internacional¹⁷ de pessoas, bagagens e mercadorias, e estabelece a responsabilidade do transportador aéreo ao disciplinar os danos ocasionados por atraso, morte, ferimento ou lesão corporal sofrida pelo viajante, e por destruição, perda ou avaria de bagagem ou mercadoria, fixando limites indenizatórios máximos a serem alcançados a quem sofrer o dano¹⁸.

A partir do crescente desenvolvimento da indústria da aviação civil brasileira, promulgou-se o Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei nº 483/1938), que passou a regulamentar o

.....
aviacaobrasil.com.br/ sindicato_condor_brasil/. Acesso em: 08 nov. 2020).

¹⁶ Vide artigo 19 (BRASIL. Lei nº 4.911, de 12 de janeiro de 1925. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-4911-12-janeiro-1925-565565-publicacaooriginal-89335-pl.html>. Acesso em: 08 nov. 2020).

¹⁷ Segundo o artigo 1, 2, é internacional o transporte em que o ponto de partida e o ponto do destino estejam situados no território de dois países signatários ou no de uma só, havendo escala em território de país terceiro, seja ou não signatário (BRASIL. Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 08 nov. 2020).

¹⁸ As indenizações estão fixadas no artigo 22. São elas: (a) 125.000 francos por passageiro no transporte de pessoas; (b) 250 francos por quilograma no transporte de mercadorias ou nos casos de bagagem despachada, salvo se realizada prévia declaração especial de interesse na entrega, caso em que a indenização equivaleria à exata importância declarada; e (c) 5.000 francos por passageiro em relação aos objetos sob a guarda do viajante (BRASIL. Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 08 nov. 2020).

transporte aéreo realizado em território nacional¹⁹. Foi posteriormente revogado pelo Decreto-lei nº 32/1966²⁰, que, por sua vez, foi substituído pelo Código Brasileiro da Aeronáutica (CBA), Lei nº 7.565/1986. As três normas, dentre outras disposições, nos mesmos moldes da Convenção de Varsóvia, fixam limites indenizatórios a determinados danos causados ao passageiro, sua bagagem ou à carga²¹.

Ao longo dos anos, outras convenções internacionais foram ratificadas pelo Brasil, tais como a Convenção de Chicago (1946)²² e a Convenção sobre os Danos Causados a terceiros na Superfície por Aeronaves Estrangeiras (1963)²³, e, também, foram expedidas normas e regulamentos que disciplinam questões técnicas do transporte aéreo²⁴.

.....
¹⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 483, de 8 de junho de 1938. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1937-1946/Del0483.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 32, de 18 de novembro de 1966. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/Del0032.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

²¹ O CBA fixa tais limites em Obrigações do Tesouro Nacional (OTN), títulos de dívida pública emitidos no Brasil entre 1986 e 1989 (BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. *Planalto*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565_compilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2020).

²² Em meados de 1943, os Estados Unidos iniciaram estudos sobre os problemas da aviação civil para que estes fossem enfrentados em escala internacional a fim de permitir o uso da aviação como um dos elementos no desenvolvimento econômico mundial. Em 1944, realizou-se a Conferência Internacional de Aviação Civil na cidade de Chicago, cujo objetivo principal é a cooperação internacional sobre a aviação civil (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *History: The beginning*. Disponível em: https://www.icao.int/EURNAT/Pages/HISTORY/history_1910.aspx. Acesso em 08 nov. 2020).

²³ A convenção teve como finalidade assegurar indenização equitativa a quem sofresse danos causados na superfície por aeronaves estrangeiras (BRASIL. Decreto nº 52.019, de 20 de maio de 1963. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52019-20-maio-1963-391861-publicacao-original-1-pe.html>. Acesso em: 08 nov. 2020).

²⁴ A lista da legislação aplicável ao setor está disponível aqui: BRASIL. Legislação. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao>. Acesso em: 08 nov. 2020.

De todo modo, as principais normas relativas aos direitos dos passageiros eram a Convenção de Varsóvia e o CBA. Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), os interesses da pessoa humana se tornaram o fundamento e valor-fim da República, e foram consagrados direitos fundamentais inerentes à condição de pessoa humana, dentre eles, o direito à resposta proporcional ao agravo e à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X)²⁵, motivo pelo qual passou-se a se questionar se os limites indenizatórios fixados por tais normas teriam sido recepcionados pela CF/88²⁶.

No mais, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, em virtude de as definições de consumidor²⁷, fornecedor²⁸ e de serviço²⁹ permitirem enqua-

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

²⁶ Os limites indenizatórios fixados pela Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) não foram recepcionados pela CF/88 consoante declarado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Autor: Partido Democrático Trabalhista. Réu: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30 abr. 2009. DJ 5 nov. 2009).

²⁷ O conceito se encontra em quatro disposições: toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º), a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único), as vítimas de dano causado por produto ou serviço (art. 17) e todas as pessoas expostas às práticas comerciais de oferta, publicidade e relativas a banco de dados ou cadastros de consumidores (art. 29) (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2020).

²⁸ Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou de prestação de serviços (art. 3º, *caput*) (*Ibidem*).

²⁹ Qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (artigo 3º, §2º) (*Ibidem*).

drar o transporte aéreo de pessoas³⁰ como uma relação de consumo³¹, passou-se a aplicar as suas disposições em prol dos passageiros. E, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (CC), que tipificou o contrato de transporte e estabeleceu regras gerais à matéria, as cortes brasileiras passaram a aplicar suas disposições em diálogo com o CDC, afastando-se o CBA. Tais normas são mais benéficas aos passageiros, pois preconizam, como regra geral, o princípio da reparação integral do dano³², dentre outras disposições³³.

Ocorre que, em 2006, o Decreto 5.910 transpôs para o ordenamento interno a Convenção de Montreal, a mais recente atualização da Convenção de Varsóvia, que também tarifa a indenização de certos danos, fixando-os em Direitos

.....
³⁰ A aplicação do CDC aos contratos de transporte aéreo de carga depende da análise circunstancial da situação concreta. A respeito, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.711.866. Agravante: Itaú Seguros S/A. Agravado: Kuehne+Nagel Serviços Logísticos LTDA. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 mar. 2018. Dje 27 mar. 2018.

³¹ Nesse sentido: MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44-46; e MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 496.

³² O CC estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano (art. 944) e refere que, aos contratos de transporte, aplicam-se preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem as disposições do próprio Código Civil (art. 732) (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm. Acesso em: 08 nov. 2020).

³³ O CDC estabelece, como direito básico do consumidor, a efetiva prevenção e reparação de danos (art. 6º, VI) e o *caput* do artigo 7º permite unicamente que, aos direitos que prescreve, sejam somados outros direitos prescritos em outras fontes de direito, ainda que internacionais, ou seja, tal diálogo apenas é permitido para somar direitos. Diante de tais argumentos, os tribunais brasileiros passaram a aplicar o CDC em prol dos passageiros. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 373.872. Recorrente: Compagnie Nationale Air France. Recorridos: AGF Brasil Seguros S/A e Outro. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 24 set. 2002. DJ 09 dez. 2002.

Especiais de Saque (DES)³⁴. Por ser norma posterior e que regulamenta de forma exclusiva a matéria, novamente, surge o impasse acerca da aplicação das normas atinentes ao contrato de transporte aéreo.

No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconhecendo a repercussão geral da matéria, firmou tese no sentido de que as normas e tratados internacionais têm prevalência em relação ao CDC em virtude do que dispõe o artigo 178 da CF/88, o qual assinala que a lei, ao ordenar o transporte internacional, deve observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade³⁵.

A partir da referida decisão, tem-se o seguinte cenário: aos contratos de transporte aéreo nacional aplicam-se as disposições dos diplomas nacionais; aos contratos de transporte aéreo internacional, aplicam-se as Convenções de Varsóvia e Montreal e, subsidiariamente, as normas nacionais; e em ambos os casos, aplicam-se, no que couber, as resoluções da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), autarquia federal a quem compete estabelecer regras para o funcionamento da aviação civil. Tal significa que os direitos do passageiro de transporte aéreo nacional são diversos do passageiro de voo internacional no Brasil.

.....

³⁴ Os limites indenizatórios foram alterados para 100.000 DES por passageiro em caso de morte ou lesão corporal (art. 21, 1); 1.000 DES por passageiro em caso de destruição, perda ou avaria de bagagem, salvo se realizada declaração especial de valor da entrega, caso em que a indenização equivale à importância declarada (art. 22, 2); 17 DES por quilograma em caso de destruição, perda, avaria ou atraso no transporte de carga, salvo declaração especial prévia (art. 22, 3) e 4.150 DES por passageiro em caso de atraso no transporte de pessoas (art. 22, 1) (BRASIL. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 08 nov. 2020).

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia. Leading case: RE 636331. Recorrente: Société Air France. Recorrida: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 jul. 2017, DJe 13 nov. 2017.

De fato, o passageiro de voo nacional possui mais direitos que o passageiro de voo internacional, na medida em que o CDC e o CC asseguram diversos deveres a serem cumpridos pelo transportador, que responde por quaisquer danos de forma objetiva e nos limites da extensão do dano. Ademais, a Resolução nº 400/2016 da ANAC assegura os direitos de reembolso, reacomodação, remarcação e assistência material em caso de preterição de passageiro, atraso, cancelamento ou interrupção do voo³⁶. Outrossim, o prazo para ajuizamento de ações indenizatórias é de cinco anos contados do conhecimento do dano (art. 27, CDC).

Por seu turno, o passageiro de voo internacional, quanto aos danos disciplinados pela Convenção de Montreal, recebe a indenização em até os limites preestabelecidos, ainda que comprove prejuízo maior³⁷. Outrossim, tem até dois anos, a contar da data de chegada ao destino ou do dia em que tal deveria ocorrer, para ajuizar ação indenizatória (art. 35). Quanto aos danos não previstos na Convenção, como, por exemplo, danos morais, *overbooking*, preterição de embarque e casos de *no show*, as cortes brasileiras vêm aplicando a legislação nacional³⁸, já que interpretação do artigo 29 assim o permite.

Ter-se uma mesma relação jurídica com direitos diversos ao passageiro não é algo desejável, pois coloca-o em situ-

³⁶ AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016. ANAC. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁷ Salvo se o passageiro realizar declaração especial de conteúdo da bagagem ou da carga, ocasião em que indenização equivalerá ao valor declarado (art. 22, 2 e 3).

³⁸ TARGA, Maria Luiza Baillo. Transporte aéreo internacional: a repercussão da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessária aplicação do CDC em defesa dos interesses dos passageiros. *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v.1, p. 439-474, p. 448-450.

ação de desvantagem quando a viagem for internacional. É por essa razão que se aguarda uma revisão do posicionamento do STF, cuja decisão ainda não transitou em julgado, para que sejam assegurados a todos os mesmos direitos, lembrando-se que a pessoa humana é o fundamento e valor-fim da república brasileira.

A seguir, será analisada a regulamentação do transporte aéreo em Portugal.

B) EM PORTUGAL

A aviação civil comercial portuguesa tem início poucos anos após a Primeira Guerra Mundial, com o surgimento das primeiras companhias aéreas nacionais³⁹. Em 1929, o Decreto-lei nº 16.424 cria o Conselho Nacional do Ar, a primeira autoridade nacional a regular a aviação civil⁴⁰, papel que hoje incumbe à Autoridade Nacional da Aviação Civil⁴¹.

Em relação à regulamentação do transporte aéreo, Portugal participou da primeira Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo e ratificou a Convenção de Varsóvia por meio do Decreto-lei nº 26.706/36⁴². Ao longo dos anos, além de participar de outras conferências, o país ratificou

³⁹ A Companhia Portuguesa e Navegação Aérea, em parceria com empresa alemã Junkers, funda a Serviços Aéreos Portugueses (SAP) (A FORMAÇÃO da TAP e os primórdios da navegação aérea em Portugal. *Repositório institucional da Universidade Autónoma de Lisboa*. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/326>. Acesso em: 11 nov. 2020).

⁴⁰ ÁVILA, José Adriano. O fundador do Correio dos Açores e as ligações aéreas para as ilhas (1919-1937). *Correio dos Açores*, 26 abr. 2020. Disponível em: <http://correiodosacores.pt/NewsDetail/ArtMID/383/ArticleID/21581/O-fundador-do-Correio-dos-A231ores-e-as-liga231245es-a233reas-para-as-ilhas-1919-1937>. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁴¹ AUTORIDADE NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. A nossa história. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/vPT/Generico/ANAC/QuemSomos/Historia/Paginas/Historia.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁴² PORTUGAL. Decreto-lei nº 26.706, de 20 de junho de 1936. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/360661>. Acesso em: 12 nov. 2020.

outros acordos e convenções internacionais⁴³, dentre eles, a Convenção de Chicago (1948)⁴⁴ e a Convenção de Montreal (2006)⁴⁵, e promulgou Decretos-Lei e Portarias que regulamentam questões técnicas da aviação civil⁴⁶.

Ademais, por ser membro da União Europeia (UE), também incorporou as fontes de direito expedidas por seus órgãos, pois, com fulcro no artigo 100, 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁴⁷, o Parlamento Europeu e o Conselho podem estabelecer disposições atinentes ao transporte aéreo. Tais fontes são de grande relevância na medida em que, para atingir o objetivo de se criar um mercado único do transporte aéreo na Europa⁴⁸, foi eliminada a distinção en-

.....
⁴³ Lista de acordos e convenções e suas datas de ratificação estão disponíveis em: BAGANHA, José Tomas. Introdução ao direito aéreo internacional (2ª. Parte). *Administração*, Macau, n.º 35, vol. X, 1997-1.º, p. 7-33.

⁴⁴ PORTUGAL. Convenção de Chicago. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/PerfilGenerico/ConvencaoChicago/ConvencaoChicagoVerOriginal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁴⁵ A União Europeia ratificou a Convenção na qualidade de Organização regional de integração econômica, tendo os estados-membros lhe transferido a competência para legislar sobre o tema. (INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air done at Montreal on 28 may 1999*. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl199_EN.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020).

⁴⁶ Lista das normas e regulamentos que regulamentam o setor e das normas transpostas para o direito interno, oriundas das diretivas da UE, está disponível no seguinte endereço: PORTUGAL. Legislação do setor. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/vPT/Generico/LegislacaoRegulamentacao/LegislacaoSector/Paginas/ListadeDocumentos.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2020).

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Eur-lex*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁴⁸ A partir da década de 70, iniciou-se na Europa um “processo que durou uma década, na sequência do Ato Único Europeu de 1986 e da realização do mercado interno: vários conjuntos de medidas regulamentares da UE transformaram gradualmente os mercados da aviação nacionais protegidos num mercado único competitivo dos transportes aéreos (de facto, a aviação tornou-se o primeiro modo de transporte — e em grande medida

tre transporte nacional e internacional no mercado interno da aviação⁴⁹, de modo que as regras expedidas no âmbito da UE que disciplinam os direitos dos passageiros são todas aplicáveis em Portugal.

Antes de se adentrar na análise de tais direitos, cumpre mencionar que o conceito de passageiro não corresponde ao conceito de consumidor constante na Lei de Defesa do Consumidor portuguesa vigente (Lei nº 24/96)⁵⁰, pois consumidor é aquele a quem são fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos para fins não profissionais, por pessoa que exerça atividade econômica com caráter profissional que vise a obtenção de benefícios (art. 2, 1)⁵¹. Por seu turno, o passageiro não necessariamente utiliza o serviço de transporte aéreo para fins não profissionais, tratando-se, assim, de conceito mais amplo⁵².

.....
continua a ser o único — a beneficiar de um mercado único plenamente integrado)" (UNIÃO EUROPEIA. Transportes aéreos: regras de mercado. *Parlamento Europeu*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_3.4.6.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020).

⁴⁹ Vide considerando 8º do Regulamento nº 889/2002 (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 889/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de maio de 2002. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0889&from=LT>. Acesso em: 12 nov. 2020).

⁵⁰ Revogou a Lei nº 29/81, de 22 de agosto (PORTUGAL. Lei nº 29/81, de 22 de agosto. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/575922>. Acesso em: 11 nov. 2020).

⁵¹ PORTUGAL. Lei nº 24/96, de 31 de julho. *PGDL*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁵² A respeito da defesa dos consumidores no âmbito da UE, O Tratado de Lisboa estabelece que a matéria é de competência concorrente entre a União e os Estados-Membros (UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Lisboa. *Eur-lex*. Disponível em: <http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a-98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0018.02/DOC19>. Acesso em: 11 nov. 2020). O TFUE complementa que as exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União (art. 12), e que a Comissão Europeia, ao propor medidas de aproximação das legislações dos Estados-Membros, basear-se-á num nível de proteção elevado dos consumidores (art. 114, 3). No mais, disciplina

De todo modo, de acordo com lista disponibilizada no site da Autoridade Nacional da Aviação Civil, referida norma é tida como uma das que regulamentam os direitos dos passageiros, assim como o Código Civil, o Decreto-lei n.º 209/97 alterado pelo Decreto-lei n.º 12/99 (e a Diretiva (UE) n.º 2015/2302)⁵³, a Convenção de Montreal, o Regulamento (CE) n.º 261/2004 e o Decreto-lei n.º 173/07. Outras normas também estabelecem direitos aos passageiros, tais como o Decreto-lei n.º 321/89, o Regulamento (CE) n.º 2027/97 e o Regulamento (CE) n.º 889/2002⁵⁴.

O Código Civil disciplina o princípio da reparação integral do dano (artigo 562)⁵⁵, as regras gerais da responsabilidade

.....
que a União contribuirá para a proteção da saúde, segurança e interesses econômicos dos consumidores, assim como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa de seus interesses (art. 169, 1) (UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Eur-lex*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 11 nov. 2020). Por fim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que as políticas da União devem assegurar elevado nível de defesa dos consumidores (art. 38) (UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:I33501&from=PT>. Acesso em: 11 nov. 2020).

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 12/99. ANAC. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollection Documents/Passageiros/dl_12_1999.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁵³ O Decreto-lei n.º 209/97 regulamenta o exercício da atividade das agências de viagem e turismo e revoga o Decreto-lei n.º 198/93, que transpôs a Diretiva n.º 90/314/CEE (PORTUGAL. Decreto-lei n.º 209/97. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/202780/details/maximized>. Acesso em: 14 nov. 2020).

⁵⁴ AUTORIDADE NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Legislação. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/vPT/Passageiros/DireitosPassageiro/Legislacao/Paginas/Legislacao.aspx>. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁵⁵ "Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação" (PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro. *PGDL* Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tab=leis&so_miolo=. Acesso em: 14 nov. 2020).

civil (a partir do artigo 483) e da responsabilidade pelo risco (a partir do artigo 499)⁵⁶. Por seu turno, a Lei de Defesa do Consumidor estabelece o dever geral de proteção e os direitos do consumidor, dentre eles, o dever de reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais (art. 3º, f)⁵⁷. Por serem, ambas, normas gerais, sua aplicação se dá de forma complementar às demais, de cunho específico, a seguir analisadas.

O Decreto-lei n.º 12/99, que altera o Decreto-lei n.º 209/97⁵⁸, estabelece direitos aos passageiros-turistas, tais como o direito a informações sobre viagens organizadas a serem prestadas por agências de turismo. Por sua vez, o Decreto-lei n.º 17/2018 transpõe a Diretiva (UE) n.º 2015/2302, de harmonização total (art. 4º), a mais recente norma que disciplina viagens organizadas e serviços de viagens conexos (nele inclusos o transporte de passageiros), que introduziu a figura do viajante, que é “qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num tal contrato, no âmbito da presente diretiva” (art. 3º, 6). Estabelece diversos direitos aos viajantes, tais como os deveres de informação pré-contratual, a inversão do ônus da prova quanto ao cumprimento dos requisitos de informação, direitos em caso de alteração dos termos do contrato ou rescisão da viagem organizada, redução do preço, indenização por danos, dever de assistência e demais direitos de reparação⁵⁹.

.....

⁵⁶ O artigo 504, 4, refere: “4 - São nulas as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade do transportador pelos acidentes que atinjam a pessoa transportada” (*Ibidem*). Todavia, o artigo é antecedido por acidentes causados por veículos.

⁵⁷ PORTUGAL. Lei n.º 24/96, de 31 de julho. PGDL. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁵⁸ PORTUGAL. Decreto-lei n.º 12/99. ANAC. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollection Documents/ Passageiros/dl_12_1999.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/2302 do parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur->

Por seu turno, o Regulamento (CE) n° 261/2004, que revogou o Regulamento (CEE) n° 295/91⁶⁰, estabelece regras relativas à compensação por recusa de embarque e direitos em caso de cancelamento ou atraso de voos, tais como o reembolso dos valores pagos, direito de assistência e indenização mínima que varia de acordo com a distância do voo^{61 62}. Em Portugal, o Decreto-lei n° 209/2005 cria o regime sancionatório aplicável a este Regulamento, classificando as contraordenações em muito graves, graves e leves⁶³.

Já o Decreto-lei n° 173/07 estabelece os termos em que devem ser indicadas as tarifas do transporte aéreo e regras das mensagens publicitárias do serviço, com o fim de dar transparência na indicação do preço das tarifas aéreas e certeza na interpretação da mensagem publicitária⁶⁴. E o

.....
-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015 L2302&from=PT. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CEE) n° 295/91 do Conselho de 4 de fevereiro de 1991. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991R0295&from=PT>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁶¹ Para as três situações, deve a transportadora prestar assistência, tais como alojamento em hotel ou similar, oferecimento de refeições e acesso a telefonemas, e, para os casos de cancelamento e recusa de embarque, deverá indenizar o passageiro, cujo montante será apurado de acordo com a distância a ser percorrida pela aeronave (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de fevereiro de 2004. *Eur-lex*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:439cd3a7-fd3c-4da7-8bf4-b0f60600c1d6.0010.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 12 nov. 2020).

⁶² Em 14 de março de 2013, foi divulgada pela Comissão Europeia a proposta de revisão, a qual ainda não entrou em vigor (UNIÃO EUROPEIA. Commission proposes new measures to strengthen air passenger rights. *EC Europa*. Disponível em: https://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/03/passenger-rights-air-revision_en.htm. Acesso em: 14 nov. 2020).

⁶³ PORTUGAL. Decreto-lei n° 209/2005 de 29 de novembro. *DRE*. Disponível em: https://www.anac.pt/vPT/Generico/LegislacaoRegulamentacao/LegislacaoSector/Documents/Defesa%20do%20consumidor/dl_209_2005.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁶⁴ PORTUGAL. Decreto-lei n° 173/2007 de 8 de maio. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/520832/details/maximized>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Decreto-lei nº 321/89 regulamenta a obrigatoriedade de realização do contrato de seguro com o fim de proteger todos os legítimos interesses dos lesados por acidentes de aviação, o qual faz remissões às Convenções internacionais quanto aos limites indenizatórios por atraso, morte, lesões corporais do passageiro, ou por avaria e danos na bagagem. Ainda, estabelece a responsabilidade por danos causados a terceiros em superfície, a qual pode vir a ser ilimitada em dadas situações⁶⁵.

Por sua vez, o Regulamento (CE) nº 2027/97 disciplinava a responsabilidade das transportadoras em caso de acidente, por danos sofridos em caso de morte, ferimento ou lesão corporal do passageiro. O considerando 3 mencionava que os limites de responsabilidade fixados na Convenção de Varsóvia eram demasiado baixos, e o artigo 3º, *a*, estabelecia que a responsabilidade das transportadoras por acidentes não estava sujeita a limites financeiros definidos por lei, convenção ou contrato⁶⁶.

Em virtude da aprovação da Convenção de Montreal, sobreveio o Regulamento (CE) nº 889/02, que alterou o Regulamento supra mencionado, “criando assim um sistema uniforme de responsabilidade para o transporte aéreo internacional” (considerando 6). De acordo com o considerando 10, é conveniente dispor de um regime de responsabilidade ilimitada em caso de morte ou de lesões corporais dos passageiros, ao passo que, nos termos dos considerandos 12 e 13, a existência de limites de responsabilidade uniformes garante o estabelecimento de regras simples e claras aos passageiros e para as companhias aéreas, e que a existência de diferentes

.....
⁶⁵ PORTUGAL. Decreto-lei nº 321/89, de 25 de setembro. DRE. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/548194>. Acesso em: 14 nov. 2020.

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 2027/97 do Conselho de 9 de outubro de 1997. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997R2027&from=FR>. Acesso em: 12 nov. 2020.

regimes de responsabilidade não seria prática e seria confusa ao passageiros. O Regulamento contém um anexo que resume as regras aplicadas, a qual está em consonância com a Convenção de Montreal⁶⁷.

Como se pode ver, a regulamentação do transporte aéreo e dos direitos dos passageiros em Portugal é mais complexa e detalhada em comparação à brasileira, pois há regulamentação específica para cada espécie de dano. Outra grande diferença é o fato de que os passageiros possuem os mesmos direitos tanto em voos nacionais quanto comunitários ou internacionais, pois as Diretivas da UE estão em consonância com a Convenção de Montreal.

A seguir, serão analisadas as medidas tomadas por Portugal e Brasil durante a pandemia e os seus impactos nos direitos dos passageiros.

II. A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DURANTE A PANDEMIA

Em 17 de abril, a Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) estimou que a crise causada pela Covid-19 poderia reduzir 314 bilhões de dólares em receita, o que significa redução de 55% em comparação a 2019⁶⁸. Ademais, diante da crise sem precedentes do setor aéreo, crê a IATA que o resultado será a redução do número de companhias aéreas⁶⁹, apontando ser imprescindível a reabertura das fronteiras por

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 889/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de maio de 2002. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0889&from=LT>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁶⁸ IATA. IATA Reminds Governments in Latin America & Caribbean on Urgency of Relief to the Industry in Face of COVID-19 Crisis. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-04-17-01/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁶⁹ COVID crisis will result in fewer airline companies: IATA airlines group head. *Reuters*, 30 out. 2020. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/idUSKBN27F0Z7>. Acesso em: 08 nov. 2020.

meio da testagem de passageiros e de aportes financeiros dos governos à aviação civil^{70 71}.

Com o fim de salvaguardar o setor, foram adotadas medidas diversas ao redor do mundo. Ocorre que, em determinadas nações, a consequência foi a redução dos direitos dos passageiros, ao passo que, em outras, tais direitos continuam a ser assegurados. É o que se verá a seguir, analisando-se comparativamente as medidas adotadas pelos governos brasileiro e português, e, também, no âmbito da União Europeia.

A) NO BRASIL

Não há dúvidas quanto aos efeitos devastadores da crise instaurada a partir da pandemia da Covid-19 no setor aéreo brasileiro, agravada pelas determinações de fechamento de fronteiras⁷²

⁷⁰ IATA. COVID-19 Testing and Continued Financial Support Crucial to Save Air Transport. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-10-21-04/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁷¹ A IATA orienta a implementação das diretrizes insertas no *Takeoff: Guidance for Air Travel through the COVID-19 Public Health Crisis (Takeoff)*, documento elaborado pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) (vide link: <https://www.icao.int/covid/cart/Pages/CART-Take-off.aspx>) que contém um quadro de medidas temporárias baseadas no risco para operações de transporte aéreo durante a pandemia (IATA. Urgent Implementation of ICAO COVID-19 Guidelines Needed. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-06-01-01/>. Acesso em: 08 nov. 2020).

⁷² Vejam-se as seguintes Portarias interministeriais: Portaria Interministerial nº 120, de 17 de março de 2020 (República Bolivariana da Venezuela); Portaria Interministerial nº 125, de 19 de março de 2020 (Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, República Cooperativa da Guiana, Paraguai, Peru e Suriname); Portaria Interministerial nº 126, de 19 de 2020 (Austrália, China, Federação da Malásia, Irlanda do Norte, Islândia, Japão, Membros da União Europeia, Noruega, Reino Unido da Grã-Bretanha, República da Coreia e Suíça); Portaria Interministerial nº 132, de 22 de março de 2020 (Uruguai); Portaria Interministerial nº 133, de 23 de março de 2020 (Austrália, Confederação Suíça, China, Irã, Irlanda do Norte, Japão, Malásia, Noruega, Reino Unido da Grã-Bretanha, República da Coreia, República da Islândia e União Europeia) e, por fim, as Portarias nº 152, de 27 de março, nº 203, de 28 de abril, nº 255, de 22 de maio, e nº 340, de 30 de junho (restrição, por trinta dias, da entrada de estrangeiros, independentemente de sua nacionalidade). Atualmente,

e de medidas de distanciamento social⁷³. Porém, mesmo antes da adoção dessas determinações, as companhias aéreas tiveram redução dos seus serviços não apenas em virtude de cancelamentos programados de voos⁷⁴ como também em decorrência da solicitação de cancelamento ou remarcação do serviço a pedido dos passageiros⁷⁵.

De acordo com lista divulgada em 15 de setembro pelo Ministério da Economia, o setor aéreo é o segundo mais atingido no país, estando atrás apenas das atividades artísticas, criativas e de espetáculos⁷⁶. A Associação Brasileira de Empresas Aéreas (ABEAR), em 3 de abril, estimou que a demanda por viagens registrou queda de 75% para voos domésticos e de 95% para voos internacionais em relação ao mesmo período de 2019⁷⁷, sendo que, no primeiro trimestre de

.....
está em vigor a Portaria nº 478, de 14 de outubro, que restringe a entrada de estrangeiros de qualquer nacionalidade pelo prazo de trinta dias, porém por rodovias, outros meios terrestres ou por transporte aquaviário, em nada mencionando sobre restrições por via aérea.

⁷³ VALENTE, Jonas. Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social." *Agência Brasil*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. Acesso em: 08. nov. 2020.

⁷⁴ AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Governo Federal anuncia medidas para minimizar impactos na aviação civil. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/governo-federal-anuncia-medidas-para-minimizar-impactos-na-aviacao-civil>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁷⁵ TARGA, Maria Luiza Baillo; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, maio-jun. 2020, p. 79.

⁷⁶ MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Ministério da Economia divulga lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil. *Governo Federal*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil#:~:text=7%20%2D%20Servicosdealimentacaodeveiculospeasdemotocicletas>. Acesso em: 08 nov. 2020. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁷⁷ ABEAR. Impacto da pandemia do novo Coronavírus. ABEAR. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impacto-da-pandemia-do-novo-coronavirus/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

2020, as principais companhias aéreas nacionais registraram perdas superiores a 2,2 bilhões de reais⁷⁸. Em levantamento realizado no dia 21 de outubro, a ABEAR registrou que a demanda por voos domésticos recuou 55,2% em setembro em relação ao mesmo período do ano anterior⁷⁹.

Em virtude da grande relevância do transporte aéreo no país⁸⁰, o Governo Federal editou normas destinadas a mitigar os impactos da crise e assegurar um alívio financeiro às empresas atuantes no setor. Embora não se discuta a necessidade de adoções de providências que tenham como fim auxiliar tais empresas, o grande problema, como se demonstrará a seguir, é que as medidas adotadas no Brasil reduziram os direitos dos direitos dos passageiros-consumidores para além da pandemia, isto é, de forma permanente.

A primeira delas foi a Medida Provisória (MP) nº 925, de 18 de março. A MP não apenas ampliou o prazo para reembolso dos valores pagos pelas passagens aéreas para doze meses, que antes era de até sete dias a contar da solicitação do passageiro (art. 29 da Resolução nº 400/2016 da ANAC⁸¹), como também permitiu a manutenção de cobrança das

.....
⁷⁸ GIMENES, Diego. É possível uma quebradeira em série no setor aéreo? *Veja*, São Paulo, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/e-possivel-uma-quebradeira-em-serie-no-setor-aereo/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁷⁹ ABEAR. Demanda por voos domésticos recua 55,2% em setembro. ABEAR. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/demanda-por-voos-domesticos-recua-552-em-setembro/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸⁰ A aviação comercial brasileira gerou o equivalente a 1,4% do PIB nacional do ano de 2019 e alcançou 1,6% do volume total de empregos (ABEAR. Aviação comercial brasileira contribuiu com 1,4% do PIB nacional em 2019. ABEAR. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/aviacao-comercial-brasileira-contribuiu-com-14-do-pib-nacional-em-2019/>. Acesso em: 08 nov. 2020).

⁸¹ AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao>

penalidades contratuais em caso de solicitação de reembolso, isentando-as apenas se fosse aceita a concessão de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado. Outrossim, referiu que tais disposições seriam aplicáveis a todos os contratos firmados até 31 de dezembro de 2020⁸². Tal significa que, se o passageiro solicitasse o cancelamento do serviço mesmo que em virtude da pandemia e mesmo sem a prestação do serviço (contraprestação pelo valor pago), seria obrigado a arcar com as penalidades contratuais⁸³. Por fim, assegurou o dever de assistência material⁸⁴.

A segunda medida foi a MP nº 948, de 8 de abril, a qual embora não tratasse especificamente do transporte aéreo, aplicava-se a todos os contratos correlatos setor de turismo⁸⁵. Assim como sua antecessora, flexibilizou o dever de reembolso (a ser realizado em até doze meses), e o tornou subsidiário às hipóteses de remarcação dos serviços, de concessão de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços e a outros acordos formalizados entre as partes, retirando, assim a opção de escolha do consumidor. Como se não bastasse, seu artigo 5º dispunha que as relações de consumo regidas pela MP (serviços de turismo e cultura) caracterizavam-

.....
-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸² BRASIL. Medida Provisória nº 925, de 18 de março de 2020. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸³ TARGA, Maria Luiza Baillo; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, maio-jun. 2020, p. 85.

⁸⁴ A MP também prorrogou, nos contratos de concessão de aeroportos, o pagamento das contribuições fixas e variáveis com vencimento neste ano até o dia 18 de dezembro.

⁸⁵ BRASIL. Medida Provisória n. 948, de 8 de abril de 2020. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

-se como caso fortuito ou força maior, não ensejando danos morais, multas ou outras penalidades decorrentes da violação de normas de defesa do consumidor. Além de conter erro grosseiro de redação, afasta *in abstracto* o dano moral, preconizado pela CF/88, e o princípio da reparação integral, preconizado pelo CDC e CC⁸⁶.

E a terceira medida foi a Resolução nº 556, de 13 de maio, da ANAC, que flexibilizou certos direitos dos passageiros disciplinados na Resolução nº 400/2016, também da ANAC, para voos programados originalmente até 31 de dezembro de 2020. Mitigou os deveres das transportadoras aéreas de prestar assistência material em caso de alteração programada, atraso, cancelamento ou interrupção do serviço, de fornecer voucher alimentação, bem como de executar o serviço por outra modalidade de transporte ou reacomodar o passageiro em voo de terceiro. Ainda, determinou que as reclamações dos passageiros fossem registradas na plataforma Consumidor.gov.br⁸⁷, vinculada ao Ministério da Justiça. Posteriormente, a Resolução nº 563, de 9 de junho, antecipou parte dos efeitos da Resolução nº 556 para todos os voos originalmente programados para 04 de fevereiro de 2020⁸⁸, retroagindo os efeitos desta para antes de sua entrada em vigor.

.....

⁸⁶ DELMONDES, João Paulo Sales; MELLO, Lucas Nasser de. Coronavírus e a MP 948/20 dos eventos e turismo: Um socorro para os artistas e empresários em tempos de pandemia. *Migalhas*, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324569/coronavirus-e-a-mp-948-20-dos-eventos-e-turismo-um-socorro-para-os-artistas-e-empresarios-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸⁷ AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 556, de 13 de maio de 2020. ANAC. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-556-13-05-2020/@@display-file/arquivo_norma/RA2020-0556.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸⁸ AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 563, de 9 de junho de 2020. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/>

Como se não bastassem (a) as flexibilizações dos direitos dos passageiros, que perderam a assistência material em meio a uma pandemia, sendo que muitos deles tiveram dificuldades de retornar ao Brasil em decorrência do fechamento de fronteiras e aeroportos; (b) a ampliação do prazo para reembolso e (c) a possibilidade de cobrança de multas contratuais ainda que o serviço não seja prestado, em 05 de agosto, foi sancionada a Lei de Conversão da MP nº 925 (Lei nº 14.034/20), que acabou por alterar o texto original e prejudicar, ainda mais, os passageiros-consumidores⁸⁹.

A nova Lei diferencia os direitos dos passageiros em caso de cancelamento solicitado a pedido destes e de cancelamento programado pelas transportadoras: no primeiro caso, por exemplo, se solicitado o reembolso, incidirão as penalidades contratuais, ao passo que, se aceito o crédito, o seu valor equivalerá ao preço da passagem; no segundo caso, a lei é silente quanto ao desconto das penalidades contratuais se pleiteado o reembolso, e o crédito a ser fornecido pode ser de valor igual ou superior ao pago pela passagem. No mais, mantém a ampliação do prazo de reembolso e assevera que os deveres de assistência material das transportadoras serão prestados apenas quando cabíveis⁹⁰.

Além dessas drásticas reduções dos direitos dos passageiros, seu artigo 4º é ainda mais prejudicial, pois extrapola os limites de regulamentação de situação emergencial de pan-

.....
legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-563-09-06-2020/@@display-file/arquivo_norma/RA2020-0563.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 14.034, de 5 de agosto de 2020. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14034.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁹⁰ Para um comentário sobre todas as alterações da nova Lei, ver: ATHE-NIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. *CONJUR*, 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniao-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 08 nov. 2020.

demia e realiza mudanças permanentes no texto do CBA, sendo que algumas delas sequer guardam relação direta com a situação de calamidade pública ora vivenciada. Sem dúvida, a mais prejudicial diz respeito à inserção de dispositivo que regulamenta o dano extrapatrimonial, imputando ao passageiro o dever de demonstrar a efetiva ocorrência do prejuízo e sua extensão, criando, assim, uma barreira ao princípio estabelecido no CDC de efetiva prevenção e reparação de danos. Outrossim, cria espécies de caso fortuito ou força maior que, da mesma forma, prejudicam demasiadamente o passageiro e não guardam, todas elas, relação com a pandemia (restrição ao pouso ou à decolagem decorrentes de condições meteorológicas adversas impostas por órgão do sistema de controle do espaço aéreo, de determinações emanadas de autoridades ou, ainda, de indisponibilidade da infraestrutura aeroportuária).

Cumpra, por fim, frisar que a MP nº 948 também foi convertida na Lei nº 14.046 e, assim como a lei de Conversão da MP nº 925, é bastante prejudicial aos turistas-consumidores, especialmente porque mantido o afastamento ao direito de obter indenização por dano moral e porque vedada, como regra, a aplicação de sanções pela inobservância das leis de proteção ao consumidor⁹¹.

Como se pode ver, no Brasil, as medidas adotadas pelo Governo Federal para mitigar os impactos da crise do setor aéreo reduziram os direitos dos passageiros, alguns deles de forma permanente, subvertendo a lógica do ordenamento jurídico brasileiro de proteção aos passageiros-consumidores, partes vulneráveis desta típica relação de consumo.

.....
⁹¹ Sobre a questão, ver: ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei 14.046/20 nos direitos dos consumidores-turistas. *CONJUR*, 09 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-09/atheniense-targa-lei-1404620-consumidores-turistas>. Acesso em: 08 nov. 2020.

B) EM PORTUGAL

Em Portugal, a situação inicialmente não foi muito diferente da brasileira. Segundo dados do Instituto Nacional de Estatística, o impacto da pandemia da Covid-19 e das medidas restritivas adotadas ao nível do espaço aéreo foi significativo no mês de março, com acentuadas reduções no movimento de passageiros nos principais aeroportos nacionais, representando queda de 15,4% no primeiro trimestre do ano⁹².

Diante da importância do setor, que contribuiu com 12,3 milhões de euros para a economia portuguesa, o que equivale a 6,6% do PIB segundo pesquisa da IATA de 2018⁹³, bem como em virtude das previsões de prejuízos de todo o setor no âmbito da UE⁹⁴, o governo português também adotou medidas para mitigar os impactos da crise no setor.

No dia 23 de abril, foi promulgado o Decreto-lei nº 17/2020⁹⁵, que estabelecia medidas excepcionais e temporárias relativas ao setor do turismo, no âmbito da pandemia da doença Covid-19. Segundo seus considerandos, procurou-se "encontrar um equilíbrio entre a sustentabilidade financeira dos operadores económicos e os direitos dos consumidores que, não obstante o contexto atual, não podem ser suprimidos ou eliminados". Em decorrência disso, determinou que as

⁹² AGÊNCIA LUSA. Transporte aéreo de passageiros cai 15,4% no primeiro trimestre, revela INE. *Observador*. Disponível em: <https://observador.pt/2020/06/04/transporte-aereo-de-passageiros-cai-154-no-primeiro-trimestre-revela-ine/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹³ IATA. Indicadores da Competitividade Regulamentar do Transporte Aéreo em Portugal. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/contentassets/b4622360bc4d407ab490de53baad3827/portugal-competitiveness-in-dex-report-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹⁴ AGÊNCIA EFE. Companhias aéreas europeias vão perder 82.000 milhões de euros com a COVID-19. *EFE*. Disponível em: <https://www.efc.com/efe/portugal/economia/companhias-aereas-europeias-v-o-perder-82-000-milhes-de-euros-com-a-covid-19/50000443-4229192>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹⁵ PORTUGAL. Decreto-lei n.º 17/2020 de 23 de abril. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/132332504>. Acesso em: 20 nov. 2020.

viagens organizadas por agências de viagens e turismo a serem realizadas entre 13 de março e 30 de setembro, que não fossem efetuadas ou canceladas por fato imputável ao surto da Covid-19⁹⁶, conferiam ao viajante o direito de optar pela emissão de um vale (*voucher*) em valor equivalente ao pago inicialmente, válido até 31 de dezembro de 2021, ou pelo reagendamento da viagem até esta mesma data. Caso não utilizado o vale ou caso o reagendamento não fosse efetuado, o viajante teria direito ao reembolso do valor que pagou, a ser efetuado em até 14 dias. Apesar disso, excepcionou tal ordem de preferência aos viajantes que se encontrassem em situação de desemprego, que poderiam pedir o reembolso da totalidade do valor despendido, a ser efetuado em 14 dias.

Tal significa que, salvo a situação de desemprego, os passageiros/viajantes teriam o direito de optar (a) pela emissão de um vale, transmissível, de igual valor ao pagamento efetuado e válido até 31 de dezembro de 2021 ou (b) pelo reagendamento da viagem até o mesmo período. Apenas subsidiariamente haveria direito ao reembolso, que, em verdade, somente ocorreria no ano de 2022, o que contraria as regras gerais (art. 795, 1 do Código Civil⁹⁷) e outras normas especiais aplicáveis ao setor⁹⁸.

⁹⁶ A mesma regra foi aplicada às reservas de serviços de alojamento em empreendimentos turísticos e em estabelecimentos de alojamento local situados em Portugal, efetuadas diretamente pelo hóspede no empreendimento ou estabelecimento ou através de plataformas *online*, para o período de 13 de março de 2020 a 30 de setembro de 2020 (*ibidem*).

⁹⁷ “Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa” (PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro. PGDL Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 14 nov. 2020).

⁹⁸ CARVALHO, Jorge Morais. Covid-19 e o cancelamento de viagens e reservas – Decreto-lei n.º 17/2020. *Nova Consumer Lab*. Disponível em: <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/covid-19-e-o-cancelamento-de-viagens-e-reservas-Decreto-lei-n-o-17-2020/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Antes disso, precisamente em 18 de março, a Comissão Europeia já havia expedido comunicação sobre diretrizes interpretativas dos regulamentos que disciplinam os direitos dos passageiros de transporte aéreo no âmbito da UE no contexto da pandemia. Referiu que, em caso de cancelamento de voos pelas companhias aéreas, independentemente da causa, teriam estas o dever de oferecer aos passageiros as opções de reembolso ou reagendamento na primeira oportunidade ou em data posterior à escolha do passageiro. No mais, deveria ser assegurado o dever de assistência material quando o passageiro solicitasse um redirecionamento de voo ou nos casos de atraso⁹⁹.

Seguindo essa mesma linha, no dia 13 de maio, a Comissão expediu a Recomendação (UE) 2020/648 relativa aos *vouchers* propostos aos passageiros e viajantes em alternativa ao reembolso de serviços de transporte e de viagens organizadas cancelados no contexto da pandemia de COVID-19, salientando que as "associações de consumidores e de passageiros a nível nacional e da União devem incentivar os viajantes e os passageiros a aceitar, em vez do reembolso em numerário, os vales que apresentem as características e beneficiem da proteção em caso de insolvência¹⁰⁰".

Ato contínuo, a Comissão realizou uma comunicação ao Parlamento Europeu e demais órgãos da UE, acompanhada de um pacote com orientações e recomendações para a retomada gradativa das atividades do setor aéreo, no qual manteve a mesma orientação no sentido de que a concessão de crédito deve ser estimulada, ou seja, deve ser tornada

⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19. *EC Europa*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Recomendação (UE) 2020/648 da Comissão de 13 de maio de 2020. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0648&from=PT>. Acesso em: 20 nov. 2020.

atrativa para que os passageiros a escolham ao invés do pedido de reembolso: “os transportadores e os organizadores devem oferecer aos viajantes e aos passageiros vales que constituam uma alternativa atrativa e fiável ao reembolso em dinheiro, de acordo com as características indicadas na recomendação da Comissão¹⁰¹”. Todavia, a escolha cabe ao viajante.

Como se pode ver, a UE manteve o direito ao reembolso e a regra de que a opção incumbe ao viajante, instigando as empresas do setor de turismo, dentre elas as companhias aéreas, a tornar os *vouchers* mais atrativos para que sejam eleitos. Segundo o Comissário da Justiça e dos Consumidores, Didier Reynders, “os consumidores europeus podem ter a certeza de que a Comissão não reduzirá os seus direitos comunitários de obterem reembolsos por viagens canceladas¹⁰²”. E a Comissária Adina Valean afirmou categoricamente que “os consumidores têm direito ao reembolso em dinheiro. E ponto final¹⁰³”.

Ainda que sejam recomendações¹⁰⁴, na prática, serviram de referência na matéria ao longo dos meses subsequentes. Tanto o é que a Comissão Europeia, em 02 de julho, decidiu lançar processos de infração contra Portugal e outros nove países-membros (República Tcheca, Chipre, Grécia, França,

¹⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0550&from=PT>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰² UNIÃO EUROPEIA. *Tourisme et transports: orientations de la Commission sur la reprise des voyages en toute sécurité et sur la relance du secteur touristique européen en 2020 et au-delà*. *Ec-Europa*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_854. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰³ GUERREIRO, João Francisco. Viagens: “Os consumidores têm o direito ao reembolso em dinheiro. E, ponto final”. *Diário de Notícias*. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/viagens-os-consumidores-tem-o-direito-ao-reembolso-em-dinheiro-e-ponto-final-12189626.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰⁴ CARVALHO, Jorge Morais. Covid-19, transporte aéreo e outras viagens. *Nova Consumer Lab*. Disponível em: <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/covid-19-transporte-aereo-e-outras-viagens/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Itália, Croácia, Lituânia, Polónia e Eslováquia) por violar leis comunitárias sobre direitos dos passageiros e dos viajantes, os quais estavam preferencialmente emitindo *vouchers* ao invés da concessão de reembolsos¹⁰⁵. E, posteriormente, a Comissão ameaçou Portugal com ação no Tribunal Europeu de Justiça caso não fossem aplicadas corretamente as leis europeias que regulamentam a matéria¹⁰⁶.

Assim, em 27 de agosto¹⁰⁷, o governo português decidiu reajustar o regime que permitia regularizar viagens canceladas com *vouchers*, aprovando novo diploma que dispõe que, a partir da sua entrada em vigor, os consumidores voltaram a ter o direito a ser reembolsados no prazo de 14 dias em caso de cancelamento de viagem organizada por agência de viagens, mesmo que tal se deva à pandemia de Covid-19¹⁰⁸. Está, pois, alinhada a estratégia de Portugal com a União Europeia, e os passageiros-viajantes-consumi-

.....
¹⁰⁵ PORTUGAL na mira de Bruxelas por não garantir reembolso a viajantes. *Público PT*, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/07/02/economia/noticia/portugal-mira-bruxelas-nao-garantir-reembolso-viajantes-1922784>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰⁶ AGÊNCIA LUSA. Comissão Europeia ameaça Portugal com ação na justiça por lei dos *vouchers*. *Observador*. Disponível em: <https://observador.pt/2020/07/26/comissao-europeia-ameaca-portugal-com-acao-na-justica-por-lei-dos-vouchers/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Covid-19. Governo reajusta regime jurídico para viagens canceladas. Disponível em: <https://observador.pt/2020/08/27/covid-19-governo-reajusta-regime-juridico-para-viagens-canceladas/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰⁸ Segundo o Presidente do Turismo de Portugal, lei temporária adotada pelo Governo que permitia a emissão de *vouchers* em viagens e férias canceladas devido à Covid-19 foi uma “bomba de oxigênio” para o setor: “Acho que [a criação desse regime temporário] foi uma bomba de oxigênio e, mais uma vez, acho que as decisões têm de ser tomadas de acordo com as necessidades da altura. E as decisões que os Estados-membros tomaram foi para proteger um setor que era importante” (TURISMO de Portugal diz que lei dos ‘*vouchers*’ é balão de oxigênio para setor. *Jornal Económico*, 12 de setembro. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/turismo-de-portugal-diz-que-lei-dos-vouchers-e-balao-de-oxigenio-para-setor-636036>. Acesso em: 20 nov. 2020).

dores voltaram a ter assegurados todos os direitos que existiam antes da pandemia.

Atualmente, a UE disponibiliza informações a todos os viajantes (“viajar durante a pandemia de coronavírus”) e esclarece todos os direitos a eles resguardados, frisando que, “de acordo com as regras da UE, os passageiros e os viajantes têm o direito de escolher entre vales de viagem ou o reembolso em dinheiro em caso de cancelamento de bilhetes de transporte (avião, comboio, autocarro ou ferry) ou de viagens organizadas¹⁰⁹”.¹¹⁰ Demonstra para todo o mundo, com o seu exemplo bem sucedido, que é possível, mesmo durante uma crise econômica e sanitária sem precedentes, assegurar os direitos dos passageiros e dos viajantes, impondo aos prestadores do serviço o dever de estimular a escolha por alternativas ao reembolso, assegurando, assim, os interesses da parte vulnerável destes serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstra que a análise comparativa da regulamentação do transporte aéreo e dos direitos dos passageiros entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português é, indiscutivelmente, muito enriquecedora, pois, através da verificação das semelhanças e diferenças entre ambos é possível aperfeiçoar as normas nacionais e aproximar os dois povos, sem, contudo, deixar-se de respeitar as peculiaridades

¹⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA. Viajar durante a pandemia de coronavírus. *EC Europa*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/travel-during-coronavirus-pandemic_pt. Acesso em: 20 nov. 2020.

¹¹⁰ Veja-se, também, a Nova Agenda do Consumidor, de 13 de novembro, que busca reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável, e reforça a necessidade de se assegurar os direitos dos consumidores na seara do transporte e do turismo (UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0696>. Acesso em: 26 nov. 2020).

de cada país e dos seus respectivos sistemas jurídicos, que estão em consonância com o seu hodierno contexto socioeconômico e cultural.

Através da análise comparativa sobre a matéria, constatou-se que a regulamentação do transporte aéreo teve início, em ambas as nações, após a Primeira Guerra Mundial, período em que há havia uma incipiente regulamentação internacional da matéria diante da crescente importância do transporte por meio de aviões, e que, diante da rápida expansão da indústria da aviação civil, foi necessária a edição de leis e normas também nos âmbitos nacionais.

No Brasil, após a incorporação ao sistema jurídico da Convenção de Varsóvia, promulgou-se o Código Brasileiro do Ar, que foi posteriormente substituído pelo CBA. Essas duas leis foram as principais a disciplinar a responsabilidade das transportadoras e os direitos dos passageiros. Todavia, com a vigência do CDC e do novo Código Civil em 2002, alinhados com a principiologia emanada da CF/88, passou-se a aplicar estas normas de forma preferencial, as quais são mais protetivas aos passageiros, os quais são considerados consumidores. Hodiernamente, porém, diante da ratificação da Convenção de Montreal, e em virtude do entendimento firmado pelo STF, tem-se que são diversas as normas incidentes aos contratos de transporte aéreo nacionais e internacionais, o que não é desejável.

Por seu turno, em Portugal, a regulamentação nacional e incorporação das convenções internacionais se deu paralelamente à disciplina da matéria no âmbito europeu. E, atualmente, por não haver distinções entre transporte aéreo nacional, comunitário e internacional, as regras aplicáveis são exatamente as mesmas, justamente por entender-se que a existência de diversas normas poderia ser prejudicial tanto às companhias aéreas quanto aos viajantes, frisando-se que o

conceito de viajante e de passageiro é mais amplo que o de consumidor ora em vigor.

Nota-se, assim, que a disciplina do tema em cada país se deu a partir do seu contexto socioeconômico e cultural, sendo relevante destacar-se que o fato de Portugal integrar a União Europeia e o fato de o Brasil ser um país de proporções continentais são pontos cruciais que influenciaram e influenciam não apenas a regulamentação do transporte aéreo como também todo o sistema jurídico vigente.

Da mesma forma, esse mesmo contexto influenciou a disciplina do tema a partir da crise instaurada pela Covid-19: no Brasil, claramente deu-se preferência ao setor aéreo, tentando-se assegurar fluxo de caixa às transportadoras, em detrimento dos direitos dos passageiros-consumidores, relativizando-se não apenas de forma temporária alguns dos deveres das companhias aéreas, como também de forma definitiva, isto é, para além da pandemia; por seu turno, em Portugal, ainda que inicialmente tenha se tentado criar uma ordem de preferência que é prejudicial aos passageiros-viajantes, já havia uma exceção a esta regra que era o desemprego. Outrossim, o país foi compelido a seguir as diretrizes emanadas pela Comissão Europeia, que categoricamente afirmou que os direitos assegurados aos passageiros não seriam flexibilizados, mantendo-se os deveres de reembolso caso assim solicitados.

Espera-se que no Brasil, através do aprendizado das experiências portuguesa e europeia, sejam restabelecidos os direitos dos passageiros-consumidores existentes antes da pandemia, o que poderá ser realizado através da atuação do Poder Judiciário ou da revisão das Leis de Conversão das Medidas Provisórias pelo Poder Legislativo, sendo certo que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor se mantém absoluta, razão pela qual não devem as medidas tomadas com o fim de socorrer um setor da economia se sobrepor

à conservação das garantias e dos direitos básicos do consumidor, sendo plenamente possível e viável a convergência de interesses de fornecedores e consumidores em prol do reerguimento da economia¹¹¹.

.....
¹¹¹ FALCÃO, Rebeca de Queiroga. MP n. 948/2020 e os efeitos da Covid-19 para o consumidor. *ConJur*, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/rebeca-falcao-mp-948-efeitos-consumidor>. Acesso em: 20 nov. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEAR. Aviação comercial brasileira contribuiu com 1,4% do PIB nacional em 2019. ABEAR. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/aviacao-comercial-brasileira-contribuiu-com-14-do-pib-nacional-em-2019/>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- Demanda por voos domésticos recua 55,2% em setembro. ABEAR. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/demanda-por-voos-domesticos-recua-552-em-setembro/>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- Impacto da pandemia do novo Coronavírus. ABEAR. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impacto-da-pandemia-do-novo-coronavirus/>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- A FORMAÇÃO da TAP e os primórdios da navegação aérea em Portugal. *Repositório institucional da Universidade Autónoma de Lisboa*. Disponível em: <https://repositorio.uol.pt/handle/11144/326>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- AGÊNCIA EFE. Companhias aéreas europeias vão perder 82.000 milhões de euros com a COVID-19. EFE. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/portugal/economia/companhias-aereas-europeias-vao-perder-82-000-milh-es-de-euros-com-a-covid-19/50000443-4229192>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- AGÊNCIA LUSA. Comissão Europeia ameaça Portugal com ação na justiça por lei dos vouchers. *Observador*. Disponível em: <https://observador.pt/2020/07/26/comissao-europeia-ameaca-portugal-com-acao-na-justica-por-lei-dos-vouchers/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- Covid-19. Governo reajusta regime jurídico para viagens canceladas. Disponível em: <https://observador.pt/2020/08/27/covid-19-governo-reajusta-regime-juridico-para-viagens-canceladas/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- AGÊNCIA LUSA. Transporte aéreo de passageiros cai 15,4% no primeiro trimestre, revela INE. *Observador*. Disponível em: <https://observador.pt/2020/06/04/transporte-aereo-de-passageiros-cai-154-no-primeiro-trimestre-revela-ine/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016. ANAC. Disponível em: https://www.anac.gov.br/asuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Resolução nº 556, de 13 de maio de 2020. ANAC. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-556-13-05-2020/@@display-file/arquivo_norma/RA2020-0556.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Resolução nº 563, de 9 de junho de 2020. ANAC. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-563-09-06-2020/@@display-file/arquivo_norma/RA2020-0563.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Governo Federal anuncia medidas para minimizar impactos na aviação civil. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/governo-federal-anuncia-medidas-para-minimizar-impactos-na-aviacao-civil>. Acesso em: 08 nov. 2020.

ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. *CONJUR*, 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opinio-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Os impactos da Lei 14.046/20 nos direitos dos consumidores-turistas. *CONJUR*, 09 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-09/atheniense-targa-lei-1404620-consumidores-turistas>. Acesso em: 08 nov. 2020.

AUTORIDADE NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL. A nossa história. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/vPT/Generico/ANAC/QuemSomos/Historia/Paginas/Historia.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2020.

— Legislação. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/vPT/Passageiros/DireitosPassageiro/Legislacao/Paginas/Legislacao.aspx>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ÁVILA, José Adriano. O fundador do Correio dos Açores e as ligações aéreas para as ilhas (1919-1937). *Correio dos Açores*, 26 abr. 2020. Disponível em: <http://correiodosacores.pt/NewsDetail/ArtMID/383/ArticleID/21581/O-fundador-do-Correio-dos-A231ores-e-as-liga-231245es-a-233reas-para-as-ilhas-1919-1937>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BAGANHA, José Tomas. Introdução ao direito aéreo internacional (2ª. Parte). *Administração*, Macau, n.º 35, vol. X, 1997-1.º, p. 7-33.

BARTSCH, Ronald I. C. *International Aviation Law: a practical guide*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Decreto nº 52.019, de 20 de maio de 1963. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/de->

cret/1960-1969/decreto-52019-20-maio-1963-391861-publicacao original-1-pe.html. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Decreto-lei nº 32, de 18 de novembro de 1966. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/Del0032.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Decreto-lei nº 483, de 8 de junho de 1938. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1937-1946/Del0483.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Lei de 20 de outubro de 1823. *Câmara dos Deputados*. https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Lei nº 4.911, de 12 de janeiro de 1925. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-4911-12-janeiro-1925-565565-publicacaooriginal-89335-pl.html>. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. *Planalto*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565_compilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Lei nº 14.034, de 5 de agosto de 2020. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14034.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Medida Provisória n. 948, de 8 de abril de 2020. *Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.711.866. Agravante: Itaú Seguros S/A. Agravado: Kuehne+Nagel Ser-

viços Logísticos LTDA. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 mar. 2018. Dje 27 mar. 2018.

— Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 373.872. Recorrente: Compagnie Nationale Air France. Recorridos: AGF Brasil Seguros S/A e Outro. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 24 set. 2002. DJ 09 dez. 2002.

— Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Autor: Partido Democrático Trabalhista. Réu: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30 abr. 2009. DJ 5 nov. 2009.

— Supremo Tribunal Federal. Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia. Leading case: RE 636331. Recorrente: Société Air France. Recorrida: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 jul. 2017. Dje 13 nov. 2017.

CARVALHO, Jorge Morais. Covid-19 e o cancelamento de viagens e reservas – Decreto-Lei n.º 17/2020. *Nova Consumer Lab*. Disponível em: <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/covid-19-e-o-cancelamento-de-viagens-e-reservas-decreto-lei-n-o-17-2020/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

— Covid-19, transporte aéreo e outras viagens. *Nova Consumer Lab*. Disponível em: <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/covid-19-transporte-aereo-e-outras-viagens/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CRETELLA NETO, José. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CORONAVIRUS: The world in lockdown in maps and charts. *BBC*, Londres, 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-52103747>. Acesso em: 08 nov. 2020.

COVID crisis will result in fewer airline companies: IATA airlines group head. *Reuters*, 30 out. 2020. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/idUSKBN27F0Z7>. Acesso em: 08 nov. 2020.

DELMONDES, João Paulo Sales; MELLO, Lucas Nasser de. Coronavírus e a MP 948/20 dos eventos e turismo: Um socorro para os artistas e empresários em tempos de pandemia. *Migalhas*, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324569/coronavirus-e-a-mp-948-20-dos-eventos-e-turismo-um-socorro-para-os-artistas-e-empresarios-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 08 nov. 2020.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Iurisprudentia*: Revista da Faculdade de Direito da Ajes. Juína, ano 2, n. 3, jan-jun, p. 9-46. 2013.

FALCÃO, Rebeca de Queiroga. MP n. 948/2020 e os efeitos da Covid-19 para o consumidor. *ConJur*, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur>.

com.br/2020-abr-22/rebeca-falcao-mp-948-efeitos-consumidor. Acesso em: 20 nov. 2020.

FUMICHON, Bruno de Loynes. Introduction au droit comparé. *Journal de Droit Compare Du Pacifique*. v. II, 2013, p. 8-18.

GIMENES, Diego. É possível uma quebradeira em série no setor aéreo? *Veja*, São Paulo, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/e-possivel-uma-quebradeira-em-serie-no-setor-aereo/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

GUERREIRO, João Francisco. Viagens: "Os consumidores têm o direito ao reembolso em dinheiro. E, ponto final". *Diário de Notícias*. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/viagens-os-consumidores-tem-o-direito-ao-reembolso-em-dinheiro-e-ponto-final-12189626.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.

IATA. COVID-19 Testing and Continued Financial Support Crucial to Save Air Transport. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-10-21-04/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

— IATA Reminds Governments in Latin America & Caribbean on Urgency of Relief to the Industry in Face of COVID-19 Crisis. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-04-17-01/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Urgent Implementation of ICAO COVID-19 Guidelines Needed. IATA. Disponível em: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-06-01-01/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

— Indicadores da Competitividade Regulamentar do Transporte Aéreo em Portugal. IATA. Disponível em: https://www.iata.org/contentassets/b4622360bc4d407ab490de53ba_ad3827/portugal-competitiveness-in-dex-report-portuguese.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air done at Montreal on 28 May 1999*. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/M199_EN.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

— *History: The beginning*. Disponível em: https://www.icao.int/EURNAT/Pages/HISTORY/history_1910.aspx. Acesso em 08 nov. 2020.

— *The Paris Convention of 1910: The path to internationalism*. Disponível em: https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1910_the_paris_convention.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.

AYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*: seleção de textos da obra de Erik Jayme. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003.

- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Ministério da Economia divulga lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil. *Governo Federal*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil#:~:text=7%20%2D%20Servicosdealimentacaodeveiculospeasdemotocicletas>. Acesso em: 08 nov. 2020. Acesso em: 08 nov. 2020.
- MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 1000 fev/2019, p. 157-190, 2019.
- *Contrato de transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. *WHO*. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- PORTUGAL. Convenção de Chicago. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/PerfilGenerico/ConvencaoChicago/ConvencaoChicagoVerOriginal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- Decreto-lei nº 12/99. ANAC. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/Passageiros/dl_12_1999.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.
- Decreto-Lei nº 17/2020 de 23 de abril. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/132332504>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- Decreto-lei nº 173/2007 de 8 de maio. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/520832/details/maximized>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- Decreto-lei nº 209/97. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/202780/details/maximized>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- Decreto-Lei nº 209/2005 de 29 de novembro. *DRE*. Disponível em: https://www.anac.pt/vPT/Generico/LegislacaoRegulamentacao/LegislacaoSector/Documents/Defesa%20do%20consumidor/dl_209_2005.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.
- Decreto-Lei nº 321/89, de 25 de setembro. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/548194>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- Decreto-lei nº 26.706, de 20 de junho de 1936. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/360661>. Acesso em: 12 nov. 2020.

— Decreto-lei nº 47.344/66, de 25 de novembro. *PGDL*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 14 nov. 2020.

— Legislação do setor. ANAC. Disponível em: <https://www.anac.pt/PT/Generico/LegislacaoRegulamentacao/LegislacaoSector/Paginas/ListadeDocumentos.aspx>. Acesso em: 11 nov. 2020.

— Lei nº 24/96, de 31 de julho. *PGDL*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis. Acesso em: 11 nov. 2020.

— Lei nº 29/81, de 22 de agosto. *DRE*. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/575922>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PORTUGAL na mira de Bruxelas por não garantir reembolso a viajantes. *Público PT*, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/07/02/economia/noticia/portugal-mira-bruxelas-nao-garantir-reembolso-viajantes-1922784>. Acesso em: 20 nov. 2020.

REDAÇÃO AVIAÇÃO BRASIL. Sindicato Condor (Brasil). *Aviação Brasil*. Disponível em: https://aviacaobrasil.com.br/sindicato_condor_brasil/. Acesso em: 08 nov. 2020.

SARFATTI, Mario. Le droit comparé en fonction de l'unification du droit. *Revue internationale de droit comparé*. V. 3, n. 1, jan-mar 1951, p. 69-74.

TARGA, Maria Luiza Baillo. Responsabilidade civil nos contratos de transporte aéreo internacional: da uniformização à harmonização das legislações aplicáveis. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, v. 110, n. 2, p. 213-233, jan-jun.2019.

— Transporte aéreo internacional: a repercussão da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessária aplicação do CDC em defesa dos interesses dos passageiros. *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v.1, p. 439-474.

TARGA, Maria Luiza Baillo; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, maio-jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do consumidor: direito material e processual*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

TURISMO de Portugal diz que lei dos 'vouchers' é balão de oxigénio para setor. *Jornal Económico*, 12 de setembro. Disponível em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/turismo-de-portugal-diz-que-lei-dos-vouchers-e-balao-de-oxigenio-para-setor-636036>. Acesso em: 20 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGIS-SUM:I33501&from=PT>. Acesso em: 11 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0696>. Acesso em: 26 nov. 2020.

— Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19. *EC Europa*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

— Commission proposes new measures to strengthen air passenger rights. *EC Europa*. Disponível em: https://ec.europa.eu/archives/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/03/passenger-rights-air-revision_en.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

— Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0550&from=PT>. Acesso em: 20 nov. 2020.

— Recomendação (UE) 2020/648 da Comissão de 13 de maio de 2020. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0648&from=PT>. Acesso em: 20 nov. 2020.

— Regulamento (CEE) nº 295/91 do Conselho de 4 de fevereiro de 1991. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991R0295&from=PT>. Acesso em: 12 nov. 2020.

— Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de fevereiro de 2004. *Eur-lex*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:439cd3a7-fd3c-4da7-8bf4-b0f60600c1d6.0010.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 12 nov. 2020.

— Regulamento (CE) nº 889/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de maio de 2002. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0889&from=LT>. Acesso em: 12 nov. 2020.

— Regulamento (CE) nº 2027/97 do Conselho de 9 de outubro de 1997. *Eur-lex*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997R2027&from=FR>. Acesso em: 12 nov. 2020.

— Tourisme et transports: orientations de la Commission sur la reprise des voyages en toute sécurité et sur la relation du secteur touristique européen en 2020 et au-delà. *Ec-Europa*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_854. Acesso em: 20 nov. 2020.

— Transportes aéreos: regras de mercado. *Parlamento Europeu*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_3.4.6.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Lisboa. *Eur-lex*. Disponível em: <http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b-3-8972d8445325.0018.02/DOC19>. Acesso em: 11 nov. 2020.

— Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Eur-lex*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e-1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 11 nov. 2020.

— Viajar durante a pandemia de coronavírus. *EC Europa*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/travel-during-coronavirus-pandemic_pt. Acesso em: 20 nov. 2020.

VALENTE, Jonas. Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social." *Agência Brasil*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. Acesso em: 08. nov. 2020.

OS DEVERES DE INFORMAÇÃO PERANTE INVESTIDORES NÃO PROFISSIONAIS: REFLEXÃO À LUZ DA EQUIPARAÇÃO LEGAL A CONSUMIDORES

*Marisa Silva Monteiro**

SUMÁRIO:

O fenómeno das baixas taxas de juros retiraram interesse aos clássicos depósitos a prazo como instrumento de aforro. As alternativas perfilam-se num cenário de complexificação crescente dos instrumentos financeiros, razão por que a decisão de investimento tem merecido a atenção do legislador, com o especial amparo atribuído aos investidores não profissionais. Essa é a *ratio* das alterações introduzidas pela DMIF II, reforçando a protecção dos investidores não profissionais, desde logo através do robustecimento dos deveres de informação em sede de intermediação financeira.

Sob o prisma dos deveres de informação dos intermediários financeiros, indagaremos da existência (ou não) de diferentes níveis de tutela do investidor (não profissional), à luz do Código dos Valores Mobiliários e do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

PALAVRAS-CHAVE:

Intermediação financeira; deveres de informação; investidor não profissional; investidor-consumidor.

.....

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; advogada; jurisperita e professora universitária.

Sobre isto, nos conselhos que tomava,
Achava mui contrários pareceres;
Que naqueles com quem se aconselhava
Executa o dinheiro seus poderes.
Camões, in *Os Lusíadas* (Canto VIII)

1. A INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA – BREVE ENQUADRAMENTO

Sob o prisma dos investidores (e clientes potenciais investidores), a intermediação financeira apresenta-se como o conjunto de actividades e serviços de investimento em instrumentos financeiros e respectivos serviços auxiliares¹⁻².

A actividade de intermediação financeira resultou da necessidade de eficiência e celeridade no funcionamento do mercado de capitais e da necessidade de facilitar o relacionamento dos investidores com os emitentes de valores mobiliários³.

.....
¹ A lei apresenta uma definição de intermediação financeira por enumeração, no n.º 1 do art. 289.º do CVM, em cujos termos «São actividades de intermediação financeira: a) Os serviços e atividades de investimento em instrumentos financeiros; b) Os serviços auxiliares dos serviços e atividades de investimento; c) [Revogada]; d) O exercício das funções de depositário de instituições de investimento coletivo».

² Para o aprofundamento do tema, v. CÂMARA, Paulo (2011). *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina. 2.º Edição. ANTUNES, José Engrácia (2017). «Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro – Alguns Aspectos». In *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, N.º 56, pp. 31-52. Idem (2007), «Os Contratos de Intermediação Financeira». In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume XXXV, Coimbra, pp. 277-319. GOMES, Fátima (2002). «Contratos de Intermediação Financeira, Sumário Alargado». In *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Almeida Costa*. Lisboa: UCP Editora, pp. 565-599. FARIA, José Manuel (2002). «Regulando a Actividade Financeira: As Actividades de Intermediação Financeira – Razões e Critérios Gerais para a Compartimentação». In *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, N.º 15, pp. 263-286. ALMEIDA, Carlos Ferreira de (1997). «As transacções de conta alheia no âmbito da intermediação no mercado de valores mobiliários». In *AaVv Direito dos Valores Mobiliários*. Lisboa: FDL/Lex, pp. 291-309.

