

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

---

António Pinto Monteiro  
Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho  
Ana Francisca Pinto Dias  
Amanda Donadello Martins  
Ana Margarida Novais  
Andréia Fernandes de Almeida Rangel  
Augusto Franke Dahinten| Bernardo Franke Dahinten  
Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa  
Catharine Black Lipp João  
Gabriel Fraga Hamester  
João Letras  
Laila Roxina Moliterno Abi Cheble  
Lissandra de Avila Lopes  
Mariana Pais Albuquerque  
Sara Fernandes Garcia  
Vanessa Vale Cunha  
Vera Leal Ramos



N.º 18 · 2022

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

**FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

# ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

**DIRETOR**

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



N.º 18 - 2022

## **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

© JANEIRO 2023

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

## APRESENTAÇÃO

Passou mais um ano e com ele surge um novo volume dos nossos “Estudos de Direito do Consumidor”. É já o n.º 18 e diz respeito ao ano de 2022.

Como sempre, a nossa saudação inicial é para os leitores que nos distinguem com a sua consulta. Mas aqui registamos também, e principalmente, um cumprimento muito cordial e amigável a todos quantos enriquecem este volume com o seu contributo científico.

E como habitualmente, além da presença de Professores da Faculdade e do CDC, é com muita satisfação que aqui vemos também outros olhares, entre os quais estudantes dos nossos Cursos de Pós-Graduação e de Especialização em Direito do Consumidor, bem como jovens juristas que vêm participando em outras iniciativas do nosso Centro, designadamente em colóquios, workshops e encontros de árbitros de consumo.

É também significativa a dimensão internacional, em conformidade com aquela que tem sido a orientação destes “Estudos”, sendo de realçar a componente brasileira, com interessantes abordagens em tema de comparação de direitos.

A todos, uma boa e proveitosa leitura!

Coimbra, FDUC/CDC, em Dezembro de 2022

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



---

DOCTRINA

---



<b>António Pinto Monteiro</b> RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.....	9
<b>Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho</b> CRÉDITO AO CONSUMO E COLIGAÇÃO NEGOCIAL .....	31
<b>Ana Francisca Pinto Dias</b> AÇÕES COLETIVAS E COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA .....	51
<b>Amanda Donadello Martins</b> A CONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: DA DECISÃO C-434/15 AO PANORA- MA BRASILEIRO .....	117
<b>Andréia Fernandes de Almeida Rangel</b> CONSUMIDORES (SUPER) E (SOBRE) ENDIVIDADOS: SUA PROTE- ÇÃO NA ÓTICA BRASIL X PORTUGAL .....	151
<b>Augusto Franke Dahinten   Bernardo Franke Dahinten</b> CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA E DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR: COMPARAÇÃO ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS DO BRASIL E DE PORTUGAL A PARTIR DO JULGAMENTO DO CASO C-641/19 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA .....	187
<b>Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa</b> CONTRATOS DE CRÉDITO AOS CONSUMIDORES: A TUTELA DO CONSUMIDOR <i>EX ANTE</i> E <i>EX POST</i> À CONCLUSÃO DO CONTRATO COM O PROFISSIONAL SOB O MANTO DO RISCO DE SOBRE-ENDIVI- DAMENTO.....	223
<b>Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa</b> INCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE CRÉDITO PELOS CONSUMI- DORES: REGIME APLICÁVEL E MEDIDAS DE PREVENÇÃO E REGULA- RIZAÇÃO DE SITUAÇÕES DE INADIMPLENTO .....	317
<b>Catharine Black Lipp João</b> A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR E OS RISCOS DO DE- SENVOLVIMENTO NA DISCIPLINA EUROPEIAE NO DIREITO BRASILEIRO .....	409
<b>Gabriel Fraga Hamester</b> PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NO FORNECIMENTO DE CRÉDI- TO AO CONSUMIDOR IDOSO: VIESES NA TOMADA DE DECISÃO, HIPERVULNERABILIDADE E VALIDADE .....	443



**João Letras**

A DIRETIVA DOS CONTEÚDOS DIGITAIS (2019/770) À LUPA: CRÍTICAS ÀS OPÇÕES DE TRANSPOSIÇÃO TOMADAS PELO LEGISLADOR NACIONAL ..... 479

**Laila Roxina Moliterno Abi Cheble**

VULNERABILIDADES DAS PESSOAS MIGRANTES COMO CONSUMIDORAS: PERSPECTIVAS DE PORTUGAL, BRASIL E ARGENTINA..... 499

**Lissandra de Avila Lopes**

LEI 14.181/2021: CRÉDITO RESPONSÁVEL E DEVER DE INFORMAÇÃO..... 529

**Mariana Pais Albuquerque**

PUBLICIDADE INFANTIL NÃO SINALIZADA NO YOUTUBE: UNBOXING E OUTRAS EXPRESSÕES DO MARKETING DE INFLUÊNCIA ..... 563

**Sara Fernandes Garcia**

O CONCEITO DE "CONSUMIDOR MÉDIO" NO DIREITO EUROPEU DO CONSUMIDOR ..... 593

**Vanessa Vale Cunha**

ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TJUE DE 11 DE MARÇO DE 2020 – PROCESSO C-511/17 ..... 627

**Vera Leal Ramos**

O CONTROLO DE CLÁUSULAS GERAIS ABUSIVAS NA INJUNÇÃO E NA EXECUÇÃO: PRINCIPAIS DESAFIOS ..... 655

**Ana Margarida Novais**

2.º ENCONTRO NACIONAL DE ÁRBITROS DO CONSUMO - UM RELATO ..... 689

# RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS\*

*António Pinto Monteiro\*\**

## **1. A DIRECTIVA (UE) 2019/2161 (DIRECTIVA OMNIBUS) E O DECRETO-LEI N.º 109-G/2021**

Entrou há pouco em vigor (no passado dia 28 de Maio) o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, que transpôs parcialmente a Directiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2019. Esta Directiva, conhecida por “*Directiva Omnibus*”, veio introduzir diversas alterações à Directiva 93/13/CEE, do Conselho, e às Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, com o propósito de assegurar, conforme esclarece o Preâmbulo daquele Decreto-Lei, “uma melhor aplicação e a modernização das regras da União Europeia em matéria de defesa dos consumidores”.

Daí que, a fim de proceder à transposição da referida Directiva *Omnibus*, o Decreto-Lei n.º 109-G/2021 haja introduzido

---

\* Este trabalho destina-se aos Estudos em Homenagem à Prof. Doutora Maria da Glória Pinto Dias Garcia.

\*\* Professor Catedrático Jubilado da FDUC e Presidente da Assembleia Geral do CDC. Univ. Coimbra, Faculdade de Direito, Instituto Jurídico. <https://orcid.org/0000-0001-6910-3997>.

alterações ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (ccg); ao Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril, que regula a indicação de preços dos bens destinados à venda a retalho; ao Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de Março, que regula as práticas comerciais com redução de preço nas vendas a retalho praticadas em estabelecimentos comerciais; ao Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores; ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, relativo aos contratos celebrados a distância e fora do estabelecimento comercial; e, finalmente, à Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor).

Trata-se, como se vê, de um diploma legislativo muito importante, pelas alterações que introduziu em várias matérias, reguladas por diferentes textos legais, em conformidade com o vasto âmbito de aplicação da Directiva *Omnibus*. A nós interessa-nos apenas, neste contexto, analisar as alterações ao Decreto-Lei n.º 446/85, sobre o regime jurídico das ccg.

## **2. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS AO DECRETO-LEI N.º 446/85**

O Decreto-Lei n.º 109-G/2021 constitui, de momento (tanto quanto sabemos), a mais recente intervenção do legislador no regime jurídico das ccg. Mas várias têm sido as alterações (nem sempre bem conseguidas!) ao Decreto-Lei n.º 446/85, desde a sua publicação, em 25 de Outubro de 1985.<sup>1</sup>

.....  
<sup>1</sup> Um primeiro comentário nosso ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, foi logo feito na conferência que proferimos em Coimbra, a convite do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, em 15 de Janeiro de 1986, e que publicámos na *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA), ano 46, Lisboa, 1986, pp. 733, ss., sob o título "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro".

Como se sabe, a primeira dessas alterações deu-se através do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, com o propósito de transpor a Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril, sobre as cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, embora o legislador nacional tenha ido além do que seria necessário para esse efeito, tendo aproveitado a experiência de 10 anos de aplicação da lei para introduzir algumas melhorias no diploma.

Seguiu-se o Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho, com a finalidade de concluir a transposição da Directiva 93/13/CEE, por se entender que o Decreto-Lei n.º 220/95 não tinha transposto devidamente esta Directiva. Mas não foi inteiramente feliz, desta vez, o legislador nacional!<sup>2</sup>

Em 17 de Dezembro de 2001 foi publicado o Decreto-Lei n.º 323/2001 a fim de proceder à conversão em euros dos valores expressos em escudos em legislação da área da justiça. Um dos muitos diplomas legislativos alterados foi o Decreto-Lei n.º 446/85. Mas também não foi feliz, desta vez, o legislador!<sup>3</sup>

Estas alterações foram já objecto da nossa análise em trabalhos anteriores<sup>4</sup>. Daí que nos limitemos, no presente texto, a apreciar as demais alterações entretanto ocorridas, quer as que o já mencionado Decreto-Lei n.º 109-G/2021 introduziu,

.....

<sup>2</sup> Sobre estes dois diplomas legais pronunciámo-nos na conferência que proferimos em 28 de Setembro de 2000, de novo a convite do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados, que viemos a publicar na ROA, ano 62, Lisboa, 2002, sob o título "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais" (texto que corresponde, por sua vez, quase integralmente, ao trabalho que redigimos para os Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, intitulado "Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções").

<sup>3</sup> Cfr. o nosso "Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 141, ss.

<sup>4</sup> Cfr. os textos citados nas três notas antecedentes.

quer as que se verificaram por força da Lei n.º 32/2021, de 27 de Maio, e do Decreto-Lei n.º 108/2021, de 7 de Dezembro.

Começamos por estas.

### 3. A LEI N.º 32/2021

I – A Lei n.º 32/2021, de 27 de Maio, veio estabelecer limitações à redacção de ccg, proibindo as cláusulas redigidas com tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15.

Previu, além disso, a criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, a ter lugar na regulamentação da Lei, no prazo de 60 dias.

Vamos começar pelas medidas relativas à redacção das ccg. Mas para bem compreendermos o alcance destas — e das demais — medidas introduzidas por todos estes diplomas legais, assim como a razão de ser das observações que as mesmas nos merecem, convém recordar, ainda que de modo fotográfico, os principais *problemas* que este novo modo de contratação suscita e as *soluções* que a lei consagrou<sup>5</sup>.

II – Esses problemas são, fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente *desconhecer* cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de *cláusulas abusivas*; no plano processual, mostram a *inadequação e insuficiência* do normal controlo judiciário, que actua *a posteriori*, depende da *iniciativa* processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso *concreto*.

.....

<sup>5</sup> Para uma visão mais desenvolvida pode ver-se o nosso “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, cit., pp. 7 e ss. da respectiva separata (n.º 4), bem como a doutrina aí mencionada.

Em face disto, um controlo eficaz terá de actuar em três direcções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um *efectivo e real acordo* sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela *proibição de cláusulas abusivas*; e pela atribuição de *legitimidade processual activa* a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadearem um *controlo preventivo* (que além de permitir superar a habitual *inércia* do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as “condições gerais” antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato. Esteve bem o legislador de 85 nas soluções que consagrou.

III – Posto isto, regressamos à Lei n.º 32/2021 e à proibição de ccg cuja redacção não obedeça a certas medidas.

Efectivamente, o art. 2.º desta Lei *acrescentou* ao art. 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85 a alínea i), tendo passado a ser absolutamente proibidas as ccg que “*Se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15*”. Daí que a sanção prevista seja a nulidade, nos termos do disposto no art. 12.º do referido Decreto-Lei.

Esta exigência legal quanto à redacção de ccg vem na linha das preocupações respeitantes à *formação do contrato*, procurando facilitar-se o *conhecimento* das cláusulas que ficarão a fazer parte do contrato, na busca de um *efectivo e real acordo do aderente*. Parece-nos, por isso, que essas *limitações* à redacção de ccg deveriam ter sido inseridas no capítulo II do Decreto-Lei n.º 446/85, onde se trata da “*Inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares*”,

na linha dos deveres de comunicação e de informação previstos nos arts. 5.º e 6.º.

Em vez de seguir este caminho, o legislador de 2021 optou por consagrar as novas limitações à redacção de ccg no capítulo V, no elenco das ccg *absolutamente proibidas* (art. 21.º). Pelo que a consequência será a *nullidade* (art. 12.º), e não a exclusão pura e simples de tais cláusulas do contrato singular (art. 8.º).

Dir-se-á, porventura, contra esta nossa posição crítica, que o art. 21.º trata das cláusulas absolutamente proibidas nas “relações com os consumidores finais” (secção III, arts. 20.º e ss.). *Daí que a nova exigência legal a respeito da redacção das ccg não abranja as “relações entre empresários ou entidades equiparadas”* (secção II, arts. 17.º e ss.).

Compreendemos, à partida, que o legislador possa ter querido *diferenciar*, também neste caso, as relações com os consumidores das relações entre empresários, reservando aquelas medidas de protecção acrescida às relações com os consumidores, na linha da filosofia que inspirou o legislador de 1985, e que em geral aplaudimos. Quer dizer, por força do regime jurídico agora consagrado, as *limitações à redacção de ccg aplicam-se apenas nas relações de consumo* (alínea i) do art. 21.º).

Ora, já não seria assim se tais limitações tivessem sido inseridas no capítulo II, pois as regras sobre a *inclusão* de ccg *aplicam-se a todas as relações*, seja nos contratos com consumidores, seja nos contratos entre empresários ou entidades equiparadas. Aqui estará, pois, porventura, a razão por que a Lei n.º 32/2021 consagrou tais exigências no art. 21.º, no elenco (exemplificativo) de cláusulas absolutamente proibidas nas relações com consumidores.

Duvidamos, todavia, do acerto desta medida. Por um lado, dificilmente se verá as empresas a consagrarem *diferentes*

ccg, consoante contratem com consumidores ou com outros empresários, com *diferentes* tamanhos de letra e de espaçamento num caso e no outro! Por outro lado, e sobretudo, não vemos porque é que essa *diferenciação* deva fazer-se, valendo tais limitações apenas quanto a ccg redigidas para contratos com consumidores, pois já a alínea c) do art. 8.º considera *excluídas* dos contratos as cláusulas que, “*pela sua apresentação gráfica*”, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real.

Quer dizer, parece-nos que *já com fundamento nesta disposição legal se chegaria a resultado semelhante ao que agora se prevê na alínea i) do art. 21.º*, sendo certo que essa exigência quanto à “*apresentação gráfica*” *não se restringe às relações com consumidores!*

Porventura com outra agravante, pela dificuldade de *articulação* desta recente norma legal com os arts. 5.º, 6.º e 8.º. É que se o tamanho da letra levar a concluir que a cláusula passa “*despercebida a um contratante normal*”, então ela seria desde logo *excluída* do contrato singular (alínea c) do art. 8.º), não fazendo sentido vir a questionar-se depois a sua nulidade por força da alínea i) do art. 21.º; mas se, pelo contrário, for de concluir que a cláusula não passa despercebida a um contratante normal, então parece que não haveria razões para se vir a considerá-la nula...<sup>6</sup> Terão sido preocupações de segurança a determinar esta medida legislativa.

**IV – A segunda medida prevista na Lei n.º 32/2021 consiste, como já vimos, na criação de um sistema administrativo de**

.....  
<sup>6</sup> Criticando também esta recente medida legislativa sobre o tamanho da letra, cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro*, in “Estudos de Direito do Consumidor”, n.º 17, CDC/FDUC, Coimbra, 2021, pp. 307 e ss.



*controlo e prevenção de cláusulas abusivas*, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades. Assim preceitua o n.º 2 do art. 3.º desta Lei, devendo esta medida ser adoptada na regulamentação da mesma, fixando o n.º 1 do referido art. 3.º o prazo de 60 dias para o Governo proceder a essa regulamentação. Porém, tanto quanto sabemos, essa regulamentação ainda não foi feita, apesar de estar já ultrapassado o prazo de que o Governo dispunha.

Trata-se de um aspecto muito importante e muito sensível. Poderá estar em causa o controlo *preventivo* exercido através da acção *inibitória*, prevista nos arts 25.º e ss. do Decreto-Lei n.º 446/85.

Com efeito, independentemente da sua inclusão numa concreta relação jurídico-negocial já encetada, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, desde que interditas pela lei, podem, *desde logo*, ser proibidas por decisão judicial.

A finalidade desta medida é de impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, procurando assim o legislador *superar* os inconvenientes de um controlo apenas *a posteriori*, com efeitos circunscritos ao caso concreto, *sub iudice*, e dependente apenas da *iniciativa* processual do lesado, o qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso.

Optou o legislador nacional, na esteira da lei alemã, por confiar esta tarefa de fiscalização *preventiva* das cláusulas contratuais gerais ao poder judicial, e não a entidades administrativas. Solução que se traz alguns inconvenientes, designadamente do ponto de vista da maior preparação técnica e especialização que um órgão ou comissão "ad hoc" teria, não deixará, contudo, de se compreender, ao menos em princípio, tendo em conta as maiores garantias de *isenção* e de *independência*, à partida, dos tribunais. Mas esta solução

tem vindo a ser contestada, pela morosidade e menor preparação técnica dos tribunais, insistindo-se nos mecanismos *extrajudiciais* de resolução de conflitos.

Posto isto, aguarda-se, com expectativa, mas também com alguma apreensão, pela regulamentação anunciada, a fim de sabermos *em que termos* será criado o dito “sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas”.

Pelo nosso lado, gostaríamos que esta tarefa de *fiscalização preventiva* de ccg continuasse a ser confiada aos *tribunais*, pelas razões já acima apontadas. Mas também bom seria que o legislador viesse a encontrar uma solução que permitisse superar o inconveniente de a decisão na acção inibitória ter uma eficácia *ultra partes restrita a quem pode invocá-la*<sup>7</sup>.

#### **4. O DECRETO-LEI N.º 108/2021**

I – O Decreto-Lei n.º 108/2021, de 7 de Dezembro, acrescentou ao art. 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85 a alínea j), por força da qual são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as ccg que *“Estabelecem, a favor de quem as predisponha, comissões remuneratórias excessivas ou que sejam discriminatórias em função da nacionalidade ou do local do estabelecimento da contraparte, sem prejuízo da legislação especificamente aplicável no âmbito dos serviços financeiros”*.

A justificação para esta nova proibição legal consta do preâmbulo do referido diploma, procurando evitar-se que “as empresas intermediárias fizessem repercutir as proibições anteriores<sup>8</sup> no valor das comissões cobradas aos fornecedores de bens ou prestações de serviços nos contratos celebrados”.

.....  
<sup>7</sup> Voltaremos a este ponto, *infra*, n.º 5.

<sup>8</sup> Ou seja, as proibições que o mesmo Decreto-Lei n.º 108/2021 estabelece no regime da concorrência e no regime das práticas individuais restritivas do comércio, através das alterações introduzidas à Lei n.º 19/2012, de 8 de

II – O legislador optou, desta vez, por inserir esta nova limitação no art. 19.º, ou seja, no preceito legal dedicado às “cláusulas relativamente proibidas”. Preceito este que consta da secção II do capítulo V, ou seja, da secção que abrange as “relações entre empresários ou entidades equiparadas”.

Em relação ao primeiro ponto, de acordo com o modelo legislativo instituído, trata-se efectivamente de uma proibição meramente *relativa*, diversamente do que sucede com a alteração (já analisada) introduzida pela Lei n.º 32/2021, que incluiu essa nova limitação no art. 21.º, ou seja, no elenco de cláusulas *absolutamente* proibidas<sup>9</sup>.

Assim, em primeiro lugar, é importante recordar o sentido da distinção entre *cláusulas absolutamente proibidas* — são as que constam dos arts. 18.º e 21.º, tratando-se de relações com consumidores finais, ou apenas do art. 18.º, tratando-se de relações *entre* empresários ou entidades equiparadas — e *cláusulas relativamente proibidas* — arts. 19.º e 22.º, para as relações do primeiro tipo, ou só art. 19.º, não estando envolvidos consumidores finais.

Enquanto as cláusulas sujeitas a uma proibição *relativa* permitem ao tribunal a sua apreciação em cada caso, ainda que segundo um modelo objectivo, as outras são proibidas em termos *absolutos*, ou seja, em qualquer caso; umas só são proibidas após *valoração* judicial, as outras são-no *imediatamente*, desde que constem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas.

.....  
Maio, e ao Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, respectivamente, tendo em conta a importância do sector do turismo na economia portuguesa e os novos paradigmas de actuação dos intermediários, procurando assim o Governo “criar condições para que o mercado em que as mesmas [as empresas] se movimentam funcione de forma equilibrada e concorrencial”.

<sup>9</sup> Cfr., *supra*, n.º 3 – III.

Atente-se, por outro lado, no *padrão de referência* a ter em conta pelo tribunal, ao *ajuizar* sobre determinada cláusula, quando isso lhe é permitido, ou seja, quando se trate de uma cláusula proibida apenas em termos relativos. Esse padrão de referência, “o *quadro negocial padronizado*” (nos termos dos arts. 19.º e 22.º), é um paradigma, é o *modelo* perante o qual se deverá apreciar, parece-me, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado sector de actividade.

O vasto elenco de cláusulas interditas, tanto em termos absolutos como em termos relativos, não impede, contudo, que outras cláusulas possam vir a ser proibidas, por decisão judicial, ainda que não estejam incluídas em qualquer das referidas normas. É que a lei dispõe de uma *cláusula geral*, assente no princípio da *boa fé*, perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula terá de justificar-se (arts. 15.º e 16.º, após a alteração de 1995).

Em relação ao segundo ponto, o legislador optou, como dissemos, por consagrar esta nova proibição na alínea j) do art. 19.º, e, portanto, na secção que trata das “*relações entre empresários ou entidades equiparadas*”, diversamente, também neste ponto, da opção tomada pela Lei n.º 32/2021, que recorreu ao art. 21.º, incluído na secção dedicada às “*relações com os consumidores finais*”.

A importância desta distinção reside no seguinte: enquanto, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que constam, respectivamente, dos arts. 18.º e 19.º, já nas relações com consumidores finais, porém, além destas cláusulas, são igualmente proibidas, de modo absoluto ou apenas relativo, as que constam dos arts. 21.º e 22.º, respectivamente.

Quer dizer: tratando-se de relações com consumidores finais, são proibidas tanto as cláusulas indicadas nas normas

da respectiva secção (hoje, secção III), como, igualmente, as cláusulas proibidas pelas secções anteriores: é a solução ditada pelo art. 20.º.

Compreende-se esta atitude do legislador, evidenciando especial sensibilidade pela tutela dos interesses do consumidor final, sem reduzir, porém, a fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais a este sector. Na verdade, como o problema é mais geral, a lei não descarta a protecção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica.

## 5. O DECRETO-LEI N.º 109-G/2021

I – Como dissemos logo no início deste trabalho, o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, transpõe parcialmente a Directiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2019 (Directiva *Omnibus*), a qual introduziu diversas alterações a várias directivas, uma das quais a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 13 de Abril, sobre as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores. Daí que, a fim de proceder à transposição da referida Directiva *Omnibus*, o Decreto-Lei n.º 109-G/2021 haja introduzido alterações ao Decreto-Lei n.º 446/85<sup>10</sup>. São estas alterações que passamos agora a analisar.

A primeira alteração consta do art. 9.º, através do *aditamento* ao Decreto-Lei n.º 446/85 dos arts. 34.º-A, 34.º-B e 34.º-C; a segunda alteração consta do art. 13.º, no qual se procede a *alterações sistemáticas*, devidas ao aditamento daqueles artigos; assim, estes novos artigos são incluídos no capítulo VII, cuja epígrafe é alterada para “*Fiscalização e regime sancionatório*”,

.....  
<sup>10</sup> Cfr, *supra*, n.º 1 deste trabalho.

e é aditado o capítulo VIII, com a epígrafe “*Disposições finais e transitórias*”, que passa a integrar os arts. 35.º a 37.º.

II – Atentemos no teor dos novos preceitos que constam do capítulo VII, dedicado, como dissemos, à “Fiscalização e regime sancionatório”.

#### “Artigo 34.º-A Contraordenações

1 - Constitui contraordenação muito grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, a utilização de cláusulas absolutamente proibidas nos contratos, incluindo as previstas nos artigos 18.º e 21.º

2 - A negligência é punível nos termos do RJCE.

3 - Salvo disposição em contrário, o montante das coimas aplicadas é distribuído nos termos previstos no RJCE.

4 - O disposto no presente artigo não prejudica a aplicação do regime substantivo e processual específico do setor em causa, caso este exista.

#### Artigo 34.º-B Determinação da medida da coima

Na determinação da coima a que se refere o artigo anterior, o decisor deve ter em conta:

a) A natureza, gravidade, dimensão e duração da infração cometida;

b) As medidas eventualmente adotadas pelo infrator para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores;

c) As eventuais infrações cometidas anteriormente pelo infrator em causa;

d) Os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo infrator em virtude da infração cometida, se os dados em causa estiverem disponíveis;

e) Outros fatores agravantes ou atenuantes aplicáveis às circunstâncias do caso concreto que devam ser considerados, de acordo com RJCE.

### Artigo 34.º-C

#### Fiscalização, instrução e aplicação de coimas

1 - A fiscalização do cumprimento do disposto no presente decreto-lei, assim como a instrução dos respetivos processos de contraordenação e a aplicação das coimas competem à entidade reguladora ou de controlo de mercado competente nos termos da legislação setorialmente aplicável.

2 - Na ausência de entidade reguladora ou de controlo de mercado competente em razão da matéria, compete à Direção-Geral do Consumidor (DGC) fiscalizar o cumprimento do disposto no presente decreto-lei, instruir os processos de contraordenação e aplicar coimas."

Como se vê, com o aditamento destes artigos pretende o Decreto-Lei n.º 446/85 reforçar o quadro sancionatório aplicável, tipificando-se como "*contraordenação muito grave*" a utilização de cláusulas absolutamente proibidas nos contratos com uso de ccg, punível nos termos do RJCE (art. 34.º-A).

Mas este passo levanta algumas dúvidas e suscita questões delicadas!

Começamos, desde logo, pela redacção do art. 34.º-A, que não é famosa! Haverá, pergunta-se, outras ccg "absolutamente proibidas" *para além* das que constam dos arts. 18.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85? Pareceria que sim, em face do que prescreve o n.º 1 do art. 34.º-A, com a expressão "*incluindo as*

previstas nos arts. 18.º e 21.º...<sup>11</sup> O verbo incluir está evidentemente *a mais!*<sup>12</sup>. A não ser que a lei previsse outras ccg “absolutamente proibidas” *para lá daquelas* que os arts. 18.º e 21.º prevêem, o que não é o caso.

Outra dificuldade, mais séria do que essa, tem que ver com o termo “*utilização*”. Pergunta-se: bastará a *apresentação* de ccg absolutamente proibidas para se incorrer nesta contraordenação? Ou, pelo contrário, a “*utilização*” pressupõe a inserção, num contrato singular, de ccg *já proibidas em anterior acção inibitória*? Numa palavra, exige-se ou não uma *condenação judicial prévia*?

Esta questão está ligada a uma outra, mais ampla, que é a de saber se o *controlo preventivo* das ccg deve ser (ou melhor, continuar a ser) um controlo *judicial* ou, ao invés, passa a ser um controlo *administrativo*, parecendo ir neste último sentido esta recente intervenção legislativa. Mas, ainda assim, se for este o caso, importará que se apure *em que termos* se processa esse controlo.

**III –** Com efeito, apontam neste sentido os outros dois artigos, particularmente o que se dispõe relativamente à “*fiscalização, instrução e aplicação de coimas*”, determinando o art. 34.º-C que essa actividade compete “à entidade reguladora ou de controlo de mercado competente nos termos da legislação sectorialmente aplicável” (n.º 1), ou, na ausência dessa entidade, “à Direcção-Geral do Consumidor” (n.º 2). E, note-se bem, não se trata, apenas, da instrução dos processos de contraordenação e de aplicação das coimas, *mas da fiscalização do cumprimento do disposto em todo o Decreto-Lei n.º 446/85.*

<sup>11</sup> O itálico é nosso, evidentemente.

<sup>12</sup> Salvo se se referisse às ccg *incluídas* nos arts. 18.º e 21.º, devendo, neste caso, ser eliminado o termo “previstas”, que estaria então a mais...