³ *Rectior* «produtores», na terminologia legal actual. A DMIF II substituiu a designação «emitentes» por «produtores», em linha com a definição apresentada pela ESMA: «manufacturer, means, taking into account Recital 15 and Article 9(1) of the MiFID II Delegated Directive, a firm that manufactures

No fundo, a epifania e a relevância da intermediação financeira decorre da complexificação crescente dos mercados e dos instrumentos financeiros⁴, de onde resultou, por sua vez, que as negociações não se processem directamente entre investidores e emitentes, mas sim com a intervenção intermédia⁵ de profissionais qualificados e autorizados para o efeito⁶, a quem a lei passou a atribuir o exercício exclusivo das actividades de intermediação financeira⁷⁻⁸, em ordem a estabelecer o encontro entre os investidores (a procura) e os emitentes/produtores (a oferta)⁹. Com efeito, a intermedia-

na investment product, including the creation, development, issuance or desing of that product, including when advising corporate issuers on the launch of a new product». In *Final Report – guidelines (...)*, ESMA35-43-620, 2 june 2017, p. 32.

⁴ O conceito de instrumento financeiro é um pouco mais amplo do que o de valor mobiliário, incluindo, por exemplo, os derivados. Não é um conceito tão sedimentado em termos conceptuais-legais, mas é a designação preferencial do CVM, indicando alguns, em *numerus apertus*, como resulta do n.º 2 do art. 2.º, em que se diz que «As referências feitas no presente Código a instrumentos financeiros devem ser entendidas de modo a abranger os instrumentos mencionados nas alíneas a) a g) do número anterior». Para mais desenvolvimentos, consultar CÂMARA, Paulo, ob. cit., pp. 200 e ss..

⁵ Intermediação *hic sensu*.

⁶ São intermediários financeiros apenas as entidades qualificadas como tal nos termos do art. 293.º do CVM e o exercício profissional de qualquer actividade de intermediação financeira depende de autorização da entidade competente e também de registo junto da CMVM, de acordo com o art. 295.º do CVM. Ver também nota 10.

⁷ As actividades de intermediação financeira constam do catálogo legal do n.º 1 do art. 289.º do CVM (v. nota 1). No art. 290.º encontramos o elenco de serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros e no art 291.º os serviços auxiliares também considerados actividades de intermediação financeira.

⁸ A lei refere expressamente que «só os intermediários financeiros podem exercer, a título profissional, actividades de intermediação financeira» (art. 289.º, n.º 2 do mesmo CVM).

⁹ Os sujeitos do mercado de valores mobiliários são os emitentes (produtores), os investidores e os intermediários financeiros. Para a caracterização de cada sujeito, consultar CÂMARA, Paulo (2011), *op. cit.*, pp. 219 e ss., em que o autor explica que os emitentes são «produtores dos valores mobiliários», que os investidores são «titulares potenciais ou efectivos de valores mo-

ção financeira só pode ser exercida profissionalmente pelas entidades qualificadas como intermediários financeiros nos termos do Código dos Valores Mobiliários (CVM)¹⁰⁻¹¹.

São dois os grandes tipos de actividades que integram a intermediação financeira: os serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros e os serviços auxiliares conexos.

Os primeiros constam do elenco taxativo do n.º 1 do art. 290.º do CVM e compreendem a recepção e transmissão de ordens por conta de outrem; a execução de ordens por conta de outrem; a gestão de carteiras por conta de outrem; os serviços e actividades de tomada firme e colocação com ou sem garantia; a negociação por conta própria; a consultoria para investimento; a gestão de sistema de negociação multilateral e a gestão de sistema de negociação organizado¹².

.....
biliários ou outros instrumentos financeiros) e, relativamente aos intermediários financeiros, anota a circunstância de o CVM fazer destes «prestadores de serviços no âmbito mobiliário» um conceito central, nos termos da «delimitação empreendida pelo art. 293.º».

¹⁰ Como resulta do n.º 2 do art. 289.º do CVM, o exercício, a título profissional, de actividades de intermediação financeira é reservado exclusivamente por lei às entidades elencadas no art. 293.º do CVM que são as seguintes:

«a) As instituições de crédito e as empresas de investimento que estejam autorizadas a exercer actividades de intermediação financeira em Portugal; b) [Revogada]; c) As instituições com funções correspondentes às referidas na alínea a) que estejam autorizadas a exercer em Portugal qualquer actividade de intermediação financeira; d) [Revogada]. 2 - São empresas de investimento em instrumentos financeiros: a) As sociedades corretoras; b) As sociedades financeiras de corretagem; c) As sociedades gestoras de patrimónios; d) As sociedades mediadoras dos mercados monetário e de câmbios; e) As sociedades de consultoria para investimento; f) As sociedades gestoras de sistemas de negociação multilateral ou organizado; g) Outras que como tal sejam qualificadas por lei, ou que, não sendo instituições de crédito, sejam pessoas cuja actividade, habitual e profissionalmente exercida, consista na prestação, a terceiros, de serviços de investimento, ou no exercício de actividades de investimento.».

¹¹ Sobre o Código dos Valores Mobiliários e o seu posicionamento no quadro legal português, v. por todos ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2000). «O Código dos Valores Mobiliários e o Sistema Jurídico». In *Cadernos dos Valores Mobiliários*, N.º 7, pp. 20-47.

¹² E o n.º 2 do art. 290.º do CVM mais esclarece que «A recepção e transmissão de ordens por conta de outrem inclui a colocação em contacto de dois ou mais investidores com vista à realização de uma operação».

Os serviços auxiliares são também só os previstos na lei (art. 291.º do CVM) e abarcam o registo e depósito de instrumentos financeiros; a concessão de crédito, incluindo o empréstimo de valores mobiliários para a realização de operações sobre instrumentos financeiros em que intervém a entidade concedente de crédito; a elaboração de estudos de investimento, análise financeira ou outras recomendações genéricas relacionadas com operações em instrumentos financeiros; a consultoria sobre estrutura de capital, estratégia industrial e questões conexas bem como sobre fusão e aquisição de empresas; a assistência em oferta pública relativa a valores mobiliários; os serviços de câmbio e aluguer de cofres-fortes ligados à prestação de serviços de investimento; e os serviços e as actividades enunciados no n.º 1 do artigo 290.º do CVM, quando se relacionem com determinados activos¹³.

.....

¹³ Quando relacionados com os activos subjacentes aos instrumentos financeiros mencionados nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) e na alínea f) do n.º 1 do artigo 2.º do CVM que são os seguintes: «iii) Mercadorias, variáveis climáticas, tarifas de fretes, taxas de inflação ou quaisquer outras estatísticas económicas oficiais, com liquidação financeira ainda que por opção de uma das partes; iii) Mercadorias, que possam ser objeto de liquidação física, desde que sejam transacionados em mercado regulamentado ou em sistemas de negociação multilateral ou organizado, com exceção dos produtos energéticos grossistas negociados em sistema de negociação organizado que só possam ser liquidados mediante entrega física, conforme definido em regulamentação e atos delegados da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, ou, não se destinando a finalidade comercial, tenham características análogas às de outros instrumentos financeiros derivados nos termos da referida regulamentação e atos delegados; [e] f) Quaisquer outros contratos derivados, nomeadamente os relativos a qualquer dos elementos indicados em regulamentação e atos delegados da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, desde que tenham características análogas às de outros instrumentos financeiros derivados nos termos definidos na referida regulamentação e atos delegados».

2. INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS – DEVERES GERAIS DE CONDUTA

Na sequência da crise financeira de 2007, o legislador europeu elevou o nível de exigência relativamente à informação a prestar aos investidores, uma vez que a crise deixou a nu que a tutela legal dos investidores não profissionais¹⁴ era insuficiente.

.....

¹⁴ *A contrario sensu*, investidores não profissionais são os investidores que não integrem nenhuma das categorias indicadas no art. 30.º do CVM e/ou, no caso dos investidores particulares, são as pessoas singulares que não preencham os requisitos da al. j) do n.º 1 do citado art. 30.º. A definição legal (definição por enumeração) de quem é investidor profissional consta do art. 30.º do CVM que diz que «1 - Sem prejuízo do disposto nos artigos 317.º e 317.º-A, consideram-se investidores profissionais as seguintes entidades: a) Instituições de crédito; b) Empresas de investimento; c) Empresas de seguros; d) Instituições de investimento coletivo e respetivas sociedades gestoras; e) Fundos de pensões e respetivas sociedades gestoras; f) Outras instituições financeiras autorizadas ou reguladas, designadamente entidades com objeto específico de titularização, respetivas sociedades gestoras, se aplicável, e demais sociedades financeiras previstas na lei, sociedades de capital de risco, fundos de capital de risco e respetivas sociedades gestoras; g) Instituições financeiras de Estados que não sejam membros da União Europeia que exerçam atividades semelhantes às referidas nas alíneas anteriores; h) Entidades que negociem em instrumentos financeiros sobre mercadorias; i) Governos de âmbito nacional e regional, bancos centrais e organismos públicos a nível nacional ou regional que administram a dívida pública ou que gerem fundos destinados ao financiamento de sistemas de segurança social ou de regimes de pensões de reforma ou de proteção de trabalhadores, instituições supranacionais ou internacionais, designadamente o Banco Central Europeu, o Banco Europeu de Investimento, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial; j) Pessoas que prestem serviços de investimento, ou exerçam atividades de investimento, que consistam, exclusivamente, na negociação por conta própria nos mercados a prazo ou a contado, neste caso com a única finalidade de cobrir posições nos mercados de derivados, ou na negociação ou participação na formação de preços por conta de outros membros dos referidos mercados, e que sejam garantidas por um membro compensador que atue nos mesmos, quando a responsabilidade pela execução dos contratos celebrados for assumida por um desses membros; k) Pessoas coletivas cuja dimensão, de acordo com as suas últimas contas individuais, satisfaça dois dos seguintes critérios: i) Capital próprio de 2 milhões de euros; ii) Ativo total de vinte milhões de euros; iii) Volume de negócios líquido de quarenta milhões de euros; l) Pessoas a quem tenha sido conferido esse tratamento, nos termos do artigo 317.º-B. 2 - (Revogado.) 3

Por isso, em 2014, a Directiva relativa aos Mercados de Instrumentos Financeiros (conhecida como DMIF I)¹⁵ foi revista e alterada (pela DMIF II)¹⁶, com especial incidência nos deveres de informação, tendo visado também reforçar o quadro regulatório do mercado de capitais, aumentar a transparência, recuperar a confiança dos investidores e definir um quadro de maior responsabilização dos intervenientes no mercado¹⁷⁻¹⁸.

- (Revogado.) 4 - A CMVM pode, por regulamento, qualificar como investidores profissionais outras entidades dotadas de uma especial competência e experiência relativas a instrumentos financeiros, nomeadamente emitentes de valores mobiliários, definindo os indicadores económico-financeiros que permitem essa qualificação. 5 - Para efeitos da qualificação da oferta e sem prejuízo da legislação aplicável em matéria da protecção de dados pessoais, os intermediários financeiros comunicam ao emitente, a pedido deste, a respetiva categorização dos seus clientes.»

¹⁵ O acrónimo DMIF (ou MiFID, na sigla em inglês) corresponde à designação abreviada vulgarmente utilizada na referência às directivas comunitárias relativas aos mercados de instrumentos financeiros: DMIF I é, pois, a forma simplificada de menção à Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, entretanto alterada pela DMIF II, como diremos em texto.

¹⁶ DMIF II - Directiva 2014/65/UE do Parlamento e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, relativa aos Mercados de Instrumentos Financeiros, que altera a DMIF I (ver nota anterior), a qual, por sua vez, foi entretanto alterada pela Directiva (UE) 2016/1034 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Junho de 2016.

¹⁷ Como se pode ler no considerando (4) da DMIF II, «A crise financeira revelou deficiências no funcionamento e na transparência dos mercados financeiros. A evolução dos mercados financeiros realçou a necessidade de reforçar o quadro da regulamentação dos mercados de instrumentos financeiros incluindo situações em que a negociação nestes mercados é efetuada no mercado de balcão (OTC, over-the-counter), a fim de aumentar a transparência, melhor proteger os investidores, [e] reforçar a confiança». Na transposição, veja-se a nova redacção dada aos arts. 312.º; 313; 314.º; 314.º-A e 314.º-D do CVM e o aditamento dos arts. 312.º-H; 313.º-A; 313.º-B e 313.º-C.

¹⁸ Note-se o que diz a presidente da comissão executiva da CMVM sobre a DMIF II: foi «revista em resultado de uma profunda reflexão pós-crise [2007]» e que terá «provavelmente representado a mais decisiva evolução regulatória e os mais transformadores impactos no mercado financeiro, ao nível das regras pelas quais os intermediários financeiros passaram a ter de pautar a respetiva organização e conduta; mas também, ou sobretudo, no que respeita a uma igualmente decisiva conformação e modelação da abordagem e de uma renovada cultura e lógica do mercado, intensamente

A DMIF II¹⁹ reforçou a tutela da posição dos investidores (sobretudo) não profissionais²⁰, aumentando as exigências dos deveres de informação a que adstringe os intermediários financeiros tanto na fase pré-contratual, como na fase de execução dos contratos, como no período pós-contratual. Reviu também a informação que deve ser obtida junto dos clientes, com destaque para o princípio *know your client* que melhor veremos *infra*.

O legislador é chamado a compor um equilíbrio instável por natureza: do lado do intermediário financeiro, com a pressão para alcançar objectivos comerciais e do lado do investidor, com o direito à informação²¹ e o desejo legítimo de rentabilidade. Na verdade, tende a existir um grande desequilíbrio de posições negociais entre intermediário financeiro e investidor²². Vale isto por dizer que na relação entre intermediário financeiro e investidor, as partes não se encontram numa posição de paridade, ao arrepio dos princípios gerais contratuais, razão por que o legislador tem vindo a intervir sucessivamente no sentido de densificar os deveres legais dos intermediários financeiros para com os clientes, desde logo no que respeita à qualidade da informação e à adequação do investimento a cada investidor individualmente considerado.

.....
focada na protecção do investidor» - cfr. DIAS, Gabriela Figueiredo (2021). In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários – sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, pp. 7 e 8.

¹⁹ Transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho e em vigor desde Agosto de 2018.

²⁰ Vide penúltima e antepenúltima notas.

²¹ Num quadro médio de literacia financeira habitualmente baixo. Aliás, mesmo em quadros de literacia financeira médios ou acima da média, os níveis de informação do intermediário financeiro e do investidor (ou potencial investidor) não profissional são desequilibrados, desde logo pela desigualdade de meios e de capacidade técnica e de mobilização de recursos técnicos e humanos na busca e análise da informação relevante.

²² Neste sentido, RODRIGUES, Sofia Nascimento (2001). *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, p. 52.

Os deveres legais de conduta que impendem sobre os intermediários financeiros estão previstos no Código dos Valores Mobiliários (CVM)²³ que tem vindo cada vez mais a guarnecer a posição dos investidores não profissionais que aplicam as suas poupanças em instrumentos financeiros²⁴.

Podemos reputar os artigos 304.º e 304.º-A do CVM como «normas-eixo» da regulação dos deveres de conduta e dos específicos termos da responsabilidade decorrente da violação dos princípios gerais que regem a intermediação financeira.

Ora, se perguntarmos pela fonte principal das obrigações dos intermediários financeiros, a resposta é a lei, (*in casu*) o CVM²⁵

.....

²³ O Código dos Valores Mobiliários foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro. Como explica ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2000), em «O Código dos Valores Mobiliários e o Sistema Jurídico». In *Cader-nos do Mercado de Valores Mobiliários - N.º 7*. Lisboa: Ed. CMVM, p. 21., «O Código do Mercado de Valores Mobiliários, de 1991, era um texto inovador e de elevado mérito que introduziu no direito português alguns institutos dos valores mobiliários até então desconhecidos ou escassamente regulados. (...) O novo texto legal (...) surge com a pretensão de simplificar, flexibilizar, modernizar e facilitar a internacionalização (...). Por isso, em contraste com o Código anterior, tem uma atitude de confiança na possibilidade de relação harmoniosa quer com as outras leis do País quer com outras normas reconhecidas pelo sistema jurídico do Estado português que regulam matérias afins ou complementares. O novo Código dos Valores Mobiliários (CVM) constitui assim não só o corpo principal das normas legais de direito mobiliário português mas também o centro de remissão para uma rede de outras normas, com origem e natureza diversificadas, que são igualmente aplicáveis nas relações jurídicas mobiliárias.».

²⁴ A lei de transposição da DMIF II introduziu nova redacção a muitas das normas da subsecção do CVM relativa a «informação a investidores» (arts. 312.º a 314.º-D) - arts. 312.º; 313; 314.º; 314.º-A e 314.º-D - e aditou ainda vários preceitos legais a esta mesma subsecção - arts. 312.º-H; 313.º-A; 313.º-B e 313.º-C.

²⁵ O CVM rege muitas matérias, tais como os valores mobiliários, ofertas públicas a estes respeitantes, instrumentos financeiros, respectivas formas organizadas de negociação e as actividades de intermediação financeira. Nos termos do n.º 1 do art. 2.º do CVM, o seu âmbito de aplicação material é o seguinte: «a) Os valores mobiliários e as ofertas públicas a estes respeitantes; b) Os instrumentos do mercado monetário, com excepção dos meios de pagamento; c) Os instrumentos derivados para a transferência do risco de crédito; d) Os contratos diferenciais; e) As opções, os futuros, os swaps,

que rege as actividades de intermediação financeira²⁶ e, de acordo com um critério de desgradação normativa²⁷, a

.....
os contratos a prazo e quaisquer outros contratos derivados relativos a: i) Valores mobiliários, divisas, taxas de juro ou de rendibilidades, licenças de emissão ou relativos a outros instrumentos derivados, índices financeiros ou indicadores financeiros, com liquidação física ou financeira; ii) Mercadorias, variáveis climáticas, tarifas de fretes, taxas de inflação ou quaisquer outras estatísticas económicas oficiais, com liquidação financeira ainda que por opção de uma das partes; iii) Mercadorias, que possam ser objeto de liquidação física, desde que sejam transacionados em mercado regulamentado ou em sistemas de negociação multilateral ou organizado, com exceção dos produtos energéticos grossistas negociados em sistema de negociação organizado que só possam ser liquidados mediante entrega física, conforme definido em regulamentação e atos delegados da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, ou, não se destinando a finalidade comercial, tenham características análogas às de outros instrumentos financeiros derivados nos termos da referida regulamentação e atos delegados; f) Quaisquer outros contratos derivados, nomeadamente os relativos a qualquer dos elementos indicados em regulamentação e atos delegados da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, desde que tenham características análogas às de outros instrumentos financeiros derivados nos termos definidos na referida regulamentação e atos delegados; g) Licenças de emissão, nos termos e para os efeitos do Regulamento (UE) n.º 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, do Regulamento (UE) n.º 1031/2010, da Comissão de 12 de novembro de 2010 e da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014; h) As formas organizadas de negociação de instrumentos financeiros referidos nas alíneas anteriores, a liquidação e a compensação de operações àqueles respeitantes e as atividades de intermediação financeira; i) O regime de supervisão e sancionatório relativo aos instrumentos e às atividades mencionadas nas alíneas anteriores.» e o n.º 2 esclarece que «As referências feitas no presente Código a instrumentos financeiros devem ser entendidas de modo a abranger os instrumentos mencionados nas alíneas a) a g) do número anterior».

²⁶ Cfr. parte final da alínea h), do n.º 1, do art. 2.º do CVM (v. transcrição do preceito na nota anterior).

²⁷ Como é dito no n.º 4 do preâmbulo do CVM: «O dinamismo do sistema financeiro a nível internacional exigia a adopção de regras e de procedimentos flexíveis, capazes de transmitir ao texto legislativo alguma durabilidade. Assim, privilegiou-se a consagração de princípios e de regras gerais e recorreu-se com frequência a conceitos indeterminados e a cláusulas gerais, cuja densificação se espera que seja continuada pela jurisprudência, pela prática das autoridades administrativas e pela doutrina. Na medida do razoável, deixou-se a concretização da lei para regras de outra natureza, de acordo com um critério de desgradação normativa que con-

CMVM, enquanto autoridade pública administrativa que no âmbito das suas competências de regulação e supervisão do sistema financeiro²⁸, produz as mais relevantes normas regulamentares²⁹, em conformidade com as atribuições que lhe atribui a própria lei (art. 353.º do CVM).

.....

cede amplo espaço, por um lado, aos regulamentos administrativos, em particular da CMVM, e, por outro, a uma moderada auto-regulação por outras entidades que actuam no mercado. Quanto ao primeiro aspecto, esta orientação foi acompanhada por uma outra, paralela, no sentido de limitar a discricionariedade das autoridades administrativas, nomeadamente através da fixação de critérios de regulação e de decisão. Quanto ao segundo aspecto, pretendeu-se deixar claro que, neste domínio, o desenvolvimento e a aplicação da maioria dos institutos consagrados dependem do exercício dinâmico da autonomia privada».

²⁸ O art. 353.º do CVM estabelece que «1 - São atribuições da CMVM, além de outras constantes do seu estatuto: a) A supervisão das formas organizadas de negociação de instrumentos financeiros, das ofertas públicas relativas a valores mobiliários, da compensação e da liquidação de operações àqueles respeitantes, dos sistemas centralizados de valores mobiliários, do registo inicial ou da administração de sistema de registo centralizado, e das entidades referidas no artigo 359.º; b) A regulação do mercado de instrumentos financeiros, das ofertas públicas relativas a valores mobiliários, das atividades exercidas pelas entidades sujeitas à sua supervisão e de outras matérias previstas no presente Código e em legislação complementar; c) (Revogada.); d) A supervisão dos índices de referência de quaisquer instrumentos financeiros. 2 - No exercício e no âmbito das suas atribuições a CMVM coopera com outras autoridades nacionais e estrangeiras que exerçam funções de supervisão e de regulação do sistema financeiro e com organizações internacionais de que seja membro.».

²⁹ Também há matérias regulamentadas por portaria ministerial (Ministério das Finanças), de acordo com as atribuições do Governo, fixadas pelo art. 352.º do CVM, em cujos termos: «1 - Através do Ministro das Finanças, o Governo pode: a) Estabelecer políticas relativas ao mercado de instrumentos financeiros e, em geral, às matérias reguladas no presente Código e em legislação complementar; b) Exercer, em relação à CMVM, os poderes de tutela conferidos pelo estatuto desta entidade; c) Coordenar a supervisão e a regulação relativas a instrumentos financeiros, quando a competência pertença a mais de uma entidade pública. 2 - Quando no mercado de instrumentos financeiros se verifique perturbação que ponha em grave risco a economia nacional, pode o Governo, por portaria do Primeiro-Ministro e do membro do Governo responsável pela área das finanças, ordenar as medidas apropriadas, nomeadamente a suspensão temporária de mercados

Os deveres gerais da conduta dos intermediários financeiros assentam em três princípios, inscritos na referida norma-eixo do art. 304.º do CVM: o princípio da actuação norteada pela protecção dos interesses dos clientes e da eficiência do mercado (n.º 1); o princípio da actuação em obediência aos ditames da boa-fé, e «de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência» (n.º 2) e o princípio da recolha de informação junto dos clientes sobre os seus conhecimentos e experiência relativamente ao instrumento financeiro ou aos serviços oferecidos ou procurados (n.º 3).

Note-se como o n.º 2 o art. 304.º eleva a fasquia do homem medianamente diligente (do art. 487.º, n.º 2 do CC) e submete os intermediários financeiros a um padrão bem mais exigente, um «padrão de *diligentissimus pater familias*, em que (...) estão em causa os cuidados especiais que só as pessoas muito prudentes observam»³⁰.

Por outro lado, a lei impõe ao intermediário financeiro o não acantonamento na prestação de informação, obrigando-o a recolher informação junto dos clientes, obrigan-

.....

regulamentados ou sistemas de negociação multilateral ou organizado, de certas categorias de operações ou da atividade de entidades gestoras de mercados regulamentados, de sistemas de negociação multilateral ou organizado, de sistemas de liquidação, de câmara de compensação, de sistemas centralizados de valores mobiliários, de registo inicial ou de administração de sistema de registo centralizado e de contrapartes centrais.».

³⁰ Cfr. SANTOS, Gonçalo Castilho dos (2008). *A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente*. Coimbra: Almedina, p. 210. No mesmo sentido, o acórdão do STJ, de 10.04.2018 (Proc. n.º 753/16.4 TBLSB. L1.S1), relatado por Fonseca Ramos, refere que «O dever contratual de agir de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência, impostos ao intermediário financeiro no interesse legítimo dos seus clientes, não é mais, afinal, que o dever de agir de boa fé, constituindo um dever principal – a prestação propriamente dita no complexo obrigacional a cargo do intermediário financeiro» – cfr. texto integral disponível em www.dgsi.pt.

do-o, no fundo, a conhecer os seus clientes. Neste âmbito, impende sobre o intermediário financeiro um *dever de iniciativa*, ele deve informar-se sobre cada cliente e disponibilizar a cada um deles informação completa, clara e adequada tendo em conta a decisão que o cliente pretende tomar.

O(s) dever(es) de informação reveste(m) ampla extensão, nesta dupla dimensão de dever de transmissão e dever de recolha de elementos, de acordo com a amplitude que intencionalmente lhe dá o art. 304.º do CVM.

2.1. OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

O dever de informação é o *dever maior* na relação entre intermediário financeiro e investidor, situando-se para lá das estritas obrigações legais que ele comporta, porque alicerça a confiança em que se funda a intermediação financeira³¹.

O CVM juridifica, em dois momentos normativos, aspectos respeitantes à informação. Logo nas disposições gerais iniciais, consagra um capítulo inteiro³² à qualidade e tipo de informação, onde inscreve como princípio geral que a infor-

.....

³¹ A relação de intermediação financeira não corresponde, é certo, a um negócio fiduciário no sentido próprio dos negócios jurídicos subsumíveis a esta qualificação categorial, mas não deixa de ser uma relação fiduciária, uma relação emergente e assente na *fiducia*, na confiança que une as partes, desde logo e destacadamente se o intermediário financeiro é um banco (o que na prática ocorre com elevada frequência). Com efeito, a melhor doutrina perspectiva a relação cliente-banco como uma relação de confiança – v. por todos, CORDEIRO, António Menezes (2010). *Manual de Direito Bancário*. Coimbra: Almedina (4.ª edição), pp. 234 e ss.).

³² Capítulo III (Informação) do Título I (Disposições Gerais) - arts. 7.º a 12.º-E do CVM.

mação «deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita» (art. 7.º, n.º 1)³³⁻³⁴.

A preocupação do legislador com a qualidade da informação (sobretudo prestada aos investidores) perpassa todo o CVM. Nas disposições gerais, o art. 7.º exige que a informação se pautе por *verdade, completude, actualidade, clareza, objectividade e licitude* e mais à frente, na parte do Código que regula a actividade de intermediação financeira³⁵, o legislador fixa as regras para a informação a prestar e a recolher pelos intermediários financeiros junto dos investidores, onde os deveres de informação assumem a qualidade de verdadeiros princípios-deveres (gerais).

Na regulação dos serviços de intermediação financeira³⁶, o art. 304.º do CVM, como enunciámos, é a norma-âncora dos grandes princípios de actuação dos intermediários financeiros.

A confiança em que se funda a relação de base social e económica de onde emerge a relação de intermediação financeira é essencial para que os investidores apliquem as suas poupanças e realizem investimentos em instrumentos financeiros, e confiança só se consegue com informação clara e credível.

Vimos já que os intermediários financeiros estabelecem o contacto entre os investidores e o mercados e que esta in-

.....
³³ É o que ordena o art. 7.º do CVM, no seu n.º 1: «A informação respeitante a instrumentos financeiros, a formas organizadas de negociação, às atividades de negociação, às atividades de intermediação financeira, à liquidação e à compensação de operações, a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, atual, clara objetiva e lícita».

³⁴ Sobre a qualidade da informação, v., entre outros, GONZALEZ, Boullosa Pedro (2014). «Qualidade da informação». In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, N.º 49, pp. 1-10.

³⁵ Título VI - arts. 289.º a 351.º do CVM.

³⁶ Entre os arts. 304.º e 320.º do CVM.

termediação existe para que o sistema financeiro opere de modo eficaz.

Mais a protecção dos investidores e a segurança de funcionamento regular/regulado dos mercados³⁷ são bens jurídicos cuja tutela é elevada à categoria de princípio constitucional. A Lei Fundamental proclama no seu art. 101.º que «o sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social».

A protecção dos investidores é o princípio fundamentante da intermediação financeira^{38,39}, o que explica a existência de diversos preceitos legais sobre deveres informativos e a tutela constitucional de salvaguarda de um sistema financeiro seguro para o aforro e os aforradores.

O princípio da protecção dos investidores materializa-se, entre outras dimensões, no dever de tratamento equitativo dos investidores e, numa precipitação do mesmo em conformidade com o princípio da igualdade material⁴⁰, o legislador

³⁷ «É a existência de uma informação tão completa, verosímil e clara quanto possível que constitui a garantia essencial de funcionamento regular dos mercados», defende FERREIRA, Eduardo Paz (2000). «Informação e Mercado de Valores Mobiliários». In AaVv, *Separata da Revista da Banca*, N.º 50, p. 11.

³⁸ Neste sentido, RODRIGUES, Sofia Nascimento (2001). *A Protecção dos Investidores...*, ob. cit., pp. 23 e ss. e CASTRO, Carlos Osório de (1997), «A Informação do Direito do Mercado de Valores Mobiliários». In *Direito dos Valores Mobiliários*. Lisboa: Lex, pp. 333 e ss..

³⁹ A protecção dos investidores é o «mais nobre e mais essencial desígnio» da missão dos supervisores financeiros, nas palavras da presidente da comissão executiva da CMVM - cfr. DIAS, Gabriela Figueiredo (2021). In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários...*, op. cit., p. 10.

⁴⁰ Como determina o art. 13.º da CRP, «1- Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei» e «2- Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

impõe aos intermediários financeiros que *tratem igualmente os investidores que são iguais e desigualmente os que são desiguais*, ao determinar que a informação prestada deve ser tanto mais extensa e profunda quanto menor for o grau de conhecimento e experiência do cliente (n.º 2 do art. 312.º do CVM). E nessa exacta medida, a lei protege mais os investidores com menos conhecimentos, experiência e capacidade de análise (dos instrumentos financeiros e dos riscos associados aos investimentos).

Assim, a lei exige que a extensão e profundidade da informação a prestar pelo intermediário financeiro seja tanto maior quanto menor for o conhecimento e a experiência do cliente: é a consagração do princípio da proporcionalidade inversa⁴¹⁻⁴².

E o legislador identifica outrossim um desnível de posições entre investidores mais e menos conhecedores e mais e menos experientes em investir em instrumentos financeiros, com reflexos na respectiva capacidade de análise da informação recebida dos intermediários financeiros. Por isso, a lei distingue duas grandes categorias de investidores: investidores profissionais e não profissionais⁴³.

Pelas razões preditas de menor experiência e menor literacia financeira, os investidores não profissionais são mais protegidos na sua relação com os intermediários financeiros, titulando específicos direitos de informação. Do lado passivo, os intermediários financeiros ficam sujeitos a apertados deveres de conduta e de informação, tanto na fase pré-contratual (ex: n.º 1 do art. 312.º) como na fase contratual (ex: art. 321.º-A) bem como durante a execução dos contratos⁴⁴ (ex: art. 323.º).

.....
⁴¹ Inscrito no n.º 2 do art. 312.º do CVM (citado em texto).

⁴² V. sobre o tema, por todos, RODRIGUES, Sofia do Nascimento, ob. cit., pp. 28-29.

⁴³ A terceira categoria de investidores é a de contrapartes elegíveis, mas sem relevo para o nosso estudo, pois são quem tem mais experiência e conhecimento dos mercados - cfr. regulação no art. 317.º-D.

⁴⁴ Contratos de intermediação financeira que se encontram regulados nos arts. 321.º e ss. do CVM.

2.1.1. OS CONTRATOS DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA E AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Na prática, a formalização da (prestação dos serviços de) intermediação financeira⁴⁵ acontece quase sempre através de contratos de adesão⁴⁶, isto é, recorrendo a cláusulas contratuais gerais, cláusulas elaboradas prévia e unilateralmente por uma das partes, no caso, o intermediário financeiro, cláusulas que são uniformes, não susceptíveis de negociação, padronizadas e destinadas a um universo vasto e indeterminado de clientes / potenciais investidores⁴⁷.

No quadro legal português, inexistem cláusulas gerais dos bancos⁴⁸ ou dos intermediários financeiros, valendo neste âmbito o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais – do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (RCCG) – que se aplica aos contratos de intermediação financeira, por não ser excepcionado pelo art. 3.º do RCCG⁴⁹ e por existir uma remissão expressa do CVM para tal regime, como veremos já.

⁴⁵ No sentido da recondução da intermediação à prestação de serviços, ver DUARTE, Rui Pinto (2000), «Contratos de Intermediação no Código dos Valores Mobiliários». In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, N.º 7, p. 354.

⁴⁶ Ensina superiormente o Professor Pinto Monteiro que os contratos de adesão são aqueles que se caracterizam pela inclusão de «cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro» - cfr. MONTEIRO, António Pinto (2002). «O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais». In *ROA*, Ano 62, Vol. I - Jan. 2002, texto disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>.

⁴⁷ Para uma leitura sobre a qualificação dos contratos de intermediação financeira como contratos de adesão, vide por todos DUARTE, Rui Pinto (2000), «Contratos de Intermediação...», op. cit., pp. 361-362 e ANTUNES, José Engrácia (2007), «Os Contratos de Intermediação Financeira», ob. cit..

⁴⁸ Ao contrário, a Alemanha possui cláusulas gerais dos bancos – cfr. SILVA, João Calvão da (2013). *Banca, Bolsa e Seguros*. Tomo I - Parte Geral. Coimbra: Almedina. 4.ª edição, revista e aumentada, p. 176.

⁴⁹ Diz o art. 3.º do RCCG que «O presente diploma não se aplica: a) A cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; b) A cláusulas que resultem de

O funcionamento dos mercados impõe a utilização de cláusulas contratuais gerais, porque não se compadeceria com um processo negociatório prévio e individual⁵⁰⁻⁵¹. Por outro lado, a profissionalização⁵² e a proliferação de intermediários financeiros, as apertadas regras de acesso à actividade⁵³ bem como a sujeição do seu exercício a supervisão demandam também uma padronização (no sentido de homogeneização) dos diversos tipos de contratos de intermediação financeira.

Ora, o legislador reconheceu esta realidade e verteu-a em lei, permitindo expressamente que os contratos de intermediação financeira possam ser celebrados com recurso a

tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; c) A contratos submetidos a normas de direito público; d) A actos do direito da família ou do direito das sucessões; e) A cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho».

⁵⁰ Bebemos ainda dos ensinamentos do insigne Professor Pinto Monteiro que os contratos de adesão são «"uma manifestação jurídica da moderna vida económica" (subtítulo do conhecido estudo de Carlos Mota Pinto sobre o tema, publicado em 1973), perante um modo de contratação típico da sociedade industrial moderna, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços. Dir-se-á que à produção e distribuição "standard" corresponde, no plano negocial, a contratação "standard": produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações prévias entre as partes» - cfr. MONTEIRO, António Pinto (2002), *O novo regime jurídico dos contratos de adesão*, op. cit., in ROA, Ano 62 (v. nota 46).

⁵¹ Para aprofundamento do tema dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais, além da ob. e autor cit. na nota anterior, vide também CORDEIRO, António Menezes (2000). *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*. Coimbra: Almedina, tomo I, 2.ª ed., pp. 411 e ss.; RIBEIRO, Joaquim de Sousa (1990). *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*. Coimbra: Almedina. TELLES, Inocêncio Galvão (1995). *Das condições gerais dos contratos e da Directiva europeia sobre as cláusulas abusivas*. In «O Direito», ano 127.º, pp. 297 e ss..

⁵² O exercício profissional de qualquer actividade de intermediação financeira (art. 289.º do CVM) depende de autorização pela entidade competente e registo prévio junto da CMVM, nos termos do art. 295.º do CVM.

⁵³ Cfr. art. 295.º e ss. do CVM.

cláusulas gerais (art. 321.º, n.º 2), mais convocando a aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais aos contratos de intermediação financeira, equiparando, para o efeito, investidores não profissionais e consumidores (n.º 3 do art. 321.º).

2.1.2. OS CONTRATOS DE INTERMEDIAÇÃO FINANCEIRA COMO CONTRATOS DE ADESÃO

O Código dos Valores Mobiliários determina expressamente, no n.º 3 do art. 321.º, a aplicação do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)⁵⁴ aos contratos de intermediação financeira e equipara investidores não profissionais⁵⁵ a consumidores, para os efeitos da aplicação do dito regime dos contratos de adesão.

O conceito de consumidor é-nos dado pela definição constante do n.º 1 do art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho)⁵⁶: «todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios».

E os elementos desta descrição, pela sua amplitude, permitem a equivalência frequente dos investidores não profissionais aos consumidores, embora não seja consensual a ideia de que os investidores não profissionais são consumidores, *sic et simpliciter*.

SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, por exemplo, afirma peremptoriamente que um investidor não profissional é um

.....

⁵⁴ Ver também notas 46 e 47.

⁵⁵ Ver notas 14 e 63.

⁵⁶ Definição com a valoração normativa própria das definições legais, como ensina MACHADO, João Baptista (1990). *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 4.ª reimpressão, pp. 110-111.

consumidor, em homenagem ao princípio da protecção dos investidores que enforma todo o Código dos Valores Mobiliários⁵⁷.

Já ENGRÁCIA ANTUNES aponta para o reconhecimento que a doutrina e a jurisprudência fazem de que o investidor não profissional é «frequentemente» consumidor⁵⁸.

RUI PINTO DUARTE é definitivo na afirmação de que os investidores não profissionais, «obviamente, enquanto investidores, não são consumidores», justificando a equiparação legal a consumidores «nas suas relações contratuais com os intermediários financeiros (...), certamente por o legislador ter entendido que há analogia»⁵⁹.

Desta sùmula de posições, podemos identificar uma predominância da concepção do investidor não profissional como consumidor (onde se perfila SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES e ENGRÁCIA ANTUNES) e um exame da questão à luz do grande princípio ínsito ao Código dos Valores Mobiliários que é o *princípio da protecção do investidor*⁶⁰.

E mesmo quem se mostra mais cauteloso (como RUI PINTO DUARTE), não deixa de sublinhar a analogia que o legislador

⁵⁷ A autora refere-se amiúde a «investidores-consumidores» e afirma que aquilo que é juridicamente relevante, e que justifica a especial protecção destinada aos investidores não profissionais e, nessa medida, o que justifica a equivalência dos investidores não profissionais a consumidores é o conjunto de razões em que se funda o *princípio da protecção dos investidores não profissionais*: o «interesse público na formação das poupanças; a necessidade de segurança nos investimentos; a eficiência dos mercados; a igualdade entre os vários intervenientes; [e] a protecção da parte mais fraca» - cfr. RODRIGUES, Sofia Nascimento (2002), «A Protecção dos Investidores na Sociedade da Informação». In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, N.º 15, p. 334.

⁵⁸ Cfr. ANTUNES, José Engrácia (2017). «Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro...», *op. cit.*, pp. 51-52.

⁵⁹ Cfr. DUARTE, Rui Pinto (2000), «Contratos de Intermediação...», *ob. cit.*, p. 362.

⁶⁰ No Código dos valores Mobiliários «existe um princípio geral de protecção dos investidores não institucionais», como diz RODRIGUES, Sofia Nascimento (2002), «A Protecção dos Investidores...», *op. cit.*, p. 334.

«certamente» identificou e a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais para além da hipótese do n.º 3 do art. 321.º do CVM. É que nos termos do n.º 2 do art. 1.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, o diploma é ainda aplicável aos contratos de intermediação financeira individualizados (mas) que tenham um clausulado previamente definido que o investidor não pôde influenciar⁶¹.

2.1.3. O CONTEÚDO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO PERANTE O INVESTIDOR NÃO PROFISSIONAL À LUZ DO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

O Código dos Valores Mobiliários categoriza três tipos de investidores: investidores profissionais, investidores não profissionais e contrapartes elegíveis⁶². Para a presente análise, a distinção mais importante é entre investidores profissionais e não profissionais⁶³.

⁶¹ Na verdade, o autor lembra o n.º 2 do art. 1.º do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, em cujos termos «O (...) diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar» - cfr. DUARTE, Rui Pinto (2000), «Contratos de Intermediação...», *ob. cit.*, p. 361.

⁶² Cfr. arts. 30.º e 317.º a 317.º-D do CVM.

⁶³ A denominação «investidores profissionais» e «não profissionais» é muito recente, tendo sido adoptada em 2018, com as alterações introduzidas no CVM pela Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho que transpõe a DMIF II. A versão inicial do Código distinguia entre «investidores institucionais» e «investidores não institucionais». Seguidamente, a alteração do CVM trazida pelo Decreto-Lei n.º 66/2004, de 24 de Março estendeu o elenco dos investidores institucionais, permitindo-se ainda à CMVM, através de regulamento próprio, atribuir o estatuto de investidores institucionais a entidades não previstas no catálogo legal, mas que tivessem especial competência e experiência no âmbito dos valores mobiliários. Posteriormente, com a transposição da chamada Diretiva do prospecto (Directiva 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003) operada pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, alterou-se a nomenclatura «investidores institucionais» e «não institucionais» para «investidores qualificados» e «não qualificados». A categorização tripartida que hoje conhecemos é introduzida pela DMIF I (transposta pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro) que juntou a cate-

A informação a prestar aos investidores varia em função da sua tipologia, o que se justifica com necessidades de protecção legal diversas. Aliás, um dos deveres dos intermediários financeiros é o de categorizar os clientes e de lhes prestar informação sobre a respectiva categorização, onde se inclui informá-los sobre a natureza do investidor (não profissional, profissional ou contraparte elegível), o seu eventual direito a requerer uma classificação diferente⁶⁴ e as limitações que esta alteração de tipologia implica quanto ao grau de protecção legal (al. b) do n.º 1 do mesmo art. 312.º).

As informações que o intermediário financeiro deve prestar ao cliente quanto aos seus serviços constam do elenco do n.º 1 do art. 312.º, sendo que tal elenco é meramente indicativo, pelo que o intermediário financeiro fica obrigado à regra geral (inscrita no corpo do n.º 1 do mesmo art. 312.º) de

.....
goria de «contraparte elegível», aos tipos de investidor «qualificado» e «não qualificado». Ver também nota 14. Para uma leitura sobre o tema, consultar RODRIGUES, Sofia Nascimento, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ Um investidor não profissional pode solicitar ao intermediário financeiro o tratamento segundo a categoria de investidor profissional, como estabelecido no n.º 1 do art. 317.º-B do CVM e o deferimento de tal pedido dependerá do preenchimento dos requisitos previstos nos n.ºs 2 e 3 da norma. Assim, o n.º 2 determina que «a satisfação da solicitação (...) depende de avaliação prévia, a realizar pelo intermediário financeiro, dos conhecimentos e experiência do cliente, pela qual se garanta que este tem capacidade para tomar as suas próprias decisões de investimento e que compreende os riscos que as mesmas envolvem, ponderada a natureza dos serviços, instrumentos financeiros e operações contratados». E o n.º 3 concretiza que «para efeitos da avaliação (...), o cliente deve, no mínimo, respeitar dois dos seguintes requisitos: a) Ter efetuado operações com um volume significativo no mercado relevante, com uma frequência média de 10 operações por trimestre, durante os últimos quatro trimestres; b) Dispor de uma carteira de instrumentos financeiros, incluindo também depósitos em numerário, que exceda 500.000 euros; c) Prestar ou ter prestado funções no setor financeiro, durante, pelo menos, um ano, em cargo que exija conhecimento dos serviços ou operações em causa». O intermediário financeiro também pode *motu proprio* (ou a pedido do cliente) tratar um investidor profissional como não profissional e uma contraparte elegível como investidor profissional ou não profissional, nos termos do n.º 2 do art. 317.º do CVM.

prestar «todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada» .

A *ratio legis* da protecção da parte mais frágil confere uma tutela acrescida aos investidores não profissionais, atribuindo-lhes a lei direitos específicos de informação que os investidores profissionais e as contrapartes elegíveis não têm.

Desde logo, o princípio da proporcionalidade inversa (n.º 2 do art. 312.º) consagra esta regra e inscreve-a como critério geral da informação a prestar pelos intermediários financeiros aos diferentes tipos de clientes/potenciais investidores, exigindo que a extensão e a profundidade da informação variem inversamente aos conhecimentos e à experiência dos clientes/investidores (em matéria de investimento e instrumentos financeiros), apontando para uma protecção especial destinada a investidores não profissionais, por serem, por definição, menos conhecedores e menos experientes (cfr. art. 30.º do CVM).

Outro exemplo de uma norma de especial protecção dos investidores não profissionais é a que impõe o dever de o intermediário financeiro avaliar periodicamente a adequação da operação de investimento ou o serviço prestado em função do perfil do concreto investidor e o dever de lhe entregar um relatório actualizado que explique o modo como a operação ou serviço em causa correspondem às suas preferências, objectivos e outras características individuais (art. 323.º, n.º 9).

Outrossim o princípio-dever de conhecer o cliente (ou princípio *know your client*)⁶⁵ mostra a discriminação legal positiva dos investidores não profissionais, com a determinação do n.º 3 do art. 314.º que «na medida do necessário para o cumprimento dos seus deveres na prestação do serviço, o intermediário financeiro deve informar-se junto do cliente sobre os

.....

⁶⁵ Também conhecido simplesmente pelo respectivo acrónimo KYC.

seus conhecimentos e experiência no que respeita ao tipo específico de instrumento financeiro ou serviço oferecido ou procurado, bem como, se aplicável⁶⁶, sobre a situação financeira e os objetivos de investimento».

O intermediário financeiro deverá ainda recolher junto do investidor a informação necessária para cumprir um outro princípio-dever: o *princípio da adequação*. Regulado nos arts. 314.º, 314.º-A e 314.º-D, o princípio da adequação é também uma manifestação da especial tutela legal dos investidores não profissionais, densificado em três precípuos deveres de ordem geral: um (que poderemos dizer) preliminar e os outros dois instrumentais do cumprimento do (princípio-)dever de adequação. Assim, a lei obriga o intermediário financeiro a solicitar informação ao cliente quanto aos seus conhecimentos e experiência em investimentos relativamente ao instrumento financeiro ou ao serviço considerado, (informação que seja bastante e adequada) para poder aferir se o cliente compreende os riscos associados ao investimento em avaliação (art. 314.º, n.º 1). Mais a lei impõe ao intermediário financeiro a obrigação de advertir o cliente por escrito sempre que julgar que o investimento ou serviço ponderado não é adequado ao perfil de investidor deste (art. 314.º, n.º 2). E no caso de o cliente se recusar a facultar a informação solicitada ou se a informação facultada for insuficiente, o intermediário financeiro tem ainda o dever de advertir o cliente por escrito para o facto de a recusa ou insuficiência da informação impossibilitar a avaliação da adequação do investimento ponderado.

No Código dos Valores Mobiliários os deveres de informação são, portanto, muito marcados pelos deveres gerais de conhecimento do cliente (*princípio know your client*) e de

.....
⁶⁶ É aplicável nos serviços de gestão de carteiras e consultoria para investimento, nos termos do n.º 1 do art. 314.º-A do CVM.

adequação do investimento / serviço de intermediação financeira ao perfil de cada investidor.

Para além destes deveres gerais, existem ainda comandos normativos relativamente a determinados serviços específicos de intermediação financeira que também são dignos de nota.

Nos serviços de gestão de carteiras e consultoria para investimento, encontramos uma proibição legal de realização ou recomendação do serviço ou operação ponderada para o cliente: (i) se o intermediário financeiro não obtiver a informação necessária para a avaliação da adequação ou (ii) se da avaliação resultar a desadequação para o cliente em causa (art. 314.º-A, n.º 3).

Relativamente às ordens recebidas dos clientes / investidores, a lei é também muito restritiva, impondo ao intermediário financeiro que avalie a adequação das mesmas, sujeitando-o a um dever legal de recusa sempre que seja evidente que a operação contraria os interesses do cliente, «salvo se este confirmar a ordem por escrito» (al. b), do n.º 1, do art. 326.º).

Ou seja, o CVM impõe aos intermediários financeiros os preditos deveres gerais de conduta, encimados pelos deveres de informação, com comandos normativos muito claros, tal como o princípio da proporcionalidade inversa e o dever de recolha e prestação de informação em função do princípio *know your client* e do princípio da adequação.

O legislador do CVM fornece, pois, orientações muito precisas aos intermediários financeiros, sobretudo sobre a adequação ao concreto perfil e interesses de cada cliente / investidor, com comandos positivos, como o dever de recomendar e realizar somente investimentos ajustados ao perfil individual do investidor (art. 314.º-A, n.º 3, *a contrario sensu*), e comandos negativos, como o dever de recusa de ordens contrárias aos interesses do concreto cliente / investidor (al. b), do n.º 1, do art. 326.º).

3. OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DO REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS (DECRETO-LEI N.º 446/85, DE 25 DE OUTUBRO)

Vimos como o legislador do Código dos Valores Mobiliários protege os investidores, em especial os investidores não profissionais, impondo reforçados deveres de informação aos intermediários financeiros. Vejamos agora qual o tratamento no âmbito da protecção do consumidor.

Aponta magistralmente PINTO MONTEIRO que no regime das cláusulas contratuais gerais «é fundamentalmente a pré elaboração das cláusulas e a ausência de negociações que justificam as medidas de controlo no plano da formação do contrato – mormente os especiais deveres de comunicação e de informação e as regras sobre “cláusulas-surpresa” –, bem como as medidas que integram o controlo do conteúdo, pela consagração de um vasto elenco de cláusulas absoluta e relativamente proibidas»⁶⁷.

Na verdade, o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (RCCG) prevê específicos deveres de comunicação e informação que se justificam pelo desequilíbrio de posições negociais em que se encontram o proponente e o destinatário (art. 1.º, n.º 1 do RCCG), considerando que este se cinge a aceitar (ou recusar) as cláusulas do contrato pré-elaborado pelo primeiro, sem negociação prévia. No âmbito de uma relação de intermediação financeira, o proponente será o intermediário financeiro e o destinatário será o investidor não profissional.

.....
⁶⁷ Cfr. MONTEIRO, António Pinto (2002), «O novo regime jurídico dos contratos de adesão...», *ob. cit.*, texto disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>.

Os referidos deveres de comunicação e informação constam dos arts. 5.º e 6.º do RCCG, onde encontramos uma concretização do dever pré-contratual do art. 227.º do Código Civil (CC) que impõe actuação segundo os ditames da boa-fé tanto nos preliminares como na fase de formação do contrato «sob pena de [quem assim não fizer] responder pelos danos que culposamente causar à outra parte». Mais determina o art. 232.º do CC que «o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo», ou seja, não haverá conclusão do contrato se não houver comunicação integral do seu conteúdo à contraparte (e) com informação adequada à sua compreensão.

É exactamente o que ordena o art. 5.º do RCCG, ao determinar que as cláusulas não negociadas previamente devem ser comunicadas integralmente à parte que se limite a subscrevê-las ou a aceitá-las (n.º 1), impondo-se ainda que a comunicação seja «de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência» (n.º 2).

Analisando as exigências deste dever de comunicação temos que ele só se mostrará cumprido se a comunicação for integral (n.º 1), adequada e atempada (n.º 2). Três requisitos emergem, pois, deste art. 5.º: o primeiro objectivo e os dois últimos subjectivos. O requisito objectivo é o da comunicação integral a que se reporta o n.º 1 e que deverá traduzir-se exactamente no que resulta denotativamente do vocábulo, isto é, *comunicação de todo o clausulado a inserir no contrato de adesão*. Já quanto aos requisitos subjectivos da comunicação adequada e atempada, do n.º 2 do art. 5.º, só poderá dizer-se se foram ou não cumpridos caso a caso. A

própria norma diz que a adequação e a tempestividade se aferem pela «importância do contrato e [pel]a extensão e complexidade das cláusulas» e segundo o critério de «quem use de comum diligência», para avaliar se a comunicação tornou possível ao seu destinatário ter conhecimento completo e efectivo do conteúdo do contrato.

O legislador protege, assim, o consumidor com a obrigação de lhe serem comunicadas todas as cláusulas do contrato de forma adequada e com antecedência bastante para que ele se possa inteirar dos termos contratuais, impondo-lhe um ónus de diligência (média) na análise do clausulado contratual.

Quanto ao ónus da prova, e com o propósito de proteger o consumidor, parte mais frágil, a lei faz recair sobre o proponente o ónus de provar que procedeu a uma «comunicação adequada e efectiva» (n.º 3 do art. 5.º).

Pretende assegurar-se que cada destinatário de cláusulas contratuais gerais preste consentimento quanto ao teor do contrato, razão pela qual se exige que o proponente proceda a uma comunicação individualizada, prévia e adequada do clausulado por si pré-elaborado.

Pelas mesmas razões, e relativamente ao dever de informação, a lei impõe ao proponente das cláusulas contratuais gerais, nos termos do art. 6.º do RCCG, o *dever de informar* o destinatário sobre os aspectos de tais cláusulas que justifiquem esclarecimentos (n.º 1), «de acordo com as circunstâncias» e o *dever de esclarecer* todos os aspectos «razoáveis» que o consumidor solicite (n.º 2)⁶⁸.

Ora, aqui temos de novo um critério legal que só em concreto poderá dizer-se se foi ou não observado. A extensão do dever legal de informação depende das circunstâncias e es-

⁶⁸ Calvão da Silva qualifica (imagética e) impressivamente o dever de informar como «dever pró-activo» e o dever de esclarecer como «dever reactivo». Cfr. SILVA, João Calvão da (2013). *Banca, Bolsa e Seguros...*, op. cit., p. 181.

tas não-de determinar quais os termos contratuais/cláusulas a justificar a aclaração que a lei impõe.

No caso dos contratos de intermediação financeira, caberão seguramente nesta exigência do n.º 1 do art. 6.º do RCCG, os conceitos técnicos contidos nas cláusulas (económicos, financeiros, jurídicos, etc.), aos quais acrescerão «(todos os esclarecimentos razoáveis solicitados)» (n.º 2). E esta exigência não poderá deixar de ser interpretada sistematicamente, isto é, tendo em conta o critério enunciado no n.º 1 do preceito. Vale isto por dizer que o que se entende por *esclarecimentos razoáveis solicitados* só pode ser apurado em concreto, *de acordo com as circunstâncias*. E as circunstâncias a ter em conta deverão ser, entre outras, a formação, a profissão, a idade, os conhecimentos e a experiência do investidor-consumidor, o histórico de relacionamento com o intermediário financeiro, etc.

Assim, por exemplo, o conceito de *esclarecimentos razoáveis* será totalmente distinto se os esclarecimentos forem solicitados por um investidor aposentado, de 80 anos, cuja experiência de investimento financeiro se resume à subscrição de bilhetes do tesouro ou a ser accionista há mais de 10 anos de uma empresa portuguesa como a Vista Alegre ou se forem solicitados por um economista, de 50 anos, com histórico de investimentos em vários fundos de investimento e múltiplas posições accionistas de curta duração em empresas cotadas na bolsa de Nova Iorque.

Numa visão de conjunto dos arts. 5.º e 6.º do RCCG, vemos como o legislador foi especialmente cuidadoso ao sujeitar o proponente ao procedimento tríplice (i) comunicar, (ii) informar e (iii) esclarecer – traduzido nos correspondentes deveres.

A lei exige ao proponente (i) comunicação integral, adequada e antecipada, (ii) informação com clarificação dos

termos contratuais que o justifiquem e (iii) esclarecimento de todos os aspectos razoáveis em que o aderente solicite elucidação.

O objectivo do legislador é *naturaliter* possibilitar ao (investidor-)consumidor conhecer de facto o conteúdo do contrato antes de o subscrever; no fundo, promover uma base relacional-negocial de lisura e transparência, desde a fase da formação do contrato, conforme à boa-fé que a lei impõe (desde o início) a quem estabelece uma relação negocial tendente à conclusão de um negócio (art. 227.º do CC)⁶⁹.

O Regime das Cláusulas Contratuais Gerais contém duas outras previsões que importa referir neste âmbito. Uma que determina que as cláusulas individualmente negociadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo que incluídas em formulário (art. 7.º). Outra que considera excluídas do contrato (art. 8.º) as cláusulas não comunicadas nos termos do art. 5.º [al. a)]; as que tenham sido comunicadas, (mas) com violação do dever de informação, de tal modo que não seja expectável o seu conhecimento efectivo [al. b)]; aquelas que, pela sua epígrafe ou apresentação gráfica, passem despercebidas a um contraente médio colocado na posição do contraente real [al. c)] e as cláusulas que sejam incluídas nos formulários depois de alguma das partes já ter assinado [al. d)].

No RCCG, existe ainda um sistema próprio de protecção do consumidor constituído por um elenco de *cláusulas proibidas* (arts. 12.º a 22.º), um elenco de cláusulas legalmente vedadas, umas em termos absolutos, outras em termos relativos (após valoração judicial para o efeito). Para além das cláusulas que a lei expressa e previamente veda no relacionamento com consumidores finais, e que são as indicadas nos arts.

⁶⁹ Como diz o art. 227.º do CC, no seu n.º 1, «Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé (...)».

18.º; 19.º; 21.º e 22.º do RCCG⁷⁰, podem ainda ser proibidas quaisquer outras cláusulas atentatórias da boa-fé, por decisão judicial. Este sistema assenta na enumeração das cláusulas proibidas, em complemento com o critério geral da boa fé – em contrariedade com o qual todas as cláusulas gerais são proibidas, como determina o art. 15.º *expressis verbis*⁷¹⁻⁷².

O RCCG prevê dois tipos de cláusulas proibidas: as absolutamente proibidas e as relativamente proibidas. As cláusulas relativamente proibidas só se consideram proibidas após apreciação judicial nesse sentido, apreciação que é feita em concreto, «consoante o quadro negocial padronizado», nos termos dos arts. 19.º e 22.º. As cláusulas absolutamente proibidas são imediatamente vedadas, são proibidas em qualquer caso, são proibidas em absoluto, *hic sensu*⁷³.

.....
⁷⁰ O legislador do RCCG distingue relações negociais entre empresários e entidades equiparadas de relações negociais com consumidores finais. No primeiro plano, as cláusulas absoluta e relativamente proibidas são (só) as constantes dos arts. 18.º e 19.º (respectivamente). No plano das relações com consumidores finais, aplica-se adicionalmente (às cláusulas vedadas pelos arts. 18.º e 19.º) a interdição das cláusulas absoluta e relativamente proibidas dos arts. 21.º e 22.º (respectivamente).

⁷¹ Na verdade, a cláusula geral do art. 15.º do RCCG estatui que «São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé». Ver também nota seguinte.

⁷² O art. 15.º do RCCG (transcrito na nota anterior) deve ser interpretado e aplicado à luz do art. 16.º que refere que «Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado».

⁷³ Para uma leitura profunda sobre o tema, Cfr. MONTEIRO, António Pinto (2002). «O novo regime jurídico dos contratos de adesão...», *ob. cit.*, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutринаis/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>. Noutro seu estudo, o insigne Professor anota também que nas cláusulas relativamente proibidas, o padrão de referência a ter em conta pelo tribunal, «o quadro negocial pa-

A cominação para as cláusulas proibidas é a nulidade, invocável nos termos gerais (art. 24.º), o mesmo é dizer que se aplicam aqui as regras dos arts. 285.º e seguintes do CC. A nulidade de uma cláusula contratual geral é, assim, *invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal* (art. 286.º do CC). Significa isto que qualquer investidor-consumidor pode suscitar judicialmente a apreciação/declaração da nulidade das cláusulas que tenham sido incluídas num contrato de adesão que subscreveu.

O RCCG prevê outro instrumento de controlo de legalidade, este a título preventivo: a acção inibitória (art. 25.º), em cujos termos quaisquer cláusulas contratuais gerais *elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos arts. 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares*. Trata-se de um mecanismo judicial de controlo preventivo e abstracto, muito útil para situações em que as proibições legais não sejam respeitadas na prática. Este controlo (só) pode ser suscitado, nos termos do art. 26.º do RCCG, por (i) associações de defesa do consumidor, (ii) associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas ou pelo (iv) Ministério Público (*motu proprio*, oficiosamente por indicação do Provedor de Justiça ou a pedido de qualquer interessado «quando entendida fundamentada a solicitação»).

No elenco legal das cláusulas proibidas (arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º), identificamos três especificamente respeitantes aos

.....
dronizado (nos termos dos artigos 19.º e 22.º), é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado sector de actividade». Cfr. MONTEIRO, António Pinto (2001). «Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: problemas e soluções». In *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, Ano 2, Vol. 7, p. 16.

deveres de comunicação/informação/esclarecimento dos proponentes: duas no catálogo das cláusulas absolutamente proibidas e outra entre as cláusulas relativamente proibidas.

Assim, nos termos da al. e) do art. 21.º, ficam absolutamente vedadas quaisquer cláusulas de assunção de conhecimentos, por parte do consumidor, relativos a aspectos jurídicos ou materiais do contrato e de acordo com a al. g) do mesmo preceito são proibidas em absoluto as cláusulas de alteração das regras de repartição do ónus da prova⁷⁴.

Por decisão judicial, segundo o disposto na al. d) do art. 19.º, podem ser proibidas cláusulas que imponham ficções de recepção, aceitação ou outras manifestações de vontade assentes em factualidade insuficiente⁷⁵.

Temos, assim, que o legislador do RCCG adstringe os proponentes a apertados procedimentos no âmbito do tríptico dever geral de comunicação-informação-esclarecimento, com nota para a objectividade das normas densificadoras, tal como a da obrigação de comunicação integral do clausulado do contrato que muito aproveitará aos investidores-consumidores.

Por outro lado, o RCCG procede a uma repartição do ónus da prova vincadamente protectora do consumidor, e nesta medida do investidor, ao fazer impender sobre o proponente o ónus de provar que procedeu à *comunicação adequada e efectiva* das cláusulas contratuais gerais.

.....
⁷⁴ De acordo com a al. e) do art. 21.º do RCCG, são absolutamente proibidas cláusulas que «Atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais» e segundo a al. g) do mesmo preceito, são absolutamente proibidas as cláusulas que «Modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos».

⁷⁵ Diz-se na al. d) do art. 19.º do RCCG que são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que «Imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes».

Já o sistema das cláusulas proibidas, matriz do RCCG, reforça decisivamente o amparo legal do consumidor, do qual o investidor não profissional também beneficiará abundantemente.

4. BREVE REFERÊNCIA AO REGIME DOS CONTRATOS À DISTÂNCIA RELATIVOS A SERVIÇOS FINANCEIROS (DECRETO-LEI N.º 95/2006, DE 29 DE MAIO)

A contratação à distância relativa a serviços financeiros, apesar de regulada em diploma próprio, não apresenta especificidades relativamente contratação à distância em geral (de produtos e serviços em geral), regulada pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

Sem embargo, entendeu o legislador nacional (e europeu⁷⁶) dedicar-lhe diploma legal próprio, o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, o qual merecerá o nosso breve exame.

Começando pelo âmbito de aplicação do *regime dos contratos à distância relativos a serviços financeiros*, diz o n.º 1 do art. 1.º que o Decreto-Lei n.º 95/2006 «estabelece o regime aplicável à informação pré-contratual e aos contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância», o que significa que rege apenas os *serviços financeiros prestados a consumidores*.

No art. 4.º, mais se concretiza que nos contratos duradouros de execução continuada, este regime é aplicável «apenas ao acordo inicial» (n.º 1), ou seja, por exemplo, numa abertura de conta bancária ou num serviço de gestão de carteira (art. 335.º do CVM), o referido regime disciplinará somente o contrato ini-

⁷⁶ Ambos os diplomas nacionais identificados em texto resultam da transposição das correspondentes directivas comunitárias: o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro transpõe a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997 e o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio transpõe a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002.

cial (o contrato de abertura de conta e o contrato de gestão de carteira), mas já não as operações subsequentes realizadas no âmbito contratual, como as operações de aquisição ou alienação de instrumentos financeiros realizadas no âmbito do serviço de gestão de carteira ou a subscrição de mais unidades de participação de um fundo de investimento em que o investidor já seja participante⁷⁷.

Quando inexistir «acordo inicial» (de prestação de serviços financeiros), traduzindo-se este na realização de operações de execução continuada, as normas relativas à informação respeitante ao prestador de serviços (art. 13.º) e as regras sobre comunicação por telefonia vocal (art. 18.º) são aplicáveis apenas à primeira operação (art. 4.º, n.º 2), mas se decorrer mais de um ano entre as operações, as referidas normas aplicam-se à primeira operação que se realize após o decurso de tal lapso de tempo (art. 4.º, n.º 3).

Do ponto de vista das obrigações do prestador de serviços financeiros⁷⁸, encontramos deveres de informação pré-contratuais comuns a todos os serviços financeiros e que constam do art. 11.º, com a imposição de que toda a informação pré-contratual identifique inequivocamente os objectivos comerciais do prestador dos serviços financeiros, de forma clara, perceptível e adaptada ao meio de comunicação à distância utilizado, e com «observância dos princípios da boa fé».

⁷⁷ Os titulares de unidades de participação designam-se participantes. O conceito de participante é originário do Regime Geral dos Organismos de Investimento Colectivo (RGOIC – Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro). *Participante* designa os detentores das unidades de participação (unidades de participação é a denominação das partes representativas do património dos fundos de investimento).

⁷⁸ A enumeração das entidades prestadoras de serviços financeiros consta do art. 2.º, al. d): «as instituições de crédito e sociedades financeiras, as instituições de pagamento, as instituições de moeda eletrónica, os intermediários financeiros em valores mobiliários, as empresas de seguros e resseguros, os mediadores de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões».

Também encontramos deveres de informação contratuais (art. 15.º) que impõem que os elementos a comunicar pelo prestador do serviço incluam necessariamente (i) informações sobre a existência ou não do direito de livre resolução (previsto no art. 19.º), (ii) a respectiva duração, (iii) as condições de exercício, (iv) instruções sobre os procedimentos de exercício, (v) o montante que pode ser exigido ao consumidor pelo exercício do direito de livre resolução (nos termos dos arts. 24.º e 25.º), (vi) as consequências do seu não exercício, (vii) a lei nacional (dos Estados-Membros da UE) ao abrigo da qual o prestador de serviços financeiros estabelece relações com o consumidor antes da celebração do contrato à distância, (viii) a duração mínima do contrato à distância (no caso de contrato de execução permanente ou periódica) e (ix) a lei aplicável ao contrato à distância e o tribunal competente nos termos das cláusulas contratuais⁷⁹. Mais impõe o art. 15.º que a informação sobre as obrigações contratuais a transmitir ao consumidor na fase pré-contratual deve observar as exigências da lei presumivelmente aplicável ao contrato (n.º 2).

A este dever de informação pré-contratual, com regras comuns a todos os serviços financeiros, acrescem as informações pré-contratuais legalmente exigidas por sector (banca, bolsa e seguros) e conforme o serviço a contratar, como indica o art. 17.º.

Merece destaque outrossim o dever de comunicar que a lei impõe ao prestador de serviços financeiros, no art. 11.º, de acordo com o qual toda a informação pré-contratual e os termos do contrato devem ser transmitidos em suporte de papel ou outro suporte duradouro⁸⁰ disponível e acessível ao consumidor⁸¹, «em

⁷⁹ Tudo nos termos do n.º 1 do citado art. 15.º.

⁸⁰ Considera-se suporte duradouro, nos termos do n.º 2 do art. 11.º, «aquele que permita armazenar a informação dirigida pessoalmente ao consumidor, possibilitando no futuro, durante o período de tempo adequado aos fins a que a informação se destina, um acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada».

⁸¹ Sem prejuízo do direito de o consumidor «a qualquer momento da relação contratual, exigir que lhe sejam fornecidos os termos do contrato em suporte de papel» (art. 11.º, n.º 4).

tempo útil e antes de este ficar vinculado contratualmente» (n.º 1)⁸².

No caso de a iniciativa do contrato ter sido do consumidor e o meio de comunicação à distância escolhido por ele não possibilitar ao prestador dos serviços financeiros o cumprimento do dever de comunicação nos termos preditos, deverá cumpri-lo imediatamente após a celebração do contrato⁸³.

O regime da contratação à distância relativa a serviços financeiros consagra ainda um importante direito para salvaguarda do consumidor, o enunciado *direito de livre resolução*, também denominado *direito de retratação* que corresponde ao direito que a lei atribui ao consumidor de repensar, de se arrepende, de revogar livre e discricionariamente o contrato.

Previsto entre os arts. 19.º e 25.º, este direito permite ao consumidor pôr termo ao contrato, de forma unilateral, sem qualquer justificação (*justa causa*) ou penalização.

O direito de retratação deve ser exercido dentro do prazo legalmente fixado, de 14 dias para a generalidade das situações e 30 dias para os casos de seguros de vida e adesões individuais a fundos de pensões abertos (art. 20.º, n.º 1)⁸⁴⁻⁸⁵.

⁸² Antes de o consumidor «ficar vinculado por uma proposta ou por um contrato à distância», na fórmula do n.º 1 do art. 11.º.

⁸³ Esclarece o n.º 3 do art. 11.º que «Se a iniciativa da celebração do contrato partir do consumidor e o meio de comunicação à distância escolhido por este não permitir a transmissão da informação e dos termos do contrato de acordo com o n.º 1, o prestador deve cumprir estas obrigações imediatamente após a celebração do mesmo». V. também com muito interesse a penúltima nota.

⁸⁴ A contagem destes 14 ou 30 dias faz-se de acordo com as determinações dos n.ºs 2 e 3 do citado art. 20.º, em cujos termos: «2 – O prazo para o exercício do direito de livre resolução conta-se a partir da data da celebração do contrato à distância, ou da data da recepção, pelo consumidor, dos termos do mesmo e das informações, de acordo com o n.º 3 do artigo 11.º, se esta for posterior. 3 – No caso de contrato à distância relativo a seguro de vida, o prazo para a livre resolução conta-se a partir da data em que o tomador foi informado da celebração do mesmo».