A primeira grande questão que esta norma levanta, é, pois, a de saber se o controlo *preventivo* exercido através da acção inibitória, até aqui um controlo *judicial*, passará a ser um controlo de tipo *administrativo*. Cremos que não, até porque os preceitos relativos à acção inibitória (arts. 25.º e ss.) não foram revogados. Mas se o controlo judicial *não foi substituído* por este, como se *articulam* eles entre si?

A Directiva (UE) 2019/2161 (que o Decreto-Lei n.º 109-G/2021 transpõe) alterou, no seu art. 1.º, a Directiva 93/13/CEE, inserindo nesta Directiva um novo artigo, nos seguintes termos:

“Artigo 8.º -B

1. Os Estados-Membros estabelecem as regras relativas às sanções aplicáveis em caso de violação das disposições nacionais adotadas nos termos da presente diretiva e tomam todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

2. Os Estados-Membros *podem restringir* essas sanções às situações em que as cláusulas contratuais sejam *expressamente definidas como abusivas* segundo o direito nacional ou em que o profissional continue a recorrer a cláusulas contratuais que *tenham sido consideradas abusivas numa decisão definitiva* adotada nos termos do artigo 7.º, n.º 2<sup>13</sup>.

3. Os Estados-Membros asseguram que, na aplicação de uma sanção, são tidos em conta, sempre que for caso disso, os seguintes critérios não exaustivos e indicativos:

a) a natureza, gravidade, dimensão e duração da infração cometida;

b) as medidas eventualmente adotadas pelo profissional para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores;

c) as eventuais infrações cometidas anteriormente pelo profissional em causa;

.....  
<sup>13</sup> O destaque a itálico é evidentemente nosso.

d) os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo profissional em virtude da infração cometida, se os dados em causa estiverem disponíveis;

e) as sanções impostas ao profissional pela mesma infração noutros Estados-Membros, em situações transfronteiriças caso a informação sobre essas sanções esteja disponível através do mecanismo estabelecido pelo Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho;

f) qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto.

4. Sem prejuízo do n.º 2 do presente artigo, os Estados-Membros asseguram que, aquando da aplicação de sanções nos termos do artigo 21.º do Regulamento (UE) 2017/2394, essas sanções contemplam a possibilidade de aplicar coimas por meio de procedimentos administrativos ou de intentar uma ação judicial para aplicação de coimas, ou ambas, sendo o montante máximo dessas coimas de, pelo menos, 4% do volume de negócios anual do profissional no(s) Estado(s)-Membro(s) em causa.

5. Para os casos em que deva ser aplicada uma coima nos termos do n.º 4, mas em que não esteja disponível informação sobre o volume de negócios anual do profissional, os Estados-Membros introduzem a possibilidade de aplicar coimas cujo montante máximo deve ser de, pelo menos, dois milhões de euros.

6. Os Estados-Membros notificam a Comissão, até 28 de novembro de 2021, das regras e medidas a que se refere o n.º 1 e notificam-na, sem demora, de qualquer alteração ulterior das mesmas."

Como facilmente se verifica, é este art. 8.º-B da Directiva 93/13/CEE que é transposto pelos referidos arts. 34.º-A, 34.º-B e 34.º-C. Ora, no que agora nos interessa, o n.º 2 do art. 8.º-B permite que os Estados-Membros restrinjam as sanções às

situações em que as ccg sejam definidas como abusivas ou em que o profissional continue a recorrer a ccg que tenham sido consideradas abusivas por decisão definitiva. Ou seja, a Directiva deixa *em aberto* as duas possibilidades<sup>14</sup>.

Esta conclusão resulta claramente também dos considerandos da Directiva *Omnibus*, particularmente do considerando 14, redigido nos seguintes termos:

“(14) Deverão prever-se regras relativas às sanções na Directiva 93/13/CEE com vista a reforçar o seu efeito dissuasivo. Os Estados-Membros podem decidir sobre o procedimento administrativo ou judicial relativo à aplicação das sanções em caso de violação dessa directiva. Em especial, as autoridades administrativas ou os tribunais nacionais poderão aplicar sanções ao estabelecerem o carácter abusivo das cláusulas contratuais, inclusive com base num processo judicial instaurado por uma autoridade administrativa. As sanções também poderão ser impostas pelas autoridades administrativas ou pelos tribunais nacionais quando o profissional *utiliza cláusulas contratuais expressamente definidas como abusivas em todas as circunstâncias*, nos termos do direito nacional, *bem como quando o profissional utiliza uma cláusula contratual que tenha sido considerada abusiva por uma decisão definitiva com carácter vinculativo*. Os Estados-Membros poderão decidir que as autoridades administrativas também têm o direito de estabelecer o carácter abusivo das cláusulas contratuais. As autoridades administrativas ou os tribunais nacionais poderão impor igualmente sanções no âmbito da mesma decisão que estabelece o carácter abusivo das cláusulas contratuais. Os Estados-Membros poderão estabelecer os mecanismos de coordenação adequados relativamente a quaisquer ações

.....

<sup>14</sup> Posição que vem já da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Abril de 2018.

a nível nacional no que respeita às vias de recurso individuais e às sanções”<sup>15</sup>.

**IV** – Posto isto, voltando aos arts. 34-A a 34-C, aditados ao Decreto-Lei n.º 446/85 pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, repetem-se as perguntas: *constituirá contraordenação muito grave a utilização de ccg num contrato singular após decisão definitiva que as haja qualificado como cláusulas absolutamente proibidas, nos termos dos arts. 18.º a 21.º, em acção inibitória intentada em conformidade com o disposto nos arts. 25.º e ss.?* A ser assim, como nos parece, as coimas que agora a lei prevê constituirão sanções que acrescem às que o Decreto-Lei n.º 446/85 já previa, nos arts. 32.º e 33.º (declaração incidental de nulidade e sanção pecuniária compulsória).

Ou, pelo contrário, pergunta-se, *constituirá contraordenação muito grave a mera apresentação de ccg que a lei (arts. 18.º e 21.º) proíba de modo absoluto, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares, de modo semelhante ao que sucede na acção inibitória, com a diferença, naquele caso, de esse juízo ser da responsabilidade de uma entidade administrativa?* A ser assim, também neste caso as coimas passarão a constituir uma nova sanção que acresce às que a lei previa. Com a diferença, em todo o caso, de a aplicação das coimas não estar agora dependente de uma condenação judicial prévia.

**V** – Esta última leitura (porventura a que terá estado nos propósitos das mais recentes movimentações legislativas, nas quais transparece uma certa simpatia por medidas de tipo administrativo, como resulta já claramente do art. 3.º da Lei n.º 32/2021, remetendo para a regulamentação desta Lei<sup>16</sup> “a criação de

<sup>15</sup> Continuam a ser da nossa responsabilidade os destaques a itálico.

<sup>16</sup> Que nos parece ainda não ter sido feita.

um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas”<sup>17</sup>), esta última leitura, dizíamos, levanta várias dificuldades, mormente no tocante a problemas de articulação.

Na verdade, mantendo-se o controlo preventivo *por via judicial*, através da acção inibitória, ao lado do controlo administrativo agora instituído, *quid iuris* se for intentada uma acção inibitória por qualquer das entidades com legitimidade para esse efeito (arts. 26.º e 28.º), pelo Ministério Público, por exemplo, ao mesmo tempo que é levantado um processo de contraordenação pela entidade competente, nos termos dos arts. 34.º-A a 34.º-C? Qual das decisões prevalece se forem diferentes?

*Quid iuris* se na acção inibitória o tribunal concluir que as ccg em apreço não são de qualificar como ccg absolutamente proibidas? Impedirá esta decisão a aplicação de coimas? E se a situação for a oposta, tendo o tribunal proibido as ccg em apreço, ficará a entidade administrativa competente obrigada a aplicar as coimas? Imaginemos, neste último caso, que é aplicada alguma coima, mas o tribunal de recurso vem a revogar esta decisão: teríamos, neste caso, duas decisões judiciais em sentido oposto, relativamente à qualificação das mesmas ccg como cláusulas absolutamente proibidas...

Em suma, parece-nos, para concluir, que o controlo administrativo agora instituído, qualificando como “contraordenação muito grave” a utilização de ccg absolutamente proibidas, só actua no caso de tais ccg serem utilizadas em contratos singulares após decisão definitiva que as haja qualificado como cláusulas absolutamente proibidas, nos termos dos arts. 18.º e 21.º, em acção inibitória intentada em conformidade com o disposto nos arts. 25.º e ss. Daí que, como já dissemos, as coimas que agora a lei prevê constituam sanções que *acrescem* às que o Decreto-Lei n.º 446/85 já previa,

<sup>17</sup> Cfr., *supra*, n.º 3.

nos arts. 32.º e 33.º (declaração incidental de nulidade e sanção pecuniária compulsória).

Esta nossa posição, evitando o *atropelo* de um sistema de controlo pelo outro, beneficia também de algum apoio da Lei n.º 32/2021. Com efeito, determina o n.º 2 do art. 3.º que o Governo, ao regulamentar esta Lei, criará “um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades”<sup>18</sup>.

Como se vê, trata-se de sancionar cláusulas proibidas “por decisão judicial”. E, acrescente-se, parece-nos que a Lei aponta para que esse sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas se deva estender às ccg “aplicadas por outras entidades”, ou seja, às ccg idênticas às da entidade que foi condenada na acção inibitória.

**VI** – A este último propósito, parece-nos efectivamente que a Lei n.º 32/2021 pretende que venha a ser resolvido um problema para o qual há muito vimos chamando a atenção<sup>19</sup>. É que a acção inibitória, nos termos em que está consagrada, limita a eficácia *ultra partes* da sentença a quem pode invocá-la: *qualquer pessoa* que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada — *mas só contra esta empresa*.

Efectivamente, transitada em julgado a decisão proibitiva, não podem ser incluídas em contratos singulares, que o demandado venha a celebrar posteriormente, as cláusulas contratuais gerais que foram objecto dessa decisão, da mesma forma que não podem essas cláusulas continuar a ser recomendadas.

Assim, se o demandado, vencido na acção inibitória, não acatar a decisão judicial, vindo a incluir, mais tarde, num

<sup>18</sup> São nossos os destaques a itálico, como é evidente.

<sup>19</sup> Cfr. o nosso *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, cit., ponto 4.3, e já antes, o também nosso *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, cit., pp. 760-763.

contrato singular, cláusulas anteriormente proibidas naquela acção, pode a contraparte invocar a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

Esta solução, nos termos em que é consagrada (actualmente, no artigo 32.º), não aproveita, contudo, todas as vantagens que um controlo preventivo apresenta, aspecto para o qual de há muito temos vindo a insistir.

Compreende-se que o aderente possa valer-se, sem mais, de anterior decisão inibitória, cuja natureza e finalidades justificam a sua eficácia *automática e ultra partes*.

Mas o êxito desta diligência depende de o aderente ter concluído o contrato com o *mesmo* sujeito vencido na acção inibitória. Não se verificando este requisito, já o aderente não poderá valer-se de anterior decisão inibitória, ainda que as cláusulas contratuais gerais proibidas nesta decisão sejam iguais ou do mesmo tipo das que constam do seu contrato singular. Assim, a decisão proferida pelo tribunal só pode ser oposta contra a *mesma* empresa (contra a qual foi intentada a acção inibitória), não contra uma outra empresa, ainda que as cláusulas desta sejam *iguais* às que o tribunal proibiu na acção inibitória. Quer dizer, a eficácia *ultra partes* da sentença limita-se, repete-se, a *quem* pode invocá-la: *qualquer* pessoa que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada — *mas só contra esta empresa*.

Ora, em face do disposto no referido n.º 2 do art. 3.º da Lei n.º 32/2021, pretende o legislador que no sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas se prevejam medidas que impeçam que “outras entidades” apliquem ccg proibidas por decisão judicial. A nosso ver, vai nessa direcção o sistema de contraordenações agora previsto nos arts. 34.º-A a 34.º-C. Pode mesmo questionar-se — parece-nos que com inteira pertinência — se o sistema de contraordenações previsto nestas normas não dará já resposta satisfatória a esta situação.

# CRÉDITO AO CONSUMO E COLIGAÇÃO NEGOCIAL<sup>1</sup>

*Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho\**

1. Observações prévias. A operação de crédito ao consumo.
2. Coligação negocial (no crédito ao consumo). Noção: destinação exclusiva e "unidade económica".
3. Consequências jurídicas associadas à coligação (no crédito ao consumo) – no plano "externo" e no plano "interno".
4. Problemas respeitantes à *hipótese* normativa (aos elementos da *noção* de coligação): (in)suficiência do nexos finalístico; cartão de crédito e exclusividade da destinação.

.....  
<sup>1</sup> O presente artigo corresponde, praticamente sem alterações, ao texto que serviu de base à nossa intervenção oral proferida no Congresso "Direito do consumidor – Rupturas e continuidades após as recentes alterações legislativas", o qual teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no dia 22 de Novembro de 2019, tendo-nos agora nós confinado a fazer algumas alterações de estilo ou de forma, e a aditar algumas (poucas) referências bibliográficas e, em nota, uma ou outra observação que julgámos pertinente. Em razão de tal facto – estando em causa uma intervenção oral que, como é sabido, deve ser proferida num *tempo máximo*... –, tratamos aqui apenas alguns dos vários pontos duvidosos neste âmbito, e isto tanto em relação à "hipótese" normativa, ou seja, à delimitação do que seja a "coligação negocial" neste contexto, como em relação às respectivas consequências jurídicas, "externas" ou "internas", com o sentido que adiante precisaremos.

\* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



5. Problemas respeitantes à *estatuição* normativa (às *consequências* "externas" e "internas" da coligação). *Consequências "externas"*: comunicação da invalidade ou da ineficácia "na mesma medida"; alcance da "ineficácia" negocial, para este efeito; comunicação automática (ou não) da invalidade ou da ineficácia; comunicação (da invalidade ou da ineficácia) apenas em benefício do consumidor?
6. Problemas respeitantes à *estatuição* normativa (cont.). *Consequências "internas"*: círculo de pretensões que o consumidor pode deduzir ante o credor; necessidade (e suficiência?) de interpelação prévia do vendedor; (im)propriedade do termo "interpelação".

1. A chamada coligação negocial – que se traduz, como se sabe, na existência de conexões, juridicamente relevantes, entre dois ou mais negócios, que mantêm todavia, a despeito dessas conexões, a respectiva autonomia estrutural, daqui resultando que podemos vê-la como uma categoria de algum modo *intermédia* entre a pluralidade e a unidade negocial – é, obviamente, um conceito *doutrinal*, não competindo à lei a sua formulação. Sucede, porém, que o conceito é explicitamente usado pelo nosso diploma que regula ao crédito ao consumo <sup>2</sup> – o Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho –, diploma que o enuncia, o define e lhe associa determinadas consequências práticas. Pelo que sabemos, aliás, tratar-se-á mesmo do *único* preceito em todo o nosso sistema que se refere explicitamente à coligação negocial, pelo menos nesses exactos termos. Vamos aqui considerar justamen-

.....

<sup>2</sup> Ou, na formulação utilizada pelo diploma, o crédito concedido a consumidores.

te alguns problemas em redor da compreensão do conceito neste âmbito, tendo presentes as respectivas consequências dele resultantes.

O quadro contratual correspondente à chamada operação de “*crédito ao consumo*” é bem conhecido. Trata-se de uma operação contratual complexa composta tendencialmente <sup>3</sup> por dois <sup>4</sup> contratos dotados de aparente autonomia “estrutural” – um contrato “de consumo”, normalmente de compra e venda ou de prestação de serviço, e um contrato “de crédito” (o “crédito ao consumo” propriamente dito), o qual consiste normalmente <sup>5</sup> num mútuo celebrado precisamente para financiar o pagamento do bem comprado ou do serviço prestado – operação contratual complexa esta que se encontra hoje regulada, como já vimos, pelo Dec.-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho, o qual visou transpor para o orde-

<sup>3</sup> Dizemos “tendencialmente” porquanto, na verdade, a noção de contrato de crédito constante do art. 4º, nº 1, al. c), do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho, ao prever que o crédito se possa traduzir no “diferimento de pagamento”, não exclui a possibilidade de o crédito ser concedido pelo *próprio* vendedor ou prestador do serviço (o que de resto é confirmado depois pela al. o), ii), do mesmo nº 1).

<sup>4</sup> Não pretendemos aqui discutir a opção, aparentemente tomada pelo nosso legislador — quer pelo Decreto-Lei nº 359/91, de 21 de Setembro (este o diploma que anteriormente regulava o crédito ao consumo), quer pelo actual Dec.-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho — no sentido de uma consideração *plural* (atomística, fraccionada) da operação económica complexa que é o crédito ao consumo. É bem verdade que, independentemente dessa *aparente* opção, se poderia sempre procurar *recompreender* — no sentido de uma consideração *unitária* — o presente quadro contratual à luz do espectro de *interesses* em jogo, das *funções* desempenhadas por esta (complexa) “estrutura” contratual, e das *soluções* legalmente consagradas — das soluções explicitamente estabelecidas e de outras que porventura se entenda como justificadas, tendo em conta tais interesses e funções. Não é porém esse, como dissemos, o nosso propósito.

<sup>5</sup> Como acima dissemos, o nosso diploma admite, como outras formas possíveis de concessão de crédito, o “diferimento de pagamento”, a “utilização de cartão de crédito” ou “qualquer outro acordo de financiamento semelhante”.

namento jurídico interno a Directiva n.º 2008/48/CE, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores <sup>6</sup>. Na generalidade dos casos, o que sucede é que, por indicação do vendedor (ou do prestador do serviço), o comprador (ou o credor do serviço), na impossibilidade de pagar a pronto, é conduzido a *uma terceira entidade* (justamente uma entidade *financeira*), que vai precisamente conceder ao consumidor um crédito que lhe permite proceder ao pagamento devido pelo contrato “de consumo”. E também normalmente é aliás o próprio financiador a proceder ao pagamento do preço, *directamente* – quer dizer, sem intermediação do consumidor –, ao vendedor ou prestador do serviço. O consumidor, não tendo pois que desembolsar nada (fora naturalmente o caso de haver logo uma “entrada” inicial sua), terá depois de proceder ao reembolso do crédito obtido, mediante prestações periódicas cujo montante total equivalerá à soma do capital mutuado, dos juros convencionados e de outros encargos do crédito. Diversamente do que sucede com a comum venda a prestações, é à *entidade financeira* — e não ao vendedor ou ao prestador do serviço — que o consumidor dirige o cumprimento de tal obrigação, pois foi a entidade financeira que lhe concedeu crédito, e não o vendedor, o qual, pelo contrário, contou com um pagamento *imediato* do preço total devido.

2. Ora, onde surge aqui a figura da coligação negocial? Perguntamo-nos exactamente onde surge a figura, precisamente, no quadro do Decreto-Lei n.º 133/2009, como é que o diploma a define e quais as consequências jurídicas que lhe associa.

.....  
<sup>6</sup> E veio revogar, substituindo-o, o anterior Decreto Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro (com as alterações entretanto introduzidas pelos Decretos Leis n.ºs 101/2000, de 2 de Junho, e 82/2006, de 3 de Maio).

O conceito de coligação negocial encontra-se formulado logo nas definições constantes do art. 4º do Decreto-Lei nº 133/2009. Naturalmente que a lei teria de *definir* “coligação negocial”: tratando-se, como dissemos, de um conceito de procedência *doutrinal*, para mais de um conceito de *contornos imprecisos* – girando em torno da ideia, em si mesma imprecisa, de existência de conexões entre dois negócios jurídicos que mantêm a sua autonomia estrutural –, a lei, já que faz uso da expressão, não poderia deixar de formular a respectiva *definição*, servindo essa definição para os efeitos próprios, ou seja, para a produção das consequências jurídicas que a lei associa à coligação. Trata-se pois, neste sentido, de uma definição com valor *operacional*, servindo para delimitar o círculo de hipóteses em que se produzem as correspondentes consequências.

O diploma define então a coligação, para este efeito, em função de *dois* elementos: (i) *primeiro*, é necessário que o crédito concedido *sirva exclusivamente para financiar* o pagamento do preço do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos; e, *segundo* (ii), é ainda necessário que ambos os contratos constituam objetivamente uma *unidade económica*. E, se o primeiro elemento – a finalidade, e finalidade exclusiva, que preside à concessão de crédito – é de fácil compreensão, já o segundo – a *unidade económica* – sendo um (mais um) conceito de sabor doutrinal, manualístico, carece de ser *esclarecido*. É evidente que está aqui pressuposto um quadro de pluralidade *jurídica*: haveria juridicamente vários contratos, mas *economicamente* esse complexo contratual funcionaria como um único contrato. Ora, há que esclarecer o que significa esta unidade económica. É o que a lei faz logo de seguida: não apresenta propriamente uma definição, antes enuncia, a título *exemplificativo*, alguns *índices* dessa unidade económica. Reproduzindo os termos da al. o) do nº 1 do referido art. 4º, haverá

unidade económica “*designadamente* se o crédito ao consumidor for financiado pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiro, se o credor recorrer ao fornecedor ou ao prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou se o bem ou o serviço específico estiverem expressamente previstos no contrato de crédito”<sup>7</sup>. Estes, pois, os *índices* de unidade económica que a lei nos apresenta. Mas é óbvio que, para lá desse valor de índices, os factos lá contidos *auxiliam o intérprete no esclarecimento* do que seja a “unidade económica”, do que pretende a lei dizer quando se refere a “unidade económica” – sem esse esclarecimento seria mais difícil apurar-se o sentido da expressão...

Ora, com base justamente nestes índices, e igualmente com base nas próprias consequências que a lei associa à coligação, pensamos que a ideia-base de *unidade económica* que está aqui subjacente – procurando simplificar – é a seguinte. Há situações em que a proximidade ou a colaboração entre o vendedor e o financiador é tal que quase se confundem (quando não se confundem mesmo): é essa a impressão do consumidor, que foi conduzido pelo vendedor ao financiador para obter crédito para pagar o preço, e o financiador, que participou nos procedimentos negociais, tem também a consciência de que o crédito que concede se reporta à compra e venda e se expõe portanto aos respectivos riscos de inexecução – não é, pois, verdadeiramente, um “terceiro” em face do contrato de compra e venda. Por conseguinte, as prestações desembolsadas pelo consumidor, que se destinam tecnicamente ao reembolso do crédito, acabam por desempenhar,

.....  
<sup>7</sup> Apesar de se tratar de “índices”, de carácter puramente exemplificativo, parece tratar-se de índices com valor de presunções *juris et de jure*, como resulta da forma *seca e peremptória* como a lei se refere a estes índices.

para todas as partes envolvidas <sup>8</sup>, a função económica de prestações do pagamento do preço da coisa comprada, não podendo por isso o consumidor ter um tratamento *pior* que aquele que teria se se tratasse de uma comum venda a prestações, designadamente em face de um incumprimento por parte do vendedor. Aliás, se bem vimos, o resultado que assim se obtém é análogo ao que corresponde afinal ao art. 591<sup>o</sup> do Código Civil, que prevê justamente uma hipótese de sub-rogação no crédito com alguma analogia com esta: a de terceiro emprestar dinheiro ao devedor, permitindo a este efectuar o cumprimento da sua obrigação, e dando-se por conseguinte a *sub-rogação* do terceiro na titularidade do crédito. Registando-se pois aqui a sub-rogação nos direitos do credor, parece que o devedor deverá manter (pelo menos alguns) meios de defesa que podia opor ao credor inicial <sup>9</sup>, sob pena de o terceiro adquirir um direito mais forte que o do seu antecessor, contrariando a regra "*nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*". Também aqui, portanto, o devedor não tem, perante este seu novo credor, um tratamento pior do que o que teria perante o seu credor inicial.

3. Verificado este conjunto de requisitos – este duplo requisito, traduzido naquele nexa finalístico (o crédito concedido *servir exclusivamente para financiar* o pagamento do preço

<sup>8</sup> Que assim têm essa consciência de se *vincularem* nesse plano *plurilateral*. Sobre esta "consciência de vinculação no plano plurilateral", v. o nosso *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra, 2014, p. 187.

<sup>9</sup> Sobre a questão de saber se e em que medida o devedor pode, em caso de sub-rogação, opor ao novo credor os meios de defesa que podia opor ao credor inicial – questão que a lei não resolve de modo explícito, pois que a norma *remissiva* que é o art. 594<sup>o</sup> apenas determina a aplicação à sub-rogação, dentre as normas relativas à cessão de créditos, dos artigos 582<sup>o</sup> a 584<sup>o</sup>, *deixando de fora* o art. 585<sup>o</sup> (precisamente a disposição que se refere à oponibilidade ao credor cessionário dos meios de defesa que podiam ser opostos ao cedente) –, v., ente outros, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, 2008, p. 44-45.

do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos) e na referida unidade económica, tal como a caracterizámos, vejamos agora quais então as *consequências* que a lei lhes associa, em que portanto se revela afinal o *interesse prático* dos conceitos de coligação negocial e de unidade económica, neste âmbito.

São fundamentalmente consequências de dois tipos. Por um lado, no plano – digamos – “externo”, a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos repercute-se no outro, comunica-se ao outro, e isto em qualquer das direcções. Por outro lado, as vicissitudes que atingem – “internamente” – a execução do contrato de consumo – muito exactamente, o incumprimento (ou “desconformidade no cumprimento”) do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços – projecta-se também no outro negócio, no contrato de crédito, influenciando na sua execução. Explicitando neste ponto o regime legal, em caso de incumprimento (ou “desconformidade no cumprimento”) por parte do vendedor ou do prestador do serviço, o consumidor, após malograda “interpelação” ao vendedor ou ao prestador do serviço no sentido de obter deste o exacto cumprimento do contrato, pode dirigir-se ao financiador (sua contraparte no contrato de crédito) exercendo qualquer das seguintes pretensões: ou a excepção de não cumprimento do contrato, ou a redução do montante do crédito em montante igual ao montante do preço, ou a resolução do contrato de crédito.

4. Assim enunciados os elementos constitutivos da coligação, neste âmbito, e as consequências jurídicas respectivas, vamos percorrer agora alguns pontos que julgamos duvidosos, ou merecedores de algum esclarecimento suplementar.

Em primeiro lugar, quanto à *hipótese* da norma – ou seja, a configuração da referida coligação negocial.

Primeiro, como dissemos, para se verificar a coligação negocial, para os efeitos que enunciámos, têm de se verificar os dois elementos que indicámos atrás: o nexó finalístico traduzido em o crédito se destinar, e destinar exclusivamente, a financiar a aquisição do bem ou do serviço, e a unidade económica do conjunto contratual, nos termos que indicámos. Mas podemos perguntar-nos se a simples verificação de tal relação de finalidade exclusiva não poderá em certos casos ser *suficiente*, de acordo com as *regras gerais*, para a produção de uma qualquer consequência – não certamente das que designámos de consequências “internas” (como p. ex. a *exceptio*), mas pelo menos de consequências “externas” como a repercussão da invalidade ou ineficácia de um dos contratos no outro contrato. De facto, uma vez provado esse nexó de finalidade exclusiva, e *desde que essa finalidade tenha sido levada para o conteúdo ou texto do contrato*, o contrato de consumo poderia funcionar como uma *condição*, ou como a *base negocial* do contrato de crédito, que ficaria portanto desprovido de utilidade no caso de ser inválido, ou ineficaz, o contrato de compra e venda ou de prestação de serviço a cujo financiamento se destinava. E, verificada ou não verificada essa condição (consoante se tratasse de condição resolutiva ou suspensiva), ou caindo essa base negocial, produzir-se-iam as consequências respectivas, fossem elas quais fossem. Pensamos que é isto que resulta das regras gerais – apesar de ser outro o regime da lei, que exige, para a repercussão da invalidade ou ineficácia entre os negócios, também a referida unidade económica.