⁸⁵ Podendo a notificação ser feita no último dia do prazo, como o n.º 2 do art. 21.º refere *expressis verbis*: «A notificação feita em suporte de papel

O exercício deste direito processa-se nos termos do art. 21.º, por notificação dirigida pelo consumidor ao prestador do serviço financeiro, por escrito ou através de outro suporte duradouro⁸⁶ e de acordo com as instruções que o prestador de serviços financeiros lhe transmitiu, nos termos da al. b), do n.º 1, do art. 15.º.

Se o consumidor exercer o *direito de arrependimento*, o prestador dos serviços financeiros não pode exigir-lhe o pagamento dos serviços efectivamente prestados antes do exercício de tal direito, salvo se tiver havido um pedido do consumidor nesse sentido, isto é, se o consumidor tiver «pedido o início da execução do contrato antes do termo do prazo de livre resolução» (art. 25.º, n.º 1 e 1.ª parte do n.º 2). Nesta hipótese, o preço dos serviços prestados é devido, mas este valor não pode ser superior ao proporcional dos serviços prestados relativamente ao total das prestações/operações/serviços que estavam previstos contratualmente (2.ª parte do n.º 2 do art. 25.º). Mais determina ainda a lei que este pagamento só pode ser exigido se o prestador de serviços provar que informou o consumidor do montante a pagar, nos termos da al. a), do n.º 1, do art. 15.º (ex vi do n.º 3 do art. 25.º)⁸⁷.

.....
ou outro meio disponível e acessível ao destinatário considera-se tempestivamente efectuada se for enviada até ao último dia do prazo, inclusive».

⁸⁶ A notificação deve ser feita «por meio suscetível de prova», segundo a formulação do n.º 1 do art. 21.º.

⁸⁷ Impressionantemente, diz Calvão da Silva, sobre esta configuração do direito de retratação que é «*uma moderna unificação do direito de repensar e desistir na contratação fora do estabelecimento comercial e na contratação à distância: consentimento do consumidor dado fora do habitual estabelecimento comercial do fornecedor e do mercado tradicional, com aquele a estar supostamente em situação de *offside* num jogo contratual por si não solicitado – logo, actor passivo (“pushman”) – e de poder assimétrico, em que é a parte *débil e seduzida*, carecida de protecção frente às novas e agressivas técnicas de promoção e distribuição comercial *fora dos muros habituais de recepção de clientela activa (pullman)* – veja-se, no mesmo sentido, o art. 322.º do Código dos Valores Mobiliários» - SILVA, João Calvão da (2013). *Banca, Bolsa e Seguros...*, ob. cit., pp. 123-124.*

Importa também dar nota das excepções ao direito de retratação, inexistindo tal direito nas seguintes situações, previstas no art. 22.º: «a) prestação de serviços financeiros que incidam sobre instrumentos cujo preço dependa de flutuações do mercado, insusceptíveis de controlo pelo prestador e que possam ocorrer no período de livre resolução; b) seguros de viagem e de bagagem; c) seguros de curto prazo, de duração inferior a um mês; d) contratos de crédito destinados à aquisição, construção, conservação ou beneficiação de bens imóveis; e) contratos de crédito garantidos por direito real que onere bens imóveis; f) contratos de crédito para financiamento, total ou parcial, do custo de aquisição de um bem ou serviço cujo fornecedor tenha um acordo com o prestador do serviço financeiro, sempre que ocorra a resolução do contrato de crédito, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril; e g) contratos de crédito para financiamento, total ou parcial, do custo de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, cujo vendedor tenha um acordo com o prestador do serviço financeiro, sempre que ocorra a resolução do contrato de crédito nos termos do n.º 6 do artigo 16.º e do n.º 2 do artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto».

Por fim, importa salientar ainda que o Regime dos Contratos à Distância Relativos a Serviços Financeiros consagra *expressis verbis* a irrenunciabilidade dos direitos atribuídos ao consumidor (art. 5.º)⁸⁸.

Como resulta desta breve incursão pelo regime dos contratos à distância relativos a serviços financeiros, não há especificidades dignas de nota no que respeita aos deveres de informação perante os investidores-consumidores, com o

.....
⁸⁸ O art. 5.º do DL n.º 95/2006 determina que «o consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos pelo presente decreto-lei».

conceito de *comunicação em tempo útil* a equivaler à *comunicação atempada* do regime das cláusulas contratuais gerais, com a imposição de actuação segundo os ditames da boa fé, comum também a ambos.

Deste regime não resulta, pois, uma específica protecção da posição do consumidor, salvo o resultante da consagração do direito de livre resolução que é um direito específico (e comum à disciplina) da contratação à distância em geral⁸⁹.

5. OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS E NO REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: ANÁLISE COMPARATIVA

Da análise do conteúdo dos deveres de informação no quadro da intermediação financeira e dos contratos de adesão, podemos traçar um quadro sumário comparativo dos âmbitos de protecção que resultam para o investidor não profissional-consumidor à luz de um e de outro regimes legais.

O Código dos Valores Mobiliários impõe deveres de informação aos intermediários financeiros desde a fase pré-contratual (art. 312.º) até à fase de execução do contrato, com a obrigação de prestação de informação periódica (art. 323.º). O requisito geral para a qualidade da informação respeitante aos instrumentos financeiros e à intermediação financeira é que ela seja «completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita» (art. 7.º).

O critério geral para a informação a colher junto do cliente/potencial investidor é o que decorre do princípio da pro-

.....

⁸⁹ Assim, no regime dos contratos à distância relativos a serviços financeiros (DL n.º 95/2006), como vimos em texto, prevê-se o direito à livre resolução, nos termos dos arts. 19.º e seguintes. De igual modo, no regime dos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial (DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro), prevê-se igual direito nos arts. 10.º e seguintes.

porcionalidade inversa: a informação deve ser tanto mais extensa e profunda quanto menores forem os conhecimentos e a experiência do investidor.

E ambas as regras gerais evidenciam a protecção especial dirigida aos investidores não profissionais⁹⁰.

Outra regra que muito protege o investidor, e em particular o investidor não profissional⁹¹, pela facilidade que imprime em termos probatórios e pela importância que acrescenta aos deveres de informação, é a regra da presunção de culpa estabelecida no n.º 2 do art. 304.º-A que se aplica sempre que o dano causado pelo intermediário financeiro ocorra no âmbito das relações contratuais ou pré-contratuais ou, independentemente do âmbito, se o dano decorrer da violação dos deveres de informação.

Sublinhe-se ainda a cominação de nulidade para «quaisquer cláusulas que excluam a responsabilidade do intermediário financeiro por atos praticados por seu representante ou auxiliar» consagrada no n.º 1 do art. 324.º do CVM.

Do lado do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, encontramos a tríplice exigência legal do art. 5.º do dever de comunicação/informação/esclarecimento, a impor que os proponentes dirijam aos destinatários de contratos de adesão informação adequada, completa e atempada, de modo que possa ser disponibilizada, explicada e apreendida com antecedência bastante para poder ser *efectivamente conhecida*.

Sobre os consumidores, a lei faz recair um ónus de *diligência média* para a análise da informação recebida (art. 5.º, n.º

.....
⁹⁰ E encontramos também remissões expressas para os princípios gerais da informação, como a do n.º 3 do art. 337.º que impõe ao intermediário financeiro incumbido da assistência numa oferta pública o dever de «assegurar o respeito pelos preceitos legais e regulamentares, em especial quanto à qualidade da informação transmitida» ou a do n.º 6 do art. 294.º que sujeita os consultores autónomos às regras gerais das actividades de intermediação financeira (onde se incluem os deveres de informação do art. 312.º).

⁹¹ Embora não seja privativa deste.

2), como ponto de equilíbrio das posições, ao mesmo tempo que o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva é *ex vi legis* do proponente.

Mais a lei obriga os proponentes das cláusulas contratuais gerais a informar os destinatários sobre os aspectos do contrato que justifiquem esclarecimentos (art. 6.º, n.º 1) e a prestar-lhes todos os esclarecimentos razoáveis por estes solicitados (art. 6.º, n.º 2) –, sempre *de acordo com as circunstâncias*.

De salientar ainda a consequência legal da exclusão dos contratos (de adesão) de todas as cláusulas não comunicadas ou comunicadas com violação do dever de informação (art. 8.º) e da prevalência das cláusulas negociadas individualmente sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais (art. 7.º).

Específico do RCCG e muito defensor da posição do consumidor (e nessa medida também do investidor não profissional) é o mecanismo de controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais com a proibição geral de cláusulas desconformes com a boa-fé (arts. 15.º e 16.º) e com a proibição específica, absoluta e relativa, conforme os casos, de cláusulas cujo teor conste do elenco dos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º.

Este é o quadro comparativo, em traços largos. Encontramos em ambos os regimes linhas de protecção duplas do investidor-consumidor: controlo da actuação da parte mais forte da relação negocial (intermediário financeiro / proponente) e previsão normativa de consequências para a violação dos seus deveres gerais de actuação.

Na imposição dos deveres de informação, o CVM contempla um nível elevado de densificação, o que se evidencia na consagração expressa dos princípios gerais da proporcionalidade inversa (art. 312.º, n.º 2) e da adequação (314.º) e no dever de recusa de execução das ordens dadas pelo investidor que sejam contrárias aos interesses deste (al. b) do n.º 1 do art. 326.º)⁹².

.....
⁹² Salvo confirmação da ordem por escrito, como refere o citado preceito *in fine*.

Por sua banda, o RCCG reequilibra a posição de inferioridade do consumidor, com o elenco de deveres e procedimentos a que sujeita o proponente, de que é exemplo relevante a imposição do *dever de comunicação integral* do clausulado dos contratos de adesão (art. 5.º, n.º 1), não deixando margem para qualquer dúvida, portanto, que todas as cláusulas contratuais gerais têm de ser comunicadas ao consumidor. Mais a lei impõe ao proponente o ónus da *prova da comunicação adequada e efectiva* do clausulado do contrato (art. 5.º, n.º 3), o que muito protege o consumidor e subtrai onerosidade à sua posição em possível diferendo sobre o (in)cumprimento do dever de comunicação por parte do proponente.

O CVM garante especialmente a posição do investidor com a consagração da presunção de culpa do intermediário financeiro sempre que os danos que ele causar resultarem da inobservância dos seus deveres de informação (n.º 2 do art. 304.º-A).

Na intermediação financeira, aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil do Código Civil⁹³, sem esquecer a valiosa especificidade do CVM da consagração de uma presunção legal de culpa na actuação dos intermediários financeiros que desrespeitem os deveres de informação, mesmo fora do âmbito contratual. Acresce um regime contra-ordenacional próprio do CVM para a inobservância dos deveres de actuação dos intermediários financeiros e que funciona como factor dissuasor (adicional) do inadimplemento dos deveres de informação. Exemplificativamente, a prestação de informação que não seja «completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita» (como exige o art. 7.º, n.º 1) constitui

.....
⁹³ Extracontratual e contratual, não esquecendo a valiosa previsão do n.º 2 do art. 304.º-A do CVM, com a consagração de uma presunção de culpa na actuação do intermediário financeiro sempre que este causar danos ao investidor em resultado do desrespeito dos seus deveres de informação.

uma contra-ordenação muito grave (n.ºs 1 e 3 do art. 389.º)⁹⁴ e o valor da coima varia entre 25 mil euros e 5 milhões de euros (al. a), do n.º 1 do art. 388.º). Adicionalmente à aplicação da coima e (eventual aplicação de) sanções acessórias (art. 404.º)⁹⁵, o CVM prevê ainda a imposição do cumprimento do

⁹⁴ Relativamente à informação, o art. 389.º determina o seguinte: «1 - Constitui contraordenação muito grave: a) A comunicação ou divulgação, por qualquer pessoa ou entidade, e através de qualquer meio, de informação que não seja completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita; b) A falta de envio de informação para o sistema de difusão de informação organizado pela CMVM. c) A prestação de informação à CMVM que não seja completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita ou a omissão dessa prestação. 2 - Inclui-se na alínea a) do número anterior a prestação de informação aos seus clientes por qualquer entidade que exerça atividades de intermediação. 3 - Constitui contraordenação grave qualquer dos seguintes comportamentos: a) Prática de factos referidos nos números anteriores, se os valores mobiliários ou os instrumentos financeiros a que a informação respeita não forem negociados em mercado regulamentado e se a operação tiver valor igual ou inferior ao limite máximo da coima prevista para as contraordenações graves; b) Envio às entidades gestoras de mercados regulamentados, de sistemas de negociação multilateral ou organizado, de sistemas de liquidação, de câmara de compensação, de sistemas centralizados de valores mobiliários e às contrapartes centrais de informação que não seja completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita; c) Falta de envio, total ou parcial, de documentos ou de informações às entidades gestoras de mercados regulamentados ou de sistemas de negociação multilateral ou organizado; d) Publicação ou divulgação de informação não acompanhada de relatório ou parecer elaborados por auditor ou a omissão de declaração de que a informação não foi sujeita a auditoria, quando a lei o exija; e) (Revogada.) 4 - Constitui contraordenação menos grave a divulgação de informação não redigida em português ou não acompanhada de tradução para português, quando exigível. 5 - Constitui contraordenação menos grave a divulgação de mensagem publicitária que não satisfaça algum dos seguintes requisitos: a) Identificação inequívoca como tal; b) Aprovação pela CMVM, quando exigida; c) Referência ao prospeto; d) Divulgação prévia de prospeto preliminar, em caso de recolha de intenções de investimento». Ver também com interesse a nota seguinte.

⁹⁵ E as sanções acessórias vão desde a apreensão e perda do objeto da infração, incluindo o produto do benefício obtido, à interdição temporária, até ao cancelamento da autorização para o exercício da actividade, nos exactos termos do art. 404.º que determina que «1 - Cumulativamente com as coimas, podem ser aplicadas aos responsáveis por qualquer contraordenação, além das previstas no regime geral dos ilícitos de mera ordenação social, as seguintes sanções acessórias: a) Apreensão e perda do objeto da

dever violado ao intermediário financeiro, sempre que tal ainda seja possível (art. 403.º)⁹⁶.

No âmbito do RCCG, a previsão e densificação dos deveres de informação que impendem sobre os proponentes têm de igual modo como *ratio* proteger a parte mais frágil da relação contratual: o consumidor. Veja-se exemplificativamente

.....

infração, incluindo o produto do benefício obtido pelo infrator através da prática da contraordenação; b) Interdição temporária do exercício pelo infrator da profissão ou da atividade a que a contraordenação respeita; c) Inibição do exercício de funções de administração, gestão, direção, chefia ou fiscalização e, em geral, de representação em entidades sujeitas à supervisão da CMVM; d) Publicação pela CMVM, a expensas do infrator e em locais idóneos para o cumprimento das finalidades de prevenção geral do sistema jurídico e da proteção dos mercados de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, da sanção aplicada pela prática da contraordenação; e) Revogação da autorização ou cancelamento do registo; f) Interdição temporária de negociar por conta própria em instrumentos financeiros; g) Cancelamento do registo ou revogação da autorização para exercício de funções de administração, gestão, direção ou fiscalização em entidades sujeitas à supervisão da CMVM. 2 - As sanções acessórias referidas no número anterior não podem ter duração superior: a) A cinco anos, contados a partir da decisão condenatória definitiva, nos casos das sanções previstas nas alíneas b) e c); b) A 12 meses, contados a partir da decisão condenatória definitiva, no caso da sanção prevista na alínea f). 3 - Os prazos referidos no número anterior são elevados ao dobro, a contar da decisão condenatória definitiva, caso a condenação respeite à prática dolosa de contraordenação muito grave e o arguido já tenha sido previamente condenado pela prática de uma infração dessa natureza. 4 - A publicação referida na alínea d) do n.º 1 pode ser feita na íntegra ou por extrato, conforme for decidido pela CMVM. 5 - No caso de aplicação de sanção acessória prevista nas alíneas c), e) e g) do n.º 1, a CMVM ou o tribunal comunica a condenação à entidade que concedeu a autorização ou averbou o registo para execução dos efeitos da sanção».

96 Determina o art. 403.º: «1 - Sempre que o ilícito de mera ordenação social resulte da violação de um dever, o pagamento da coima ou o cumprimento da sanção acessória não dispensam o infrator do cumprimento do dever, se tal ainda for possível. 2 - O infrator pode ser sujeito pela CMVM à injunção de cumprir o dever em causa. 3 - A CMVM ou o tribunal podem determinar a adoção de condutas ou providências concretas, designadamente, as que forem necessárias para cessar a conduta ilícita ou evitar as suas consequências. 4 - Se as injunções referidas nos números anteriores não forem cumpridas no prazo fixado pela CMVM ou pelo tribunal, o agente incorre na sanção prevista para as contraordenações muito graves.»

a cominação de nulidade de quaisquer cláusulas contratuais gerais violadoras da boa fé (arts. 15.º e 16.º), a exclusão contratual das cláusulas não comunicadas ou comunicadas com violação dos deveres procedimentais de comunicação-informação-esclarecimento (art. 8.º) e a grande salvaguarda do catálogo legal de cláusulas proibidas dos arts. 18.º, 19.º, 21.º e 22.º que procede ao controlo permanente da legalidade do teor das cláusulas que criativamente os proponentes vão elaborando e inserindo nos contratos de adesão.

6. REFLEXÕES FINAIS

A intermediação financeira é uma actividade destinada a garantir estabilidade e confiança a quem investe nos mercados financeiros, cumprindo aos intermediários financeiros a promoção do seu regular funcionamento e a actuação segundo os interesses dos investidores.

Na disciplina da intermediação financeira, o legislador mostra-se ciente da desigualdade que existe entre os investidores e os demais *players* dos mercados de capitais (emitentes e intermediários financeiros), de modo particular no acesso e análise da informação disponível.

Neste sentido, propõe-se reequilibrar a posição de inferioridade dos investidores relativamente aos intermediários financeiros por via da sujeição destes a estritos deveres de informação – e as alterações introduzidas no CVM têm sido sempre de reforço destes deveres⁹⁷.

As densificações dos princípios gerais que regulam o exercício da intermediação financeira são múltiplas, as mais importantes das quais a do princípio da proporcionalidade inversa e a do princípio da adequação, em paralelo com

.....
⁹⁷ V. g., a redacção introduzida pela DMIF II nos arts. 312.º; 313; 314.º; 314.º-A e 314.º-D do CVM e o aditamento dos arts. 312.º-H; 313.º-A; 313.º-B e 313.º-C. Vide também notas 16 e 24.

o princípio-dever *know your client*, o que demonstra que a protecção do investidor é a *ratio* da juridificação daquela actividade.

No bloco normativo da informação a (prestar e a colher junto dos) investidores, as regras são a um tempo apertadas e integradas por conceitos abertos, o que demanda cuidado e diligência por parte dos intermediários financeiros na interpretação e aplicação dos critérios legais em causa, onde se incluem noções amplas como *conhecimento e experiência*.

Parece-nos insuficiente, por exemplo, que a lei ordene aos intermediários financeiros que avaliem a «situação financeira», a «capacidade de suportar perdas», a «tolerância ao risco» e os «objectivos de investimento» do cliente (n.º 1 do art. 314.º-A), sem referências legais densificadoras adicionais. De seguro, tais determinações reforçam a protecção dos investidores não profissionais, mas não estamos seguros que contribuam *sic et simpliciter* para a especial salvaguarda dos investidores menos experientes, mais incautos ou mais idosos, na sua posição de especial fragilidade. Haverá aqui trabalho a desenvolver *de iure condendo*, sendo certo que a tendência legislativa é de reforço da protecção legal do investidor, em particular do investidor não profissional, de que são exemplo as alterações introduzidas no Código dos Valores Mobiliários pela DMIF II⁹⁸. Nessa medida, a posição do investidor tem resultado cada vez mais tutelada pela lei.

O edifício jurídico da actividade de intermediação financeira em geral é sólido e as exigências respeitantes à informação a prestar e a colher junto dos investidores protegem os investidores não profissionais na sua posição de inferioridade em relação aos intermediários financeiros.

A remissão expressa do Código dos Valores Mobiliários para o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais, no âmbito

.....

⁹⁸ Cfr. notas 16, 24 e nota anterior.

dos contratos de intermediação financeira e a equiparação do investidor não profissional a consumidor (art. 321.º, n.º 3) resulta numa tutela legal reforçada, porque, como vimos, são planos de protecção que se complementam, trazem visões diferentes para a salvaguarda dos interesses do investidor não profissional, como consumidor e parte negocial mais débil.

Na verdade, enquanto o CVM centra a sua atenção e a defesa da posição do investidor mais na óptica da completeza da informação, densificada segundo o critério do concreto perfil do investidor em presença (seja em matéria de conhecimentos e experiência, seja em matéria de tolerância às perdas e adequação dos investimentos aos seus interesses), o RCCG protege o consumidor em duas frentes distintas: procura assegurar que ele tenha conhecimento efectivo e atempado do clausulado dos contratos de adesão⁹⁹ e fiscaliza o teor das cláusulas contratuais gerais, proibindo determinadas delas, sancionando-as com nulidade.

Não nos parece curial retirar conclusões em jeito de pó-dio, dizendo quem fica em *primeiro lugar* na protecção do investidor-consumidor: se o Código dos Valores Mobiliários se o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais.

Diremos, sim, que ambos os diplomas se completam, na medida em que as preocupações dos respectivos legisladores são diferentes, como vimos: no CVM, encontramos um legislador mais preocupado com a adequação da informação e do serviço prestado pelo intermediário financeiro a cada concreto investidor e no RCCG, temos um legislador mais preocupado em assegurar que os proponentes comuniquem adequada e tempestivamente e que expliquem os clausulados dos contratos de adesão aos consumidores seus destina-

.....

⁹⁹ Porque sabe que na contratação em massa é imensa a pressão dos proponentes sobre os aderentes para a conclusão dos negócios.

tários e um legislador preocupado também com o controlo da legalidade das cláusulas contratuais gerais.

Diremos ainda que os investidores adquirem uma protecção legal reforçada com a aplicação articulada dos dois regimes, pela complementaridade das regras e instrumentos legais disponíveis: preventivos, sancionatórios e de controlo.

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE CONSUMO: LEI APLICÁVEL, JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

*Nicole Rinaldi de Barcellos **

RESUMO:

Este estudo tem como objetivo investigar a resolução de litígios de consumo transfronteiriços à luz do direito internacional privado, tratando-se especialmente do comércio eletrônico. A partir de uma perspectiva comparada entre União Europeia e Brasil, serão abordados os temas da lei aplicável às relações de consumo transfronteiriças no comércio eletrônico, da jurisdição internacional dos tribunais estatais, além do novo tema das resoluções alternativas de consumo. Para desenvolver o objetivo proposto, o estudo divide-se em duas partes. Na primeira parte abordam-se os temas do comércio eletrônico transfronteiriço e da tutela do consumidor pelo direito internacional privado, que ocorre partir de uma renovação meto-

.....

* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir./UFRGS), em Porto Alegre, no Brasil, com período de estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa, em Portugal, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito Internacional pelo PPGDir./UFRGS, com bolsa da CAPES. Contato: nicoledebarcellos@gmail.com.

dológica na disciplina, além dos reflexos desta na lei aplicável aos contratos de consumo que contém elementos internacionais. Na segunda parte do estudo é analisada a tutela processual do consumidor no comércio eletrônico transfronteiriço, abordando-se os temas da jurisdição internacional e da resolução alternativa de litígios de consumo. Em considerações finais, observou-se que o direito internacional privado promove a tutela dos vulneráveis por meio de regras especiais protetoras de lei aplicável ou de jurisdição internacional, sendo adotados também novos meios alternativos de solução de controvérsias, com fins de proteger o consumidor em suas relações jurídicas internacionais ou transfronteiriças.

PALAVRAS-CHAVE:

Consumidor transfronteiriço. Litígio de consumo internacional. Direito internacional privado. Jurisdição internacional. Resolução alternativa de litígios.

ABSTRACT:

This study aims to investigate the resolution of cross-border consumer disputes in the light of private international law, especially in electronic commerce. The themes of applicable law to cross-border consumer relations in electronic commerce, the international jurisdiction of state courts, in addition to the new theme of alternative consumption resolutions are addressed from a comparative perspective between the EU and Brazil. To develop the proposed objective, the study is divided in two parts. The first part addresses the issues of cross-border electronic commerce and consumer protection by private international law, which takes place from a methodological renewal in the discipline, in addition to its reflections on the law applicable to consumer contracts that contain international elements. In the second part, the study approaches the procedural protection of the consumer in cross-border electronic commerce, especially the themes of international jurisdiction and the alternative resolution of consumer disputes. In final considerations, we observe that private international law promotes the protection of the vulnerable through special protective rules of applicable law or international jurisdiction, and new alternative means of dispute resolution are also adopted,

in order to protect the consumer in their international or cross-border legal relationships.

KEYWORDS:

Cross-border consumer. International consumer litigation. Private international law. International jurisdiction. Alternative Dispute Resolution.

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor é um dos temas jurídicos mais relevantes do mundo pós-moderno, pois é ramo de direito universal e nacional ao mesmo tempo¹. O reconhecimento da autonomia da disciplina consumerista permitiu que a relação entre fornecedores e consumidores, como destinatários finais de produtos ou serviços, fosse regulada por normas e princípios próprios voltados à proteção dos mais fracos². Aliadas aos novos paradigmas estabelecidos por este ramo jurídico, novas questões fáticas se impuseram com o incremento das tecnologias à disposição no mercado de consumo.

Com efeito, é hoje habitual a aquisição de produtos e serviços pelo consumidor pela modalidade eletrônica, nos formatos *e-commerce* ou *m-commerce*, o que se traduz em uma crise do contrato e da confiança nas relações de consumo. Parte dessa contratação eletrônica ultrapassa as fronteiras nacionais, consideradas as facilidades de colocação do consumidor no mercado mundial por meio da internet, e transforma essa relação de consumo em transfronteiriça ou internacional.

O contexto internacional acentua o desequilíbrio na relação jurídica de consumo, de modo que compete às ordens jurídicas oferecerem segurança às transações entre consumidores e fornecedores, protegendo a parte mais fraca na relação jurídica, que é o consumidor. Os riscos relacionados com o descumprimento dos contratos de consumo intensificam-se

.....
¹ CLAUDIA LIMA MARQUES, "A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homo novus", RDC, 85 (2013), pp. 25-62.

² De acordo com António Pinto Monteiro: "[...] uma série de novos problemas em múltiplos domínios, a impor a necessidade de consagrar novas regras, tendo designadamente em conta a necessidade de proteger o consumidor". ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "O direito do consumidor no contexto português e europeu (breve apontamento)" in 25 anos do Código de Defesa do Consumidor: Panorama atual e perspectivas futuras, Angélica Arruda Alvine (coord.), GZ Editora, Rio de Janeiro, 2017, p. 147.

nas transações de comércio eletrônico, especialmente na esfera internacional, pois é agravado o desconhecimento do consumidor quanto aos meios disponíveis para a resolução dos litígios, para efetivar seus direitos³.

O consumo internacional leva à formação de uma teia global de relações que impõe desafios ao direito internacional privado, como ramo jurídico próprio para regular as novas modalidades de conflitos dele decorrentes⁴. As relações de consumo multiconectaram-se, mas a tutela do consumidor ainda permanece territorial, vinculada às legislações das ordens jurídicas⁵, a exemplo do que ocorre com União Europeia (UE) e Brasil. Portanto, recai sobre a disciplina do direito internacional privado o compromisso de proteger os consumidores frente à globalização

Este estudo tem como objetivo investigar a resolução de litígios de consumo transfronteiriços à luz do direito internacional privado, tratando-se especialmente do comércio eletrônico. A partir de uma perspectiva comparada entre UE e Brasil, serão abordados os temas da lei aplicável às relações de consumo transfronteiriças no comércio eletrônico, da jurisdição internacional dos tribunais estatais, além do novo tema das resoluções alternativas de consumo.

O estudo justifica-se pela atualidade dos debates que envolvem a tutela do consumidor transfronteiriço. Veja-se que no campo da lei aplicável, há um projeto de lei no Brasil que propõe a alteração de disposições relativas comércio eletrô-

.....
³ SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo" in *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (org.), Instituto Jurídico da FDUC, Coimbra, 2015, pp. 360-361.

⁴ FLORISBAL DE SOUZA DEL'OLMO, AUGUSTO JAEGER JUNIOR, *Curso de direito internacional privado*, 12 ed., Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 236.

⁵ RAPHAEL VASCONCELOS, "Consumo Transnacional: a Proteção do Consumidor e o Mercado" in *Estudos Avançados de Direito Digital*, CÍNTIA LIMA, LYDIA NUNES (org.), Elsevier, Rio de Janeiro, 2014, p. 161.

nico de consumo, enquanto a UE apresenta legislação própria ao consumidor; na jurisdição internacional, Brasil e UE já possuem regras específicas para tutela dos consumidores; e, por fim, quando às resoluções alternativas de litígios, a UE possui uma regulação específica ao consumo, enquanto no Brasil ainda existe um acalorado debate sobre o tema.

Para desenvolver o objetivo proposto, o estudo foi dividido em duas partes, em um plano francês. O tema geral do comércio eletrônico transfronteiriço e da proteção do consumidor pelo direito internacional privado é abordado na primeira parte, na qual é enfatizada a necessidade de renovação metodológica na disciplina internacional privada. A tutela processual do consumidor transfronteiriço é analisada na segunda parte, a partir do estudo das regras especiais de jurisdição internacional e dos contemporâneos métodos de resolução alternativa de litígios.

1. COMÉRCIO ELETRÔNICO TRANSFRONTEIRIÇO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR PELO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: TUTELA DO VULNERÁVEL A PARTIR DE UMA RENOVAÇÃO METODOLÓGICA

As relações de consumo internacionais possuem intensa complexidade, se comparadas às nacionais, pois consumidor e fornecedor se encontram em ordens jurídicas distintas. Nesses casos, a tutela das partes vulneráveis deve ser realizada pelo direito internacional privado a partir da fixação de regras especiais que garantam a correção de assimetrias entre as partes da relação jurídica. A seção do estudo a seguir dedica-se à exposição acerca da proteção dos consumidores internacionais no mundo globalizado em face da intensificação do comércio eletrônico (ponto 1.1), e à análise da tutela do consumidor a partir das regras de lei aplicável às relações transfronteiriças (ponto 1.2).

1.1. PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES EM UM MUNDO GLOBALIZADO E COMÉRCIO ELETRÔNICO: POR UMA RELAÇÃO DE CONSUMO JUSTA E EQUILIBRADA

Erik Jayme destaca que velocidade, ubiquidade e liberdade são características dos nossos tempos pós-modernos⁶, em que o consumidor experimenta uma nova vulnerabilidade⁷. A existência desta vulnerabilidade especial, como afirma Claudia Lima Marques, torna importante adaptação das linhas de boa-fé, à luz do princípio da confiança, especialmente quanto ao comércio eletrônico e os novos modelos contratuais, buscando-se uma relação de consumo equilibrada e justa no século XXI, que busque transparência, informação e segurança⁸.

António Pinto Monteiro, nesse sentido, defende que é imperioso que o direito reaja de modo específico contra práticas e técnicas de utilização sistemática, com fins de proteção do consumidor, sujeito que está à mercê de tais práticas ou téc-

.....

⁶ Segundo o autor: "Nous assistons au fait que la vélocité elle-même devient une valeur juridique dont l'impact est visible en droit international privé, l'intérêt du législateur et du juge se concentrant sur les mesures provisoires rapides. En outre, la vélocité et l'ubiquité caractérisent les procédures relatives à l'exécution des jugements étrangers destinées à favoriser la «libre circulation des décisions». La personne humaine qui réagit le moins vite semble rester sans protection". ERIK JAYME, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation" in *Recueil des Cours*, v. 282, 2000, p. 21.

⁷ ERIK JAYME, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", cit., pp. 20-21.

⁸ Claudia Lima Marques menciona um direito do consumidor aprofundado, uma renovação da teoria contratual: "[...] a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta". CLAUDIA LIMA MARQUES, "Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado", *Revista de direito do consumidor* 57 (2006), pp. 9-59.

nicas em razão da sua vulnerabilidade⁹. Na sociedade de consumo, ou hiperconsumo¹⁰, vivem-se tempos de informatização constante e de valorização do consumo virtual, na qual o consumidor não mais se limita às barreiras físicas dos Estados e anseia ser incluído em um mercado cada vez mais internacionalizado.

Em definição concetual, Dário Moura Vicente salienta que o comércio eletrônico é toda a atividade de prestação de serviços da sociedade da informação¹¹. Em seu turno, Cláudia Lima Marques dispõe que comércio eletrônico é aquele entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância conduzidas por meios eletrônicos, por Internet ou por meios de telecomunicações de massa, sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar¹². A internet propiciou esse novo tipo de comércio, que pode assumir duas formas distintas¹³, a saber: (i) o comércio eletrônico direto, quando há a encomenda, pagamento e entrega de bens incorpóreos online, por transações eletrônicas sem qualquer entrave geográfico; e (ii) o comércio eletrônico indireto, expressado pela encomenda eletrônica de bens que possuem natureza tangível, corpóreos, que dependem de uma organização logística para distribuição.

O comércio eletrônico é o fenômeno mais evidente das relações massificadas de consumo e da expansão da inter-

⁹ ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, "O direito do consumidor no contexto português e europeu (breve apontamento)", cit., p. 147.

¹⁰ Sobre o tema, ver: GILLES LIPOVETSKY, *A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo*, Companhia das Letras, São Paulo, 2007.

¹¹ Dário Moura Vicente apresenta essa definição ao considerar a Diretiva n. 2000/31/CE. DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática internacional da sociedade da informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 202.

¹² CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pp. 97-101.

¹³ JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Arbitragem online em conflitos de consumo*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 18.

net¹⁴, dando origem aos contratos de comércio eletrônico, ou contratos à distância no comércio eletrônico¹⁵. Com efeito, os produtos e serviços estrangeiros são hoje amplamente oferecidos aos consumidores por diversos meios¹⁶, não sendo mais necessário se deslocar internacionalmente, basta a contratação sem deslocamento transfronteiriço, isto é, ser um consumidor passivo, para que esteja formada uma relação de consumo com características internacionais ou transfronteiriças¹⁷.

A globalização faz com que as atividades econômicas transfirmem-se à esfera global, e não mais permaneçam restritas aos espaços nacionais¹⁸. Vive-se um novo paradigma tecnológico, em verdadeira revolução digital que interconecta os mundos físico e virtual¹⁹. De um lado, os benefícios trazidos pela liberalização internacional do comércio a partir de no-

.....
¹⁴ Na UE, “[a]s sucessivas vagas de mudança tecnológica transformaram as economias e as sociedades humanas, com benefícios a longo prazo para o crescimento económico e a qualidade de vida”. União Europeia, *Comunicação relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital: um Mercado Único Digital conectado para todos*, 2017, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/content/news/digital_market.html?locale=pt (29.11.2020).

¹⁵ CLAUDIA LIMA MARGUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, cit., pp. 97-101.

¹⁶ Sobre o tema, ver: ANTONIA ESPÍNDOLA LONGONI KLEE, *Comércio Eletrônico*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014; PAULO MOTA PINTO, “O novo regime jurídico dos contratos a distância celebrados fora do estabelecimento comercial” in *Estudos de Direito do Consumidor n. 9*, FDUC, Coimbra, 2015, pp. 51-93.

¹⁷ AUGUSTO JAEGER JUNIOR, NICOLE RINALDI DE BARCELLOS, “Jurisdição internacional e tutela processual do consumidor: foro do domicílio do consumidor como critério de jurisdição protetora”, *Revista de Direito do Consumidor* 131 (2020), pp. 325-344.

¹⁸ Octavio Ianni, *Teorias da globalização*, 15. ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2008, pp.119-141; DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, “El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI” in *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*, NADIA DE ARAUJO, CLAUDIA LIMA MARGUES (org.), Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 03-20.

¹⁹ BRUNO MIRAGEM, “Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor* 125 (2019), p. 25.

vas tecnologias são estimulantes, pois os consumidores podem utilizar a informação disponível na internet para tomar decisões melhor informadas, com mais opções de preços e de variedade, transações mais baratas e rápidas²⁰.

De outro, o consumidor passa a enfrentar novos desafios se considerada a estraneidade da relação, a saber, (i) o caráter de eventualidade no negócio jurídico internacional; (ii) a exposição a dificuldades linguísticas, que podem ocorrer mesmo que o consumidor tenha certo conhecimento sobre a língua do contrato, pois não há a mesma facilidade de compreensão se considerada a contratação na língua materna; e, especialmente, (iii) a dificuldade de solução dos litígios de consumo transnacionais, tendo em vista a pluralidade de sistemas jurídicos e os altos custos de manutenção de uma demanda judicial internacional²¹.

A relação de consumo internacional no formato eletrônico tem como agentes o consumidor, que se expõe na internet com seus dados, e o fornecedor, que frequentemente se omite no fornecimento de informações suficientes para localização e identificação²². O aumento da vulnerabilidade do consumidor virtual ocorre, especialmente, em razão da despersonalização da relação jurídica, da desmaterialização do meio eletrônico e da desterritorialização da contratação, fatores que tornam mais complexa a aplicação do método do direito internacional privado²³.

²⁰ WEI DAN "A proteção do consumidor no contexto global: a situação actual e algumas novas tendências", *Revista de Direito do Consumidor* 114 (2017), pp. 351-377.

²¹ EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER, *Direito internacional do consumidor: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional*, Juruá, Curitiba, 2012, p. 176-178.

²² HECTOR VALVERDE SANTANA, SOPHIA MARTINI VIAL, "Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional", *Revista de Direito Internacional* 13 (2016), p. 397.

²³ CLAUDIA LIMA MARQUES, "Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor

Como dispõe Claudia Lima Marques, a proteção do consumidor não deve ser privilegiada somente pelo fato deste ser um ator econômico relevante na globalização, mas sim porque o consumidor é *um símbolo da globalização*²⁴. Segundo a autora, isto significa dizer que ser consumidor é um novo papel sociológico, à medida que ser consumidor é hoje parte da vida das pessoas. Nesse sentido, deve o consumidor receber o conhecimento adequado que permita a implementação de seus direitos, não importando o local em que se encontre²⁵, tampouco o caráter nacional ou transfronteiriço da relação jurídica.

Por essa razão é que deve haver uma tutela específica dos consumidores internacionais no direito internacional privado, tendo em vista que esta é a disciplina que busca regular as relações privadas internacionais com base na gestão de ordens jurídicas distintas²⁶. No que tange à qualidade e segurança dos produtos ou serviços, no acesso à justiça, e em outras áreas, não pode o consumidor ser prejudicado pelo simples fato de ser parte de uma relação de consumo internacional, mesmo que as legislações de direito internacional privado e as leis consumeristas sejam organizadas internamente.

.....
aprofundado", cit., pp. 9-59; Paulo Valério Dal Pai Moraes, *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais, interpretação sistemática do direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, pp. 262-271.

²⁴ CLAUDIA LIMA MARQUES, "A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homo novus", cit., pp. 25-62.

²⁵ FABIANA D'ANDREA RAMOS, VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA, "Common Law and International Consumer Protection in the Global Orbit of Consumption" in *Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions*, CLAUDIA LIMA MARQUES, WEI DAN (org.), Springer, Berlin, 2017, p. 54.

²⁶ ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 23.

Considerando-se a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos de consumo, o princípio da confiança deve funcionar como princípio e base da relação de consumo, tornando-se um princípio complementar à boa-fé objetiva, segundo Claudia Lima Marques²⁷. Segundo a autora, o contrato de consumo, deve funcionar como *instrumento social de alocação de riscos*, com fins de que se alcance a maior segurança possível entre os envolvidos, pois as condutas no mercado de consumo (atos, fatos ou omissões) devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em quem é depositada a confiança.

Entretanto, nos termos do defendido por Erik Jayme, a tradicional ideia de desequilíbrio econômico e social entre o grande fornecedor e o pequeno consumidor, que está na base das regras especiais do conflito de leis e de jurisdição, ainda não estão adequadas ao comércio eletrônico²⁸. A transformação e expansão dos mercados torna necessária uma renovação do método do direito internacional privado para que seja tutelado o vulnerável na relação jurídica de consumo. A lei aplicável às relações de consumo internacionais é um dos instrumentos disponíveis, conforme passa-se a expor.

1.2. CONTRATOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO TRANSFRONTEIRIÇO COMO UM DESAFIO AO MÉTODO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: REFLEXOS NA DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL

Rui Manuel Moura Ramos ensina que há uma transformação no direito internacional privado, de disciplina funda-

.....
²⁷ CLAUDIA LIMA MARQUES, "A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homo novus", cit., pp. 25-62. Sobre o princípio da confiança, Karl Larenz defendeu que a confiança é princípio de todo o direito, que dirige as relações contratuais. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. ed., Springer Verlag, Berlin, 1991, p. 424.

²⁸ ERIK JAYME, "Le droit international privé du nouveau millenaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", cit., p. 26.

mentalmente neutral, para disciplina influenciada pelos valores constitucionais do ordenamento jurídico²⁹, pelos grandes vetores que percorrem o ordenamento jurídico em que se insere. Portanto, o direito internacional privado, enquanto direito interno, é iluminado pela constituição como os demais ramos do direito nacional, de modo que é ramo jurídico a que objetiva na verdade a correta solução dos conflitos privados internacionais, para a concretização de uma ideia de justiça³⁰.

Há uma renovação no método do direito internacional privado, tendo em vista que natureza das normas constitucionais insere na disciplina internacional privada o direito público, e a presença dos direitos fundamentais leva um olhar publicista às relações privadas³¹. António Ferrer Correia enfatizou que o direito internacional privado se mostra aberto a juízos de valor jurídico-materiais, de modo a não ser mais possível ignorar princípios constitucionalmente ancorados³². Isto significa dizer que o alcance da proteção global dos direitos do homem³³, difundido pela incorporação de direitos nas

²⁹ Sobre o tema, ver: RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito internacional privado e constituição: introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979 (3ª reimpressão, 1994).

³⁰ GÜNTHER BEITZKE, *Grundgesetz um Internationalprivatrecht*, De Gruyter, Berlin, 1961, pp. 10-33.

³¹ RAPHAEL VASCONCELOS, "Constitucionalização e direito internacional privado no Brasil", *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul* 7 (2016), pp. 190-191.

³² A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 57.

³³ Os direitos humanos são hoje reconhecidos como instrumentos centrais ao direito internacional privado. ERIK JAYME, "Le droit international privé du nouveau millenaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", cit.; DIDIER OPPERTI-BADÁN, "Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado e Derechos Humanos" in: *Derecho internacional privado y derecho de la integración: Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Assunção, 2013, pp. 63-86.

constituições nacionais, passou a influenciar os sistemas de direito internacional privado nacionais em um diálogo de fontes³⁴. Ocorre que com a redução de barreiras do comércio internacional, a economia digital e o turismo em massa, o cidadão global tornou-se também um consumidor global a ser protegido³⁵. O consumidor, ao contratar internacionalmente no formato eletrônico, deve contar com uma proteção que esteja de acordo com a garantia de direitos fundamentais, e ofereça um olhar à vulnerabilidade agravada do consumidor por contrair obrigações *online*.

É justamente nesse cenário que o legislador da UE esteve preocupado em estabelecer Diretivas de harmonização jurídica relacionadas ao comércio eletrônico dos Estados-membros, assim como definiu na forma de Regulamento uma regra específica à escolha da lei aplicável aos contratos de consumo. Em um sentido mais amplo, é importante observar a UE possui uma longa tradição no reconhecimento da importância de proteção dos consumidores a partir dos tratados fundacionais³⁶, pela relevância desta para o desenvolvimento do processo de integração³⁷, sendo que a própria

³⁴ Para o diálogo de fontes no direito internacional privado ver as reflexões de Erik Jayme: ERIK JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours* 251 (1995), p. 259. No Brasil, a teoria é defendida por Cláudia Lima Marques: CLAUDIA LIMA MARQUES, "O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme", in *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, CLAUDIA LIMA MARQUES (ed.), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, pp. 18-66.

³⁵ WEI DAN, "A proteção do consumidor no contexto global: a situação actual e algumas novas tendências", *cit.*, pp. 351-377.

³⁶ O Tratado de Funcionamento da União Europeia regulamenta as medidas de proteção dos consumidores. UNIÃO EUROPEIA, *Medidas de proteção do consumidor*, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/47/medidas-de-protECAo-do-consumidor> (29.10.2020).

³⁷ ANTÔNIO PEREIRA GAIO JUNIOR, "A proteção ao consumidor como um elemento propulsor da efetividade integracionista: União Europeia e o seu modelo protetivo consumerista", *Revista de Direito do Consumidor* 107 (2016), pp. 169-195.

Carta dos Direitos Fundamentais da UE conta com uma previsão específica de que as políticas da União devem observar a defesa dos consumidores³⁸.

Quanto ao comércio eletrônico, a Diretiva 2000/31/CE (Diretiva Relativa ao Comércio Eletrônico), relativa aos certos aspectos legais da sociedade da informação, especial do comércio eletrônico do mercado interno, abrange a responsabilidade dos prestadores (estabelecidos na UE) de serviços em linha, transações eletrônicas em linha e outras atividades, como a divulgação de notícias, bases de dados e serviços financeiros, serviços profissionais, serviços de entretenimento (vídeo a pedido), marketing direto e publicidade e serviços de acesso à Internet³⁹. Entretanto, observa-se que esta Diretiva não dispôs sobre a lei aplicável nos contratos de comércio eletrônico.

Em seu turno, o Regulamento Roma I, foi elaborado em 2008 com fins de uniformizar a lei aplicável às relações contratuais na UE, como uma manifestação do processo de europeização do direito internacional privado. Segundo Augusto Jaeger Junior, o direito internacional privado na UE está sendo progressivamente submetido a um processo de europeização, cujo resultado final é a não aplicação das legislações autônomas internas dos Estados-membros em determinadas matérias⁴⁰. O resultado final da europeização do direito inter-

³⁸ Vide artigo 38. UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf (29.11.2020).

³⁹ UNIÃO EUROPEIA, *Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 («Directiva sobre o comércio electrónico»)*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32000L0031> (29.11.2020).

⁴⁰ Augusto Jaeger Junior promove a análise da europeização da parte geral e da parte especial do direito internacional privado em: AUGUSTO JAEGER JUNIOR, *Europeização do Direito Internacional Privado*, Juruá Editora, Curitiba, 2012; AUGUSTO JAEGER JUNIOR (org.), *Europeização da parte geral do direito internacional privado*, Editora RJR, Porto Alegre 2016. Sobre o tema, ver: RUI MANUEL MOURA RAMOS, "Introdução ao direito internacional privado

nacional privado é a não aplicação das legislações autônomas internas dos Estados-membros em determinadas matérias que regula e frente a determinados Estados⁴¹.

O Regulamento Roma I determina que os *contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade estranha à sua atividade comercial ou profissional, com outra pessoa que aja no quadro das suas atividades comerciais ou profissionais* são regidos pela lei em que o consumidor possui a sua *residência habitual*, devendo ser observadas duas particularidades com relação ao profissional: (i) que exerça as suas atividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou (ii) que por qualquer meio, dirija essas atividades para este país⁴². Deve também o contrato de consumo estar englobado nas mencionadas atividades.

O Considerando 24 do Regulamento denota um olhar voltado à correção de assimetrias entre fornecedor e consumidor, além da atenção especial à evolução das técnicas de contratação à distância, tendo em vista que dispõe que as normas de conflitos de leis deverá permitir reduzir as despesas inerentes à resolução dos litígios de consumo, que são frequentemente de pequeno valor. Nesse sentido, propõe que na contratação pela internet, o simples fato de o site ser acessível de qualquer parte não basta para tornar aplicável

.....
da União Europeia" in RUI MANUEL MOURA RAMOS, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO (coords), *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*, Intelecto, São Paulo, 2016, pp. 3-61.

⁴¹ AUGUSTO JAEGER JUNIOR, "Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero" in AUGUSTO JAEGER JUNIOR (org.), *Europeização da parte geral do direito internacional privado*, Editora RJR, Porto Alegre 2016, pp. 133-174.

⁴² UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)* disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT> (29.11.2020).

a proteção especial, mas deve também o consumidor ter sido convidado pelo site para a celebração de contratos à distância, e que este tenha sido efetivamente celebrado.

Outro ponto importante, na esteira do proposto por Luis de Lima Pinheiro, é a diferenciação pelos sistemas jurídicos quanto ao direito aplicável às relações empresariais e relações de consumo⁴³. Nesse sentido, o Regulamento é claro ao diferenciar o profissional do consumidor, de modo que este conta com uma proteção especial na UE.

Em seu turno, a proteção dos consumidores no Brasil possui previsão constitucional como direito fundamental, no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988 (CF), como princípio da ordem econômica, no artigo 170, V da CF, assim como a criação de um Código de Defesa do Consumidor provém de um mandamento constitucional, disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro (Lei 8.078/1990), como lei de ordem pública e interesse social, foi promulgado em 11 de setembro de 1990, e estabelece um microsistema próprio ao consumidor, com princípios básicos e normas específicas de proteção contratual e processual do consumidor, especialmente voltado à tutela da parte vulnerável na relação de consumo, que é o consumidor⁴⁴. Entretanto, esta norma não possui disposições específicas de direito internacional privado⁴⁵.

.....
⁴³ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável nos contratos celebrados através da internet", *Revista da Ordem dos Advogados* 66 (2006).

⁴⁴ Sobre o tema, ver: CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

⁴⁵ Mesmo que diante inexistentes de normas específicas, um caso de direito internacional que se tornou paradigmático no Brasil foi o "Caso Panasonic", que no qual foi fixada a jurisdição no Brasil e determinado que era aplicável a lei brasileira, em uma ação proposta por um consumidor contra uma pessoa jurídica domiciliada no Brasil, ainda que o ato tivesse sido praticado por pessoa jurídica do mesmo grupo econômico, mas domiciliada no exterior. O caso foi decidido pelo STJ, e tratou de uma ação indeniza-

As normas de direito internacional privado brasileiras são anteriores ao Código de Defesa do Consumidor, e estão dispostas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ou Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro 1942, que foi alterado pela Lei nº 12.376, de 2010. A lei brasileira nada dispõe especificamente sobre a proteção dos consumidores internacionais, e, sobre a lei aplicável em matéria contratual, dispõe no artigo 9º que “[p]ara qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”⁴⁶. Nos contratos eletrônicos, determina a LINDB no §2º do artigo 9º, que se aplica a legislação do local da residência do proponente, que segundo o diálogo com o artigo 30 do CDC é o fornecedor, sendo uma regra injusta para o consumidor à distância.

Nesse sentido, de acordo com Claudia Lima Marques a LINDB está defasada em relação à sociedade globalizada de consumo e os seus riscos. Segundo a autora, o mencionado artigo 9º é uma regra rígida de conflito de leis que não abre espaço para a autonomia da vontade, para a responsabilidade contratual, para problemas advindos da internet, sendo uma regra geral e insuficiente⁴⁷. Soma-se a isso a ausência de disposições específicas sobre contratações inter-

.....
tória proposta por consumidor. Foi um *leading case* na matéria. Para o inteiro teor da decisão, ver: REsp 63.981/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296. Sobre o tema, ver: LUCIANE KLEIN VIEIRA, Os 25 anos de vigência do CDC e as relações internacionais de consumo: desafios e perspectivas, *Revista de Direito do Consumidor* 103, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 101-125.

⁴⁶ BRASIL, *Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro 1942*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm (28.11.2021).

⁴⁷ CLAUDIA LIMA MARQUES. “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de direito internacional privado – Da necessidade de uma Cidip sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”. *RT* 788 (2001), pp. 11-56; CLAUDIA LIMA MARQUES, “Lei mais favorável ao consumidor e o acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017”, *RDC* 121 (2019), pp. 419-457.

nacionais no Decreto 7.962/13, sobre a contratação no comércio eletrônico, assim como na Lei 12.965/14, o Marco Civil da Internet.

Considerando as lacunas existentes quanto aos contratos no comércio eletrônico, tramita hoje no Brasil o Projeto de Lei 3514/2015⁴⁸ que propõe uma alteração sensível e necessária à LINDB, voltada à lei aplicável aos contratos internacionais de consumo à distância. Nesse projeto propõe-se uma alteração no artigo 9º da LINDB, incluindo-se um artigo 9º-B à lei, que regulará o contrato internacional de consumo considerado como aquele realizado entre consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor. Segundo o novo artigo, estes contratos serão regidos pela *lei do lugar de celebração* ou, *se executados no Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável ao consumidor*. Quanto ao tema específico dos contratos à distância, propõe o projeto um novo artigo 101 no CDC, cujo § 2º disporá que em contratos de fornecimento à distância internacional aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou, desde que mais favorável a este, a norma estatal escolhida pelas partes, assegurado, em qualquer hipótese, o acesso do consumidor à justiça.

O mencionado Projeto de Lei já foi aprovado pelo Senado Federal e encontra-se em exame na Câmara de Deputados brasileira, e, caso aprovado, melhor posicionará o Brasil na proteção dos consumidores internacionais no contexto de globalização e intensa interconexão. Salienta-se que o direito brasileiro possui uma legislação muito avançada no que tange às relações de consumo nacionais, pelo que o direito internacional privado também deve alcançar esses patamares elevados de proteção.

⁴⁸ O projeto de lei é o PLS 281/2012, hoje PL 3514/2015. Mais informações, ver: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> (28.11.2020).

Com base no exposto, pode-se dizer que a UE modernizou e uniformizou a sua legislação para abranger a proteção do consumidor em contratos eletrônicos à distância, com previsões específicas de direito internacional privado que cuidam da tutela da parte mais fraca. O Brasil, ainda que conte com um direito interno que garanta a proteção do direito fundamental do consumidor, na seara dos contratos internacionais de consumo essa proteção está aquém do desejável, pelo a aprovação do projeto de lei de reforma da LINDB e do CDC mostra-se necessária.

Como conclusão parcial deste ponto do estudo, demonstrou-se que como elementos chave do mundo globalizado⁴⁹, os consumidores formam a parte mais fraca da relação jurídica, de modo que devem ser protegidos por normas de direito internacional privado diferenciadas⁵⁰. Dessa forma, o direito internacional privado da pós-modernidade é caracterizado pela transformação no método e deve estar atento à proteção dos vulneráveis⁵¹. Esta transformação é observada na UE, como se constata da análise do Regulamento Roma I que dispõe sobre a lei aplicável às relações de consumo transfronteiriças, sendo também o Brasil influenciado pelos ares de mudança, como demonstrado pela proposição de um projeto de alteração da legislação nacional. Mas não é somente na lei aplicável que as

.....
⁴⁹ IAIN RAMSAY, "Consumer Protection in the Age of Informational Capitalism" in T. WILHELMSSON (ed.). *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 45-65; CLAUDIA LIMA MARQUES, "International Protection of Consumers as a Global or a Regional Policy", *Journal of Consumer Policy* 42 (2020), pp. 57-75.

⁵⁰ CLAUDIA LIMA MARQUES, BRUNO MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. ed. rev. atual. ampl. RT, São Paulo, 2014, p. 97; CLAUDIA LIMA MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, cit., p. 445.

⁵¹ CLAUDIA LIMA MARQUES, Human rights as a bridge between private international law and public international law: the protection of individuals (as consumers) in the global market. In: DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO; CLAUDIA LIMA MARQUES (org.), *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, CEDEP, Asunción, 2011, p. 363-389.

normas direito internacional privado atua na tutela do consumidor, mas também na esfera processual, como a seguir exposto.

2. TUTELA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO TRANSFRONTEIRIÇO: ENTRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS DE CONSUMO

Andreas Bucher destaca que o grande desafio do direito internacional privado contemporâneo volta-se a uma promoção da efetividade dos julgamentos a nível transnacional⁵². Segundo o autor, os problemas de lei aplicável são um interesse menor no que tange à eficácia jurisdição internacional, tendo em vista que este tema está relacionado ao acesso à justiça. Com efeito, Sandra Passinhas menciona que os riscos atinentes ao descumprimento dos contratos de consumo levam à necessidade de que os consumidores conheçam as garantias que possuem para obrigarem o credor a cumprir com as suas obrigações⁵³. Nesse sentido, destaca-se a proteção do consumidor no campo da resolução de litígios propriamente dita, pelas normas processuais, nos campos da jurisdição internacional do Estado (ponto 2.1) e na resolução alternativa de litígios (ponto 2.2).

2.1. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL PROTETORA E ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA: DOMICÍLIO DO AUTOR COMO FORO ESPECIAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

As questões da ubiquidade da internet e da desterritorialização dos contratos no formato eletrônico têm trazido dificuldades aos sistemas jurídicos, muitas vezes impedindo a

⁵² ANDREAS BUCHER, "La dimension sociale du droit international privé. Cours general", *RdC* 341 (2010), pp. 396-398.

⁵³ SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo" in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 357-388.

proteção adequada aos consumidores internacionais⁵⁴. A obrigação de demandar em um Estado estrangeiro e ter que se adequar ao direito nele vigente pode inibir o consumidor que necessita ou pretende buscar os seus direitos⁵⁵.

É por essa razão que são fixadas regras que determinam que o domicílio da parte mais fraca na relação de consumo é utilizado como critério de fixação da jurisdição, segundo as quais ao autor consumidor é facultado o ajuizamento da demanda no foro do seu domicílio⁵⁶. Essas normas são conhecidas como regras de critério de jurisdição protetora e visam a assegurar o acesso à justiça das partes vulneráveis, a partir da correção de assimetrias existentes⁵⁷. Nesse sentido, um verdadeiro acesso à justiça dos consumidores passa pela proteção da parte mais fraca da relação jurídica⁵⁸, valorizando-se o equilíbrio entre as partes no âmbito do processo civil internacional, de modo que não seja imposta regra de jurisdição que dificulte a concretização dos direitos⁵⁹.

A fixação da jurisdição protetora dos vulneráveis pode ser observada, no caso concreto, nas ordens jurídicas da União Europeia e do Brasil, que preveem o foro especial de domicílio do consumidor, adequando-se às necessidades do mundo

.....
⁵⁴ Sobre a territorialidade das regras de direito internacional privado voltadas ao consumidor, ver: HECTOR VALVERDE SANTANA, SOPHIA MARTINI VIAL, "Proteção internacional do consumidor e cooperação interjurisdicional", *Revista de Direito Internacional* 13 (2016), pp. 397-418.

⁵⁵ FLORISBAL DE SOUZA DEL'OLMO, AUGUSTO JAEGER JUNIOR, *Curso de direito internacional privado*, cit., p. 238.

⁵⁶ CARMEN TIBURCIO, *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, JusPodivm, Salvador, 2016, p. 74.

⁵⁷ AUGUSTO JAEGER JUNIOR, NICOLE RINALDI DE BARCELLOS, "Jurisdição internacional e tutela processual do consumidor: foro do domicílio do consumidor como critério de jurisdição protetora", cit, pp. 325-344.

⁵⁸ ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 248.

⁵⁹ DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *Recueil de Cours* 323 (2006), p. 43.

globalizado. Em caso de celebração de contratos de consumo à distância, estas normas podem ser invocadas na proteção dos consumidores em relação aos fornecedores.

No âmbito do Regulamento n. 1.215/2012, conhecido como Bruxelas I-bis, as previsões sobre a matéria das relações de consumo valorizam o foro do domicílio do autor consumidor como regra especial, em relação ao foro geral do domicílio do réu. O artigo 18 dispõe que o consumidor pode ajuizar uma demanda contra a outra parte no contrato de consumo, (i) nos tribunais do Estado-membro onde estiver domiciliada esta parte ou (ii) no tribunal do local onde o consumidor tiver domicílio⁶⁰. Assim como na lei aplicável, o âmbito de aplicação da norma de domicílio do consumidor presente no Regulamento limita-se aos casos em que o fornecedor tenha dirigido a sua atividade, por quaisquer meios, ao Estado-membro de domicílio do consumidor, isto é, quando se estiver diante de um fornecedor transnacional.

O Regulamento prevê também a possibilidade de derrogação do disposto sobre jurisdição especial aos consumidores mediante acordos que sejam posteriores ao surgimento do litígio, que permitam ao consumidor recorrer a tribunais diferentes daqueles indicados pela norma, ou que sejam celebrados por consumidor e fornecedor que tenham idêntico local de domicílio ou residência habitual no momento da celebração do contrato, concomitantemente, e atribuam competência aos tribunais desse Estado-membro.

Em seu turno, o Código de Processo Civil brasileiro também contém disposições específicas à jurisdição internacional para as relações de consumo, em normas seguem semelhan-

.....
⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento (EU) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EM> (08.06.2020).

te linha⁶¹. O legislador brasileiro, influenciado pelos valores constitucionais⁶², inovou o ao prever um critério especial de jurisdição internacional voltado às relações de consumo e à proteção do consumidor no Código de Processo Civil de 2015⁶³. O artigo 22, II da mencionada norma prevê que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações decorrentes de relações de consumo quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil. Este é um critério especial em relação às regras gerais de jurisdição corrente brasileira, que dispõem que as demandas recaem sobre a jurisdição nacional quando no Brasil for o domicílio do réu, o local de cumprimento da obrigação, ou o local de ocorrência do fato ou prática do ato.

No ponto, salienta-se que antes do CPC/2015, a hipótese da jurisdição internacional no domicílio do consumidor era aplicada com base no artigo 101, I do CDC⁶⁴, o que era criticado pela doutrina, por se tratar de critério de competência interna, e não jurisdição internacional⁶⁵. Entretanto, a partir de 2015, a legislação brasileira fixou expressamente o foro do domicílio do consumidor como critério de jurisdição, no caso

.....
⁶¹ BRASIL, *Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm (29.11.2020).

⁶² Sobre o tema, ver: AUGUSTO JAEGER JUNIOR, NICOLE RINALDI DE BARCELLOS, “Interações entre jurisdição internacional e constituição federal no direito brasileiro”, in GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, MARIA ROSA LOULA, *Direito internacional e comparado: trajetórias e perspectivas/Homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos/Volume II/Direito Constitucional, Direito da Nacionalidade, Direito Internacional Público e Direito Europeu*, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2021, p. 59-74.

⁶³ Destaca-se que nada dispôs sobre a proteção dos consumidores o já revogado CPC de 1973 que continha as regras relativas aos limites da jurisdição brasileira nos artigos 88 e 89, tampouco a LINDB.

⁶⁴ Art. 101. Na ação de responsabilidade civil [...]: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor.

⁶⁵ CARMEN TIBURCIO, *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*, cit., p. 75

de ações de consumo propostas por consumidor residente ou domiciliado no Brasil, sem importar se a relação de consumo tenha sido realizada ou cumprida no exterior. Ademais, ainda que o CPC/2015 tenha consagrado expressamente a possibilidade da eleição do foro estrangeiro tal disposição não deve ser aplicada aos contratos internacionais de consumo de adesão⁶⁶. O artigo 25, §2º impede que os contratos internacionais de adesão imponham cláusulas de eleição de foro estrangeiro, à medida que proíbe a escolha abusiva do foro estrangeiro⁶⁷.

Com isso, tem-se que tanto o direito da União Europeia, quanto o brasileiro, valorizam o foro do domicílio do autor como regra especial de jurisdição protetora. Entretanto, em comparação à legislação da União Europeia, verificam-se duas diferenças relevantes: (i) o critério de jurisdição brasileiro não se restringe aos contratos internacionais de consumo dirigidos ao mercado brasileiro, como na UE, e sim abrange também os consumidores que voluntariamente procuraram celebrar um contrato de consumo internacional⁶⁸; e (ii) o direito da UE é mais abrangente quanto à eleição de foro em relação ao direito brasileiro.

Ocorre que não são somente os meios judiciais tradicionais do direito internacional privado que ganham destaque na resolução de conflitos de consumo. Também os meios alternativos emergem como garantidores dos direitos dos con-

⁶⁶ VALESCA MOSCHEN, HERMES ZANETTI JUNIOR, "Temas controversos do direito processual civil internacional: a cláusula de eleição de foro e os limites do exercício jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no CPC brasileiro de 2015" in ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS (org.), *Direito internacional privado: questões controvertidas*, Arraes, Belo Horizonte, 2016; LUCIANE KLEIN VIEIRA, MATHEUS FERNANDES, "Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais", *RS-TPR 5* (2017), pp. 224-243.

⁶⁷ ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Curso de Direito Internacional Privado*, cit., p. 235.

⁶⁸ CLAUDIA LIMA MARQUES, "International Protection of Consumers as a Global or a Regional Policy", cit, pp. 57-75.

sumidores, muitas vezes suplantando os meios jurisdicionais⁶⁹, conforme passa-se a expor.

2.2. RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS NOS CONTRATOS DE CONSUMO TRANSNACIONAIS: NOVOS MEIOS DE GARANTIA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Com o incremento das transações virtuais, e a assunção do papel de protagonismo pelo comércio eletrônico, houve também um aumento no campo das demandas judiciais envolvendo consumidores⁷⁰. Acontece que os altos custos de manutenção de um processo judicial, aliado à maior burocracia dos tribunais dos Estados acabaram por levar os consumidores a buscarem resoluções alternativas aos litígios de consumo transfronteiriço, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Ao propor a Diretiva 2013/11/EU sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, o legislador da União Europeia destacou a intenção de assegurar aos consumidores nacionais e transfronteiriços o acesso a formas simples, eficazes, céleres e econômicas de resolver litígios no campo do direito do consumidor⁷¹. No Brasil, a utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo é incentivada pelo CDC nos artigos 4º, V e 51, assim como a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre as políticas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e

.....
⁶⁹ SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo", cit, pp. 357-388.

⁷⁰ JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Arbitragem online em conflitos de consumo*, cit., p. 13.

⁷¹ UNIÃO EUROPEIA, *Diretiva 2013/11/ue do parlamento europeu e do conselho de 21 de maio de 2013 Sobre a resolução alternativa de litígios de consumo (Diretiva RAL)*, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=HU> (28.11.2020).

dos conflitos de interesses, abordando também os outros mecanismos de solução de conflitos⁷².

Na esteira do defendido por Sandra Passinhas, os conflitos de consumo tratam-se, via de regra, de conflitos de pequeno valor econômico, nos quais o consumidor não dispõe dos mesmos meios econômicos que o fornecedor, ao passo que, para os profissionais, as delongas de um processo judiciário são incompatíveis com a atividade econômica⁷³. Nas transações online, segundo a autora, os riscos na contratação são ainda mais intensos, o que é agravado quando estas relações são transfronteiriças, onde são identificadas diferenças para além da distância, como as diferenças linguísticas e os costumes no comércio. Tomando por base os benefícios identificados, surge um maior interesse nas partes nos meios alternativos de solução de litígios.

Os meios de resolução alternativa de litígios (RAL), também conhecidos como Alternative Dispute Resolution (ADR), são os procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos judiciais⁷⁴, sendo que alguns adotam o caráter mais formal, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, e outros são menos formais, como os Serviços de Atendimento aos Clientes

.....

⁷² FABIANA D'ANDREA RAMOS, "Métodos autocompositivos e respeito à vulnerabilidade do consumidor" in CLAUDIA LIMA MARQUES, LUIS ALBERTO REICHEL (orgs.), *Diálogos entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, pp. 65-80.

⁷³ SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios..." , cit., p. 358.

⁷⁴ Sobre o tema, ver: MICHAEL STÖBER, "Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas", *Revista de processo* 244 (2015), pp. 361-380; GRAFF-PETER CALIESS, "Online Dispute Resolution: Consumer Redress in a Global Market Place", *German Law Journal* 7 (2006), pp. 647-660; UNIÃO EUROPEIA, *Resolução alternativa de litígios de consumo*, disponível em https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/resolve-your-consumer-complaint/alternative-dispute-resolution-consumers_pt (28.11.2020).

(SAC)⁷⁵. Observa-se que o movimento RAL mostra-se como plural e assimétrico no que tange aos litígios tutelados, havendo uma grande variedade de litígios sujeitos à mediação, conciliação e arbitragem⁷⁶

Arbitragem, conciliação e mediação não se confundem, pois o objetivo da primeira é a obtenção de uma solução imposta por um terceiro imparcial, enquanto com as duas últimas se almeja a celebração de um acordo entre as partes⁷⁷. De acordo com Michael Stöber, estes são baseados em um acordo entre as partes tendem a evitar um processo judicial que frequentemente dura muitos anos e passa por várias instâncias.

No âmbito da União Europeia, a Diretiva 2013/11/UE foi instituída com a exigência aos Estados-membros de facilitar o acesso dos consumidores aos procedimentos RAL, assegurando-se que exista uma entidade RAL para submissão dos litígios de consumo. Por se tratar de uma diretiva, esta deve ser internalizada e adotada pelos Estados-membros da União Europeia, pelo que se cita o exemplo de Portugal, que transpôs a mencionada Diretiva através da Lei n° 144/2015, instituindo que são procedimentos RAL a mediação, a conciliação e a arbitragem, e que a Direção Geral do Consumidor é a autoridade nacional encarregada de realizar a inscrição das entidades de RAL, assim como monitorar o cumprimento das obrigações legais por estas⁷⁸.

.....
⁷⁵ JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Arbitragem online em conflitos de consumo*, cit., p. 28.

⁷⁶ JOÃO PEDROSO, CRISTINA CRUZ, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça — o caso dos conflitos de consumo*, CESUC, Coimbra, 2000, p. 36.

⁷⁷ CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo*, 3. ed., Atlas, São Paulo, 2009, p. 33.

⁷⁸ Vide artigos 3º, alínea i, para os procedimentos de RAL, e 16 e 17, para as listas de entidades de RAL, todos da Lei 144/2015. Sobre o tema, ver: JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO MONTEIRO, *Reflexão sobre arbitragem e mediação de consumo na Lei de Defesa do Consumidor — A Lei n° 63/2019*,

De acordo com o Considerando 7 da mencionada Diretiva, o RAL deve estar disponível a todos os tipos de litígios de consumo, inclusive os transfronteiriços, sendo destacado que é importante que as entidades RAL resolvam de forma eficaz estes tipos de litígios. Ademais, de acordo com a Diretiva, todas as entidades RAL devem cumprir com os princípios fundamentais de competência, independência, imparcialidade e transparência, nos termos dos artigos 7º a 9º. Como exemplo em Portugal, o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto uma entidade RAL⁷⁹.

Salienta-se que a Diretiva não diferencia mediação, arbitragem e conciliação quando ao procedimento de resolução alternativa de litígios. Nesse sentido, Sandra Passinhas destaca que na *mediação* as partes de um litígio procuram um mediador voluntariamente, com fins de alcançarem um acordo, na *arbitragem* as partes confiam voluntariamente a decisão de um litígio a um terceiro, um árbitro, como um meio de resolução adjudicatório, e a *conciliação* é o resultado das diligências do juiz ou do árbitro para tentar resolver o litígio por acordo entre as partes⁸⁰. Entretanto, destaca a autora que no âmbito dos litígios de consumo será comum a utilização do meio de conciliação pelos juristas do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, e só em um segundo é que este é promovido pelos árbitros. Os três meios mencionados são formas habituais de resolução de conflitos previstas na União Europeia.