Segundo, e ainda a propósito da *exclusividade* da destinação do crédito, tem-se suscitado a questão de saber o que sucede no caso de o crédito para financiar a compra ser concedido no âmbito da utilização de um cartão de crédito disponibilizado pela entidade financeira ao consumidor. Isto



é, a entidade financeira, em lugar de conceder directamente crédito *estritamente* para a aquisição do bem ou do serviço, *abre crédito* em face do consumidor, criando a *conta* respectiva e emitindo o correspondente *cartão* de crédito. Claro que o cartão de crédito, na sua primeira utilização, é mobilizado para a aquisição do bem ou do serviço; mas pode depois ser usado para outras compras, como é óbvio. Pergunta-se então se, em casos deste tipo – casos que sucedem efectivamente –, não estará *ausente* o requisito da *exclusividade* da destinação do crédito. Aliás, julgamos saber que essa ausência de exclusividade vem sendo usada, por entidades financeiras, como argumento para se furtarem às consequências da coligação. Que dizer sobre isto? Devemos já observar que a situação aqui em causa estava aparentemente prevista, e resolvida, no Anteprojeto de Código do Consumidor <sup>10</sup>: no seu art. 304º, dispunha-se que existiria coligação sempre que o contrato de crédito (“mútuo” ou “abertura de crédito”) se destinasse, total ou *parcialmente*, a financiar o pagamento do preço. Previa-se portanto que o crédito concedido, embora virtualmente de montante superior, se destinasse *apenas em parte* a financiar o acto – o que poderia perfeitamente abranger a nossa hipótese de cartão de crédito. O texto do Decreto-Lei 133/2009, como já vimos, exige porém uma destinação *exclusiva*. Supomos todavia que, *mesmo assim*, deve entender-se que há coligação negocial, para os efeitos próprios. A formação contratual de disponibilização de crédito mediante cartão de crédito constitui uma operação negocial complexa que integra, à cabeça, um *contrato-quadro* que é esta *abertura de crédito sui generis* traduzida no contrato de emissão e utilização de cartão

.....

<sup>10</sup> Elaborado pela Comissão do Código do Consumidor, constituída em 1996 justamente com esse propósito, e presidida pelo António Pinto Monteiro. O Anteprojeto foi apresentado e aberto ao debate público em 2006 – mas, como é sabido, acabaria por nunca tomar forma de lei.

de crédito (julgamos que esta caracterização tem cabimento); e, posteriormente, actos *individuais* (pequenos contratos individuais) de mobilização do crédito aberto, com recurso ao cartão, cada um dos quais constitui um acto *autónomo* (um contrato autónomo, diríamos) de prestação de crédito <sup>11</sup>.

.....

<sup>11</sup> O desenho que aqui apresentamos do complexo contratual representado pelo cartão de crédito – complexo contratual que vai desde a emissão inicial do cartão até aos subseqüentes actos de aproveitamento efetivo do crédito disponibilizado – não corresponde naturalmente a uma posição subscrita *unanimemente*, de modo *indiscutido*, pelos autores. Julgamos todavia ter pleno cabimento tal desenho. *Em primeiro lugar*, o contrato (o complexo contratual) de emissão de cartão de crédito configurará *materialmente* uma abertura de crédito – isso parece-nos inquestionável –, se é que não constitui mesmo uma *modalidade* específica de abertura de crédito, resultando tal especificidade fundamentalmente das circunstâncias de haver aqui esse “documento de legitimação nominativo” (esta a locução usada por C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, II (Conteúdo. Contratos de troca)*, Coimbra, 2007, p. 163) que é o cartão, que funciona como o veículo de mobilização do crédito, e de a contraprestação do crédito consistir aqui não apenas nem sobretudo nos juros (que só serão devidos se o reembolso ultrapassar um determinado prazo mínimo), mas também na *comissão*, periodicamente entregue pelo devedor ao credor/emittente. No sentido de que o contrato (complexo) de “emissão e utilização” de cartão de crédito constituiria tão-somente um “*subtipo*” da abertura de crédito, v. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. *cit.*, e os autores aí indicados (na nota 294). *Em segundo lugar*, a *estrutura contratual e obrigacional* da abertura de crédito é debatida – defrontando-se aqui, basicamente, as concepções *atomísticas*, que distinguem na abertura de crédito um contrato *inicial* (um contrato-promessa ou um contrato-quadro, ou uma figura afim) e *posteriores actos autónomos* de mobilização efetiva do crédito aberto, e concepções *unitárias*, que vêem na abertura de crédito um contrato *único* (e “definitivo”, na expressão de C. FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. *cit.*), sendo os singulares actos de mobilização do crédito simples actos de execução do contrato, sem autonomia relevante. Sobre o debate em torno destas duas concepções, v., entre outros, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, 1998, p. 540, além da obra já citada de C. FERREIRA DE ALMEIDA (p. *cit.*). Seja como for – e completando assim o que se diz no texto –, supomos que, *para os presentes efeitos*, se deve efectivamente considerar como *dotado de autonomia* cada um dos actos individuais de mobilização do crédito. Se não erramos, a exigência legal de *exclusividade* da destinação do crédito, de acordo com a referida al. o) (i) do art. 4º do Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho, tem fundamentalmente como propósito a *exclusão* do denominado crédito *pessoal*, em que o crédito é concedido (pessoalmente) ao mutuário, que depois utilizará o capital posto à sua disposição de acordo com o seu critério, *sem que cada acto sin-*

Ora, no nosso caso, ainda que porventura o *contrato-quadro* inicial de emissão e uso do cartão não se destine *exclusivamente* a financiar a aquisição do bem ou do serviço, já o *primeiro* acto de utilização desse cartão <sup>12</sup> tem esse propósito exclusivo – e é isso que importa no presente contexto. O que significaria que seria apenas em relação a esse acto (a esse montante) que poderia opor-se a *exceptio*, que só esse acto poderia ser “resolvido”, que só esse montante poderia ser reduzido; como seria apenas esse acto a ser atingido pela invalidade ou ineficácia, se o contrato de consumo fosse inválido ou ineficaz <sup>13</sup>. Isto naturalmente desde que – e é isso

.....  
*gular de aproveitamento desse capital implique uma qualquer cooperação, mínima que seja, por parte do mutuante, que permanece portanto totalmente estranho perante tais actos singulares, os quais aliás já se desligaram por inteiro do âmbito de execução do contrato de mútuo. Ora, não é isso que sucede no presente caso: cada acto de mobilização do crédito associado ao cartão pressupõe uma entrega autónoma por parte do mutuante, não dispensando pois a cooperação deste, e inscrevendo-se mesmo na sua contabilidade, como se sabe; e a destinação de cada acto de mobilização do crédito (destinação para um concreto contrato de consumo, e nessa medida “exclusiva”) não só é do conhecimento do mutuante, como é o pressuposto mesmo de cada entrega singular. E insistimos na ideia de que, contabilisticamente, a entidade emitente do cartão conhece cada movimento de utilização do cartão, que tem portanto presença autónoma nos seus registos e, nessa conformidade, é perfeitamente destacável ou cindível – designadamente para os efeitos estabelecidos no Decreto-Lei nº 133/2009.*

<sup>12</sup> E cada acto *ulterior* de utilização do cartão.

<sup>13</sup> Ainda que possa surgir aqui a “tentação” de invocar a figura da *fraude à lei* – figura aliás *explicitamente* prevista no art. 27º do presente diploma, que no seu nº 1 estabelece que “são nulas as situações criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicação do disposto no presente decreto-lei” –, julgamos que o recurso à *fraus legis* não se torna aqui *necessário*, nem será mesmo *correcto*.

Desde logo, temos presente aquela que cremos ser a melhor caracterização da fraude à lei, no âmbito da doutrina geral do negócio jurídico. Primeiro, a *fraus legis* pressupõe em geral, de acordo aliás com uma ideia corrente, a obtenção de um *resultado económico-jurídico proibido*, ainda que tal resultado seja obtido “por caminhos diversos dos que a lei expressamente previu e proibiu” (Cfr. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, 2005, p. 557). Nesta sequência, manifestamos a nossa adesão à denominada concepção “*objectiva*” da *fraus*, no preciso sentido de que a fraude à lei, longe de exi-

que estamos a pressupor – se registasse também a referida unidade económica, que existiria, já o sabemos, se houvesse

.....  
 gir a verificação de um *intuito* fraudatório (intuito que, curiosamente, surge amiúde nos textos legais, e *designadamente* no art. 27º, nº 1, do Decreto-Lei 133/2009), se reconduz no fundo a uma questão de *interpretação* de uma norma proibitiva – diga-se, com inteira lógica, pois que as proibições que incidem sobre o conteúdo negocial operam, em geral, *independentemente de qualquer dolo ou intuito de violação da lei* por parte dos sujeitos. O negócio em fraude à lei seria, nesta conformidade, um negócio *aparentemente permitido*, já que não cabe na “*letra*” da norma proibitiva, mas que efectivamente seria proibido por afinal caber já no “*espírito*” dessa norma, *adequadamente interpretada* – normalmente porque tal norma (repete-se, adequadamente interpretada) proíbe não apenas um certo *meio* (e apenas a este a “*letra*” da norma se referiria), mas um determinado *resultado* económico-jurídico, que pode ser obtido por outros meios. E, tratando-se apenas de um problema de interpretação, a figura da *fraus legis* não apresentará sequer qualquer *autonomia dogmática*, o que explica de resto que a maioria das codificações não preveja autonomamente a figura do negócio em fraude à lei (v., entre nós, a exposição de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, I, Parte geral, tomo I, p. 424 ss, e a curta referência feita no nosso *Contratos complexos*, cit., págs. 54 ss, texto que aqui acompanhamos, e para o qual remetemos).

O recurso à figura da *fraus legis* no presente contexto não se torna, pois, *necessário*. Efectivamente, a *decomposição* da estrutura contratual do contrato (ou do complexo contratual) correspondente ao cartão de crédito – *decomposição* que fizemos no texto, e que julgamos ter pleno fundamento –, e a consequente *autonomização* de cada um dos singulares actos de mobilização do crédito, os quais têm indubitavelmente como destinação *exclusiva* o financiamento da aquisição de um bem ou de um serviço por parte do consumidor – *já permitem a obtenção daquele mesmo resultado* que se obteria pela via da invocação, para o presente efeito, de uma *fraus legis* na emissão de cartão de crédito pelo mutuante (que concede o crédito ao consumidor). E julgamos mesmo que o diagnóstico de fraude nem será sequer, como dissemos, *correcto*. Como é óbvio, a emissão de cartão de crédito, como via técnica de enquadramento da concessão de crédito ao consumidor, é *permitida*, correspondendo a interesses merecedores de tutela – *não é em si mesma “fraudulenta”*, não implicando *em si mesma* a violação, directa ou “*obliqua*”, de qualquer disposição legal imperativa. Aliás, o diagnóstico de fraude à lei, *como forma de obstar tão somente* a que se considerasse não haver aí o referidonexo finalístico *exclusivo* – nexofinalístico *exclusivo* que, como sabemos, é condição de existência de *coligação negocial*, com as *consequências próprias* –, acabaria por conduzir à *nullidade* (que é a sanção invalidatória estabelecida no art. 27º, nº 1, do Decreto-Lei 133/2009) do *próprio contrato* de emissão de cartão de crédito, o que, cremos, não teria qualquer fundamento.

a tal colaboração próxima entre financiador e vendedor na preparação deste contrato de crédito mediante entrega e uso de cartão, o que aqui normalmente ocorre.

5. Vejamos agora algumas questões sobre a *estatuição* – tanto sobre a *comunicação* da invalidade ou ineficácia, de um contrato ao outro, como sobre os direitos que cabem ao consumidor (ante o financiador) em caso de *incumprimento* por parte do vendedor.

Primeiro, a lei diz-nos que a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos se repercute, *na mesma medida*, no outro contrato – e isto tanto numa direcção como na direcção inversa, como vimos. O alcance da expressão “*na mesma medida*” é óbvio: declarado nulo ou anulado um contrato, o outro é também declarado nulo ou anulado; sendo um dos contratos “ineficaz” (seja qual for a forma de ineficácia), o outro será também ineficaz, e do mesmo tipo de ineficácia. Apesar de poder discutir-se a razoabilidade deste regime, foi esta, claramente, a opção da lei, que quis afirmar, por assim dizer, a unidade não apenas económica *mas também jurídica* do complexo contratual, para este efeito.

Depois, podemos reparar que a lei se refere, no nº 1, à *invalidade ou ineficácia* do contrato de crédito; e, no nº 2, à *invalidade ou revogação* do contrato de compra e venda. Surgem aqui algumas dúvidas. Por um lado, a “ineficácia” do contrato de crédito é *qualquer forma* de ineficácia em sentido amplo? – *qualquer outra forma de ineficácia para lá* da invalidade? Parece que sim: caberá aí, por conseguinte, a ineficácia resultante da livre revogação (ou “livre resolução”) do contrato de crédito. Por outro lado, como dissemos, quando considera o contrato de compra e venda, a lei não usa a mesma ampla expressão (“invalidade ou ineficácia”) mas uma outra (“invalidade *ou revogação*”). Perguntamo-nos

aqui, antes de mais, se esta revogação é apenas a “livre revogação” inicial, facultada ao consumidor – parecendo que é a essa, apenas, que a lei quer aqui reportar-se. Mas perguntamo-nos então se *outras* formas de ineficácia *que não sejam invalidade ou revogação* não se repercutirão também, na mesma medida, no contrato de crédito. A *resolução por incumprimento* (ou desconformidade no cumprimento) do vendedor ou do prestador do serviço encontra-se expressamente prevista no nº 3, al. c), do mesmo art. 18º, como veremos melhor. Mas *resoluções com outro fundamento, ou outras formas de ineficácia*, não se acham abrangidas pela letra da lei. Supomos, todavia, que não há razões para *limitar* o âmbito do mecanismo da propagação da ineficácia apenas às hipóteses de invalidade, revogação e resolução por incumprimento <sup>14</sup>; devemos, pelo contrário, considerar que se acha subjacente ao regime legal um *princípio geral* de comunicação ou repercussão das ineficácias, pelo que *em qualquer caso* de ineficácia em sentido amplo do contrato de compra e venda (ou de prestação de serviço), essa ineficácia *deve repercutir-se* no contrato de crédito, tanto mais que, como é óbvio, não faria sentido que pudesse subsistir o contrato de crédito apesar da ineficácia do contrato de “consumo” em vista de cujo financiamento fora concluído.

Em terceiro lugar, fica a dúvida sobre o modo de funcionamento desta propagação da invalidade ou ineficácia de um para o outro contrato, precisamente sobre se essa propagação se dá *automaticamente* ou se, pelo contrário, exige, para o segundo contrato, um diferente e autónomo comportamento declarativo – uma autónoma invocação da nulidade ou anulabilidade, uma autónoma resolução. Reconhecemos que a sugestão que se retira da lei é de que se

.....  
<sup>14</sup> No mesmo sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manuel de Direito do Consumo*, Coimbra, 2019, p. 440.

trataria de um mecanismo automático. E muitos entendem assim, de facto <sup>15</sup>. Mas talvez não deva ser assim – talvez se deva exigir, efectivamente, uma actuação (uma segunda actuação) por parte do sujeito destinada à invalidação (ou à activação da ineficácia). Por um lado, se assim não fosse – se a comunicação da invalidade se desse automaticamente, e forçosamente –, o regime da extensão da invalidade acabaria por ser *ainda mais gravoso* do que se houvesse, juridicamente, um *único* negócio, de acordo com as regras da redução do art. 292º, o que seria, pensamos, um contra-senso. Por outro lado, o consumidor pode ter interesse em *manter* a compra e venda, apesar da invalidade ou ineficácia do contrato de crédito. Julgamos portanto que deverá haver sempre um acto autónomo tendente à invalidade ou à ineficácia do segundo negócio – mais que uma simples informação prestada ao comprador, como já vimos escrito <sup>16</sup>. Pelo menos deve ser assim, observaríamos, se se tratar da repercussão da invalidade ou ineficácia do contrato de crédito sobre o contrato de compra e venda ou de prestação de serviço; já a repercussão no sentido inverso (da compra e venda sobre o crédito), essa teria algum sentido que pudesse operar automaticamente, porque, como dissemos há pouco, não se compreenderia que pudesse subsistir o contrato de crédito

.....

<sup>15</sup> V. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manuel de Direito do Consumo*, Coimbra, 2019, p. 439 e 440. Sobre as dúvidas em torno da exacta forma de actuação desta resolução consequencial, ainda que no quadro legislativo correspondente ao anterior Decreto-Lei nº 359/91 – resolução automática ou resolução mediante declaração emitida pelo comprador/mutuário; resolução com efeito meramente liberatório ou também restitutivo, e, neste caso, incluindo ou não a restituição dos *juros* já pagos; restituição a operar no quadro de cada contrato ou, pelo contrário, restituição directa, designadamente, do montante mutuado – v., com abundantes desenvolvimentos, F. GRAVATO MORAIS, *União de contratos de crédito e de venda para o consumo*, Coimbra, 2004, p. 183 ss.

<sup>16</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Manuel de Direito do Consumo*, Coimbra, 2019, p. 439 e 440.

apesar da ineficácia do contrato de “consumo” em vista de cujo financiamento fora concluído.

Em quarto lugar – e o que vamos dizer dizemo-lo sob reserva de uma reflexão mais apurada sobre o problema –, supomos que estes mecanismos de propagação ou repercussão da invalidade ou ineficácia de um negócio sobre outro negócio estão pensados pela lei para poderem funcionar *apenas em benefício* do consumidor. Só, pois, o consumidor poderia arrogar-se as vantagens resultantes deste regime do art. 18º, nºs 1 e 2 – não também o vendedor ou o prestador do serviço. É este propósito de *tutela dirigida* a uma das partes que preside a estas normas; e isto é aliás confirmado pelo nº 3 do mesmo art. 18º, o qual se refere *apenas*, precisamente, à faculdade de o *consumidor* interpelar o *credor* em caso de incumprimento por parte do vendedor.

6. Considerando agora então os direitos que cabem (“internamente”) ao consumidor (ante o financiador) em caso de *incumprimento* por parte do vendedor – os direitos de opor a *exceptio*, de resolver o contrato de crédito e de operar a redução do montante do crédito, tudo isto, aparentemente, contra o princípio da relatividade dos contratos –, o que há aqui a observar, neste percurso breve?

Primeiro, claro que as únicas pretensões, fundadas na inexecução do contrato de compra e venda ou de prestação de serviço, que o consumidor pode deduzir em face do credor são aquelas que se reportam à *sua* prestação perante o credor – a prestação de reembolso do crédito. A sub-rogação (digamo-lo de forma imprópria) do vendedor pelo credor dá-se *apenas* em relação ao crédito do preço, pelo que é só em relação ao direito ao preço, agora convertido em direito ao reembolso do capital mutuado, que o consumidor pode deduzir qualquer pretensão *perante* o *credor*. Evidente-



mente que o consumidor não pode dirigir-se ao credor para obter deste a reparação da coisa ou a sua substituição, porquanto a obrigação de entrega da coisa em conformidade com o contrato continua, como é óbvio, a ser encabeçada pelo vendedor – neste plano, pois, o credor permanece ainda como “estranho” (como “terceiro”) em face do contrato de compra e venda.

Depois, a lei exige que o consumidor, antes de exercer as suas pretensões perante o credor, “interpele” o vendedor no sentido de obter deste a satisfação do seu direito ao exacto cumprimento do contrato. Não tendo sucesso esta “interpeção”, e só neste caso, o consumidor pode então dirigir-se ao credor – pode também “interpelar” o credor – para exercer as suas pretensões.

Fazemos aqui apenas duas observações.

Por um lado, a referida interpelação prévia do vendedor é *necessária*, mas não cremos que seja *suficiente*, no sentido de que não é único comportamento a adoptar perante o vendedor no caso de o consumidor pretender a *redução* do montante do crédito ou a *resolução* do contrato de crédito. Neste caso, parece que o consumidor, antes de reduzir o montante do crédito ou de resolver o contrato de crédito, deverá *também* obter a *redução do preço* da compra e venda ou *resolver* a compra e venda, evidentemente mediante as correspondentes *declarações* modificativa ou resolutiva, funcionando esta redução ou resolução da compra e venda como *pressuposto* da redução ou da resolução do contrato de crédito. Já para o exercício da *exceptio* no contrato de crédito, aí *basta*, efectivamente, a tal interpelação ao vendedor, nada mais sendo necessário <sup>17</sup>.

.....

<sup>17</sup> Observe-se que o verbo “interpelar” veio substituir o verbo “demandar” usado no diploma relativo ao crédito ao consumo que antecedeu o Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho – o Decreto-Lei 359/91, de 21 de Setembro, a que já atrás fizemos alusão –, termo em relação a cujo alcance se

Por outro lado, e por último, a lei diz que, após essa prévia interpelação junto do vendedor, o consumidor poderá então “interpelar” (é este o termo usado) o credor para exercer as suas pretensões. Isto será apenas um pormenor terminológico, mas temos dúvidas sobre se o termo “interpelar” é o mais

.....

suscitavam efectivamente algumas dúvidas de monta. Muito exactamente, discutia-se se tal direito (do consumidor) de “demandar” o credor (“em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor”, nos termos do art. 12º, nº 2, do diploma referido) incluiria a excepção de não cumprimento do contrato – a qual, argumentava-se, seria uma faculdade “defensiva” ou “reactiva”, de natureza distinta, pois, daquele “direito a demandar” (neste sentido, v. PAULO DUARTE, *A posição jurídica do consumidor na compra e venda financiada: confronto entre o regime em vigor e o Anteprojecto do Código do Consumidor*, in «Estudos de Direito do Consumidor», nº 7 (2005), p. 379 ss).

Julgamos, porém, que – como expusemos no nosso “Operação complexa de crédito ao consumo” e excepção de não cumprimento do contrato – Anotação ao Ac. do TRC de 3.6.2008, Proc. 39/07, in «Cadernos de Direito Privado», nº 28, Outubro/Dezembro 2009, texto que aqui acompanhamos – se devia reconhecer ao consumidor tal faculdade: (i) a formulação legislativa era suficientemente elástica para poder abranger também o exercício da *exceptio*; (ii) se ao consumidor era concedido o direito de demandar o financiador pelo incumprimento do contrato de compra e venda, não se vê porque não lhe devesse ser reconhecida também a faculdade de uso da *exceptio*, faculdade esta que implica até uma “vinculação” menor, por parte do financiador, do que aquela que se achava associada à responsabilização directamente prevista no art. 12º, nº 2; e, por último, (iii) se o comprador/mutuário poderia sempre resolver o contrato de compra e venda em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso por parte do vendedor, o que implicaria forçosamente a extinção do contrato de crédito, obstando assim ao cumprimento das obrigações resultantes deste contrato, também não se vê que não possa, por via da *exceptio*, obstar à execução das mesmas obrigações havendo inexecução do contrato de compra e venda.

Supomos, pois, que ao comprador/mutuário assistiria sempre a referida faculdade de recurso à *exceptio non adimpleti contractus*, a qual caberia ainda na extensão do “direito de demandar”, entendido latamente, a que se referia o art. 12º, nº 2, do Dec. Lei nº 359/91. E terá sido justamente, porventura, por se sentir esta necessidade de clarificação legislativa — mais do que para produzir uma inovação em face do direito anterior – que o Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho, veio no seu art. 18º, nº 3, al. a), estabelecer que, “no caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento de contrato de compra e venda ou de prestação de serviços coligado com contrato de crédito, o consumidor” pode “interpelar” o vendedor (ou o prestador do serviço) para exercer a excepção de não cumprimento do contrato.

exacto. É que não se trata aqui de uma “interpelação” *stricto sensu*, dirigida à realização de determinado comportamento por parte do interpelado, designadamente ao cumprimento de uma obrigação. Trata-se apenas de uma declaração *puramente potestativa* – declaração de *redução* do montante do crédito, declaração de *resolução*. E, aliás, no caso de exercício da *exceptio*, pensamos que nem essa declaração potestativa seria necessária: bastaria ao consumidor ... deixar pura e simplesmente de pagar as prestações devidas – o credor é que teria *depois* o ónus de iniciativa processual caso queira opor-se (por entender que o consumidor não teria fundamento para deixar de pagar as prestações).

# AÇÕES COLETIVAS E COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA A DIRETIVA (UE) 2020/1828 E A COMPE- TÊNCIA JUDICIÁRIA: A REFORMA DO REGULAMENTO DE BRUXELAS I BIS?

*Ana Francisca Pinto Dias \**

## **SUMÁRIO**

1. Enunciação do problema; 2. Breve análise do Regulamento Bruxelas I bis; 2.1. Âmbito material de aplicação 2.2. Âmbito subjetivo de aplicação: 2.2.1. Critério geral de competência; 2.2.2. Critérios especiais de competência; 2.2.2.1. Competência em matéria contratual; 2.2.2.2. Competência em matéria extracontratual; 2.2.2.3. Competência em matéria de contratos de consumo; 3. A Diretiva (UE) 2020/2018 e o Regulamento Bruxelas I bis: a (in)aplicabilidade das regras de competência às ações coletivas transfronteiriças?; 3.1. A secção 4 do Regulamento Bruxelas I bis; 3.2. O artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis; 3.3. O artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis; 4. Síntese conclusiva

---

\* Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutoranda em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

## ENUNCIÇÃO DO PROBLEMA

A «Nova Agenda do Consumidor» (*«Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável»*), que apresenta uma visão para a política dos consumidores da União Europeia para o quinquénio 2020-2025, assenta em cinco pilares prioritários onde se inclui a *reparação e a aplicação dos direitos dos consumidores*<sup>1</sup>.

Esta Agenda tem por base a precedente Agenda do Consumidor de 2012 e o «Novo Acordo para os Consumidores» de 2018<sup>2</sup>. Este visou, dentre os seus objetivos, proporcionar mecanismos de reparação mais eficazes para os consumidores e apoiar uma aplicação eficaz do acervo legislativo relativo à proteção dos consumidores, no pressuposto de que *“as normas só serão eficazes se permitirem que os consumidores obtenham facilmente reparação em caso de infração e se forem aplicadas pelas autoridades nacionais”*<sup>3</sup>.

Neste quadro, a Comissão propôs um sistema atualizado de ações coletivas para garantir aos consumidores o direito à reparação em situações de danos em larga escala, por forma a proporcionar aos consumidores a possibilidade de reivindicar os seus direitos através de meios de tutela coletiva<sup>4</sup>.

.....  
<sup>1</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Nova Agenda do Consumidor - Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável, COM(2020) 696 final, Bruxelas, 13.11.2020.

<sup>2</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, Um Novo Acordo para os Consumidores, COM(2018) 183 final, Bruxelas, 11.4.2018.

<sup>3</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, Um Novo Acordo para os Consumidores, COM(2018) 183 final, Bruxelas, 11.4.2018, p. 7.

<sup>4</sup> Esta ação estratégica da Comissão foi largamente motivada pelo escândalo do «Dieselgate». Este caso tornou patente a heterogeneidade dos mecanismos processuais de ação coletiva de reparação existentes nos Estados-Membros da União Europeia, bem assim, a inexistência de tais mecanismos em alguns Estados-Membros da União Europeia, o que implica um grau de proteção diferentes dos consumidores dos vários Estados-Membros

Para consecução deste objetivo, o Parlamento Europeu e o Conselho apresentaram uma «Proposta de Diretiva relativa a ações coletivas para proteger os interesses coletivos dos consumidores» que veio revogar a Diretiva 2009/22/CE (“Diretiva das Ações Inibitórias”)<sup>5</sup>. A 4 de Dezembro de 2020 foi publicada, no Jornal Oficial da União Europeia, a Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020, relativa a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE («Diretiva das Ações de Reparação»)<sup>6</sup>.

.....

e um obstáculo ao acesso à justiça. Sobre o caso «Dieselgate», vide, KRISTIN NEMETH/JORGE MORAIS CARVALHO, “Dieselgate” and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union”, in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6, Issue 1, 2017, p. 35.

<sup>5</sup> COM(2018) 184 final, Bruxelas, 11.4.2018. Em geral sobre a Proposta de Diretiva, vide, ilustrativamente, FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n.º 2, 2020; JOSÉ MARTÍN PASTOR, “La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y em la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación”, in *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coord.) MANUEL ORTELLS RAMOS/LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 166 a 175; PABLO GUTIÉRREZ SE CABIEDES, “Acciones colectivas: pretensiones y legitimación”, in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (coords.) TERESA ARMENTA DEU/SILVIA PEREIRA PUIGVERT, Madrid: Marcial Pons, 2018, pp. 44 a 46; ALEXANDER STÖHR, “The Implementation of Collective Redress – A Comparative Approach”, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, p. 1612.

<sup>6</sup> JOUE L 409/1, 4.12.2020. A «Diretiva das Ações de Reparação» é uma diretiva de harmonização mínima. Por um lado, os Estados-Membros devem assegurar que esteja disponível um meio processual de ação coletiva para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores, sem prejuízo da adoção ou da manutenção em vigor pelos Estados-Membros de meios processuais que visem a proteção dos interesses coletivos dos consumidores à escala nacional, devendo, porém, nestes casos, assegurar que pelo menos um meio processual permite a entidades qualificadas intentar ações coletivas de inibição e de reparação que cumpra o disposto na Diretiva. Por outro lado, os Estados-Membros podem estabelecer normas mais rigorosas do que as previstas na Diretiva, mas não podem estabelecer normas que resultem na redução da proteção dos consumidores nos domínios abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva (cfr., artigo 1.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva das Ações de Reparação).

Do mesmo modo que a «Diretiva das Ações Inibitórias» generalizou as ações coletivas inibitórias ou de cessação, a «Diretiva das Ações de Reparação» propõe-se a generalizar as ações coletivas de índole reparatória no território europeu, o que constitui a grande novidade da União Europeia em matéria de regulação das ações coletivas por, finalmente, estabelecer e se propor a generalizar no espaço europeu as ações coletivas de reparação, permitindo aos consumidores a reivindicação coletiva de danos sofridos em virtude de práticas ilícitas praticadas por profissionais em todo o território europeu.

Não obstante, a Diretiva não exclui as ações coletivas inibitórias. Nos termos do 7.º, n.º 4, os Estados-Membros devem assegurar que as entidades qualificadas<sup>7</sup> possam requerer *medidas inibitórias*<sup>8</sup> e *medidas de reparação* como indemnização, reparação ou substituição do bem, redução do preço, resolução do contrato e reembolso do valor pago, conforme o conteúdo específico dos direitos lesados e das soluções que as legislações europeia e/ou nacionais associam à sua violação<sup>9</sup>.

Nos termos do considerando (20) da Diretiva, esta “*deverá abranger as infrações quer à escala nacional quer à escala transfronteiriça, especialmente caso os consumidores afetados por uma infração vivam em Estados-Membros que não sejam o Estado-Membro no qual o profissional infrator está estabelecido*”. Sendo que, “*quando o caso o justifique, poderá ser possível, segundo as regras de direito internacional privado, que uma entidade qualificada intente uma ação cole-*

.....  
<sup>7</sup> Isto é, “qualquer organização ou organismo público que represente os interesses dos consumidores que tenha sido designada por um Estado-Membro como qualificada para intentar ações coletivas nos termos da presente diretiva” (cfr., artigo 3.º, 4) da Diretiva das Ações de Reparação).

<sup>8</sup> Cfr., artigo 8.º da Diretiva das Ações de Reparação.

<sup>9</sup> Cfr., artigo 9.º da Diretiva das Ações de Reparação.

*tiva no Estado-Membro em que foi designada, bem como noutro Estado-Membro*"<sup>10</sup>.

Razão por que a Diretiva vem autonomizar duas categorias de ações coletivas em função do Estado-Membro onde a ação é intentada: as *ações coletivas nacionais*, entendendo-se como tais as ações coletivas intentadas por uma entidade qualificada no Estado-Membro da sua designação, mesmo que tais ações sejam propostas contra um profissional domiciliado noutro Estado-Membro e ainda que no âmbito dessas ações sejam representados consumidores de vários Estados-Membros e as *ações coletivas transfronteiriças isto é, as ações coletivas intentadas por uma entidade qualificada num Estado-Membro diferente daquele em que foi designada*.<sup>11</sup>.

A Diretiva das Ações de Reparação "*aplica-se sem prejuízo das regras da União em matéria de direito internacional privado, em especial regras quanto à competência judiciária, (...)*"<sup>12</sup>, devendo aplicar-se, em especial, aos meios processuais para ações coletivas exigidos pela Diretiva o Regulamento (CE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>13</sup>.

Neste quadro, no presente trabalho propomos-nos a refletir sobre a (in)adequação e a (in)eficácia dos critérios de competência previstos no Regulamento (CE) n.º 1215/2012 relativamente às ações coletivas transfronteiriças de modelo europeu, procurando explorar de que forma esta tipologia de ações desafia as regras de competência institucionalizadas naquele regulamento.

<sup>10</sup> Cfr., considerando (23) da Diretiva das Ações de Reparação.

<sup>11</sup> Cfr., considerando (23) e artigo 3.º, 6) e 7) da Diretiva das Ações de Reparação.

<sup>12</sup> Cfr., artigo 2.º, n.º 3 da Diretiva das Ações de Reparação.

<sup>13</sup> Cfr., considerando (21) da Diretiva das Ações de Reparação.



## 2. BREVE ANÁLISE DO REGULAMENTO BRUXELAS I BIS

### 2.1. ÂMBITO MATERIAL DE APLICAÇÃO

O Regulamento (UE) 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 (adiante, «Regulamento de Bruxelas I Bis») contém normas relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> JOUE L 351/1, de 20.2.2012. A origem deste Regulamento remete à Convenção relativa à competência jurisdicional e à execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada pelos então Estados-Membros das Comunidades Europeias em 27 de setembro de 1968, vulgarmente conhecida como «Convenção de Bruxelas de 1968» (JOCE, L 299/32, de 31.12.72), na sequência do artigo 220.º, quatro travessão, do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, em cuja redação amplamente se inspira. Este acordo multilateral foi posteriormente alterado pelas convenções de adesão a esse acordo de novos Estados-Membros. Como se lê no Preâmbulo da Convenção de Bruxelas, esta teve como *leitmotiv* "assegurar a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos das decisões judiciais", sendo que, para esse fim, se considerou "necessário determinar a competência dos seus órgãos jurisdicionais na ordem internacional, facilitar o reconhecimento e instaurar um processo rápido que garanta a execução das decisões, bem como dos actos autênticos e das transacções judiciais". Com o mesmo objetivo, a que acresce a consciência "dos laços que as unem, consagrados no domínio económico pelos acordos de comércio livre celebrados entre a Comunidade Económica Europeia e os Estados-membros da Associação Europeia de Comércio Livre", como assim, em consideração da Convenção de Bruxelas de 1968 e do reconhecimento de que a extensão dos princípios dessa convenção a outros Estados "reforçará a cooperação judiciária e económica na Europa", em 16 de setembro de 1988, os Estados à data membros das Comunidades Europeias e alguns Estados da Associação Europeia de Livre Comércio («EFTA») celebraram a Convenção de Lugano relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (a «Convenção de Lugano de 1988»), que alarga a aplicação das disposições da Convenção de Bruxelas de 1968 a alguns Estados membros da EFTA (JOCE, L 319/9, de 25.11.1988), a qual foi revista pela Convenção sobre a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial, assinada em Lugano em 30 de outubro de 2007 (a «Convenção de Lugano de 2007»), entre a Comunidade, a Dinamarca, a Islândia, a Noruega e a Suíça (JOUE, L 339/3, de 21.12.2007). Subsequentemente, em 22 de dezembro de 2000,

Do ponto de vista do seu âmbito material de aplicação, o Regulamento Bruxelas I bis aplica-se a questões relativas a *matéria civil e comercial*, independentemente da natureza da jurisdição, o que significa que “não importa qual a espé-

.....

o Conselho adotou o Regulamento (CE) n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, conhecido como «Regulamento de Bruxelas I» (JOCE, L 12/1, de 16.1.2001), que substituiu a Convenção de Bruxelas de 1968, no que respeita aos territórios dos Estados-Membros abrangidos pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»), nas relações entre os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca (sendo que, pela Decisão 2006/325/CE do Conselho, a Comunidade celebrou um acordo com a Dinamarca que assegura a aplicação do disposto no referido Regulamento à Dinamarca). Contudo, em 21 de Abril de 2009, a Comissão adotou um relatório sobre a aplicação do Regulamento de Bruxelas I, o qual concluiu que “em geral, a aplicação daquele Regulamento é satisfatória, mas que seria desejável aplicar melhor algumas das suas disposições, facilitar mais a livre circulação de decisões e continuar a reforçar o acesso à justiça”, pelo que “dada a necessidade de efetuar uma série de alterações ao referido regulamento, deverá o mesmo, por razões de clareza, ser reformulado” (cfr., considerando (1) do Regulamento de Bruxelas I Bis). Quadro que, em geral, conduziu à revogação do Regulamento de Bruxelas I, o qual foi substituído pelo Regulamento (UE) 1215/2012, vulgarmente Regulamento de Bruxelas I bis. Assim, atualmente, em matéria civil e comercial, a competência internacional é, no direito europeu, essencialmente regulada pelo Regulamento de Bruxelas I Bis. Dizemos essencialmente porque quer a Convenção de Bruxelas de 1968, quer a Convenção de Lugano de 2007 continuam a aplicar-se: por um lado, tal como estabelece o artigo 68.º, n.º 1 e elucida o considerando 9 do Regulamento de Bruxelas I bis, a Convenção de Bruxelas de 1968 continua a aplicar-se aos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pelo âmbito de aplicação territorial daquela convenção e que estão excluídos do Regulamento por força do artigo 355.º do TFUE e, por outro lado, o artigo 73.º, n.º 1 do mesmo Regulamento preceitua que este “não prejudica a aplicação da Convenção de Lugano de 2007”. Para uma síntese do enquadramento histórico e do *iter* percorrido desde a Convenção de Bruxelas de 1968 até ao Regulamento Bruxelas I bis, vide, ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional I*, Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 186 a 189; DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional Privado*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 268 a 274; BERTRAND ANCEL, “The Brussels I Regulation Comment”, in *Yearbook of Private International Law*, Vol. 3, 2001, pp. 101 a 103.

cie de tribunal ou a forma do processo”<sup>15</sup>, à luz dos direitos nacionais dos Estados-Membros<sup>16</sup>.

A noção de «matéria civil e comercial» é, desde a Convenção de Bruxelas de 1968, compreendida pela jurisprudência europeia como uma *noção autónoma* – dada a heterogeneidade da qualificação da natureza civil ou comercial de um determinado litígio nos diversos Estados-Membros – e restrita a *relações jurídicas de direito privado*, o que significa que as questões que envolvam o exercício de poderes de *ius imperii* não são consideradas questões relativas a matéria civil e comercial, estando excluídas do âmbito material de aplicação do Regulamento<sup>17</sup>. O que resulta claro, desde

<sup>15</sup> Cfr., MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA/DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968, relativa à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial e Textos Complementares*, Lisboa: Lex, 1994, p. 24. No mesmo sentido, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lisboa: Lex, 1994, p. 69; MARCO CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, *ob. cit.*, p. 423.

<sup>16</sup> Sobre o âmbito material de aplicação do Regulamento, *vide*, MARCO CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 339, Setembro/Dezembro de 2015, pp. 421 a 423; ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional I*, *ob. cit.*, p. 197 e 198; RUI MANUEL MOURA RAMOS, “Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento Bruxelas I bis pelo Regulamento (UE) n.º 1215/1012, de 12 de Dezembro de 2012”, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, MARIA JOÃO ANTUNES (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 1273 a 1275.

<sup>17</sup> *Vide*, ainda que com referência à Convenção de Bruxelas de 1968, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de outubro de 1976, no Processo C-29/76 *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG, Düsseldorf vs. Eucontrol*, Bruxelas, pág. 632: “O artigo 1.º, ao determinar que a convenção se aplica «qualquer que seja a natureza do órgão jurisdicional», indica que a noção «matéria civil e comercial» não poderá ser interpretada unicamente em função da repartição de competências entre as várias ordens jurisdicionais existentes em determinados Estados. Assim, a noção em causa deve considerar-se como uma noção autónoma que é preciso interpretar fazendo referência, por um lado, aos objectivos e ao sistema da convenção e, por outro, aos princípios gerais emanantes do conjunto dos ordenamentos jurídicos nacionais. Se a interpretação da noção for abordada desta forma, designadamente para efeitos de aplicação do disposto no

logo, da parte final do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento, ao preceituar que este “não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, nem a responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado («*acta jure imperii*»)”.

Com efeito, nada impede a aplicação do Regulamento Bruxelas I bis quando esteja em causa uma ação proposta por ou contra uma autoridade pública, desde que o âmbito da ação se circunscreva à esfera do direito privado, o que equivale a dizer que para o efeito da aplicação daquele regulamento, o que releva é a natureza da obrigação que constitui o objeto do litígio<sup>18</sup>.

.....

título III da convenção, determinadas categorias de decisões jurisdicionais devem considerar-se excluídas do seu âmbito de aplicação devido aos elementos que caracterizam a natureza das relações jurídicas entre as partes no litígio ou o objecto deste. Ainda que determinadas decisões proferidas em litígios que opõem uma autoridade pública a uma entidade privada possam entrar no âmbito de aplicação da convenção, o mesmo já não acontece se a autoridade pública actuar como entidade dotada de *ius imperii*”.

Sobre este ponto, *vide*, MARCO CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, *ob. cit.*, p. 421; ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “International private law problems in the scope of private enforcement of competition law”, in *Private Enforcement of Competition Law*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 39; GIUSEPPE CAMPEIS/ARRIGO DE PAULI, *Le Regole Europee ed Internazionali del Processo Civile Italiano*, Pádua: Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 109.

<sup>18</sup> A este propósito, *vide* ainda, exemplificativamente e com referência a outra jurisprudência europeia relevante, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de fevereiro de 2007, Processo C-292/05 E. *Lechouritou, et. al. vs República Federal da Alemanha*: “28. (...) embora a Convenção de Bruxelas, no artigo 1.º, primeiro parágrafo, primeiro período, consagre o princípio segundo o qual o seu âmbito de aplicação está circunscrito à «matéria civil e comercial», essa Convenção não define o conteúdo nem o alcance desse conceito. 29. A este respeito, importa recordar que, para garantir, na medida do possível, a igualdade e a uniformidade dos direitos e obrigações que decorrem da Convenção de Bruxelas para os Estados contratantes e as pessoas interessadas, não se deve interpretar os termos da referida disposição como um simples reenvio para o direito interno de um ou outro dos Estados em questão. Resulta assim de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que o conceito de «matéria civil e comercial» deve ser considerado um conceito autónomo que é preciso interpretar por referência, por um lado, aos objectivos e ao sistema da Convenção de Bruxelas e, por outro,

Além disso, o artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento Bruxelas I bis delimita negativamente o seu âmbito de aplicação, dele excluindo expressamente determinadas matérias, embora revistam natureza civil ou comercial, a saber: questões relativas ao estado e à capacidade jurídica das pessoas ou aos regimes de bens do casamento ou de relações que, de acordo com a lei que lhes é aplicável, produzem efeitos comparáveis ao casamento, às falências, concordatas e processos análogos, à segurança social, à arbitragem<sup>19</sup>, às obrigações de

.....  
aos princípios gerais resultantes do conjunto dos sistemas jurídicos nacionais (...). 31. O Tribunal de Justiça considerou, assim, que, embora determinados litígios que opõem uma autoridade pública a uma entidade privada possam entrar no âmbito de aplicação da Convenção de Bruxelas, o mesmo já não acontece se a autoridade pública actuar no exercício do poder público (...)"

<sup>19</sup> Sobre a relação entre o Regulamento Bruxelas I bis e a arbitragem importa considerar, por um lado, o considerando 12 deste regulamento e, por outro lado, o artigo 73.º, n.º 2 deste regulamento, nos termos do qual este instrumento multilateral "não prejudica a aplicação da Convenção de Nova Iorque de 1958" (isto é, a «Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras»), o que significa que esta Convenção tem primazia sobre o Regulamento Bruxelas I bis. Nos termos do considerando 12 do regulamento em apreciação, este "não deverá aplicar-se à arbitragem", assim como "a ações ou processos conexos relativos, nomeadamente, à criação de um tribunal arbitral, aos poderes dos árbitros, à condução do processo arbitral ou a quaisquer outros aspetos desse processo, nem a ações ou decisões em matéria de anulação, revisão, recurso, reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais". Mais acrescenta que, por um lado, o regulamento não "impedir que os tribunais de um Estado-Membro, caso lhes seja submetida uma ação numa matéria para a qual as partes celebraram um acordo de arbitragem, remetam as partes para a arbitragem, suspendam ou encerrem o processo ou examinem se a convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação nos termos da lei nacional", sendo que, "as decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros que determinam se uma convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação não deverão estar sujeitas às regras de reconhecimento e execução estabelecidas no presente regulamento, independentemente de o tribunal ter decidido destes aspetos a título principal ou incidental". E, por outro lado, "se um tribunal de um Estado-Membro, exercendo a sua competência por força do presente regulamento ou da lei nacional, determinar que uma convenção de arbitragem é nula, ineficaz ou insuscetível de aplicação, tal não deverá impedir que a decisão do tribunal quanto ao mérito da questão seja reconhecida ou, consoante o caso,

alimentos decorrentes de uma relação familiar, parentesco, casamento ou afinidade<sup>20</sup>, aos testamentos e sucessões, incluindo as obrigações de alimentos resultantes do óbito.

Do ponto de vista do seu objeto, o Regulamento Bruxelas I bis visa a regulação da competência internacional, pelo

.....  
 executada nos termos do presente regulamento". Este regime afasta-se da posição firmada pelo Tribunal de Justiça, datado de 10 de fevereiro de 2009, no Processo C-185/07 *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA vs West Tankers Inc*, nos termos da qual, apesar de o anterior Regulamento 44/2001 não ser aplicável à arbitragem, cabe no seu âmbito de aplicação "uma questão prévia sobre a aplicabilidade de uma convenção de arbitragem, designadamente sobre a sua validade". Pelo que, nada obsta a que o tribunal da ação realize o controlo incidental da validade da convenção de arbitragem, bem como que aprecie a sua própria competência internacional (cfr., ponto 26 e 27 do referido acórdão).

<sup>20</sup> Estas matérias estão excluídas do âmbito material de aplicação do Regulamento Bruxelas I bis na sequência da adoção do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (JOUE L 7/1, de 10.1.2009). Sobre a competência internacional em matéria de obrigações alimentares, *vide*, entre outros autores, RUI MANUEL MOURA RAMOS, "As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia", in *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Vol. LVII, Tomo III, 2014, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 2855 a 2902; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, "Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras", in *Comemorações dos 35 anos de Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 613 a 709; CARLOS MANUEL GONÇALVES DE MELO, "O Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações de alimentos", in *Revista do CEJ*, II, 2014, pp. 115 a 132. Na doutrina estrangeira, *vide*, FAUSTO POCAR/ILARIA VIARENGO, "Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari", in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2009, pp. 805 a 828; BERTRAND ANCEL/ HORATIA MUIR WATT, "Aliments sans frontières. Le règlement CE n.º 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires", in *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 99, n.º 3, 2010, pp. 457-484; GIOVANNA RICCIARDI, "Le corti tedesche ed il regolamento (CE) n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, marzo de 2021, pp. 608-628.

que o mesmo é aplicável a litígios transfronteiriços ou plurilocalizados<sup>21</sup>.

## 2.2. ÂMBITO SUBJETIVO DE APLICAÇÃO:

### 2.2.1. CRITÉRIO GERAL DE COMPETÊNCIA

O Regulamento Bruxelas I bis consagra, como critério geral de competência, o *critério do domicílio do réu*<sup>22</sup>, o que equivale à consagração do *princípio actor sequitur forum rei*<sup>23</sup>.

Esta regra geral de competência encontra-se elucidada no considerando 15 daquele regulamento, segundo o qual “as regras de competência devem apresentar um elevado nível de certeza jurídica e fundar-se no princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido. Os tribunais deverão estar sempre disponíveis nesta base, exceto nalgumas situações bem definidas em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam um critério diferente”. Com efeito, o critério geral do domicílio do réu, bem assim as regras especiais de competência, visam a proteção

<sup>21</sup> Referindo que, apesar de o Regulamento Bruxelas I bis “visar a distribuição de competência entre os tribunais dos Estados-Membros”, o mesmo contém “também algumas regras de competência interna em razão do território”, como sejam as regras contidas nos artigos 7.º, n.ºs 1 e 2 e 4.º, n.º 2, vide, ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional I*, ob. cit., p. 196. Vide, ainda, a este propósito, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional Privado*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, p. 76.

<sup>22</sup> Nos termos do artigo 62.º, n.º 1 do Regulamento, para determinar se o réu tem domicílio no Estado-Membro do tribunal onde a ação foi proposta, o juiz aplica a sua lei interna. No que tange às sociedades, ou outras pessoas coletivas ou associações de pessoas singulares ou coletivas, considera-se que estas têm domicílio no lugar em que tiverem a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal (cfr., artigo 63.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis).

<sup>23</sup> Sobre o critério geral de competência do domicílio do réu, vide, MARCO CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, ob. cit., pp. 421 a 423; ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional I*, ob. cit., p. 197 e 198; JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, Lisboa: AAFSL, 2022, pp. 184 a 186.

jurídica das pessoas domiciliadas na União Europeia, permitindo, concomitantemente, ao demandante identificar facilmente o órgão jurisdicional onde deve propor a ação e ao demandado prever com razoabilidade o foro em que pode ser demandado<sup>24</sup>.

Nestes termos, se o réu tiver o seu domicílio ou sede num Estado-Membro da União Europeia deve ser demandado no tribunal desse Estado-Membro (cfr., artigo 4.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis)<sup>25</sup>. E assim, *independentemente da sua nacionalidade*, por força do *princípio da equiparação consagrado no artigo 4.º do Regulamento Bruxelas I bis*, o que significa que o critério do domicílio do réu é aplicável mesmo

<sup>24</sup> Assim, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, *inter alia*, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de maio de 2007, Processo C-386/05 *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*, § 20; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 13 de julho de 2006, Processo C-103/05 *Reisch Montage AG v. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, §§ 24 e 25. Em sentido próximo, na doutrina, vide, MARCO CARVALHO GONÇALVES, "Competência judiciária na União Europeia", *ob. cit.*, p. 424; PETER STONE, *EU Private International Law*, 3.ª edição, United Kindgom: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 53.

<sup>25</sup> Anote-se que a determinação da competência em função do domicílio do réu afasta a aplicação da teoria do *forum non conveniens*, com tradição nos países da *common law*, nos termos da qual um tribunal pode rejeitar a sua competência para conhecer de um determinado litígio caso considere que um tribunal de outra jurisdição é um foro mais adequado para conhecer esse litígio. A este propósito, vide, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de março de 2005, Processo C-281/02 *Andrew Owusu vs N. B. Jackson et. al.*, cuja decisão foi no sentido de que "(...) a Convenção de Bruxelas se opõe a que um órgão jurisdicional de um Estado contratante decline a competência que lhe é conferida pelo artigo 2.º da referida convenção por considerar que um órgão jurisdicional de um Estado não contratante é um foro mais adequado para conhecer do litígio em causa, mesmo que a questão da competência de um órgão jurisdicional de outro Estado contratante não se coloque ou que esse litígio não tenha qualquer nexó com outro Estado contratante" (cfr., ponto 46). Na doutrina, vide, ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, Vol. I, Köln: Otto Schmidt, 2016, pp. 71 e 72; JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, Lisboa: AAFSL, 2022, p. 185; MARCO CARVALHO GONÇALVES, "Competência judiciária na União Europeia", *ob. cit.*, p. 424.



nos casos em que o réu, apesar de ter o seu domicílio num determinado Estado-Membro, não tenha a nacionalidade desse Estado<sup>26</sup>.

Com respeito pelo princípio da *perpetuatio fori*, o que importa é que o domicílio do demandado se situe num Estado-Membro da União Europeia no momento da propositura da ação, sendo irrelevante, para efeito de aplicação do Regulamento Bruxelas I bis para a determinação da competência internacional dos tribunais dos Estados-Membros, a alteração, após a propositura da ação, do domicílio do réu<sup>27</sup>.

## 2.2.2. CRITÉRIOS ESPECIAIS DE COMPETÊNCIA

O foro do domicílio do réu é complementado por foros alternativos permitidos “em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça”, sendo que, a existência de um vínculo estreito deve “assegurar a certeza jurídica e evitar a possibilidade de o requerido ser demandado num tribunal de um Estado-Membro que não seria razoavelmente previsível para ele”<sup>28</sup>.

.....

<sup>26</sup> Cfr., artigo 4.º, n.º 2 do regulamento: “As pessoas que não possuam a nacionalidade do Estado-Membro em que estão domiciliadas ficam sujeitas, nesse Estado-Membro, às regras de competência aplicáveis aos nacionais”.

<sup>27</sup> Cfr., ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional I*, ob. cit., p. 199; MARCO CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, ob. cit., p. 424; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA/DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968, relativa à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial e Textos Complementares*, ob. cit., p. 25. Esta ideia ficou patente no Aviso às Partes Interessadas, com o título “Saída do Reino Unido e normas da UE nos domínios da justiça civil e do Direito Internacional Privado”, emitido pela Comissão em 18 de janeiro de 2019, na sequência do *Brexit*, nos termos do qual, “aos processos que envolvam demandados com domicílio no Reino Unido, pendentes em tribunais dos Estados-Membros da UE-276 à data de saída, continuam a aplicar-se as normas da UE em matéria de competência internacional” (cfr., ponto 1.1).

<sup>28</sup> Cfr., considerando (16) do Regulamento Bruxelas I bis.

Assim, ainda que o réu tenha o seu domicílio num Estado-Membro da União Europeia, pode ser demandado nos tribunais de um outro Estado-Membro, se no caso concreto, se aplicar algum dos *critérios especiais de competência*, previstos nos artigos 7.º a 23.º do Regulamento Bruxelas I bis, ou quando esteja em causa alguma das situações de *competência exclusiva* (cfr., artigo 24.º do Regulamento Bruxelas I bis) ou de *competência convencional* (cfr., artigo 25.º do Regulamento Bruxelas I bis)<sup>29</sup>.

O critério geral de competência e os critérios especiais de competência ("*foros alternativos*") não estabelecem entre si uma relação de especialidade – de modo que, caso se verifique, no caso concreto, simultaneamente preenchido o critério geral de competência do domicílio do réu e um critério especial de competência, o critério especial de competência não derroga o critério geral –, mas, antes sim, uma *relação de alternatividade ou de concorrência*<sup>30</sup>, pelo que, verificando-se, no caso concreto, algum critério especial de competência, o demandante tem a faculdade de escolher entre propor a ação nos tribunais do Estado-Membro do domicílio do demandado ou nos tribunais do Estado-Membro que seja competente ao abrigo do critério especial de competência<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr., artigo 5.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis: "As pessoas domiciliadas num Estado-Membro só podem ser demandadas nos tribunais de outro Estado-Membro nos termos das regras enunciadas nas secções 2 a 7 do presente capítulo".

<sup>30</sup> Neste sentido, vide, MARCO CARVALHO GONÇALVES, "Competência judiciária na União Europeia", *ob. cit.*, p. 427; JOÃO DE CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, *ob. cit.*, p. 186; PETER STONE, *EU Private International Law*, *ob. cit.*, p. 27. Na jurisprudência pátria, vide, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 733/18.518GMR.G1, relatado por Raquel Tavares, datado de 21-06-2018.

<sup>31</sup> Referindo que em caso de escolha do foro ocorre uma situação de *forum shopping*, vide, entre nós, MARCO CARVALHO GONÇALVES, "Competência judiciária na União Europeia", *ob. cit. loc. cit.*, p. 427; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA,

Só assim não será se, no caso concreto, se verificar alguma das situações de *competência exclusiva* (cfr., artigo 24.º do Regulamento Bruxelas I bis) ou de *competência convencional* (cfr., artigo 25.º do Regulamento Bruxelas I bis), porquanto, afastam a aplicação do critério geral e dos critérios especiais de competência.

Considerando que a competência dos tribunais do Estado-Membro do domicílio do requerido, constitui a regra geral e que, em exceção a essa regra geral, o Regulamento Bruxelas I bis prevê regras de competência especial em que o réu pode ser demandado perante um tribunal de outro Estado-Membro, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem sido constante em considerar que as regras especiais de competência previstas no Regulamento Bruxelas I bis são “*de interpretação estrita e não permitem uma interpretação que vá além das situações contempladas expressamente pelo referido regulamento*”<sup>32</sup>.

### 2.2.2.1. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CONTRATUAL

Em matéria contratual, as pessoas domiciliadas num Estado-Membro podem ser demandadas perante “*o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão*” (cfr., artigo 7.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento Bruxelas I bis).

.....  
A *Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, ob. cit., p. 44. Na doutrina estrangeira, veja-se, ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, “International private law problems in the scope of private enforcement of competition law”, ob. cit., p. 616.

<sup>32</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de maio de 2019, Processo C-25/18 *Brian Andrew Kerr v. Pavlo Postnov et. al.*, § 22. No mesmo sentido, vide, ilustrativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de julho de 2016, Processo C- 196/15 *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, § 18; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 18 de julho de 2013, Processo C-147/12 *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v. Frank Koot*, § 31; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 16 de julho de 2009, Processo C-189/08 *Zuid-Chemie BV v. Filippo's Mineralenfabriek NV/AS*, § 22.