Além destas outro importante meio RAL na União Europeia é a Resolução de Litígios em Linha (RLL), prevista pelo Regu-

.....
de 16 de agosto, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação* 13 (2020), pp. 9-35.

⁷⁹ CICAP, *Estatuto e regulamento*, disponível em <https://www.cicap.pt/cicap/estatutos-e-regulamentos> (28.11.2020).

⁸⁰ SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios...", *cit.*, p. 358.

lamento 514/2013 (Regulamento RLL), que prevê a resolução alternativa de litígios relativos às obrigações contratuais resultantes de contratos de venda ou prestação de serviços em linha entre consumidor e fornecedor, notadamente através da arbitragem⁸¹. Os sistemas previstos na Diretiva RAL e no Regulamento RLL são complementares, o que denota que a União Europeia possui uma avançada legislação na matéria, não havendo uma diferenciação entre as relações jurídicas que são nacionais e as que são transfronteiriças.

No Brasil, os meios de solução alternativa de consumo encontram amparo na legislação processual, como pode ser observado no artigo 3º, § 1º e 3º do CPC e na legislação especial protetiva do consumidor, pelo artigo 4º, inciso V e artigo 51 do CDC. Também existe no Brasil uma Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996) e uma Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) que propõem métodos RAL, não devendo ser esquecida a já mencionada Resolução 125/2010 do CNJ, que se destinou a implantar no Brasil a chamada Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses, com fins de incluir e fomentar os meios consensuais de solução de disputas, especialmente a mediação.

No entanto, o direito brasileiro aborda de formas distintas os meios alternativos de solução de litígios da mediação e da conciliação, em relação à arbitragem. A utilização da arbitragem é cautelosamente analisada face à vulnerabilidade fático-econômica, jurídica, técnica e informativa⁸², tendo em vista que o consumidor pode se encontrar em uma abismal desigualdade face ao fornecedor de produto ou de serviço, caso esta seja inserida no contrato de adesão, de maneira prévia.

.....

⁸¹ JOÃO PEDRO PINTO MONTEIRO, "A Resolução Alternativa de Litígios de Consumo no Contexto da Lei n.o 144/2015" in *Estudos de direito do consumo: uma homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, CEDIS, Lisboa, 2016, p. 2.

⁸² CLAUDIA LIMA MARQUES, BRUNO MIRAGEM, *O novo direito privado e a proteção dos...*, cit., p.158.

Nesse sentido, o artigo 51, inciso VII do CDC arrola como abusiva e indica a nulidade da cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem. Também no âmbito da Lei da Arbitragem há previsões especiais relacionadas aos contratos de adesão, segundo as quais a arbitragem somente pode ocorrer nos contratos de adesão quando as partes expressamente aceitarem, de modo inequívoco e específico (artigos 4º, §2 e 8º), assim como a jurisprudência brasileira não admite a arbitragem quando esta for uma imposição do fornecedor ao consumidor⁸³. Nesse mesmo sentido, o Projeto de Lei 3514/2015 propõe a inclusão do §1º no artigo 101 do CDC que determina que são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor. Algumas questões adicionais são analisadas por Fátima Nancy Andrighi, como o uso imperativo da legislação do consumidor como norma de ordem pública e interesse social, a facilitação da sua defesa através das ações coletivas de consumo ampla-

.....

⁸³ Segundo a decisão: "[...] 3. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante do litígio, havendo consenso entre as partes - em especial a aquiescência do consumidor -, seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes. 4. É possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição. 5. Pelo teor do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, mesmo que a cláusula compromissória esteja na mesma página de assinatura do contrato, as formalidades legais devem ser observadas, com os destaques necessários. Cuida-se de uma formalidade necessária para a validade do ato, por expressa disposição legal, que não pode ser afastada por livre disposição entre as partes. 6. Na hipótese, a atitude da consumidora em promover o ajuizamento da ação evidencia a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória. 7. Recurso especial conhecido e provido". REsp 1785783/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma. DJe 07/11/2019.

mente previstas no CDC e a existência de mecanismos de fiscalização das câmaras arbitrais⁸⁴. Portanto, a arbitragem é vista com cautela, especialmente em se tratando de conflitos internacionais⁸⁵.

Deve-se observar que no Brasil outras alternativas RAL são valorizadas, como a mediação e a conciliação de câmaras privadas ou da escolha conjunta de um mediador ou conciliador privado, e como os canais de Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), que no Brasil são regulados pelo Decreto n. 6.523 de 2008. Além disso, há vias administrativas como os Procons e as plataformas públicas, como a *consumidor.gov.br*, que possibilitam a de construção de dados estatísticos públicos.

Ainda assim, considerando-se que o fornecedor nos contratos internacionais no comércio eletrônico está no exterior e sequer possui estabelecimento comercial no Brasil, sendo ademais a sua identificação complexa, dificilmente esses outros mecanismos RAL serão aplicados aos contratos internacionais de consumo no Brasil. Observa-se que a realidade brasileira é muito diferente da União Europeia, tendo em vista que esta busca com os mecanismos RAL incrementar o processo de integração, a partir da qual os fornecedores pretendem ganhar a confiança dos consumidores no âmbito do mercado único, e portanto se submetem aos meios alternativos mesmo em relações transfronteiriças.

Neste tópico do estudo foram analisadas as formas de proteção processual do consumidor transnacional na celebração de contratos eletrônicos. Conclui-se parcialmente que as legisla-

.....
⁸⁴ FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, "Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta", *Revista de Arbitragem e Mediação* 9 (2006), pp. 16-17.

⁸⁵ EDUARDO ANTÔNIO KLAUNSER, *A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo*, disponível em <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/a-arbitragem-na-solucao-de-conflitos-decorrentes-de-contratos-nacionais> (28.11.2020).

ções brasileira e da União Europeia valorizam o foro do domicílio do autor como regra especial de jurisdição protetora de forma semelhante, mas possuem uma abordagem distinta quando aos mecanismos RAL em relação ao direito do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada neste estudo leva à constatação de que o direito internacional privado promove a tutela dos vulneráveis por meio de regras especiais protetoras, sejam elas relativas à lei aplicável ou à jurisdição internacional, sendo adotados também novos meios alternativos de solução de controvérsias, especialmente na União Europeia. Observou-se que as normas de direito internacional privado analisadas possuem a função de promover o equilíbrio entre as partes, com fins de proteger o consumidor em suas relações jurídicas internacionais ou transfronteiriças.

Demonstrou-se que os meios eletrônicos de contratação incentivam o consumo internacional, ao mesmo tempo em que agravam a vulnerabilidade do consumidor, pelo que o direito internacional privado deve estar atento a este desafio e promover uma renovação do seu método a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais. Essa renovação recai sobre o estabelecimento de regras especiais, de proteção, que condizem com a adoção do domicílio do consumidor quanto à regra de conexão para a lei aplicável, o foro do domicílio do autor quanto à jurisdição internacional, sendo limitada a autonomia privada, assim como a previsão de mecanismos RAL especiais aos litígios de consumo. Comparativamente, ainda que cada qual apresente características próprias, observou-se que Brasil e União Europeia possuem por denominador comum a busca incessante pela proteção do consumidor no plano internacional.

VENDA DE BENS DE CONSUMO APONTAMENTO SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/771 E O DIREITO PORTUGUÊS*

Paulo Mota Pinto **

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Harmonização fixa e prazo de transposição. 3. Âmbito de aplicação. 4. Conformidade com o contrato. 5. Direitos do comprador. 6. Prazos de garantia, de denúncia e de exercício dos direitos. 7. Responsabilidade do produtor e direito de regresso. 8. Garantias comerciais. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas a que João Calvão da Silva dedicou parte relevante da sua produção científica, e de que mais gostava, foi o da *venda de coisas defeituosas*, tendo-o tratado na sua dissertação de Doutoramento¹, e, depois, quer em exposição

.....
* Texto que serviu de base à intervenção no VII Congresso Intercontinental de Direito Civil – em homenagem ao Prof. Doutor Calvão da Silva, que decorreu em Coimbra em 15 e 16 de novembro de 2019.

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

¹ *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, esp. págs. 181 e segs.

monográfica adrede², quer em comentário às normas sobre a venda de bens de consumo³, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril (alterado pelo Decreto Lei n.º 84/2008, de 21 de maio), em transposição da 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. Num ano em que na União Europeia foram aprovadas duas diretivas como que “gêmeas” sobre conformidade de bens e serviços e de conteúdos serviços digitais com contratos de celebrados com consumidores⁴, uma das quais (a Diretiva 2019/771) revogou a citada Diretiva de há duas décadas (1999/44/CE) e irá implicar alterações relevantes ao regime nacional da venda de bens de consumo, é sem dúvida adequado homenagear o grande Civilista que foi Calvão da Silva tratando da comparação entre o regime comunitário e o direito português vigente da venda de bens de consumo.

Em 2000, dedicámos um estudo à comparação entre o regime europeu que fora introduzido para a venda de bens de consumo, pela Diretiva 1999/44/CE relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e o regime português da venda de bens de con-

.....

² *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e Segurança)*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

³ *Venda de Bens de Consumo – DL n.º 67/2003, de 8 de Abril / Directiva n.º 1999/44/CE – Comentário*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.

⁴ 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, e 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, ambas no *Jornal Oficial*, L 136, de 22 de maio de 2019, pags. 1 e segs., 28 e segs. Para uma visão geral das duas Diretivas, v. JORGE MORAIS CARVALHO, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *EuCML*, 5/2019, págs. 194-201.

sumo⁵, em que nos apoiámos depois para o anteprojecto de diploma de transposição dessa Diretiva⁶, o qual, por sua vez, serviu de base (não sem ter sofrido relevantes modificações) ao Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril (que veio a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio), sobre venda de bens de consumo⁷. Hoje, não podemos fazer aqui mais do que um *breve apontamento*, sobretudo na perspetiva da *necessidade* e de algumas *opções para a transposição* da Diretiva 2019/771, sob reserva de um estudo mais profundo e alargado – sendo certo que a comparação entre esta Diretiva e a anterior, de 1999, e com o direito nacional, foi já feita na doutrina portuguesa⁸, na sequência, aliás, da abundante

⁵ PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo/A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 2 (2000), Coimbra, Centro de Direito do Consumo, págs. 199-331.

⁶ PAULO MOTA PINTO, “Anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito português/Exposição de motivos e articulado”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3 (2001), Coimbra, Centro de Direito do Consumo, págs. 165-279; idem, *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda – anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português (exposição de motivos e articulado)*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 2002.

⁷ V., posteriormente, também PAULO MOTA PINTO, “Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das portugiesische Gewährleistungsrecht”, nota informativa em Martin Josef Schermaier (org.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, Sellier, 2003, págs. 493-494; idem, “O anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7 (2005), Coimbra, Centro de Direito do Consumo, págs. 263-278, também in LUÍS MENEZES LEITÃO, org., *Estudos do Instituto do Direito de Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 119-134).

⁸ JORGE MORAIS 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”, *Revista Electrónica de Direito*, Universidade do Porto, outubro 2019, n.º 3 (vol. 20), págs. 63-87, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 79, n.º 3-4 (2019), págs. 723-751, e o estudo alargado de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “O direito europeu da compra e venda 20 anos depois. Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019”, *Revista de direito comercial*, 2020, págs. 1217-1376.

literatura que desde 2003 se vem pronunciando sobre o regime nacional da venda de bens de consumo⁹.

.....

⁹ Além das obs. cits. de JOÃO CALVÃO DA SILVA, v. (sem pretensões de exaustividade): ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Garantias na venda de bens de consumo: a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português", *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 5 (2003), págs. 123-137, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/JORGE MORAIS CARVALHO, "Direitos do consumidor em caso de falta de conformidade do bem com o contrato", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 145, n.º 3997 (mar.-abr. 2016), págs. 237-248, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de abril, ao intermediário na venda", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147, n.º 4011 (jul.-ago. 2018), págs. 368-386, idem, "Harmonização da linguagem jurídica ao nível do direito contratual europeu: breves notas", *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 8 (2006-2007), págs. 109-126; LUÍS MENEZES LEITÃO, "O novo regime da venda de bens de consumo", in Dário Moura Vicente (coord.), *Direito comparado = Comparative Law: perspectivas luso-americanas = Portuguese-American Perspectives*, Coimbra, Almedina, 2006, págs. 97-129, JOANA GALVÃO TELES, "Venda de bens de consumo: garantia das peças inseridas num bem no âmbito da sua reparação", in *Conflitos de consumo*, org. POR JORGE MORAIS CARVALHO/MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Coimbra, Almedina, 2006, págs. 225-244, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, "Ser ou não ser conforme, eis a questão: em tema de garantia legal de conformidade na venda de bens de consumo", in *Cadernos de Direito Privado*, Braga, n.º 21 (jan.-mar. 2008), págs. 3-20, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, págs. 108 e segs., idem, "Direitos do consumidor na compra de bens de consumo", *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 12 (2017), págs. 35-73, e já idem, *Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Coimbra, Almedina, 2012, MARIA JOÃO SARMENTO PESTANA DE VASCONCELOS, "Considerações sobre a transferência do risco na venda de bens de consumo: confronto entre o regime consagrado do Decreto-Lei n.º 67-2003, de 8 de abril (alterado), e as regras gerais consagradas no Código Civil", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, coord. por LUÍS COUTO GONÇALVES ET ALII, COIMBRA, Almedina, 2012, págs. 463-478, Alexandre Mota Pinto, "Venda de bens de consumo e garantias. O direito vivido nos tribunais", in *I Congresso de direito do consumo*, coord. Jorge Morais Carvalho, Coimbra, Almedina, 2016, RUI ATAÍDE, "A venda de bens de consumo: os meios de tutela do comprador", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Coimbra, n.º 87 (set. 2016), págs. 11-33, JOSÉ EUSÉBIO ALMEIDA, "A compra e venda defeituosa: o confronto na aplicação do Código Civil e outros diplomas", in Centro de Estudos Judiciários (org.), *Direito dos contratos*, novembro de 2017, págs. 57-106, PEDRO FALCÃO, "O regime da venda de bens de consumo na jurisprudência portuguesa recente", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5 (2019), n.º 2, págs. 1649-1670.

2. HARMONIZAÇÃO FIXA E PRAZO DE TRANSPOSIÇÃO

Segundo o artigo 24.º da Diretiva 2019/771¹⁰, os Estados-Membros têm de a transpor para a respetiva ordem-jurídica até 1 de julho de 2021, por forma a que a mesma comece a vigorar a partir do dia 1 de janeiro de 2022.

O primeiro aspeto que chama a atenção, quando se tenta determinar o âmbito da necessidade de transposição, é o de que a Diretiva 2019/771 é uma diretiva de *harmonização plena* ou *fixa*: nos termos do artigo 4.º, os Estados-Membros *não podem* manter ou introduzir no seu direito nacional disposições divergentes das previstas na diretiva, incluindo disposições mais ou menos estritas que tenham por objetivo garantir um nível diferente (superior ou inferior) de proteção dos consumidores. Em várias disposições, a Diretiva concede aos legisladores nacionais *espaços de opção*, seja para determinar o seu âmbito de aplicação, seja quanto a certos aspetos de regime¹¹. Mas fora deles, o legislador comunitário visou uma harmonização plena, abandonando a limitação do âmbito de vinculação da diretiva à uma *harmonização mínima*, que se encontrava, por exemplo, na Diretiva 1999/44/CE, cujo artigo 8.º permitia aos legisladores nacionais “adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais estritas, compatíveis com o Tratado, com o objetivo de garantir um nível mais elevado de proteção do consumidor”.

Esta mudança de abordagem¹² vem *justificada* nos considerandos 6 a 10 da Diretiva, entendendo-se que é conve-

¹⁰ Diploma adiante designado apenas como “Diretiva”, e a que pertencem as disposições doravante citadas sem indicação especial. Os itálicos na transcrição de disposições legais são aditados.

¹¹ Um elenco desses *espaços de opção* do legislador nacional encontra-se em J. MORAIS 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”, cit., págs. 67-70.

¹² Inaugurada, no domínio do direito europeu do consumidor, com a harmonização fixa ou plena prevista pela Directiva 2005/29/CE do Parlamento

niente terminar com a situação atual em que as disposições nacionais que transpõem a Diretiva 1999/44/CE divergem atualmente de forma significativa *relativamente a elementos essenciais*, tais como a ausência ou existência de uma hierarquia de meios de ressarcimento, divergência devida à exigência apenas de harmonização mínima. Tal situação constituiria uma *barreira relevante* para empresas e consumidores¹³. A previsão de uma harmonização plena traduz, por outro lado, a ideia de que o diploma comunitário não visou estabelecer apenas uma *proteção mínima dos consumidores* na venda de bens de consumo, mas antes um *certo equilíbrio* entre os seus interesses e os dos profissionais, que seja aplicável em todos os países da União. Isso A harmonização incide, porém, apenas sobre “regras aplicáveis às vendas de bens, inclusive bens com elementos digitais, apenas em relação aos elementos-chave contratuais necessários para superar os obstáculos relacionados com o direito dos contratos no mercado interno”, isto é, “regras em matéria de requisitos de conformidade, meios de ressarcimento à disposição dos consumidores por falta de conformidade dos bens com o

.....

Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

¹³ Considerando 7: “as empresas que dirigem as atividades a consumidores de outros Estados-Membros têm de ter em conta as disposições imperativas do direito nacional em matéria de direito dos contratos do país de residência habitual do consumidor. Uma vez que estas normas diferem entre Estados-Membros, as empresas podem ser confrontadas com custos adicionais. Por conseguinte, muitas empresas podem preferir continuar a comercializar no mercado nacional ou a exportar apenas para um ou dois Estados-Membros. Esta opção pela minimização da exposição a custos e riscos relacionados com o comércio transfronteiriço resulta na perda de oportunidades de expansão comercial e de economias de escala. As PME são especialmente afetadas”; considerando 8: “a fragmentação jurídica afeta também negativamente os níveis de confiança dos consumidores nas transações transfronteiriças. Embora vários fatores contribuam para esta desconfiança, a incerteza sobre os principais direitos contratuais destaca-se entre as preocupações dos consumidores”.

contrato e principais modalidades para o seu exercício”, que são “plenamente harmonizadas”, dizendo-se que “o nível de proteção do consumidor, em comparação com a Diretiva 1999/44/CE, deverá ser aumentado”¹⁴.

Fora do âmbito da harmonização introduzida ficam aspetos gerais do direito nacional dos contratos, como as regras relativas à *formação*, à *validade*, à *nulidade* ou aos *efeitos* dos contratos, incluindo as *consequências da “rescisão”* de um contrato, na medida em que estes não sejam regulados pela diretiva, e o *direito a indemnização* (artigo 6.º, n.º 6).

3. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Quanto ao *âmbito de aplicação* – e excetuando a norma sobre o direito de regresso, contida no artigo 18.º, que já estava previsto na Diretiva 1999/44/CE – a Diretiva 2019/771/UE limita-se a *relações entre profissionais e consumidores*, tal como o regime nacional da venda de bens de consumo. O legislador comunitário continuou a limitar a *noção de consumidor a pessoas singulares*, diversamente do que, literalmente, se prevê no regime nacional da venda de bens de consumo (artigo 1.º-B, alínea a), do Decreto-Lei n.º 67/2003: “aquele a quem”). E, embora não se refira a esta hipótese no articulado, nem esteja regulada também entre nós, parece apenas considerar consumidor aquele que atua com *finalidade exclusiva ou predominantemente não comercial, industrial,*

.....
¹⁴ Deve notar-se que não é a primeira vez que o legislador comunitário, depois da Diretiva 1999/44/CE, tenta uma *harmonização do direito europeu da compra e venda* – embora seja a primeira vez que o faz com efeitos vinculativo e em termos de harmonização plena. V. a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, de outubro de 2011 – COM (2011) 635 final (e, sobre esta iniciativa, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “A compra e venda ‘transnacional’ de bens de consumo. Algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas”, *Revista Electrónica de Direito*, Universidade do Porto, junho 2013, n.º 1, vol. 20, págs. 1-19.

artesanal ou profissional. Permite, porém, nos contratos com *dupla finalidade*, em que “a finalidade comercial é de tal modo limitada que não é predominante no contexto global do contrato”, que os Estados-Membros *possam “continuar a ser livres de determinar se, e em que condições, essa pessoa deverá ser igualmente considerada um consumidor”*¹⁵.

Não parece, pois, que exista necessidade de alteração da legislação nacional quanto à noção de consumidor. Aliás, nada impede também o legislador nacional de alargar, total ou parcialmente, o âmbito das disposições adotadas em transposição da Diretiva, no regime geral da compra e venda¹⁶.

Quanto à *definição de vendedor*, inclui qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pela presente diretiva (artigo 2.º, n.º 2). O Decreto-Lei n.º 67/2003 considera como vendedor qualquer pessoa singular ou coletiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua atividade profissional. Embora por interpretação da noção prevista na lei nacional se possa já chegar à mesma conclusão, talvez seja útil explicitar que a atuação do vendedor pode ter lugar “*através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta*”.

.....
¹⁵ Referência, esta, à *continuação dessa opção*, que se estranha, quando se confronta com o considerando 17 da Diretiva 2011/83, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, segundo o qual no caso dos contratos com dupla finalidade, se o objetivo da atividade “for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa *deverá ser igualmente considerada consumidor*”.

¹⁶ Defendemos essa solução, para a transposição da Diretiva 1999/14/CE, em 2001, nas obs. cit. *supra*, n. 6.

Quanto ao âmbito objetivo da Diretiva, inclui (artigo 3.º, n.º 2) não só contratos de compra e venda como *contratos para fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir* – tal como o regime nacional é aplicável aos contratos de empreitada e de locação de bens de consumo (artigo 1.º-A, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003).

A Diretiva aplica-se a *bens móveis tangíveis* – artigo 2.º, n.º 5, alínea a) –, incluindo “bens com elementos digitais”, definidos como “qualquer bem móvel tangível que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções” (alínea b)). O legislador nacional pode, porém, *alargar* o âmbito do regime da venda de bens de consumo aos bens *imóveis* (considerando 12), como fez o legislador português em 2003 (artigo 1.º-B, alínea b), do Decreto-Lei n.º 67/2003), e poderá também excluir do âmbito de aplicação do regime nacional de transposição os bens em segunda mão vendidos em hasta pública e os animais vivos (artigo 3.º, n.º 5).

Importante é também a *delimitação em relação ao âmbito de aplicação da Diretiva 2019/770/UE*, que estabelece regras aplicáveis a certos requisitos relativos aos *contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou à prestação de serviços digitais*. Já a Diretiva 2019/771/UE não é aplicável ao *fornecimento de conteúdos ou serviços digitais* (artigo 3.º, n.º 3), nem a qualquer *material que sirva exclusivamente de portador de conteúdos digitais*, como um CD, DVD, ou uma pen ou cartão de memória ou com uma chave ou código (artigo 3.º, n.º 4, alínea a)). No entanto, o regime da venda de bens de consumo é aplicável a *conteúdos ou serviços digitais* que estejam *incorporados em bens*, ou com eles estejam *interligados*, e que sejam *fornecidos com os*

bens nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro. Em caso de dúvida sobre se o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados fazem parte do contrato de compra e venda, presume-se que os conteúdos ou serviços digitais estão abrangidos pelo contrato de compra e venda (artigo 3.º, n.º 3, 2.ª parte).

O critério é, portanto, o da inclusão dos conteúdos ou serviços digitais no contrato de compra e venda do bem no qual estão incorporados ou com o qual estão interligados. A incorporação ou interligação deve ser entendida “de tal forma que a ausência desse conteúdo ou serviço digitais impediria os bens de desempenhar as suas funções”, podendo tratar-se de “quaisquer dados produzidos ou fornecidos em formato digital, tais como sistemas operativos, aplicações e qualquer outro software”, “estar pré-instalado no momento da celebração do contrato de venda ou, nos termos desse contrato, ser instalado posteriormente”, e “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, ou o fornecimento contínuo de programas de treino personalizado no caso dos relógios inteligentes” (considerando 14). No considerando 15 e 16 o legislador comunitário concretizou melhor a relação de incorporação ou interligação relevantes, tendo em conta não só a sua necessidade para a funcionalidade dos bens como a interpretação do contrato, em face do que é habitual e das expectativas razoáveis do consumidor¹⁷

.....
¹⁷ Considerando 15, “incluindo os bens com elementos digitais sempre que, na falta dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados, a funcionalidade dos bens se torne inoperante e sempre que esses conteúdos ou serviços digitais forem fornecidos com os bens ao abrigo do contrato de compra e venda relativo aos mesmos bens. A inclusão do fornecimento

sobre a presença dos conteúdos ou serviços digitais¹⁸.

Já 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*

.....
 dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados no contrato de compra e venda celebrado com o vendedor deverá depender do conteúdo desse contrato. A presente diretiva deverá incluir conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados cujo fornecimento seja explicitamente exigido pelo contrato. Deverá também incluir os contratos de compra e venda que podem ser entendidos como abrangendo o fornecimento de conteúdos específicos ou a prestação de um de um serviço digital específico, atendendo a que esses conteúdos e serviços são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar a sua presença, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor".

¹⁸ "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 conteúdos ou serviços digitais estarem pré-instalados nos próprios bens ou terem de ser descarregados posteriormente noutros dispositivos e estarem apenas interligados aos bens. A título de exemplo, um telemóvel inteligente pode vir com uma aplicação normalizada pré-instalada fornecida nos termos do contrato de compra e venda, como por exemplo uma aplicação de alarme ou uma aplicação de câmara. Outro exemplo possível é o de um relógio inteligente. Nesse caso, o próprio relógio seria o bem que integra elementos digitais, que só podem desempenhar as suas funções com uma aplicação fornecida nos termos do contrato de compra e venda, mas que deverá ser descarregada pelo consumidor num telemóvel inteligente; nesse caso, a aplicação seria assim o elemento digital interligado. 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. Além disso, a determinação de uma relação contratual, entre o vendedor e o consumidor, da qual faz parte o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados, não deverá ser afetada pelo simples facto de o consumidor dar o seu consentimento a um acordo de licenciamento com um terceiro a fim de beneficiar dos conteúdos ou serviços digitais".

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 2019/770/UE, caso estejam preenchidas as condições nela previstas¹⁹.

Ora, o regime nacional sobre a venda de bens de consumo aplica-se apenas a “qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão” (artigo 1.º-B, alínea b), do Decreto-Lei n.º 67/2003), e *não prevê a noção de “bens com elementos digitais”* ou qualquer regime específico de conteúdos ou serviços digitais. O legislador português está confrontado, desde logo, com a opção de saber se irá transpor as Diretivas de 2019 num *único diploma*, que regula a venda de bens de consumo e o fornecimento de serviços e conteúdos digitais ao consumidor, ou se *separará os respetivos regimes*, quer totalmente, quer apenas nas suas especificidades em relação a um eventual regime geral.

Seja como for, é claro que é necessário, para transposição da Diretiva 2019/771, alterar o regime português da venda de

.....

¹⁹ Considerando 16, com os seguintes exemplos: “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. Por conseguinte, a presente diretiva deverá apenas aplicar-se ao contrato de compra e venda do telemóvel inteligente, enquanto o fornecimento da aplicação de jogo deverá estar abrangido pela Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas. 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. Nesse caso, o fornecimento do sistema operativo comprado em separado não faz parte do contrato de compra e venda e, por conseguinte, não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva, mas poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas.”

bens de consumo para que este *passa também a incluir bens com elementos digitais* – independentemente, portanto, do regime que for previsto para a transposição da Diretiva 2019/770/UE, sobre fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

4. CONFORMIDADE COM O CONTRATO

No que diz respeito à conformidade dos bens com o contrato, a Diretiva mantém o *dever de entrega pelo vendedor de bens em conformidade com o contrato*. No entanto, em vez de considerar os critérios que enuncia relevantes para uma *presunção de não conformidade* (como no artigo 2.º, n.º 2, do regime nacional da venda de bens de consumo), ou para uma *presunção de conformidade* (artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 1999/44/CE), formula verdadeiros *requisitos de conformidade*. Embora alguns destes, nas suas linhas gerais e mais frequentemente relevantes, tendam a coincidir com os critérios anteriores, há diferenças que obrigarão também à transposição da Diretiva alterando o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Assim, desde logo, os requisitos de conformidade são divididos em requisitos *subjativos* (artigo 6.º) e requisitos *objetivos* (artigo 7.º) de conformidade, prevendo-se também a relevância para a conformidade da *instalação incorreta* dos bens (artigo 8.º) e de “*vícios de direito*” consistentes em direitos ou pretensões de terceiros (artigo 9.º). Esta divisão dos requisitos é nova, não se encontrando no regime anterior.

Quanto aos requisitos *subjativos* – assim designados por resultarem da relação entre os dois sujeitos no contrato – mantém-se a necessidade de correspondência à *descrição* dos bens feita pelo devedor, e a exigência de *adequação à finalidade ou uso específico* ao qual o consumidor os destine, que tenham sido comunicados ao vendedor e com os quais este tenha concordado (artigo 6.º, alíneas *a*) e *b*) da Diretiva, e artigo 2.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) do Decreto-Lei n.º 67/2003).

No entanto, acrescenta-se a exigência de que os bens correspondam também (alínea *a*) do artigo 6.º, citado) “ao tipo, à quantidade e à qualidade”, e de que tenham “a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda”, exigências, estas, que carecem de ser transpostas, na medida em que especificam características relevantes para a conformidade, descritas no contrato de compra e venda²⁰. A menção ao tipo e quantidade suscita, aliás, a questão de saber se a entrega de coisa diversa (*aliud pro alio*) está também compreendida no âmbito dos requisitos de conformidade²¹. Esta questão pode ser relevante na medida em que estamos perante uma harmonização máxima, e esta pode levar a excluir a possibilidade de recurso pelo comprador consumidor ao regime geral do não cumprimento²².

.....

²⁰ A Diretiva define o que deve entender-se por “compatibilidade (“a capacidade de os bens funcionarem com hardware ou software com que os bens do mesmo tipo são normalmente usados, sem necessidade de converter os bens, o hardware ou o software”), “funcionalidade” (“a capacidade de os bens desempenharem as suas funções tendo em conta a sua finalidade” e “interoperabilidade” (“a capacidade de os bens funcionarem com hardware ou software diferentes dos normalmente usados com bens do mesmo tipo”) – artigo 2.º, n.ºs 8), 9) e 10).

²¹ No sentido de que o *aliud pro alio* podia ser equiparado a uma falta de conformidade –diversamente da falta de realização da prestação – nos pronunciámos, perante a Diretiva 1999/44/CE, em “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo”, cit., págs. 232-3, e n. 85.

²² Em caso de *total falta de realização* da prestação pelo vendedor (em que não existe sequer prestação que possa dizer-se desconforme com o contrato), aplicar-se-á o regime do artigo 9.º-B, da Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31 de julho: o consumidor tem o direito de fixar um prazo adicional adequado às circunstâncias, e, não cumprido este, de resolver imediatamente o contrato (n.ºs 4 e 5 do artigo 9.º-B, citado). A fixação de prazo adicional é desnecessária quando o fornecedor se recusa a entregar os bens, quando o prazo fixado para a entrega é essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, ou quando o consumidor informou o fornecedor de bens, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data era essencial (n.º 6 do artigo 9.º-B).

Além disso, exige-se que os bens sejam “entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda” e de que sejam “fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda” (alíneas c) e d) do artigo 6.º), exigências igualmente não previstas especificamente no direito português vigente – embora resultantes logo do dever de cumprimento do estipulado, segundo as regras gerais. Afigura-se que também estes requisitos subjetivos terão de ser previstos especificamente no direito português, sendo o último, referente às atualizações, particularmente relevante para bens tecnológicos e bens com elementos digitais.

Quanto aos requisitos objetivos, exigidos além dos requisitos subjetivos²³, a Diretiva prevê que os bens devem (alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º) ser “adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta, sendo caso disso, o direito da União e os direitos nacionais aplicáveis, as normas técnicas, ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis”. No regime português vigente exige-se simplesmente a adequação “às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo”, sem a especificação dos fatores relevantes a considerar: o direito da União, direitos nacionais, normas técnicas e códigos de conduta específicos do setor. Além disso, os bens devem “possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato” (alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º), enquanto no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º

.....
²³ A tradução portuguesa da Diretiva contém uma gralha no início do n.º 1 do art. 7.º, devendo a este propósito ler-se “além de todos os requisitos subjetivos” onde se lê “além de todos os requisitos objetivos”, como resulta claramente do confronto com outras versões linguísticas.

67/2003 se indica a exigência – substancialmente equivalente, segundo cremos – de que os bens possuam “as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo”.

Especifica-se, também, como requisito objetivo de conformidade, que os bens sejam “entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber” – alínea c) do artigo 7.º, n.º 1. Esta exigência, assente no *critério das expectativas razoáveis* do consumidor, não é formulada na lei nacional, embora aquele critério possa ser relevante já para a *interpretação do contrato* de venda, de modo a dever incluir os acessórios, embalagem e instruções em causa, e também para a concretização, segundo a boa fé, dos *deveres acessórios* de prestação que acompanham o dever de prestação principal. Afigura-se, porém, que tais exigências específicas deverão igualmente ser objeto de transposição.

Quanto ao critério da *habitualidade* e das *expectativas razoáveis* do comprador consumidor, a Diretiva prevê também, como requisito objetivo de conformidade, que os bens devem corresponder “à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor, particularmente através de publicidade ou de rotulagem” (artigo 7.º, n.º 1, alínea d)). Este requisito aproxima-se do previsto no artigo 2.º, n.º 2, alínea d), do Decreto-Lei n.º 67/2003, que resultava já da Diretiva 1999/44/CE. É, no entanto, *mais específica* a for-

mulação da Diretiva de 2019, ao incluir inclusiva a “durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança”²⁴, e ao especificar a relevância de declarações públicas feitas não só pelo vendedor ou em nome deste, como também “por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações”.

Deve recordar-se, porém, no tocante à relevância contratual de *declarações publicitárias* que contenham informações concretas e objetivas, que vigora entre nós, já desde 1996, o artigo 7.º, n.º 5, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), com o seguinte teor: “[a]s informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”²⁵. Justamente por isso, o legislador nacional não transpôs em 2001 – numa solução *mais favorável ao consumidor* – a possibilidade de *exclusão da relevância das declarações públicas* para efeitos de determinação do critério da conformidade, já prevista no artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva 1999/44/CE e mantida no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2019/771/UE. Segundo esta norma, o vendedor “não fica vinculado pelas declarações públicas” para efeitos do requisito objetivo de conformidade se demonstrar que: não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou a decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada pela declaração pública. Perante a exigên-

.....
²⁴ A Diretiva define também “durabilidade”, como sendo “a capacidade de os bens manterem as suas funções e desempenho previstos através da utilização normal – art. 2.º, 11).

²⁵ Norma cuja relevância é sublinhada por J. CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, cit., págs. 86-88.

cia de *harmonização plena* contida na Diretiva de 2019/771/UE, o legislador nacional será, porém, forçado a *abdicar da natureza imperativa da relevância contratual, para efeitos da determinação do padrão de conformidade, das declarações publicitárias*, constante do artigo 7.º, n.º 5, da Lei de Defesa do Consumidor – uma solução prevista entre nós já desde 1996. Trata-se de caso em que, claramente, a Diretiva 2019/771/UE irá determinar uma *redução do nível de proteção* legalmente assegurado no direito português ao comprador consumidor, pois o vendedor passará a poder provar que não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa (feita, por exemplo, por um terceiro importador), que no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido *corrigida* de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita, ou mesmo, simplesmente que a decisão de comprar os bens *não poderia ter sido influenciada* pela declaração pública (porque o consumidor não a pode ter conhecido e ter sido concretamente influenciado por esta).

Ainda quanto aos requisitos objetivos de conformidade, a Diretiva 2019/771/UE contém exigências sobre as *atualizações*, relevantes designadamente nos *bens com elementos digitais* (artigo 7.º, n.º 3). O vendedor deve assegurar que o consumidor *seja informado* sobre as atualizações e que estas lhe sejam fornecidas, incluindo atualizações de segurança, que sejam necessárias para colocar tais bens em conformidade. Esta exigência refere-se ao *período em que o consumidor pode razoavelmente esperar essas atualizações*, dado o tipo e finalidade dos bens e dos elementos digitais, e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato, caso o contrato de compra e venda estipule um *único fornecimento* do conteúdo ou serviço digital; ou, mesmo, durante *todo o prazo de garantia legal* de conformidade,

sempre que o contrato de compra e venda estipule um *fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital* durante determinado período. Embora se continue em geral a remeter, como momento relevante para a aferição da conformidade, para o momento em que os bens são *entregues* ao comprador, introduz-se, pois, para os bens com elementos digitais, e em relação às atualizações, uma noção de “*conformidade contínua*” ou “*prolongada*”, durante todo o “período em que o consumidor pode razoavelmente esperar” as atualizações, quando existiram (um ou vários) atos momentâneos de fornecimento do conteúdo ou serviço digital, ou mesmo durante *todo o período da garantia* caso se preveja um fornecimento *contínuo* do conteúdo ou serviço digital durante determinado período.

Em contrapartida, como a instalação das atualizações relevantes para conformidade dos bens com o contrato necessita da colaboração do comprador – é um ato *que incumbe ao comprador*, um *ônus* que sobre ele impende, não existindo um dever geral de realização diretamente da atualização pelo vendedor –, o legislador comunitário previu, no artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva, que, se o *consumidor não proceder à instalação*, num prazo razoável, das atualizações fornecidas, o *vendedor não é responsável* por qualquer falta de conformidade resultante unicamente da falta de atualização em causa, desde que tenha informado o consumidor sobre a disponibilidade da atualização e as consequências da sua não instalação, e que a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor se não tenha ficado a dever a deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor. Deve, além disso, notar-se que, mesmo em geral – isto é, não só para bens com elementos digitais e para as faltas de conformidade resultante de faltas de atualizações – se previu que os Estados-Membros podem regular a ques-

tão de saber se e em que medida o facto de o *consumidor contribuir para a falta de conformidade* afeta o seu direito a meios de ressarcimento (artigo 13.º, n.º 7).

Também estas soluções normativas sobre bens com elementos digitais e suas atualizações – incluindo o dever de as prestar, a sua relevância para uma “conformidade contínua” ao longo de certo período, e o ónus do comprador e consequências do seu não cumprimento – *não encontram hoje expressão* na legislação nacional. Carecem, pois, de ser transpostas para o direito português.

Deve, ainda, salientar-se que se manteve na Diretiva 2019/771/UE o *primado da convenção das partes* sobre as características relevantes – e, portanto, da determinação subjetiva da conformidade – em relação a *requisitos objetivos*, como é exigido pelo princípio da autonomia privada. Dessa forma, o legislador considerou que não existirá falta de conformidade relevante se “no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver sido especificamente informado de que uma característica particular dos bens se desviava dos requisitos objetivos de conformidade estabelecidos”, e “o consumidor tiver expressa e separadamente aceitado esse desvio aquando da celebração do contrato de compra e venda”. O referido primado encontra expressão hoje no artigo 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003, onde se dispõe que se não considera existir falta de conformidade, “se, no momento em que for celebrado o contrato, o consumidor tiver conhecimento dessa falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la ou se esta decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor” – isto, por se dever então partir do princípio que o comprador aceitou tal estado dos bens cuja compra foi acordada. É certo, porém, que a norma europeia é hoje *claramente mais exigente*, ao requerer que o consumidor tenha sido “*especificamente informado* de que uma ca-

raterística particular dos bens se desviava dos requisitos objetivos", e que tenha "expressa e separadamente aceitado esse desvio aquando da celebração do contrato" – sendo, portanto, *insuficiente o conhecimento* do desvio ou o facto de *não poder ser razoavelmente ignorado*. Também esta delimitação mais exigente da falta de conformidade *carece de ser transposta* para o direito nacional.

Quanto à falta de conformidade resultante de *instalação incorreta dos bens* (artigo 8.º), o artigo 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 67/2003 prevê já *solução semelhante* à da Diretiva: a equiparação da falta de conformidade resultante da instalação incorreta dos bens à falta de conformidade desses bens, se a instalação fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido realizada pelo vendedor ou sob a sua responsabilidade, ou se a instalação, destinada a ser realizada pelo consumidor, tiver sido realizada por este e a instalação incorreta se ficar a dever a deficiências nas instruções de instalação fornecidas pelo vendedor. A *extensão à instalação de bens com elementos digitais*, e a relevância de instruções erradas fornecidas seja pelo vendedor seja pelo fornecedor do conteúdo ou serviço digital (artigo 8.º, alínea b), parte final), *carece, porém, de ser trasposta* para o direito nacional.

Do mesmo modo, também a relevância, para a falta de conformidade, dos *direitos ou pretensões de terceiros*, prevista no artigo 9.º da Diretiva, não está especificamente prevista na legislação nacional – isto, sendo discutível se podem incluir-se no regime vigente, sobre a conformidade dos bens com o contrato de venda de bens de consumo, hipóteses de *venda de bens onerados*, ou se se trata apenas de hipóteses de vícios de facto dos bens. De qualquer modo, a Diretiva 2019/771/UE inclui nas hipóteses referidas vícios de direito – veio expressamente prever que, se uma restrição resultante de uma violação de quaisquer direitos de terceiros, em espe-

cial direitos de propriedade intelectual, impedir ou limitar a utilização dos bens, o consumidor deve ter direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade previstos, salvo se o direito nacional determinar a nulidade ou a rescisão do contrato de compra e venda nesses casos. O regime do artigo 905.º e seguintes do Código Civil prevê, justamente, a *anulabilidade*, por erro ou dolo, do contrato em caso de venda de bens onerados. Mas, para além da *limitação* da noção de *ónus* ou *limitação* relevante, tal regime do Código Civil também não respeita as exigências da Diretiva, desde logo ao exigir a *prova do erro* do comprador ou do *dolo* como vício da vontade e seus *requisitos de relevância*. Também terá, portanto, de ser transposto o *alargamento da noção de falta de conformidade* aos casos de existência de *direitos* ou *pretensões de terceiros* que afetem a utilização dos bens.

Em relação ao regime do *ónus da prova* da existência de falta de conformidade, o direito nacional (artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003) cumpre as exigências da Diretiva, uma vez que esta (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2) permite aos Estados-membros alargar até ao prazo de dois anos a presunção de que a falta de conformidade que se manifeste nesse período, a contar da data em que os bens foram entregues, se considera existente à data em que os bens foram entregues (salvo prova em contrário, ou se tal presunção for incompatível com a natureza dos bens ou com a natureza da falta de conformidade). Também a *extensão desta presunção aos bens com elementos digitais*, e o alargamento da presunção, em caso de previsão contratual de fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, a todo o período da garantia (artigo 11.º, n.º 3), carecem, porém, de ser previstos pelo legislador nacional, que nada dispôs a este respeito.

5. DIREITOS DO COMPRADOR

Relativamente aos direitos do consumidor, eles incluem os já previstos na Diretiva 1999/44/CE: a *reparação* ou *substituição* do bem desconforme, a *redução do preço* ou a *resolução do contrato*, que a Diretiva qualifica como “rescisão” (artigo 13.º). A Diretiva de 2019 previu, porém, ao contrário da anterior, também a *exceção de não cumprimento* do contrato, dispondo que o consumidor tem o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço ou de parte do preço até que o vendedor tenha cumprido as obrigações que lhe incumbem por força da presente diretiva, apenas podendo os legisladores nacionais determinar as condições e modalidades em que o consumidor pode exercer o direito de recusar o pagamento (artigo 13.º, n.º 6). No nosso direito, a *exceptio non adimpleti contractus* é também aplicável ao contrato de venda de bens de consumo²⁶, mas está regulada em geral, no artigo 428.º e seguintes do Código Civil. Neste ponto, afigura-se que não existem especificidades relevantes a requerer transposição (salvo eventualmente a imperatividade deste meio de tutela do consumidor).

Quanto à *indenização ao comprador* em caso de falta de conformidade, a Diretiva 2019/771/UE deixou de fora o seu regime, prevendo que não afeta a faculdade de os legisladores nacionais regularem o direito a indenização.

No considerando 61 da Diretiva (que não tem, porém, valor preceptivo, no sentido de impor um dever de transposição, apenas servindo para interpretar outras disposições da Diretiva), o legislador comunitário notou que o *princípio da responsabilidade do vendedor por danos é um elemento essencial dos contratos de compra e venda*, e que, por esta razão, “o

²⁶ Assim também, por ex., JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Conformidade e segurança...*, cit., n.º 38, idem, *Venda de bens de consumo*, cit., págs. 113-114.

consumidor deverá ter o direito de exigir uma indemnização por quaisquer danos sofridos em razão de uma violação da presente diretiva por parte do vendedor, nomeadamente por danos sofridos em consequência de uma falta de conformidade", e que, "[n]a medida do possível, tal indemnização deverá repor a situação em que o consumidor se encontraria se o bem estivesse em conformidade". No entanto, explica que a Diretiva não prejudica as normas nacionais relativas à indemnização de consumidores por danos resultantes da sua violação, por considerar que o *direito de indemnização está "já assegurado em todos os Estados-Membros"*, e que os Estados-Membros também continuam "a ser livres de regular o direito do consumidor a indemnização nos casos em que a reparação ou substituição tiver causado inconvenientes significativos ou tiver sofrido atrasos".

Quanto ao direito de indemnização do comprador consumidor, *não existem, portanto, necessidades de transposição da Diretiva para o direito nacional*. Mas não deve deixar de notar-se que o legislador comunitário *pressupõe que o direito de indemnização esteja já assegurado*, e que ele se refira, "na medida do possível", ao interesse no cumprimento ou *interesse contratual positivo* – o que não é cumprido pelo regime geral da venda de coisas defeituosas, que apenas reconhece (nos artigos 908.º e 909.º do Código Civil, aplicáveis por remissão do artigo 913.º, n.º 1) ao comprador uma indemnização pelo *interesse contratual negativo*²⁷, e apenas poderá resultar, portanto, da aplicação do *regime geral* da responsabilidade contratual (artigo 798.º e seguintes do Código Civil), eventualmente complementado, para a venda de bens de consumo, pelo artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor (direito à reparação de danos).

²⁷ V., sobre este ponto, o nosso o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 1198 e segs.

É quanto à *relação entre os quatro direitos* reconhecidos ao comprador – substituição ou reparação da coisa, “rescisão” (resolução) do contrato ou redução do preço – que se verifica a *maior diferença* comparativamente ao regime atualmente em vigor entre nós pelo Decreto-Lei n.º 67/2003.

Da Diretiva 1999/44/CE resultava já uma preferência pelos meios de ressarcimento consistentes na *reposição da conformidade*, prevendo-se, no artigo 3.º, n.º 3, que, em primeiro lugar, o consumidor pode exigir do vendedor a *reparação* ou a *substituição* do bem, em qualquer dos casos sem encargos, a menos que isso seja *impossível* ou *desproporcionado*, presumindo-se que uma solução é desproporcionada se implicar para o vendedor *custos que, em comparação com a outra solução, não sejam razoáveis*, tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância da falta de conformidade, a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor. A avaliação da desproporção de custos era relevante para a *escolha entre a reparação e a substituição* – desproporção relativa entre estes dois meios de reposição da conformidade –, e *não para a recusa da reposição em conformidade*²⁸. Além disso, a Diretiva de 1999 era um instru-

²⁸ O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu, assim, no conhecido caso *Weber e Putz*, de 16 de junho de 2011 (proc. C-65/09 e C-87/09), que o artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 1999/44 devia ser interpretado no sentido de se opor a que uma legislação nacional conferisse “ao vendedor o direito de recusar a substituição de um bem não conforme, único modo possível de ressarcimento, pelo facto de esta lhe impor, devido à obrigação de proceder à remoção deste bem do local onde foi instalado e de aí instalar o bem de substituição, custos desproporcionados em relação ao valor que o bem teria se fosse conforme e à importância da falta de conformidade. Todavia, esta disposição não se opõe a que o direito do consumidor ao reembolso das despesas de remoção do bem defeituoso e de instalação do bem de substituição seja, em tal caso, limitado à tomada a cargo, pelo vendedor, de um montante proporcionado”. Sobre a interpretação da relevância da desproporção na Diretiva 1999/44/CE, v. já o nosso “Conformidade e garantias...”, cit., pág. 261.

mento de harmonização *mínima*, pelo que, embora previsse uma “hierarquia” ou ordem dos direitos, dando preferência à reposição de conformidade, não parecia impedir que o legislador nacional fosse *mais longe*, em benefício do comprador consumidor, prevendo uma *alternatividade* dos seus direitos, com *escolha pelo consumidor*. O que justamente fez o legislador nacional, tendo em conta que essa alternatividade era a *solução já vigente* em Portugal, segundo o artigo 12.º da Lei de Defesa do Consumidor, e que o regime geral da venda de coisas defeituosas previsto no Código Civil também *não limita o comprador a pedir primeiro a reparação ou substituição* da coisa, permitindo-lhe, pelo contrário, logo anular o contrato ou pedir uma redução do preço (artigos 905.º e 911.º, aplicáveis por remissão do artigo 913.º, n.º 1, do Código Civil). Em conformidade, o Decreto-Lei n.º 67/2003 atribuiu os quatro direitos referidos – reparação ou substituição do bem, resolução do contrato ou redução do preço – em *alternatividade* ao consumidor comprador, *cabendo a este escolher qual exerce*²⁹.

É certo que, numa leitura segundo a qual a Diretiva 1999/44/CE visara estabelecer um *equilíbrio* entre as posições do comprador consumidor e do vendedor, e não apenas proteger o primeiro³⁰, resultava da Diretiva a possibilidade de o *vendedor primeiro reparar ou substituir* o bem desconforme – e o correspondente *direito a “curar”* a falta de conformidade, ou de uma *“segunda tentativa”* de cumprimento perfeito, tendo a jurisprudência europeia aceite esta perspe-

.....
²⁹ É a posição dominante na doutrina e na jurisprudência. V., por todos, A. PINTO MONTEIRO/J. MORAIS CARVALHO, “Direitos do consumidor em caso de falta de conformidade do bem com o contrato”, cit., pág. 247.

³⁰ V., enquadrando assim este ponto, N. PINTO OLIVEIRA, “O direito europeu da compra e venda...”, cit., págs. 1287 e segs.

tiva³¹. No entanto, a possibilidade de os legisladores nacionais irem mais longe, *in melius* para o consumidor, tornava possível a previsão de uma alternatividade, com escolha para o consumidor, como era já a previsão da Lei de Defesa do Consumidor, e tendo em conta também que, como se disse, de acordo com o *regime geral* da compra e venda o comprador também não está limitado inicialmente a exigir a reparação ou substituição da coisa – e não sendo facilmente compreensível que a posição do comprador consumidor seja *pior* do que a que resulta para o comprador do regime geral da compra e venda.

A previsão da “*hierarquia de remédios*” no artigo 13.º, n.ºs 2 a 4, da Diretiva 2019/771/UE, em termos de *harmonização fixa* ou plena, e não já só mínima, vem alterar as exigências dirigidas ao legislador nacional, e obrigar, também neste ponto, a alterar o regime da venda de bens de consumo.

Em primeiro lugar, terá de prever-se que o comprador *só pode pedir a reposição da conformidade*, pela *reparação*

.....
³¹ Assim, no acórdão *FÛlla*, de 23 de maio de 2019 (proc. C-52/18), em cujos n.ºs 59 a 61 se pode ler: “59. Assim, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, primeiro parágrafo, da referida diretiva, o consumidor, num primeiro momento, pode exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem, a menos que isso seja impossível ou desproporcionado. 60. Unicamente no caso de o consumidor não ter direito à reparação nem à substituição do bem não conforme ou de o vendedor não ter procedido a uma dessas soluções num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor é que o consumidor pode, nos termos do artigo 3.º, n.º 5, da mesma diretiva, exigir a resolução do contrato, salvo se, de acordo com o artigo 3.º, n.º 6, da Diretiva 1999/44, a falta de conformidade do bem for insignificante. 61. A este propósito, na medida em que resulta do artigo 3.º, n.ºs 3 e 5, da Diretiva 1999/44, lido em conjugação com o considerando 10 da mesma, que esta diretiva privilegia, no interesse das duas partes no contrato, a execução deste último, através das duas alternativas de solução previstas em primeiro lugar, em detrimento da resolução do contrato ou da redução do preço de venda (v., neste sentido, Acórdão de 16 de junho de 2011, *Gebr. Weber e Putz*, C-65/09 e C-87/09, EU:C:2011:396, n.o 72), a referida diretiva estabelece, para este efeito, em caso de não conformidade de um bem, determinadas obrigações positivas tanto para o consumidor como para o vendedor”.

ou *substituição* da coisa, dependendo a possibilidade de escolha, que é do consumidor (nos termos do artigo 13.º, n.º 2), entre estes direitos, da sua *possibilidade* e do facto de o meio escolhido, em comparação com o outro, *não impor ao vendedor custos que sejam desproporcionados*, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo o valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade, importância da falta de conformidade, e a possibilidade de recorrer ao meio de ressarcimento alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

Em segundo lugar, o legislador nacional deve prever o direito do vendedor de *recusar tanto a substituição como a reparação* – os meios de reposição da conformidade – não só se ambos foram impossíveis como *se impuserem custos ao vendedor que sejam desproporcionados*, tendo em conta todas as referidas circunstâncias (artigo 13.º, n.º 3)³². O vendedor pode, pois, exigir, nesse caso, que o contrato seja resolvido ou que seja reduzido o seu preço.

Em terceiro lugar, o direito do comprador consumidor a resolver o contrato ou a pedir uma redução de preço depende, nos termos do artigo 13.º, n.º 4, de:

a) o vendedor *não ter efetuado a reparação* ou a *substituição*, de todo ou nos termos exigidos (designadamente, a expensas suas e incluindo, se aplicável, a retirada dos bens não conformes e a instalação de bens de substituição ou bens reparados, ou a assunção dos custos da mesma), ou ter *recusado* a reposição de conformidade por impossível ou por implicar custos desproporcionados;

.....
³² Alterando, assim, a orientação que fora firmada, em face da Diretiva 1999/44/CE, com o citado acórdão do TJUE *Weber e Putz*, de 16 de junho de 2011.

b) existir falta de conformidade *mesmo depois da tentativa do vendedor de repor os bens em conformidade*³³;

c) a falta de conformidade ser de *natureza tão grave que justifica a imediata redução do preço ou a rescisão do contrato de compra e venda*; ou

d) ter o vendedor *declarado, ou ser evidente das circunstâncias que não irá repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem inconvenientes importantes para o consumidor*.

O legislador nacional terá, pois, de *eliminar a alternativa de direitos prevista no artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, limitada apenas pela possibilidade de exercício desse direito e pela proibição do abuso de direito, para passar a prever a primazia, num primeiro momento, da reparação e substituição, limitadas pela eventual desproporção de custos para o vendedor. A concessão dos direitos de resolução*

³³ O articulado da Diretiva prevê apenas no art. 14.º, n.º 4, alínea b), como circunstância que permite ao consumidor resolver o contrato ou pedir uma redução de preço, o facto de se verificar uma falta de conformidade "apesar da tentativa do vendedor de repor os bens em conformidade" – não esclarecendo se se trata apenas de *uma tentativa* (como parece resultar da letra da Diretiva), ou se o consumidor *terá de aceitar novas tentativas* de reposição. No entanto, no considerando 52 afirma-se que, caso "o vendedor tenha tomado medidas para repor a conformidade dos bens, mas subsequentemente se verifique uma falta de conformidade, deverá determinar-se, de forma objetiva, se o consumidor deverá aceitar novas tentativas, por parte do vendedor, de reposição dos bens em conformidade, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, como o tipo e o valor dos bens e a natureza e a gravidade da falta de conformidade. No caso, nomeadamente, de bens dispendiosos ou complexos, poderá justificar-se que o vendedor tenha a possibilidade de tentar novamente solucionar a falta de conformidade". Isto, sendo certo que "[i] mporta igualmente ter em conta a questão de saber se é expectável que o consumidor mantenha ou não a confiança na capacidade do vendedor de repor os bens em conformidade, designadamente, se o mesmo problema se tiver manifestado duas vezes". Além disso, "em certas situações, a falta de conformidade pode ser tão grave que o consumidor não pode manter a confiança na capacidade do operador de repor os bens em conformidade, como no caso de a falta de conformidade afetar gravemente a capacidade do consumidor de efetuar uma utilização normal dos bens", e de não ser "expectável que o consumidor confie na reparação ou substituição pelo vendedor para solucionar o problema".

ou redução do preço terá de ficar dependente da *falta de reposição de conformidade* pelo vendedor (por recusa, em absoluto ou nos termos devidos), do *falhanço de uma primeira tentativa* de reposição da conformidade, da *gravidade* desta (em termos de abalar a confiança do consumidor e tornar inexigível que aceite a reposição de conformidade), ou de *declaração do vendedor* ou de *ser evidente que não irá ser reposta a conformidade*.

A exclusão geral do direito de imediata resolução e de redução do preço – com a correspondente concessão ao vendedor de bens de consumo do direito a “curar” a falta de conformidade, numa “segunda tentativa” de cumprimento – parece corresponder, é certo, a um *ponto de equilíbrio mais adequado* entre os interesses do comprador consumidor e os do vendedor, designadamente para os casos em que o comprador pretende resolver o contrato, ou reduzir o preço quando o vendedor pode facilmente reparar os bens ou substituí-los. Deve dar-se em regra primazia aos “remédios” que permitem realizar aquilo que as partes acordaram, isto é, *cumprir o contrato* entregando bens conformes. Não deixa, no entanto, em comparação com a situação atual do comprador no regime nacional da venda de bens de consumo, de representar uma *redução do nível de proteção* que é atualmente assegurado ao consumidor comprador – enquanto hoje este *pode imediatamente recusar a reposição da conformidade* pela reparação ou substituição, resolvendo o contrato ou requerendo redução do preço, salvo se tal constituir abuso de direito, futuramente deixará de o poder fazer.

O ponto referido agrava-se, também, tendo em conta a comparação com o *regime geral da venda de coisas defeituosas*, que também *não limita o comprador a primeiro exigir a reparação* ou a *substituição* da coisa. Pelo contrário, o comprador pode, nos termos dos artigos 905.º e 913.º, n.º 1, do

Código Civil, imediatamente anular o contrato, desde que se verifiquem os requisitos de relevância do erro ou do dolo. E pode também, se as circunstâncias mostrarem que sem erro ou dolo teria igualmente adquirido a coisa, ainda que por menor preço (erro ou dolo incidentais), pedir imediatamente a redução do preço, sem ter de primeiro passar pela exigência de reparação ou substituição da coisa (artigo 911.º, n.º 1, do Código Civil, aplicável por força do artigo 913.º, n.º 1).

Ou seja: segundo o novo regime da Diretiva 2019/771/UE não só o *nível de proteção do comprador na venda de bens de consumo se reduzirá* em relação ao direito vigente, como existiria mesmo o risco de o comprador consumidor ficar, quanto aos “remédios” que pode invocar, *em pior situação do que a do comprador segundo o regime geral* do Código Civil (o comprador profissional, ou em geral fora de uma venda por profissional a consumidor)³⁴. Esta comparação só

.....

³⁴ O que, quanto a este último ponto, suscitaria, aliás, também a questão de saber se, e em que medida, o comprador *pode invocar o regime geral da compra e venda* em seu benefício. Sem dúvida que, prevendo o regime da venda de bens de consumo um *equilíbrio* entre as posições do vendedor e do comprador, ordenando os direitos conferidos a este em termos mais restritivos do que o regime geral, esta proteção *não pode ser disponível por parte do comprador*. Para beneficiar do regime geral, parece, pois, que o comprador consumidor teria de recusar a sua própria *qualificação* como tal, não invocando o facto de atuar para finalidades estranhas à sua atividade profissional – suscitando-se, então, o problema de saber se o profissional vendedor pode, por sua vez, fazer essa prova. Estas dificuldades mencionadas no texto resultam da circunstância de, sendo o regime geral mais favorável ao comprador nalgum ponto, poder existir um *interesse do comprador em submeter-se antes ao regime geral*, seja da venda de coisas defeituosas, seja do não cumprimento, e o correspondente interesse do vendedor em remeter o comprador para o regime da venda de bens de consumo. Mas tal problema só não existiria se o regime especial da venda de bens de consumo fosse *mais favorável em todos os pontos para o comprador* do que o regime geral da venda de coisas defeituosas e do que o regime geral do não cumprimento (admitindo-se que o comprador de coisas defeituosas possa também invocar este regime). O que já não era o caso antes da Diretiva de 2019, bastando para o concluir comparar, por ex., os prazos para o exercício de direitos previstos no regime da venda de bens de consumo e os prazos a que

poderia ser contraditada na medida em que se pudesse concluir que a necessidade de o comprador invocar e *provar os requisitos de relevância* do erro e do dolo (que, porém, se refere aos pressupostos da falta de conformidade relevante, e não aos direitos que ele pode exercer), bem como o facto de a anulação exigir necessariamente uma *ação*, como direito de *exercício judicial* (e, portanto, não ser unilateral, de exercício extrajudicial, como a resolução prevista na Diretiva – artigo 16.º, n.º 1), fazem com que, *tudo ponderado*, o comprador no regime da venda de coisas defeituosas *não esteja afinal em situação melhor* do que aquela que resulta do regime previsto na Diretiva. Mas uma comparação *ponto por ponto*, tendo em conta os pressupostos da resolução ou redução do preço, parece contradizer esta conclusão.

É certo que, nos termos do artigo 3.º, n.º 7, 2.ª parte, da Diretiva, esta não afeta *regras nacionais que não sejam específicas dos contratos celebrados por consumidores que prevejam meios de ressarcimento específicos para certos tipos de defeitos que não eram evidentes* no momento da celebração do contrato de compra e venda. Mas não é claro que o regime geral da compra e venda caia no âmbito desta exceção, na medida em que, se se refere a defeitos que *não eram evidentes* no momento da celebração do contrato – pois exige um erro ou dolo do comprador, e, neste sentido, diz respeito à responsabilidade por vícios ocultos (mencionada no considerando 18 da Diretiva) –, não parece que se limite a prever “*meios de ressarcimento específicos*” dessa responsabilidade por vícios ocultos. Parece, pois, que, para respeitar

estão submetidos os direitos do comprador segundo o regime geral do não cumprimento.

Para evitar, ou, pelo menos, atenuar estes problemas, a transposição da Diretiva 1999/44/CE efetuada em 2003 teve como linha orientadora *evitar a redução do nível de proteção* do consumidor não só em *relação ao direito então vigente nas relações entre profissionais e consumidores*, como em *relação ao regime geral da compra e venda previsto no Código Civil*.

a harmonização plena visada pela Diretiva 2019/771/UE, incluindo a ordenação dos “meios de ressarcimento” previstos, o comprador consumidor *não deverá poder recorrer ao regime geral* da venda de coisas defeituosas³⁵.

Deve, ainda, notar-se que o legislador comunitário ressaltou a possibilidade de os legisladores nacionais preverem o direito de os consumidores escolherem um “meio de ressarcimento específico” – incluindo a resolução do contrato ou a redução do preço – caso a falta de conformidade dos bens se manifeste dentro de um prazo curto após a entrega, que não deve exceder 30 dias (artigo 3.º, n.º 7). A prioridade da reposição da conformidade – correspondente à prioridade do cumprimento – é atenuada segundo um *critério temporal* (e não de gravidade), num prazo relativamente curto após a manifestação da falta de conformidade, podendo prever-se a possibilidade de o consumidor resolver o contrato ou reduzir o preço nesse prazo. O legislador nacional pode, assim, manter o mecanismo previsto em geral no artigo 8.º, n.º 4, da Lei de Defesa do Consumidor, nos termos do qual caso “se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retratação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de receção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”. E no sentido de atenuar a redução do nível de proteção do consumidor, pode também prever-se a possibilidade de o consumidor, quando a falta de conformidade se manifestar no prazo de 30 dias após a entrega, resolver de imediato ou reduzir o preço.

.....

³⁵ Sobre este problema no direito italiano, v. FRANCESCA BERTELLI, “L’armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggiore tutela del consumatore”, in *Europa e Diritto Privato*, Milano, n.º 4 (2019), págs. 953-993.

Ainda quanto aos *pressupostos da resolução*, nota-se que o consumidor não terá o direito de resolver o contrato se a falta de conformidade for *menor*, recaindo o ónus da prova de que a falta de conformidade é menor *sobre o vendedor* (artigo 13.º, n.º 5). Também esta limitação – correspondente, aliás, ao regime do Código Civil português (artigo 802.º, n.º 2: “escassa importância”) – *carece de ser transposta* para o regime da venda de bens de consumo, uma vez que atualmente apenas se limita o direito de resolução por aplicação do critério geral, e vago, do “*abuso de direito*”, nos termos gerais (artigo 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 67/2003).

Quanto aos *termos de satisfação dos direitos* a invocar pelo consumidor, exige-se (artigo 14.º, n.º 1) que a reparação ou substituição dos bens sejam efetuadas *a título gratuito*, num *prazo razoável* a contar do momento em que o vendedor tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade, e *sem inconveniente importante* para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade a que o consumidor os destina – o que corresponde ao exigido pelo artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003. Já o *prazo máximo fixo de 30 dias*, introduzido neste diploma pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, parece ir além do previsto na Diretiva de 2019, e, portanto, *não poder ser mantido* para uma harmonização plena das disposições nacionais, tratando-se de uma solução mais estrita para o vendedor, e mais favorável para o consumidor, do que a prevista na Diretiva. Tratar-se-á, pois, de um terceiro ponto (a par da exclusão da relevância negocial de declarações publicitárias e do desaparecimento da alternatividade dos direitos do consumidor, à sua escolha), em que será necessário *reduzir o nível de proteção* dos consumidores nacionais.

Em contrapartida, a Diretiva prevê, no artigo 14.º, n.ºs 2 a 4, outras exigências para a reparação ou substituição que ca-

recerão de ser transpostas para o direito português, por não estarem previstas entre nós. Assim, em caso de reparação ou substituição dos bens, o *consumidor deve disponibilizar os bens ao vendedor*, e o vendedor deve *receber os bens substituídos a expensas suas*, e, sempre que a reparação exija a retirada de bens que tinham sido instalados de uma forma compatível com a sua natureza e finalidade antes de a falta de conformidade se ter manifestado, ou sempre que esses bens sejam substituídos, a obrigação de reparar ou substituir os bens deve *incluir a retirada dos bens não conformes e a instalação de bens de substituição* ou bens reparados, ou a assunção dos custos da mesma³⁶. Além disso, e seguindo a jurisprudência do TJUE³⁷, previu-se que o consumidor *não é obrigado a pagar pela utilização normal* dos bens substituídos durante o período anterior à sua substituição (artigo 14.º, n.º 4), aspeto que não é também objeto de disciplina específica no direito nacional.

Quanto ao modo de realização da *redução do preço*, prevê a Diretiva que a redução do preço deve ser *proporcional à diminuição do valor* dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que os bens teriam se estivessem em conformidade (artigo 15.º). Embora tal não esteja explicitado entre nós, é também *este já hoje o critério aplicável*, correspondendo também ao previsto no

.....

³⁶ Este problema estava em causa, como referimos, no citado acórdão do TJUE no caso *Weber e Putz*, de 16 de junho de 2011 (proc. C-65/09 e C-87/09).

³⁷ Acórdão do TJUE de 17 de abril de 2008, no caso *Quelle*, proc. C-404/06, onde se decidiu que o "artigo 3.º da Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permite que o vendedor, no caso de ter vendido um bem de consumo não conforme, exija ao consumidor uma indemnização pelo uso do bem não conforme até à sua substituição por um novo bem".

artigo 911.º do Código Civil (redução “em harmonia com a desvalorização” decorrente dos defeitos)³⁸.

A “rescisão” – *rectius*, a resolução do contrato – é exercida *extrajudicialmente*, mediante declaração do comprador ao vendedor, em que comunica a decisão de pôr termo ao contrato de compra e venda, como acontece também já hoje entre nós (artigo 436.º, n.º 1, do Código Civil). A Diretiva previu, porém, em termos que não estão previstos no direito nacional, a extensão da resolução quanto a *outros bens, adquiridos juntamente* com os bens defeituosos (artigo 16.º, n.º 2). Assim, se a falta de conformidade disser respeito apenas a uma parte dos bens entregues no âmbito do contrato de compra e venda, e não existir fundamento para a resolução de todo o contrato de compra e venda, nos termos previstos na Diretiva, o consumidor pode, ainda assim, resolver o contrato de compra e venda apenas em relação aos bens não conformes e “em relação a quaisquer outros bens que o consumidor adquiriu juntamente com os bens não conformes se não se puder razoavelmente esperar do consumidor que aceite ficar apenas com os bens conformes”. Também esta regra *carece de ser transposta* para o direito português, evitando-se a aplicação do regime da redução do negócio jurídico.

Além disso, prevê-se na Diretiva que, quando o consumidor rescindir o contrato no seu conjunto ou em relação a alguns dos bens entregues no âmbito do contrato de compra e venda, deve *devolver* os bens ao vendedor, a *expensas deste*, e o vendedor deve *reembolsar o consumidor* do preço pago pelos bens após a receção dos bens ou da prova do envio dos bens apresentada pelo consumidor, podendo o direito nacional prever as modalidades de devolução e reembolso. Trata-se, aqui, de aplicação das consequências gerais

³⁸ Sobre os critérios para calcular a redução do preço, v. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., págs. 1434 e segs.

da resolução, já *resultantes entre nós do regime geral* (artigos 433.º e 289.º, n.º 1, do Código Civil).

Importa, ainda, notar – uma vez que estamos perante um regime comunitário que impõe uma harmonização plena dos direitos nacionais – que a Diretiva não prevê alguns pontos relativos aos pressupostos da resolução que estão *regulados no direito nacional*.

Assim, nada se diz sobre a possibilidade de exercício dos direitos de *resolução* do contrato e de *redução do preço* mesmo que *a coisa tenha perecido* ou se *tenha deteriorado por motivo não imputável* ao comprador. Esta possibilidade está salvaguardada no artigo 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 67/2003, que evita a aplicação à resolução da venda de bens de consumo pelo consumidor, com fundamento na falta de conformidade, do limite previsto em geral para a resolução no artigo 432.º, n.º 2, do Código Civil (norma que, ao prever que a parte que, “por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato”, faz correr sobre o credor resolvente o risco do perecimento ou deterioração não imputável ao devedor). Afigura-se, porém, que esta norma *deve poder ser mantida*, desde logo para evitar a *restrição ao direito de resolução* pelo comprador consumidor que resultaria do citado artigo 432.º, n.º 2, do Código Civil.