Com efeito, considerando que as regras especiais de competência se fundamentam na existência de um “vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça”<sup>33</sup>, o legislador europeu entendeu que, em matéria contratual, “o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão” é normalmente o mais apto para conduzir o processo e decidir a questão, nomeadamente por razões de proximidade do litígio e de organização útil do processo<sup>34</sup>.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a regra especial de competência prevista em matéria contratual não exige “a celebração de um contrato”, mas é “indispensável identificar uma obrigação para o aplicar, dado que a competência jurisdicional (...) é fixada em função do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deve ser cumprida”, pelo que, a sua aplicação “pressupõe a determinação de uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra e na qual se baseia a ação do demandante”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr., considerando (16) do Regulamento Bruxelas I bis.

<sup>34</sup> Neste sentido, na jurisprudência europeia, vide, entre outros, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de maio de 2007, Processo C-386/05 *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*, § 40.

Em sentido próximo, na doutrina, vide, MARCO CARVALHO GONÇALVES, “Competência judiciária na União Europeia”, *ob. cit.*, p. 428; ALEXANDER J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention – Rome I Regulation*, New York: Juris Publishing Inc., 2011, p. 28.

<sup>35</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 26 de abril de 2016, Processo C- 572/14 *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH v. Amazon EU Sàrl et. al.*, §§ 35 e 36. No mesmo sentido, exemplificativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 15 de junho de 2017, Processo C-249/16 *Saale Kareda v. Stefan Benkö*, § 28; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de março de 2013, Processo C-419/11 *Česká spořitelna, a.s. v. Gerald Feichter*, § 47; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, § 39.

No que respeita ao lugar do cumprimento da obrigação, o artigo 7.º, n.º 1, alínea b) do Regulamento Bruxelas I bis estipula diferentes elementos de conexão – que são supletivos, na medida em que se ressalva a ausência de convenção das partes em contrário, isto é, a convenção pelas partes de um lugar distinto para o cumprimento da obrigação – em função do objeto do litígio: contrato de compra e venda de bens ou contrato de prestação de serviços<sup>36</sup>.

Se o litígio tiver por objeto um contrato de compra e venda de bens, o lugar do cumprimento da obrigação será “o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues” (cfr. artigo 7.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão). Por seu turno, se o litígio tiver por objeto um contrato de prestação de serviços, o lugar do cumprimento da obrigação será “o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados” (cfr. artigo 7.º, n.º 1, alínea b), segundo travessão)<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Relativamente aos conceitos de «contrato de compra e venda» e «contrato de prestação de serviços», vide, exemplificativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de março de 2018, Processo C-64/17 *Saey Home & Garden, NV/SA v. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais, AS* (e demais jurisprudência referida), *inter alia*, o §37 – “(...) um contrato cuja obrigação característica é a entrega de um bem deve ser qualificado de «venda de bens», na aceção do artigo 7.º, ponto 1, alínea b), primeiro travessão, do Regulamento n.º 1215/2012 (...)” – e o § 38 – para que “(...) um contrato pode ser qualificado de «contrato de prestação de serviços», na aceção do artigo 7.º, ponto 1, alínea b), segundo travessão, do Regulamento n.º 1215/2012, recorde-se que o conceito de «serviços» implica, pelo menos, que a parte que os presta realize uma atividade determinada em contrapartida de uma remuneração”.

<sup>37</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1012/16.8T8CTB.C1, relatado por Maria Domingas Simões, datado de 23-05-2017: “Tem sido commumente entendido que motivado pela necessidade de garantir a segurança jurídica em matéria de competência internacional nos tipos de contratos mais comuns e, nessa medida, previsivelmente na origem do maior número de litígios a dirimir, o legislador comunitário consagrou, no caso dos contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, um conceito autónomo de lugar do cumprimento das obrigações deles emer-

*Quid iuris* se o contrato de compra e venda implicar uma pluralidade de lugares de entrega ou o contrato de prestação de serviços implicar uma pluralidade de lugares de prestação, seja num mesmo Estado-Membro, seja em Estados-Membros diferentes?

No Processo C-386/05 *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*, de 3 de maio de 2007, o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou que o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 – preceito homólogo ao artigo 7.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão do Regulamento Bruxelas I bis, sendo, como tal, igualmente válida a declaração em causa – deve ser interpretado, por assim ser conforme aos princípios basilares do regime de certeza jurídica e proximidade, “no sentido de que esta disposição é aplicável em caso de pluralidade de lugares de entrega num mesmo Estado-Membro”, caso em que, “o tribunal competente para conhecer todos os pedidos baseados no contrato de compra e venda de bens é o tribunal em cuja jurisdição territorial se situa o lugar da entrega principal, que deve ser determinado em função de critérios económicos” e “na falta de factores determinantes para definir o lugar da entrega

.....

gentes, fazendo relevar o lugar do cumprimento da obrigação de entrega ou do lugar onde os serviços foram ou deveriam ser prestados, a este critério puramente factual – com dispensa, portanto, da intervenção do direito de conflitos do estado do foro (...)”. No mesmo sentido deste aresto jurisprudencial, vide, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 05B316, relatado por Salvador da Costa, datado de 3 de março de 2005; o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 27630/13.8YI-PRT-A.G1, relatado por Fonseca Ramos, datado de 05-04-2016; nos Tribunais da Relação, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 6029/17.2T8GMR.G1, relatado por Heitor Gonçalves, datado de 04-10-2018; e, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 4138/20.T8PRT.P1, relatado por José Eusébio Almeida, datado de 12 de julho de 2021.

*principal, o autor pode demandar o réu no tribunal do lugar de entrega da sua escolha*"<sup>38</sup>.

Porém, o Tribunal de Justiça ressaltou que as suas considerações se limitavam *"unicamente ao caso de pluralidade de lugares de entrega num único Estado-Membro e não são determinantes para a resposta a dar em caso de pluralidade de lugares de entrega em vários Estados-Membros"*<sup>39</sup>.

Todavia, posteriormente, no âmbito do Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, o Tribunal de Justiça da União Europeia sublinhou que *"as considerações nas quais o Tribunal de Justiça se baseou para chegar à interpretação adoptada no acórdão Color Drack (...) são igualmente válidas em relação aos contratos de prestação de serviços, incluindo os casos em que essa prestação não é realizada num único Estado-Membro"*, uma vez que *"as regras de competência especial previstas no Regulamento n.º 44/2001 em matéria de contratos de compra e venda de bens e de prestação de serviços têm a mesma génese, prosseguem a mesma finalidade e ocupam o mesmo lugar na sistemática estabelecida por esse regulamento"*<sup>40</sup>.

Por conseguinte, na ótica do Tribunal de Justiça, *"os objetivos de proximidade e de certeza jurídica, que são prosseguidos pela concentração da competência judiciária no lugar de prestação dos serviços, em virtude do contrato em causa, e pela determinação de uma competência judiciária única para todas as pretensões baseadas nesse contrato, não podem ser apreciados de modo diferente na hipótese de pluralidade de lugares de prestação dos serviços em cau-*

.....  
<sup>38</sup> Para uma análise dos fundamentos da declaração do Tribunal de Justiça, vide, §§ 15 a 45 do referido acórdão.

<sup>39</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de maio de 2007, Processo C-386/05 *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*, § 16.

<sup>40</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2009, Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, § 36.

sa em Estados-Membros diferentes”<sup>41</sup>. E, assim, porque tal diferenciação – entre as hipóteses de pluralidade de lugares da prestação dos serviços num mesmo Estado-Membro e de pluralidade de lugares da prestação dos serviços em Estados-Membros diferentes – “além de não encontrar apoio nas disposições do Regulamento n.º 44/2001, contradiz a finalidade que presidiu à adopção deste, que, através da unificação das regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial, contribui para o desenvolvimento de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, bem como para o bom funcionamento do mercado interno no seio da comunidade (...)”<sup>42</sup>.

Com efeito, na hipótese de pluralidade de lugares de prestação de serviços, tanto num mesmo Estado-Membro como em diferentes Estados-Membros, o lugar que garante o elemento de conexão mais estreito entre o contrato em apreço e o órgão jurisdicional competente, é o lugar onde deve ser realizada a principal prestação de serviços.

Não obstante, o Tribunal de Justiça alerta que, em contraposição ao que sucede com a entrega de mercadoria em lugares diferentes, “que constituem operações distintas e quantificáveis para determinar a entrega principal em função de critérios económicos”, no caso de certas prestações de serviços – em particular, no caso de prestação de serviços de transporte aéreo, matéria em discussão no caso referido, dado que, pela sua natureza, os serviços são prestados de forma indivisível e unitária desde o lugar da partida até ao lugar de chegada do avião –, “não se pode distinguir, neste caso, em função de um critério económico, uma parte distin-

.....  
<sup>41</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2009, Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, § 37, 1.ª parte.

<sup>42</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2009, Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, § 37, 2.ª parte.



ta da prestação que constituiria a prestação principal, realizada num lugar preciso"<sup>43</sup>.

Nestes casos, à semelhança da interpretação seguida no acórdão *Color Drack*, não havendo elementos decisivos para definir o lugar da prestação principal, o autor pode demandar o réu no tribunal do lugar de prestação dos serviços da sua escolha – *in casu*, o lugar de partida e de chegada do avião –, considerando-se que quaisquer dos lugares apresentam um elemento de proximidade suficiente com os elementos materiais do litígio e, como tal, respeitam o critério da proximidade e satisfazem, igualmente, a exigência de certeza jurídica, permitindo tanto ao demandante como ao demandado identificar com razoabilidade os órgãos jurisdicionais que podem ser chamados a decidir o litígio<sup>44</sup>.

No acórdão em apreciação, o Tribunal de Justiça ressaltou, ainda, que, não obstante a faculdade de escolha do foro pelo requerente, este sempre disporá da possibilidade de recorrer à regra geral de competência, dirigindo-se ao órgão jurisdicional do domicílio do réu<sup>45</sup>.

Foi esta, aliás, esta a interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça no processo C-19/09 *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade AS* a respeito da interpretação do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), segundo travessão, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 (correspondente ao atual artigo 7.º, n.º 1, alínea b), segundo travessão do Regulamento Bruxelas I bis) relativamente a um contrato de agência comercial. Neste

.....  
<sup>43</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2009, Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, § 42.

<sup>44</sup> Sobre os fundamentos da declaração do Tribunal de Justiça no acórdão em referência (Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*), vide, em particular, §§ 43 a 46.

<sup>45</sup> Cfr., § 45 do Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2009, Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*.

aresto, o Tribunal de Justiça declarou que aquela disposição regulamentar deveria ser interpretada “no sentido de que, no caso de a prestação de serviços ter lugar em diversos Estados-Membros, o tribunal competente para conhecer todos os pedidos baseados no contrato é o da jurisdição onde se encontra o lugar da prestação principal dos serviços”, sendo que, “relativamente a um contrato de agência comercial, esse lugar é o da prestação principal dos serviços do agente, tal como decorre das disposições do contrato, ou, na falta destas disposições, da execução efectiva do referido contrato e, na impossibilidade de o determinar nesta base, o lugar onde o agente está domiciliado”<sup>46</sup>.

Com efeito, parece ser de concluir que se o contrato de compra e venda implicar uma pluralidade de lugares de entrega ou o contrato de prestação de serviços implicar uma pluralidade de lugares de prestação, trate-se de lugares de um mesmo Estado-Membro ou de Estados-Membros diferentes, o órgão jurisdicional competente para conhecer todos os pedidos baseados nos contratos é o tribunal do lugar da entrega principal e da prestação principal de serviços, respetivamente. E, na falta de elementos significativos para determinar o lugar da entrega principal ou o lugar da prestação de serviços principal, é competente o tribunal do lugar de entrega ou da prestação principal de serviços da escolha do requerente. Sendo que, em qualquer caso, sempre se poderá aplicar o critério geral de competência do *actor sequitur forum rei*.

.....

<sup>46</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 11 de março de 2010, Processo C-19/09 *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade AS*, § 43. No mesmo sentido, seguindo a interpretação adotada neste acórdão, vide, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de março de 2018, Processo C-64/17 *Saey Home & Garden, NV/SA v. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais, AS*, § 45.

### 2.2.2.2. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA EXTRA CONTRATUAL

O artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis prevê uma regra especial de competência relativa às ações judiciais que tenham por objeto um litígio em *matéria extracontratual*.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça tem entendido que o conceito de «matéria extracontratual» “(...) *abrange qualquer ação que tenha em vista pôr em causa a responsabilidade do demandado e que não esteja relacionada com a «matéria contratual» (...)*”<sup>47</sup>, a qual “pressupõe a determinação de uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra e na qual se baseia a ação do demandante”<sup>48</sup>.

Em matéria extracontratual, o legislador europeu entendeu que o foro que apresenta um vínculo particularmente estreito com os elementos materiais do litígio, é mais apto a assegurar a organização útil do processo e respeita a exigência de certeza jurídica, é o *foro do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*<sup>49</sup>. Com efeito, nos termos do artigo 7.º,

.....  
<sup>47</sup> Cfr., o já citado, Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 26 de abril de 2016, Processo C- 572/14 *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH v. Amazon EU Sàrl et. al.*, § 32. Bem assim, exemplificativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 13 de março de 2014, Processo C-548/12 *Marc Brogsitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, § 20; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, § 44.

<sup>48</sup> Sobre o conceito de «matéria contratual», vide, ilustrativamente, os acórdãos referidos supra, nota de rodapé n.º 35.

<sup>49</sup> Assim, *inter alia*, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de novembro de 1976, Processo C- 21/76 *Handelswekerij G. J. Bier BV, v. Mines de Potasse d'Alsace*, § 11; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 11 de janeiro de 1990, Processo C-220/88 *Dumez France e Tracoba v. Hessische Landesbank et. al.*, § 17; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, § 46; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 16 de julho de 2009, Processo C-189/08 *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/AS*, § 24; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 5 de junho de

n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis, “*as pessoas domiciliadas num Estado-Membro podem ser demandadas noutro Estado-Membro (...) em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*”.

A expressão “lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso” é dúbia nos casos em que o lugar onde se verificou o facto que está na origem do dano se situa num Estado-Membro diferente daquele onde o dano se verificou, deixando em aberto a questão de saber se se afigura necessário, em tais casos, com o fim de determinar a competência jurisdicional, escolher como critério de vinculação ora o lugar do facto causal que está na origem do dano ora o lugar da materialização do dano, ou, antes, se deve reconhecer-se ao requerente a possibilidade de escolha por um destes critérios de vinculação.

Desde cedo, a jurisprudência europeia se sedimentou no sentido de que quer o lugar do facto causal, quer o lugar onde se materializou o dano constituem, do prisma da competência jurisdicional, critérios de vinculação significativos<sup>50</sup>. Ademais, é pressuposto essencial da responsabilidade extracontratual a existência de um nexo de causalidade entre o dano e o facto que está na origem do dano, de tal modo que, atenta a estreita conexão entre estes dois elementos constitutivos da responsabilidade, não se revelaria adequada a exigência de escolha por um dos critérios de vinculação em detrimento do outro, podendo, cada um deles, em função das circunstâncias do caso concreto, figurar-se especial-

.....  
 2014, Processo C-360/12 *Coty Germany GmbH v. contra First Note Perfumes NV*, § 47; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 21 de maio de 2015, Processo C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al.*, § 40.

<sup>50</sup> Referimo-nos, em particular, ao paradigmático Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de novembro de 1976, Processo C- 21/76 *Handel-swekerij G. J. Bier BV, v. Mines de Potasse d'Alsace*.

mente útil do ponto de vista da administração da justiça e da organização do processo<sup>51</sup>.

Por outro lado, a opção pelo elemento de conexão do lugar onde decorreu o evento causal poderia levar, na maioria dos casos, a uma confusão com o critério do domicílio do réu, pois será aí que, por regra, ocorrerá o facto causal que está na origem do dano, retirando o efeito útil ao critério especial de competência do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis. Do mesmo modo, a escolha única pelo elemento de conexão do lugar onde se verificou o dano conduziria, nas hipóteses em que não existe uma coincidência entre o lugar de materialização do dano e o lugar do facto que deu origem ao dano, a excluir um critério de vinculação útil com a competência de um órgão jurisdicional particularmente próximo do facto que deu causa ao dano<sup>52</sup>.

Com efeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem sido constante no sentido de que se não houver coincidência entre o lugar onde ocorreu o facto danoso e o lugar onde poderá ocorrer o facto danoso, o conceito «*lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*» deve ser interpretado como se referindo simultaneamente ao lugar onde se verificou o dano (*lugar da materialização do dano*) e ao lugar onde decorreu o facto causal (*lugar do evento causal que está na origem do dano*)<sup>53</sup>. Com efeito, o réu pode ser demandado,

.....

<sup>51</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de novembro de 1976, Processo C- 21/76 *Handelswekerij G. J. Bier BV, v. Mines de Potasse d'Alsace*, §§ 15 a 17.

<sup>52</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de novembro de 1976, Processo C- 21/76 *Handelswekerij G. J. Bier BV, v. Mines de Potasse d'Alsace*, §§ 20 e 21.

<sup>53</sup> Porém, conforme declarou o Tribunal de Justiça no Processo C-364/93 *Antonio Marinari et. al. v. Zubaidi Trading Company*, "embora se admita que o conceito «lugar onde ocorreu o facto danoso», na aceção do artigo 5.º, ponto 3, da Convenção, pode visar simultaneamente o lugar onde se produziu o dano e o do evento causal, este conceito não pode todavia ser interpretado de modo extensivo ao ponto de englobar todo e qualquer lu-

consoante a opção do autor, perante o tribunal do lugar onde se verificou o dano ou perante o tribunal onde decorreu o evento causal que está na origem do dano<sup>54</sup>.

gar onde se podem fazer sentir as consequências danosas de um facto que causou já um dano efectivamente ocorrido noutra lugar". Por conseguinte, o que releva é o dano inicial e não o dano consecutivo, não podendo aquele conceito "ser interpretado como abrangendo o lugar onde a vítima, como é aqui o caso, pretende ter sofrido um dano patrimonial consecutivo a um dano inicial ocorrido e sofrido por ela noutra Estado contratante" (cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de setembro de 1995, Processo C-364/93 *Antonio Marinari et. al. v. Zubaidi Trading Company*, §§ 14 e 15). No mesmo sentido, mais recentemente, vide, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 5 de julho 2018, Processo C- 27/17 AB «flyLAL Lithuanian Airlines» v. «Starptautiskā lidosta "Rīga"» VAS et. al., § 32; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 29 de julho de 2019, Processo C451/18 *TiborTrans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. v. DAF Trucks NV*, § 28 e o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2020, Processo C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*, § 26. Igualmente, o Tribunal de Justiça já declarou que "um dano que constitui apenas a consequência indireta do dano inicialmente sofrido por outras pessoas que foram diretamente afetadas pelo dano concretizado num lugar diferente daquele onde o lesado indireto veio depois a sofrer o dano não pode fundar a competência jurisdicional" (ilustrativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 11 de janeiro de 1990, Processo C-220/88 *Dumez France e Tracoba v. Hessische Landesbank et. al.*, §§ 14 e 22, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 29 de julho de 2019, Processo C451/18 *TiborTrans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. v. DAF Trucks NV*, § 29 e Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2020, Processo C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*, § 27.

<sup>54</sup> Neste sentido, o sobejamente citado Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de novembro de 1976, Processo C- 21/76 *Handelswekerij G. J. Bier BV, v. Mines de Potasse d'Alsace*, §§ 24; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 7 de março de 1995, Processo C- 68/93, *Fiona Shevill et. al. v. Presse Alliance AS*, §§ 20 a 23 e § 33; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, § 46; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 16 de julho de 2009, Processo C-189/08 *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/AS*, § 24; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 10 de junho de 2004, Processo C-168/02, *Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier et. al.*, § 16; mais recentemente, e demais jurisprudência referida, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 5 de junho de 2014, Processo C-360/12 *Coty Germany GmbH v. contra First Note Perfumes NV*, § 46; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 21 de maio de 2015, Processo C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al.*, § 38; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 5 de julho de 2018, Processo C- 27/17 AB «flyLALithuanian Airlines» v. «Starptautiskā lidosta "Rīga"» VAS et.

### 2.2.2.3. COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE CONTRATOS DE CONSUMO

O Regulamento Bruxelas I bis consagra *regras especiais de competência* relativamente às ações que tenham por objeto um litígio relativo a *contratos de consumo*.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as regras especiais de competência em matéria de contratos de consumo só são aplicáveis se se verificarem, de acordo com o preceituado no artigo 17.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis, cumulativamente três pressupostos: (i) estarmos perante um contrato celebrado por uma pessoa, na qualidade de consumidor, para finalidade que possa ser considerada estranha à sua atividade comercial ou profissional; (ii) que tenha sido efetivamente celebrado um contrato entre esse consumidor e um profissional; e, (iii) que esse contrato integre uma das categorias referidas nas alíneas a) a c) do referido preceito normativo, isto é, se se tratar de contratos de compra e venda, a prestações, de bens móveis corpóreos (alínea a)), de contratos de empréstimo reembolsável em prestações, ou outra forma de crédito concedido para financiamento da venda de tais bens (alínea b)) ou, em todos os outros casos, de contratos celebrados com uma pessoa com atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou que dirija essa atividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro, desde que o contrato seja abrangido por essa atividade (alínea c))<sup>55</sup>.

.....  
al., § 28; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 29 de julho de 2019, Processo C451/18 *TiborTrans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. v. DAF Trucks NV*, § 25; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2020, Processo C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*, § 23.

<sup>55</sup> Neste sentido, exemplificativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, § 23; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 23 de dezembro de 2015, Processo C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik*

A respeito do primeiro requisito, o Tribunal de Justiça vem precisando que o conceito de «consumidor» na aceção dos artigos 17.º e 18.º do Regulamento Bruxelas I bis deve ser interpretado de forma restritiva, “*atendendo-se à posição dessa pessoa num contrato determinado, em conjugação com a natureza e finalidade deste, e não à situação subjetiva dessa mesma pessoa, pois uma única e mesma pessoa pode ser considerada consumidor no âmbito de determinadas operações e operador económico no âmbito de outras*”<sup>56</sup>. Com efeito, as regras especiais de competência em matéria de contratos de consumo só são aplicáveis nos casos em que o contrato celebrado entre o consumidor e o profissional tem por fim a utilização não profissional do bem ou do serviço em causa, mas apenas a satisfação de necessidades de consumo privado<sup>57</sup>.

Este conceito restrito de «consumidor» e o regime especial instituído no Regulamento de Bruxelas I bis em matéria de contratos de consumo têm como fundamento e função garantir a *proteção adequada do consumidor*, tido como a parte contratual economicamente mais vulnerável e juridicamente menos expediente em relação ao seu cocontratante

.....  
*Ltd & Co. KG et. al.*, § 24; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de outubro de 2019, Processo C-208/18 *Jana Petruchová v. FIBO Group Holdings Limited*, § 39; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 2 de abril de 2020, Processo C- 500/18 *Reliantco Investments v. Reliantco Investments Limassol Sucursala București*, § 45.

<sup>56</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 25 de janeiro de 2018, Processo C-498/16 *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, § 29; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 2 de abril de 2020, Processo C- 500/18 *Reliantco Investments v. Reliantco Investments Limassol Sucursala București*, § 47, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de outubro de 2019, Processo C-208/18 *Jana Petruchová v. FIBO Group Holdings Limited*, § 42 e demais jurisprudência indicada.

<sup>57</sup> A este respeito, refira-se muito em particular o paradigmático Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de janeiro de 1993, Processo C-89/91 *Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, § 22.



profissional<sup>58</sup>. Não devendo, por conseguinte, a aplicação do regime especial em matéria de contratos de consumo ser alargada a pessoas face às quais esta especial proteção não se justifica, entendendo-se, como tais, as que celebrem contratos que “têm como objeto uma atividade comercial ou profissional, mesmo que prevista para o futuro, dado que o carácter futuro de uma atividade nada retira ao seu carácter comercial ou profissional<sup>59</sup>.”

Assim, justamente com o fim de proteger a parte mais débil na relação contratual, nos casos em que a ação seja proposta pelo consumidor contra o profissional, “o consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte no contrato, quer nos tribunais do Estado-Membro onde estiver domiciliada essa parte, quer no tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio, independentemente do domicílio da outra parte”<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 2005, Processo C-464/01 *Johann Gruber v. Bay Wa AG*, §§ 34 a 36; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de março de 2013, Processo C-419/11 *Česká spořitelna, a.s. v. Gerald Feichter*, § 33; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, § 21; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 23 de dezembro de 2015, Processo C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG et. al.*, § 31; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 2 de abril de 2020, Processo C- 500/18 *Reliantco Investments v. Reliantco Investments Limassol Sucursala București*, § 50.

<sup>59</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de outubro de 2019, Processo C-208/18 *Jana Petruchová v. FIBO Group Holdings Limited*, § 44; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 2 de abril de 2020, Processo C- 500/18 *Reliantco Investments v. Reliantco Investments Limassol Sucursala București*, § 49.

<sup>60</sup> Cfr., artigo 18.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis. Referindo que a regra especial de competência prevista no artigo 18.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis constitui uma derrogação quer à regra geral de competência do domicílio do demandado, quer à regra de competência especial em matéria de contratos, prevista no artigo 7.º, n.º 1 do mesmo regulamento, segundo a qual o órgão jurisdicional competente é o do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação que seja a causa de pedir da ação, pelo que, esta disposição deve ser objeto de interpretação estrita, vide, , o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, § 28 e o Acórdão do Tribunal

e, já nos casos em que a parte requerente é o cocontratante profissional, este “só pode intentar uma ação contra o consumidor nos tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor”<sup>61</sup>.

### **3. A DIRETIVA (UE) 2020/1828 E O REGULAMENTO BRUXELAS I BIS: A (IN)APLICABILIDADE DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA ÀS AÇÕES COLETIVAS TRANSFRONTEIRIÇAS?**

No ponto anterior, analisamos determinadas regras de competência, as mais pertinentes para a questão que nos ocupa.

De seguida, cumpre-nos explorar a aplicabilidade ou não aplicabilidade das referidas regras de competência – previstas no artigo 7.º, n.ºs 1 e 2 e na secção 4 do Regulamento Bruxelas I bis – no caso de ações que tenham por objeto litígios coletivos, propostas por entidades qualificadas para a proteção dos interesses dos consumidores afetados ou lesados por infrações praticadas por um profissional no território europeu.

#### **3.1. A SECÇÃO 4 DO REGULAMENTO BRUXELAS I BIS**

Como mencionado acima, em conformidade com a interpretação sedimentada pela jurisprudência europeia, as regras especiais de competência em matéria de consumo só são aplicáveis se se tratar de um contrato celebrado entre uma pessoa, que revista a qualidade de consumidor, e um profissional, que tenha como objeto um bem ou serviço destinado a um uso pessoal, por só nestes casos se justificar uma tutela especial do consumidor, reputado como a parte mais débil, do ponto de vista económico e técnico, no contrato.

.....  
de Justiça, datado de 23 de dezembro de 2015, Processo C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG et. al.*, § 32.

<sup>61</sup> Cfr., artigo 18.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis.

De tal forma que, “o benefício da aplicação dessas disposições [não deve] ser alargado a pessoas para as quais essa proteção não se justifica”<sup>62</sup>.

Com efeito, a interpretação estrita adotada pelo Tribunal de Justiça obsta à aplicação do regime especial em matéria de contratos celebrados com consumidores, previsto no Regulamento Bruxelas I bis, em relação às ações coletivas propostas por entidades qualificadas, em particular, associações de defesa dos consumidores, em representação dos interesses de uma massa de consumidores lesados em virtude de uma prática ilícita em larga escala, uma vez que tal regra, atendo o particular fundamento que lhe subjaz, pressupõe que apenas os consumidores que, em si e por si, reivindicuem judicialmente os seus direitos emergentes de um contrato celebrado com um profissional devam beneficiar de um foro especial de competência<sup>63</sup>.

Esta interpretação foi adotada pelo Tribunal de Justiça, no processo C-89/91 *Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, onde declarou expressamente que a Convenção de Bruxelas “apenas protege o consumidor na medida

.....  
<sup>62</sup> Cfr., *inter alia*, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 2005, Processo C-464/01 *Johann Gruber v. Bay Wa AG*, §§ 35.