Também nada se diz na Diretiva sobre a questão de saber se os direitos do consumidor se *transmitem a terceiro adquirente* do bem, como se prevê no artigo 4.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 67/2003. Afigura-se, porém, que se trata de questão que ficou *fora do âmbito de harmonização* visado pelo instrumento comunitário, pois não diz já apenas respeito à relação entre o vendedor profissional e o comprador consumidor, mas com um terceiro. Por isso, parece que a harmonização plena

visada pela Diretiva não obstará à manutenção da solução prevista no direito nacional.

6. PRAZOS DE GARANTIA, DE DENÚNCIA E DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS

Quanto aos prazos, as principais novidades, que obrigarão à sua transposição para o direito nacional, prendem-se com os prazos de garantia para os bens com elementos digitais.

Em geral, e à semelhança do que dispunha a Diretiva de 1999, prevê-se que o vendedor será responsável pela falta de conformidade existente no momento da entrega do bem, desde que *se manifeste no prazo de dois anos* (artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2019/771/UE), podendo, porém, os Estados-Membros alargar este prazo (artigo 10.º, n.º 3), tendo-se mantido, pois, neste aspeto uma harmonização mínima, em benefício do consumidor. Caso os direitos nacionais não prevejam qualquer prazo dentro do qual se deverá manifestar a falta de conformidade (o que também é possível), deverão, porém, estabelecer um *prazo de prescrição* para o exercício dos direitos do consumidor, o qual deverá permitir ao consumidor exercer os meios de ressarcimento previstos, por qualquer falta de conformidade pela qual o vendedor seja responsável e que se manifeste no prazo “de garantia”, de pelo menos dois anos a contar da entrega (artigo 10.º, n.ºs 4 e 5). Para bens em segunda mão, permite-se a redução do prazo de responsabilidade ou de prescrição até o mínimo de um ano (artigo 10.º, n.º 6).

O direito nacional *está em conformidade* com os prazos referidos, na medida em que, para os bens móveis (únicos aos quais se aplica a Diretiva) prevê o prazo de dois anos a contar da entrega como prazo durante o qual a falta de conformidade tem de manifestar-se, para o consumidor ter os direitos que lhe são reconhecidos por lei (artigo 5.º, n.º 1,

do Decreto-Lei n.º 67/2003). E prevê também a *redução para um ano em caso de venda de coisa móvel usada* (artigo 5.º, n.º 2, do citado Decreto-Lei). Já o prazo mais longo, e cinco anos, previsto para os *imóveis* no direito português *não é afetado pela harmonização visada pela Diretiva*. Também a previsão legal de um prazo de dois anos a contar da denúncia, para *exercício dos direitos*, no artigo 5.º-A, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003, não contraria a Diretiva, na medida em que tal prazo *nunca se esgota antes de decorridos dois anos a contar da entrega do bem* (e, quanto ao prazo de três anos para os imóveis, tal prazo não é abrangido pela Diretiva).

As *suspensões dos prazos* de garantia e de exercício de direitos previstas, respetivamente, no artigo 5.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 67/2003 (“durante o período em que o consumidor estiver privado do uso dos bens”), e no artigo 5.º-A, n.º 4, do mesmo diploma (“durante o período em que o consumidor estiver privado do uso dos bens com o objetivo de realização das operações de reparação ou substituição, bem como durante o período em que durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo que opõe o consumidor ao vendedor ou ao produtor, com exceção da arbitragem”), poderão igualmente *ser mantidas*. Como se esclarece no considerando 44 da Diretiva, esta *não regula* “as condições que permitem uma suspensão ou interrupção do período de responsabilidade”, ou de um prazo de prescrição, pelo que “os Estados-Membros deverão poder prever a suspensão ou interrupção do período de responsabilidade ou do prazo de prescrição, por exemplo, em caso de reparação ou de substituição ou em caso de negociações entre o vendedor e o consumidor com vista a uma resolução amigável”.

Do mesmo modo, a Diretiva *nada diz* sobre se, havendo substituição do bem, o “bem sucedâneo” goza de um *novo prazo de garantia* contar da sua entrega, como se prevê, no

direito português, no artigo 5.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 67/2003. Este aspeto ficou, pois, fora do âmbito da harmonização visada pela Diretiva, afigurando-se que nada impede a manutenção no direito português da previsão expressa desta solução, que, aliás, já resultaria, a nosso ver, das regras gerais.

Já as regras relativas aos prazos (de garantia e exercício de direitos) no caso de *bens com elementos digitais* carecem de ser *transpostas* para o direito português, que nada prevê a esse respeito – já que tais bens não foram considerados especificamente para efeitos do regime da venda de bens de consumo em 2003. Assim, no caso de bens com elementos digitais, se o contrato prever o *fornecimento contínuo* do conteúdo ou serviço digital *durante um determinado período*, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital *que ocorra ou se manifeste no prazo de dois anos* a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues. Se o contrato estipular o *fornecimento contínuo durante um período superior a dois anos*, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais que ocorra ou se manifeste *no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos* nos termos do contrato de compra e venda, que pode ser superior a dois anos (artigo 10.º, n.º 2).

O legislador nacional pode, igualmente, manter a *exigência de denúncia* dos defeitos pelo consumidor ao vendedor, constante do artigo 5.º-A, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003. A Diretiva previu expressamente (artigo 12.º) essa possibilidade, fixando um prazo mínimo para a denúncia de dois meses a contar da data em que o consumidor tiver detetado a falta de conformidade, sendo justamente este o prazo previsto entre nós para os bens móveis, no citado artigo 5.º-A, n.º 2.

7. RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR E DIREITO DE REGRESSO

O legislador português optou, em 2003, por introduzir uma *ação direta* do consumidor contra o produtor, limitada à *reparação* ou *substituição* do bem, no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 67/2003³⁹. A Diretiva 1999/44/CE não exigia a previsão de tal responsabilidade direta, mas também não a limitava, tendo existido nos respetivos trabalhos preparatórios tentativas de a consagrar.

A Diretiva 2019/771/UE *não trata do problema*, deixando-o aos legisladores nacionais. Assim, como se pode ler no considerando 63, a questão de “saber se o consumidor pode igualmente apresentar uma reclamação diretamente contra uma pessoa em fases anteriores da cadeia de transações não é regulada pela presente diretiva, exceto nos casos em que um produtor ofereça ao consumidor uma garantia comercial pelos bens”. Pode, portanto, *manter-se* no direito nacional a responsabilidade direta do produtor pela conformidade, incluindo os direitos de reparação ou substituição do bem, que pode ser útil, designadamente, nos casos em que, por exemplo, devido à distância, o comprador consumidor (que, por exemplo, adquiriu o bem numa viagem a outro Estado-membro) tem dificuldade em comunicar e entrar em relação com o vendedor.

Também se mantém o dever de previsão de um *direito de regresso do vendedor* final, justificado no considerando 63 da Diretiva: “tendo em conta que o vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade dos bens que decorra de um ato ou omissão por parte do vendedor ou de terceiros, justifica-se que o vendedor possa exercer o direito a meios de ressarcimento perante a pessoa

³⁹ Sobre esta responsabilidade, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *VENDA DE BENS DE CONSUMO*, CIT., PÁGS. 125 E SEGS. PARA O ANTEPROJETO E SUA FUNDAMENTAÇÃO, PAULO MOTA PINTO, “ANTEPROJECTO DE DIPLOMA...”, CIT., N.º 8.

responsável em fases precedentes da cadeia de transações. Esse direito deverá incluir meios de ressarcimento por uma falta de conformidade que resulte da omissão de uma atualização, designadamente uma atualização de segurança, que teria sido necessária para manter o bem com elementos digitais em conformidade. No entanto, a presente diretiva não deverá afetar o princípio da liberdade contratual entre o vendedor e outras partes na cadeia de transações”.

O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo⁴⁰ ficou previsto, no direito nacional, nos artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, cujas soluções *poderão manter-se*, pois *não são alteradas* pela Diretiva de 2019. Será necessário, porém, *alargar a sua previsão*, uma vez que o artigo 18.º da Diretiva consagra o direito de regresso para os casos de responsabilidade do vendedor perante o consumidor por uma

⁴⁰ Sobre esse direito, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de consumo*, cit., págs. 139 e segs., PAULO MOTA PINTO, “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2002, págs. 143-199, também in *Estudos em homenagem ao Prof. Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica, 2002, págs.1177-1225), RUI PINTO DUARTE, “O direito de regresso do vendedor final na venda para consumo”, in *Themis*, ano 2, 4 (2001), págs.173-194, LUÍS MENEZES LEITÃO, “O novo regime da venda de bens de consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2005, págs. 37-73, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2017, págs. 287-291, ANA RITA POLÓNIA SEMBLANO SILVA, *Responsabilidade do produtor – o direito de regresso no âmbito da venda de bens de consumo*, diss. de mestrado, Universidade do Minho, de Consumo, 2014. Lá fora, v., por ex., JENS BÖHLE, *Der Rückgriff in der Lieferkette gemäß der §§ 478, 479 BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, SABRINA SALEWSKI, *Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, MAREIKE SCHMIDT, *Produkt Rückruf und Regress*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, MARTIN SCHRÖDER, *Der Unternehmerregress beim Verbrauchsgüterkauf im Falle von grenzüberschreitenden Handelskäufen. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Betrachtung unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Rechts sowie des UN Kaufrechts, des DCFR und des Vorschlags für ein GEK*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, CARLO CASTRONOVO, “Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore”, *Europa e diritto privato*, 2004, 3, págs. 957-988.

falta de conformidade resultante de um ato ou omissão, incluindo “nomeadamente a não disponibilização de atualizações de bens com elementos digitais” nos termos exigidos na Diretiva, mas o direito português não faz referência específica a esta hipótese.

Já quanto à questão e saber se o direito de regresso deverá ser exercido “ao longo da cadeia contratual” (como se prevê entre nós, para preservar a possibilidade de modelação convencional desse direito nas relações negociais que integram essa cadeia), ou diretamente contra o responsável ou responsáveis pela falta de conformidade, não é tocada pela Diretiva de 2019, que, tal como a de vinte anos antes, deixa aos direitos nacionais a determinação da pessoa responsável contra a qual o fornecedor pode exercer o direito de regresso, bem como as ações pertinentes e as condições de exercício, são determinadas pelo direito nacional. Questão que se pode suscitar é, antes, a de saber se o direito de regresso em causa não deve ser *alargado além das hipóteses de venda de bens de consumo* – em que o vendedor final é um vendedor profissional a um consumidor –, como fez o legislador alemão em 2017, ao introduzir os novos § 445a e § 445b no Código Civil alemão, sobre “regresso do vendedor”⁴¹.

⁴¹ Essas normas foram introduzidas pela “Lei sobre reforma do regresso do contrato de empreitada, sobre alteração da responsabilidade por vícios na compra e venda, sobre reforço da proteção jurídico-processual” e outros temas, de 28 de abril de 2017, tendo entrado em vigor em 1 de janeiro de 2018. Sobre estas normas, v. CHRISTOPHER WEIDT, “Der Rückgriff des Verkäufers im neuen Mängelhaftungsrecht”, *NJW* 2018, págs. 263-267, SANDRA ORLIKOWSKI-WOLF, “Auswirkungen der Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung zum 1.1.2018 auf AGB im B2B-Verkehr”, *ZIP*, 39 (2018), 8, pág. 360-364, MICHAEL NIETSCH/DANIEL OSMANOVIC, “Die kaufrechtliche Sachmängelhaftung nach dem Gesetz zur Änderung des Bauvertragsrechts”, *NJW*, 2018, págs. 1-6, KAI MEDIGER, “Die Abdingbarkeit der Mängelhaftung beim Rückgriff des Verkäufers in AGB”, *NJW* 2018, págs. 577-581, STEFAN LORENZ, anot. ao § 445a, em *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., München, Beck, 2019. Já CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, em “Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in Deutschland”, versão em alemão de conferência proferida

8. GARANTIAS COMERCIAIS

Por último, a Diretiva 2019/771/UE contém também um regime sobre as “*garantias comerciais*” (artigo 17.º), que a nossa lei designa “*garantias voluntárias*” (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 67/2003).

Prevê a Diretiva, em primeiro lugar, a *vinculatividade da garantia* comercial nos termos das condições previstas na *declaração* de garantia comercial e na *publicidade conexa*, disponibilizadas aquando ou antes da celebração do contrato, bem como a *responsabilidade direta do produtor* perante o consumidor pela *reparação* ou *substituição* dos bens, quando dê a este uma *garantia comercial de durabilidade* para determinados bens durante um determinado período tempo, e durante todo o período da garantia comercial de durabilidade. Prevê-se, também, que o produtor pode oferecer na declaração de garantia comercial de durabilidade condições mais favoráveis do que as previstas na publicidade, mas, se as condições previstas na declaração de garantia comercial forem menos vantajosas para o consumidor do que as previstas na publicidade conexa, a garantia comercial deve ser vinculativa nas condições previstas na publicidade relativa à garantia comercial, salvo se antes da celebração do contrato a publicidade conexa tiver sido corrigida de uma forma idêntica ou comparável àquela em que foi feita (artigo 17.º, n.º 1).

Estas regras *não correspondem a regras vigentes atualmente* na ordem jurídica nacional⁴², que apenas prevê que

.....
em Pádua em 15 de setembro de 2001, Munique, 2001, criticara a limitação a previsão do direito de regresso ao vendedor final de bens de consumo.

⁴² Na versão originária do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, previa-se, no art. 9.º, n.º 1, que a “declaração pela qual o vendedor, o fabricante ou qualquer intermediário promete reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo da coisa defeituosa vincula o seu autor nas condições constantes dela e da correspondente publicidade”. No entanto,

as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias integram imperativamente o conteúdo dos contratos posteriormente celebrados, no artigo 7.º, n.º 5, da Lei de Defesa do Consumidor. Nada se prevê, porém, especificamente no direito português, sobre o sentido e prazo da *garantia de durabilidade*, como implicando a *responsabilidade direta do produtor* pela *reparação* ou *substituição* durante todo o período da garantia. Além disso, o regime citado, da Lei de Defesa do Consumidor, é por um lado *demasiado amplo* – porque se refere a *informações concretas* e *objetivas* contidas na mensagem publicitária sobre os bens ou serviços, e não a *condições de garantia* –, e sobretudo, é, por outro lado, *imperativo*, não permitindo uma *correção*, antes da celebração do contrato, da publicidade conexa, de uma forma idêntica ou comparável àquela em que foi feita. Ora, esta correção é uma circunstância que, nos termos da Diretiva, *afasta a vinculação do produtor pelas condições enunciadas na publicidade*, tendo tal limitação de ser também transposta para o direito nacional, tendo em conta a eficácia de harmonização fixa da Diretiva, neste ponto. Tratar-se-á aqui, como vimos, de um ponto em que será necessário *reduzir o nível de proteção* do consumidor, mas agora para a garantia voluntária.

Quanto ao *momento* e *forma de entrega* da garantia voluntária, a Diretiva prevê, no artigo 17.º, n.º 2, que esta deve ser prestada ao consumidor, num suporte duradouro, “o mais tardar no momento da entrega dos bens”, devendo ser “expressa numa linguagem clara e inteligível” – podendo adicionalmente os legisladores nacionais estabelecer regras sobre outros aspetos, incluindo sobre a língua ou as línguas em que a declaração de garantia comercial deve ser disponibilizada

.....
esta norma foi revogada em 2008, pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, sem que a razão de ser dessa revogação fosse explicitada pelo legislador.

ao consumidor. Tirando o *momento* de entrega da garantia voluntária, que *não está regulado* entre nós, as restantes exigências estão *previstas* no regime nacional da venda de bens de consumo, nos artigos 9.º, n.ºs 2 (para o “suporte duradouro”) e 3 (para a redação de forma clara e concisa em língua portuguesa).

No que toca ao *conteúdo mínimo exigido* para a garantia voluntária, a exigência de que a garantia contenha uma “*declaração clara de que o consumidor tem direito legal a meios de ressarcimento* por parte do vendedor a título gratuito em caso de falta de conformidade dos bens e que esses meios de ressarcimento *não são afetados pela garantia comercial*” (artigo 17.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva – itálicos aditados) corresponde à previsão do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 67/2003. A lei nacional requer, ainda, indicação na garantia da firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, eletrónico, do autor da garantia que pode ser utilizado para o exercício desta – artigo 9.º, n.º 2, alínea e), do Decreto-Lei n.º 67/2003, correspondendo à alínea b) do n.º 2 do artigo 17.º da Diretiva. As restantes exigências sobrepõem-se parcialmente: a Diretiva exige que a garantia contenha o *procedimento a seguir* pelo consumidor para obter a execução da garantia comercial, a *designação dos bens* aos quais a garantia comercial se aplica e os *termos da garantia comercial* (artigo 17.º, n.º 2, alíneas c), d), e e)), enquanto o Decreto-Lei n.º 67/2003 requer informação sobre o carácter gratuito ou oneroso da garantia e, neste último caso, a indicação dos encargos a suportar pelo consumidor (alínea b) do n.º 3 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 67/2003), indicação dos benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição destes benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente aqueles relativos às despesas de

transporte, de mão -de -obra e de material, e ainda os prazos e a forma de exercício da mesma (alínea c) do mesmo artigo), e a duração e âmbito espacial da garantia (alínea d) desse mesmo artigo).

Embora estas exigências se enquadrem dentro da referência geral à informação sobre os termos da garantia e procedimento a seguir pelo consumidor, afigura-se que, pela sua maior generalidade, que pode incluir outros aspetos, devem ser adotadas as exigências de conteúdo previstas na Diretiva, alterando-se correspondentemente o conteúdo mínimo obrigatório, hoje previsto no artigo 9.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Tal como segundo a Diretiva (artigo 17.º, n.º 3), também para o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003 (artigo 9.º, n.º 5), a violação das exigências de conteúdo mínimo não afeta a validade da garantia, podendo o consumidor continuar a invocá-la e a exigir a sua aplicação.

A lei nacional prevê, ainda, que, salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia se transmitem para o adquirente da coisa (artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 67/2003), mas tal é permitido pela Diretiva, não só porque esta não regula a garantia na relação com terceiros, adquirentes da coisa, como porque prevê expressamente, no artigo 17.º, n.º 4, que os legisladores nacionais podem estabelecer “regras sobre outros aspetos relativos às garantias comerciais que não sejam regidos pelo presente artigo.

9. CONCLUSÃO

É tempo de concluir.

Sem prejuízo de um estudo comparativo mais aprofundado, quer entre a Diretiva 2019/771/UE e o direito português vigente para as relações entre profissionais e consumidores (designadamente, o resultante do Decreto-Lei n.º 67/2003), quer entre o regime especial a estabelecer em resultado da

transposição da Diretiva de harmonização fixa e o regime geral da compra e venda de coisas defeituosas e o regime geral do não cumprimento, não há dúvida de que o legislador nacional *terá de alterar o direito nacional em múltiplos aspetos*, a fim de transpor a Diretiva 2019/771/UE. E de que o tem de fazer até ao dia 1 de julho de 2021, por forma a que o diploma de transposição comece a vigorar a partir do dia 1 de janeiro de 2022.

Não pretendemos aqui equacionar aprofundadamente as *diversas hipóteses de transposição* que se deparam ao legislador português, muito menos formular uma *proposta*. No entanto, pode desde já notar-se que o legislador nacional está confrontado com a necessidade de tomar *várias opções*.

Uma das primeiras é a de saber se *transporá separadamente* a Diretiva 2019/771/UE, sobre venda de bens de consumo (mas incluindo também bens com elementos digitais) e a Diretiva 2019/770/UE, sobre fornecimento de serviços e conteúdos digitais, ou se, pela *evidente ligação* entre os dois *instrumentos comunitários* de disciplina de relações de fornecimento entre profissional e consumidor, e sua proximidade de conteúdo, *preferirá articular a transposição dessas “Diretivas gémeas” num único diploma*, eventualmente regulando *aspetos comuns* e autonomizando depois as *especificidades* tanto da venda de bens de consumo (incluindo de bens com elementos digitais), por um lado, como do fornecimento de serviços e conteúdos digitais, por outro lado.

A par desta opção, uma outra, talvez mais fundamental e ainda anterior, deverá ser tomada: a de saber se, mais uma vez, o legislador nacional pretende transpor as Diretivas comunitárias *em diplomas com o mesmo âmbito subjetivo*, apenas para *relações entre profissionais e consumidores*, num diploma avulso ou num diploma mais geral sobre o direito do consumidor (sendo então ocasião para retomar o Anteproje-

to de Código do Consumidor, a que o legislador em má hora decidiu não dar seguimento⁴³), ou se pretende aproveitar a ocasião para *rever o regime geral da venda de coisas defeituosas*, que é consabidamente uma das partes menos conseguidas do Código Civil de 1966, e que mais questões práticas e teóricas tem suscitado.

Segundo esta última opção, *dever-se-ia aproveitar a ocasião para alterar, designadamente, a vinculação do regime da venda de coisas defeituosas à teoria do erro ou da garantia*, prevendo um *dever de entrega pelo vendedor de bens em conformidade com o contrato*, e tanto para a venda de coisa específica como para a venda de coisa genérica, além de se esclarecer a *articulação do regime especial com o regime geral do não cumprimento* e de rever outros aspetos (como, pelo menos, a *delimitação das hipóteses de não conformidade relevantes, os pressupostos e a relação entre os direitos do comprador, os prazos para a responsabilidade do vendedor e para o exercício dos direitos pelo comprador e o cálculo da indemnização devida ao comprador de coisas defeituosas*).

Em 2001 pronunciámo-nos *decididamente a favor desta última hipótese*, que corresponde à opção que foi seguida nalgumas ordens jurídicas para transposição da Diretiva 1999/44/CE (como as ordens jurídicas alemã e austríaca). Pensamos que os argumentos que então avançámos nesse

.....
⁴³ V. Comissão do Código do Consumidor, Código do Consumidor – Anteprojeto, Lisboa, Ministério da Economia e da Inovação, 2006. Sobre esse anteprojeto, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O anteprojeto do Código do consumidor”, *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 135, n.º 3937 (2006), págs. 190-196, idem, “Sobre o Direito do consumidor em Portugal e o Anteprojeto do Código do consumidor”, in *Estudos do Instituto do Direito de Consumo*, coord. de LUÍS MENEZES LEITÃO, Coimbra, Almedina, 2002, págs. 37-55, PAULO MOTA PINTO, “O Anteprojeto de Código do consumidor e a venda de bens de consumo”, in *Estudos do Instituto do Direito de Consumo*, cit., págs. 119-134. Cf. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O anteprojeto de Código do Consumidor”, *O Direito*, Lisboa, ano 138, n.º 4 (2006), págs. 685-715.

sentido⁴⁴ mantêm plena validade, e que foram até reforçados com o decurso do tempo e, por exemplo, com a recente adesão de Portugal à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias, adotada em Viena, em 11 de abril de 1980⁴⁵.

É certo que, nalguns pontos, o futuro regime da venda de bens de consumo no direito português *terá de ser menos favorável ao consumidor* do que o atualmente vigente – o que acontece, por exemplo, quanto à possibilidade de exclusão pelo vendedor ou pelo produtor da relevância contratual de declarações publicitárias, quanto à limitação à escolha do comprador consumidor dos “remédios” para a falta de conformidade (ficando limitado num primeiro momento a exigir a reposição da conformidade pela substituição ou reparação da coisa), ou quanto à imposição de um prazo máximo fixo de 30 dias para a reparação ou substituição de bem móvel. Tratar-se-á de um preço que os representantes do Estado português, quando se pronunciaram sobre as propostas de Diretiva, terão aceite pagar pelos eventuais “ganhos” de uma harmonização plena ou fixa – a qual, porém, beneficia sobretudo países exportadores de bens móveis para o interior da União, mais do que países sobretudo importadores, como é ainda o nosso caso.

Em qualquer caso, temos por seguro que uma transposição adequada da Diretiva 2019/771/UE (e da Diretiva 2019/770/UE) para o direito português se não compadece com um mero trabalho de “corte e cola”, pois suscita proble-

⁴⁴ “Anteprojecto de diploma...”, cit., págs. 174 e segs., 249 e segs., *Cumprimto defeituoso do contrato de compra e venda – anteprojecto...*, cit., págs. 11 e segs., 69 e segs.

⁴⁵ Decreto n.º 5/2020, de 7 de agosto, Diário da República, n.º 153, de 7 de agosto de 2020, pág. 7: esta convenção, que será doravante aplicável em Portugal na maior parte das compras e vendas internacionais de mercadorias, utiliza também, para designar a “patologia” da compra e venda, a noção de conformidade e de falta de conformidade com o contrato.

mas delicados, que têm de ser tratados, aprofundados e decididos, quer de relação com o direito português vigente da venda de bens de consumo (e de manutenção, tanto quanto possível, do nível de proteção assegurado ao comprador consumidor), quer de relação com o regime geral do não cumprimento das obrigações.

A RENÚNCIA TÁCITA DO CREDOR À INDIVISIBILIDADE DA HIPOTECA*

THE CREDITOR'S TACIT WAIVER
OF THE INDIVISIBILITY OF THE MORTGAGE

*Rui Estrela de Oliveira***

RESUMO

Equacionando um problema factual concreto a partir de casos reais discutidos nos tribunais portugueses, o autor analisa os regimes jurídicos da hipoteca, da renúncia, da declaração negocial tácita e, depois de definir a indivisibilidade na sua relação com a hipoteca, delimitando o seu âmbito de aplicação, procura responder à questão da admissibilidade da renúncia tácita do credor hipotecário à característica do apontado direito real de garantia.

PALAVRAS-CHAVE

Hipoteca; Indivisibilidade; Renúncia; Declaração negocial; Comportamento concludente; Declaração expressa; Declaração tácita; Renúncia tácita.

.....
* O texto publicado corresponde, no essencial, à dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre), orientada pelo Professor Doutor Paulo Mota Pinto, defendida, em Dezembro de 2020, perante um júri presidido pelo Professor Doutor Francisco Pereira Coelho e avaliada com a notação de "Muito Bom".

** Juiz de Direito, Mestre em Ciências Jurídico-Forenses e Pós-graduado em Direito das Empresas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ABSTRACT

Considering a concrete factual problem from actual cases discussed in the Portuguese courts, the author analyses the legal regimes of Mortgage, Waiver, Tacit Negotiating Statement and, after defining indivisibility in relation to the mortgage and delimiting its scope, seeks to address the question of the admissibility of the creditor's tacit waiver to that very characteristic of the referred lien.

KEYWORDS

Mortgage; Indivisibility; Waiver; Negotiating statement; Conclusive behaviour; Express statement; Tacit statement; Tacit waiver.

I. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise, as concretas realidades sociais, impelidas por dinâmicas conflituais que colocam a sociedade na antecâmara da disrupção, convocam, mais do que em tempos de normalidade, a incursão por institutos jurídicos até aí discretos ou dogmaticamente estáveis. Nestas circunstâncias, a resposta premente do Direito eleva os primeiros à notoriedade e redescobre novos limites e conteúdos nos segundos.

No meio da grande variedade de fenómenos económicos e sociais que, em contexto de crise e por causa dela, acabam discutidos e decididos jurisdicionalmente, a relação jurídica que se estabelece entre o *empreiteiro* que constrói o edifício e que o constitui em propriedade horizontal, a *entidade bancária* que financia a construção e que beneficia da hipoteca constituída sobre o terreno antes do início da construção e o *adquirente* de fracção daquele edifício, suscita questões sensíveis¹, conflitos de alguma complexidade e, quanto ao problema que pretendemos abordar, tem a marca da crise económica. Com efeito, não raras vezes², no final

¹ A mais conhecida e discutida será, porventura, aquela que opõe o credor hipotecário ao credor retentor. Para um estudo mais aprofundado, cf. Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das garantias reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 275 e ss. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, Cadernos de Direito Privado, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, pp. 3 e ss., e acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20.03.2014, relatado por Távora Victor, de 17.11.2015, relatado por Fonseca Ramos e de 09.01.2018, relatado por Pinto de Almeida, consultados in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/> (ECLI · European Case Law Identifier).

² Para uma panorâmica geral quanto à variada factualidade causal da questão estudada, cf., entre todos, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22.04.1997, relatado por Fernandes Magalhães, de 12.02.2004, relatado por Pires da Rosa, de 08.10.2015, relatado por João Camilo, de 12.04.2018, relatado por Rosa Tching, do Tribunal da Relação do Porto de 11.03.2010, relatado por Leonel Seródio, de 23.10.2018, relatado por José Carvalho e do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10.07.2018, relatado por Maria da Purificação Carvalho, todos consultados in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/> (ECLI · European Case Law Identifier).

da construção do edifício e no momento da vender as fracções, o empreiteiro, já em sérias dificuldades económicas, consegue convencer o interessado na aquisição da fracção a celebrar o contrato de compra e venda sem distratar a hipoteca que onera a fracção, prometendo-lhe, verbalmente ou até no próprio título de transmissão, que o fará mais tarde. Apesar de receber o valor pecuniário do preço acordado ou parte dele, o empreiteiro acaba por não cumprir o combinado, porque não consegue honrar os compromissos financeiros com a entidade bancária, levando a que esta, que pretende a restituição dos valores que lhe entregou, exija dos adquirentes das fracções os referidos valores e, no limite, proponha contra estes acções executivas³, valendo-se, em primeira linha, das características da hipoteca como *direito real de garantia*, portanto, da *sequela* e da *prevalência* inerentes ao direito e, em segunda linha, exigindo a cada um dos titulares das fracções oneradas a totalidade do valor a haver do empreiteiro relapso e não apenas uma parte, valendo-se, aqui, da característica da *indivisibilidade* da hipoteca⁴. A factualidade adensa-se e o enquadramento jurídico complexifica-se quando a entidade bancária, de acordo com os seus interesses e em momento posterior, aceita distratar a hipoteca de uma só fracção, ou de algumas delas, mediante o pagamento pelo respectivo titular ou titulares de apenas uma parte do valor em dívida pelo empreiteiro, proporcional, ou não, ao valor da fracção ou das fracções em causa no contexto da propriedade horizontal.

.....
³ Ao abrigo do disposto no artigo 54º, nº 2, do Código de Processo Civil.

⁴ Uma leitura dos arestos citados na nota 2 permite constatar a frequência e a veemência com que os adquirentes das fracções/condóminos levantam em juízo a questão da "sua quota-parte" de responsabilidade, em função da pernilagem decorrente do título constitutivo da propriedade horizontal, em sentido contrário ao preceituado no artigo 696º do Código Civil.

O exemplo factual retratado – a transformação da propriedade individual em propriedade comum através da constituição de um regime de propriedade horizontal - configura uma das dimensões em que se pode desdobrar o problema mais amplo da divisão da propriedade dada em hipoteca em momento posterior à constituição desta última.

A questão que nos propomos abordar e analisar pode, pois, resumir-se no seguinte enunciado problemático: *pode o comportamento do credor hipotecário constituir uma renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca voluntária? E, respondendo-se afirmativamente, em que termos?*

Para responder à questão enunciada enquadraremos, em primeiro lugar, a *indivisibilidade* da hipoteca no contexto das restantes características da garantia, indagaremos, de seguida, do regime jurídico da *renúncia*, enquanto negócio jurídico, para, em terceiro lugar, recortarmos abstractamente, e definindo os respectivos limites, os comportamentos que poderão integrar uma declaração tácita no ordenamento jurídico português. Finalizaremos, ensaiando uma resposta ao problema enunciado.

II. A HIPOTECA, A ACESSORIEDADE E A INDIVISIBILIDADE

O regime jurídico da hipoteca encontra-se disciplinado pelos artigos 686º a 732º do Código Civil⁵, inserido sistematicamente na Secção V, do Capítulo VI (garantias especiais das obrigações), do Título I (das obrigações em geral), do Livro II (direito das obrigações)⁶.

⁵ Fazem parte do Código Civil em vigor todos os artigos citados e referidos daqui em diante sem menção do diploma legal.

⁶ As *garantias especiais* complementam a *garantia geral* das obrigações que, como se sabe, é constituída por todos os bens do devedor suscetíveis de penhora (cf. artigo 601º).

A leitura das normas referidas e a sua inserção sistemática no conjunto do Código permite afirmá-la, desde logo, como uma garantia *real* das obrigações. Neste sentido, podendo constituir-se por força da lei, por sentença judicial, pela celebração de contrato⁷ ou por declaração unilateral, o credor beneficia do carácter absoluto do direito, designadamente, da *sequela* e da *prevalência*⁸, podendo fazer-se cobrar através do bem hipotecado, quer este tenha sido transmitido para outrem, quer não tenha, e desde que a hipoteca tenha sido registada em momento anterior ao registo da transmissão posterior (cf. artigo 686º, nº 1), com prioridade relativamente aos direitos de crédito e aos direitos reais constituídos posteriormente se se mostrarem parcial ou totalmente incompatíveis com ela (*prior in tempore, potior in iure*). Ou seja, quando

.....

⁷ Escusado será referir a importância da hipoteca como a garantia *predicta* nos instrumentos contratuais de concessão de crédito a consumidores adquirentes de imóveis. A crise financeira relacionada, na sua origem, com o crédito hipotecário norte-americano levou, um pouco por todo o mundo, à aprovação de legislação destinada a tutelar o consumidor neste domínio. Entre nós, o Decreto-Lei nº 74-A/2017, de 23 de Julho (que pretendeu transpor a Directiva nº 2014/17/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014), alterado pela Lei nº 32/2018, de 18 de Julho, e pela Lei nº 13/2019, de 12 de Fevereiro, veio impor, entre outras regras, deveres reforçados de informação, a impender sobre o mutuante. Sobre a matéria, cf. Sandra Passinhas, *O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 14, Centro de Direito do Consumo, 2018, e mais recentemente, no contexto da crise económica provocada pela pandemia de Covid-19, também entre nós, JORGE MORAIS CARVALHO, *Covid-19 e Direito do Consumo*, Revista do Ministério Público, Ano 41, número especial Covid-19, especialmente pp. 304 e 305, e MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Legislação de emergência e contratos. O regime excepcional dos contratos de arrendamento e bancários*, Revista do Ministério Público, Ano 41, número especial Covid-19, pp. 278-279. Em Espanha, sobre a transposição da referida directiva para o ordenamento jurídico espanhol pela Ley 5/2019, de 15 de Março, cf. Federico Adan Domenech, *El fin de las cláusulas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la Jurisprudencia del TS y TJUE*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.

⁸ Sobre a discussão conceitual na doutrina portuguesa relativamente à *sequela* e à *prevalência*, cf. A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, 6ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-33.

constituído de forma voluntária, encontramos-nos perante um *negócio com eficácia real (quoad effectum)*⁹. Por outro lado, a hipoteca é um *negócio consensual*¹⁰, no sentido de não necessitar de um acto material de entrega para a sua perfeição (*negócio real quoad constitutionem*), *causal*¹¹ e pode traduzir-se, consoante a perspectiva com que a relação jurídica é avaliada, num *negócio gratuito* ou *oneroso*¹².

A hipoteca voluntária é, ainda e quando recaia sobre bens imóveis, um *negócio formal*, no sentido de ser exigida pelo legislador uma especial forma como condição de validade daquele. Dispõe, neste sentido, o artigo 714º, com a redacção que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 116-A/2008, de 4 de Julho, impondo a escritura pública, o testamento ou o documento particular autenticado¹³.

⁹ E não meramente *obrigacional*.

¹⁰ Aqui estamos perante a distinção entre *negócios consensuais* e *negócios reais*, consoante o acto material de entrega constitui, ou não, um elemento da estrutura do negócio (quando não constitui consubstancia uma obrigação do devedor), e não perante a distinção *negócios consensuais* (ou *não solenes*) e *negócios formais* (ou *solenes*) que, como se sabe, assenta na imposição legal de observância de uma determinada forma. Sobre as classificações dos negócios jurídicos, cf. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2012, pp. 385 a 410.

¹¹ Por oposição a *abstracto*, relevando, aqui e no caso da figura, a função económica ou social típica da garantia e que, como veremos adiante, não é de todo indiferente ao seu regime jurídico.

¹² Cf., sobre a distinção, CARLOS MOTA PINTO, *Onerosidade e gratuidade das garantias de dívidas de terceiro na doutrina da falência e da impugnação pauliana*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, III, Iuridica, Coimbra, 1983, pp. 102 a 117.

¹³ As excepções ao formalismo padrão poderão ser encontradas (i) no regime dos contratos de compra e venda com mútuo, referente a prédio urbano destinado a habitação, ou fracção autónoma para o mesmo fim, ou contratos que titulem novos empréstimos sobre aqueles bens, no caso de o mutuante ser uma instituição de crédito (Decreto-Lei nº 255/93, de 15 de Julho), em que bastará a formalização por documento particular, com reconhecimento de assinaturas, em modelo aprovado por portaria (Portaria nº 669-A/93, de 16 de Julho, alterada pela Portaria 882/94, de 1 de Outubro), e

Tendo o registo carácter constitutivo (cf. artigo 687º), só podem ser hipotecados os bens e os direitos previstos legalmente (cf. artigos 688º a 693º)¹⁴. Tal é o conteúdo do princípio

(ii) no regime do procedimento especial de transmissão, oneração e registo de imóveis (Decreto-Lei nº 263-A/2007, de 23 de Julho, com a redacção que lhe foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 125/2013, de 30 de Agosto, e Portaria nº 794-B/2007, de 23 de Julho, com a redacção da Portaria nº 358/2015, de 14 de Outubro), também conhecido por *Casa Pronta*, em que a escritura pública é dispensada se os interessados na celebração do negócio optarem por um dos modelos de contrato previstos, cabendo ao serviço de registo a sua materialização e preenchimento personalizado.

¹⁴ Deste modo, a inscrição tabular não será, apenas, uma mera condição de oponibilidade absoluta (também *inter partes*). Em Portugal, a doutrina encontra-se dividida a propósito do disposto no artigo 4º, nº 2, do Código do Registo Predial ("exceptuam-se os factos constitutivos de hipoteca cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo"). Exemplificativamente, considerando que a hipoteca se encontra validamente constituída mesmo antes do registo (sendo este a condição de oponibilidade absoluta), apesar de não produzir quaisquer efeitos, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 557, e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª Edição, 5ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2018, p. 938. Em sentido contrário, considerando que não há direito real antes do registo, e que acompanhamos, ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil (Terceiros para efeitos de registo)*, com coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 269 a 274, MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *85 Perguntas sobre a hipoteca imobiliária*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 31, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, Reais*, 5ª Ed., Coimbra Editora, 2000, pp. 357 e 358, RUI PINTO DUARTE, *Curso de direitos reais*, 3ª Ed., Principia, Cascais, 2013, p. 250, e A. Menezes Cordeiro, *Direitos reais*, Lex, Lisboa, 1993, p. 282. ORLANDO DE CARVALHO, na obra citada escreveu: "Só foge a isto, desde 1959, a constituição de hipoteca, em que o registo é constitutivo e, por conseguinte, condição de validade da aquisição do direito. Há quem fale a este propósito de condição de eficácia, mas, se bem julgamos, sem critério, pois a aquisição que não é eficaz nem *inter* nem *supra partes*, e não apenas *in tempus*, mas *in perpetuum*, é uma aquisição que não vale porque não se fez validamente. É o que ocorre justamente aqui. Decerto que o título existe (o acto ou acordo hipotecário), mas a constituição de hipoteca exige além dele, um modo, que é o registo da aquisição. Trata-se de um direito de formação complexa, caso em que o preenchimento de um dos termos do *iter* não chega para a validar ou validar parcialmente. Dizer-se que a constituição de hipoteca sem registo é ineficaz, tem tanto sentido como dizer-se que é ineficaz a venda de um imóvel sem escritura. A não ser que nos refrimamos à ineficácia em sentido amplo; que engloba todas as razões de não produção dos efeitos

da especialidade (ou da especificação), enquanto uma das suas características gerais¹⁵, ou seja, a necessidade de incidir sobre coisa certa e determinada, conduzindo à proibição das hipotecas gerais (cf. artigo 716º), e à inscrição tabular, também ela especificada.

Mas, se na constituição ou modificação da hipoteca voluntária o legislador impôs solenidade, já na renúncia à garantia em causa, e por força da solução do Decreto-Lei nº 263-A/2007, de 23 de Julho, o formalismo foi aligeirado, bastando-se o legislador com a declaração “expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória competente para o registo, não carecendo de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir os seus efeitos” (artigo 731º)¹⁶, relevando, na diferença de soluções, os interesses a acautelar: *mais* para o gravame imposto pela oneração e *menos* para o acto conducente à *reexpansão* do direito até então onerado. De qualquer modo, também não deixa de ser assinalável a assunção da diferença entre as *questões de forma* e as *questões relacionadas com a declaração*: ao aligeirar do formalismo do acto não deixou o legislador de exigir uma

.....
pretendidos, desde a inexistência, à invalidade, à ineficácia *stricto sensu* e à mera irregularidade (...). Só que se o Direito é discurso e o discurso é rigor, não cremos que se caracterize minimamente a situação”. Para Luís Carvalho Fernandes, o registo da hipoteca constitui um *elemento formativo do negócio constitutivo da hipoteca*: “o negócio jurídico de que nasce a hipoteca, só por si, não é título suficiente da constituição desse direito, ainda que seja elemento necessário. Deste modo, só com o registo esse negócio se torna perfeito, apto a produzir os seus efeitos. Assim, antes do registo o negócio está incompleto, é um negócio *in itinere*. Deste modo, a questão não se põe, rigorosamente, nem no plano da validade, nem no da eficácia” (*Lições de direitos reais*, Quid iuris, 6ª Ed., Lisboa, 2009, p. 134).

¹⁵ Para uma visão abrangente da figura, cf. Maria Isabel Helbling Meneses Campos, *Da hipoteca, caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, 2003.

¹⁶ Cfr., igualmente, artigo 56º, do Código do Registo Predial.

declaração expressa, afastando assim, ao que parece, a declaração tácita de renúncia à hipoteca, uma vez que as normas que exigem uma declaração expressa são imperativas.

Se bem que no nosso direito, actualmente, apenas possam ser hipotecados bens imóveis ou móveis que por lei sejam equiparados aos primeiros, no direito romano, onde se podem surpreender as raízes mais longínquas da garantia, a *hypotheca* (ou *pignus conventum*¹⁷) começou por incidir sobre os escravos, animais e instrumentos (*invecta et illata*) que o locatário rural levava para o terreno rústico (*fundus*) locado para garantirem o pagamento da renda (*merces*), portanto, sobre coisas móveis. É Vieira Cura que nos diz: “a partir do séc. I a hipoteca generalizou-se: passou a poder constituir-se para garantia de qualquer tipo de obrigação (e não apenas a obrigação de pagamento de renda, nos arrendamentos rústicos – a que se juntou a hipoteca das coisas móveis introduzidas na casa de habitação pelo inquilino) e a ter por objecto qualquer *res*, desde que susceptível de penhor”¹⁸.

Nascida na dependência do penhor^{19 20}, a *hypotheca*²¹, ressalvadas as diferenças quanto ao objecto, foi sendo deli-

.....

¹⁷ Distinto do *pignus datum* que constituiria o penhor em sentido estrito. Assim, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento, Vol. XXXIV, Universidade de Coimbra, 1991, p. 164.

¹⁸ In *Fiducia cum creditore*, cit., p. 166.

¹⁹ “Na época clássica, o *pignus* é um direito real sobre uma *res aliena*, destinado a garantir o cumprimento de uma *obligatio*. Constituiu-se, normalmente, através de um contrato real, bilateral imperfeito e caracterizava-se pela cedência, ao credor, da mera detenção de uma *res*, que se obrigava a conservar e a restituir após a satisfação do seu crédito” - A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, Stvdia Ivrdica 26, Reimpressão, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2014, p. 213.

²⁰ Cf., neste sentido, António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore*, Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento, Vol. XXXIV, Universidade de Coimbra, 1991, pp. 164 a 167.

²¹ Para uma visão geral da figura no direito romano, cf. A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, Stvdia Ivrdica 26, Reimpressão, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2014, pp. 218 a 223.

nçada com a estrutura e características essenciais da garantia que actualmente vigora no nosso ordenamento²² e, apesar de ter surgido depois daquele e da *fiducia cum creditore* (fidúcia)²³, a sua importância e uso foi aumentando ao longo do tempo. O facto de se tratar de um negócio consensual, e não real (*quoad constitutionem*), consubstancia a necessidade - económica e prática -, sentida pelos romanos, de superação da estrutura e regime da fidúcia, pois esta implicava a entrega da coisa ao credor²⁴.

Já presentes na estrutura e regime da figura, avultavam nesta garantia duas características que vamos encontrar no regime actualmente em vigor.

Tal como no *pignus*, a *hypotheca* é acessória da *obligatio* garantida. É esta acessoriedade que determina a dependência da primeira relativamente à validade e à existência da segunda. Ou seja, se a obrigação garantida for inválida ou inexistente, também assim será a *hypotheca*²⁵, justificando-se,

²² Cf., neste sentido, A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, *Stvdia Iuridica* 76, 7ª Edição, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2014, pp. 176 a 179, e *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., p. 223, nota 43.

²³ “A *fiducia cum creditore* traduzia-se na transferência da propriedade de uma *res Mancipi* do devedor ou de um terceiro (fiduciante) para o credor (fiduciário), que ficava obrigado a restituí-la ao garante quando se verificasse a satisfação do crédito garantido. Este podia ser de qualquer natureza, embora o caso mais comum (que as fontes jurídicas, epigráficas e literárias referem) fosse o dos créditos pecuniários; podia mesmo tratar-se de créditos futuros, contanto que determinados” - ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, *ob. cit.*, pp. 148-149.

²⁴ Uma das consequências vantajosas traduzia-se na possibilidade de “poder garantir diversas *obligationes*: a mesma *res* podia ser afectada a favor de vários credores” - A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 177. Para além de uma que parece mais evidente: não sendo necessário entregar a coisa ao credor e sendo esta a fonte do rendimento (p. ex., instrumentos de trabalho, como agrícolas ou de artesanais) o pagamento da dívida poderia ser feito dando uso e a partir dos próprios bens hipotecados.

²⁵ Cf., neste sentido, A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 178 e *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit.,

deste modo, a defesa por excepção do garante à pretensão de execução da garantia por parte do credor. Também reúne consenso²⁶ que a *indivisibilidade* era uma característica da *hypotheca* romana²⁷. Ou seja, já no direito romano, a *hypotheca* mantinha-se no caso de a *obligatio* se extinguir parcialmente e, se recaísse sobre várias coisas, cada uma respondia pela totalidade da dívida, legitimando a primeira alusão conhecida à característica da figura por parte de Dumoulin: *hypotheca est tota in toto et tota in qualibet*. Daí que se possa afirmar que, na *hypotheca*, a *acessoriedade* sofresse, tal como no *pignus datum*, uma limitação por força da *indivisibilidade*²⁸. A fundamental distinção do instituto romano para com os institutos que nele se basearam e se desenvolveram consubstancia-se na ausência de um sistema que conferisse publicidade aos actos de hipoteca. Também aqui encontramos consenso no entendimento de que esta ausência consistiria numa imperfeição do instituto. Segundo D'Ors, "en conjunto, el derecho hipotecario romano es imperfecto por la falta de un sistema de publicidad registral. Esto explica que en derecho romano la garantía real tenga menos aplicación

.....
p. 221, D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Décima edición revisada, Segunda reimpresión, EUNSA, Pamplona, 2008, p. 500.

²⁶ Cf., neste sentido, A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 178 e *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., p. 221, D'ORS, *ob. cit.*, pp. 499-500, e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Expurgação de Hipoteca (parecer)*, Colectânea de Jurisprudência, 1986, T. V, pp. 36 e seguintes.

²⁷ "D. 20, 1, 19: "Quem recebeu em penhor (hipoteca) muitas coisas, não é obrigado a liberar uma, senão tendo recebido tudo quanto se lhe deve. (...) D. 13, 7, 8, 2: "Se um dos herdeiros do devedor tiver pago a sua parte, poderá, não obstante, ser vendida toda a coisa dada em penhor (hipoteca), assim como se o próprio devedor tivesse pago uma parte" – cf. A. SANTOS JUSTO, *Hipoteca (direito romano)*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, T. II, Universidade de Coimbra, 2012, p. 579.

²⁸ No caso de terem sido constituídas várias *hypothecas* a garantir a mesma *obligatio*, cf. A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, cit., p. 178.

que la garantia personal de los fiadores"²⁹. E Afonso Patrão considera que "é perceptível o maior defeito do instituto jurídico romano: admitindo a constituição de hipotecas sobre várias coisas não necessariamente determinadas e independentemente de qualquer forma, estava posto em causa o princípio da publicidade. Tratava-se de uma garantia com efeitos *erga omnes* em que era virtualmente impossível a terceiros detectá-la. Ademais, a *hypotheca* era válida ainda que propositadamente clandestina, prevalecendo contra qualquer proprietário dos bens hipotecados e contra todo o credor hipotecário posterior, ainda que de boa fé"^{30 31}.

Depois do fim do império, e como se sabe, o *Corpus Iuris Civilis* continuou a marcar a vida social da Europa e a idade média foi regida, em maior ou menor medida, com mais ou menos alterações, pelas instituições jurídicas romanas. Embora a expressão *hipoteca* tenha desaparecido até ao século

²⁹ D'ORS, *ob. cit.*, p. 509.

³⁰ AFONSO NUNES DE FIGUEIREDO PATRÃO, *Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional*, Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito da União Europeia, orientada por Rui Manuel Gens de Moura Ramos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho de 2015, Universidade de Coimbra, pp. 133-134. Cf., igualmente, A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III*, *cit.*, p. 223.

³¹ Os romanos vieram a tomar consciência da imperfeição e, mais tarde, a partir e sob os mandos do Imperador Leo (472 d.c.), tentaram atenuar as consequências negativas da ausência de um sistema institucionalizado de publicidade, ao determinarem a prevalência das garantias estabelecidas por *documento público* ou, a partir de Justiniano, por *documento particular*, subscrito diante de três testemunhas, sobre as garantias constituídas por outra forma. Subjacente a esta decisão está a conclusão de que a maior solenidade (designadamente a intervenção do *notarius*) implicaria uma mais eficiente publicidade da constituição da garantia, atendendo à segurança documental promovida (AFONSO NUNES DE FIGUEIREDO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 134, e D'ORS, *ob. cit.*, p. 508). E isto, apesar de já antes destas tentativas de conferir maior publicidade aos actos, a aposição de data falsa fazer incorrer o autor na prática do *crimen falsi*, atenta a importância dos factos cronológicos na aplicação da regra *prior tempore, potior iure*, designadamente, nos casos de concorrência de hipotecas (cf. D'ORS, *ob. cit.*, p. 507).

XVI, o instituto, nos seus traços essenciais, continuou a ser utilizado com a denominação de *obligatio bonorum*, que continuava a traduzir a convenção que permitia ao credor fazer-se pagar pelo bem ou pelos bens que tivesse ou tivessem sido predestinados a garantir a obrigação, vendendo-os³².

O *Code Civil* acaba por receber a hipoteca romana nos seus traços essenciais com os aperfeiçoamentos que o novo ideário da Revolução Francesa impôs. Assim, com o objectivo de promover a segurança do tráfego, instituiu-se um *sistema de registo obrigatório*, eliminando-se a possibilidade das *hipotecas ocultas*, bem como se adoptou o *princípio da especialidade*, com a inerente proibição das *hipotecas gerais*.

É precisamente sob influência do código napoleónico, designadamente do nº 2, do artigo 2114º, que o Código Civil de Seabra, de 1867, configurando a hipoteca como uma *garantia real acessória*, adoptou igualmente a *indivisibilidade* enquanto característica do instituto, dispondo, no artigo 893º, que “a hypotheca é de sua natureza indivisível; subsiste em todos e em cada um dos predios hypothecados, e em cada uma das partes que os constituem; salvo o caso de se designar, no competente titulo constitutivo da hypotheca, a parte do predio ou dos predios, que com ella fica onerada”³³.

.....
³² Assim, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 204-205, e Afonso Patrão, *ob. cit.*, p. 135.

³³ Para o entendimento doutrinal da citada norma do Código de Seabra, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Expurgação de Hipoteca (parecer)*, cit., pp. 40-41, onde se referem, com citações, as posições interpretativas de Dias Ferreira (JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil portuguez anotado*, II volume (1871), p. 304) e Cunha Gonçalves (LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, volume V, (1932), p. 375). Segundo o primeiro, “como consequência da indivisibilidade da hypotheca, ainda que o prédio hypothecado se divida e subdivida, a hypotheca subsiste integralmente sobre cada uma d’essas diferentes partes do prédio, salvo se o devedor e o credor distribuírem entre eles a hypotheca; mas n’este caso extingue-se a antiga hypotheca, e nascem em lugar d’ella tantas hypothecas independentes quantas são as partes do prédio obrigadas ao pagamento

É com estes traços estruturantes fundamentais, mantidos na sua essencialidade, que o Código Civil de 1966, actualmente em vigor, desenha a garantia, designadamente, quanto às características que temos vindo a focar com mais atenção.

Para além de nos encontrarmos, na sua génese constitutiva, perante um negócio *tipicamente* causal, da conjugação do disposto no artigo 686º e 730º resulta, igualmente, a *acessoriedade* da hipoteca relativamente à obrigação garantida³⁴. Não existe hipoteca sem obrigação garantida, comunicando aquela com o penhor e com a fiança do princípio³⁵. “O princípio da acessoriedade determina que a existência e validade da hipoteca dependem da existência e validade da obrigação garantida. E justifica que a extinção desta dívida determine a extinção da hipoteca”³⁶.

Valendo-se do estudo de Calvão da Silva sobre a fiança³⁷, onde são identificadas três tipos de dependências entre a obrigação garantida e a obrigação de garantia no contexto daquela garantia pessoal, Afonso Patrão, agora no contexto desta garantia real, afirma que “são reconhecidas três dimensões ao *princípio da acessoriedade*, gerando consequências que não encontramos nas hipotecas independentes. Em primeiro lugar, a *dependência genética e extintiva*, pelo

.....
do crédito primitivo”. E de acordo com o segundo “se o prédio hipotecado foi dividido entre os seus comproprietários ou co-herdeiros, ou uma parcela foi vendida a terceiro, cada uma das suas partes responde pela dívida inteira, isto é, o credor pode exigir ao possuidor de cada fracção do prédio o que poderia reclamar a todos eles conjuntamente ou possuidor do prédio inteiro; e não sendo suficiente essa fracção para tal pagamento, poderá demandar o saldo a qualquer dos possuidores das restantes parcelas”.

³⁴ Cf., *supra*, nota 10.

³⁵ A obrigação, no entanto, pode ser futura ou condicional – cf. artigo 686º, nº 2 –, bem como pode ser substituída cumpridos determinados pressupostos – cf. artigos 727º a 729º.

³⁶ A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, 6ª edição, Coimbra Editora, 2019. p. 553.

³⁷ João Calvão da Silva, *Garantias acessórias e garantias autónomas*, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1999.

que a sorte da garantia é o fado do crédito garantido. Em segundo lugar, a acessoriedade exige uma *completa determinação da (única) dívida a que a caução se associará*, proibindo-se portanto hipotecas genéricas (caucionando “todas as dívidas que aquele devedor venha a assumir”) ou recarregáveis (que possam ser aproveitadas, com o grau de prioridade originário, para caucionar nova obrigação assumida por aquele devedor). Por fim, a acessoriedade implica a *coincidência entre a posição de credor e titular da garantia*, atendendo à relação incindível que se estabelece entre a caução e o crédito: a hipoteca pertencerá sempre ao credor e é impossível o seu nascimento na falta de um direito de crédito a que se associe, não podendo o proprietário constituir uma hipoteca para depois a transaccionar. Em consequência, a transmissão do crédito importará a *cedência da garantia*”³⁸.

A primeira consequência do princípio, relacionada com exigências de segurança jurídica e como reflexo do princípio da especialidade, assumiu-a o legislador no artigo 96º, nº 1, alínea a), do Código do Registo Predial, quando prescreveu, especialmente para a hipoteca, que o extracto da respectiva inscrição deve conter o *fundamento da hipoteca, o crédito e seus acessórios e o montante máximo assegurado*.

A segunda consequência, não necessariamente menos importante do que a primeira, extrai-se da citada alínea a), do artigo 730º. A extinção da obrigação garantida acarreta a extinção da garantia. O elemento literal da norma, sem distinguir a causa, permite concluir que o legislador pretendeu incluir aqui todas as causas de extinção da obrigação garantida. São, assim, causas de extinção da hipoteca o *cumprimento, a resolução, a denúncia, a revogação, a consignação em depósito, a compensação, a remissão, a confusão, a*

.....
³⁸ AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, pp. 137-138.

dação em cumprimento e a novação³⁹ 40. A estas causas há que acrescentar, segundo Antunes Varela, "quer a sentença passada em julgado, quer a expurgação da hipoteca, quer a prescrição"⁴¹. Esta última encontra-se prevista na alínea b), do artigo 730º. Trata-se da *prescrição a favor de terceiro adquirente*, decorridos 20 anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação⁴².

A segunda consequência implica assumir as patologias – *inexistência, ineficácia e invalidade* - do negócio jurídico constitutivo da obrigação garantida como fundamentadores de um igual julgamento sobre a existência, eficácia e validade da garantia.

Logo, o garante devedor pode opor ao credor hipotecário os meios de defesa que resultem da relação jurídica estabelecida a título principal para desonerar a coisa garantida, como pode o garante não devedor opor ao credor hipotecário os meios de defesa do devedor relativos à obrigação garantida com o mesmo fim (cf. artigo 698º).

No caso de cumprimento parcial, designadamente, nas obrigações pecuniárias, quando ocorre o pagamento parcial do preço, a obrigação garantida extingue-se parcialmente.

³⁹ Cf., no entanto, artigo 861º do Código Civil.

⁴⁰ Quanto aos termos e condições em que a hipoteca renasce em consequência da declaração de nulidade ou anulação do negócio que extinguiu a obrigação garantida, cf. artigos 766º, 839º, 856º, 860º, nº 2, 866º, nº 3, e 873º, nº 2, sem perder de vista o disposto no artigo 732º, todos do Código Civil.

⁴¹ *Das obrigações em geral*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1997, p. 569.

⁴² "É uma figura de fundamento análogo ao da *usucapio libertatis* a que se refere o artigo 1574º, e que se baseia na protecção que merece, nestes casos, o interesse do terceiro adquirente, mais do que o interesse do credor, que pode facilmente assegurá-lo por outras vias. Trata-se, porém, de um caso de prescrição, nos termos expressos da lei, embora sempre nos tivesse parecido (Pires de Lima) mais rigoroso considerá-lo de caducidade. As disposições aplicáveis são, assim, as dos artigos 300º e seguintes, incluindo as relativas à suspensão e interrupção da prescrição" (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, *Código Civil Anotado*, V. I, 4º Ed. Rev. e Act., Coimbra Editora, 1987, p. 751

Nestes casos, no entanto e apesar da acessoriedade, a hipoteca mantém-se na sua integralidade. Tal sucede em consequência do reconhecimento legal do princípio da *indivisibilidade*.

Dispõe o artigo 696º que, “salvo convenção em contrário, a hipoteca é indivisível, subsistindo por inteiro sobre cada uma das coisas oneradas e sobre cada uma das partes que as constituam, ainda que a coisa ou o crédito seja dividido ou este se encontre parcialmente satisfeito”.

Em face do texto legal importará, desde já e numa primeira aproximação, tentar delimitar o âmbito de aplicação da norma, distinguindo as situações de facto que devam ser por si regidas daquelas outras que devam cair, diferentemente, no âmbito da conjugação das hipóteses normativas ínsitas nos artigos 204º, nºs. 1 e 3, e 688º, nº 2. Ter-se-á presente, para o efeito, o *princípio da totalidade da coisa*.

Não podendo escapar à sua condição de direito real, a hipoteca incide sobre uma coisa individualizada. De acordo com Manuel Henrique Mesquita, “sendo os direitos reais exclusivos, eles não-de incidir sobre a totalidade do objecto. Isto significa que os elementos componentes ou integrantes de uma coisa, enquanto não forem autonomizados (quando o possam ser), não-de ter necessariamente um destino jurídico unitário, não podendo ser objecto de direitos reais conflituantes. Significa ainda que se uma coisa autónoma é incorporada numa outra, como seu elemento constitutivo, passará a ser abrangida pelo direito de propriedade (ou qualquer outro direito real) que incida sobre esta”⁴³. Sendo assim, e vendo a mesma realidade por outro prisma, as partes integrantes e componentes dos prédios não poderão ser retirados pelo proprietário da coisa garantida.

O disposto no artigo 688º, nº 2 (“as partes de um prédio susceptíveis de propriedade autónoma sem perda da natureza imobiliária podem ser hipotecadas separadamente”), em artigo delimitador do objecto da garantia, não contraria

.....

⁴³ *Direitos reais*, sumários das lições ao Curso de 1966-1967, Coimbra, pp. 13-14.

a doutrina aludida, nem sequer a constatação de que a *indivisibilidade* radica e apresenta-se como uma evolução do *princípio da totalidade da coisa*. Com efeito, e como referem Pires de Lima e Antunes Varela, “tratando-se de um prédio urbano, a hipoteca de uma parte, ou seja, de um andar, ou de um apartamento, está condicionada à possibilidade de essa fracção poder constituir uma unidade independente e obedecer às demais condições impostas pelos artigos 1414º e 1415º. Neste caso, a hipoteca abrange, necessariamente, não só a fracção autónoma, como a quota parte do autor da hipoteca nas partes comuns do prédio, por serem inalienáveis separadamente (cf. art. 1420º, nº 2)”⁴⁴. O segmento da norma, “*susceptíveis de propriedade autónoma sem perda da natureza imobiliária*” implica, pois, que a *parte se autonomize* juridicamente⁴⁵. Também Carlos Mota Pinto defende que “o direito real incide sobre a totalidade da coisa, e assim acontece designadamente na propriedade, (...) significa que as partes integrantes ou constitutivas da coisa não podem, enquanto se mantiverem como tal, ser objecto de direitos particulares, seguindo antes o destino jurídico da coisa que detém, por isso, um destino unitário. (...) Significa, ainda, este princípio de sujeição da totalidade da coisa a um direito real que, se uma coisa é unida ou incorporada com outra, por facto natural ou por indústria do homem, aquilo que assim acresceu passa a ser abrangido pelo direito real que incidia sobre a coisa antes do aditamento verificado”^{46 47}.

Sob o prisma do princípio descrito, a *indivisibilidade*, enquanto característica da hipoteca radica, assim, na pró-

.....
⁴⁴ Código Civil anotado, V. I, 4ª Ed., Coimbra Editora, 1987, pp. 709-710.

⁴⁵ Em sentido não inteiramente coincidente com o do texto, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, Reais*, Coimbra Editora, 2000, p. 637.

⁴⁶ ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA, *Direitos reais*, segundo as preleções do Prof. Doutor Carlos A. Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970/1971, Livraria Almedina, 1971, pp. 84 e 86.

⁴⁷ Cf., ainda, A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., pp. 39 e 40.

pria estrutura do direito real, mas não deixa, igualmente, de consubstanciar um reforço da posição do credor deixada pelo legislador à vontade das partes, pois que nos seus traços essenciais uma hipoteca divisível não deixa de ser hipoteca. Consequentemente, não estamos, aqui, perante uma característica essencial da hipoteca.

A circunstância de considerarmos que a *indivisibilidade* da hipoteca se apresenta como uma evolução do *princípio da totalidade da coisa* não nos impede, no entanto, de distinguir as situações que cabem no âmbito de aplicação do disposto no artigo 696º daquelas outras que se reconduzem, não àquele âmbito normativo, mas a outras consequências daquele princípio mais vasto. Com efeito, se no prédio hipotecado, e após o acto de constituição da garantia, forem erigidas construções, ligadas materialmente ao solo ou a edificação aí já existente e com carácter de permanência⁴⁸, não será a *indivisibilidade* a determinar a sua natural inclusão no objecto da hipoteca já constituída mas sim o *princípio da totalidade da coisa*, tal como se encontra concretizado nos termos conjugados dos artigos 203º, nºs. 1 e 3, e 688º, nº 2. Assim, se as partes afastarem genericamente a indivisibilidade⁴⁹, a convenção não afectará a incidência da hipoteca sobre aquelas construções posteriores, não podendo o garante invocar o afastamento convencional da característica supletiva para as furtar à execução^{50 51}.

.....
⁴⁸ Cf. artigo 204º, nºs. 1, alínea e), e 3, do Código Civil, e A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., pp. 39-40 e nota 81. No entanto, cf. o disposto no artigo 720º, nº 2, alínea b), do referido Código.

⁴⁹ Se, por exemplo, dispuserem que "ao presente contrato não se aplica o disposto no artigo 696º do Código Civil".

⁵⁰ Afastamo-nos, assim, do entendimento de L. MIGUEL PESTANA VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 3ª Ed., reimpressão, 2020, Almedina, Coimbra p. 231, quando o autor afirma que "a indivisibilidade conduz também a que a hipoteca venha a abranger as construções que se façam no prédio hipotecado, o que tem um enorme alcance prático".

⁵¹ Só assim não será se as partes convencionarem um *pacto de exclusão*, subtraindo determinada parte componente, *devidamente descrita e espe-*

Delimitados os primeiros limites do âmbito normativo da característica, importará agora descobrir, nada tendo sido convencionalmente pelas partes a propósito, as várias consequências da respectiva aplicação supletiva⁵².

O primeiro grupo de casos ocorre quando a hipoteca recai, desde o acto da sua constituição, sobre duas ou mais coisas ou sobre dois ou mais prédios. Nestas situações, o credor pode fazer-se cobrar por qualquer um dos prédios dados em garantia, por inteiro, não havendo lugar a qualquer juízo de proporção relativamente ao valor de cada um dos prédios hipotecados⁵³.

.....
cificada, do objecto da hipoteca. Mas, neste caso, e por força do *princípio da totalidade da coisa*, tal convenção apenas tem eficácia *inter partes*, com efeitos meramente obrigacionais, originando um direito de crédito para o proprietário, apenas invocável perante o credor até ao momento da separação pois que até lá a hipoteca sobre *ela* incide nos termos gerais – assim, AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 146.

⁵² Cf. sobre o tema, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 555-556, e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Expurgação de Hipoteca (parecer)*, cit..

⁵³ ADRIANO VAZ SERRA, in *Hipoteca, Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, nº 62, Janeiro de 1957, defendeu, na altura do escrito, na óptica do direito a constituir, uma solução diferente daquela que ficou consagrada no actual artigo 696º, do Código Civil. Aí pode ler-se, a pp. 76 e 77, o seguinte: "Art.º 6º - *Hipoteca sobre vários bens para garantia do mesmo crédito* (...) 1. Se forem hipotecados vários bens para garantia do mesmo crédito, responderá hipotecariamente cada um deles tão-sòmente pela parte do crédito, que a seu respeito se fixar no registo. (...) 2. A distribuição do valor do crédito pelos bens hipotecados é a que resultar do acordo das partes, ou da determinação do hipotecador se a hipoteca derivar de negócio jurídico unilateral. Não havendo acordo ou determinação do hipotecador, a distribuição será feita pelo credor ou pelo seu representante de maneira a repartir o crédito proporcionalmente ao valor dos bens resultante da matriz". Ou seja, defendia o autor a proibição da *indivisibilidade objectiva originária*, que denomina de *obrigação solidária*, abrindo uma excepção para a *indivisibilidade objectiva superveniente*: "Art.º 7º - *Divisão do prédio hipotecado* (...) A divisão do prédio, sobre o qual está constituída uma hipoteca, não tem como consequência, a divisão da mesma hipoteca, mas bem pode o credor consentir na divisão da hipoteca, com ou sem a do crédito garantido por ela". Podemos encontrar a fundamentação da sua posição, onde são ponderados os interesses conflituantes, no mesmo estudo (p. 29): "Na verdade a hipoteca solidária pode corresponder a um legítimo desejo do credor. O credor, que não está em condições de conhecer o valor exacto de bens

Estaremos perante os casos de *indivisibilidade (objectiva e subjectiva) originária*⁵⁴.

Distintos são os casos que qualificamos como de *indivisibilidade objectiva superveniente*. Aqui, a hipoteca incide, desde o acto da sua constituição, sobre apenas uma coisa ou um prédio. Sucede que, posteriormente, a coisa ou o prédio se divide em duas ou mais coisas ou em dois ou mais prédios autónomos ou, ainda, em fracções submetidas ao regime da propriedade horizontal. Neste caso, o credor mantém o direito de executar todas as coisas, designadamente, coisas,

.....
imobiliários do devedor e que sabe poder esse valor ser alterado, pode ter interesse em exigir uma hipoteca solidária, de modo que a falta de valor verificada num desses bens venha a ser compensada pelo valor dos outros: esta hipoteca pode satisfazer as necessidades do crédito. (...) E certo também poderá servir para preencher as imoderadas exigências dos credores (como se diz na exposição de motivos da lei espanhola), por ir além do que precisariam para uma garantia segura do seu crédito, mas além de que tal coisa não se dá sempre, o mal que daí resulta não seria grande, desde que, com medidas apropriadas, se impedisse que o crédito do devedor viesse a ser afectado além do que pudesse explicar-se pelo estado da sua fortuna. (...) Parece, por conseguinte, e em conclusão, dever proibir-se a hipoteca solidária, quando constituída sobre vários prédios. Só assim se defenderão eficazmente, e de maneira simples, as necessidades do crédito". Como veremos *infra*, tais soluções aproximam-se, neste âmbito, das soluções da actual *Ley Hipotecaria* espanhola.

⁵⁴ Como já se terá alcançado não incluímos aqui, e apesar de o elemento literal constante da norma do artigo 696º (*e sobre cada uma das partes que as constituam*), as partes integrantes não autonomizadas, com a fundamentação que expusemos *supra*. Acrescentaremos que estamos na presença de uma repetição desnecessária devido ao *princípio da totalidade da coisa*, vigente e aplicável aos direitos reais, sendo desse princípio que decorre a inclusão superveniente de partes componentes na coisa e a proibição de retirada da coisa de partes integrantes pelo proprietário da coisa dada em garantia. Sublinharemos que a importância da distinção assenta na subtil diferença de regime entre as situações que reputamos de diversas, pelo que restringimos o âmbito normativo (o legislador terá dito, literalmente, mais do que queria dizer) da norma do artigo 696º. Por isso, concordamos com a definição sucinta e, a nosso ver, rigorosa, que Mário Júlio de Almeida Costa faz da característica da indivisibilidade: "a garantia conserva o seu objecto originário, ainda que se verifique divisão da coisa ou do crédito, ou este se encontre em parte extinto, assim como, sendo oneradas várias coisas, cada uma delas responde pela dívida inteira" (*Direito das obrigações*, cit., p. 946).

prédios ou fracções em que a coisa ou o prédio-mãe se dividiu, desdobrou ou fraccionou. O elemento literal da norma – “*subsistindo por inteiro (...) ainda que a coisa (...) seja dividido*” -, apontando para uma clara opção teleológica, permite descortinar aqui uma evidente intenção de reforçar a posição do credor em face de eventuais alterações jurídicas do bem garantido, furtando-o ao eventual esvaziamento do valor da garantia⁵⁵ e permitindo afirmar-se o princípio, neste âmbito, da *estabilidade material da garantia originária*.

Outros casos há em que a modificação, após o acto de constituição da garantia, se efectiva, não na configuração material e jurídica do bem dado em garantia, mas no *crédito* garantido. Se, por exemplo, o crédito se *fraccionar* por cessão parcial, quer o cedente, quer o cessionário, uma vez que aquela importa a transmissão para o cessionário das garantias do direito transmitido (cf. artigo 582º)⁵⁶, podem executar o bem por inteiro para pagamento de cada um dos créditos que resultou da cessão parcial, encontrando-se ambos os credores em igualdade de circunstâncias, uma vez que a garantia, tendo sido transmitida por inteiro, não privilegia, em razão da prioridade temporal, nenhum deles. Denominamos tais casos de *indivisibilidade subjectiva superveniente* por o princípio determinar a estabilidade material da garantia em ordem à satisfação dos créditos fraccionados. Deveremos incluir, igualmente, neste grupo de casos aqueles em que dois ou mais créditos são garantidos por duas ou mais hipotecas *registadas sucessivamente*, incidindo estas sobre o mesmo ou mesmos bens. A satisfação destes créditos pelas garantias

.....
⁵⁵ E desincentivando negócios simulados de divisão da coisa garantida para prejuízo do credor.

⁵⁶ Também poderíamos, aqui, equacionar, para exemplificativamente ilustrar o conjunto de situações em causa, a possibilidade da *sub-rogação de terceiro nos direitos do credor*, também parcial, nos termos do disposto no artigo 591º, do Código Civil.

prestadas será concretizada no respeito pelo princípio da prioridade do registo (cf. artigos 686º, nº 1, e 687º) e em obediência pelas regras do concurso de credores (cf. artigos 788º e seguintes do Código de Processo Civil), mas respondendo o bem por inteiro. A diferença relativamente ao primeiro grupo de casos assenta na circunstância de o credor que registou primeiro a hipoteca preferir, na satisfação do seu crédito, relativamente ao segundo que só será pago depois de pago o primeiro, enquanto que, no primeiro grupo de casos, os credores serão satisfeitos em igualdade de circunstâncias não havendo qualquer preferência entre ambos⁵⁷ ⁵⁸. Se assim é no caso de cessão parcial do crédito, já não será no específico caso da sub-rogação em concurso entre credor originário e sub-rogado por força do princípio *nemo subrogat contra* se plasmado no nº 2, do artigo 593º: “no caso de satisfação parcial, a sub-rogação não prejudica os direitos do credor ou do seu cessionário, quando outra coisa não for estipulada”. Consequentemente, e neste último caso, o credor originário terá prevalência sobre o sub-rogado⁵⁹.

.....

⁵⁷ Neste ponto convirá fazer uma precisão. A *indivisibilidade da hipoteca* é conceitualmente distinta da *obrigação indivisível*. Conforme explica Nuno Manuel Pinto de Oliveira (in *Princípios de direito dos contratos*, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2011, p. 67), “o critério de distinção entre *obrigações naturalmente divisíveis* e *obrigações naturalmente indivisíveis* deverá relacionar-se com o critério de distinção entre *coisas divisíveis* e *coisas indivisíveis* do art. 209º do Código Civil. (...) Como acontece com as *coisas*, dizem-se *divisíveis* as *obrigações* que têm por objecto uma *prestação* que pode fraccionar-se sem alteração da sua substância, sem diminuição do seu valor (proporcional) e sem prejuízo para o uso a que se destinam; como acontece com as *coisas*, dizem-se *indivisíveis* as *obrigações* que têm por objecto uma *prestação* que não pode assim fraccionar-se ou repartir-se”. Como se intuirá, a hipoteca, sendo indivisível, garantirá, as mais das vezes, obrigações divisíveis, tratando-se, pois, de distintas realidades conceituais (*hipoteca indivisível/divisível* vs. *obrigação indivisível/divisível*).

⁵⁸ Assentando, ao que cremos, nos mesmos fundamentos e raciocínio, cf. o entendimento de MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE e AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 51.

⁵⁹ Cf., neste sentido, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 291 a 293, e LUÍS MANUEL TELES DE ME-

No entanto, não estamos perante categorias excludentes entre si. Podemos enquadrar na *indivisibilidade objectiva (originária ou superveniente)* e na *indivisibilidade subjectiva superveniente*, concomitantemente e num determinado momento, uma só situação. Suponha-se, por exemplo, que um determinado bem imóvel é constituído em propriedade horizontal depois do acto constitutivo da hipoteca e que, também posteriormente, o credor originário cede parcialmente o seu crédito a um terceiro que passa, assim, a ser igualmente titular de parte desse crédito. Em caso de incumprimento da obrigação garantida, qualquer um dos credores beneficia do poder de executar qualquer uma das fracções, por inteiro, em que se desdobrou o prédio para cobrar o valor do seu crédito (fracçãoado).

Uma outra consequência desta característica supletiva da hipoteca diz respeito à extinção parcial do crédito. Nestes casos, é convocada a já referida *estabilidade material da garantia originária*, uma vez que a estrutura da garantia não reflecte uma das vicissitudes do crédito, designadamente, a sua extinção parcial. Nestes casos, a hipoteca mantém-se incólume, ainda que o crédito que visava garantir se tenha reduzido através, por exemplo, do pagamento, até que aquele se extinga totalmente. Aqui, ainda que a referência à vicissitude se encontre na parte final da norma do artigo 696º (onde na epígrafe se pode ler *indivisibilidade*), parece-nos que só impropriamente se poderá falar em *indivisibilidade*, sendo a nosso ver mais rigoroso denominar a consequência aqui em causa como de *incolumidade* (da hipoteca). Com efeito, não está em causa, quer do ponto de vista da titularidade do crédito, quer do ponto de vista da coisa dada

.....
NEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Volume II, 12ª Ed., Almedina, 2018, p. 41, e, sobre o princípio pode ainda ler-se, com interesse, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.05.2014, relatado por Pinto de Almeida, disponível in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/> (ECLI · European Case Law Identifier).

em garantia, qualquer fraccionamento, divisão ou desdobramento, mas apenas um *não acompanhamento*, uma *não partilha do destino do crédito*, pelo que só sob este prisma se poderá entender, agora sim, que a *indivisibilidade, rectius, incolumidade*, do artigo 696º limita a *accessoriedade* na relação da garantia com o crédito⁶⁰.

Não estaremos, por isso, perante uma qualquer *irreduzibilidade do crédito* na relação entre este e a garantia⁶¹. O crédito é (naturalmente) redutível e até a hipoteca o é (ainda que nos apertados limites do artigo 720º, em também apertada relação com o primeiro) e se bem que esta se mantenha tendencialmente incólume até à extinção total daquele, o montante máximo pelo qual o bem dado em garantia responde destina-se a estabelecer um *limite máximo*, pois que em sede de execução nunca receberá o credor em pagamento mais do que efectivamente o devedor lhe deva, sendo naturalmente considerados os pagamentos parciais, logo as eventuais extinções parciais do crédito.

Um outro problema surge se o credor hipotecário se fizer pagar mediante acção executiva intentada contra, por exemplo, os terceiros titulares de três fracções, num universo de dez, em que se desdobrou o prédio unitário e sobre o qual incidiu originariamente a hipoteca. Neste caso, surge a questão de se saber qual o direito invocável pelos terceiros executados contra os terceiros não executados para serem reembolsados dos montantes que pagaram a mais relativamente ao valor proporcional da fracção de que são titulares. Parece-nos que, nestes casos, será aplicável o regime da so-

.....
⁶⁰ Cf., no entanto, o exposto *infra* sobre os regimes de redução e de expurgação da hipoteca.

⁶¹ Em sentido aparentemente contrário, e citando doutrina italiana, ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Indivisibilidade da hipoteca, Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.02.2004*, Cadernos de Direito Privado, nº 9, Janeiro/Março de 2005, pp. 20 e 21.

lidariedade passiva, pois cada um dos devedores responde pela totalidade do débito e, liquidado este, todos se liberam (cf. artigo 512º, nº 1, 1ª parte). E se assim é, os devedores que satisfizerem o direito do credor para além da parte que lhe cabe no direito comum têm, nas *relações internas*, direito de regresso contra os titulares que não responderam, nas *relações externas*, perante o credor hipotecário (cf. artigo 524º).

Os princípios acabados de enunciar e analisar influenciam o regime da *redução* (artigos 718º a 720º) e decisivamente o da *expurgação* (artigos 721º a 723º).

O legislador previu dois regimes para a *redução judicial*: um para as hipotecas legais e judiciais em razão do seu carácter genérico e indeterminado; outro para os casos em que na hipoteca legal ou judicial a coisa onerada ou a quantia garantida tiver sido indicada e ainda para as hipotecas voluntárias (que, neste caso, sempre mencionarão os bens dados em garantia e o limite máximo da quantia a garantir). Na *redução* continuamos a vislumbrar, teleologicamente, a protecção do credor na relação *crédito/coisa que o garante* pois que se tutelam os seus interesses ao não se permitir pedidos de redução da hipoteca quando a extinção parcial do crédito é de pequena monta (a extinção parcial deve ser superior a um terço do montante inicial – artigo 720º, nº 2, alínea a)) e quando, nos casos de acessões naturais ou benfeitorias, a coisa ou o direito hipotecado se tiver valorizado em mais de um terço (artigo 720º, nº 2, alínea b)).

Na *expurgação*, a indivisibilidade está presente de forma acutilante, pois que a interpretação do regime constante das normas referidas, em conjugação com o disposto no artigo 696º, permite determinar os montantes pelos quais o proprietário não pessoalmente devedor se poderá libertar do ónus. Com efeito, não tendo aquela característica sido convencionalmente afastada, o proprietário que tenha registado a

aquisição de um bem onerado deverá liquidar a *quantia global* garantida nos casos de indivisibilidade (objectiva ou subjectiva) originária ou nos casos de indivisibilidade (objectiva ou subjectiva) superveniente. Assim, na expurgação, e por força da indivisibilidade, a protecção do credor na relação *crédito/coisa que o garante* afirma-se ainda com mais evidência.

Na Europa, e no que respeita às características sobre as quais nos temos debruçado, poderemos, apesar de se tratar de matéria dinâmica com pontos de convergência e atenuação da rigidez dos modelos, analisar a hipoteca, para efeitos de sistematização, numa escala gradativa. Assim, na base, teremos os ordenamentos mais fiéis à concepção napoleónica, onde o carácter mais vincado da acessoriedade impera (e onde podemos incluir o modelo português e o italiano), depois, mercê de uma evolução com a adopção de soluções com elementos de ordenamentos onde aquela acessoriedade não impera, apesar de ainda constituir uma característica essencial da garantia (os casos do ordenamento francês e espanhol⁶²) e, finalmente, os ordenamentos onde a acessoriedade tem fraca expressão, proliferando, conseqüentemente, as *hipotecas independentes* da obrigação garantida (os casos dos ordenamentos anglo-saxónicos⁶³ e alemão)⁶⁴. De realçar que a *indivisibilidade*, pelo menos em todas as suas dimensões, não acompanha nos vários ordenamentos e necessariamente a *acessoriedade*, pelo que podemos encontrar, por exemplo, esta última plenamente vincada, acompanhada da primeira reduzida a um âmbito mínimo e vice-versa.

.....
⁶² Cf. A. A. DOMÍNGUEZ LUELMO et al, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

⁶³ JUDITH ANNE MACKENZIE e MARY PHILLIPS, *Textbook on Land Law*, 18th Edition, Oxford University Press, 2020.

⁶⁴ Cf. AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, pp. 136 e ss..

Em Itália, o devedor ou o terceiro que pretender constituir uma hipoteca, onerando o seu prédio, deverá registá-la, sob pena de inexistência, podendo fazê-lo unilateralmente, mas sempre na dependência da obrigação garantida que, para além de dever ser identificada juntamente com o prédio, quantificando-se a soma pecuniária (*princípio da especialidade*), determina as vicissitudes da garantia no âmbito da validade e extinção em termos muito próximos da figura lusa (cf. artigos 2808º, 2810º e 2826º do *Codice Civile*). Estamos, pois, perante uma garantia *accessória*.

Mas também *indivisível* e em termos que também se aproximam dos do nosso direito. Com efeito, e tal como se retira do artigo 2809º do *Codice Civile*⁶⁵ e do entendimento da doutrina transalpina⁶⁶, o superveniente fraccionamento da coisa ou do crédito não alteram a hipoteca, tendo sido opção do legislador italiano, tal como entre nós, afirmar a absoluta *estabilidade material da garantia originária*, consagrando-se, pois, e de acordo com a classificação proposta no presente estudo, pela *indivisibilidade objectiva e subjectiva, originária e superveniente*⁶⁷, apesar de se entender, mesmo na ausência de uma expressa consagração da possibilidade, que a regra pode ser afastada por vontade das partes⁶⁸.

No direito francês, a hipoteca foi objecto de relevantes mudanças com a reforma de 2006, introduzidas no *Code Civil* pela Ordonnance nº 2006-346, de 23 de Março.

Constituída exclusivamente por acto notarial (formalidade *ad substantiam*) e com base em contrato celebrado entre

⁶⁵ “L’ipoteca deve essere iscritta su beni specialmente indicati) e per una somma determinata in danaro. (...)”

Essa è indivisibile e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte”.

⁶⁶ Cf., neste sentido, AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 156, nota 265.

⁶⁷ Para análise e estudo de uma cedência pontual à estrita *accessoriada* de no direito italiano, cf. AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 157, nota 268.

⁶⁸ Cf. AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 156, nota 265.

credor e proprietário, ou seja, exigindo-se a presença das duas partes contratantes, não sendo possível constituir-se por negócio unilateral, a *hypothèque* não pode incidir sobre coisas genéricas (vigorando o *principe de spécialité*), é *tendencialmente acessória e indivisível*.

Tendencialmente acessória porque, a partir de 2006, e apesar de se manter a estrutura essencial da *acessoriedade* (a hipoteca não se constitui sem crédito associado e as patologias deste e a sua extinção determinam o destino da garantia), passou a admitir-se a sub-rogação da hipoteca (*subrogation de l'hypothèque*), a sua reafecção a novos créditos, extinto o originário, desde que a possibilidade seja prevista no contrato inicial (*hypothèque rechargeable*) e, desde 1955, a constituição de hipoteca sobre coisa futura.

Quanto à *indivisibilidade*, a garantia gaulesa apresenta-se indivisível em todas as suas dimensões e a maioria da doutrina considera-a um princípio imperativo⁶⁹: “*elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. (...) Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent*” (Code Civil, article 2393°).

O regime espanhol merece uma atenção mais detalhada. O regime da hipoteca no direito espanhol assenta nos artigos 1874º e seguintes do Código Civil Espanhol de 1889 e na *Ley Hipotecaria*, cujo texto resulta do Decreto de 8 de Fevereiro de 1946. No entanto, o regime, na sua globalidade, é composto por normas substantivamente civis, processuais e administrativas. Com efeito, o regime espanhol, desde a entrada em vigor daqueles diplomas nucleares, tem sido objecto de várias alterações, entre as quais se devem assinalar as alterações introduzidas pelas *Ley 41/2007, de 7 de diciembre* e *Ley 5/2019, de 15 de marzo*.

.....
⁶⁹ Cf. AFONSO PATRÃO, ob. cit., p. 153, nota 257.

Em consequência da remissão do artigo 1880º do Código Civil espanhol para a *Ley Hipotecaria*⁷⁰, que regula com maior pormenor o instituto quando comparado com o nosso direito, o estudo da garantia é, a *priori*, transversal relativamente a várias áreas do direito.

Convencionais (por negócio unilateral ou bilateral) ou legais, tendo o registo carácter constitutivo e a escritura pública como formalidade *ad substantiam*, a hipoteca no país vizinho é uma garantia real *accessória*.

A *accessoriedade* surge vincada nos artigos 1857º, nº 1, e 1876º, do Código Civil espanhol e 104º da *Ley Hipotecaria*. É destes artigos que se retira a característica da *accessoriedade*: destina-se a garantir o cumprimento de uma obrigação; não de qualquer obrigação, mas só aquela para cuja segurança foi constituída⁷¹. Mas não tem carácter absoluto, pois podem encontrar-se no ordenamento jurídico em causa várias excepções⁷². Em primeiro lugar, as *hipotecas de seguridad*, que abrangem todas aquelas em que a *accessoriedade* resulta esbatida em função da menor definição das características da obrigação garantida no momento da constituição da garantia (hipoteca de dívida futura ou condicional, hipoteca de créditos de montante indeterminado, como do contrato de conta-corrente – *hipoteca de máximo* – ou hipotecas de títulos de crédito endossáveis ou ao portador). Em segundo lugar, a *hipoteca de responsabilidad limitada*, prevista no artigo 140º da *Ley Hipotecaria*, interessante figura de excepção, nos termos da qual é acordado que os restantes

⁷⁰ “La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente”.

⁷¹ A. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 1170.

⁷² Para uma análise exaustiva das excepções, cf. Afonso Patrão, *ob. cit.*, pp. 176-179, cuja sistematização seguimos.

bens do devedor não responderão pela obrigação garantida no caso de o valor de o bem hipotecado não resultar suficiente para liquidar a dívida e que merece a dúvida de Andrés A. Dominguez Luelmo quanto à sua utilidade prática, uma vez que o que normalmente se convencionou é precisamente o contrário⁷³. Em terceiro lugar, admite-se a *hipoteca da hipoteca* ou a *sub-hipoteca*⁷⁴ e a cessão do grau hipotecário, operando-se, nestes casos, uma cisão entre o crédito originário e a garantia. Em quarto lugar, e a partir de 2007, por força do disposto no artigo 153-bis da *Ley Hipotecaria*, o ordenamento espanhol passou a admitir a *hipoteca flotante*, que garante um número indeterminado de obrigações, bastando, nos termos da referida norma, que se especifiquem na escritura de constituição a denominação e descrição geral dos actos jurídicos básicos de que derivem ou possam derivar as obrigações garantidas, o valor máximo por que responde o prédio, o prazo de duração da hipoteca e a forma de cálculo do saldo final líquido garantido⁷⁵.

Tendo acolhido, de igual modo, a *indivisibilidade*, o legislador espanhol foi, quanto a esta característica, apesar de

⁷³ *Ob. cit.*, p. 1450.

⁷⁴ Para uma referência desenvolvida desta figura no direito espanhol, com uma sùmula da controvérsia doutrinal sobre a respectiva qualificação, cf. GUILHERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILHA, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 1197.

⁷⁵ "La hipoteca «flotante» (...) es un tipo de hipoteca de máximo (...) que permite garantizar, sin necesidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria, una pluralidad de obligaciones («una o diversas obligaciones») –incluso futuras –, sin que entre ellas tenga que haber, necesariamente, un nexo causal y sin necesidad de efecto novatorio (...).El carácter «flotante» resulta de la indeterminación acerca de cuáles de las obligaciones «garantizadas» –susceptibles de quedar integradas en la cobertura de la hipoteca – y en qué importe van a ser al final objeto de la ejecución, quedando entre tanto todas ellas «garantizadas» hasta el máximo de la cifra de responsabilidad hipotecaria; el acreedor puede realizar el bien, hasta su total responsabilidad hipotecaria, para satisfacer alguna o algunas de las obligaciones «garantizadas» vencidas, o, incluso, una parte de ellas" (M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 1510).

a doutrina admitir a sua supletividade⁷⁶, detalhado nas soluções regimentais, prevendo legalmente várias situações, distinguindo-se aqui de outros ordenamentos jurídicos europeus, como o nosso, onde a indivisibilidade é prevista numa única fórmula normativa com um grau acentuado de generalidade e abstracção.

Assim, quanto à hipótese que denominamos *supra* por *indivisibilidade objectiva originária (hipoteca solidária originária)*, o legislador espanhol optou, no artigo 119º da *Ley Hipotecaria*⁷⁷, por, aparente e expressamente, a proibir, ao determinar que quando vários prédios sejam hipotecados para garantir um só crédito, deve ficar fixada a quantidade ou o ónus por que cada um deles deve responder em caso de incumprimento. Ou seja, estará vedado ao credor, em princípio, escolher um, ou alguns, dos prédios onerados para, nessa condição, se fazer pagar integralmente: cada um dos prédios hipotecados tem a sua condição reflectida num montante máximo pelo qual deve responder⁷⁸.

.....

⁷⁶ Cf., por todos, CÁRMEN FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 1294.

⁷⁷ “Quando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo credito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”.

⁷⁸ Terá sido esta solução que terá impressionado Vaz Serra (cf. nota 53). A Exposição de Motivos da *Ley Hipotecaria* de 1861 referia-se, nos termos seguintes, à solução: “Según éste –nuestro antiguo Derecho– cuando se hipotecan varias fincas á la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas á una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor ve frecuentemente minorado su crédito territorial mucho más de lo que en realidad han desmerecido su riqueza y la garantía que aun ofrecen los bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas á que se hallan afectos... A estos inconvenientes ha ocurrido el proyecto proponiendo que cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una tiene que responder... quedando en libertad y en posibilidad el dueño de poder levantar sobre la misma finca otro crédito hipotecario...”. Segundo

No entanto, a proibição não é absoluta. Com efeito, e por força do artigo 121º da *Ley Hipotecaria*⁷⁹, se houver ainda algum valor que deva ser cobrado para satisfazer o direito global do credor que não tenha obtido satisfação com a execução pelos montantes previstos para cada uma das hipotecas, e sem prejuízo da garantia geral das obrigações ("*responsabilidadad patrimonial universal*"), o credor poderá executar os outros prédios hipotecados para cobrir a diferença, *com preferència relativamente aos credores comuns, mas sem preferència relativamente aos credores hipotecários de segundo grau*. Mas esta possibilidade apenas existe se o prédio se mantiver na titularidade do devedor, porque se tiver sido alienado a terceiro, o credor apenas pode fazer-se pagar até ao limite da quantia inscrita no registo, podendo o terceiro, por outro lado e na execução, libertar-se do ónus do

.....

Cármen Fernández-Villavicencio Alvarez-Ossorio (*Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 1284-1285), este primeiro fundamento da solução assenta na necessidade de facilitar o crédito territorial, que segundo esta autora, constitui a finalidade básica de toda a legislação hipotecária. Acrescenta ainda, como segundo argumento, que a distribuição do crédito em quantias certas e máximas por cada um dos prédios hipotecados facilita a alienação destes, pois ao estabelecer-se publicamente o montante preciso do crédito garantido, o putativo adquirente é, necessariamente, conhecedor da responsabilidade que assume e sabe que não vai suportar mais do que o que consta do registo. Como é bem sublinhado, a responsabilidade solidária, ao invés, afasta os compradores e eventuais segundos credores hipotecários em face da incerteza dos montantes em causa. Finaliza a autora acrescentando um terceiro argumento justificativo da solução escolhida pelo legislador espanhol, da autoria da *Dirrección General de los Registros*, nos termos do qual a solução deste *artículo 119º* evitaria eventuais insidiosas maquinações fraudulentas do credor ou conluíus entre este e algum proprietário de um dos prédios hipotecados que poderiam escolher apenas um dos prédios para o primeiro se fazer pagar da totalidade do crédito garantido.

⁷⁹ "*Lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas*".

seu prédio pagando até ao limite do valor inscrito (cf. artigo 120º da *Ley Hipotecaria*⁸⁰).

A *indivisibilidad*, como o legislador espanhol a configura, encontra-se prevista nos artigos 186º do Código Civil espanhol, 122º e 123º da *Ley Hipotecaria*. As disposições da *Ley Hipotecaria* vêm alargar o âmbito da característica relativamente ao disposto no citado artigo do Código Civil espanhol, uma vez que este apenas prevê a divisão do crédito ou da dívida e no circunscrito âmbito da sucessão *mortis causa*⁸¹. Ao alargar o âmbito, o legislador espanhol, todavia, acabou por instituir dois regimes distintos consoante se estiver na presença de um pressuposto factual originário ou de um pressuposto factual superveniente. Ou seja, as situações que integramos no conceito de *indivisibilidad superveniente* acabam, no direito espanhol, por ter uma solução diferente daquelas que se enquadram nos casos de *indivisibilidad originária*. Assim é porque a distribuição do gravame prevista para as situações originárias não ocorre quando em momento posterior à constituição da hipoteca o prédio dado em garantia se divide em dois ou mais prédios, a não ser que credor e devedor celebrem um acordo de divisibilidade com repartição de responsabilidades entre as novas parcelas (*pacto de distribución*). Não sendo este o caso, a *indivisibilidad* aqui é plena e similar à do nosso direito (cf. artigo 123º da *Ley Hipotecaria*), sendo inaplicável o benefício atribuído pelo artigo 120º da mesma Lei aos terceiros adquirentes pois que apenas dele poderão usufruir se a hipoteca tiver sido constituída sobre vários prédios *originariamente*.

.....
⁸⁰ “Fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los anteriores artículos”.

⁸¹ Assim, CÁRMEN FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, *ob. cit.*, p. 1293.

No direito anglo-saxónico europeu (Inglaterra e País de Gales), na *mortgage*, constituída por contrato⁸², encontramos diferenças relevantes relativamente à hipoteca continental, fruto da evolução histórica da repartição da propriedade no território e das especificidades jurídicas estruturantes. Ao pressupor a existência de um crédito, a *mortgage* é uma garantia acessória, admitindo-se, contudo, e ao contrário do nosso direito, a hipoteca genérica. A *Law of Property Act* de 1925 e o *Land Registration Act* de 2002 desenham o regime em vigor actualmente⁸³ e, apesar da acessoriedade, existem aspectos, para além da referida possibilidade de hipotecar genericamente, que também permitem atribuir-lhe alguma singularidade. Com efeito, o credor, mesmo que o proprietário do bem onerado não seja o devedor, pode, em caso de incumprimento, exigir-lhe *pessoalmente* o cumprimento da obrigação. Para o efeito, tem o direito de aceder ao bem onerado, detendo-o, e até em alguns casos de ficar com o título de propriedade (*title deed*) em seu poder, tem a faculdade de receber os respectivos frutos, de promover a venda da coisa e de se pagar à sua custa, bem como de a adquirir. A configuração da *mortgage* afasta-se, por isso, do concei-

.....
⁸² Existe uma outra forma de constituição da garantia, a *mortgage by demise*, que, no entanto caiu em desuso, para além de ser proibida pelo *Land Registration Act* de 2002 (cf. AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 183).

⁸³ "Desde o séc. XVI, embora não houvesse qualquer restrição quanto à forma que a *mortgage* poderia assumir, ela normalmente consistia na transferência da propriedade para o *mortgagee* (credor-adquirente), que, por sua vez, permitia devolver a propriedade ao *mortgagor* (devedor-alienante) quando o crédito garantido fosse cumprido. A *common law* aceitava este acordo exactamente como as partes o celebravam, o que quer dizer que, durante a vigência da *mortgage*, o *mortgagor* era tratado como tendo apenas um *personal right* ao retorno da propriedade se e quando pagasse na data convencionada" (MARGARIDA DA COSTA ANDRADE DE MOURA, *Da admissibilidade da alienação em garantia no direito português*, Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Civil, orientada pelo Senhor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 83).

to do *direito real de garantia* continental, devendo ser qualificada como uma *transmissão em garantia* para o credor hipotecário, ainda que com a possibilidade de *recuperação* dos poderes inerentes à condição do proprietário por parte do devedor.

Neste ordenamento a divisão da propriedade hipotecada em prédios autónomos juridicamente, apesar de rara, é possível conquanto que o credor hipotecário conceda a autorização para tal. Daí que, e como se compreenderá, a configuração da figura retire sentido prático e utilidade à discussão sobre a divisão da propriedade hipotecada⁸⁴, pois esta não está na disponibilidade do garante proprietário⁸⁵.

.....
⁸⁴ Para uma visão geral da figura, suas características, bem como dos direitos e deveres do *mortgagor* e *mortgagee*, cf. JUDITH ANNE MACKENZIE e MARY PHILLIPS, *Textbook on Land Law*, 18th Edition, Oxford University Press, 2020, pp. 476-538.

⁸⁵ Nos Estados Unidos da América, sobrevivendo a divisão da propriedade hipotecada, é geralmente aplicada pelos tribunais a denominada *doutrina da ordem inversa das transmissões* (*inverse order of alienation doctrine*). É normalmente referida e definida como o princípio nos termos do qual a cobrança do crédito titulado pelo credor hipotecário, no caso da divisão superveniente da propriedade hipotecada, deve iniciar-se pela parcela ainda propriedade do devedor e, apenas no caso de o valor desta ser insuficiente para o efeito, devem ser executadas as restantes parcelas pela ordem inversa da sua transmissão, ou seja, da mais recente para a menos recente, até à completa liquidação do valor garantido pela propriedade originária. Trata-se de um princípio de equidade (*equitable principle*) de graduação de pagamentos (*marshaling*) e foi incorporada na *Section 8.6 of the Restatement (Third) of Property: Mortgages*. As regras de graduação de pagamentos (*marshaling rules*), para além da *doutrina da ordem inversa das transmissões*, incluem a *doutrina das "duas garantias"* ("*two funds doctrine*"), nos termos da qual, se um devedor, titular de dois prédios, ambos hipotecados a um credor, constituir, posteriormente, uma segunda hipoteca incidente sobre apenas um dos prédios a favor de um outro credor, o credor a favor de quem foram constituídas as primeiras hipotecas só poderá fazer-se pagar pelas forças do prédio duplamente hipotecado depois de, e se necessário, executar o prédio que está onerado com apenas uma hipoteca a seu favor (cf. GRANT S. NELSON, DALE A. WHITMAN, ANN M. BURKHART & R. WILSON FREYERMUTH, *Real Estate Finance Law*, 6th Ed., Hornbook Series, West Academic Publishing, 2014, pp. 40 a 50).

Singular, pelos vários tipos de formas ao dispor das partes de afectar prédios ao cumprimento de uma obrigação, é o do ordenamento jurídico alemão. Existem quatro institutos com estas características: (i) a *Verkehrshypothek* (hipoteca corrente); (ii) a *Sicherungshypothek* (hipoteca rigorosamente acessória); (iii) a *Grundschuld* (dívida fundiária ou hipoteca independente); e (iv) a *Rentenschuld* (dívida de renda). Mas, em rigor, só os dois primeiros constituem desdobramentos da germânica *Hypothek*, uma vez que as duas últimas consubstanciam instrumentos que se podem designar por *hipotecas independentes*, verdadeiras garantias reais imobiliárias não acessórias⁸⁶.

Interessam-nos os dois institutos em que se desdobra a *Hypothek* (§§ 1113-1190 BGB).

A *Verkehrshypothek* é uma garantia *acessória* e, conseqüentemente, depende da obrigação garantida. Esta, tal como a própria hipoteca, ficará a constar do registo com a especificação do montante garantido que incluirá o quantitativo do crédito e poderá incluir os juros legais e as despesas da execução⁸⁷, atribuindo o legislador, pois, efeitos tabulares (designadamente, para terceiros de boa fé). A *Sicherungshypothek*, designa-se por *rigorosamente acessória*, uma vez que, por força do § 1184 BGB, inexistem efeitos tabulares quanto ao crédito: ainda que tabularmente inscrita, a hipoteca só existe, se o crédito existir, e nem aquela inscrição tabular poderá valer ao credor para provar a existência do crédito. Pelo que a diferença entre estas duas modalidades assenta nos efeitos, uma vez que quanto à constituição, transmissão e modificação assentam nos mesmos princípios e regras.

.....
⁸⁶ "Para além da *Hypothek* (§§ 1113-1190 BGB), a lei civil alemã consagra a figura da *Grundschuld* (traduzível por hipoteca independente, dívida predial ou dívida fundiária — §§ 1191-1198 BGB), que apresenta com aquela uma estreita relação" (AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 190).

⁸⁷ Sobre os subtipos que esta modalidade ainda pode assumir — *hipoteca de livro e hipoteca de cédula* -, cf. AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 163.

Apesar de o BGB não fazer um referência expressa à *indivisibilidade*, nos §§ 1132, 1143, 1152 e 1173, encontramos o regime das situações referentes ao objecto do nosso estudo.

A *Gesamthypothek* (§ 1132, 1, BGB) consagra a *indivisibilidade objectiva originária*, também denominada, entre nós, de *hipoteca solidária*, ao permitir que o credor obtenha a satisfação total do seu crédito por apenas um ou parte dos prédios originariamente onerados, executando aqueles que lhes convier, sendo certo, no entanto, que ao credor também é atribuído o direito de repartir o valor do crédito, individual e rateadamente, por cada um dos prédios onerados (§ 1132, 2, BGB). É, por outro lado e ainda assim, uma garantia *subjéctiva e supervenientemente*⁸⁸ *divisível*, pois que com a divisão do crédito a hipoteca segue o destino do primeiro⁸⁹.

As soluções escolhidas pelos vários ordenamentos jurídicos quanto à *indivisibilidade da hipoteca* são, pois, díspares e distintas, acompanhando, igualmente, as diferenças existentes quanto ao próprio *regime global da hipoteca*. Opções de política legislativa, assentes em realidades geográficas e orográficas, demográficas, sociais, económicas, financeiras e de divisão da propriedade, também elas distintas, acabaram por ditar as diferenças que se foram apontando. Importará salientar que os interesses dos sujeitos das relações jurídicas que se estabelecem sob os vários regimes – credor hipotecário, devedor e terceiro proprietário do prédio onerado -, são tutelados, conseqüente e necessariamente, de forma distinta, e notamos que os equilíbrios que se procuraram obter, ora estendem uma maior tutela aos interesses do credor hipote-

⁸⁸ Como nos diz Afonso Patrão (*ob. cit.*, p. 163), “quanto ao objecto, o direito alemão prevê a viabilidade de constituição de hipotecas sobre vários prédios para assegurar uma única dívida (*Gesamthypothek*); as hipotecas garantem depois solidariamente a mesma dívida, podendo o credor optar por executar qualquer um dos prédios ou vários simultaneamente.

⁸⁹ Cf. AFONSO PATRÃO, *ob. cit.*, p. 165 e nota 295, invocando o § 1143 e o § 1152 BGB.

cário, ora reduzem-no, com argumentos por vezes similares, para soluções diversas, e que apenas se compreendem em face das diferentes realidades existentes nos territórios dos países cujos ordenamentos jurídicos fomos referindo.

No nosso ordenamento, e ainda que se possa afirmar que a questão que motiva o presente estudo recai, na prática e na maioria dos casos, numa imprudência do terceiro adquirente de parte juridicamente autonomizada do prédio sobre o qual incidiu originariamente a garantia - que adquire do devedor sem a renúncia (*distrate*) do credor à hipoteca (*sibi imputet*) -, configurando o *pecado original* da problemática subsequente, a singeleza da norma referente à *indivisibilidade*, com elevadas notas de abstracção e generalidade, ao contrário, por exemplo, do caso da lei espanhola, permite-nos, de qualquer modo, descobrir um credor *omnipresente* e um devedor e um terceiro proprietário *semi-invisíveis*.

Com efeito, apesar de estarmos perante uma característica *não essencial* da hipoteca e que apenas inclui o conteúdo do direito real de garantia em causa *supletivamente*, e que, em caso algum, a define, a raridade com que, na prática, as partes acordam o seu afastamento, atribui ao credor hipotecário latos poderes de execução com o fito de se fazer pagar e de escassos meios de defesa ao titular da, por exemplo, fracção onerada que, no limite, poderá ter de responder, num primeiro momento, perante o credor hipotecário pela totalidade da dívida e, num segundo momento, poderá obrigá-lo a propor acções de regresso contra os demais titulares das restantes fracções oneradas, para obter o reembolso daquilo que pagou proporcionalmente a mais relativamente ao valor do seu bem no universo global da propriedade, e que o credor hipotecário resolveu, de acordo com os seus interesses, não executar. Parece-nos, de *iure condendo*, uma solução que penaliza a economia e celeridade processuais, com a inerente e eventual multiplicação de acções.

A forma como a *indivisibilidade* se encontra acolhida legalmente gera um outro problema que se pode ligar ao antecedente. O credor, como se viu, valendo-se da larga margem de actuação que lhe é atribuída, pode, nos casos de *indivisibilidade objectiva originária* ou *superveniente*, pedir de cada titular das fracções, originariamente hipotecadas para garantia de uma só dívida ou que entretanto se autonomizaram do prédio originariamente hipotecado, o pagamento da *totalidade da dívida*. Sucede, porém, que não está obrigado a demandar judicialmente todos esses terceiros proprietários da propriedade desmembrada *conjuntamente*. Não vislumbramos norma que o imponha. Pelo contrário, interpretando o constante dos artigos 31º e 54º, nº 1, do Código de Processo Civil, que regula os termos do *litisconsórcio necessário* e os termos da *legitimidade passiva para a execução* quando ocorre a *sucessão do devedor da obrigação exequenda*, com a norma do artigo 696º, e dando primazia à norma substantiva, resulta que o credor está legitimado a demandar um só, ou alguns, dos proprietários de prédios/fracções oneradas, pois nisso se traduz precisamente o conteúdo da hipoteca quando a indivisibilidade não tenha sido afastada.

Ora, se assim é, podem gerar-se situações de enriquecimento indevido do credor se, porventura, este intentar, separadamente, acções executivas contra alguns dos titulares de prédios/fracções onerados. Estas situações podem ser de difícil sindicabilidade quando o prédio hipotecado originariamente deu origem a fracções independentes entre si submetidas ao regime da propriedade horizontal. Suponhamos, a título de exemplo, que o empreiteiro (devedor), dono de uma parcela de terreno, tendo contraído um empréstimo junto de uma entidade bancária (credor), hipotecou aquela parcela para garantir a restituição de € 2.000.000,00, quantia que lhe foi emprestada. Depois da construção do edifício, cons-

tituída a propriedade horizontal, e tendo apenas liquidado ao banco a quantia de € 1.000.000,00, vendeu a terceiros as nove fracções do edifício, todas oneradas com a hipoteca. Não tendo o empreiteiro (devedor) honrado os seus compromissos, o banco (credor) intenta nove acções executivas contra os proprietários das fracções (terceiros adquirentes), pretendendo cobrar, em cada uma delas, o valor total da dívida, ou seja, € 1.000.000,00⁹⁰, como lhe permite o disposto no artigo 696º. Uma das fracções tem o valor de € 450.000,00, outra de € 120.000,00 e as restantes têm o valor, cada uma de € 150.000,00. Se as nossas hipotéticas acções executivas chegarem ao seu termo com a venda das fracções hipotecadas pelo seu valor, o nosso credor tem a possibilidade de embolsar a quantia de € 1.620.000,00, ou seja, mais € 620.000,00 do que o valor da dívida. Só assim não será se o terceiro adquirente invocar em sede de incidente de oposição à penhora e ao abrigo do disposto no artigo 784º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Civil, a inadmissibilidade da extensão da penhora por a dívida se encontrar já satisfeita. Mas, para isso, o terceiro executado tem de ter conhecimento da pendência das outras acções. Se esta informação pode ser de fácil obtenção em tribunais ou edifícios de reduzida dimensão, em que as acções são distribuídas ao mesmo juiz e onde os titulares das fracções têm uma relação pessoal próxima, em tribunais de grandes cidades, onde as acções são distribuídas por vários juízes, ou em edifícios com dezenas de fracções ou de ocupação sazonal, já pode apresentar grandes dificuldades e o recebimento pelo credor das quantias parcelares passar despercebido. Dificuldade que aumenta se as acções propostas forem tramitadas sensivelmente ao mesmo tempo⁹¹. Repare-se que estes terceiros que aqui curamos, surgem, neste ce-

⁹⁰ Ao abrigo do disposto no artigo 54º, nº 2, do Código de Processo Civil.

⁹¹ Se imaginarmos a hipótese de a renúncia/distrato surgir em consequência de um acordo extrajudicial celebrado entre credor hipotecário e

nário e em termos práticos, com uma posição mais enfraquecida, não só pelas razões expostas, mas também porque não são partes na relação contratual originária, condição à qual não escapam, nestes casos, os terceiros garantes. Também aqui se nos afigura, de *iure condendo*, que os resultados da solução legal não são os mais desejáveis, não só no âmbito das *celeridade e economia processuais*, mas também no da *justiça do caso concreto*⁹².

Os constrangimentos expostos resultam, pois, da específica teleologia da característica, como que o reverso da medalha de uma concreta opção legislativa. Com efeito, o legislador luso optou por, claramente, tutelar os interesses do credor hipotecário com grande amplitude, subtraindo-o, por exemplo, à necessidade, nos casos de *indivisibilidade objetiva superveniente*, de propor acções judiciais pedindo a nulidade do negócio constitutivo de propriedade horizontal (ou outro negócio que tenha como consequência o desmembramento da propriedade), incidente sobre a propriedade hipotecada originariamente, por simulação de valor e inibindo os terceiros adquirentes de atribuírem pernilagens prejudiciais aos seus interesses⁹³.

No entanto, o direito do credor beneficiário de hipoteca indivisível, apesar de amplo, não é totalmente arbitrário. Se a teleologia da norma é, em primeira linha, a referida, não quer dizer que seja a todo o custo e em qualquer caso.

.....
proprietário garante, a dificuldade na obtenção da informação relevante atingirá um patamar ainda mais elevado.

⁹² Repare-se que o nosso caso exemplificativo não preenche a previsão da norma ínsita no artigo 267º, nº 5, do Código de Processo Civil.

⁹³ Recorde-se o caso de escola: o devedor e os restantes condóminos submetem um edifício ao regime da propriedade horizontal, ficando o devedor, simuladamente, com a fracção de menor pernilagem e os restantes condóminos com as fracções de maior pernilagem, quando os valores reais não correspondem aos valores atribuídos num título em que o credor hipotecário não foi parte.

Quando o legislador, ainda que supletivamente, determina a indivisibilidade da hipoteca tem em vista reforçar o âmbito da garantia. Como expusemos *supra*, estamos perante uma garantia acessória, pelo que é esta *acessoriedade* um elemento fundamental para a compreensão do exacto alcance teleológico desta norma. Os propósitos do legislador, com a norma em causa, centram-se, pois, na garantia do crédito, tendo pretendido evitar-se que as eventuais vicissitudes a ocorrer na coisa dada em garantia pudessem prejudicar a satisfação do crédito, nomeadamente, que parte daquele crédito deixasse de ser garantido ou que a garantia, ao invés do seu momento inicial, se viesse a revelar *curta* ou *insuficiente* para os propósitos iniciais. Há, pois, *uma relação umbilical e de dois sentidos* entre o crédito e a indivisibilidade da garantia: a indivisibilidade, com a apontada instituição da *estabilidade material da garantia originária*, tem em vista, não a tutela garantística de *parte do crédito*, ou a *protecção possível* do valor garantido consoante as vicissitudes que ocorram na condição jurídica da coisa dada em garantia, mas a *tutela do crédito garantido na sua integridade*.

Não poderia deixar de assim ser, pois o credor hipotecário não pode, em sede executiva, executar a mesma hipoteca mais do que uma vez sobre o mesmo bem. Ou seja, uma vez que os bens, na venda em execução, são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerarem (cf. artigo 824º, nº 2), se o credor não pretender fazer-se cobrar de toda a dívida, perde a oportunidade de beneficiar da garantia num segundo momento para se fazer pagar da parte restante do crédito em face da *caducidade* daquela (cf. artigo 824º, nº 3).

Um outro aspecto permite-nos compreender de forma mais precisa a natureza teleológica da *indivisibilidade*.

De acordo com um dos princípios constitucionais do direito das coisas, “todo o direito sobre as coisas tende a abranger o máximo de utilidades que propicia um direito dessa espécie:

ou seja, todo o direito sobre as coisas tende a expandir-se (ou reexpandir-se) até ao máximo de faculdades que abstractamente contém"⁹⁴ – *princípio da elasticidade ou da consolidação* -, surgindo como a consequência do poder directo e imediato sobre a coisa que está implícito num outro princípio constitucional deste ramo do direito: *princípio da compatibilidade ou da exclusão*.

Vistas as coisas deste modo, temos que os direitos reais, *maxime* o direito de propriedade, enquanto direito matriz e referência, apresentam uma *estrutura elástica*, podendo ser comprimidos em maior ou menor grau consoante o gravame que sobre eles incida, designadamente, em função da constituição de um dos *iura in re aliena*.

Por esta óptica, uma *hipoteca indivisível* tem uma capacidade de compressão do direito sobre o qual incide em maior grau do que uma *hipoteca divisível*, ressaltando à evidência, nos casos da *indivisibilidade objectiva*, a diferença de ter de responder, com as forças da coisa garantida, pela *totalidade* do crédito garantido quando comparada com a obrigação de ter de responder apenas pela *parte proporcional* do valor da coisa garantida.

Ora, esta capacidade de compressão da hipoteca indivisível, exercida sobre o direito onerado, só se compreende no contexto da apontada relação umbilical e de dois sentidos entre o crédito e a indivisibilidade da garantia. Com efeito, admitir-se a *indivisibilidade* sem a correlativa tutela da integridade do crédito, seria admitir um grau de compressão do direito onerado idêntico ao grau de compressão da hipoteca divisível, esvaziando de sentido a aplicação da norma constante do artigo 696º. Daí sermos forçados a concluir que a tutela da *integralidade da dívida* constitui um dos fundamentos teleológicos essenciais da característica *sub judice*.

⁹⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Colecção Perspectiva Jurídica/Universidade, Coimbra, 1977, p. 238.

Por fim, e tudo visto, se tivéssemos de definir a sua natureza jurídica, caracterizá-la-íamos como uma *faculdade*, enquanto *poder* ou *possibilidade de agir* atribuída, no caso supletivamente, ao titular do direito de garantia em causa e, apesar de integrante do seu conteúdo, sem qualquer possibilidade de existir autonomamente⁹⁵.

III. A RENÚNCIA

No nosso direito, a *renúncia* não é contemplada com um instituto ou regime com uma disciplina autónoma, encontrando-se antes referida esparsamente em vários diplomas do nosso direito civil substantivo, a propósito de regras específicas de institutos diversos especialmente regulamentados. Com excepção da norma que encontramos no artigo 940º, nº 2, do Código Civil, nos termos da qual se afasta o carácter de *doação da renúncia a direitos*, a maior parte das restantes referências à figura assume um carácter específico relativamente ao regime onde se encontram inseridas⁹⁶.

A circunstância de a figura surgir normativamente sem regime autónomo e expresso levou a doutrina à conceitualização e sistematização das manifestações de vontade de carácter renunciativo para, num momento posterior, enunciar os parâmetros do respectivo regime⁹⁷.

⁹⁵ Referimo-nos ao conceito de *faculdade* enquanto poder que forma o conteúdo do direito e não ao conceito de *poderes jurídicos "stricto sensu"* ou *faculdades* enquanto manifestações imediatas da capacidade jurídica do sujeito de direitos (quanto à distinção cf. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 179 e 180 e nota 177).

⁹⁶ Menções de carácter mais específico podem ser encontradas, no Código Civil, nos artigos 69º (renúncia à capacidade jurídica), 265º (renúncia à procuração), 302º a 305º (renúncia à prescrição), 663º (renúncia à garantia na consignação de rendimentos), 731º (renúncia à hipoteca), 809º (renúncia antecipada do credor aos seus direitos), 2311º (renúncia à faculdade de revogar o testamento), 1476º, nº 1, alínea e), (renúncia ao usufruto) e 1569º, nº 1, alínea d) (renúncia à servidão).

⁹⁷ Seguimos aqui a sistematização de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *A Renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, *Studia Iuridica* 8, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

Um primeiro passo, neste sentido, consubstancia-se em determinar o efeito imediato da renúncia, a saber, a *extinção subjectiva do direito renunciado*.

Um segundo passo traduz-se no esforço de delimitar o conceito, distinguindo-se, dentro dele, situações distintas e de acordo com a *intenção volitiva* do sujeito renunciante, por um lado, e, por outro lado, com os *efeitos da declaração de renunciar*. Naquele primeiro sentido, releva a distinção entre a *renúncia abdicativa* e a *renúncia atributiva*. Nesta, a vontade que enforma o acto é *atributiva*, ou seja, existe uma vontade de *atribuir* aquilo a que se renuncia, direccionando o direito objecto da renúncia *a favor de alguém* (cf., por exemplo, artigo 1567º, nº 4). Na primeira, a formação da vontade é meramente *abdicativa*, ou seja, o conceito basta-se com a vontade de *não querer*, apesar de ao nível dos *efeitos ulteriores* podermos surpreender, para lá da *vontade abdicativa*, e aqui entramos numa outra qualificação, *efeitos atributivos legais*.

Com efeito, na renúncia abdicativa podemos encontrar *efeitos legais ulteriores* para lá do que pretendeu (a vontade) o renunciante. De acordo com Pereira Coelho, “os efeitos legais ulteriores da declaração renunciativa têm que ver, como já se deixou sugerido, com a sorte do direito abdicado – a (normal) extinção objectiva desse direito e a (eventual, como vamos ver) correlativa atribuição do direito (ou de uma vantagem conexa) a terceiros. Efectivamente, a lei determina em regra um benefício ou um enriquecimento de terceiros por virtude da abdicção. A lei determina pois um efeito atributivo – a atribuição de uma vantagem ou do próprio direito abdicado –, e são as diversas situações possíveis de atribuição (legal, ulterior) decorrentes de uma abdicção que nos interessa agora apurar”⁹⁸.

.....
⁹⁸ Ob. cit., pp. 15-16.

Neste âmbito podemos, então, dividir o referido efeito atributivo – determinado por lei, recorde-se – em casos de *devolução/translação* (*eventual* ou *automática*) e em casos de *restituição/liberação*. No primeiro grupo de casos, na submodalidade de *eventual*, poderemos incluir o abandono de coisas móveis, pois após a transformação da coisa em *res nullius*, a respectiva ocupação/apropriação por um terceiro poderá, ou não, acontecer. Ainda no primeiro grupo de casos, incluiremos, com Pereira Coelho, na submodalidade de *automática*, a renúncia à coisa imóvel, pois que aqui o Estado a adquirirá ao abrigo do disposto no artigo 1345º. No segundo grupo de casos, “traduzida na reexpansão de um direito até então comprimido pelo direito que agora é objecto de renúncia, ou na liberação do titular passivo da relação afectada pela renúncia”⁹⁹, poderemos incluir, por exemplo, a renúncia do credor hipotecário à hipoteca, na qual não vemos uma aquisição do direito renunciado mas uma *reexpansão* do direito onerado, ou a renúncia do devedor à prescrição, com a consequente liberação do credor enquanto titular da *sujeição* do direito potestativo do devedor.

A caracterização da renúncia não se esgota na sistematização que acabou de se expor. Outras características, que a qualificam na relação do conceito com o ordenamento jurídico, assumem uma especial importância para o tema que nos propusemos abordar e será sobre essas que nos detemos. Daí que o enfoque seja direccionado para a renúncia que, do ponto de vista volitivo, se cinja à *renúncia abdicativa* ou, de acordo com Pereira Coelho, à renúncia com *causa derelinquendi*¹⁰⁰, constituindo esta a respectiva causa autónoma e fundamentadora da *intenção de abandonar*.

.....
⁹⁹ PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 16.

¹⁰⁰ PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 59.

A circunstância de estarmos perante um negócio com causa autónoma – *intenção de abandonar* –, não impede que o possamos qualificar como *um negócio neutro* por não configurar uma atribuição patrimonial¹⁰¹. Mas um negócio constitutivo, por criar uma nova situação jurídica – “um novo estado de direito”¹⁰² – com, conseqüente e necessariamente, efeitos *ex nunc*. Vistas assim as coisas, parece-nos, então, que o renunciante fica privado desse direito não podendo, inclusivamente, vir invocá-lo, mais tarde, contra terceiros¹⁰³.

Se bem que de acordo com o artigo 457º, a promessa unilateral de uma prestação só obrigue nos casos previstos na lei, consagrando-se assim o princípio da tipicidade dos negócios unilaterais¹⁰⁴, a renúncia, pelo menos aquela que é denominada volitivamente de abdicativa, escapa ao *numerus clausus* por não envolver a constituição de uma obrigação para a contraparte, pois sem o direito extinto aquela não chega a constituir-se¹⁰⁵. Conseqüentemente, não sendo necessária a

.....
¹⁰¹ PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 60-61.

¹⁰² PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 62.

¹⁰³ Assim, PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, pp. 64-66: “um negócio de natureza abdicativa configura em determinado sentido um negócio *real quoad effectum*. Efectivamente, e ainda que não tenha por objecto um direito real, a renúncia abdicativa tem pelo menos esse *efeito real* quer consiste na perda ou na extinção do direito renunciado – perde-se, repete-se, o direito renunciado, e não apenas se assume a *obrigação de não o exercer*. (...) porque o titular do direito renunciado fica privado dele, não pode vir depois exercê-lo ou invocá-lo mesmo perante terceiros – contrariamente ao que sucederia se a eficácia fosse meramente obrigacional, pois então aquela possibilidade de invocação conservar-se-ia intacta”.

¹⁰⁴ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 386.

¹⁰⁵ Assim, a explicação que densificaria o *princípio do contrato* – o facto de não ser razoável que alguém se mantivesse irrevogavelmente obrigado perante outrem com base numa simples declaração de vontade deste último – não colhe como argumento impeditivo da admissibilidade da legal manifestação da renúncia através de negócio unilateral. Sobre a fundamentação dogmática do *princípio do contrato*, cf. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, V. I, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 1991, pp. 420 e ss., e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 461 e seguintes.

aquiescência ou consenso da contraparte, o negócio unilateral¹⁰⁶ será a forma natural de renunciar. O que não impedirá que a renúncia a um determinado direito seja plasmada, mediante consenso, em contrato, podendo mesmo a contraparte do renunciante não ser, sequer, o beneficiário. Ou seja, até aqui a aquiescência do beneficiário resulta inócua¹⁰⁷.

Chegados a este ponto, intuiremos a necessidade de sublinhar a importância da distinção entre *negócios receptícios* e *negócios não receptícios*, para concluirmos pela natureza *não receptícia* da renúncia abdicativa¹⁰⁸. Pereira Coelho argumenta: “ora parece seguro que, se há acto cuja eficácia deva prescindir da comunicação ou do conhecimento por parte do destinatário dos respectivos efeitos, esse acto é o acto abdicativo – acto que, como tem sido evidenciado, não afecta *directamente* (ou seja, no plano dos efeitos *negociais*) quem quer que seja. As mesmas razões que aduzimos em defesa da solução da unilateralidade, já em relação à renúncia abdicativa em geral, já em relação à remissão abdicativa, valem no sentido de considerarmos ser *não receptícia* a declaração unilateral abdicativa”¹⁰⁹.

Concluída a caracterização da renúncia abdicativa, cumpre indagar da *forma* que deve revestir o acto de vontade em causa.

.....
¹⁰⁶ “Define-se o negócio jurídico unilateral como aquele em que há somente a manifestação de uma vontade, ou em que, havendo várias declarações de vontade, todas elas têm o mesmo conteúdo, são declarações concorrentes ou paralelas” (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 461).

¹⁰⁷ A questão poderá, porventura, ter interesse na questão do regime aplicável consoante a renúncia emerja de um *negócio unilateral* ou de um *contrato* (cf. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 107, nota 282).

¹⁰⁸ Sobre a distinção, cf. CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Notas sobre alguns temas da doutrina geral do negócio jurídico, segundo o novo Código Civil*, Cadernos de Ciência Fiscal, n.ºs. 100 e 101 (Abril e Maio de 1967), Ministério das Finanças, Lisboa, 1967, pp. 2-21 e 239, e RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis*, Atlântida Editora, Coimbra, 1971, p. 124.

¹⁰⁹ *Ob. cit.*, p. 124. Para este autor, a renúncia abdicativa será ainda *irrevogável e irrecusável* (*ob. cit.*, pp. 124-128).

É sabida a distinção entre as denominadas formalidades *ad substantiam* e as formalidades *ad probationem*. As primeiras não podem ser substituídas por outros meios de prova que não sejam de valor probatório superior, implicando a sua falta a nulidade do negócio; as segundas podem ser substituídas por determinados meios de prova, implicando, de qualquer modo, a sua falta, ou a falta dos meios de prova admissíveis para a sua substituição, o *insucesso probatório* do facto que se destinava provar. É o que nos diz, ao nível das consequências da omissão, a conjugação do disposto nos artigos 220º e 364º.

O Código Civil de 1867, com a redacção do Decreto nº 19126, de 16 de Dezembro de 1930, prescrevia no artigo 815º, que “é lícito a qualquer renunciar o seu direito, ou remitir e perdoar as prestações que lhe são devidas, excepto no caso em que a lei o proibir”, acrescentando o parágrafo único do mesmo artigo que “a renúncia só pode provar-se por documento escrito e assinado pelo renunciante, devendo, no caso de ele não saber ou não poder escrever, intervir duas testemunhas com reconhecimento notarial”.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, deixou de existir uma norma que exigisse uma específica formalidade à renúncia. A questão veio a ser colocada, já no domínio de aplicação deste Código, a propósito da renúncia ao direito de preferência, tendo, quer a jurisprudência, quer a doutrina, concluído que a renúncia, com a entrada em vigor daquele diploma, deixou de ser, em regra, um *negócio formal*. Mas que tal não significaria que o acto estivesse sempre subtraído a qualquer formalidade específica.

Para o regime agora em vigor, importará ter presente, *no domínio da validade*, o disposto nos artigos 221º e 222º, especialmente, os respectivos nºs. 2, quando o direito renunciado tenha tido origem em convenção¹¹⁰. Pereira Coelho, neste

.....
¹¹⁰ Já nos encontramos aqui, precisemos, no âmbito da relação da renúncia com o negócio que constituiu o direito a renunciar, ou seja, perante

sentido, afirma que “onde a lei exija determinada forma para a doação, deve observar-se a mesma forma para a renúncia abdicativa que tenha o mesmo *objecto*. A renúncia (abdicativa) à propriedade imobiliária deverá por conseguinte constar de escritura pública, tal como a renúncia (abdicativa) à propriedade de móveis deve revestir a forma de documento particular, quando não se cifrar no simples abandono material (*derelictio*) da coisa”¹¹¹. Mas, ressalvando as situações previstas naqueles números dos citados artigos, isenta de forma a renúncia a *direitos potestativos*, como a renúncia à prescrição e à usucapião (mesmo de imóveis), a não ser que esse direito potestativo tenha emergido por via de um negócio formal¹¹².

Vaz Serra, em anotação discordante ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 1979, escreve, ponderando sobre a admissibilidade dos vários tipos de prova em face da específica factualidade em causa e da falibilidade da prova testemunhal, que “daí não se segue, todavia, que seja admissível a prova testemunhal de toda e qualquer renúncia. (...) Além daqueles casos para que a lei especialmente exija outra prova, o artigo 395º, do Código Civil, declara que «as disposições dos artigos precedentes são aplicáveis ao cumprimento, remissão, novação, compensação e, de um modo geral, aos contratos extintivos da relação obrigacional, mas não aos factos extintivos quando invocados por terceiro». (...) Portanto, se o crédito tiver sido constituído por documento autêntico ou por documento particular mencionado nos artigos 373º a 379º, não pode a remissão ser provada por testemunhas (arts. 394º e 395º), nem consequentemente, por presunções judiciais (art. 351º) ou por confissão

.....
“o problema *geral* que tem a ver com o âmbito da exigência de forma em relação a tais estipulações, e não naturalmente uma questão específica da declaração renunciativa” (FRANCISCO PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 137).

¹¹¹ *Ob. cit.*, p. 136.

¹¹² *Ob. cit.*, p. 137.

extrajudicial verbal (art. 358º, nº 3). (...) Assim, se se tratar de direito convencional de preferência (arts. 414º e segs.), a renúncia do seu titular a tal direito, quando este houver sido constituído por documento autêntico ou por um dos documentos particulares mencionados nos artigos 373º a 379º, não pode ser provada por testemunhas, nem por presunções judiciais ou por confissão extrajudicial verbal¹¹³.

Em suma, parecendo evidente que a renúncia deixou, em regra, de ser um negócio formal¹¹⁴, não deixa, porém, de estar subtraída ao condicionalismo do seu objecto, quer no âmbito da validade, quer no âmbito da prova, pelo que as exigências formais do legislador quanto ao negócio constitutivo do direito a renunciar, na ausência de disposição própria, terão sempre de estar presentes na definição do regime a aplicar.

IV. A DECLARAÇÃO TÁCITA E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE

Não se podendo conceber o negócio jurídico sem a pressupomos, a *declaração negocial* é “o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial”¹¹⁵, ou seja, com a intenção de reclamar ao Direito a respectiva tutela vinculante.

O problema prévio de se saber se existe *declaração* coloca-se em sede de interpretação. É esta a posição de Paulo Mota Pinto¹¹⁶, para quem existe uma *continuidade de critérios* entre a questão da *existência* e do *conteúdo* da declaração, ocupando a actividade interpretativa um lugar central para a determinação da existência daquela. Há declaração negocial quando assim se concluir do ponto de vista de um

¹¹³ *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 112º, nº 3653, pp. 316 e 317.

¹¹⁴ Cf., neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 510.

¹¹⁵ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit. p. 413.

¹¹⁶ *Ob. cit.*, pp. 188 e 189.

declaratório normal colocado na posição do declaratório real (artigo 236º). E é nessa continuidade que o intérprete, depois de confirmada a respectiva *existência*, se debruçará sobre o *conteúdo*.

Se bem que a *declaração*, quando saudavelmente emitida, constitua o instrumento da *vontade* de quem a emite e a assunção dessa vontade não possa ser totalmente suprimida, no Direito, e especialmente no Direito, onde o conceito de *relação*, logo do *outro*, são essenciais, esta *vontade* não é determinante no conceito de *declaração*, encontrando-se nas soluções que o ordenamento jurídico nos oferece, por vezes equilibrada, muitas vezes reduzida a um núcleo mínimo de relevância e quase sempre em tensão, com o *resultado* dessa vontade, ou melhor, com o *comportamento* enquanto seu resultado nos seus contornos externos e apreensíveis pelo *outro*.

Se percorrermos o ordenamento jurídico português, especialmente o Código Civil, descobriremos exemplos do exposto, e somos obrigados a concluir, com Paulo Mota Pinto, que “o legislador adoptou uma noção *tendencialmente objectiva* de declaração negocial, para cuja existência a presença de uma vontade negocial não é elemento essencial. Isto, apesar de não parecer justificada, em face do direito positivo, a eliminação de *todos* os elementos volitivos da teoria do negócio jurídico, pois o legislador, na verdade, exigiu um elemento volitivo-representativo que vai além da vontade de acção, e, por outro lado, a referência a elementos internos pode ser importante para compreender, nalguns casos, o fundamento das invalidades resultantes da falta ou viciação da vontade”¹¹⁷. Com efeito, a análise daqueles *momentos de tensão*, depositários do encontro da tutela da autonomia privada (onde se acolheria um purismo subjectivista da in-

.....
¹¹⁷ In *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, ob. cit., p. 415.

tenção do declarante) com a protecção da confiança e da segurança das transacções (*casa e fundamento* das teorias objectivistas da declaração), evidentes, em primeira linha, nos critérios de interpretação da declaração negocial (artigos 236° a 238°), mas também nas soluções positivas encontradas para as divergências entre a declaração e a vontade e para os vícios desta (artigos 240° a 257°)¹¹⁸, demonstra que as expectativas dos declaratários se encontram, no actual momento histórico, num patamar superior de tutela, relativamente aos interesses do declarante, consubstanciando uma relativa prevalência do *todo*, da *comunidade* e do *objectivo* em detrimento da *parte*, do *eu* e do *subjectivo-psicológico*. E, se bem repararmos, para o legislador, a declaração é *negocial* (cf. artigo 217°), não de *vontade*.

Estabelecida a exposta delimitação conceitual – porque a *declaração tácita* é, antes de mais, *declaração* – cumpre atentar, em primeiro lugar, no teor do nº 1, artigo 217° do Código Civil. Aí se preceitua que “a declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”.

Em face do texto legal, o primeiro ponto a abordar prende-se com a distinção entre *declaração expressa* e *declaração tácita*.

Antes da aprovação do Código Civil de 1966, actualmente em vigor, Manuel de Andrade¹¹⁹, depois de enunciar as duas teorias que propunham critérios de distinção entre os dois tipos de declarações em causa – a *teoria objectiva* e a *teoria subjectiva* –, acaba por recusar a primeira devido à circuns-

.....
¹¹⁸ Percurso percorrido por PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 153 a 436.

¹¹⁹ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, V. II, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 129 a 134.

tância de esta assentar a diferenciação no sentido dos meios declaratórios usados: se estes tivessem o respectivo sentido já fixado nos usos da vida, nas convenções das partes ou na lei, a declaração seria expressa; se não tivessem, a declaração seria tácita. Esta teoria dispensava a indagação psicológica sobre a vontade do agente, enquanto que a *teoria subjectiva* partia dela: se a declaração se destinava unicamente ou em primeira linha a exteriorizar uma determinada vontade negocial, estaríamos perante uma declaração expressa; seria tácita a declaração que se destinasse a exteriorizar um determinado sentido e que, concomitante, mas mediata e indirectamente, permitisse concluir com “bastante segurança” uma segunda vontade negocial com distinto conteúdo. Segundo o autor, não seria possível usar este critério uma vez que “normalmente, concorrem no mesmo caso ambas as espécies de meios declarativos: os objectivos ou gerais e os subjectivos ou particulares”¹²⁰. Por isso, acolheu a *teoria subjectiva*, introduzindo-lhe, porém, algumas considerações correctivas: (i) o sentido do comportamento declarativo deve aferir-se interpretando-se os factos pelo ponto de vista do declaratório (acolhendo a doutrina objectivista da declaração negocial); (ii) a univocidade dos factos concludentes (*facta concludentia*) deve ser aferida de acordo com um critério prático/empírico e não de acordo com um critério lógico; e, conseqüentemente, (iii) a univocidade existirá quando aos factos interpretados puder ser atribuído, de acordo com os usos da vida e com toda a probabilidade, um determinado sentido negocial¹²¹. Por fim, nas várias conclusões finais que expendeu no âmbito do tema, o mesmo autor veio admitir a possibilidade de declarações tácitas relativas a negócios for-

.....
¹²⁰ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 131-132.

¹²¹ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 132.

mais, desde que os *facta concludentia* estivessem revestidos da forma legal¹²².

Já nos estudos que antecederam a aprovação do Código Civil de 1966, Rui de Alarcão¹²³, nitidamente influenciado pelo pensamento de Manuel de Andrade, veio subscrever, no essencial, as ideias deste último, sendo de realçar: (i) a referência ao critério que se entendia dever ser aplicável para distinguir a declaração expressa da declaração tácita – o carácter directo ou indirecto da declaração -; (ii) a univocidade dos *facta concludentia* seria uma univocidade *relativa*, porque aferida por um critério prático e não estritamente lógico, pelo que, ao contrário do texto da norma do anteprojecto, deveria adoptar-se o segmento linguístico *com toda a probabilidade* ou *com probabilidade bastante*, em substituição das expressões *necessariamente* ou *inequivocamente*; (iii) a possibilidade de se admitir declarações negociais relativamente a negócios formais, desde que os *facta concludentia* estivessem cobertos pelo manto formal exigido pelo legislador.

O legislador foi deveras sensível aos estudos citados, não só na citada norma constante do nº 1, do artigo 217º, mas também na norma que passou a constar do nº 2 do mesmo artigo e que preceitua que “o carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz”.

Segundo António Menezes Cordeiro, cumprirá atentar que “com base nas próprias noções legais, há sempre nas declarações negociais, uma actuação, logo humana e voluntária – devidamente exteriorizada. Nuns casos, porém, a

¹²² MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, ob. cit., p. 134.

¹²³ In *Declarações expressas e declarações tácitas – o silêncio*, Anteprojecto para o novo Código Civil, Boletim do Ministério da Justiça, nº 86, Maio, 1959, pp. 233 a 241.

exteriorização é feita de modo directo, por forma a dar, da vontade, uma imagem exterior imediata; noutros, ela resulta, indirectamente de outros factores. Não deve confundir-se declaração tácita com inacção ou com ausência de declaração: a "declaração tácita" é, na verdade, uma declaração indirecta, autonomizada, enquanto tal, numa classificação consagrada (Galvão Telles/Dias Marques)¹²⁴. E para Carlos Mota Pinto, em face do texto legal actualmente em vigor, "o critério de distinção entre *declaração expressa* e *declaração tácita* consagrada pela lei (art. 217º) é o proposto pela teoria subjectiva (...). Resulta claramente da formulação legal que a *inequívocidade dos factos concludentes* não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar com *toda a probabilidade*"¹²⁵.

Não se poderá negar que o regime da declaração tácita, tal como se encontra plasmado no artigo 217º, se apresenta com notas sedutoras a uma aplicação abrangente e porventura com menor rigor quando o intérprete procura a justiça do caso concreto, levando-o a qualificar situações de facto como se fossem *declarações tácitas* quando são *figuras e institutos distintos*. Não é um problema novo, nem exclusivo do ordenamento jurídico português¹²⁶.

¹²⁴ *Tratado de direito civil*, II, 4ª Edição, Almedina, 2014, p. 133.

¹²⁵ *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 422-423.

¹²⁶ Para uma análise exaustiva do problema, PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 71 a 155. Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO sugere precaução: "a presença, sempre viável, de declarações tácitas não deve conduzir a uma hipertrofia da vontade. Há, assim, que combater uma tendência sempre presente para explicar fenómenos jurídicos questionáveis com recurso a "declarações tácitas": só é legítimo descobrir declarações negociais, ainda que tácitas, quando haja verdadeira vontade, dirigida aos efeitos e minimamente exteriorizada, ainda que de modo indirecto" (*Ob. cit.*, p. 135).

Sobre este tema, ainda que perfunctoriamente, o objecto do presente estudo merece umas notas¹²⁷. Precisamente, porque é no âmbito das *renúncias tácitas* que as sobreposições conceituais e os equívocos mais sucederam e sucedem¹²⁸.

E merece-as para distinguir a *declaração tácita* dos *fundamentos objectivos de vinculação negocial* e de *outras pretensões modalidades de declaração negocial*. Ou seja, e de certo modo, distinguir o domínio da *autovinculação* do domínio da *heterovinculação*, podendo aqui surpreender-se *erros de qualificação e ficções de declarações tácitas, legais ou judiciais*.