<sup>63</sup> No sentido de que a interpretação restrita adotada pelo Tribunal de Justiça impede que as entidades qualificadas beneficiem do regime especial de competência em matéria de contratos de consumo, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 153; FREDERICK RIELAENDER, “Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive”, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, Issue 1, 2022, p. 118; ZHENG SOPHIA TANG, “Consumer Collective Redress in European Private International Law”, *ob. cit.*, p. 113; IGNACIO ONANDIA CAÑAS, “La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encarjalar en el reglamento de bruxelas I bis?”, in *Revista Jurídica Universidade Autónoma de Madrid*, n.º 39, 2019, p. 303.

em que ele for pessoalmente requerente ou requerido num processo”<sup>64</sup>.

De facto, no caso de ações propostas por entidades qualificadas para a defesa dos interesses dos consumidores não parece justificar-se a proteção especial conferida aos consumidores pelo artigo 18.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis<sup>65</sup>. Aliás, um dos grandes argumentos que militam a favor do modelo representativo de ações coletivas, por contraposição ao modelo das *class actions*, que atribuem legitimidade processual ativa para a propositura de ações coletivas a sujeitos individuais, reside, justamente, na circunstância de as entidades qualificadas por possuírem uma estrutura organizatória e técnica e serem litigantes habituais constituírem entidades dotadas de melhores condições para assegurar uma defesa robusta dos interesses dos sujeitos lesados no processo.

Do mesmo modo, foi expressamente firmado pelo Tribunal de Justiça, no paradigmático acórdão, de 1 de outubro de 2002, relativo ao processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, que não pode ser reconhecida a qualidade de “consumidor” a uma associação de defesa dos consumidores (como a *Verein für Konsumenteninformation*, associação de defesa dos consumidores austríaca) que ajuíza uma ação de interesse coletivo em nome dos consumidores, uma vez que ela própria não é parte num contrato entre um profissional e um particular<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de janeiro de 1993, Processo C-89/91 *Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, § 23.

<sup>65</sup> *Inter alia*, IGNACIO ONANDIA CAÑAS, “La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encargarla en el reglamento de bruxelas I bis?”, ob. cit., p. 305; CATHERINE KESSEDIAN, “L’action en justice des associations de consommateurs et d’autres organisations représentatives d’intérêts collectifs en Europa”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, 1997, p. 281.

<sup>66</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, § 33. Esta interpretação baseou-se na interpretação adotada no supracitado

A favor da interpretação estrita acerca da aplicação do regime especial de competência em matéria de contratos celebrados com consumidores, concorre também o princípio sedimentado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de que as regras especiais de competência previstas no Regulamento Bruxelas I bis são “*de interpretação estrita e não permitem uma interpretação que vá além das situações contempladas expressamente pelo referido regulamento*”<sup>67/68</sup>.

Não obstante, em sentido oposto, um segmento da doutrina vem considerando ser possível uma interpretação diferente das disposições do Regulamento Bruxelas I bis, pelo

.....  
acórdão do Tribunal de Justiça relativo ao caso *Shearson*, no qual o Tribunal de Justiça apreciou a questão de saber se uma pessoa coletiva que atua como cessionária dos direitos de consumidor final privado poderia ser qualificada como consumidora, como resulta expressamente do parágrafo referido.

<sup>67</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de maio de 2019, Processo C-25/18 *Brian Andrew Kerr v. Pavlo Postnov et. al.*, § 22. No mesmo sentido, vide, ilustrativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de julho de 2016, Processo C- 196/15 *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, § 18; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 18 de julho de 2013, Processo C-147/12 *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v. Frank Koot*, § 31; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 16 de julho de 2009, Processo C-189/08 *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/AS*, § 22.

<sup>68</sup> A este respeito, ALEXIA PATO entende este ponto de vista deve ser matizado. Para a Autora o Tribunal de Justiça não fornece uma interpretação restritiva, mas sim uma interpretação que não vá além dos casos expressamente previstos pelo Regulamento. A título de exemplo, refere que o Tribunal de Justiça clarifica regularmente o âmbito e significado do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento num sentido que, na sua opinião, por vezes, vai além do que uma interpretação restritiva permitiria. Por outro lado, refere que, ocasionalmente, o Tribunal de Justiça, “cria” foros específicos para lidar com a emergência de litígios internacionais complexos. Tendo isto em consideração, refere que o alargamento do conceito de consumidor com o fim de o adaptar às ações coletivas, não deveria significar automaticamente uma afronta ao princípio da interpretação restritiva. No entanto, entende que tal alargamento deve ser apoiado por considerações políticas, sendo discutível que o Tribunal de Justiça esteja em boa posição para avaliar se o regime especial previsto na secção 4 do Regulamento pode ser utilizado por entidades representativas, sendo, talvez, preferível que essa decisão fosse objeto de um ato legislativo (cfr., ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit., pp. 154 e 155).

menos no que concerne às ações coletivas de reparação que visam a tutela dos interesses individuais homogêneos de uma pluralidade de consumidores individuais, permitindo às entidades qualificadas, em especial as associações de defesa dos consumidores, beneficiar do regime especial de competência em matéria de contratos de consumo, ainda que não sejam qualificadas como consumidores à luz da conceção reiterada pela jurisprudência europeia<sup>69</sup>.

Segundo esta linha de pensamento, o acento tónico em matéria de contratos de consumo deveria ser colocado na situação material em litígio e não na natureza subjetiva das partes do processo, em particular, do consumidor, de forma a não vedar o acesso ao regime especial de competência relativo a esta matéria às entidades qualificadas que vão a juízo em representação dos interesses dos consumidores titulares dos direitos substantivos objeto do litígio<sup>70</sup>.

Para outros autores, a norma contida no artigo 18.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis – em particular, a expressão verbal “o consumidor pode intentar uma ação” – não exi-

<sup>69</sup> Neste sentido, vide, MIHAIL DANOV, “The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments”, in *Journal of Private International Law*, Vol. 6, Issue 2, 2010, pp. 372 a 377; CRISTINA GONZÁLEZ BELFUSS/BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)”, in *Cross-Border Class Actions Actions - The European Way* (eds.) ARNAUD NUYTS/NIKITAS E. HATZIMIHAİL, Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2014, pp. 248 a 252; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores em el Convenio de Bruselas”, in *La Ley*, n.º 1, 2003, pp. 1574 a 1576.

<sup>70</sup> Assim, PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores em el Convenio de Bruselas”, *ob. cit.*, p. 1574; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial – Problemas de recepción y transplante de las “class actions” en Europa, España*: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2007, pp. 107 e 108. Ainda, referindo que a noção de “consumidor”, aliada à dicotomia ativa-passiva adotada pelo regulamento, não se adapta às ações coletivas, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, *ob. cit. loc. cit.*, p. 155.

ge explicitamente que um consumidor atue individualmente em juízo e, por conseguinte, outros autores, como as entidades qualificadas que reivindicam judicialmente a reparação dos prejuízos sofridos por uma multitude de consumidores afetados por uma prática ilícita de massa estão habilitadas a pleitear nos foros alternativos previstos naquele preceito normativo<sup>71</sup>.

Quanto a nós, cremos que este argumento não pode proceder. A letra da lei (“o consumidor pode intentar uma ação”), mobilizada em conjunto com os outros elementos da interpretação – em particular, o *elemento teleológico*, uma vez que a regra especial de competência visa garantir uma proteção adequada ao consumidor, enquanto parte contratual normalmente mais débil, e o *elemento sistemático*, na medida em que o artigo 18.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis, ao pressupor a celebração de um contrato entre um consumidor e um profissional, é mais preciso e limitado do que o artigo 7.º, n.º 1 do mesmo regulamento, que não se refere à natureza das partes no contrato –, não permite construir um juízo interpretativo no sentido de atribuir à referida formulação verbal um sentido ou um significado mais extenso ou mais amplo do que o sentido que mais naturalmente corresponderia à relevância gramatical do texto, como se estivesse expresso na norma “o consumidor pode intentar uma ação, por si ou através de entidade qualificada ...”.

Em qualquer caso, ainda que se adotasse uma interpretação extensiva ou mais ampla, a aplicabilidade da secção 4 do Regulamento Bruxelas I bis às ações coletivas não deixariam de colocar particulares desafios.

Em primeiro lugar, recorde-se que é requisito essencial da aplicação do regime especial de competência em matéria de contratos de consumo, à luz do artigo 17.º, n.º 1 do

.....  
<sup>71</sup> Neste sentido, MIHAIL DANOV, “The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments”, *ob. cit.*, p. 376.

Regulamento Bruxelas I, a efetiva celebração de um contrato entre um consumidor e um profissional, pelo que, não estando em causa um específico contrato celebrado entre um consumidor e um profissional, os interesses gerais dos consumidores caem fora da esfera de aplicação do regime especial relativo aos contratos celebrados com consumidores, o que torna duvidosa a aplicação deste regime às ações coletivas inibitórias<sup>72</sup>. Pense-se, por exemplo, numa ação coletiva inibitória destinada a prevenir ou a fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas.

Em segundo, dificilmente será possível que várias entidades qualificadas de diferentes Estados-Membros intentem uma ação coletiva que tenha como objeto uma alegada infração praticada por um profissional que afete ou seja suscetível de afetar consumidores em diferentes Estados-Membros num foro único, como demanda o artigo 6.º, n.º 2 da Diretiva da União Europeia. Em que foro devem ser concentrados os pedidos? Qual é o elemento de conexão relevante? O domicílio dos consumidores? Não é possível, justamente, porque os consumidores se encontram domiciliados em Estados-Membros diferentes. No domicílio das entidades qualificadas? Qual delas, uma vez que a ação é proposta conjuntamente por várias entidades? Por outro lado, o foro do domicílio das entidades qualificadas não é expressamente reconhecido no Regulamento Bruxelas I bis<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Neste sentido, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit. loc. cit., pp. 153 e 155.

<sup>73</sup> Em sentido próximo, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit. loc. cit., pp. 155; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS/BEATRIZ AÑOVIROS TERRADAS, "Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)", ob. cit., p. 252. Em particular, acerca da inadequação do lugar do domicílio das entidades qualificadas como regra especial de competência,



### 3.2. O ARTIGO 7.º, N.º 1 DO REGULAMENTO BRUXELAS I BIS

No ponto imediatamente anterior, demos conta das particulares dificuldades da aplicação do regime especial de competência em matéria de contratos celebrados com consumidores dificilmente às ações coletivas propostas por entidades qualificadas, trate-se de ações em que se requerem medidas de reparação, trate-se de ações que visam medidas inibitórias. Será que o artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis, relativo à competência em matéria contratual, constituiria uma base jurídica adequada para estes casos?

No que concerne à aplicabilidade do artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis às ações coletivas de tutela inibitória é oportuno retomar o exemplar case *Henkel*, no qual o Tribunal de Justiça respondeu à questão prejudicial de saber se uma ação coletiva inibitória, proposta pela associação de defesa consumidores austríaca *Verein für Konsumenteninformation*, em que esta requereu a proibição da utilização por um comerciante de cláusulas consideradas abusivas nos contratos com particulares, revestia carácter contratual na aceção do artigo 5.º, n.º 1 da Convenção de Bruxelas (a que corresponde, justamente, o atual artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis).

O Tribunal de Justiça declarou que a referida ação não tinha carácter contratual, afastando a aplicação do artigo 5.º, n.º 1 da Convenção de Bruxelas, fundamentando que, quer a ação judicial seja consequência de contratos já celebrados entre o comerciante e determinados consumidores, quer a ação judicial seja de natureza preventiva, visando a prevenção de danos futuros, a associação para a defesa dos consumidores, que intentou a ação, e o comerciante não estão unidos por nenhuma relação de carácter contratual. A asso-

.....  
*vide*, FREDERICK RIELAENDER, "Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive", *ob. cit.*, pp. 130 e 131.

ciação de defesa dos consumidores não é parte no contrato, atuando apenas com base num direito que lhe é conferido por lei de proibir a utilização de cláusulas abusivas nas relações contratuais entre um profissional e um consumidor, razão por que, declarou, que uma ação deste tipo não poderia ser considerada como tendo caráter contratual na aceção do artigo 5.º, n.º 1 da Convenção de Bruxelas<sup>74</sup>.

Na linha da interpretação acolhida pela jurisprudência europeia, o artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento de Bruxelas I parece não dar cobro às ações coletivas de modelo representativo, conquanto pareça abrir portas ao sistema de tutela coletiva edificado sob o modelo de ações de grupo, em particular a ações propostas por um grupo de consumidores que se encontrem contratualmente vinculados ao demandado<sup>75</sup>.

A ser assim, confrontamo-nos com um regime que oferece soluções díspares face a um mesmo mecanismo processual em função de diferenças de configuração procedimental, permitindo a aplicação do artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento de Bruxelas I relativamente a um grupo de consumidores que se agrupam para reivindicar os seus direitos contra um profissional com quem estabeleceram um vínculo contratual e afastando-a nas situações em que a mesma questão material é levada a juízo por meio de uma associação de defesa dos consumidores.

.....  
<sup>74</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, §§ 38 a 40.

<sup>75</sup> Referindo que o artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis se aplica às ações de grupo uma vez que cada consumidor é parte no litígio, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit., p. 156; ARNAUD NUYS, "The consolidation of Collective Claims Under Brussels I", in *Cross-Border Class Actions - The European Way* (ed.) ARNAUD NUYS/NIKITAS E. HATZIMIHAIL, Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2014, p. 74; ZHENG SOPHIA TANG, "Consumer Collective Redress in European Private International Law", in *Journal of Private International Law*, Vol. 7, Issue 1, 2011, p. 108.

Ora, não parece que a mera circunstância de os interesses dos consumidores serem judicialmente tutelados através de uma associação de defesa dos consumidores constitua, por si, motivo bastante para alterar a natureza da ação, reconhecendo-lhe um carácter contratual nuns casos e não contratual noutros<sup>76</sup>.

Em tom de crítica a este aresto jurisprudencial, alguma doutrina vem afirmando que o Tribunal de Justiça, conquanto tenha salientado a natureza da reivindicação entre as partes no processo, desconsiderou o objeto da relação entre o demandado e os potenciais consumidores afetados com a prática ilícita levada a cabo pelo comerciante, dando ênfase à relação contratual entre as partes no litígio, sendo certo que o artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis não explicita qual dos elementos – ora a posição contratual das partes, ora a natureza do objeto do litígio – deve ser tido em conta para a apreciação do Tribunal<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Em sentido próximo, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit. loc. cit., p. 156; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores em el Convenio de Bruselas”, ob. cit., p. 1576 e 1577,

<sup>77</sup> Com afirma lapidarmente ZHENG SOPHIA TANG, “whether a collective redress could be classified as an action concerning matters relating to a contract depends on which one of the two approaches the ECJ would like to adopt; if the ‘subject matter approach’ is adopted, the court would only consider the nature of the subject matter in dispute, which will not prevent collective redress from being classified as contract; If the ‘procedural qualification approach’ is adopted, the court should consider the contractual relationship between the litigating parties, and it is hard to classify a collective redress as something relating to a contract if one of the litigating parties is not the original contractual party” (cfr., ZHENG SOPHIA TANG, “Consumer Collective Redress in European Private International Law”, in *Journal of Private International Law*, Vol. 7, Issue 1, 2011, p. 111). No mesmo sentido, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit., loc. cit., p. 156; CRISTINA GONZÁLEZ BELFUSS/BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)”, ob. cit., p. 253.

Note-se que, a utilização de cláusulas contratuais abusivas está sempre necessariamente relacionada com contratos existentes ou potenciais – como aliás, o Tribunal de Justiça destacou no *case Henkel* – e, por outro lado, ainda que a aplicação do artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis pressuponha “a determinação de uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra e na qual se baseia a ação do demandante”, dirige-se a questões relacionadas com contratos, não se exigindo, ao contrário do sucede no âmbito do regime especial em matéria de contratos de consumo, a efetiva “celebração de um contrato” entre as partes<sup>78</sup>. De todo o modo, o profissional sempre se encontra vinculado a uma obrigação de prestação de facto negativo, fundada na boa-fé, no sentido de se abster de apor nos contratos cláusulas abusivas.

Com efeito, parece que a sistemática do Regulamento Bruxelas I bis permite reconhecer uma natureza contratual a ações coletivas de tutela inibitória propostas por entidades qualificadas, em casos como o apreciado no caso *Henkel*<sup>79</sup>.

Este argumentário é parcialmente transponível quando nos referimos às ações coletivas de reparação, ao abrigo das quais entidades qualificadas prosseguem em juízo a tutela de interesses individuais homogêneos de uma pluralidade de

<sup>78</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 26 de abril de 2016, Processo C- 572/14 *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH v. Amazon EU Sàrl et. al.*, §§ 35 e 36. No mesmo sentido, exemplificativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 15 de junho de 2017, Processo C-249/16 *Saale Kareda v.Štefan Benkő*, § 28; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de março de 2013, Processo C-419/11 *Česká spořitelna, a.s. v. Gerald Feichter*, § 47; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*, § 39.

<sup>79</sup> Neste sentido, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, *ob. cit. loc. cit.*, p. 156; ZHENG SOPHIA TANG, “Consumer Collective Redress in European Private International Law”, *ob. cit.*, p. 109.

consumidores, podendo requerer uma indemnização, reparação ou substituição de um bem, redução do preço, resolução do contrato ou o reembolso do preço pago.

De facto, em relação às ações coletivas de reparação seria particularmente adequado dar relevo ao *objeto da relação entre as partes do litígio*, em detrimento do elemento subjetivo referente à posição das partes no contrato para efeitos de interpretação daquele preceito normativo, por forma a permitir às associações de defesa dos consumidores beneficiar do foro especial aí previsto<sup>80</sup>.

Para esta conclusão abona a própria conceitualização de «matéria contratual» colhida pela jurisprudência europeia, no sentido de que tal conceito, independentemente da celebração de um contrato, sempre “*pressupõe a determinação de uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra e na qual se baseia a ação do demandante*”, porquanto, nas relações jurídicas que estabelecem, o comerciante e os consumidores vinculam-se reciprocamente ao cumprimento de determinadas obrigações, em cujo incumprimento se baseará a ação proposta pelo demandante<sup>81</sup>. Sendo que, a natureza do objeto das relações entre os consumidores e o profissional demandado, não se altera pela simples circunstância de a ação judicial ser proposta por uma associação de defesa dos consumidores, em representação dos consumidores afetados pela infração praticada pelo comerciante demandado.

<sup>80</sup> Vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit. loc. cit., p. 156

<sup>81</sup> Referindo que o artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis deve abranger os casos em que uma associação de defesa dos consumidores propõe uma ação coletiva de reparação em representação dos consumidores “uma vez que as partes assumem, normalmente, livremente obrigações umas com as outras”, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit. loc. cit., p. 156.

Refira-se, ainda, em geral, que a preferência por uma abordagem subjetiva, dando relevo à posição das partes no contrato para efeitos de interpretação do artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis é de duvidosa coerência face ao conceito europeu de «matéria contratual», atendendo a que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, estamos diante *questões relacionadas com contratos*, não se exigindo a efetiva “*celebração de um contrato*” entre as partes.

De todo o modo, mesmo que se admitisse, sem reservas, a aplicação do artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis às ações coletivas inibitórias e de reparação, nem por isso deixariam de se colocar obstáculos relativamente à escolha do órgão jurisdicional competente para dirimir os litígios.

Recorde-se que, em matéria contratual, o legislador elegeu como foro alternativo ao foro geral do domicílio do réu “*o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão*” (cfr., artigo 7.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento Bruxelas I bis).

Em casos como o *case Henkel* em que a “*obrigação em questão*” para efeitos de aplicação do artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis é uma *obrigação de abstenção* – no caso *Kenkel*, a proibição de utilização de cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores –, pode ser difícil determinar o “lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação”, justamente, porque podem ser vários os lugares de cumprimento relevantes para determinar o órgão jurisdicional competente para dirimir o litígio – v.g., o lugar onde as cláusulas contratuais são “introduzidas”, previsivelmente no Estado-Membro do domicílio do demandado, o lugar da celebração do contrato, o local onde as cláusulas contratuais são utilizadas e aplicadas, provavelmente no Estado-Membro do domicílio dos consumidores e em que a associação de defesa dos consumidores prossegue a sua atividade<sup>82</sup>.

.....  
<sup>82</sup> Cfr., PAULINE RÉMY-CORLAY, “Note sur l’arrêt Henkel”, in *Revue critique de droit international privé*, nº 4, 2003, p. 64; ALEXIA PATO, *Jurisdiction and*

Anote-se, a este respeito, que no processo C-256 Besix AS v. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et. al., o Tribunal de Justiça declarou que “o artigo 5.º, ponto 1, da Convenção de Bruxelas deve ser interpretado no sentido de que, caso a obrigação contratual pertinente tenha sido ou deva ser cumprida em diversos locais distintos, a competência para conhecer do litígio não pode ser reconhecida ao órgão jurisdicional sob cuja alçada se situa qualquer um desses lugares de execução”<sup>83</sup>, rejeitando a aplicação do referido critério às situações em que a determinação do lugar do cumprimento da obrigação em questão é complexa. Em particular, declarou que “pela sua própria natureza, uma obrigação de não fazer (...) que, segundo a vontade das partes, é aplicável sem quaisquer limitações geográficas e deve, portanto, ser respeitada em todos os locais do mundo – e, designadamente, em cada um dos Estados contratantes – não é susceptível nem de se localizar num lugar determinado nem de ser associada a um órgão jurisdicional que esteja particularmente apto a conhecer dos litígios relativos a essa obrigação”, concluindo que, nestas situações, a competência só pode ser determinada em conformidade com o foro geral de competência do domicílio do demandado, “o qual assegura um critério certo e fiável”<sup>84</sup>.

Na linha da jurisprudência Besix, as ações coletivas de tutela inibitória, nos casos em que é difícil a determinação do

.....  
Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective, ob. cit., p. 157.

<sup>83</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de fevereiro de 2002, processo C-256 Besix AS v. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et. al., § 28.

<sup>84</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de fevereiro de 2002, processo C-256 Besix AS v. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et. al., §§ 49 e 50.

lugar do cumprimento da obrigação, não devem beneficiar do foro especial em matéria contratual<sup>85</sup>.

Relativamente às ações coletivas de reparação, alguns autores, que se mostram favoráveis à adequação das disposições do Regulamento Bruxelas I bis às ações coletivas, propugnam pela possibilidade de estender a interpretação da jurisprudência *Color Drack* e *Wood Floor* a essas ações<sup>86/87</sup>.

Porém, embora nestes arestos jurisprudenciais estejam em causa situações de pluralidade de lugares de cumprimento da obrigação de entrega de mercadorias ou de prestação de serviços, os mesmos respeitam a litígios individuais que envolvem questões relacionadas com um único contrato, celebrado entre duas partes.

Diferentemente, nos litígios coletivos estão envolvidos não só vários lugares de cumprimento da obrigação em questão,

.....  
<sup>85</sup> Assim, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit., loc. cit., p. 157; PAULINE RÉMY-CORLAY, “Note sur l’arrêt Henkel”, ob. cit., p. 694.

<sup>86</sup> Como referimos supra, à luz da interpretação do Tribunal de Justiça nestes arestos, se um contrato de compra e venda implicar uma pluralidade de lugares de entrega ou um contrato de prestação de serviços implicar uma pluralidade de lugares de prestação, trate-se de lugares de um mesmo Estado-Membro ou de Estados-Membros diferentes, o órgão jurisdicional competente para conhecer todos os pedidos baseados nos contratos é o tribunal do lugar da entrega principal e da prestação principal de serviços, respetivamente. E, na falta de elementos significativos para determinar o lugar da entrega principal ou o lugar da prestação de serviços principal, é competente o tribunal do lugar de entrega ou da prestação principal de serviços da escolha do requerente. Sendo que, em qualquer caso, sempre se poderá aplicar o critério geral de competência do domicílio do réu (vide, ponto 1.2.2.1.)

<sup>87</sup> Sobre este ponto, vide, EVA LEIN, “Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch”, in *Extraterritoriality and Collective Redress*, (ed.) EVA LEIN/DUNCAN FAIRGRIEVE, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 137; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial – Problemas de recepción y transplante de las “class actions” en Europa*, ob. cit., p. 119; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS/BEATRIZ AÑOVIROS TERRADAS, “Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)”, ob. cit., p. 255 a 257; ZHENG SOPHIA TANG, “Consumer Collective Redress in European Private International Law”, ob. cit. p. 116.



como uma pluralidade de contratos distintos, celebrados entre sujeitos diferentes, o que constitui um obstáculo sério à propositura de uma única ação coletiva proposta por várias entidades qualificadas de diferentes Estados-Membros num único foro<sup>88</sup>. Quais os critérios a ter em conta para determinar o lugar da entrega principal ou da prestação principal de serviços relativamente a uma pluralidade de contratos? Em última linha, por defeito, aplicar-se-ia o critério geral do domicílio do demandado, retirando o efeito útil à regra especial de competência em matéria contratual.

### 3.3. O ARTIGO 7.º, N.º 2 DO REGULAMENTO BRUXELAS I BIS

A jurisprudência europeia tem considerado que o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis pode ser aplicado às ações coletivas propostas por associações de defesa dos consumidores, quer para a proteção de interesses gerais (tutela inibitória), quer para a proteção de interesses individuais homogêneos (tutela reparatória) dos consumidores. Não deixam, porém, de se colocar dificuldades à eficácia da sua aplicação.

O Tribunal de Justiça, no acórdão *Henkel*, declarou que, conquanto a ação em causa no processo principal não pudesse ser considerada como sendo de natureza contratual, "*por um lado, não se insere na matéria contratual na aceção*

.....  
<sup>88</sup> Neste sentido, vide, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit., p. 158; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial – Problemas de recepción y transplante de las “class actions” en Europa*, ob. cit., pp. 118 e 119; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS/BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)”, ob. cit., p. 253; EVA LEIN, “Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch”, ob. cit., 137; ARNAUD NUYTS, “The consolidation of Collective Claims Under Brussels I”, ob. cit., p. 75; DIMITRIOS-PANAGIOTIS L. TZACAS, “Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: A Panacea or a Chimera?”, ob. cit., p. 1159; FREDERICK RIELAENDER, “Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive”, ob. cit., p. 119.

do artigo 5.º, ponto 1, da Convenção de Bruxelas e, por outro lado, tem por objecto desencadear a responsabilidade extracontratual da requerida”<sup>89</sup> e, como tal, cumpria os requisitos do artigo 5.º, n.º 3 da Convenção de Bruxelas.

Mais declarou que, a noção de «facto danoso» tem um alcance amplo, de tal modo que “no que toca à proteção dos consumidores, abrange não apenas as situações em que um particular tenha sofrido um prejuízo a título individual, mas também, designadamente, os danos causados à ordem jurídica resultantes de cláusulas abusivas que associações como a VKI têm por missão impedir”<sup>90</sup>.

Concluindo, com efeito, que uma ação inibitória, proposta por uma associação de defesa dos consumidores com vista a fazer proibir a utilização por um comerciante de cláusulas abusivas em contratos com particulares, é de natureza extracontratual, na aceção do artigo 5.º, n.º 3 da Convenção de Bruxelas<sup>91</sup>.

Contudo, o Tribunal de Justiça não deu orientações acerca da jurisdição territorial. E, a verdade é que, nestes casos, em que se trata de ações de carácter preventivo, que visam a proteção dos interesses gerais dos consumidores, a determinação do “lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso” pode revelar-se particularmente difícil<sup>92</sup>.

Nestes casos, diante da impossibilidade de determinar um lugar ou de se apurar um órgão de jurisdição que apresente um vínculo estreito com o objeto do litígio, em respeito às exigências

<sup>89</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, § 41.

<sup>90</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, § 42.

<sup>91</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*, § 50.

<sup>92</sup> Assim, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, ob. cit., loc. cit. p. 158.

de certeza jurídica, é preferível que a competência seja determinada de acordo com o critério geral do domicílio do réu<sup>93</sup>.

A respeito da aplicabilidade do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis às ações coletivas de reparação, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, recentemente, no processo C-343/19 *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*. O pedido de decisão prejudicial, que tem por objeto o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis, foi apresentado no âmbito de um litígio que opôs a associação de defesa dos consumidores austríaca *Verein für Konsumenteninformation* à Volkswagen AG, a respeito da responsabilidade da demandada pelos danos resultantes da incorporação nos veículos comprados por consumidores austríacos de um programa informático que manipula os dados relativos às emissões dos gases de escape.