Neste sentido, não são *declarações tácitas*, designadamente, na veste de *renúncias tácitas*, os comportamentos contraditórios enquadráveis na figura do *abuso de direito*, nomeadamente, na dimensão do *venire contra factum proprium* ou da *supressio*, que no nosso ordenamento encontra guarida, como se sabe, no artigo 334º, e que no preenchimento dos pressupostos exigidos conduzem à *neutralização do direito*. Também neste âmbito convém fazer referência, distinguindo-as das *declarações tácitas*, às situações em que os comportamentos contrários à *boa fé* condicionam a actividade do intérprete, levando-o a tecer verdadeiras *ficções de declarações tácitas* com conteúdo naquele princípio estruturante, mas que, para além de não encontrarem eco no rigor dos conceitos, se posicionam nos limites externos do conceito do negócio jurídico em face de uma ausência de um princípio de vontade que, nos ca-

¹²⁷ E, em termos gerais, a distinção dogmática seria sempre necessária. "O negócio jurídico é um operador pelo qual se exprime privilegiadamente o valor da actuação em autonomia privada. As solicitações que lhe são dirigidas não devem, pois, exceder os limites naturais que resultam deste enquadramento com a autodeterminação, correctamente entendida. A não ser assim, abrangendo-se igualmente casos de heterovinculação – mesmo que apenas de uma "heteronomia evitável", e nesse sentido, portanto, "menos heterónoma" –, corre-se o risco de perder de vista as conexões significativas centrais da figura. E, com elas, o seu próprio fundamento." (PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 72).

¹²⁸ Paulo Mota Pinto, *ob. cit.*, pp. 119 e seguintes.

sos de renúncia, necessitaria de ser abdicativa¹²⁹ ¹³⁰. Não constituem, igualmente, *declarações tácitas* o variadíssimo conjunto de situações em que a lei, o uso ou a convenção, por via do artigo 218º, atribui valor declarativo ao silêncio (“vale como declaração negocial”)¹³¹ ¹³². E será importante sublinhar a ideia que aqui, ao invés da ideia a que já se chegou relativamente à declaração tácita, estamos perante um comportamento de *inércia*, de *omissão*, de *nada dizer* ou de *nada fazer*¹³³.

Não cumpre neste estudo abordar as múltiplas questões que se levantam quanto à delimitação conceitual e aplicação prática da *declaração negocial tácita*.

.....

¹²⁹ Com base nos resultados da análise e posterior reflexão de Paulo Mota Pinto, expostos na obra que se tem vindo a citar, poderemos acompanhar este autor quando se conclui que o recurso ao conceito de declaração de vontade tácita tem servido para tentar legitimar, no contexto de uma concreta relação jurídico-negocial, a aplicação de valorações coincidentes com os conceitos da boa fé e do abuso de direito, fazendo-as escapar aos pressupostos de aplicação dos respectivos institutos, em face da aparente facilidade de utilização do conceito da declaração tácita, mas que concomitantemente, também vê, por via disso, a obnubilção do rigor na aplicação dos seus pressupostos. Estas *ficções de declarações tácitas* são, pois, de evitar.

¹³⁰ O que se afirma não afasta a possibilidade e a eventualidade de uma determinada situação factual, que não se subsume à hipótese normativa da norma constante do artigo 217º, se possa subsumir às hipóteses de um dos institutos referidos e, no preenchimento dos referidos pressupostos, possam conduzir, designadamente, à *neutralização do direito*.

¹³¹ Cf., no Código Civil, a título de exemplo, os artigos 268º, nº 3, 923º, nº 2, 1054º, nº 1, e 1163º.

¹³² “Se o silêncio (não-significante) não é um enunciado, não é também uma declaração negocial, mas pode ter o valor de uma declaração negocial (artº 218). É então elemento da formação de um negócio jurídico, que não sofre, por isso, alterações de regime, designadamente quanto à admissibilidade de anulação com fundamento em erro ou outro vício na formação. (...) O enunciado tácito distingue-se assim do silêncio, porque tem necessariamente um facto positivo como sustentáculo significante.” (Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, V. II, Almedina, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pp. 716-717).

¹³³ Sobre o valor do silêncio e o regime que emerge do artigo 218º, cf. RUI DE ALARCÃO, *ob. cit.*, pp. 238 a 241, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 423 a 426, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, pp. 136 a 141 e PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 631 a 716.

As duas últimas questões que pretendemos abordar são, no entanto, atendendo à problemática equacionada no início deste texto, incontornáveis. A primeira diz respeito à *forma negocial* e ao âmbito de aplicação do disposto no artigo 217º, nº 2. A segunda diz respeito ao *nexo de conclusão*.

Quanto à primeira, importa ter presentes as palavras do nº 2, do artigo 217º: “o carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz”.

A primeira relevante restrição à liberdade contratual encontra-se, como se sabe, na exigência de forma que o legislador impôs para determinados negócios jurídicos. A veemente coerência com que o legislador encarou a restrição à *liberdade de forma ou consensualidade* (cf. artigo 219º) encontramos-a aqui, mas também, por exemplo, no nº 2, do artigo 241^o¹³⁴.

Pronunciando-se sobre a norma do anteprojecto do Código Civil de 1966¹³⁵, Rui de Alarcão, depois de referir a restrição que apontámos, foca também a necessidade de se estabelecer uma separação entre duas distinções: “é muito frequente entender-se que se for exigida *forma* para a declaração negocial esta só pode fazer-se *expressamente*¹³⁶. Ora não parece que haja incompatibilidade entre a exigência de forma e a possibilidade de a respectiva declaração se fazer *tacitamente*. Desde que os *facta concludentia* se mostrem revestidos da forma exigida, a declaração, embora *tacitamente* feita, nem por isso deixará de ser formal”¹³⁷.

.....
¹³⁴ “Se, porém, o negócio dissimulado for de natureza formal, só é válido se tiver sido observada a forma exigida por lei”.

¹³⁵ “O carácter formal da declaração não exclui que ela possa fazer-se *tacitamente*, desde que a forma prescrita tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração decorre”.

¹³⁶ Itálico nosso.

¹³⁷ *Ob. cit.*, pp. 237-238.

Tal como a norma constante do nº 2, do artigo 217º, é, agora, evidente que o legislador admite a *declaração tácita formal*, ou seja, não fez coincidir a noção de *declaração expressa* com a noção de *declaração formal*, nem, tão pouco, fez coincidir a noção de *declaração tácita* com a noção de *declaração não formal (consensual)*.

Sabemos, no entanto, que a doutrina estabelece uma distinção entre as formalidades *ad substantiam* e as formalidades *ad probationem*: “as primeiras são insubstituíveis por outro género de prova, gerando a sua falta a nulidade do negócio, enquanto a falta das segundas pode ser suprida por outros meios de prova mais difíceis de conseguir”¹³⁸, como, por exemplo, a confissão”.

Daí que Paulo Mota Pinto se pergunte se a admissão de uma declaração tácita formal só deva ser admitida quando estivermos perante uma formalidade meramente *ad probationem* ou quando a modalidade de declaração tácita não contrariar as *razões determinantes da forma* legalmente exigida, podendo, nesse caso, a averiguação ser indagada perante o caso¹³⁹. Considerando que a história doutrinária e jurisprudencial subjacente à aprovação do preceito constante do nº 2, do artigo 217º, se encontra ligada a razões probatórias relacionadas com a questão da renúncia tácita constante do artigo 815º, § 1º, do Código de Seabra, e ponderando razões de certeza e segurança jurídicas, o autor citado acaba por responder afirmativamente à segunda questão colocada, sujeitando a admissibilidade da declaração tácita formal ao crivo do critério das razões especiais e determinantes da forma exigida, propondo um critério que reputamos inspirado no preceituado no artigo 221º, nº 2. Trata-se, portanto, de um problema do *âmbito da forma legal*, devendo atender-se às

.....
¹³⁸ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 433.

¹³⁹ *Ob. cit.*, p. 507.

circunstâncias do caso concreto e ao próprio conteúdo da declaração tácita. E acaba por resumir o seu entendimento sobre a questão, que acompanhamos, citando Rui de Alarcão: “o ter sido a forma observada quanto aos *facta conclusiva* é uma *condição necessária* para que a declaração se deva reputar devidamente formalizada; não é uma *condição suficiente*, pois torna-se indispensável que a isso não obstem as razões motivadoras do formalismo exigido”¹⁴⁰.

Quanto à segunda questão, prende-se ela com o *cerne* ou o *núcleo* da actividade do intérprete na actividade de des-cortinar e afirmar a existência de uma declaração tácita. E quando dizemos intérprete, dizemo-lo cientes de que a análise do comportamento em causa e o estabelecimento do nexo de conclusência é um problema de interpretação jurídica e, como tal, deve ser colocado no âmbito da *teoria geral de interpretação dos negócios jurídicos*¹⁴¹. Portanto, para além da *existência* da declaração tácita, também a determinação do seu *conteúdo* passa pela actividade interpretativa. E se colocamos a tarefa de aferir a *conclusência* do comportamento neste âmbito, não há como escapar ao regime da *teoria da impressão do destinatário*: “a declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele” (artigo 236º, nº 1).

Entre nós, Carlos Ferreira de Almeida considera que os *fenómenos* que estão aqui em causa, ou seja, a *factualidade pertinente* que servirá de base à tarefa e dos quais se poderá retirar, por esta via, uma *conclusão*, serão quaisquer actos, incluindo aqueles que produzem a emissão de mensagem nas

¹⁴⁰ RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis*, V. I, Coimbra, 1971 p. 194, nota 324.

¹⁴¹ Assim, PAULO MOTA PINTO, seguindo a posição de C. Smuraglia, *ob. cit.*, p. 747 e nota 33, e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 719.

línguas naturais, não importando se têm ou não uma finalidade comunicativa, se incorporam ou não uma outra enunciação (expressa) com ou sem eficácia negocial, bastando que sejam comportamentos positivos, compreendidos com um valor negocial e que neles se não vislumbre uma finalidade directamente dirigida ao negócio jurídico em causa¹⁴².

Estabelecida a existência de uma *declaração*, o comportamento concludente, enquanto elemento objectivo da declaração tácita, dependerá da existência de uma conexão entre aquela *factualidade pertinente* e um determinado *significado negocial* (conclusão). Indo de encontro à letra da lei ("quando se deduz de factos..."), essa conexão será estabelecida através de *ilação*¹⁴³, permitindo a operação ligar a *componente material, externa, manifestante* a um *significado*. No entanto, como este processo não é exclusivamente lógico-dedutivo, a existência de uma declaração tácita terá de ser obtida pela interpretação nos termos já expostos, o que, aliás, vai de encontro à necessidade de ter em conta os *usos da vida* para que um determinado *sentido negocial* possa ser revelado *com toda a probabilidade*. Por isso, é que se diz que o juízo de conclusência não requer uma total univocidade ou inequivocidade, no sentido de um determinado *sentido negocial* ser a única possibilidade a retirar dos *facta concludentia*. Exige-se, naturalmente e de acordo com aquele critério prático, uma *elevada probabilidade* da ilação/inferência, de molde a escudarmos a operação dos perigos da ambiguidade, mas a pretensa auto-suficiência com que

¹⁴² *Ob. cit.*, pp. 717-718.

¹⁴³ Do latim *illatione*, "acto de levar" (JOSÉ PEDRO MACHADO, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 5ª Ed., III V., Livros Horizonte, Lisboa, p. 262. "Processo de concluir, inferir, deduzir" (*Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, II V., Verbo, Lisboa, 2001, p. 2024. "Aquilo que se deduz de certos factos" (*Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*, em linha, 2008-2020, <http://www.priberam.pt/dlpo/ilação>, consultado em 06.10.2020).

a operação lógico-dedutiva e com um resultado excludente de outros resultados nos tenta seduzir não é a operação que a letra e o espírito da norma pretende que seja aplicado nos variadíssimos casos da vida¹⁴⁴. Trata-se de ir um pouco mais além, pelo que o critério a adoptar com Paulo Mota Pinto, pode definir-se como o *nexo lógico-experimental*¹⁴⁵.

E, porque é de interpretação de que se trata, merecem alusão algumas circunstâncias para as quais o intérprete deve estar alerta no momento de realizar a ilação.

Em primeiro lugar, para a circunstância de, para além da possibilidade de a ilação poder assentar numa *continência*, por *concludência analítica* – o que se deduz está *contido* na base de que se deduz -, mas também na valoração do *comportamento contraditório*. Nas palavras de Paulo Mota Pinto, “supomos que a concludência pode basear-se no facto de uma conduta excluir – designadamente, perante uma simples alternativa aceitação/rejeição – um dado significado. A incompatibilidade é, pois, um elemento importante a atender na determinação da ilação, desde que, obviamente, se possa afirmar que essa incompatibilidade é suficiente para constituir uma impressão no sentido da existência de uma declaração negocial”¹⁴⁶.

E, em segundo lugar, recuperando o que se escreveu *supra* sobre a mediação da actividade interpretativa para a assunção de determinado sentido negocial. Se convocámos para o texto a *teoria da impressão do destinatário* como o critério decisivo e legal para a determinação do sentido negocial, devemos pôr a ênfase na perspectiva do destinatário tal como esta decorre do artigo 236º. Daqui resulta uma *necessária objectivação* do sentido negocial, não sendo

¹⁴⁴ Para uma distinção entre *concludência relativa* (a que está aqui em causa) e *concludência absoluta*, cf. PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 774-775.

¹⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 768.

¹⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 766.

necessário, apesar de esta necessidade poder decorrer das circunstâncias concretas, que toda a factualidade que se lique à vontade do declarante – os *elementos subjectivos* – sejam reconhecíveis. Só se os mesmos inexistirem – se existir, por exemplo, *erro* – e se essa factualidade for conhecida ou devesse ser conhecida (*reconhecibilidade*) é que a concludência resultará comprometida. No fundo, significa aumentar a exigência para a concludência de uma declaração tácita (de *conhecimento* para *reconhecibilidade*) imposta para as declarações negociais expressas e que decorre do artigo 236º, nº 2, de molde a evitar *ambiguidades e baixas probabilidades* que nunca poderão subsistir num juízo de concludência positivo de determinado sentido negocial¹⁴⁷.

Se os critérios expostos são válidos para as *declarações receptícias*, poderemos aplicá-lo sem mais às *declarações não receptícias*¹⁴⁸?

Não vislumbramos razão para respondermos negativamente, pelo menos afastando o princípio geral acolhido no nosso ordenamento. As *declarações não receptícias*, apesar de não serem dirigidas a alguém em particular, fazem parte do tráfego jurídico e não se compreenderia que os eventuais destinatários, apesar de não se encontrarem previamente individualizados e identificados, não beneficiassem da tutela que é concedida ao comércio jurídico pela via do disposto no artigo 236º, ou seja, considerando-os declaratórios e valendo a declaração com o sentido do declaratório normal, colocado na posição do real declaratório¹⁴⁹. Necessário se

¹⁴⁷ Assim, PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, 779 a 782.

¹⁴⁸ Nas primeiras, a declaração só é eficaz se for e quando for dirigida e levada ao conhecimento de certa pessoa, nas segundas basta a emissão da declaração, sem ser necessário comunicá-la a quem quer que seja (cf. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, cit., p. 386).

¹⁴⁹ O pressuposto de que partimos quanto à definição e distinção entre *declarações receptícias* e *não receptícias* é aquela que é ensinada por CARLOS MOTA PINTO, na *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 387: "são não re-

torna, como é óbvio, identificar, *casuisticamente*, os *interesses* de cada uma dessas declarações, consoante o *círculo de interesses e efeitos que a declaração visa atingir*. Assim, tal como Paulo Mota Pinto¹⁵⁰, não vemos óbice a que, aplicadas desta forma as regras, se considere, em cada caso, o sentido negocial de acordo com o sentido que lhes atribuiria uma pessoa normal/média colocada no lugar das pessoas que se encontram no círculo de interesses e efeitos que a declaração visa atingir. Como é natural, quanto maior o círculo, mais se esbate a diferença entre o declaratório normal e o real declaratório, tendendo este a identificar-se com aquele, resultando numa maior *objectivação*, mas tal aproximação, ao que cremos, não permitirá afirmar que nas declarações não receptícias não exista, por definição e em absoluto, a posição do real declaratório¹⁵¹. Consequentemente, também aqui, nas declarações não receptícias, estará vedado ao declaratório, identificado pelo critério exposto, valer-se da *objectivação* da declaração, quando conhecia ou devesse conhecer circunstâncias subjectivas relacionadas com a vontade real do declarante colidentes com o sentido objectivo da declaração. Assim, e apesar de a *reconhecibilidade* dos elementos subjectivos das declarações não receptícias se veja reduzida, na prática, a um âmbito necessariamente menor, não encontramos motivos, com as ressalvas que apontámos, a interpretá-las diferentemente em face do disposto no artigo 217º.

.....
 ceptícios, isto é, não carecem de ser dirigidos e levados ao conhecimento de pessoa determinada (...); nos outros casos, estamos perante *negócios receptícios*". Quanto às várias teorias em confronto e sobre aquelas que foram acolhidas no nosso Código Civil, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, pp. 142 e seguintes.

¹⁵⁰ *Ob. cit.*, pp. 218-219, nota 97.

¹⁵¹ Em sentido aparentemente distinto, mas deixando o problema em aberto, FRANCISCO PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, pp. 168-169, nota 460.

V. A RENÚNCIA TÁCITA DO CREDOR HIPOTECÁRIO À INDIVISIBILIDADE DA HIPOTECA

Aqui chegados, podemos afirmar que o ordenamento jurídico português admite, em termos gerais, a renúncia a direitos que não sejam marcados com a característica da *indisponibilidade* ou que firmam os princípios gerais e razões de *ordem pública*.

A *indivisibilidade* da hipoteca no Direito português não é, porém, um *direito*, mas uma característica que atribui, supletivamente, uma *faculdade* ao respectivo titular: a faculdade de se fazer pagar *indivisivelmente* por força da *estabilidade material da garantia originária*. A hipoteca, enquanto *ius in re aliena*, não perde as suas características essenciais se, no caso concreto, a *indivisibilidade* for afastada; apenas poderá mudar o modo de concretização, ou seja, o modo de execução da garantia. Consequentemente, em termos gerais, sendo a hipoteca um *direito disponível*, a renúncia do credor à *indivisibilidade* da hipoteca é admissível¹⁵².

Sobre os termos dessa admissibilidade cumpre, em primeiro lugar, abordar a questão que se prende com a *forma* dessa renúncia, analisando-se, em primeiro lugar, a *renúncia ao próprio direito*.

A hipoteca é, como se referiu, um negócio formal e de registo constitutivo, regime que é imposto pelos artigos 714º e 687º. A hipoteca voluntária que, por ser a mais comum no comércio jurídico, mais nos interessa, só pode ser constituída ou modificada, por escritura pública, testamento ou documento particular autenticado. No entanto, como também já vimos,

.....
¹⁵² Em sentido discordante, ao exigir uma declaração expressa para a renúncia, mas sem, ao que cremos, o desenvolvimento de uma fundamentação que permita recusar, neste âmbito, a *declaração negocial tácita* e sem atender à específica *teleologia* da norma ínsita no artigo 696º do Código Civil, cf. MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, *Indivisibilidade da hipoteca*, Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.02.2004, cit., p. 21.

a forma da *renúncia à hipoteca* (também apelidada de *dis-trate*) foi expressamente prevista pelo legislador no artigo 731º, encontrando-se, assim, facilitada a tarefa do intérprete e do aplicador quanto à forma da *renúncia ao direito*: “a renúncia à hipoteca deve ser expressa e escrita em documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória competente para o registo, não carecendo de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir os seus efeitos”. Anotámos, *supra*, o aligeirar do formalismo entre o acto da constituição ou modificação e a renúncia ao direito. Ora, se se aplicassem as regras gerais constantes do artigo 221º, conforme defendido *supra* e caso não se entendesse que estavam em causa as ressalvas constantes das normas desse mesmo artigo, a renúncia ao direito teria de respeitar a forma da constituição e modificação do direito, uma vez que, presente a *causa derelinquendi*, não se encontraria justificação para afastar o formalismo negocial. No entanto, o legislador, numa tentativa de simplificar um acto que poderia constituir um entrave à célere fluidez do comércio jurídico, resolveu, quanto à renúncia ao próprio direito, exigir um formalismo menos pesado.

Daí que nos tenhamos de questionar, em face destes dados legais, se para a renúncia a uma *faculdade* (não essencial e supletiva) do *direito* deverá exigir-se a *forma da constituição ou modificação* do direito, ou, a *forma da renúncia ao direito*.

Creemos que a vontade do legislador se bastará com o formalismo exigido para a renúncia ao *direito*, pelo que a renúncia à *indivisibilidade*, enquanto *faculdade* do direito de garantia em causa, terá de constar de documento escrito que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, podendo, no entanto, ser formalizada de modo

mais solene, nomeadamente, através de escritura pública ou documento particular autenticado. Com efeito, racional e teleologicamente, não faria sentido exigir, num negócio jurídico unilateral de renúncia a uma faculdade, onde não há *causa derelinquendi*, ou seja, uma intenção de abandono do direito, uma formalidade mais solene do que se exige para um negócio jurídico unilateral de renúncia a um direito onde há, necessariamente, *causa derelinquendi*.

Relacionada com a questão *supra* abordada, convirá também esclarecer recuperando o que *supra* também já se distinguiu. A exigência de declaração expressa para a renúncia ao direito de garantia não se poderá confundir com a *legal exigência de forma*. Tratando-se de realidades diversas, a opção do legislador, que certamente motivará desenvolvimentos que aqui não cumprirá empreender a fundo, acabou por consubstanciar uma solução de compromisso: aligeira-se a solenidade que é exigida para a constituição ou modificação do direito, substituindo-a por uma imposição imperativa de *declarar expressamente* e sancionada nos termos do artigo 294º. Mas assim é, ao que cremos, porque está em causa a *renúncia a um direito*, ou seja, uma intenção de abandonar o direito, existe uma *causa derelinquendi*. Ora, na renúncia à *indivisibilidade*, enquanto *faculdade* do direito de garantia, não há intenção de abandonar o direito, não há *causa derelinquendi* ou *animus derelinquendi*, razão pela qual consideramos inaplicável à renúncia à indivisibilidade a exigência de *declaração expressa* que o legislador impõe para a renúncia ao direito, pois não estamos, em abstracto, na presença de situações valorativamente similares e que reclamem similares cautelas. Cremos, pois, que o disposto no artigo 731º não impede que o credor renuncie tacitamente à indivisibilidade da hipoteca¹⁵³.

¹⁵³ Cf., neste sentido, o recente acórdão da 2ª Secção Cível, do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.03.2021 (processo nº 2889/15.0T8OVR-AP1.S1), relatado por Rijo Ferreira, consultado in www.dgsi.pt.

A hipoteca ou é indivisível ou é divisível. Não existem hipotecas parcialmente indivisíveis ou parcialmente divisíveis. E como *supra* se tentou explicitar, a *indivisibilidade*, definida pela *estabilidade material da garantia originária* visa, teleologicamente, tutelar a *integralidade da dívida*. Conseqüentemente - e aqui estará, porventura, o cerne da problemática - quando os *facta concludentia* permitirem retirar a ilação, nos termos interpretativos defendidos, que a relação entre a *estabilidade material da garantia originária* e a *tutela da integralidade da dívida* se mostra quebrada ou interrompida, o credor terá renunciado tacitamente à indivisibilidade da hipoteca, não podendo, depois disso, executá-la *indivisivelmente*, mas tão só *divisivelmente*.

Equacionemos alguns exemplos práticos.

Suponhamos que o empreiteiro, devedor do mutuante e a favor de quem constituiu uma hipoteca sobre o terreno ainda sem qualquer construção, convencionou com este que, constituído o regime da propriedade horizontal relativamente ao prédio a construir, o valor do mútuo em dívida, em caso de incumprimento, será exigível, através da execução da garantia, pelas forças de cada fracção, individualmente considerada, numa relação de proporção relativamente ao valor da dívida, utilizando-se como critério o valor percentual da permutagem constante do título constitutivo do regime da propriedade horizontal ou, noutra hipótese, através de arbitramento tendente a aferir do valor real de mercado de cada fracção. Neste caso, estamos perante uma convenção contratual (*pacto de divisibilidade*¹⁵⁴) pela qual as partes afastaram, *expressamente*, o regime da indivisibilidade e não

.....

¹⁵⁴ Que a doutrina do país vizinho apelida, na interpretação na Ley Hipotecaria espanhola, de *pacto de distribución* (assim, CÁRMEN FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO ALVAREZ-OSSORIO, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, cit., pp. 1297 a 1312).

poderá o credor pedir dos transmissários garantes a totalidade da dívida fora dos parâmetros acordados.

Imaginemos, num outro caso, que do clausulado contractual constante do instrumento inicial, pelo qual o mutuante emprestou as quantias necessárias ao empreiteiro para construir na parcela de terreno hipotecada a seu favor, se retira que aquele *tinha conhecimento*, desde a celebração dos contratos de mútuo e da constituição da hipoteca, que o empreiteiro iria construir um prédio na parcela de terreno e iria submetê-lo ao regime da propriedade horizontal com o objectivo de vender as fracções no âmbito da sua actividade. Poder-se-ia colocar a questão de saber se este conhecimento permitiria fundamentar factualmente uma declaração com o sentido negocial de afastar a indivisibilidade da hipoteca. Consideramos que não. O mero conhecimento de um futuro e eventual desmembramento da parcela originalmente hipotecada e conseqüente autonomização jurídica de partes da mesma, não permite retirar, só por si, que as partes, convencionalmente, pretenderam afastar a indivisibilidade da hipoteca.

Nestes dois exemplos situámo-nos no âmbito da interpretação do instrumento das partes. Vejamos, agora, exemplos de comportamentos posteriores à celebração dos acordos constitutivos da relação jurídica.

Num determinado processo judicial, executivo, proposto, ao abrigo do disposto no artigo 54º, nº 2, do Código de Processo Civil, contra um só, entre vários, dos titulares das fracções autónomas em que entretanto se desdobrou o prédio construído e submetido ao regime da propriedade horizontal, o exequente, credor hipotecário indica, como quantia exequenda, a totalidade do valor em dívida apresentando como título executivo o contrato de mútuo celebrado com o empreiteiro (transmitente das fracções oneradas). Entretan-

to, durante a tramitação do processo, chega a um entendimento com o executado/titular da fracção onerada e celebra com este uma transacção, homologada por sentença, colocando termo ao processo, nos termos da qual reduzem a quantia exequenda a um valor coincidente com o valor real de mercado da fracção onerada e que o executado se compromete a entregar ao exequente em determinado prazo. Num outro processo executivo, proposto pelo mesmo credor hipotecário contra um outro titular de fracção do mesmo prédio, em que a quantia pedida também ascende ao valor total da dívida à data da propositura, este, tendo tomado conhecimento daquela transacção, vem invocar a renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca, pretendendo que a sua fracção apenas responda até ao limite do valor proporcional da sua fracção no universo das fracções e relativamente ao valor da dívida do empreiteiro. *Quid iuris?*

E se, em cenário similar, a transacção for celebrada por um valor proporcional, ou não, ao valor da fracção onerada no contexto do valor total da dívida e no universo total das fracções que por ela respondem, mas inferior ao seu valor real de mercado e inferior ao valor global da dívida? Poderá um outro garante, num outro processo, valer-se da renúncia tácita do credor hipotecário à indivisibilidade da hipoteca para limitar o valor a garantir (e, eventualmente, a pagar) pela sua fracção?

Nestes dois exemplos, e tendo presente o disposto no artigo 217º, nº 2, bem como o que já se expendeu sobre a forma exigida para a renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca, podemos afirmar que não se levanta qualquer obstáculo neste âmbito e que poderemos passar a aferir da existência de umnexo de concludência do comportamento do credor hipotecário. Com efeito, a solenidade formal em ambos os casos – transacção celebrada em sede de processo judicial

e homologada por sentença – excede a exigência mínima do formalismo legalmente exigido.

Quanto a saber se poderemos concluir por uma renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca, em face do comportamento do credor hipotecário e tendo presente o que se expôs quanto à teleologia e natureza jurídica da indivisibilidade, bem como quanto ao critério interpretativo a aplicar à factualidade pertinente – no sentido de obtermos por ilação um determinado sentido negocial -, somos obrigados a responder de forma diferente a cada um dos casos.

No primeiro caso, convindo recordar o que se escreveu *supra*, não só sobre a conexão entre a factualidade pertinente e um determinado significado negocial, cimentada com a característica da *alta probabilidade*, mas também sobre a necessária *objetivação* do sentido negocial, consideramos que não existe renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca. Com efeito, quando o credor (i) peticiona a cobrança de todo o valor em dívida e, apesar de celebrar transacção, (ii) fá-lo por um valor coincidente com o valor real de mercado da fracção, exaure até ao limite a faculdade que lhe é atribuída pela característica em causa (sendo, neste caso, irrelevante, e é nesse pressuposto que somos obrigados a raciocinar, que tal valor acordado é inferior ao valor global da dívida). Ou, dito de outro modo, *não interrompeu a relação entre a estabilidade material da garantia originária e a tutela da integralidade da dívida*. Pelo que o outro executado garante não poderá, no segundo processo, invocar a renúncia tácita do credor à indivisibilidade da hipoteca pois esta não ocorreu.

No segundo caso, essa relação foi quebrada/interrompida. De facto, e apesar de o credor hipotecário, na veste de exequente, ter peticionado a cobrança de todo o valor em dívida, quando celebra a transacção por um valor inferior ao valor da fracção onerada, não tentando cobrar a tota-

lidade da dívida, não exaure até ao limite a faculdade que lhe é atribuída pela característica em causa. Está, concludentemente, a dividir os valores a cobrar por outra ou outras fracções. O sentido negocial é, concludentemente, o de renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca, podendo tal renúncia ser invocada no segundo processo pelo outro executado garante: utilizando as expressões de Francisco Pereira Coelho, o segundo garante, em face daquela renúncia, encontra-se *liberado* de responder pela integralidade da dívida, pois que ocorre, em consequência, a *reexpansão parcial* do seu direito até ao grau correspondente à da divisibilidade da hipoteca – menor do que o grau de compressão correspondente ao da hipoteca indivisível.

Vejamos mais dois exemplos.

Igualmente em processo executivo, proposto ao abrigo do disposto no artigo 54º, nº 2, do Código de Processo Civil, pelo credor hipotecário, na veste de exequente, contra um dos titulares de uma das fracções oneradas a seu favor, o primeiro indica como quantia exequenda parte da dívida efectivamente em dívida. Reputamos não haver qualquer óbice formal à admissibilidade dos *facta concludentia*, tendo em conta que a assunção pela parte, em processo judicial, de determinado facto equivale, em termos de solenidade formal, ao regime que consideramos aplicável à renúncia à faculdade. Por outro lado, a ilação a retirar da circunstância de o credor hipotecário pretender, pelas forças de uma só fracção hipotecada, fazer-se pagar parcialmente, é de que, efectivamente, renunciou à indivisibilidade da hipoteca. Com efeito, e como expusemos supra, estamos a aplicar um nexo lógico-experimental e se a densidade factual de determinado caso pode confirmar ou infirmar a alta probabilidade deste sentido negocial, naturalmente mais objectivado, em tese, e inclusivamente na aparente singeleza desta factuali-

dade, é perfeitamente admissível pensar-se, tendo presentes os *usos da vida*, que, de acordo com os interesses do credor hipotecário conviria executar a garantia *divisivelmente*.

O que nos obriga a equacionar um outro exemplo. Imaginemos que, extrajudicialmente, o credor concretiza o distrate da hipoteca incidente sobre uma fracção, no formalismo exigido pelo artigo 731º, por um valor inferior ao valor total da dívida e inferior ao valor real de mercado da fracção (proporcional, ou não, ao valor da fracção no universo das fracções oneradas). Pode ser do seu interesse fazê-lo, de acordo com a gestão que vai fazendo dos seus negócios, privilegiando, por exemplo, um determinado terceiro garante com quem tem relações comerciais ou até pessoais. De acordo com a posição que adoptamos, o credor renunciou tacitamente à indivisibilidade e um outro garante, proprietário de uma outra fracção igualmente onerada, poderá invocar, em processo contra ele proposto, a renúncia e exigir que a hipoteca seja executada *divisivelmente*.

Em termos gerais, a ser julgada procedente, a excepção – peremptória, de direito material – de renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca obrigará o tribunal a limitar o valor pelo qual responde cada uma das partes em proporção com o seu valor no universo do valor global das partes autónomas que se mantiveram oneradas após o desmembramento do prédio originariamente hipotecado e com o valor integral da dívida. Se se tratar de prédio constituído no regime da propriedade horizontal, a utilização do critério da *permilagem* será não só o mais óbvio, mas também o mais prático; no entanto, o credor hipotecário, se considerar que tal critério não reflecte o valor real individual de cada fracção, poderá requerer a avaliação pericial de cada uma das fracções com o objectivo de determinar o respectivo valor real de mercado e evitar, deste modo, ser prejudicado. Este procedi-

mento também nos parece o juridicamente mais adequado quando o desmembramento do prédio originariamente hipotecado resultar em várias parcelas autónomas¹⁵⁵.

O que estes exemplos nos demonstram é que o credor hipotecário, que beneficia da indivisibilidade da hipoteca, está obrigado, para beneficiar do âmbito alargado de execução da garantia, a não se comportar de forma a quebrar/interromper a relação entre a estabilidade material da garantia originária e a tutela da integralidade da dívida, sob pena de correr o risco de ver contra si invocada a excepção de renúncia tácita à indivisibilidade. Como não há hipotecas parcialmente indivisíveis ou parcialmente divisíveis, o comportamento do credor que, invocando a garantia, não pretende cobrar a integralidade da dívida pelas forças de uma só parte, supervenientemente autonomizada do prédio originariamente hipotecado, está, necessariamente, a renunciar à faculdade.

Para terminar, imaginemos que o credor hipotecário, na transacção que celebra com um determinado garante, titular de uma fracção autónoma, e pela qual renuncia à hipoteca incidente sobre essa fracção, recebendo um valor inferior ao valor real de mercado da mesma e em processo onde pediu a cobrança de apenas parte da dívida, declara *“para todos os efeitos legais que com o presente acordo, o exequente não renuncia a qualquer direito ou faculdade*

.....

¹⁵⁵ Apesar de ser matéria que não caberá aqui desenvolver, julgamos que a excepção de renúncia tácita à indivisibilidade da hipoteca deverá ser invocada no incidente de oposição à execução, mediante embargos de executado, peticionando-se a redução da quantia exequenda ou, no limite, a extinção da execução se o exequente tiver já recebido em processos distintos as quantias suficientes para perfazerem o valor do crédito (cf. artigo 729º, alínea g), do Código de Processo Civil). Será também neste incidente, em sede de instrução, que poderá ser realizada a avaliação pericial, nos termos gerais previstos para o processo declarativo e também aqui aplicáveis por remissão.

que detém sobre as restantes fracções do prédio, nomeadamente, a prevista no artigo 696º do Código Civil". Quid iuris?

A este tipo de contradecarações atribui-se o nome de *protesto*, sendo que em determinadas situações se apelidam de *reserva*. "Emitido certo comportamento declarativo, pode o seu autor rezear que lhe seja imputado, por interpretação, certo sentido. Para o impedir, o declarante afirma abertamente não ser esse o seu intuito. (...) A esta contradecaração dá-se o nome de *protesto*. O protesto tem o nome de *reserva*, quando consiste na declaração de que um certo comportamento não significa renúncia a um direito próprio, ou reconhecimento de um direito alheio"¹⁵⁶. Ou seja, estas contradecarações podem funcionar para influenciar ou condicionar a interpretação de uma declaração expressa.

O tema da relevância do protesto tem vindo a ser discutido na doutrina nos últimos anos, tendo vindo a ser posto em causa um aforismo antigo nos termos do qual *protestatio facto contraria nihil relevat* (o protesto não vale contra o facto contrário) e do qual deriva a irrelevância deste tipo de declarações quando o comportamento declarativo só admite a interpretação contra a qual o declarante se previne¹⁵⁷. E, no âmbito da declaração negocial tácita, este tema assume uma particular importância porque uma contradecaração deste tipo, necessariamente *expressa*, tornaria, no exemplo equacionado, *pelo menos* ambíguo o resultado que, por inferência, se retiraria da declaração de renúncia à hipoteca (distrate) nos termos exemplificados e, conseqüentemente, implicaria a não assunção de uma renúncia tácita à indivisibilidade. A aplicação ao caso do aforismo *protestatio facto contraria nihil relevat* seria, admitimos, extremamente sedutora, quando estamos perante uma contradição insanável di-

.....
¹⁵⁶ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 427-428.

¹⁵⁷ Sobre o tema, cf. PAULO MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 786 a 816.

tada pela própria realidade dos conceitos: como se afirmou *supra*, a hipoteca ou é indivisível ou é divisível; não existem hipotecas parcialmente indivisíveis ou parcialmente divisíveis. No entanto, não podemos escapar à revelação do emitente da declaração, pelo que se torna impossível, no respeito pelo princípio da autonomia privada, dar uma solução no quadro da declaração tácita sem cairmos nas soluções que criticámos *supra*, como por exemplo, soluções que *ficcionam* declarações tácitas. Por isso, e de encontro à tese de Paulo Mota Pinto¹⁵⁸, a solução deste enunciado problemático asseritaria, não nos pressupostos da *autovinculação* – não há renúncia tácita em face da reserva emitida –, mas no âmbito da *heterovinculação*, nomeadamente, valorando-se devidamente o comportamento negocial contraditório, aqui evidente na própria ilogicidade declarativa, nos quadros do abuso de direito (cf. artigo 334º). Só deste modo lograremos manter a coerência dogmática do instituto acolhido no artigo 217º.

VI. CONCLUSÃO

Concluído o percurso pelos institutos que julgámos pertinentes para responder ao problema formulado inicialmente, reconhecemos que não nos deparámos com um caminho isento de dificuldades. A circunstância de a relação jurídica material a pressupor e a analisar para responder ao problema ser aquela que liga o credor ao terceiro garante, ou seja, uma relação com contornos distintos da relação menos directa e imediata do que aquela que liga aquele credor ao devedor originário (e primeiro garante), obrigou-nos a reposicionar a perspectiva de estudo e análise. A própria natureza da característica da *indivisibilidade* da hipoteca, que na prá-

.....
¹⁵⁸ *Ob. cit.*, pp. 813 a 816.

tica raramente é convencionalmente afastada *ab initio* pelas partes, obrigou-nos, com o auxílio de algumas experiências do direito comparado e com uma interpretação teleológica da norma que a prevê, a dessacralizar o conceito, recolocando-o no lugar que julgamos devido e com o respectivo âmbito delimitado. E, no outro extremo da problemática enunciada, levou-nos a discernir entre os comportamentos que podem ser incluídos do âmbito da *vontade negocial* dos que não podem aí ser incluídos, já com o conceito de *renúncia* caracterizado nos seus contornos essenciais.

Em suma: nem a *indivisibilidade* atribui ao credor uma faculdade arbitrária e sem limites, nem todo e qualquer comportamento deste, designadamente de carácter contraditório, consubstancia, no rigor das regras, uma *declaração tácita* de renúncia à faculdade em causa, mas, porventura, a dever ser valorado em outra sede. Deste modo, penso que teremos contribuído para a correcta delimitação dos institutos e para facilitar a resolução das questões que, amiúde, reclamam a intervenção do Direito e que emergem da problemática enunciada, ainda pouco explorada entre nós, da *indivisibilidade da hipoteca*.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÃO, Rui de, *A confirmação dos negócios anuláveis*, Atlântida Editora, Coimbra, 1971;
- *Declarações expressas e declarações tácitas – o silêncio*, Anteprojecto para o novo Código Civil, Boletim do Ministério da Justiça, nº 86, Maio, 1959.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, V. II, Almedina, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Teoria geral da relação jurídica*, V. II, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987.
- ASCENSÃO, Oliveira, *Direito civil, Reais*, 5ª Ed., Coimbra Editora, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira e CORDEIRO, António Menezes, *Expurgação de Hipoteca (parecer)*, Colectânea de Jurisprudência, 1986, T. V, pp. 36 e seguintes.
- CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres, *Da hipoteca, caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, 2003;
- *Indivisibilidade da hipoteca*, Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.02.2004, Cadernos de Direito Privado, nº 9, Janeiro/Março de 2005, pp. 12 e ss..
- CARVALHO, Jorge Morais, *Covid-19 e Direito do Consumo*, Revista do Ministério Público, Ano 41, número especial Covid-19, pp. 285 e ss..
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do direito civil (Terceiros para efeitos de registo)*, com coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2012;
- *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Coleção Perspectiva Jurídica/Universidade, Coimbra, 1977.
- COELHO, Francisco Pereira, *A Renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Studia Iuridica 8, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direitos reais*, Lex, Lisboa, 1993;
- *Tratado de direito civil*, II, 4ª Edição, Almedina, 2014.
- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das obrigações*, 12ª Edição, 5ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2018.
- CURA, António Alberto Vieira, *Fiducia cum creditore*, Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento, Vol. XXXIV, Universidade de Coimbra, 1991.

- Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, II V., Verbo, Lisboa, 2001.
- Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*, em linha, 2008-2020, <http://www.priberam.pt>.
- DOMENECH, Federico Adan, *El fin de las cláusulas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la Jurisprudência del TS y TJUE*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.
- D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Décima edición revisada, Segunda reimpresión, EUNSA, Pamplona, 2008.
- DUARTE, Rui Pinto, *Curso de direitos reais*, 3ª Ed., Princípia, Cascais, 2013.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de direitos reais*, Quid Iuris, 6ª Ed., Lisboa, 2009.
- JARDIM, Mónica, ANDRADE Margarida Costa e PATRÃO Afonso, *85 Perguntas sobre a hipoteca imobiliária*, Almedina, Coimbra, 2017.
- JUSTO, A. Santos, *Direitos reais*, 6ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019;
- *Direito privado romano – II (direito das obrigações)*, *Stvdia Iuridica* 76, 7ª Edição, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2014;
- *Direito privado romano – III (direitos reais)*, *Stvdia Iuridica* 26, Reimpressão, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2014;
- *Hipoteca (direito romano)*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVIII, T. II, Universidade de Coimbra, 2012.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das obrigações*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018;
- *Direito das obrigações*, Vol. II, 12ª Ed., Almedina, 2018.
- LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, *Código Civil Anotado*, V. I, 4ª Ed., Rev. e Act., Coimbra Editora, 1987.
- LUELMO, A. A. Domínguez *et al*, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 3ª Ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.
- MACHADO, José Pedro, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 5ª Ed., III V., Livros Horizonte, Lisboa.
- MACKENZIE, Judith Anne e PHILLIPS, Mary, *Textbook on Land Law*, 18th Edition, Oxford University Press, 2020.
- MADALENO, Cláudia, *A vulnerabilidade das garantias reais*, Coimbra Editora, 2008.
- MESQUITA, Manuel Henrique, *Direitos reais*, sumários das lições ao Curso de 1966-1967, policopiados, Coimbra.

- MOREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos, *Direitos reais*, segundo as preleções do Prof. Doutor Carlos A. Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970/1971, Livraria Almedina, 1971.
- MOURA, Margarida da Costa Andrade de, *Da admissibilidade da alienação em garantia no direito português*, Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Civil, orientada pelo Senhor Doutor Jorge Manuel Coufinho de Abreu, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Coimbra, 2017.
- NELSON, Grant S., WHITMAN, Dale A., BURKHART, Ann M., FREYERMUTH, R. Wilson, *Real Estate Finance Law*, 6th Ed., Hornbook Series, West Academic Publishing, 2014.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de, *Princípios de direito dos contratos*, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2011.
- PASSINHAS, Sandra, *O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 14, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2018.
- PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo, *Removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias: a autonomia conflitual na hipoteca e o reforço da cooperação internacional*, Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito da União Europeia, orientada por Rui Manuel Gens de Moura Ramos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Coimbra, 2015.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 2012;
- *Onerosidade e gratuitidade das garantias de dívidas de terceiro na doutrina da falência e da impugnação pauliana*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, III, Iuridica, Coimbra, 1983, pp. 102 a 117;
- *Notas sobre alguns temas da doutrina geral do negócio jurídico, segundo o novo Código Civil*, Cadernos de Ciência Fiscal, nºs. 100 e 101 (Abril e Maio de 1967), Ministério das Finanças, Lisboa, 1967.
- PINTO, Paulo Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.
- SERRA, Adriano Vaz, *Hipoteca*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 62, Janeiro de 1957;
- *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Abril de 1979*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 112º, nº 3653 (Fevereiro de 1980), pp. 313 e ss..
- SILVA, João Calvão da, *Garantias acessórias e garantias autónomas*, Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1999.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, Cadernos de Direito Privado, n.º 33, Janeiro/Março de 2011, pp. 3 e ss.;

— *Legislação de emergência e contratos. O regime excepcional dos contratos de arrendamento e bancários*, Revista do Ministério Público, Ano 41, número especial Covid-19, pp. 259 e ss.;

— *Direito das garantias*, 3ª Ed., reimpressão, 2020, Almedina, Coimbra.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, *ECLI - European Case Law Identifier*, em linha (in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/>, consultados em 20.06.2020):

— De 22.04.1997, relatado por Fernandes Magalhães;

— De 12.02.2004, relatado por Pires da Rosa;

— De 20.03.2014, relatado por Távora Vítor;

— De 07.05.2014, relatado por Pinto de Almeida;

— De 08.10.2015, relatado por João Camilo;

— De 17.11.2015, relatado por Fonseca Ramos;

— De 09.01.2018, relatado por Pinto de Almeida;

— De 12.04.2018, relatado por Rosa Tching.

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, *ECLI - European Case Law Identifier*, em linha (in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/>, consultados em 20.06.2020):

— De 11.03.2010, relatado por Leonel Seródio;

— De 23.10.2018, relatado por José Carvalho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, *ECLI - European Case Law Identifier*, em linha (in <https://jurisprudencia.csm.org.pt/>, consultado em 20.06.2020), de 10.07.2018, relatado por Maria da Purificação Carvalho.

Acórdão da 2ª Secção Cível, do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.03.2021 (processo n.º 2889/15.0T8OVR-A.P1.S1), relatado por Rijo Ferreira, consultado in www.dgsi.pt.

PUBLICIDADE E CONSUMO: PAPEL DAS CELEBRIDADES E INFLUENCIADORES DIGITAIS NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR ALÉM-FRONTEIRAS E NO BRASIL

*Tatiana Bruhn Parmeggiani Gomes **

RESUMO:

O presente artigo versa sobre a relação intrínseca entre publicidade e consumo. Resultado da era digital, as celebridades e os influenciadores de mídias sociais desempenham alterações no comportamento dos consumidores além-fronteiras e no Brasil. A pandemia do coronavírus corrobora novos padrões de consumo e de comportamentos, inflando e desenvolvendo alguns setores da economia como o segmento da beleza e cosméticos. Tal fenômeno requer atenção uma vez que a atuação publicitária persegue fins que na maioria das vezes não zelam pela proteção dos consumidores, exigindo tanto a tutela à luz do direito do consumidor quanto do direito da concorrência.

* Professora de Direito Internacional Privado, Direito Internacional Público e Direito da Concorrência no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) em Brasília. Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Contato: tatiana.parmeggiani@idp.edu.br.

PALAVRAS-CHAVE:

Celebridades; Comportamento do consumidor; Concorrência; Plataformas digitais; Publicidade.

ABSTRACT:

This article deals with the intrinsic relationship between advertising and consumption. As a result of the digital age, celebrities and social media influencers are changing consumer behavior across borders and in Brazil. The coronavirus pandemic collects new patterns of consumption and behavior, inflating and developing some sectors of the economy such as the beauty and cosmetics segment. Such a phenomenon requires attention since the advertising activity pursues purposes that most of the time do not ensure the protection of consumers, requiring both care in the light of consumer law and competition law.

KEYWORDS:

Celebrities; Consumer behavior; Competition; Digital platforms; Publicity.

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Do cenário atual frente à pandemia; 2.A. Das compras online e da guinada comportamental dos consumidores brasileiros em tempos de Covid-19; 2. B. Do crescimento acima do esperado no setor da beleza e dos cosméticos. 3. Da publicidade além-fronteiras na era digital; 3.A. Do papel das celebridades e influenciadores digitais no comportamento do consumidor; 3.B. Dos conglomerados, das marcas descontinuadas e da opção por produtos com signos de celebridades no mercado da beleza. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

De longa data, travou-se uma discussão à luz do direito do consumidor brasileiro frente às influências publicitárias, como potencial amoldador de padrões de consumo, direcionadas ao seu público alvo, ou seja, o consumidor.

A linha vermelha dos pontos de debate se dirigia a um grupo específico de produtos em especial, qual seja, o dos alimentos. Por décadas se desenvolveram e seguem com bastante espaço para tanto na mídia, peças publicitárias com um apelo perante o gênero alimentício. São chocolates, balas, doces em geral e as famosas comidas cunhadas pela expressão anglo-saxônica, *junk food*. Ocorre que, muitas dessas propagandas atingiam e atingem frontalmente os pequenos, o público infantil se demonstra como o mais suscetível e sensível a este tipo de publicidade.

É certo que a tônica da publicidade e do consumo são elos de uma mesma corrente e, portanto, ensejam nossa atenção. Todavia, a nova consolidação social que nos assola, trouxe foco para alguns fenômenos e nichos de mercado pouco explorados pela literatura jurídica afeta ao direito do consumidor e ao direito da concorrência complementarmente. Trata-se do nicho da beleza e de cosméticos, parcela esta que teve um avultamento em suas vendas mesmo um cenário de pandemia e de isolamento, mas não somente isso, há uma movimentação promovida pelas gigantes mundiais, grandes conglomerados da beleza em reforçar o consumo de produtos ligados à imagem de um personagem, de uma figura pública ou mesmo dos contemporâneos influenciadores digitais.

Tal guinada justifica-se pela chancela do Covid-19 que forçou os consumidores a adquirirem os produtos via plataformas digitais. Porquanto, aborda-se aqui duas faces de uma mesma moeda, a novidade expressa pela maior confiança

do consumidor nas compras online e o apelo publicitário consolidado através de redes sociais como *Instagram*, *Twitter*, *Facebook*, *YouTube* entre outros.

Aponta-se que o método de pesquisa é do dedutivo, por método de procedimento optou-se da revisão bibliográfica de obras e artigos jurídicos acerca da matéria. Ademais, salienta-se também a utilização do Plano Francês, organizando o estudo em dois grandes pontos e desmembrando-o em subcapítulos.

2. DO CENÁRIO ATUAL FRENTE À PANDEMIA

A pandemia trouxe consigo diversas incertezas. Pode-se dizer que tais incertezas têm relação direta com a queda na renda provocada pela pandemia. Muitos brasileiros foram assolados pela perda de seus empregos ou aqueles que desenvolviam suas atividades profissionais na informalidade, perderam seu espaço de trabalho.

O consumo, nas palavras de Márcia de Chiara e Douglas Gravas, é mais da metade de toda a riqueza gerada na economia e no passado já salvou o país de outras crises, não deverá ser o mesmo após a quarentena. Cerca de 69 milhões de brasileiros, ou 42% da população adulta, pretendem comprar menos nos próximos meses comparado ao que gastavam antes da pandemia do coronavírus, mostra pesquisa nacional feita pelo Instituto Locomotiva¹. Segundo os especialistas, é como se, apenas neste ano, o consumo das famílias caísse mais do que as perdas acumuladas em 2015 e 2016, quando o país enfrentou uma longa recessão².

.....
¹ UOL ECONOMIA. Covid-19 deve mudar hábitos de consumo. Brasil, 2020, disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/07/20/covid-19-deve-mudar-habitos-de-consumo.htm?> (29.11.2020).

² UOL ECONOMIA. Covid-19 deve mudar hábitos de consumo. Brasil, 2020, disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao->

Todavia, por mais que esteja denotada uma baixa no consumo em geral, algumas searas mercadológicas cresceram e muito, trazendo um panorama jamais visto em condições regulares. Sendo assim, parte-se para o cuidado com a mudança de comportamento num cenário de Covid-19, dando atenção especial ao mercado da beleza e cosméticos.

2. A. DAS COMPRAS ONLINE E A GUINADA COMPORTAMENTAL DOS CONSUMIDORES BRASILEIROS EM TEMPOS DE COVID-19

A guinada comportamental dos consumidores em tempos de Covid-19 se deu através das chamadas plataformas digitais, uma vez que o distanciamento fora impositivo. Todavia, em direito do consumidor, quando falamos em tais plataformas não há uma definição padronizada. Para Hans-W. Micklitz, elas representam canais, com base no objetivo do consumidor, nos critérios econômicos ou no tipo de oferta³. É difícil classificar com precisão as plataformas devido à sua complexidade, aos diversos modelos de negócios aplicados e ao consumidor resultante de questões de proteção⁴. Como um denominador comum, as plataformas foram definidas como um local onde a demanda e a oferta são reunidas e se exerce uma função de controle, de concentração de comercialização de certas mercadorias.

Sendo assim, as pessoas adaptam-se e tomam decisões consoantes o contexto. As posturas dos consumidores ao co-

.....
 -conteudo/2020/07/20/covid-19-deve-mudar-habitos-de-consumo.htm? (29.11.2020).

³ HANS-W MICKLITZ "Consumer Law in digital economy" In: *Transnational commercial and consumer law - current trends in international business law* TOSHIYUKI KONO, MARY HISCOCK, ARIE REICH, Singapore, Springer, 2018, pp. 119 e ss.

⁴ HANS-W MICKLITZ, *ob. cit.*, pp. 119 e ss.

ronavírus são um exemplo extremo⁵. Justamente neste cenário latente que se desenvolveram alguns nichos, o que indica que as pessoas ficaram mais atentas às marcas e mais dispostas a envolverem-se. Por exemplo, houve um largo desenvolvimento nas vendas de produtos de beleza, *home care*, entretenimento e de programas de exercícios físicos em casa.

Na percepção de Hans-W. Micklitz, os sites e termos online produziam incertezas no consumidor, pois às vezes não se sabia se estava concluindo um contrato com uma operadora ou com um fornecedor. Muitas vezes, não estava claro se estávamos diante da celebração de um contrato em absoluto⁶. Em linhas gerais, a acessibilidade de uma plataforma da Internet depende da aceitação dos termos, na maioria das vezes se exige a criação de uma conta de usuário que pode ser considerada como a celebração de um contrato, pelo menos quando o consumidor tiver que pagar pelo uso⁷. Os consumidores geralmente não estão cientes dessas consequências e dos compromissos firmados no ambiente digital e diante deste desconhecimento, muitos se desanimavam em concluir suas compras ou na contratação de serviços.

Porém os desafios foram impostos e a pandemia forçou barreiras, com as lojas fechadas, os consumidores não podiam mais frequentá-las, os salões de beleza indisponíveis, as pessoas precisaram recorrer às dicas na internet para se manterem com a mesma aparência física, ficando mais dispostas a comprar utensílios deste segmento⁸.

.....

⁵ CHRIS MURPHY, STEVEN NAERT, COLIN STRONG, *Coronavírus e a mudança de comportamentos: o que significa para as marcas?* Brasil, 2020, disponível em <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2020> (29.11.2020).

⁶ HANS-W MICKLITZ, *ob. cit.*, pp. 121.

⁷ HANS-W MICKLITZ, *ob. cit.*, pp. 121.

⁸ BTG-PACTUAL - DECODE, *O legado da quarentena para o consumo*, Brasil, 2020, disponível em <http://mmimg.meioemensagem.com.br/EM-K/2020-05-28/O-Legado-da-Quarentena-para-o-Consumo.pdf> (29.11.2020).

A evidente mudança comportamental vem a sedimentar os esforços da globalização econômica, pois o consumidor assumiu um papel chave em manter aceso alguns setores da economia⁹. Como coloca Dan Wei, as atividades econômicas não estão mais confinadas às fronteiras nacionais, mas estão em andamento na esfera global. Atualmente, com a constante redução de barreiras ao comércio internacional de mercadorias e serviços, economia digital, um cidadão global também é um consumidor global¹⁰. Os benefícios trazidos pela liberalização do comércio e pelas novas tecnologias desde os anos 90 são numerosos e estimulantes. Os consumidores podem usar as informações abundantes na Internet para tomar decisões mais bem informadas. As transações se tornam mais baratas, mais rápidas, mais fácil e mais conveniente. Existem mais canais para fazer compras, mais opções em termos de preço e serviços e mais acesso a uma coleção interminável de produtos¹¹.

Portanto, a novidade comportamental introduzida em 2020, direciona nosso olhar para uma projeção do que teremos no futuro, ao passo que, o comércio eletrônico foi de vez desmistificado. Quando realizamos atividades familiares, habitamos um mundo de certeza, com tradições e rotinas definidas que nos ajudam a simplificar as tomadas de decisão¹².

.....

⁹ CLAUDIA LIMA MARQUES. "Relations between international Law and consumer Law in globalized world: challenges and prospects", in: *Consumer Law and socioeconomic development - national and international dimensions*, DAN WEI, CLAUDIA LIMA MARQUES, Switzerland, Springer, 2017, pp. 211.

¹⁰ DAN WEI, "Consumer protection in the global context: the present status and some new trends", in: *Consumer Law and socioeconomic development - national and international dimensions*, DAN WEI, CLAUDIA LIMA MARQUES, Switzerland, Springer, 2017, pp. 3.

¹¹ DAN WEI, *ob. cit.*, pp. 3.

¹² CHRIS MURPHY, STEVEN NAERT, COLIN STRONG, *Coronavírus e a mudança de comportamentos: o que significa para as marcas?* Brasil, 2020, disponível em [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2020 \(29.11.2020\).](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/publication/documents/2020 (29.11.2020).)

Tal mudança então poderá implicar num novo padrão de consumo dos brasileiros.

2. B. DO CRESCIMENTO ACIMA DO ESPERADO NO SETOR DA BELEZA E COSMÉTICOS

De acordo com o dossiê publicado pela revista Valor Econômico em meados de setembro de 2020, retrata-se que as vendas de produtos e higiene pessoal, perfumaria e cosméticos cresceram 22,6% em julho de 2020 na comparação com mesmo mês do ano anterior, segundo a associação que representa as empresas do setor, a Abihpec. Destaca-se que o principal motivo do otimismo é o segmento de perfumaria, que cresceu em termos de 32,3% em julho, também na base anual¹³.

Cumpra-se por ora também analisar uma migração de interesses por parte dos consumidores. O mercado brasileiro da beleza é majoritariamente movimentado pelas consumidoras femininas. Com o uso obrigatório da máscara facial, alguns produtos do setor da beleza perderam força, mas abriram espaço para novas possibilidades¹⁴. Por exemplo, com a instigação do isolamento social, muitas mulheres deixaram de se maquiar, uma vez que suas atividades se concentraram e seguem no *home office*. O famoso uso de um batom para levantar a autoestima foi deixado de lado, abrindo espaço para os produtos de *skin care* e cuidados pessoais¹⁵.

.....
¹³ VALOR ECONÔMICO, *Vendas do setor de beleza e higiene pessoal crescem acima do esperado em julho*, Brasil, 2020, disponível em <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/28/vendas-do-setor-de-beleza-e-higiene-pessoal-crescem-acima-do-esperado-em-julho.ghtml> (29.11.2020).

¹⁴ BBC NEWS BRASIL, *As revendedoras de Natura e Avon vão sobreviver à pandemia de coronavírus?* Brasil, 2020, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54378990> (29.11.2020).

¹⁵ VOGUE BRASIL, *O que está em alta no mercado da beleza agora?* Brasil, 2020, disponível em <https://vogue.globo.com/beleza/maquiagem/noticia/2020/09/o-que-esta-em-alta-no-mercado-de-beleza-agora.html> (29.11.2020).

Todavia, resta uma reflexão, com a flexibilização das medidas e retorno das pessoas às suas atividades, considerando-se aqui inclusive, a reabertura de salões e spas, será que estes aspectos comportamentais e parcelas do mercado que demonstraram crescimento seguirão a se desenvolver?

A resposta para tanto virá com o tempo, contudo, o fenômeno da pandemia denotou as faces de uma mesma moeda, quais sejam: a novidade expressa pela maior confiança do consumidor nas compras online e o apelo publicitário consolidado através de redes sociais como *Instagram*, *Twitter*, *Facebook*, *YouTube* entre outros. Ou seja, mais tempo dos consumidores em casa, mais acesso aos canais de conteúdo de uma publicidade mais agressiva.

3. DA PUBLICIDADE ALÉM-FRONTEIRAS NA ERA DIGITAL

Evidente que a publicidade hoje se consolida além-fronteiras na chamada era digital. Colaciona-se a partir dos ensinamentos de Shyrlei Guitério Calmon Du Pin que uma das áreas mais estudadas no campo da publicidade em todo o mundo diz respeito aos movimentos em torno dos novos formatos de informação e comunicação criados a partir da crescente evolução tecnológica¹⁶. A rede digital assume o palco das interações e do compartilhamento de saberes e experiências, cada vez mais, os ambientes virtuais estão inseridos no cotidiano dos indivíduos e das organizações. O que vem acelerar a busca do conhecimento das novas exigências do mercado publicitário, visto que, para a indústria da comunicação, é vital a exploração dos novos recursos disponíveis¹⁷.

.....
¹⁶ SHYRLEI GUITÉRIO CALMON DU PIN, "A publicidade na sociedade da informação - o despertar de novos formatos e linguagens", in *10º Encontro Annual da História da Mídia UFRGS*, Brasil, 2015, pp. 1-15.

¹⁷ SHYRLEI GUITÉRIO CALMON DU PIN, *ob. cit.*, pp. 1-15.

Por outro lado, ao abordar o prisma da publicidade sob à óptica do direito do consumidor, acredita-se que a mesma não é arte. Sobre isso, o Adalberto Pasqualotto aduz:

A publicidade cumpre esse papel imperceptível, embora seja visível. Admitamos ou não, ela vem governando a nossa vida. Existe ostensivamente nos anúncios da televisão, das revistas e jornais, nos cartazes de rua, no rádio. Conscientemente, muitos a ignoram e desprezam. Mas é impossível fugir completamente aos seus efeitos. [...] Ela é um instrumento estratégico do *marketing*, com o qual mantém uma relação retroalimentadora. Na economia, transformou-se simplesmente em mola-mestra, insuflando necessidades para depois supri-las com o oferecimento irresistível de produtos necessários. Ela é a moda. Movimenta as artes, o esporte. Influencia a moral dominante. Serve de divulgação do bem e do mal. E além de tudo, representa em si mesma uma milionária indústria mundial¹⁸.

Para Claudia Lima Marques, publicidade é toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado¹⁹. Já Bruno Miragem, trabalha a publicidade distinguindo-a de modo decisivo das demais formas de expressão, sobretudo pela vinculação íntima da atividade publicitária a um fim eminentemente eco-

.....
¹⁸ ADALBERTO PASQUALOTTO, *O regime obrigacional da publicidade nas relações de consumo*, dissertação de mestrado, orientação de Dr. Nelson Nery Júnior. UFRGS, Brasil, 1995, pp. 1.

¹⁹ CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 8. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 673.

nômico. Neste sentido, não parece correto reconhecer na atividade publicitária a mesma finalidade que em geral se reconhece à liberdade de expressão, como garantia do regime democrático e do Estado de Direito²⁰.

Nítido, porquanto, que a publicidade marca o nosso tempo e o direito não pode ficar alheio a esse macrofenômeno. Porém, há um sério descompasso entre o direito e a publicidade, pois ambos pertencem a épocas distintas, uma vez que os movimentos da economia e da ciência jurídica são produzidos em ritmos diferentes e a publicidade acaba por acompanhar o ritmo da economia. Evidenciada essa premissa, torna-se latente a necessidade de discutir esse instituto sob o viés dos novos redimensionamentos emanados da sociedade pós-moderna e o papel das celebridades e influenciadores digitais neste viés comportamental dos consumidores.

3. A. DO PAPEL DAS CELEBRIDADES E INFLUENCIADORES DIGITAIS NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

Maria Elizabete Vilaça Lopes traz noções introdutórias acerca do instituto da publicidade. Segundo a autora, o conceito, universalmente acatado, identifica a publicidade como o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço. Complementarmente, tem-se as previsões Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária²¹ (Seção 2 – Objetivos, art. 8.º) que dá conta de que a publicidade comercial pode ser entendida como toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços. Portanto, a função da publicidade consiste

²⁰ BRUNO MIRAGEM, *Curso de Direito do consumidor*, 6. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 170.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, *Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária*, disponível em <http://www.conar.org.br/> (29.11.2020).

em ressaltar as qualidades do produto (ou do serviço), persuadir pessoas a comprá-lo e recordar às pessoas que já o adquiriram que o podem fazer de novo²².

Segundo Sarah Alberstein em recente artigo publicado em 2019, os adultos americanos passam mais tempo interagindo com a mídia do que nunca antes. Pelas informações reportadas pela pesquisadora, um adulto americano médio gasta mais de onze horas por dia interagindo com a mídia, com apenas quatro horas gastas em um computador, tablet ou smartphone. Os jovens adultos com idades entre 18 e 34 anos gastam 43% do seu tempo digitalmente. Hoje, mais de 78% da população dos Estados Unidos da América tem pelo menos um perfil de rede social²³.

A partir desse aumento no consumo de mídia e expansão social das redes, a ascensão de celebridades e influenciadores sociais é marcante. Celebridades como Beyoncé, Ariana Grande e Kylie Jenner, cada uma com vários milhões de seguidores em plataformas populares de mídia social, como *Instagram* e *Twitter*, maximizaram a mídia social para interagir com os fãs e impulsionar suas marcas pessoais²⁴.

Ao contrário das celebridades com uma base de fãs preexistente, outros indivíduos, apelidados de influenciadores digitais,

.....
²² MARIA ELIZABETE VILAÇA LOPES, "O consumidor e a publicidade", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1/1992, jan - mar, Brasil, 1992, pp. 149-183. Frisa-se ainda que, o comportamento reiterado no consumo e aquisição de determinado produto é fruto de uma outra prática expressa pela fidelização do cliente, programa de pontos e recompensas e de cupons de desconto.

²³ SARAH ALBERSTEIN, "Right of publicity in the era of celebrity - A conceptual exploration of the California Right of Publicity, as expanded in *White v. Samsung Electronics*, in today's world of celebrity glorification and imitation", in *California Legal History*, vol. 4, EUA, 2019, pp. 241-262, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

²⁴ SARAH ALBERSTEIN, "Right of publicity in the era of celebrity - A conceptual exploration of the California Right of Publicity, as expanded in *White v. Samsung Electronics*, in today's world of celebrity glorification and imitation", in *California Legal History*, vol. 4, EUA, 2019, pp. 241-262, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

recorreram às redes sociais para criar e capitalizar em uma marca pessoal puramente digital que se expande gradualmente para o nível de celebridade. Os influenciadores de mídia social, e outras celebridades são pagas para influenciar seu público, ou seja, tal conduta se concretiza por meio de postagens patrocinadas, anúncios, divulgação da marca e as parcerias com empresas destinadas a capitalizar no crescimento da popularidade da própria celebridade ou influenciador, além da sua marca ou imagem específica. No entanto, estudos têm mostrado que a influência da mídia social dos influenciadores e celebridades tem mais do que um impacto comercial, uma vez que se deseja alcançar a aparência, o padrão de vida e as oportunidades veiculadas por determinada personalidade²⁵.

Percebe-se o direito da publicidade como o reconhecimento da exploração comercial de celebridades que acompanharam os avanços tecnológicos da fotografia, filmes e rádio já desde o século XIX. Com o avanço da tecnologia, os métodos e meios de uso não autorizado de imagens de celebridades tornaram-se mais acessíveis e prevalentes. Embora, resistentes no início, os Tribunais eventualmente reconheceram a predominância desses usos não autorizados no uso comercial da imagem e identificação das celebridades. Como resposta, gradualmente, os Tribunais formaram um direito comum de publicidade definido como o direito de controlar os usos comerciais de sua identidade²⁶.

.....
²⁵ SARAH ALBERSTEIN, "Right of publicity in the era of celebrity - A conceptual exploration of the California Right of Publicity, as expanded in *White v. Samsung Electronics*, in today's world of celebrity glorification and imitation", in *California Legal History*, vol. 4, EUA, 2019, pp. 241-262, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

²⁶ SARAH ALBERSTEIN, "Right of publicity in the era of celebrity - A conceptual exploration of the California Right of Publicity, as expanded in *White v. Samsung Electronics*, in today's world of celebrity glorification and imitation", in *California Legal History*, vol. 4, EUA, 2019, pp. 241-262, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

Cunha-se através da contribuição de Rosane Leal da Silva e Valdirene Silveira Flain, que o advento das tecnologias da informação e seu crescente uso ampliaram as formas de manifestação da publicidade, que cada vez mais assume novos formatos e papéis, não apenas informando sobre a existência de um produto, mas atuando como uma ferramenta fundamental para despertar o desejo nos consumidores. Este novo formato não só aumenta o consumo levando ao consumismo, como também acirra ainda mais a concorrência entre as empresas, que a todo o momento são provocadas a reinventar sua publicidade²⁷.

As autoras pontuam que a publicidade online é uma das formas dessa reinvenção e traz contornos bastante importantes, pois além de se misturar aos demais fluxos informacionais, muitas vezes sequer sendo percebida, ainda chega ao consumidor em qualquer tempo e lugar, o que lhe confere muito mais poder de penetração. E essas mensagens, no afã de incitar à compra dos produtos, muitas vezes descuidam-se do papel informativo²⁸.

3. B. DOS CONGLOMERADOS, DAS MARCAS DESCONTINUADAS E DA OPÇÃO POR PRODUTOS COM SIGNOS DE CELEBRIDADES NO MERCADO DA BELEZA

No final do ano de 2019, a Coty, grande conglomerado da beleza norte-americano anunciou que uma das suas marcas, a francesa Bourjois criada em 1863²⁹, não será mais vendida

.....
²⁷ ROSANE LEAL DA SILVA, VALDIRENE SILVEIRA FLAIN, "O direito do consumidor e o tratamento jurídico dado à publicidade de produtos nanoestruturados na internet: um panorama do tema no Brasil e na União Europeia", in *Revista de Direito, Globalização, e Responsabilidade nas relações de Consumo*, vol. 1, jul-dez, Brasil, 2015, pp. 1-26.

²⁸ ROSANE LEAL DA SILVA, VALDIRENE SILVEIRA FLAIN, *Op. Cit.*, pp. 1-26.

²⁹ A marca está instalada e funcionando há mais de 156 anos e fora fundada em 1863 em Paris, pelo cosmetologista Joseph-Albert Ponsi. Conforme: METRO UK, Cult beauty brand Bourjois will no longer be sold in the UK, Reino Unido, 2020, disponível em <https://metro.co.uk/2019/12/06/cultbeautybrandbourjoiswillnolongerbesoldintheuk11281703/#:~:text=French%20brand%20>

no Reino Unido, sendo retirada das prateleiras na Inglaterra, Irlanda, Escócia e País de Gales ³⁰. Pergunta-se: como uma marca tão consolidada como a Bourjois de repente perde espaço nas lojas e perfumarias?

A justificativa está na realidade em uma aposta promovida pela Coty em se afastar de marcas menos lucrativas e se concentrar naquelas que possam gerar maior crescimento. Tal opção credita-se ao fato da gigante da beleza dos Estados Unidos da América em investir em marcas associadas às celebridades famosas, portanto, saem de circulação os produtos da Bourjois e direciona-se o mercado para marca de Kylie Jenner, a *Kylie Cosmetics*³¹. A presente decisão também impacta o Brasil, que notadamente, tem elevadas taxas de consumo neste setor. A marca Bourjois também será descontinuada e está de despedida das consumidoras brasileiras.

Segundo dados publicados pela revista Veja São Paulo, trata-se de um mercado que tem a movimentação estimada em 10,9 bilhões de reais por ano, número comparável ao de todo o setor de eletrodomésticos e eletrônicos. Fica na cidade de São Paulo a fatia de 10% do total de consumo brasileiro de beleza, o quarto maior do mundo, à frente do da Alemanha, Coréia do Sul e França, de acordo com levantamento de mercado da Euromonitor Internacional³².

.....
Bourjois%20announced%20today,such%20as%20celebrity%20beauty%20brands.&text=But%20Bourjois%20will%20still%20be%20available%20in%20other%20countries (29.11.2020).

³⁰ COSMETIC INNOVATION, *Coty retira marca de maquiagem Bourjois do mercado britânico*, Brasil, 2020, disponível em <https://cosmeticinnovation.com.br/coty-retira-marca-de-maquiagem-bourjois-do-mercado-britanico> (29.11.2020).

³¹ COSMETIC INNOVATION, *Coty retira marca de maquiagem Bourjois do mercado britânico*, Brasil, 2020, disponível em <https://cosmeticinnovation.com.br/coty-retira-marca-de-maquiagem-bourjois-do-mercado-britanico> (29.11.2020).

³² REVISTA VEJA BRASIL, *As novidades do mercado de beleza, que movimenta 10,9 bilhões de reais/ano*, disponível em <https://vejasp.abril.com.br/cidades/capa-beauty-fair/> (29.11.2020).

Margareth Utimura, responsável pelo departamento de cosméticos na consultoria Nielsen, complementa que o setor de beleza costuma ser um dos mais resilientes às crises econômicas³³. Na mesma toada, Susannah M. Rooney traduz estes novos relevos mercadológicos sustentados pela atuação publicitária. Nas palavras da autora, o direito de publicidade é um conceito jurídico relativamente novo, e sua natureza e até mesmo sua própria existência tem estado em fluxo constante desde sua criação³⁴. Os estudiosos discutiram sua necessidade, justificativa e características, mas na seara do direito ainda é definido de forma diferente em muitos Estados e, portanto, é aplicado inconsistentemente em todos os países³⁵. Sendo, por isso, que se entende que as influências das celebridades e influenciadores digitais têm o poder de alcançar o consumidor além-fronteiras.

Reforça-se que a expansão da tecnologia para criar fluxos constantes de mídia e comunicação têm incentivado uma fixação crescente nas vidas dessas celebridades. Os videogames agora incluem música populares e estrelas do esporte, os anunciantes usam plataformas como contas de celebridades no *Twitter* para atingir novos mercados, e o *YouTube* criou uma classe inteiramente nova de celebridades. Como as plataformas para a exploração de identidades de celebridades estão em expansão, há a importância de definir as bordas e os limites do direito e da publicidade. Essas manifes-

³³ REVISTA VEJA BRASIL, *As novidades do mercado de beleza, que movimentou 10,9 bilhões de reais/ano*, disponível em <https://vejasp.abril.com.br/cidades/capa-beauty-fair/> (29.11.2020).

³⁴ SUSANNAH M. ROONEY. "Just another brown-eyed girl: toward limited federal right of publicity under the lanham act in digital age of celebrity dominance", in *Southern California Law Review*, 86, n. 4, 2013, pp. 921-968, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

³⁵ SUSANNAH M. ROONEY. "Just another brown-eyed girl: toward limited federal right of publicity under the lanham act in digital age of celebrity dominance", in *Southern California Law Review*, 86, n. 4, 2013, pp. 921-968, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

tações mais recentes da era digital, juntamente com a crescente inconsistência da aplicação do direito de publicidade, exigiram que o impacto jurídico fosse definido³⁶,

Na mesma esteira, Arystóbulo de Oliveira Freitas frisa que a experiência brasileira e estrangeira demonstra que a auto-disciplina, com regras éticas e recomendações, não é suficiente para regular a atividade publicitária, sendo necessária a adoção de textos legislativos com previsões de sanções e limites para a publicidade³⁷. Ou seja, na regulamentação da publicidade não basta a autodisciplina para a proteção do consumidor, sendo necessária a edição de norma que estabeleça determinados padrões de conduta e contenha sanções que inibam os concorrentes desleais³⁸.

Nesta senda, Bernard Dutoit observa que a relação de concorrência existe ainda que o ato favoreça a concorrência de um terceiro, de tal sorte que não é necessário que o autor mesmo do ato seja um concorrente, contanto que tal seja o caso da pessoa favorecida e da que é lesada pelo ato e que o autor deste (mesmo não concorrente) tenha atuado com um objetivo de concorrência³⁹. Diante destes novos enfren-

³⁶ SUSANNAH M. ROONEY. "Just another brown-eyed girl: toward limited federal right of publicity under the lanham act in digital age of celebrity dominance", in *Southern California Law Review*, 86, n. 4, 2013, pp. 921-968, disponível em <https://heinonline.org> (29.11.2020).

³⁷ ARYSTÓBULO DE OLIVEIRA FREITAS, "A publicidade inserida nas relações de consumo", in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 1, jan-jul, Brasil, 1998, pp. 18-27.

³⁸ ARYSTÓBULO DE OLIVEIRA FREITAS, ob. cit., pp. 18-27.

³⁹ BERNARD DUTOIT, "O direito da concorrência desleal e a relação de concorrência; dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa", in *Revista dos Tribunais*, vol. 717, jul., Brasil, 1995, pp. 7-18; LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, *Lei 12.529/11*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm . (29.11.2020). Vide observância do art. 36, § 3º - "As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica" da Lei 12.529/11 que preconiza no item VI: "exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa".

tamentos que uma sociedade pós-moderna e globalizada exsurge é que o direito do consumidor⁴⁰ e o direito da concorrência devem se manifestar em caráter de complementariedade na observância desses fenômenos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se pautou na exploração da interação entre publicidade e padrões de consumo, sendo estes últimos diretamente influenciados pela atuação das celebridades e dos influenciadores digitais que, na contemporaneidade, são vetores de alteração comportamental do consumidor através das mídias sociais.

Inicialmente, elencou-se o panorama de fundo que auxilia na compreensão destes fenômenos. Notamente, o cenário pandêmico forçou barreiras e introduziu novos hábitos e condutas sociais. Sendo, a normalização e maior receptividade do consumidor perante o consumo digital ponto marcante. Plataformas digitais foram renovadas, outras foram criadas e a publicidade com atenção a estes canais fora desenvolvida com mais afinco.

Aponta-se que mesmo com vastas dificuldades econômicas, grande parcela dos consumidores brasileiros fomentou um crescimento acima do esperado em alguns nichos de mercado, representados pelo setor da beleza e cosméticos. Tal alargamento do crescimento neste segmento também fruto de um desejo e necessidade pelo bem-estar frente à ameaça invisível do coronavírus. Associado a isso, credita-se

.....
⁴⁰ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, *Lei 8.078/90*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm (29.11.2020). Conforme o art. 6º, item IV, do Código de Defesa do Consumidor, ao retratar os direitos básicos do consumidor, refere: "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

toda essa evolução ao fato dos consumidores também estarem mais conectados aos seus smartphones e a tablets, restando assim mais abertos e suscetíveis às peças publicitárias e aos influenciadores digitais.

Todo exposto desvela também novos posicionamentos por parte dos grandes conglomerados da beleza, em especial ao estudo do caso da gigante americana Coty, detentora de diversas marcas de maquiagem. Desde meados de dezembro de 2019 já sinalizava uma opção por marcas associadas aos signos, referências de certas celebridades, retirando das estantes produtos de marcas tradicionais do setor.

Concluí-se, portanto, como bem acrescentou Adalberto Pasqualotto que publicidade está longe de ser arte⁴¹, exigindo assim um olhar atento tanto perante os alicerces do direito do consumidor como perante a regulação à luz do direito da concorrência. Contribui significativamente, José Alcebíades Oliveira Junior⁴², ao defender a necessidade de proteção dos vulneráveis como um bem público global, haja vista que a justiça requer diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas e que deem, a todos, oportunidades justas.

.....
⁴¹ ADALBERTO PASQUALOTTO, *O regime obrigacional da publicidade nas relações de consumo*, dissertação de mestrado, orientação de Dr. Nelson Nery Júnior. UFRGS, Brasil, 1995, pp. 1.

⁴² JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR, "A proteção do consumidor como bem público global", in *Diálogo entre o direito brasileiro e o direito alemão: fundamentos, métodos e desafios de ensino, pesquisa e extensão em tempos de cooperação jurídica internacional*, CLAUDIA LIMA MARQUES, CHRISTOPH BENICKE, AUGUSTO JAEGER JUNIOR (Orgs), RJR, Porto Alegre, 2016, pp. 154 - 177.

A FIGURA DO MEDIADOR DE CRÉDITO: EXPERIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUE- SA E PERSPECTIVAS BRASILEIRAS AO (SOBRE)ENDIVIDAMENTO *

*Vitor Hugo do Amaral Ferreira ***

SUMÁRIO:

Introdução. 1 O consumo(*mismo*) e os mal-estares da (*hiper*)con-
temporaneidade. 2 Felicidade Financiada: a sociedade do consumo
diante do crédito. 3 As (des)esperanças do consumo e o superendivi-
damento. Conclusão. Referências.

.....
* Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Pós-graduação em
Direito do Consumidor, do Centro de Direito do Consumo, da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.

** Doutorando em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Integração Latino Ame-
ricana, linha de pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universida-
de Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduação Especialização na Área de
Violência Doméstica contra Criança e Adolescente pela Universidade de São
Paulo (USP); Docente com atuação no Curso de Direito, da Universidade Fran-
ciscana (UNF), desde 2005. Professor convidado do quadro docente de cursos
de pós-graduação. Coordenador do Centro de Prevenção e Tratamento do
Superendividamento do Consumidor no Município de Santa Maria-RS. Advoga-
do. Secretário Geral do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor
(BRASILCON). Conselheiro Titular do Fundo Gestor de Direitos Difusos do Ministério
da Justiça. Conselheiro da Escola Superior de Direito do Consumidor, do Estado
do Rio Grande do Sul. email: vitorhugodir@hotmail.com.

RESUMO:

A sociedade de consumo vem caracterizada por uma diversidade de temas, muitos em crescente e necessária discussão, a proteção de dados, o assédio de consumo, o superendividamento, entre outros, convergem a esta afirmação. O tema escolhido para este texto, como resultado das reflexões do curso de especialização em direito do consumidor, promovido pelo Centro de Direito do Consumo, da Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra, tem o superendividamento como referência. A delimitação atende apontamentos sobre o cenário de consumo atual, em que os produtos passaram a projetar aspectos de felicidade nos consumidores, em uma nova órbita de vínculo e dependência ao crédito, que promove o (sobre)endividamento. Neste espaço, o ensaio que se apresenta instiga, em breve sugestão, a convergência da previsão brasileira de atualização do Código de Defesa do Consumidor com a figura do mediador de crédito no direito português a partir do Decreto-Lei nº 144/2009.

PALAVRAS-CHAVES:

Sociedade de Consumo; Direito do Consumidor; Sobreendividamento; Mediador de Crédito.

ABSTRACT:

The consumer society is characterized by a diversity of themes, many in growing and necessary discussion, data protection, consumer harassment, over-indebtedness, among others, converge to this statement. The theme chosen for this text, as a result of the reflections of the specialization course in consumer law, promoted by the Consumer Law Center, Faculty of Law, University of Coimbra, has over-indebtedness as a reference. The delimitation serves notes on the current consumption scenario, in which products started to project aspects of happiness in consumers, in a new orbit of bond and dependence on credit, which promotes (over) indebtedness. In this space, the essay that is presented instigates, in brief suggestion, the convergence of the Brazilian forecast for updating the Consumer

Defense Code with the figure of the credit mediator in Portuguese law from Decree-Law No. 144/2009.

KEYWORDS:

Consumer Society; Consumer Law; Over-indebtedness; Credit Mediator.

INTRODUÇÃO

As sociedades passaram a ser denominadas a partir dos elementos que as caracterizam, fala-se em sociedade de informação, sociedade em rede e sociedade de exclusão. Entre tantas, é possível um raciocínio que conduz a uma sociedade da oferta, que atrai a sociedade do consumo, oportuniza a sociedade do crédito e produz a sociedade do endividamento como uma das faces da exclusão.

Há uma multiplicidade de paradigmas que explica a construção do mundo. O homem, em sua eterna contradição, é genial diante do seu potencial de criação, mas se reduz ao não dominar a sua relação com seus inventos. As suas descobertas levam a cometer exageros, sejam nas invenções, no acúmulo de recursos, no consumo.

A postura social permite construir uma nova identidade, a de comprar. A noção de consumo, nesse sentido, passa a ter outro direcionamento. O valor que se tinha em relação ao trabalho como fonte criativa e criadora, cedeu lugar para alienação do consumo e as facilidades que o envolvem. O consumismo qualifica o consumidor, ter passa a relacionar-se com prazer e pertencimento social.

A sociedade contemporânea criou soluções para os prazeres da vida expostos nas vitrines, contudo os indivíduos não conseguem alcançá-las plenamente. Educados nesse mundo de consumo, sobrevivem aos sentimentos de frustrações e fracassos sociais com as alegrias que o crédito proporciona – comprar agora e pagar depois.

A formação do consentimento do consumidor no ato da compra é o seu ponto fraco, alvo dos fornecedores para estimular a aquisição de produtos e serviços. O Direito do Consumidor passa a se ocupar com o estudo desse aspecto, com objetivo de evitar o surgimento de novos problemas na sociedade que tem se caracterizado pela conexão da produção-consumo-consumismo-crédito-superendividamento.

Neste cenário, as relações humanas se estabelecem na medida em que se consome. *Por que consumimos?* Para satisfação de necessidades, por prazer, afirmação e reconhecimento. Novas necessidades exigem novos desejos; o consumo cede ao consumismo. Assim, a cultura do consumo permitiu criar mecanismos extraordinários para manter o consumidor ativo. O crédito garante acesso ao objeto de desejo com a promessa de um pagamento futuro.

O consumo a crédito fez do Brasil a pátria do financiamento. A esperança de acesso ao consumo viu-se frustrada na exclusão patrocinada pela crescente inadimplência. O superendividamento toma para si o título de uma das piores consequências da cultura do consumo e faz do consumidor a sua vítima, com especial agravamento no período da Pandemia da Covid-19.

Na ausência do crédito responsável, a sociedade de consumo exige instrumentos de prevenção e tratamento do superendividamento. No Brasil, deposita-se a esperança de um reencontro com a dignidade na atualização do Código de Defesa do Consumidor, na perspectiva de se ter um instrumento capaz de estabelecer diretrizes aptas a garantir um direito de recomeçar. O presente estudo tem como tema a análise deste aspecto como cenário futuro ao direito do consumidor brasileiro, expondo, em uma delimitação oportuna, a experiência portuguesa ao criar a figura do mediador de crédito, como agente de defesa e promoção de direitos em contratos de relações de crédito.

1. O CONSUMO(MISMO) E OS MAL-ESTARES DA (HIPER) CONTEMPORANEIDADE

A noção de consumo na atualidade teve outro direcionamento. O valor que se tinha em relação ao trabalho como fonte criativa e criadora, cedeu lugar para alienação do consumo e as facilidades que o envolvem. A expressão *consumis-*

ta vem agregada à aquisição do supérfluo, sem conotação de culpa; ao contrário, significando qualidade superior em relação àqueles que necessariamente não tem. Ter passa a relacionar-se com prazer, com importância, pertencimento social. Um critério invertido que passa a ser acolhido pela sociedade.

O valor dos bens pode ser fruto do juízo humano, não raro, poderá ser determinado se analisado o entorno, a significação que adquirem depois de comprados. Douglas e Isherwood, (2006, p.41) afirmam que “[...] a teoria do consumo tem de ser uma teoria da cultura e uma teoria da vida social. Separar a cultura da organização é flutuar em direção ao mar do relativismo”. Valendo-se de métodos e princípios da antropologia e da teoria econômica, os autores investigam o consumo como um elemento do processo social, e esforçam-se por demonstrar - “tem de ser reconhecido como parte integrante do mesmo sistema social que explica a disposição para o trabalho, ele próprio parte integrante da necessidade social de relacionar-se com outras pessoas, e de ter materiais mediadores para essas relações”. (Douglas e Isherwood, 2006, p.26)

Desde o princípio da obra *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*, são lançadas críticas à teoria da demanda desenvolvida como pilar da Ciência Econômica, visto que não responde à famosa questão levantada pelos autores: *porque as pessoas querem bens?* Também o consumo conspícuo, originado nos pensamentos de Veblen (1899/1987), que já havia questionado o caráter meramente utilitário do consumo, é atacado ao argumento de ter conferido uma proposta demasiadamente simplificada para a teoria da emulação, ou seja, segundo esta teoria os indivíduos competem entre si, medindo seu sucesso pelo quanto têm a mais que os outros.

O consumo supera a mera satisfação de necessidades básicas, pois é um fenômeno, sobretudo, cultural. A própria

expressão “cultura de consumo” significa enfatizar que o mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação são centrais para a compreensão da sociedade moderna. Assim, para Baudrillard (2010, p. 91) “o consumo surge como um sistema que assegura a ordenação dos signos e a integração do grupo: constitui simultaneamente uma moral (sistema de valores ideológicos) e um sistema de comunicação ou estrutura de permuta”.

Esse mundo de símbolos, de significações e de imaginário social é o foco de Lipovetsky (2010), que elegeu como objeto de estudo, dentre outros, a publicidade, a moda, o luxo e o consumo. Inicialmente, o autor sugere o estudo do consumo na hipermodernidade, termo utilizado para denominar a era atual em detrimento da expressão pós-modernidade, sendo que neste prefixo a noção é de atualidade e para o autor esta palavra dá maior proximidade ao individualismo.

O mundo hipercontemporâneo organiza-se em torno de quatro polos estruturantes: o *hipercapitalismo*, o *hiperindividualismo*, a *hipertecnificação* e o *hiperconsumo*, forma hipertrofiada e exponencial do hedonismo mercantil. O autor dedica-se aos estudos da cultura do excesso e da urgência; classifica a sociedade do hiperconsumo como fruto do desdobramento do capitalismo, formada por *turboconsumidores* que são individualistas, compulsivos e descontrolados. Estão em busca da felicidade que os complete, desejosos por experimentar as diversas formas de prazer disponíveis e anunciadas nessa cultura de consumo.

O consumo passa a ser uma forma de se satisfazer, de alcançar pequenos prazeres que compensam, não raro, a falta de amor, de laços sociais ou de reconhecimento. Segundo Lipovetsky (2010, p. 249) “quanto mais frágeis ou frustrantes se tornam as relações sociais e interindividuais, mais se agudiza o mal-estar [...] destinado a levantar um processo emocional.

O *homo psychologicus* tornou-se o grande multiplicador do *Homo consumericus*".

Lipovetsky (2010) compara o prazer imediato proporcionado pela compra do produto ou serviço, não só pela compra em si, mas pelo estar comprando, seja diante de uma publicidade ou de uma vitrine de um shopping, aos efeitos do uso das drogas. O alívio que justifica todo o esforço por sua realização: longas jornadas de trabalho e privações de toda sorte.¹

O conceito de consumo emocional, introduzido por Lipovetsky (2010) não é a mesma ideia propagada pelos estudiosos do *marketing*, ou seja, aquela que proporciona aos consumidores experiências afetivas, imaginárias e sensoriais, mas sim aquele consumo que proporciona um melhor-estar subjetivo.²

Há na sociedade contemporânea uma diversificada gama de soluções para os prazeres da vida exposta nas vitrines, contudo os indivíduos não conseguem alcançá-la plenamente. Educados nesse mundo de consumo, vivem seus sentimentos de frustrações e fracassos sociais. Segundo Lipovetsky (2012, p.60), o "subconsumo é portador de exclusão, de vergonha de si mesmo, da autoestigmatização".

.....
¹ Desenvolve-se toda uma cultura que nos convida a provar dos prazeres do momento, a alcançar a felicidade aqui e agora, a vivermos para nós próprios; uma cultura que já não prescreve a renúncia, que faz cintilar em letras de néon o novo Evangelho: Comprai e gozai, essa é a verdade. Assim se rege a sociedade de consumo, cuja ambição proclamada é a de libertar o princípio do prazer, arrancar o homem a todo o passado de carência, inibição e ascetismo. As imposições de disciplina e rigor dão lugar à solicitação dos desejos materiais, à celebração do lazer e do consumo, ao encantamento perpétuo das felicidades privadas (Lipovetsky, 2010, p.87).

² É difícil negar que o universo do consumo traz uma multidão de benefícios, como o bem-estar material, melhor saúde, informação e comunicação. "Ele contribui para tornar possível uma maior autonomia dos indivíduos em suas ações cotidianas. Ao mesmo tempo, põe em marcha um, processo de desorientação em razão da própria superescolha de que nos beneficiamos em matéria de produtos, de modelos, de modas, de viagens, de estilos, de marcas. Ele gera, no comprador hipercontemporâneo, novas incertezas ligadas à abertura do espaço das escolhas, as quais exprimem até no consumo cultural (Lipovetsky, 2012, p.58).

Outro ponto observado por Lipovetsky (2005, p. 13) é o consumo ostentatório, destacando o valor do luxo, não o luxo dos milionários, inatingível pela maioria das pessoas, mas o luxo de adquirir bens de marcas famosas e de prestígio; itens que também proporcionam prazer, que se manifestam como um direito às coisas supérfluas.

O consumo, neste contexto, deve ser observado a partir do reconhecimento do seu papel central no processo de reprodução social de qualquer sociedade, ou seja, de que todo e qualquer ato de consumo é essencialmente cultural; mas também deve ser analisado a partir de outro ponto de vista, abordando o sujeito-consumidor na contemporaneidade na sua relação com a busca de prazer e reconhecimento diante do consumo, consumo emocional.

Os indivíduos são submetidos aos seus desejos e os fornecedores apresentam seus produtos com a promessa de gratificação total. Observa-se então uma cultura em torno da imagem, da aparência, da boa forma, da juventude, que encontra suporte na demanda desse sujeito. A subjetividade torna-se uma peça fundamental para o sucesso desses fornecedores, pois o sujeito tem a sua demanda satisfeita, ilusoriamente, pelos produtos ofertados.

O superendividamento está ligado à relação complexa entre o indivíduo e a sociedade ou, isto é, consumo como forma de relação social entre pessoas e instituições ou como mecanismo de reprodução social. O fenômeno tem produzido impactos e consequências de várias ordens, tanto na sociedade, na vida familiar, quanto nos relacionamentos interpessoais e conflitos intrapsíquicos.

Bauman (1999), na sua obra *Modernidade e Ambivalência*, afirma que o mercado consumista impõe *identikits*, anunciando que:

Os reclames comerciais se esforçam em mostrar seu contexto social as mercadorias que tentam vender, isto é, como parte de um estilo de vida especial, de modo que o consumidor em perspectiva possa conscientemente adquirir símbolos da autoidentidade que gostaria de possuir. O mercado também oferece instrumentos para 'construir identidade' que podem ser usados diferencialmente, isto é, que produzem resultados algo diferentes uns dos outros e que são assim 'personalizados', feitos 'sob medida', melhor, atendendo às exigências da individualidade. Através do mercado, podem-se colocar juntos vários elementos do 'identikit' completo de um eu [...] A atração das identidades promovidas pelo mercado reside nos tormentos da autoconstrução e da subsequente busca de aprovação social (BAUMAN, 1999, p.216).

Em um ambiente de compra extremamente incentivada, o processo decisório do consumidor sempre é formado pelo conjunto de muitas variáveis. Deste modo, a formação do consentimento do consumidor no ato da compra é o seu ponto fraco, alvo dos fornecedores para estimular a aquisição de produtos e serviços. O Direito do Consumidor deve também se ocupar com o estudo desse aspecto de maneira bastante efetiva, com objetivo de evitar surgimento de novos problemas nessa sociedade que se caracteriza pela produção massificada, conseqüentemente pelo consumo massificado. Eis a sociedade do consumo, do consumismo, do crédito.

O acesso ao crédito destaca-se como elemento indispensável para que o indivíduo participe dessa cultura de consumo. Afinal, opera no mercado de consumo somente aquele que dispõe de recursos financeiros. O crédito permite condições essenciais para a aquisição de produtos e fruição de ser-

viços. Não raro, obter uma concessão de crédito apresenta-se como a única forma de acesso ao consumo (CARPENA, 2006).

O crédito concedido aos consumidores, não apenas, atende como também cria necessidades. Vinculado ao padrão de consumo, a identificação do sujeito passa pela ideia de pertencimento à determinada classe, grupo. Deste modo, o endividamento tornou-se um fato inerente à atividade econômica, servindo como meio de financiá-la (COSTA, 2002). Numerosos consumidores estão se endividando para consumir produtos e serviços, sejam essenciais ou não. Vive-se uma verdadeira economia ou cultura de endividamento; dos tempos de consumo, passa-se a observar o período de crédito, inevitavelmente consome-se mais com menor necessidade (MARQUES, 2006).

São tempos de consumo caracterizado pelo consumo nosso de cada dia, muito se quer, muito se compra. Eis a era do consumismo, da hipercontemporaneidade, associada à venda de felicidade - compra-se uma ilusão financiada, fragmenta-se uma vida a crédito - O superendividamento passa a ser causa e consequência deste cenário, anuncia os males modernos, oprime a dignidade, silencia a esperança do consumidor. Tempos de consumo(mismo), tempos de desordem, consequências (des)humanas.

2. FELICIDADE FINANCIADA: A SOCIEDADE DO CONSUMO DIANTE DO CRÉDITO

a sociedade de consumo é vista como a sociedade da opulência - existe uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objetos, dos serviços e dos bens materiais. Segundo Baudrillard (2010) trata-se de um fenômeno característico das sociedades desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX. Uma sociedade em que a lógica do consumo de

massa alterou o universo das prescrições moralizadoras e eradicou os imperativos coativos, uma cultura em que a felicidade se sobrepõe a tudo.

A felicidade passa a ser representada por um tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um de estilo de vida e uma estratégia existencial consumista. Zygmunt Bauman (2008a), diante da sociedade de consumidores, descreve-a como uma figura da liquefação em contraposição da solidez das épocas passadas; sociedade de consumidores em oposição à sociedade de produtores.

As transformações sociais que acontecem na sociedade moderna, no campo das relações humanas e de trabalho, instituições sociais, vida pública e privada, para Bauman (2008a), compõem a ideia de que a solidez das instituições sociais sucumbe irreversivelmente para a liquefação. As consequências são vistas pelos indivíduos contemporâneo-líquidos, pois a dinâmica das transformações sociais dissolve laços (afetivos e sociais) em grande velocidade. A liquefação das estruturas revela uma sensação de liberdade, pontuada por emblemas como a provisoriedade e o desapego. Nesta sociedade líquida caminha-se para a individualização das relações, até o ponto em que a satisfação seja alcançada de imediato e sem a necessidade de interação com os demais, reforçando a noção de moderno-líquido, de liberdade.

No contexto da contemporaneidade há um despreendimento da ideia de conservação e durabilidade. A individualização das relações acaba por dar causa a doenças típicas dos tempos contemporâneos, como fragilidade dos laços afetivos, abandono familiar, solidão, depressão, transtornos bipolares e consumistas. Não há compromisso, por exemplo, com a permanência e a durabilidade. Legados familiares, poupanças, amores antigos, tudo parece só ter valor na liquidez, ou seja, na circulação.

Reforçando a tese de que os indivíduos são mercadorias, Bauman (2008a) explica que a incessante necessidade de consumo vai além da aquisição de produtos e de bens materiais. Consumem, também, valores, aparências, hábitos e estilos de vida quando vistos como consumidores na sociedade líquido-moderna. Bauman (2009, p. 105) identifica, ainda, que a sociedade de consumo tem a premissa de satisfazer os desejos humanos de uma forma que nenhuma sociedade do passado conseguiu realizar, eis que “a promessa de satisfação, no entanto, só permanecerá sedutora enquanto o desejo continuar irrealizado; o que é mais importante, enquanto houver uma suspeita de que o desejo não foi pleno e totalmente satisfeito”.

A sociedade de consumo consegue tornar permanente a não-satisfação, neste sentido Bauman acrescenta:

A não satisfação dos desejos e a crença firme e eterna de que cada ato visando a satisfazê-los deixa muito a desejar e pode ser aperfeiçoado – são esses os anúncios da economia que têm por alvo o consumidor [...] Uma forma de causar esse efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido alcançados ao universo dos desejos do consumidor. Uma outra forma, ainda, mais eficaz, no entanto, se esconde da ribalta; o método de satisfazer toda necessidade/desejo/vontade de uma forma que não pode deixar de provocar novas necessidades/desejos/vontades o que começa como necessidade deve terminar como compulsão ou vício. E é isso que ocorre, já que o impulso de buscar nas lojas e só nelas, soluções para os problemas e alívio para as dores e ansiedade é apenas um aspecto do comportamento que recebe a permissão de se

condensar num hábito e ainda é avidamente estimulado a fazê-lo (Bauman, 2009, p.105-106).

A busca pela pertença dos consumidores contemporâneo-líquidos está fundamentada na necessidade de segurança da sua posição social, ressoando como autoconfiança, ao passo que todos buscam ansiosamente a aprovação. Assim, as bases para auto-estima podem ser fornecidas pela aprovação e admiração de outros, o que pode resultar na fragilidade do indivíduo.

Em mal-estar da civilização, Bauman (1998, p.36) esclarece que “neste mundo, os laços são dissimulados em encontros sucessivos, as identidades em máscaras sucessivamente usadas, a história da vida numa série de episódios, cuja consequência duradora é a igualdade efêmera da memória”. Assim reforça a fragilidade dos laços humanos que buscam reconhecimento e aprovação a todo custo dentro de uma lógica consumista - “o reconhecimento é como o falso coelho numa caçada; sempre perseguido pelos cães, jamais preso em suas mandíbulas” - (BAUMAN, 1998, p. 59).

A sociedade de consumo ou de consumidores converte-se à sociedade que busca a resposta à pergunta: *por que consumimos?* E para tal questão, encontra-se uma série de respostas amplamente aceitas, que vão da satisfação de necessidades até a emulação dos outros, a busca narcísica pelo prazer, a afirmação, o reconhecimento, a identidade, a afirmação de um *status*.

3. AS (DES)ESPERANÇAS DO CONSUMO E O SUPERENDIVIDAMENTO

Etimologicamente a palavra crédito provém de *credere*, que significa confiança. Para Costa e Lima (2010) o crédito associa-se a duas noções, quais sejam: a confiança e o tempo.

Define-o como faculdade de inspirar confiança (o empréstimo) por determinado tempo (prazo). Assim, para Costa e Lima (2010, p. 21) “o crédito é caracterizado pela decorrência de um prazo entre a prestação do credor e aquela do devedor, o que somente é possível porque o credor acredita que o devedor cumprirá sua obrigação nos prazos convencionados”.

O conceito de crédito, atualmente, não se confunde com o conceito de promessa, de segurança, fé no adimplemento, porque se trata de uma troca de bem presente (mercadorias), por um bem futuro (dinheiro). O crédito para o consumo implica em um constante movimento, dinamizando a economia e impulsionando este movimento, para que não retroceda, sempre procurando fazê-lo em uma ordem crescente.

O superendividamento é um tema em voga no Brasil e essa nova realidade brasileira reclama por um instrumento jurídico e adequado para dar conta das novas questões que surgem no mercado de consumo, relativas aos contratos de crédito. Para Carpena (2007) o superendividamento é um problema de conteúdo social, ressalta:

Esta afirmação se confirma diariamente nos noticiários, não escapando ao leitor mais atento a constatação de que se vive hoje, no Brasil economicamente estável, uma considerável expansão do crédito, que atinge em larga medida as classes menos favorecidas, mais numerosas e menos educadas para o consumo. Em pesquisa publicada no final de 2005, foi apurado que a concessão de crédito para as pessoas físicas já responde por 45,8% dos empréstimos bancários e cresceu 30% nos últimos 12 meses, enquanto a massa real de salários (quantidade de pessoas trabalhando e total de vencimentos descontada a inflação) aumentos apenas 5% no mesmo período (Carpena, 2007, p.77)

O Brasil é hoje uma economia do consumo, do gasto, em todos os sentidos. Poupar não parece ser um valor. De onde vem esse comportamento? Por que o Brasil se tornou a pátria das parcelas? Eis as (des)esperanças do consumo a partir do superendividamento do consumidor – *pra onde vamos?*

Ao multiplicar o poder de compra dos brasileiros, a ampliação do universo inclusivo das prestações tornou-se fundamental para a ascensão de renda no país, ou seja, boa parte dos novos compradores de automóveis, novos viajantes e novos proprietários de imóveis é tomadora de crédito em prazos cada vez mais longos de financiamento.

A autora portuguesa Maria Manuel Leitão Marques (2000) reconhece que o endividamento dos consumidores não é um problema em si, pois contribui para o aumento do bem-estar das famílias. Porém, alerta que o endividamento se transforma num problema quando ocorre o inadimplemento das obrigações, agravando-se a situação quando os rendimentos do agregado familiar não comportam os seus compromissos financeiros, isto é, quando existe o sobre, o além do endividamento.

O endividamento excessivo ou superendividamento é definido, pela melhor doutrina, como assegura Claudia Lima Marques (2006) na impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor leigo e de boa-fé de pagar todas as dívidas atuais e futuras de consumo. Neste sentido, Leitão Marques (2000):

O sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência de consumidores refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não possa fazer no momento em que

elas se tornem exigíveis. O sobreendividamento pode ser ativo, se o devedor contribui ativamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, por exemplo, não planejando os compromissos assumidos e procedendo a uma acumulação exagerada de créditos em relação aos rendimentos efetivos e esperados; ou passivo, quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização do emprego, divórcio, doença ou morte familiar, acidente, etc.) afetam gravemente a capacidade de reembolso do devedor, colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento (Leitão Marques, 2000, p.2)

Como se vê, faz-se uma distinção entre o superendividamento passivo e o ativo. Neste caso, o consumidor abusa do crédito (PAISANT, 2002), acumulando dívidas. O superendividado passivo, por sua vez, é um consumidor que não contribui ativamente para o aparecimento desta crise de solvabilidade e de liquidez, estando sua redução brutal de recursos ligada às áleas da vida (COSTA, 2002).

Neste sentido, Cláudia Lima Marques (2006, p. 258-260) contribui:

Efetivamente, tantos os acidentes da vida (desemprego, redução de salários, divórcios, doenças, acidentes, mortes, nascimento de filhos etc.) e o abuso de crédito podem criar uma crise de solvabilidade ou de liquidez (baixa imprevisível de recursos, alta das taxas de juros, alta ou baixa do dólar, necessidades de empréstimos suplementares etc.) para indivíduos e famílias, seja de classe média ou pobre, levando a impossibilidade de fazer frente ao conjunto de seus débitos atuais e futuros, impossibilidade de pagamento

de boa-fé, que a doutrina corretamente denominou de sobreendividamento, ou como prefiro, superendividamento [...] que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo.

Para um consumo intenso corresponde o recurso de múltiplas formas de financiamento. A gestão financeira apresenta-se mais elaborada porque também são os meios de pagamentos utilizados. Os cartões de crédito, débito e os cartões de loja, com vertente de crédito, coexistem com contas-ordenado, créditos pessoais, crédito à habitação, crédito automóvel. O crédito passa a ser utilizado, tanto na compra da casa, como no pagamento de cuidados de saúde, da alimentação e lazer. O multiendividamento marca a vida cultural e financeira destes indivíduos, agora superendividados.

Como assegura Bauman (2010a, p. 31) o contrato de crédito é o próprio sucesso dos bancos. É o fruto previsível ao transformar homens, mulheres, velhos e jovens em devedores. “Alcançaram seu objetivo: uma raça de devedores eternos e a autoperpetuação do “estar endividado”, à medida que fazer mais dívidas e visto como o único instrumento verdadeiro e salvação das dívidas já contraídas.” O próximo empréstimo é a forma de suspender a execução da dívida.

Ressalta o autor que um dos argumentos de maior aceitação para explicar o fenômeno da crise financeira mundial é a ausência de regulamentação, em especial, do setor financeiro e bancário. Assim, ao questionar ‘*pra onde vamos?*’ certas são as considerações preliminares da professora Claudia Lima Marques (2006) ao assinalar que o desafio proposto pela expansão do crédito ao consumo, na ausência de uma legislação que guiasse essa massificação, além do Código de Defesa do Consumidor e o princípio geral de boa-fé, fomentou uma crise de solvência e confiança. Se por um

lado, houve o aumento dos lucros dos bancos e a inclusão no sistema bancário de milhões de consumidores; em outro ponto de vista, são crescentes as ações individuais de pessoas endividadas, em especial as revisionais no Judiciário.

Em que pese, “nas sociedades de consumo consolidadas, o tema do superendividamento é tratado como problema jurídico [...] legislações especiais são preparadas para evitar (prevenção) e dirimir esse problema (tratamento)” (MARQUES, 2006, p. 265). No mesmo sentido, Lima e Bertonceo (2006) concluem que a informação e a autonomia da vontade são elementos essenciais para assegurar a integridade do consentimento do consumidor e prevenir o superendividamento.

Reforçam as autoras,

Aprimorar a proteção os consumidores significa, também, avançar no combate à exclusão social [...] Esta dimensão socioeconômica do superendividamento identifica que a manutenção do mercado com a crescente produção de bens, de serviços e de informações dependerá da saúde financeira deste consumidor e de sua reinserção no ciclo de produção, o que só é possível por meio de tutela jurídica específica destinada a prevenir e a solucionar as situações de endividamento (LIMA e BERTONCELO, 2006, p. 207-208)

Ao que se propõe este artigo, a compra por produtos e utilização de serviços tomou proporção inimaginável, do consumo ao consumismo, do crédito ao superendividamento, da dignidade (ausência dela) à esperança. A esperança de recomeçar, que para Clarissa Costa de Lima (2014), passa pelo desafio da construção de uma economia sustentável e protencionista aos consumidores, da qual afirma:

Os fatores que contribuem para o superendividamento das pessoas físicas devem ser considerados pelo legislador. Eis os principais: desregulamentação do mercado de crédito; redução do estado de bem-estar social; democratização do crédito; impulsividade dos consumidores; falha de mercado consistente na assimetria informativa; falta de educação financeira dos consumidores; heurística incompleta dos consumidores que os leva a avaliar mal o risco de superendividamento; concessão de crédito irresponsável pelos fornecedores ao cumprir o dever de avaliação prévia da capacidade de reembolso dos consumidores; criação de novas formas de crédito (cartão de crédito, crédito consignado, empréstimo *on-line*); a publicidade que incentiva o crédito sem alertar para os riscos de superendividamento e os acidentes da vida (desemprego, divórcio, doença, entre outros fatos imprevistos que impedem o pagamento o pagamento das dívidas). (LIMA, 2014, p. 178)

A espera por solução passa pela atualização do Código de Defesa do Consumidor, que cria uma oportunidade de tratamento e prevenção ao superendividamento. Como assegura Clarissa Costa de Lima (2014) a criação de uma tutela diferenciada aos consumidores em estado de superendividamento vai ao encontro do objetivo fundamental da Constituição Federal de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades; além de garantir o direito de acesso à justiça, promovendo a prevenção da dignidade da pessoa humana, respectivamente exposto, nos art.3º, III e art.5º, XXXV, CF/88.

Eis o espírito do PL 3515/2015, em substitutivo aprovado no Senado Federal PL 1805/2021, mais do que alterar a Lei

nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, aperfeiçoar a disciplina do crédito, regular a prevenção e o tratamento do superendividamento. É uma proposta legislativa que resgata a dignidade de consumidores que passaram a viver à margem da sociedade, endividados. Os desencontros que o consumo(mismo) foi capaz de criar entre *ter* e *ser* condicionam as mazelas da era do consumo, do hiperconsumo. A esperança? O direito de recomeçar.

Sem a intenção de comentar o texto por completo, faz-se menção para alguns dispositivos importantes ao cenário que se pretende construir. Em exemplo ao exposto na redação do art. 6º, XI, XII e XIII, foi proposta a inclusão, entre os direitos básicos dos consumidores, a garantia de práticas de crédito responsável, educação financeira, prevenção e tratamento das situações de superendividamento e revisão ou repactuação da dívida, entre outras medidas.

O art. 37, § 2º, traz como abusiva, entre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança; a publicidade que, dentre outras, contenha apelo imperativo de consumo à criança, que seja capaz de promover qualquer forma de discriminação ou sentimento de inferioridade entre o público de crianças e adolescentes ou que empregue crianças ou adolescentes na condição de porta voz direto da mensagem de consumo.

No que tange ao plano conciliatório, o projeto em comento, no art. 104-A, traz ao consumidor superendividado pessoa natural a possibilidade de requer em juízo a instauração de processo de repactuação de dívidas. O processo tem o intuito de realizar audiência conciliatória na presença de todos os

credores, que receberão o plano de pagamento, com prazo máximo de cinco anos, preservando o mínimo existencial e as garantias já pactuadas.

Importante e motivador é o § 2º, do artigo em questão, em que o legislador ocupou-se com o não comparecimento injustificado do credor; atribuindo à ausência a suspensão da exigibilidade do débito e interrupção dos encargos da mora.

Como já apresentado anteriormente, Clarissa Costa de Lima (2014) sugere diretrizes mínimas ao legislador brasileiro. A atualização do Código de Defesa do Consumidor permitirá, não havendo alterações prejudiciais, minimizar os efeitos sociais do superendividamento, com especial atenção ao consumidor-devedor.

A perspectiva ao projeto de lei brasileiro, mesmo com reconhecido desafio em sua tramitação e aprovação, pode se valer dos institutos legais instituídos em Portugal, especial, ao que se traz ao estudo, a partir do Decreto-Lei nº 144/2009, que introduziu no ordenamento jurídico português a figura do mediador do crédito, com função de defesa e promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades em relações de crédito, designadamente no domínio do crédito à habitação, com vista a contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro.

Deste modo, parece interessante pensar a fusão entre a previsão, ainda em projeto no Brasil, com a figura do mediador de crédito criada em Portugal. Neste sentido, é oportuna a exposição preliminar do Decreto-Lei nº 144/2009³, ao artigo 1º que define o mediador de crédito, o artigo 2º que apresenta a função e o artigo 4º ao especificar as atribuições, como segue:

Artigo 1.º O mediador do crédito é nomeado, por resolução do Conselho de Ministros, de entre pessoas cujas re-
.....

³ PORTUGAL. Diário da República Eletrónico. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/494564/details/maximized>.

conhecidas idoneidade, disponibilidade e qualificação profissional dão garantias de uma actuação habilitada e prudente no exercício das respectivas funções.

[...]

Artigo 3.º O mediador do crédito tem por missão a defesa e a promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades que sejam parte em relações de crédito, bem como contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro

Artigo 4.º Ao mediador do crédito compete: a) Contribuir globalmente para a promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos legalmente protegidos de quaisquer pessoas ou entidades que sejam parte em relações de crédito; b) Difundir e fomentar o conhecimento das normas legais e regulamentares aplicáveis aos contratos de crédito, contribuindo para o desenvolvimento da literacia financeira nesta área; c) Colaborar com o Banco de Portugal no sentido de contribuir para o cumprimento das normas legais e contratuais em matéria de concessão de crédito; d) Coordenar a actividade de mediação entre clientes bancários e instituições de crédito exercida com a finalidade de contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro; e) Emitir pareceres ou dirigir recomendações sobre quaisquer matérias relacionadas com a sua actividade; f) Assinalar as deficiências de legislação que verificar, emitindo recomendações para a sua alteração ou revogação, ou sugestões para a elaboração de nova legislação, as quais são apresentadas ao membro do Governo

responsável pela área das finanças; g) Acompanhar globalmente a actividade de crédito. 2 - No exercício das suas competências, o mediador do crédito é co-adjuvado por um conselho, que, actuando sob a sua coordenação, é responsável por assegurar a condução da actividade corrente, nomeadamente a prestação dos esclarecimentos e informações que sejam solicitados por quaisquer pessoas ou entidades e a implementação dos procedimentos de mediação.

Ao exposto, vale também lembrar que a proteção de dados ao preservar a identificação de consumidores condiciona, essencialmente, uma maior confiabilidade nas relações de consumo. Um investimento de confiança⁴, que aqui será denominado de investimento de confiança sequencial, pois não se esgota ao estabelecer a relação principal (compra e venda), há uma sucessiva correção de relações derivadas, entre elas a entrega de dados diante da confiança de preservação. Assume o consumidor um papel de maior protagonismo, além de sujeito, torna-se também efeito da relação, respectivamente, o sujeito-consumidor e o dado-consumidor, situações também mapeadas, em especial aos bancos de dados de inadimplência, ao consumidor superendividado. Neste cenário, o mediador do crédito assume essencial im-

4 "A tutela das expectativas depende sempre de que alguém tenha sido induzido a uma convicção, sobre a qual alicerça depois certas decisões. Requer-se, pois, por um lado, uma conduta que capta ou pelo menos ocasiona a confiança de outrem e, por outro, em sequência temporal, a orientação de outrem – dos seus planos e opções de vida – por essa situação, através de uma 'movimentação' ou mudança de posição (a que chamamos de investimento de confiança)". (FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 603).

Ao tema confiança a contribuição de Zygmunt Bauman, quando a relaciona aos espaços de medo que se formam na vida contemporânea. (BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Eliana Aguiar (trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009)

portância ao fomentar o conhecimento dos direitos e deveres dos cidadãos, prestar esclarecimentos e informações.

A proposta de atualização do Código de Defesa do Consumidor brasileiro traz a ideia de fomento às ações visando a educação financeira e ambiental dos consumidores; cuida da prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor, elenca entre os instrumentos da Política Nacional de Defesa do Consumidor instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; bem como núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento. Aos direitos básicos fica em acréscimo a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas; além da preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito.⁵

Ao que se vislumbra, a figura do mediador de crédito é instrumento que poderia corroborar ao proposto no projeto de lei brasileiro. Em composição possível, a atualização do Código de Defesa do Consumidor elenca o fomento à educação financeira, já nas atribuições do mediador de crédito observa-se a promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos legalmente protegidos e o fomento ao conhecimento das normas legais, no sentido de contribuir com a “literacia financeira”. Se *literacia* reveste-se do sentido de *qualidade de quem é letrado, letramento*, letrar o consumidor equivale a (in)formá-lo, educá-lo.

⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3515/2015. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>.

Em texto peculiar aos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, António Pinto Monteiro (2017), ao panorama atual e perspectivas futuras, indicou três pontos, que são aqui reproduzidos:

I – Assim, em primeiro lugar, fica expressa a nossa clara preferência pela codificação do (essencial do) direito do consumidor, em alternativa à legislação avulsa, dispersa e fragmentária que foi surgindo para defesa do consumidor. Feita esta primeira opção, uma segunda abraçámos, de seguida, a favor do Código do Consumidor, em alternativa à inclusão de tais matérias no Código Civil. As razões das nossas escolhas foram apresentadas. Não vamos agora repeti-las.

II – Mas importa que se esclareça, isso sim, que a nossa opção pelo Código do Consumidor não significa que nos alheemos de tudo o mais, que para solucionar problemas do direito do consumidor ignoremos os demais elementos legislativos em vigor. Pelo contrário!

III – Por último — mas, indiscutivelmente, last but not least —, falar, hoje, da defesa do consumidor não é reduzir a pessoa humana, não podendo acusar-se de visão reducionista quem fala ou quando se fala de consumidor em vez de cidadão. Melhor: não pode contrapor-se o cidadão ao consumidor, pois este mais não é do que o cidadão numa especial relação, a relação de consumo. Apelar à defesa do consumidor e à consagração de um regime especial, num código próprio, não significa prescindir da tutela que a ordem jurídica já lhe concede, como cidadão, e que o Código Civil acolhe. Haja em vista, entre tantos ou-

tros exemplos, que os direitos de personalidade continuam, como é natural, a ser consagrados no Código Civil. Este será sempre o diploma fundamental do direito privado e só será afastado nos pontos em que a lei especial — “in casu”, o Código do Consumidor — consagre um regime específico.

CONCLUSÃO

O raciocínio que se pretendeu neste artigo repassa por alguns (contra)pontos que contextualizam a contemporaneidade ao tempo de consumo; este, por sua vez, às consequências humanas do ser consumidor. Vislumbra-se um sujeito embriago ao desejo de ter, comprar produtos e utilizar serviços.

O viés explorado na exposição das ideias do texto parte da necessidade de reconhecer a existência de uma multiplicidade de paradigmas que explica o mundo. O mundo globalizado e conseqüentemente o consumo além das fronteiras, fez o consumidor acreditar em um falso empoderamento, pensando ser um sujeito onipresente, oniciente e onipotente, capaz de estar em todos os lugares, a todo tempo e tudo poder.

O consumo se fez tão indispensável, necessário e oportuno, no sentido pleno do latim *consumere*, passa-se a esgotar e destruir. Os processos de reprodução social e construção de subjetividade e identidade são tratados como sinônimos de consumo. Uma nova era permite falar em consumismo e hipercontemporaneidade em que se enfatiza um mundo de mercadorias, na medida em que o consumo deve ser compreendido como consumo de símbolos, signos.

O mundo hipercontemporâneo, como dito, organiza-se em torno de quatro pólos estruturantes: o *hipercapitalismo*, o *hiperindividualismo*, a *hipertecnificação* e o *hiperconsumo*,

forma hipertrofiada e exponencial do hedonismo mercantil, formada por *turboconsumidores* que são individualistas, compulsivos e descontrolados; compram felicidade, possuem desejos disponíveis e intermináveis que são patrocinados pela cultura de consumo.

Há que se concluir que o consumo passa a ter papel central no processo de reprodução social, ou seja, o ato de consumo é essencialmente cultural; mas também deve ser analisado a partir de um novo ponto de vista, abordando o sujeito-consumidor na contemporaneidade, que busca prazer e reconhecimento diante do consumo, ator de um consumo emocional.

Os mal-estares da contemporaneidade, dentre eles o adoecimento psíquico, têm convergência aos traços de desamparo, falta de referências. Eis a clínica do vazio, a partir desse contexto, encontra-se no desamparo-moderno a busca por identidades, disponíveis no consumo(mismo). É a sociedade de consumo, próspera na produção da eterna sensação de desamparo, contraditória ao vender felicidade e alimentar-se da infelicidade programada dos consumidores.

O acesso ao crédito passou a ser indispensável para que o indivíduo participe dessa cultura de consumo. A sociedade de consumo é também a sociedade do crédito, imersa no aceleração das desigualdades sociais que proporciona ao segmentar seus integrantes por sua capacidade de consumo.

Neste cenário o superendividamento corrobora com o distanciamento entre o consumidor e a dignidade. Da origem *credere*, que significa confiança, o crédito passou a ser referência de desesperança a partir do superendividamento do consumidor.

A esperança está na atualização do Código de Defesa do Consumidor, mais do que alterar a Lei nº 8.078/90, tem por objetivo aperfeiçoar a disciplina do crédito, regular a preven-

ção e o tratamento do superendividamento. É uma proposta legislativa que resgata a dignidade de consumidores. Como dito, os desencontros que o consumo(mismo) foi capaz de criar entre *ter* e *ser* condicionam às mazelas da era do consumo, do hiperconsumo. O direito de recomeçar, desde que se garanta ao consumidor práticas de crédito responsável, educação financeira, prevenção, tratamento das situações de superendividamento e repactuação da dívida quando necessária. Este é um espaço de perspectiva em que a experiência portuguesa, com o mediador de crédito, faça-se um instrumento que possa ser visualizado também em terras brasileiras.

REFERÊNCIAS

- ARENDETT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. Cultura, consumo e identidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauri Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- Modernidade e ambivalência. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- Globalização: as conseqüências humanas. Marcus Penchel (Trad.) Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999a
- Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.
- A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008b.
- A arte da vida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009a.
- Vida líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009b.
- Vida a crédito: conversas com Citali Rovirosa-Madrado. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010a.
- Mundo-consumo: ética del individuo em la aldea global. Traducido por Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2010b.
- A ética é possível num mundo de consumidores? Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011a.
- Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011b.

- Vida em fragmentos: sobre ética pós-moderna. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011c.
- Ensaio sobre o conceito de cultura. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito. São Paulo: RT, 2003.
- Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- BIRMAN, Joel. Subjetividades contemporâneas. In: *Psychê – Revista de Psicanálise*. São Paulo, ano V, n. 7, pp.151-69, 2001.
- Mal-estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 6ª. Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- BRAGHIROLI, Eliane Maria et al. Temas de psicologia social. Petrópolis: Vozes, 1994.
- CALAIS- AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2003.
- CARPENA, Heloísa de; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: MARQUES. Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). *Direitos do Consumidor Endividado : superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.
- Uma lei para os consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*, nº61, p.76-89, jan./mar. 2007.
- CROCHÍCK, Jose Leon. *Preconceito: indivíduo e cultura*. São Paulo: Robe Editorial, 1995.
- CROSS, Gary. *Na all-consuming century. Why commercialism won in modern América*. New York: Columbia University Press, 2000.
- DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.
- DURKHEIM, Émile. *La Science sociale et l'action*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós modernidade*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.
- FREUD, S. (1895/1986) Projeto para uma psicologia científica, In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira*;

com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.

— (1900/1986) A interpretação dos sonhos, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.

— (1926/1996) Inibições, sintomas e ansiedade, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.

— (1927/1996) O futuro de uma ilusão, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.

— (1930/1996) O Mal-estar na civilização, In: Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: Edição Standard Brasileira; com comentários e notas de James Strachey e Alan Tyson; traduzido por Jayme Salomão. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Imago, 1986.

GELPI, Rosa Maria; LABRUYÈRE, François Julien. História do crédito ao consumo - Doutrinas e práticas. São João do Estoril: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2000.

HARDY, Charles Oscar. Consumer credit and its uses. Nova Iorque: Prentice-Hall, 1938.

HOFSTEDE, G. Cultures and organizations: cultural cooperation and its importance for survival. London: McGrawHill International, 1994.

KEHL, Maria Rita. "O homem moderno, o desamparo e um apelo a uma nova ética". In: Sobre ética e psicanálise. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 39-75.

LASCH, Christopher. O Mínimo Eu: Sobrevivência psíquica em tempos difíceis. Trad. de João Roberto Martins Filho. São Paulo, Brasiliense, 1990.

LANE, S. T. M., & Codo, W. (Eds.). Psicologia Social: O homem em movimento. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LEÃO, Inara Barbosa. Um método para investigar a consciência: do intrapsicológico ao interpsicológico. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 19, n. spe2, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01022007000500021&lng=&nrm=iso, acessado em 26 de agosto de 2012.

- LEITÃO, Débora Krischke. Comunidade Virtual de Antropologia. Resenha. O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo. Resenha da obra de mesmo título, de Mary Douglas e Baron Isherwood. Disponível em <http://www.antropologia.com.br>, acessado em 07 de setembro de 2012.
- LEITÃO MARQUES, Maria Manuel et Al. O endividamento dos consumidores. Lisboa: Almedina, 2000.
- LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- LIMA, Clarissa Costa de; O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMA, Diana Nogueira de Oliveira. Consumo: uma perspectiva antropológica. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LIPOVETSKY, Gilles e ROUX, Elyette. O luxo Eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas. Tradução Maria Lúcia Machado. – São Paulo: Companhia das Letras, 2005a.
- A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005b.
- A sociedade da decepção. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2007.
- Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Tradução de Patrícia Xávier. Lisboa: Edições 70, 2010.
- A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- MACÊDO, Kátia Barbosa. O desamparo do indivíduo na modernidade. In Ecos Revista, v.2, p.99-107, 2012
- MANO, Cristiane. Quer pagar em quantas vezes? Revista Exame, Edição n.972, n.13, p.30-37, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES. Cláudia Lima et CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord). Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006.

- Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2011.
- et al. Manual de direito do consumidor. São Paulo: RT, 2012.
- MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: sociologia e antropologia. São Paulo: Cosac e Naify, 2003.
- MILLER, Daniel. Consumption as the vanguarda of history: a polemic by away of na introduction. In *Acknowledging Consumption*. Londres: Routledge, 1995.
- MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- O Direito do Consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, nº43, p. 111-132, jul.-set. 2002.
- MORIN, Edgar. Os Sete saberes necessários à educação do futuro. 6. ed. Tradução: Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; UNESCO, 2002
- MONTEIRO, António Pinto. O direito do consumidor no contexto português e europeu (breve apontamento). In: ALVINE, Angélica Arruda, et. Alii. 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. Panorama atual e perspectivas futuras. pp. 144-163. GZ Editora, Rio de Janeiro, 2017.
- MOSCHELLA, Alexandre; SALOMÃO, Alexa. Consumidor no vermelho. Exame, edição 997, nº 14, 10/08/2011, Capa, p.42.
- PAISANT, Gilles. El tratamiento del sobreendeudamiento de lós consumidores em derecho francês. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 42, 2002.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Mal-Estar na Modernidade. In: *Revista Brasileira de Psicanálise*. Vol.XXXI, p. 9-30, 1997.
- ROUQUIÉ, Alain. In: SEINTENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais (Prefácio)*. Barueri, SP: Manole. 2004
- SAHLINS, Marshall. *Cultura e razão prática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- "Os Traumas da Modernidade". In RUDGE, Ana Maria (org.) *Traumas*. São Paulo: Editora Escuta. 2006.
- SCHEWERINER, MARIO E René. O consumismo e a dimensão espiritual das marcas: uma análise crítica. 2008 . 180 p. Tese de Doutorado. Cur

so de Pós- Graduação em Ciências da Religião, São Bernado do Campo.

— Comportamento do consumidor: identificando necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. Narcisismo e publicidade: uma análise psicossocial dos ideais do consumo na contemporaneidade. São Paulo: Annablume, 2001.

SLATER, Don. Cultura do consumo e modernidade. São Paulo: Nobel, 2001.

TRAVANCAS, Isabel; FARIAS, Patrícia. Antropologia e comunicação. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

VEBLER, Thorstein. A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições. Tradução de Olívia Krahenbuhl. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO, <i>António Pinto Monteiro</i>	5
---	---

NOVAS TECNOLOGIAS, REGULAÇÃO
E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES: REFLEXÕES SOBRE O CASO DA UBER NO
BRASIL E EM PORTUGAL

Bernardo Franke Dahinten | Augusto Franke Dahinten

Introdução	12
1. O Direito do Consumidor nos Sistemas Jurídicos	13
1.1. A Proteção do Consumidor no Ordenamento Brasileiro	13
1.2. A Proteção do Consumidor no Ordenamento Português.....	15
2. A Regulação das Novas Tecnologias	17
2.1. A Quarta Revolução Industrial.....	17
2.2. Os Serviços de Transporte Particular por Aplicativo: o caso da Uber	20
3. A Regulação da Uber nos Tribunais	24
3.1. O Julgamento da ADPF 449 pelo Supremo Tribunal Federal	24
3.2. O Julgamento do C-434/15 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia	29
Considerações Finais	33
Referências Bibliográficas	36

FORMAÇÃO DO CONTRATO NO REGIME DOS CONTRATOS DE CRÉDITO RELATIVOS A IMÓVEIS (DECRETO-LEI N.º 74-A/2017, DE 23 DE JUNHO)

Gabriela Mesquita Sousa

1. Introdução	41
1.1 Ordenamento interno	46
2. Dever de avaliar a solvabilidade do consumidor	54
2.1 Avaliação negativa e (in)validade do contrato.....	69
2.1.2 <i>Wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt</i> - <i>salvo che la legge disponga diversamente</i>	84
2.2 Adequação do regime	88
2.2.1 Sanção e repercussão na obrigação constituída	92
3. Dever de informação e dever de assistência	102
3.1 Dever de assistência	107
3.1.2 Regulamentação pelo Banco de Portugal	113
3.2 TAEG: harmonização máxima e omissão	114
4. Período de reflexão nos contratos de crédito a habitação	122
4.1 Antecedência necessária.....	133
4.2 Modelo adoptado	138
4.3 Declaração de aceitação	141
4.4 Inobservância do período mínimo de reflexão.....	144
5. Conclusão	146

PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO: OS FORNECEDORES DA *SHARING ECONOMY* NUMA VISÃO BRASILEIRA

Guilherme Mucelin

Introdução	151
1. Atributos das plataformas do consumo compartilhado.....	153
2. Funções das plataformas na estrutura triangular de consumo compartilhado.....	159
3. Alguns posicionamentos dos Tribunais Estaduais brasileiros	165
Considerações finais.....	178
Referências bibliográficas.....	180

A COVID-19 E O SEU IMPACTO NOS CONTRATOS

Irene Rebelo

I. Introdução	186
II. Regulação Contratual	188

III. Regulação Legal	190
A. A alteração Anormal das Circunstâncias	190
B. A Impossibilidade da Prestação	198
C. A mora do Credor	204
IV. O dever de renegociar o Contrato	207
V. Considerações avulsas sobre a repartição do risco na pandemia	209
VI. Conclusão	231
VII. Lista bibliográfica	233

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO PRÁTICA
DO DECRETO-LEI N.º 227/2012 DE 25 DE OUTUBRO**
Joana Lourenço e Castro

I. Introdução	235
II. Atualidade e Importância	235
III. Âmbito de Aplicação	237
1. Âmbito de aplicação objetivo	238
2. Âmbito de aplicação subjetivo	239
IV. Princípios Gerais	240
V. Gestão do Risco de Incumprimento	241
VI. Regularização das Situações de Incumprimento	241
1. O Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento	242
1.1. A falta de Integração do Cliente Bancário no PERSI, uma exceção dilatória de conhecimento oficioso	243
1.2. A exigência de comunicação em suporte duradouro	245
1.3. O PERSI enquanto garantia para o cliente bancário, o art. 18.º como um bloqueio ao acesso à via judicial	248
1.4. O caso dos Fiadores e Avalistas - artigo 21.º	250
1.4.1. A problemática dos Avalistas	251
1.5. Problema da aplicação da lei no tempo / problemática das situações de incumprimento que vigorava no momento da entrada da lei em vigor	256
1.6. Breve análise do Acórdão n.º 194/13.5TBCMN-A.G1.S1	259
VII. Conclusão	262
Bibliografia	264

MEDICALIZAÇÃO DO CONSUMO E PUBLICIDADE ABUSIVA
A PROTEÇÃO DIFUSA DOS IDOSOS

Luiz Fernando Afonso

Sumário	267
Introdução	268
1. Sociedade de consumo ou de hiperconsumo. O consumo na pós-modernidade.....	269
2. Os fundamentos da defesa do consumidor e para a proteção do idoso.....	277
3. Os idosos como consumidores hipervulneráveis e como um novo mercado consumidor.....	282
4. A medicalização do consumo e a publicidade abusiva de medicamentos.....	286
5. Os idosos submetidos à publicidade de medicamentos caracterizados como hipocondríacos crônicos. A velhice tratada como doença e a promessa da “vida quase eterna”.....	294
Conclusão	303
Referências	305

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TAMANHO DA LETRA: A PROPÓSITO DA RECENTE ALTERAÇÃO AO DL N.º446/85, DE 25 DE OUTUBRO

Mafalda Miranda Barbosa

1. Introdução	307
2. O DL n.º 446/85, de 25 de outubro	309
3. O dever de comunicação das cláusulas	314
3.1. Os requisitos da comunicação	314
3.2. A sanção para a não comunicação das cláusulas	323
3.3. A recente alteração ao DL n.º446/85	328
4. O sistema administrativo de controlo de cláusulas abusivas	330

ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: QUESTÕES PRÁTICAS

Maria José Capelo | Ana Francisca Dias

Nota introdutória	331
I. A arbitragem de conflitos de consumo e a «Rede de Arbitragem de Consumo» (brevíssima referência).....	333
II. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à arbitragem de conflitos do consumo	335

III. Gestão processual e definição do objeto da causa (breve referência aos factos supervenientes)	339
IV. Efeitos da sentença arbitral para o profissional	348
A. A questão da (in)admissibilidade da reconvenção nas ações de simples apreciação negativa	349
Síntese conclusiva	355

ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: NOVAS QUESTÕES PRÁTICAS

Maria José Capelo | Ana Francisca Dias

Apresentação	363
I. Fundamentação das decisões arbitrais	364
I.1. A fundamentação como elemento essencial das decisões arbitrais	364
I.2. A intensidade do dever de fundamentação das decisões arbitrais: o critério da inteligibilidade como critério padrão e os seus efeitos ao nível da admissibilidade da anulação das decisões arbitrais	366
II. Publicidade ou confidencialidade das decisões arbitrais	370
Síntese conclusiva	375

OS DIREITOS DOS PASSAGEIROS DE TRANSPORTE AÉREO ANTES E DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Maria Luiza Baillo Targa

Introdução	383
I. A regulamentação dos direitos dos passageiros antes da pandemia	386
A) No Brasil	386
B) Em Portugal	393
II. A regulamentação dos direitos dos passageiros durante a pandemia	400
A) No Brasil	401
B) Em Portugal	408
Considerações finais	413
Referências bibliográficas	417

OS DEVERES DE INFORMAÇÃO PERANTE INVESTIDORES NÃO PROFISSIONAIS: REFLEXÃO À LUZ DA EQUIPARAÇÃO LEGAL A CONSUMIDORES

Marisa Silva Monteiro

1. A Intermediação Financeira – Breve Enquadramento	428
2. Intermediários Financeiros – Deveres Gerais de Conduta	432
2.1. Os Deveres de Informação no Código dos Valores Mobiliários.....	439
2.1.1. Os Contratos de Intermediação Financeira e as Cláusulas Contratuais Gerais.....	443
2.1.2. Os Contratos de Intermediação Financeira como Contratos de Adesão.....	445
2.1.3. O Conteúdo dos Deveres de Informação perante o Investidor Não Profissional à Luz do Código dos Valores Mobiliários.....	447
3. Os Deveres de Informação no Âmbito do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro).....	452
4. Breve Referência ao Regime dos Contratos à Distância relativos a Serviços Financeiros (Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio)	460
5. Os Deveres de Informação no Código dos Valores Mobiliários e no Regime das Cláusulas Contratuais Gerais: Análise Comparativa	466
6. Reflexões Finais	472

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE CONSUMO: LEI APLICÁVEL, JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

Nicole Rinaldi de Barcellos

Introdução	480
1. Comércio eletrônico transfronteiriço e proteção do consumidor pelo direito internacional privado: tutela do vulnerável a partir de uma renovação metodológica.....	482
1.1. Proteção dos consumidores em um mundo globalizado e comércio eletrônico: por uma relação de consumo justa e equilibrada	483
1.2. Contratos no comércio eletrônico transfronteiriço como um desafio ao método do direito internacional privado: reflexos na determinação da lei aplicável.....	488

2. Tutela processual do consumidor no comércio eletrônico transfronteiriço: entre jurisdição internacional e resolução alternativa de litígios de consumo	497
2.1. Jurisdição internacional protetora e acesso do consumidor à justiça: domicílio do autor como foro especial nas relações de consumo	497
2.2. Resolução alternativa de litígios nos contratos de consumo transnacionais: novos meios de garantia dos direitos dos consumidores no comércio eletrônico.....	502
Considerações finais.....	509

VENDA DE BENS DE CONSUMO
APONTAMENTO SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA (UE) 2019/771 E O
DIREITO PORTUGUÊS
Paulo Mota Pinto

1. Introdução	511
2. Harmonização fixa e prazo de transposição	515
3. Âmbito de aplicação	517
4. Conformidade com o contrato	523
5. Direitos do comprador	533
6. Prazos de garantia, de denúncia e de exercício dos direitos	548
7. Responsabilidade do produtor e direito de regresso	551
8. Garantias comerciais	554
9. Conclusão	557

A RENÚNCIA TÁCITA DO CREDOR À INDIVISIBILIDADE DA HIPOTECA
THE CREDITOR'S TACIT WAIVER OF THE INDIVISIBILITY OF THE MORTGAGE
Rui Estrela de Oliveira

I. Introdução	565
II. A hipoteca, a acessoriedade e a indivisibilidade	567
III. A renúncia	608
IV. A declaração tácita e o comportamento concludente.....	615
V. A renúncia tácita do credor hipotecário à indivisibilidade da hipoteca	630
VI. Conclusão	641
Bibliografia	643
Jurisprudência	646

PUBLICIDADE E CONSUMO: PAPEL DAS CELEBRIDADES E INFLUENCIADO-
RES DIGITAIS NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR ALÉM-FRONTEIRAS
E NO BRASIL

Tatiana Bruhn Parmeggiani Gomes

1. Introdução	649
2. Do cenário atual frente à pandemia	650
2. A. Das compras online e a guinada comportamental dos consumidores brasileiros em tempos de covid-19	651
2. B. Do crescimento acima do esperado no setor da beleza e cosméticos	654
3. Da publicidade além-fronteiras na era digital	655
3. A. Do papel das celebridades e influenciadores digitais no comportamento do consumidor	657
3. B. Dos conglomerados, das marcas descontinuadas e da opção por produtos com signos de celebridades no mercado da beleza	660
4. Considerações finais	664

A FIGURA DO MEDIADOR DE CRÉDITO:
EXPERIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E PERSPECTIVAS BRASILEIRAS
AO (SOBRE)ENDIVIDAMENTO

Vitor Hugo do Amaral Ferreira

Introdução	670
1. O consumo (<i>mismo</i>) e os mal-estares da (<i>hiper</i>) contemporaneidade	671
2. Felicidade financiada: a sociedade do consumo diante do crédito	677
3. As (des)esperanças do consumo e o superendividamento	680
Conclusão	693
Referências	696