O Tribunal de Justiça reforçou a jurisprudência reiteradamente declarada no sentido de que o conceito «*lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*» se refere simultaneamente ao lugar onde se verificou o dano – no caso, o lugar da aquisição dos veículos em causa pelos adquirentes finais (Áustria) – e ao lugar do evento causal que está na origem do dano – no caso, o lugar da incorporação nos veículos do *software* que manipula os dados relativos às emissões de gases de escape (Alemanha) –, de tal modo que, ambos os tribunais são internacionalmente competentes, podendo o réu ser demandado, consoante a opção do autor, perante o tribunal do lugar onde se verificou o dano ou perante o tribunal onde decorreu o evento causal que está na origem do dano<sup>94/95</sup>.

.....

<sup>93</sup> Referindo que, no caso de ações inibitórias, as associações de defesa dos consumidores visam tutelar todos os consumidores em geral e, como tal, o dano não pode ser devidamente localizado à luz do princípio da proximidade, o que deverá conduzir à aplicação do artigo 4.º do Regulamento Bruxelas I bis, vide, PAULINE RÉMY-CORLAY, "Note sur l'arrêt Henkel", *ob. cit.*, p. 696.

<sup>94</sup> Cfr., o acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2020, Processo C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*, § 23.

<sup>95</sup> A mesma questão foi colocada nos nossos tribunais. A este respeito, vide, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 26412/16.0T8L-

A aplicabilidade do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis, ao permitir ao autor a escolha do órgão jurisdicional competente para dirimir o litígio, confere às associações de defesa dos consumidores, por princípio, a vantagem de intentarem as ações coletivas no Estado-Membro onde desenvolvem a sua atividade, por corresponder, previsivelmente, ao lugar da materialização do dano<sup>96</sup>.

Todavia, esta conclusão pressupõe que as ações coletivas em causa visam apenas a tutela dos interesses dos consumidores do Estado-Membro onde se materializou o dano, isto é, pressupõe que se trate de ações coletivas de âmbito nacional. Importa, porém, não olvidar que em casos do tipo do *Dieselgate*, estamos a lidar com danos de massa ou danos em larga escala que afetam consumidores em vários Estados-Membros.

O que convoca, desde logo, um problema. Se os danos se materializarem em várias jurisdições, a correspondente ação coletiva com vista à reparação desses danos pode ser sempre proposta em qualquer uma destas jurisdições. Porém, cada uma das jurisdições só pode apreciar os danos aí materializados e já não os danos materializados em outros Estados-Membros<sup>97</sup>. O que conduz à propositura de uma pluralidade

SB.L1-A.S1, relatado por Rosa Tching, datado de 14-10-2021, cuja fundamentação se baseou no referido Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2020, Processo C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*.

<sup>96</sup> Neste sentido, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, *ob. cit.*, *loc. cit.* pp. 159 e 160; EVA LEIN, “Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch”, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>97</sup> A respeito da limitação territorial da jurisdição do tribunal, *vide*, ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, *ob. cit.*, *loc. cit.* *loc. cit.*, p. 160; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial – Problemas de recepción y transplante de las “class actions” en Europa*, *ob. cit.*, p. 121; ARNAUD NUYS, “The consolidation of Collective Claims Under Brussels I”, *ob. cit.*, p. 77; DIMITRIOS-PANAGIOTIS L. TZACAS, “Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: A Panacea or a Chimera?”, *ob. cit.*, p. 1162 e 1163; FREDERICK

de ações coletivas em diferentes Estados-Membros que têm por objeto a mesma prática ilícita<sup>98</sup>, com as consequências conhecidas ao nível de decisões contraditórias e de administração da justiça, e, por outro lado, em detrimento dos ditames de certeza jurídica com que o Regulamento Bruxelas I bis particularmente avanta o réu, que se vê confrontado com diversas ações coletivas intentadas contra si em tribunais de diferentes Estados-Membros.

Foi, justamente, para evitar esta consequência que a Diretiva das Ações de Reparação previu, no seu artigo 6.º, n.º 2, que se a infração afetar ou for suscetível de afetar consumidores em diferentes Estados-Membros, as entidades qualificadas de diferentes Estados-Membros deverão ter a possibilidade de unir forças no âmbito de uma mesma ação coletiva perante um foro único.

Porém, as dificuldades não deixam de se colocar, uma vez que a propositura de uma ação coletiva conjunta, por várias entidades qualificadas de diferentes Estados-Membros, perante um foro único está sujeita às regras aplicáveis em matéria de competência<sup>99</sup>.

Com efeito, no caso de danos materializados em vários Estados-Membros, o critério do lugar da materialização dos danos é de difícil aplicação, justamente porque os danos se materializaram em Estados-Membros diferentes. Por outro lado, o critério do lugar do evento que deu causa ao dano, embora possua a vantagem de permitir que o tribunal apre-

RIELAENDER, "Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive", in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, Issue 1, 2022, p. 113.

<sup>98</sup> Vide, CATHERINE KESSEDIAN, "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europa", *ob. cit.*, p. 290; ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, *ob. cit.*, *loc. cit.* p. 159; FREDERICK RIELAENDER, "Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive", *ob. cit.*, p. 114.

<sup>99</sup> Cfr., considerando (31), 2.ª parte da Diretiva das Ações de Reparação.

cie a totalidade dos danos, tende a coincidir com o lugar do domicílio do réu, o que retira efeito útil ao artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis<sup>100</sup>.

Reconhecendo que o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I bis ao limitar a jurisdição dos tribunais do lugar onde ocorreu o dano, impede a propositura de ações coletivas num único tribunal, promovendo, como se referiu, litígios paralelos e decisões contraditórias, NUYS propõe, por analogia com o caso *e-Date Advertising*, a adaptação dos critérios de conexão previstos naquele normativo, propondo como critério de vinculação o “lugar do centro dos interesses coletivos dos sujeitos lesados”<sup>101</sup>.

No caso *e-Date Advertising*<sup>102</sup>, o Tribunal de Justiça foi chamado a decidir prejudicialmente a questão de saber como deve ser interpretada a expressão «lugar onde (...) poderá ocorrer o facto danoso», em caso de alegada violação dos direitos de personalidade por meio de conteúdos colocados em linha num sítio na Internet<sup>103</sup>.

O Tribunal de Justiça declarou que, perante as dificuldades de aplicação, no contexto da Internet, do critério da materialização do dano, é necessário “adaptar os critérios de conexão (...) no sentido que que a vítima de uma violação

<sup>100</sup> EVA LEIN, “Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch”, *ob. cit.*, 134; ARNAUD NUYS, “The consolidation of Collective Claims Under Brussels I”, *ob. cit.*, pp. 76 e 77; ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, *ob. cit.*, *loc. cit. loc. cit.*, p. 160; FREDERICK RIELAENDER, “Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive”, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 113.

<sup>101</sup> Cfr., ARNAUD NUYS, “The consolidation of Collective Claims Under Brussels I”, *ob. cit.*, pp. 77 a 79.

<sup>102</sup> Sobre o caso *e-Date Advertising*, na nossa doutrina, *vide*, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “O tribunal competente em casos da Internet segundo o acórdão «eDate Advertising» do Tribunal de Justiça da União Europeia”, *in Revista Jurídica Portuguesa*, n.º 16, 2014, em particular, pp. 1 a 10.

<sup>103</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 25 de outubro de 2011, Processos apensos C-509/09 e C-161/10 *eDate Advertising GmbH v. Olivier Martinez et. al.*, § 37.

de um direito de personalidade através da Internet pode intentar, em função do lugar da materialização do dano causado na União Europeia pela referida violação, uma acção num foro a respeito da integralidade desse dano”, pelo que, em consideração do impacto de um conteúdo colocado na Internet sobre os direitos de personalidade de uma pessoa “pode ser mais bem apreciado pelo órgão jurisdicional do lugar onde a pretensa vítima tem o centro dos seus interesses”, o qual corresponde “em geral à sua residência habitual”<sup>104</sup>, criando, assim, um foro especial adicional.

Na ótica do Tribunal de Justiça, a atribuição de competência ao órgão jurisdicional do lugar onde a pretensa vítima tem o centro dos seus interesses, cumpre os objetivos da boa administração da justiça e da previsibilidade das regras de competência, permitindo, em simultâneo, “ao demandante identificar o órgão jurisdicional a que se pode dirigir e ao demandado prever razoavelmente o órgão jurisdicional no qual pode ser demandado”, uma vez que, quanto ao demandado, “a pessoa que emite o conteúdo (...) está, no momento da colocação em linha desse conteúdo, em condições de conhecer os centros de interesses das pessoas que são objecto deste”<sup>105</sup>.

Com base na jurisprudência do caso *e-Date Advertising*, NUYTS propõe que, no caso de ações coletivas que visem a reparação de danos sofridos por uma multitude de sujeitos, independentemente de os danos se materializarem apenas no Estado do foro ou em vários Estados-Membros, a competência deve ser atribuída aos tribunais do “lugar do centro

.....  
<sup>104</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 25 de outubro de 2011, Processos apensos C-509/09 e C-161/10 *eDate Advertising GmbH v. Olivier Martinez et. al.*, §§ 47 e 48.

<sup>105</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 25 de outubro de 2011, Processos apensos C-509/09 e C-161/10 *eDate Advertising GmbH v. Olivier Martinez et. al.*, §§ 48 e 50.

dos interesses coletivos dos sujeitos lesados”, argumentando, por um lado, que, tal critério de conexão, ao permitir a apreciação da globalidade dos danos num foro único, contribui para a boa administração da justiça e, por outro lado, que o mesmo é mais acessível para as vítimas relativamente ao critério geral do domicílio do demandado<sup>106</sup>.

Contudo, sem desmérito desta proposta, a mesma não parece ser viável, desde logo, porque não se compadece com o sistema do Regulamento Bruxelas I bis: trata-se de um foro não previsto no regulamento. Recorde-se que segundo a jurisprudência europeia as regras especiais de competência previstas no Regulamento Bruxelas I bis são “de interpretação estrita e não permitem uma interpretação que vá além das situações contempladas expressamente pelo referido regulamento”<sup>107</sup>.

Ademais, o Tribunal de Justiça, *inter alia*, no processo C-523/10 *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, na linha das conclusões do Advogado-Geral<sup>108</sup>, declarou expressamente que a interpretação do tri-

<sup>106</sup> Cfr., ARNAUD NUYTS, “The consolidation of Collective Claims Under Brussels I”, *ob. cit.*, pp. 78.

<sup>107</sup> Cfr., o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de maio de 2019, Processo C-25/18 *Brian Andrew Kerr v. Pavlo Postnov et. al.*, § 22. No mesmo sentido, *vide*, ilustrativamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de julho de 2016, Processo C- 196/15 *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, § 18; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 18 de julho de 2013, Processo C-147/12 *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v. Frank Koot*, § 31; o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 16 de julho de 2009, Processo C-189/08 *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/AS*, § 22.

<sup>108</sup> Cfr., Conclusões Do Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón, apresentadas em 16 de fevereiro de 2012, Processo C523/10 *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, §§ 19 e 20: “No processo eDate e Martinez, o Tribunal de Justiça considerou que quando são violados direitos de personalidade na Internet, a lesão apresenta contornos de especial gravidade, por causa do impacto geográfico da informação danosa. Em consequência, os critérios de conexão enunciados no acórdão Shevill foram ampliados, embora limitados ao caso das violações de um direito de personalidade. Para além dos critérios expostos no número anterior, o acórdão eDate e Mar-



bunal no acórdão *e-Date Advertising* foi feita “no contexto particular das violações aos direitos de personalidade” e “não pode valer igualmente para a determinação da competência judiciária no que respeita às violações aos direitos de propriedade intelectual, como as alegadas no processo principal”<sup>109</sup>. Com efeito, se a interpretação acolhida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *e-Date Advertising*, não pode ser aplicada de forma indiscriminada a outros tipos de infrações, como sejam as violações de direitos de propriedade intelectual, a *maiori*, não poderá ser transplantada face a todas as infrações do Direito da União Europeia que possam ser objeto de ações coletivas de alcance transfronteiriço<sup>110</sup>.

Não obstante, ainda que se cogitasse *de iure condendo*, a consagração da regra especial do foro do “*lugar do centro dos interesses coletivos dos sujeitos lesados*” os inconvenientes não deixariam de existir.

Por um lado, se é de relativa facilidade determinar o “centro de interesses” de uma pessoa que tem a sua residência habitual num determinado Estado-Membro – como está em causa no acórdão *e-Date Advertising* –, o mesmo já não se poderá dizer quando se trata de determinar o “*lugar do cen-*

.....  
tinez permite à pretensa vítima reclamar a totalidade dos danos sofridos, perante os tribunais do Estado onde esta tiver «o centro dos seus interesses». Mas, a abordagem adotada nos acórdãos *Shevill e eDate* e *Martinez* não se mostra aplicável ao caso em apreço. Com efeito, ambas as decisões dizem respeito a violações de direitos de personalidade, que diferem significativamente dos direitos de propriedade industrial, cuja proteção é territorial e que têm por objeto a exploração comercial de um bem. Portanto, os critérios de conexão previstos no artigo 5.º, n.º 3, não podem ser indistintamente aplicados a situações como as que deram origem aos referidos processos e ao presente caso, mas, pelo contrário, deve fazer-se uma interpretação da referida disposição adaptada às circunstâncias particulares do direito da propriedade industrial”.

<sup>109</sup> Cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de abril de 2012, processo C-523/10 *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, §§ 22 a 24.

<sup>110</sup> Neste sentido, *vide*, FREDERICK RIELAENDER, “Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive”, *ob. cit.*, p. 115.

tro dos interesses coletivos dos sujeitos lesados” por referência a milhares de lesados domiciliados em diferentes Estados-Membros com o fim de apurar um foro único para a resolução do litígio. Qual é o critério relevante? O lugar do domicílio da maioria dos consumidores lesados? O lugar onde a maior parte dos danos se materializou? O lugar do evento causal que deu origem aos danos?<sup>111</sup>

Por outro lado, como afirma RIELAENDER não parece possível garantir-se a existência de um vínculo estreito entre o órgão jurisdicional e o litígio coletivo através do critério do “lugar do centro dos interesses coletivos dos sujeitos lesados”, uma vez que, a determinação da competência jurisdicional por meio de qualquer um dos elementos propostos, “conduz necessariamente a *spillover effects*, permitindo ao tribunal competente apreciar todos os danos, independentemente de a atividade em causa ou os danos individuais sofridos por uma ou mais das vítimas representadas na ação terem ocorrido no território do Estado-Membro em que se situa o tribunal em que a ação foi instaurada”<sup>112</sup>. Paralelamente, o Autor dá nota de que os critérios apontados “são aptos a favorecer tanto os consumidores quanto os comerciantes domiciliados nos Estados-Membros maiores”, o que, por conseguinte, reduz consideravelmente as alegadas vantagens que esta regra de competência oferece às potenciais vítimas das infrações<sup>113</sup>.

Adicionalmente, aponte-se que, a Diretiva das Ações de Reparação, ao mesmo tempo que determina que, se

<sup>111</sup> Para uma referência dos elementos propostos, *vide, inter alia*, EVA LEIN, “Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch”, *ob. cit.*, p. 142; FREDERICK RIELAENDER, “Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive”, *ob. cit.*, *loc. cit.*, pp. 115 e 128.

<sup>112</sup> Cfr., FREDERICK RIELAENDER, “Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive”, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 115.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 128. Em sentido próximo, IGNACIO ONANDIA CAÑAS, “La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encarjalar en el reglamento de Bruselas I bis?”, *ob. cit.*, p. 308.

uma infração afetar ou for suscetível de afetar consumidores em diferentes Estados-Membros, as entidades qualificadas de diferentes Estados-Membros devem ter a possibilidade de unir forças no âmbito de uma mesma ação coletiva, contra o mesmo profissional, num único foro, não impede que cada uma das entidades qualificadas proponha ações coletivas com vista à reparação dos danos sofridos apenas dos consumidores domiciliados no Estado-Membro em que foi designada. Com efeito, é falacioso arguir que a introdução da regra especial de competência do foro do *“lugar do centro dos interesses coletivos dos sujeitos lesados”*, é, por si, e pressupondo que é plausível a determinação desse lugar, idónea a evitar a propositura de plúrimas ações coletivas em casos de danos em larga escala.

## **SÍNTESE CONCLUSIVA**

A análise precedente evidencia que o Regulamento Bruxelas I bis, tal como se encontra edificado e vem sendo interpretado pelo Tribunal de Justiça, coloca entraves à efetividade das ações coletivas de alcance transfronteiriço.

Conquanto o atual regime em matéria de competência judiciária não obste em absoluto à propositura de ações coletivas por entidades qualificadas para a defesa dos interesses dos consumidores em situações de danos em massa contra um mesmo profissional, restringe-as em determinadas circunstâncias, sobretudo, quando os consumidores se encontram domiciliados em diferentes Estados-Membros.

As regras especiais de competência particularmente relevantes – os artigos 7.º, n.º 1 e n.º 2 e 18.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I bis –, tal como vêm sendo objeto de interpretação pelo Tribunal de Justiça, não servem as especificidades das ações que tenham por objeto litígios coletivos de alcance transfronteiriço, o que redundaria na aplicação do critério geral

de competência do domicílio do réu, independentemente de o foro do lugar do domicílio do réu ser o mais adequado, do ponto de vista da proximidade com o litígio e da boa administração da justiça.

É, portanto, necessário analisar como é que o regime atual da competência judiciária deve ser reformado para melhor responder às especificidades das ações coletivas de alcance transfronteiriço, assegurando que a eventual reforma do Regulamento de Bruxelas I Bis assenta nos princípios basilares das regras de competência judiciária – os *princípios da segurança jurídica, da transparência e previsibilidade da jurisdição e da boa administração da justiça* – e, atendendo às previsíveis diferenças entre os Estados-Membros relativamente a determinados aspetos processuais no domínio da reparação coletiva, consagre salvaguardas adequadas contra o *forum shopping*<sup>114</sup>.

Até então, a União Europeia absteve-se de adotar medidas legislativas específicas em matéria de competência judiciária com o objetivo de reforçar os mecanismos de tutela coletiva. Esperamos, porém, que a transposição da Diretiva (UE) 2020/1828 para os ordenamentos jurídicos nacionais constitua um impulso para colocar a reforma do Regulamento Bruxelas I bis dentre as prioridades dos decisores políticos europeus, com vista a incrementar a eficácia e a eficiência das ações coletivas na União Europeia.

.....

<sup>114</sup> Note-se que, em consonância com o princípio da autonomia processual, a Diretiva das Ações de Reparação não deverá dispor sobre todos os aspetos processuais relativos a ações coletivas, pelo que, cabe aos Estados-Membros estabelecer regras relativas, nomeadamente, à admissibilidade, à prova ou às vias de recurso, aplicáveis às ações coletivas. Cabe, por exemplo, aos Estados-Membros decidir sobre o grau de similitude exigido entre pedidos individuais ou sobre o número mínimo de consumidores abrangidos por uma ação coletiva para medidas de reparação para que um processo seja admitido como ação coletiva (cfr., considerando (12) da Diretiva das Ações de Reparação).

## BIBLIOGRAFIA

- ADRIAN BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2013;
- ALEXANDER J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention – Rome I Regulation*, New York: Juris Publishing Inc., 2011;
- ALEXANDER STÖHR, "The Implementation of Collective Redress – A Comparative Approach", in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020;
- ALEXANDRE DIAS PEREIRA, "O tribunal competente em casos da Internet segundo o acórdão «eDate Advertising» do Tribunal de Justiça da União Europeia", in *Revista Jurídica Portuguesa*, n.º 16, 2014;
- ALEXIA PATO, *Jurisdiction and Cross-Border Collective Redress – A European Private International Law Perspective*, Oxford: Hart Publishing, 2019;
- ARNAUD NUYS, "The consolidation of Collective Claims Under Brussels I", in *Cross-Border Class Actions - The European Way* (ed.) ARNAUD NUYS/NIKITAS E. HATZIMIHAL, Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2014;
- BERTRAND ANCEL, *The Brussels I regulation: comment*, in *Yearbook of Private International Law*, Vol. 3 (2001), pp. 101 a 114;
- BERTRAND ANCEL/ HORATIA MUIR WATT, "Aliments sans frontières. Le règlement CE n.º 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires", in *Revue Critique de Droit International Privé*, Vol. 99, n.º 3, 2010;
- CARLOS MANUEL GONÇALVES DE MELO, "O Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho de 18 de Dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações de alimentos", in *Revista do CEJ*, II, 2014;
- CATHERINE KESSEDIAN, "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, 1997;
- CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS/BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)", in *Cross-Border Class Actions - The European Way* (eds.) ARNAUD NUYS/NIKITAS E. HATZIMIHAL, Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2014;

- DÁRIO MOURA VICENTE,  
 — *Direito Internacional Privado*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2002;  
 — *Direito Internacional Privado*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2010;
- DIMITRIOS-PANAGIOTISZAKAS, "Effective Collective Redress in antitrust and consumer protections matters: a panacea or a chimera?", in *Common Market Law Review*, Vol. 48, n.º 4, 2011, pp. 1125 a 1174;
- ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, "International private law problems in the scope of private enforcement of competition law", in *Private Enforcement of Competition Law*, Valladolid: Lex Nova, 2011;
- EVA LEIN, "Cross-Border Collective Redress and Jurisdiction under Brussels I: A Mismatch", in *Extraterritoriality and Collective Redress*, (ed.) EVA LEIN/DUNCAN FAIRGRIEVE, Oxford: Oxford University Press, 2012;
- FAUSTO POCAR/ILARIA VIARENGO, "Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari", in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2009;
- FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n.º 2, 2020;
- FREDERICK RIELAENDER, "Aligning the Brussels Regime with the Representative Actions Directive", in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, Issue 1, 2022;
- GIOVANNA RICCIARDI, "Le corti tedesche ed il regolamento (CE) n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari", in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, marzo de 2021;
- GIUSEPPE CAMPEIS/ARRIGO DE PAULI, *Le Regole Europee ed Internazionali del Processo Civile Italiano*, Pádua: Wolters Kluwer Italia, 2009;
- IGNACIO ONANDIA CAÑAS, "La acción colectiva en la Unión Europea: ¿Es posible encarjalarla en el reglamento de bruselas I bis?", in *Revista Jurídica Universidade Autónoma de Madrid*, n.º 39, 2019;
- ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional I*, Lisboa: AAFDL Editora, 2021;
- JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, "Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras", in *Comemorações dos 35 anos de*

*Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, "A convenção de 27 de setembro de 1968 sobre competência judiciária e execução de decisões em matéria civil e comercial e os actos a ela relativos nos seus reflexos na ordem jurídica portuguesa", in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 4, 1980, pp. 137 a 179;

JOSÉ MARTÍN PASTOR, "La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación", in *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil* (coord.) MANUEL ORTELLS RAMOS/LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, Navarra: Aranzadi, 2019;

KRISTIN NEMETH/JORGE MORAIS CARVALHO, "Dieselgate" and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union", in *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6, Issue 1, 2017;

LAURA CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial – Problemas de recepción y transplante de las "class actions" en Europa*, España; Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2007;

MARCO CARVALHO GONÇALVES, "Competência judiciária na União Europeia", in *Scientia Iuridica*, Tomo LXIV, n.º 339, Setembro/Dezembro de 2015;

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lisboa: Lex, 1994;

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA/DÁRIO MOURA VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968, relativa à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial e Textos Complementares*, Lex, Lisboa, 1994;

MIHAIL DANOV, "The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments", in *Journal of Private International Law*, Vol. 6, Issue 2, 2010;

PABLO GUTIÉRREZ SE CABIEDES, "Acciones colectivas: pretensiones y legitimación", in *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (coords.) TERESA ARMENTA DEU/SILVIA PEREIRA PUIGVERT, Madrid: Marcial Pons, 2018;

PAULINE RÉMY-CORLAY, "Note sur l'arrêt Henkel", in *Revue critique de droit international privé*, nº 4, 2003;

PETER STONE, *EU Private International Law*, 3.ª edição, United Kindgom: Edward Elgar Publishing, 2014;

PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores em el Convenio de Brusselas", in *La Ley*, n.º 1, 2003;

RUI MANUEL MOURA RAMOS,

— "As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia", in *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Vol. LVII, Tomo III, 2014;

— "Competência judicial e execução das decisões na União Europeia. A reformulação do Regulamento Bruxelas I pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012", in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Maria João Antunes (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law – Brussels I Regulation*, Vol. I, Köln: Otto Schmidt, 2016;

ZHENG SOPHIA TANG, "Consumer Collective Redress in European Private International Law", in *Journal of Private International Law*, Vol. 7, Issue 1, 2011.



## JURISPRUDÊNCIA

### JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de outubro de 1976, no Processo C-29/76 *LTU Lufftransportunternehmen GmbH & Co. KG, Düsseldorf vs. Eucontrol*, Bruxelas;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de fevereiro de 2007, Processo C-292/05 *E. Lechouritou, et. al. vs República Federal da Alemanha*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de maio de 2007, Processo C-386/05 *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 13 de julho de 2006, Processo C-103/05 *Reisch Montage AG v. Kiesel Baummaschinen Handels GmGH*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de março de 2005, Processo C-281/02 *Andrew Owusu vs N. B. Jackson et. al.*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de maio de 2019, Processo C-25/18 *Brian Andrew Kerr v. Pavlo Postnov et. al.*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de julho de 2016, Processo C-196/15 *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 18 de julho de 2013, Processo C-147/12 *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v. Frank Koot*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 16 de julho de 2009, Processo C-189/08 *Zuid-Chemie BV v. Philippo's Mineralenfabriek NV/AS*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 26 de abril de 2016, Processo C-572/14 *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH v. Amazon EU Sàrl et. al.*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 15 de junho de 2017, Processo C-249/16 *Saale Kareda v. Stefan Benkö*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 14 de março de 2013, Processo C-419/11 *Česká spořitelna, a.s. v. Gerald Feichter*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 28 de janeiro de 2015, Processo C-375/13 *Harald Kolassa v. Barclays Bank plc*;

- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de março de 2018, Processo C-64/17 *Saey Home & Garden, NV/SA v. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais, AS*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2009, Processo C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 11 de março de 2010, Processo C-19/09 *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade AS*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 8 de março de 2018, Processo C-64/17 *Saey Home & Garden, NV/SA v. Lusavouga-Máquinas e Acessórios Industriais, AS*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 26 de abril de 2016, Processo C-572/14 *Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH v. Amazon EU Sàrl et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 13 de março de 2014, Processo C-548/12 *Marc Brogssitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de novembro de 1976, Processo C-21/76 *Handelswekerij G. J. Bier BV, v. Mines de Potasse d'Alsace*;
- o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 11 de janeiro de 1990, Processo C-220/88 *Dumez France e Tracoba v. Hessische Landesbank et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 1 de outubro de 2002, Processo C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation v. Karl Heinz Henkel*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 5 de junho de 2014, Processo C-360/12 *Coty Germany GmbH v. contra First Note Perfumes NV*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 21 de maio de 2015, Processo C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV et al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de setembro de 1995, Processo C-364/93 *Antonio Marinari et. al. v. Zubaidi Trading Company*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 5 de julho 2018, Processo C- 27/17 *AB «flyLAL Lithuanian Airlines» v. «Štarptautiskā lidosta "Rīga"» VAS et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 29 de julho de 2019, Processo C451/18 *TiborTrans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft. v. DAF Trucks NV*;

- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 2020, Processo C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation v. Volkswagen AG*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 7 de março de 1995, Processo C-68/93, *Fiona Shevill et. al. v. Presse Alliance AS*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 10 de junho de 2004, Processo C-168/02, *Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 23 de dezembro de 2015, Processo C-297/14 *Rüdiger Hobohm v. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 3 de outubro de 2019, Processo C-208/18 *Jana Petruchová v. FIBO Group Holdings Limited*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 2 de abril de 2020, Processo C-500/18 *Reliantco Investments v. Reliantco Investments Limassol Sucursala București*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 25 de janeiro de 2018, Processo C-498/16 *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de janeiro de 1993, Processo C-89/91 *Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 2005, Processo C-464/01 *Johann Gruber v. Bay Wa AG*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de fevereiro de 2002, processo C-256 *Besix AS v. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 25 de outubro de 2011, Processos apensos C-509/09 e C-161/10 *eDate Advertising GmbH v. Olivier Martinez et. al.*;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 19 de abril de 2012, processo C-523/10 *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*.

**JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 1012/16.8T8CTB.C1, relatado por Maria Domingas Simões, datado de 23-05-2017;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 05B316, relatado por Salvador da Costa, datado de 3 de março de 2005;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 27630/13.8YIPRT-A.G1, relatado por Fonseca Ramos, datado de 05-04-2016;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 6029/17.2T8G-MR.G1, relatado por Heitor Gonçalves, datado de 04-10-2018;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 4138/20.T8PRT.P1, relatado por José Eusébio Almeida, datado de 12 de julho de 2021;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 26412/16.0T8LSB.L1-A.S1, relatado por Rosa Tching, datado de 14-10-2021.



A CONFIGURAÇÃO DAS RELAÇÕES  
JURÍDICAS NA ECONOMIA  
DO COMPARTILHAMENTO:  
DA DECISÃO C-434/15  
AO PANORAMA BRASILEIRO

CONFIGURATION OF LEGAL RELATIONS IN THE  
SHARING ECONOMY: FROM DECISION C-434/15  
TO THE BRAZILIAN CONTEXT

*Amanda Donadello Martins* \*

**RESUMO**

Notadamente, as revoluções industriais causaram mudanças na sociedade, introduzindo novos modelos de fornecimento de bens e serviços. Nada obstante, por gerarem alteração do status quo verificado, produziram inúmeros efeitos, no que se verificou o surgimento da economia de compartilhamento, com plataformas digitais capazes de intermediar a .....

\* Mestranda em Direito, na área de concentração de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Sul. Advogada. E-mail: amandadonadello@hotmail.com.

prestação dos bens e serviços entre pessoas, sem caráter profissional ou empresarial. A proposta desse trabalho, à luz desse contexto, é compreender como se dá a configuração das relações jurídicas e, decorrência disso, quais são – se existem – os limites de eventual responsabilização do intermediador. A partir de análise de decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (processo C-434-15), se verificará as perspectivas do tema, afunilando-o às posições doutrinárias e judiciais já verificadas no direito brasileiro.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Economia de compartilhamento. Plataformas digitais. Relações de consumo. Responsabilidade do fornecedor.

### **ABSTRACT**

Notedly, industrial revolutions caused changes in society, introducing new models of supplying goods and services. However, as they generate a change in the verified status quo, they produced numerous effects, in which the sharing economy emerged, with digital platforms capable of intermediating the provision of goods and services between people, without a professional or business nature. The purpose of this research, upon on this context, is to understand how the configuration of legal relations takes place and, as a result, what are – if it exists – the limits of eventual liability of the intermediary. Based on an analysis of the decision handed down by the Court of Justice of the European Union (process C-434-15), the perspectives of the subject will be check, funneling it to the doctrinal and judicial positions already verified in Brazilian law.

## **KEYWORDS**

Sharing economy. Digital platforms. Consumer relations. Supplier liability.

## **SUMÁRIO**

Introdução. 1. As plataformas digitais como desenvolvimento da sociedade e implicação ao direito do consumidor. 2. A decisão do processo c-434/15: um paradigma à responsabilidade das plataformas digitais 3. O panorama sobre a responsabilidade do intermediário no direito brasileiro. Conclusão. Referências.



## INTRODUÇÃO

A ideia de economia do compartilhamento, então oriunda da alteração de paradigmas econômicos, que trouxe às margens novo modo de pensar quanto à utilização de bens e serviços, foi incorporada mundialmente. A partir dela repensou-se a forma de fornecer e cobrar serviços de hospedagens, transportes, alimentação e mesmo a comercialização de bens diversos, razão por que, em decorrência, a regulação de tais atividades passou também repensada.

A partir disso, passa-se a indagar a configuração normativa das relações jurídicas e, precisamente nessa seara, é possível apurar, no mínimo, múltiplos posicionamentos, quais sejam: o de que a relação de consumo sequer se configuraria na economia de compartilhamento; o de que ela se configuraria e, dentro desta possibilidade, de que poderia ocorrer de modo abrangente ou limitado (aos vícios e defeitos de produtos).

A proposta do presente trabalho, portanto, consiste na apuração da configuração de eventual relação consumerista, no que concerne à economia do compartilhamento, por ocasião do surgimento de plataformas digitais intermediadoras da prestação do bem ou serviço.

Nesse sentido, o trabalho está segmentado em três partes: para além desta introdução, na primeira parte, a partir de breve contextualização sobre a inserção das plataformas digitais, se buscará analisar sua operacionalização. Por sua vez, na segunda parte do trabalho, se analisará a decisão do processo n. C-434/15, objeto de análise pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a partir do qual se pôde pensar em um paradigma à questão da configuração das relações de consumo e sua responsabilização. Ao final, na terceira parte, se analisará o panorama do direito brasileiro, apurando-se as divergências doutrinárias e eventual posicionamento jurisprudencial, para, ao culminar com a análise do capítulo ante-

rior, pensar-se em uma perspectiva sobre a responsabilidade do intermediário nas relações de consumo.

Nesse andar, se buscará discorrer sobre as controvérsias relativas ao tema em estudo, apontando as eventuais peculiaridades sobre sua dupla caracterização no ordenamento jurídico brasileiro. Ao cabo, ressalta-se a relevância do tema ao Direito e à sociedade, que, muito além dos debates doutrinários, projeta seus efeitos diretamente sobre o consumidor.

## **1. AS PLATAFORMAS DIGITAIS COMO DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE E IMPLICAÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR**

o adentrar ao século XXI, com o fenômeno da globalização e a introdução da 4ª Revolução Industrial, notadamente, alterou a perspectiva das relações sociais, humanas e também, jurídicas. A título elucidativo, então, cabe mencionar que as revoluções industriais, entretanto, ainda que tenham gerado inúmeros e vastos avanços em sociedade, viabilizando a própria saúde humanitária, não são de todo uniformes. Isso é o que podemos inferir ao observar que ainda hoje há mais de 10% da população mundial sem acesso à energia elétrica<sup>1</sup> quando a revolução industrial que culminou com seu surgimento teve início há dois séculos.

Na mesma toada, a partir da década de 1960 já era possível falar em 3ª revolução industrial, que foi impulsionada pelo desenvolvimento de computadores e internet<sup>2</sup>. A partir desta revolução, entretanto, mais ressalvas devem ser feitas. Isso porque, ainda hoje, mais de 4 bilhões de pessoas não tem

.....  
<sup>1</sup> Informação disponível no sítio eletrônico G1 GLOBO. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/22/mais-de-800-milhoes-de-pessoas-no-mundo-nao-tem-acesso-a-energia-eletrica-diz-banco-mundial.ghtml> (20.01.2022)

<sup>2</sup> KLAUS SCHWAB. *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016, p. 19.

acesso à internet, desvelando verdadeiro abismo digital<sup>3</sup>. Ainda, também neste escopo ganha espaço a discussão sobre sociedade da informação e sociedade do conhecimento, uma vez que as informações dispersas em internet e redes sociais, ainda que viabilizassem a construção do conhecimento na alcinhada sociedade do conhecimento, não importariam no acesso democratizado, universal e, sobretudo, de qualidade, para o acesso ao conhecimento, no que sealaria em sociedade da informação<sup>4</sup>.

Afora este debate, e como mudança de paradigmas, aborda-se a existência da 4ª Revolução Industrial que, por sua vez, consistiria no avanço da inteligência artificial, da implementação de nanotecnologias, em adoção de critérios mais rígidos de sustentabilidade, dentre outros fenômenos contemporâneos já mencionados, bem como alguns que ainda não ocorreram, pois tal marco histórico encontra-se em estado embrionário e nebuloso, justamente por estar acontecendo agora<sup>5</sup>. Ou seja, tal revolução, fundar-se-ia no conceito de indústria 4.0, que viabiliza a conjugação, no modelo empresarial, das tecnologias disponíveis e produtividade.

A culminar, para pensar-se no futuro, falar-se-ia em uma 5ª Revolução, não mais industrial, mas tecnológica-econômica, com fundamento no esgotamento das modificações que visassem tão somente novas formas de obtenção de lucro, uma vez que já teria havido a maximização do potencial

<sup>3</sup> Informação disponível no sítio eletrônico das Nações Unidas – ONUS NEWS. Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/abismo-digital-de-genero> (20.01.2022)

<sup>4</sup> MANUEL CASTELLS. "A era da informação: economia, sociedade e cultura", in *A sociedade em rede*, v.1, MANUEL CASTELLS, Paz e Terra, São Paulo, 2000.

<sup>5</sup> DENISE PIRES FINCATO, CARPES ATALIBA TELLES, *A 5ª Revolução (Industrial) e a volta à humanidade como elemento de ruptura*, p. 9, Porto Alegre, 2020, disponível em [https://www.researchgate.net/publication/338833800\\_A\\_5\\_REVOLUCAO\\_INDUSTRIAL\\_E\\_A\\_VOLTA\\_A\\_HUMANIDADE\\_COMO\\_ELEMENTO\\_DE\\_DISRUPCAO](https://www.researchgate.net/publication/338833800_A_5_REVOLUCAO_INDUSTRIAL_E_A_VOLTA_A_HUMANIDADE_COMO_ELEMENTO_DE_DISRUPCAO) (29.01.2022)

produtivo<sup>6</sup>. Como decorrência, se verificaria uma revolução humana, rumando à construção de uma sociedade mais sustentável e solidária.

Nada obstante, Baumann já lecionava que, no tocante às atuais relações humanas, devemos observar que poucas são as coisas pré-determinadas ou irrevogáveis, sendo que as possibilidades conferidas em sociedades tornam-se líquidas e fluídas, com data de validade<sup>7</sup>. E isto dado o avanço da sociedade, que dá seus passos – cada vez mais largos – de forma mais rápida. É o que, pelo autor, restou alcunhado no título de seu livro: modernidade líquida.

E não é sem outro escopo que tem vez a economia do compartilhamento, uma vez que consiste, justamente, na ideia de um sistema econômico baseado no compartilhamento de bens ou serviços, gratuitamente ou de forma remunerada, mas diretamente entre os indivíduos<sup>8</sup>. Ou seja, desde a sua conceituação é possível identificar a presença de elementos decorrentes dos avanços das 4ª e 5ª revoluções, porque presente (i) a conjugação do fator de tecnologia à potencialidade do trabalho humano e porque verificada a busca (ii) pelo compartilhamento de bens. Nesse sentido, Claudia Lima Marques bem refere que a economia compartilhada foi, inicialmente, uma reação ao consumismo e uma adesão ao consumo sustentável, substituindo-se a ideia do “ter para sempre” pelo “compartilhar”. No entanto, tal movimento foi observado por grandes conglomerados, que passaram a organizar suas redes para empreender a partir de

.....  
<sup>6</sup> DENISE PIRES FINCATO, CARPES ATALIBA TELLES, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>7</sup> ZYGMUNT BAUMAN, *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>8</sup> Informação retirada do sítio eletrônico Fast Company. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt> (29.01.2022)

tal ideia, mediante a remuneração de uma porcentagem do lucro da transação<sup>9</sup>.

Sobre a alteração de paradigma em questão, Eros Roberto Grau já lecionava que a virada de um século deixava perplexos os estudiosos da teoria geral dos contratos, porquanto viam as antigas bases contratuais serem superadas, dando lugar a novas bases. A acrescentar, já dizia o autor que *mais difícil ainda é aceitar que o novo e o antigo se mesclam e, no resultado geral, as fronteiras de um extrato são fluidas, impossibilitando a confortável ilusão da segurança jurídica*<sup>10</sup>.

Se os contratos são formulados a partir de uma realidade fática a ser convencionada entre as partes, fato é que, em sendo alterada a realidade fática, também o modo como se avencam os contratos será. Nesse viés é que os contratos de consumo, na pós-modernidade digital, adentram em panorama de desterritorialização e desregulamentação, na medida em que cada vez mais frequentes negociações entre consumidores e fornecedores de países diferentes. Sobre o assunto, ímpares são os ensinamentos de André Perin, quando diz que:

O que se entende por contrato na sociedade de consumo não mais corresponde ao descrito na doutrina jurídica clássica, conceito criado em outra realidade. [...]A tendência crescente do uso da tecnologia resume a manifestação de vontade a um clique<sup>11</sup>.

.....  
<sup>9</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021, p. 364.

<sup>10</sup> EROS GRAU, "Um novo paradigma dos contratos?", *Revista da Faculdade de direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2001, pp. 423-433.

<sup>11</sup> ANDRÉ PERIN SCHMIDT NETO, *Contratos na sociedade de consumo: vontade e confiança*, 2. ed. rev. e atual., Thomson Reuters, São Paulo, 2019 (contracapa).

No que toca ao comércio eletrônico, entretanto, que não se trataria de uma nova modalidade de contratação, mas sim em uma contratação comum, desta vez realizada por um meio eletrônico<sup>12</sup>.

É neste cenário, portanto, que tiveram vez os modelos de negócio P2P ou C2C e B2B. Este último, a significar *business to business*, é utilizado para designar os negócios em que empresários comercializam ou disponibilizam seus bens ou produtos diretamente a outros empresários. De sua vez, a primeira terminologia, *peer to peer ou consumer to consumer*, a teor do que implica o próprio nome, diz respeito aos modelos de negócio em que os consumidores comercializam/disponibilizam bens ou serviços diretamente ao outro consumidor. Os supramencionados conglomerados, ao seu turno, dispuseram-se como um intermediador entre os empresários no modelo B2B e entre consumidores, no modelo C2C.

Grande exemplo mundial de tal modelo de negócio pode ser ilustrado pela Uber, que se apresenta como *uma empresa de tecnologia que faz a ponte entre o mundo físico e o digital, para que todos possam chegar a qualquer lugar com o simples toque de um botão*<sup>13</sup>. Com a criação de uma plataforma digital capaz de conectar motoristas e consumidores, de modo direito, a Uber alçou patamar mundial, hoje representando 1% de todos os percursos realizados mundialmente<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> MIGUEL MARQUES VIEIRA, *A boa-fé objetiva na formação dos contratos eletrônicos*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações RDIT. 2ed. São Paulo S.P: Associação Brasileira de Direito da Informática - ABDI, 2007, v. 3, p. 120-150.

<sup>13</sup> Informação retirada do sítio eletrônico da Uber. Disponível em: [https://www.uber.com/br/pt-br/about/?utm\\_campaign=CM2057687-search-google-brand\\_25\\_-99\\_BR-National\\_driver\\_web\\_acq\\_cpc\\_pt-BR\\_Generic\\_Exact\\_uber\\_kwd-169801042\\_533468447253\\_123542758774\\_e\\_c&utm\\_source=AdWords\\_Brand](https://www.uber.com/br/pt-br/about/?utm_campaign=CM2057687-search-google-brand_25_-99_BR-National_driver_web_acq_cpc_pt-BR_Generic_Exact_uber_kwd-169801042_533468447253_123542758774_e_c&utm_source=AdWords_Brand) (15.01.2022)

<sup>14</sup> Informação retirada do sítio eletrônico da Uber. Disponível em: [https://investor.uber.com/a-letter-from-our-ceo/?uclid\\_id=95e7cbe8-1275-4424-8614-e22b9bb26d8c](https://investor.uber.com/a-letter-from-our-ceo/?uclid_id=95e7cbe8-1275-4424-8614-e22b9bb26d8c) (15.01.2022).

Outro exemplo de negócio na economia de compartilhamento consiste na plataforma AIRBNB, que viabiliza alugueres de residências, apartamentos ou quartos, diretamente entre “anfitrião” e “hóspede”, viabilizando acomodações em valor geralmente inferior ao adimplido para hotéis ou pousadas. Para além disso, passou também a constituir uma plataforma de “experiências”, nas quais podem pessoas disponibilizarem oficinas, atividades turísticas para viajantes. As acomodações disponibilizadas na plataforma têm veracidade avaliada pela empresa, que, após, a pandemia, passou também a implementar protocolos de higienização nas acomodações<sup>15</sup>.

Ademais, outro exemplo a ser conduzido para este estudo consiste no Facebook, uma vez que, apesar de constituir-se como rede social, a empresa passou a disponibilizar plataforma intitulada *marketplace*, onde podem os usuários divulgar e comercializar seus bens ou serviços diretamente aos outros usuários. Diferentemente do airbnb, entretanto, não há a publicação sobre qualquer verificação de autenticidade dos produtos ali disponíveis, tampouco sobre sua qualidade.

Nesse sentido, se por um lado, num primeiro momento, as negociações eletrônicas trouxeram panorama de desconfiança ao consumidor, que não mais via fisicamente o fornecedor de seus produtos e serviços, por outro lado, fato é que, à medida em que ganharam mais espaços, os próprios conglomerados empresariais desenvolveram características aptas a despertar a confiança do consumidor do serviço. A simples observação dos negócios já permite identificar tal situação: “Segurança desde o princípio: o airbnb é desenvolvido com a segurança em mente, online e offline”, é a frase que consta

.....  
<sup>15</sup> Informação retirada do sítio eletrônico do Airbnb. Disponível em: [https://www.airbnb.com.br/d/howairbnbworks?\\_set\\_beve\\_on\\_new\\_domain=1642382390\\_OTU3NDhhMzk1MTQ0\\_\(10.01.2022\)](https://www.airbnb.com.br/d/howairbnbworks?_set_beve_on_new_domain=1642382390_OTU3NDhhMzk1MTQ0_(10.01.2022))

da página no sítio eletrônico do airbnb<sup>16</sup>. Ou, ainda: “Escolha mais segurança. Escolha Uber”, também constante do sítio eletrônico da Uber, em clara propaganda que pretende conferir ao usuário final a ideia de confiança<sup>17</sup>.

A somar à questão da confiança, já propagandeada por algumas empresas/plataformas digitais, verifica-se o surgimento de um novo modelo de negócio que, diferentemente do paradigma clássico dual estabelecido entre consumidor e fornecedor, estabelece-se de forma tríplice e simultânea: o intermediador, também alcunhado de plataforma intermediadora, realiza relações com o usuário contratante – à procura - de um bem ou serviço (usuário 1), e também com aquele usuário que disponibilizará seus bens ou serviços – em troca de uma remuneração (usuário 2). Simultaneamente, ambos os usuários da plataforma estabelecem a prestação do produto/serviço propriamente dita. Tal negócio pode ser ilustrado pela Imagem 1:

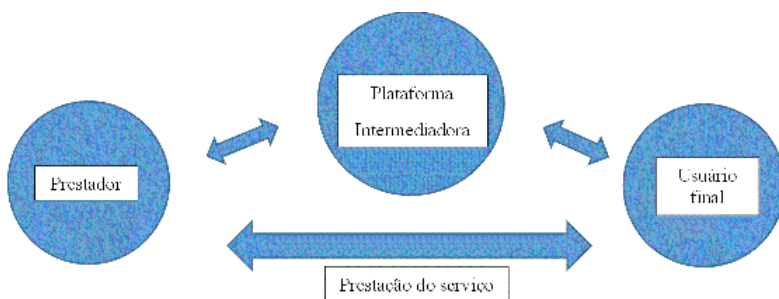


Imagem1

<sup>16</sup> Informação retirada do sítio eletrônico do Airbnb. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/trust> (10.01.2022)

<sup>17</sup> Informação retirada do sítio eletrônico da Uber. Disponível em: <https://www.uber.com/br/pt-br/safety/> (10.01.2022)



Nessa seara, os novos modelos negociais suscitam questionamento, no que concerne à classificação das relações jurídicas, se de natureza civil, empresarial ou de consumo, na medida em que se pode verificar uma contaminação entre as relações ali presentes. O presente trabalho, conforme já anunciado, se debruçará sobre o assunto.

## **2. A DECISÃO DO PROCESSO C-434/15: UM PARADIGMA À RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

O surgimento das novas tecnologias viabilizou a inserção de novos modelos de negócios e serviços no mercado, juntamente da economia de compartilhamento. Tal questão, conforme anunciado, suscitou e permanece suscitando irrisignações no panorama mundial. Por tal razão, o presente capítulo abordará a perspectiva do direito europeu sobre o assunto, a partir da decisão prolatada no processo C-434-15, analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

No caso em questão, a Asociación Profesional Elite Taxi propôs ação contra a Uber Systems Spain, sob a alegação de que, apesar de atuar no ramo de serviços de transportes, não possuiria qualquer das licenças necessárias ao ramo de serviço, assim estabelecidas por lei<sup>18</sup>. Para a compreensão da motivação da demanda, cabe analisar 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<sup>19</sup>. A concorrência gerada pelas referidas plataformas foi especialmente questionada em razão da falta de regulamentação especifi-

<sup>18</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Processo nº C-434-15, julgado em 20 dezembro 2017.

<sup>19</sup> BERNARDO FRANKE DAHINTEN, AUGUSTO FRANKE DAHINTEN, "Novas tecnologias, regulação e proteção dos consumidores: reflexões sobre o caso da Uber no Brasil e em Portugal", Estudos de Direito do Consumidor nº 17, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2021, pp. 24-25.

ca e da conseqüente liberdade daí decorrente e que inclusive viabilizaria (e de fato viabiliza) a oferta de serviços muito mais, questões que conduziram às associações profissionais de taxistas ao ajuizamento de demandas do tipo<sup>20</sup>. A demanda, é bem verdade, apesar de ter sido intentada a partir do direito espanhol, foi conduzida à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, porquanto considerada a abrangência internacional da plataforma Uber e a repercussão dos efeitos da decisão a ser prolatada em relação aos demais Estados-membros da União Europeia.

Para resolução do imbróglio, o Tribunal estabeleceu, como premissa de análise da natureza do serviço prestado pela Uber, a seguinte atividade:

Para esse efeito, este órgão jurisdicional indica que a Uber entra em contacto ou estabelece a ligação com motoristas não profissionais a quem fornece uma série de ferramentas informáticas — uma interface — que lhes permite, por sua vez, estabelecer a ligação com pessoas que pretendam efetuar trajetos urbanos e que acedem ao serviço através da aplicação informática com o mesmo nome. A atividade da Uber é exercida com fim lucrativo<sup>21</sup>.

A questão que se estabelecia, a partir de então, consistia na definição da natureza jurídica do serviço prestado pela uber: se de carácter adstrito ao da sociedade de informação, com a mera intermediação entre motorista e passageiro ou; se de carácter civil, atinente ao serviço de transportes. Em linhas, gerais, a eventual caracterização do serviço como de transporte clamaria pela incidência das restrições de licen-

.....  
<sup>20</sup> BERNARDO FRANKE DAHINTEN, AUGUSTO FRANKE DAHINTEN, *ob. cit.*, pp. 24-25.

<sup>21</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *ob. cit.*

ças aplicáveis aos demais serviços de transportes. Por outra banda, eventual subordinação do serviço ao regime da sociedade de informação, como mera intermediação, poderia afastar toda e qualquer restrição à atividade por meio das licenças dos serviços de transportes.

Vale mencionar, sua consideração como serviço da sociedade de informação conduziria à incidência Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu. Esta, por sua vez, conforme enuncia em seus considerandos, tinha por objetivo criar um enquadramento legal destinado a assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação<sup>22</sup>. Neste escopo, para garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, buscou estabelecer um quadro geral claro, abrangendo aspectos do comércio eletrônico. É a partir disso, portanto, que no considerando 54, encontra-se a justificativa para a proteção dos consumidores, destinatários finais do serviço, como segue:

A Directiva 98/27/CE, que é aplicável aos serviços da nação deveria igualmente contribuir para criar uma sociedade da informação, prevê um mecanismo para a posição comercial comum forte nos fóruns internacionais. ações inibitórias em matéria de protecção dos interesses colectivos dos consumidores. Esse mecanismo contribuirá para a livre circulação dos serviços da sociedade da informação, ao assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores<sup>23</sup>.

.....  
<sup>22</sup> Cfr. Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0034> (29.01.2022)

<sup>23</sup> Cfr. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado inter-

Afora isto, no que toca à regulação propriamente dita, estabeleceu, em seu artigo 14º, 1º, que, na prestação de serviços consistente no armazenamento de informações prestadas por um destinatário, velar-se-ia pela isenção de responsabilidade do prestador, desde que ele não possuísse conhecimento efetivo da informação ou atividade ilegal e desde que, assim que tomasse conhecimento da ilicitude, atuasse ele com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações<sup>24</sup>.

Estabelecidas tais premissas, a Corte de Justiça iniciou sua decisão asseverando que, a priori, o serviço de conexão entre motoristas e passageiros seria distinto da prestação do deslocamento físico de passageiros, sendo que o primeiro constituiria serviço de intermediação, ao passo que o segundo consistiria em serviço de transporte, a receber tratamento jurídico distinto. Nada obstante, sinalizou que tal enquadramento não poderia ser dispensado ao serviço prestado pela Uber, uma vez que, muito além de intermediar relações entre passageiros e motoristas, (i) seria responsável pela criação de uma demanda e oferta de serviço no mercado. Além disso, também (ii) selecionaria os motoristas; (iii) faria controle de qualidade sobre os veículos e o serviço prestado, bem como, ao cabo, (iv) estabeleceria o preço máximo da corrida e a remuneração a ser percebida pelo motorista.

Para a Corte de Justiça, um serviço de intermediação como o que estava em causa no processo principal, visando a interligar, através de uma aplicação para smartphone e mediante remuneração, condutores não profissionais que utilizam o seu próprio veículo a pessoas que pretendem efetuar deslocamentos urbanos, deveria ser considerado como estan-

no, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A32000L0031> (29.01.2022)

<sup>24</sup> Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, *ob. cit.*

do intrinsecamente ligado a um serviço de transporte e, conseqüentemente, deveria ser classificado como um serviço no domínio dos transportes<sup>25</sup>.

Então, a Corte considerou que o *serviço de intermediação faz parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é um serviço de transporte e, portanto, corresponde à qualificação, não de «serviço da sociedade da informação» na aceção do artigo 1º, n. 2, da Diretiva 98/34, para o qual remete o artigo 2º, alínea a), da Diretiva 2000/31, mas sim de «serviço no domínio dos transportes», na aceção do artigo 2º n. 2, alínea d), da Diretiva 2006/123.*

Daí, portanto, se dizer que os modelos negociais estabelecidos a partir da economia de compartilhamento devem ser analisados a partir da casuística própria, a teor da decisão da Corte Europeia. Os critérios para a classificação do serviço como de intermediação ou relativos à atividade subjacente propriamente dita, são elucidados por Sandra Passinhas:

Preço: a plataforma colaborativa fixa o preço final a pagar pelo utilizador, enquanto beneficiário do serviço subjacente. Se a plataforma colaborativa apenas recomenda um preço ou se o prestador de serviços subjacentes é livre de adaptar o preço fixado por uma plataforma colaborativa — isto indica que este critério poderá não ser satisfeito. Outras condições contratuais essenciais: a plataforma colaborativa estabelece os termos e as condições, para além do preço, que determinam a relação contratual entre o prestador de serviços subjacentes

.....  
<sup>25</sup> SANDRA PASSINHAS, "Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation", in *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*, XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUES, RAFAEL GARCÍA PÉREZ, MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 362.

tes e o utilizador (tais como, por exemplo, a definição de instruções obrigatórias para a prestação do serviço subjacente, incluindo uma obrigação de prestar o serviço). Propriedade dos principais ativos: a plataforma colaborativa é proprietária dos principais ativos utilizados para fornecer o serviço subjacente<sup>26</sup>.

A decorrência verificada a partir de tal decisão, consistiu, logicamente, na proteção conferida ao consumidor. Isto é, a proteção inicial centrada na consideração dos serviços prestados pela uber como exclusivamente da sociedade da informação vai substituída pela proteção conferida ao consumidor enquanto passageiro dos serviços de transporte prestados pela Uber<sup>27</sup>.

Nada obstante, fato é que, muito além das implicações ao caso em análise, a decisão em questão também emergiu como possibilidades às eventuais e futuras controvérsias, atinentes a todos os demais modelos de negócios em economia de compartilhamento. Não é por outra razão que, no presente artigo, utiliza-se, então, a decisão em análise como esteio para o superveniente capítulo, notadamente, no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. O PANORAMA SOBRE A RESPONSABILIDADE DO INTERMEDIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO**

No ordenamento jurídico brasileiro, assim como nos ordenamentos europeus, também se verificam discussões quanto à natureza jurídica dos serviços prestados por plataformas

<sup>26</sup> SANDRA PASSINHAS, *Economia colaborativa e plataformas digitais*, Coimbra, 19 nov. 2021, p. 27.

<sup>27</sup> ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ, "La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Diciembre de 2017: (caso Uber) y su influencia em la iniciativa legislativa portuguesa", *Estudos de Direito do Consumidor* nº 14, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2018, p. 89.

de intermediação no cenário da economia de compartilhamento. A questão que se colocou de frente, entretanto, não foi com relação à caracterização da intermediação ou da atividade principal e subjacente propriamente ditas, mas sim no que toca à possibilidade de sua inserção ao rol de atividades protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, a teor dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, enquanto consumidor é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, o fornecedor é aquele que desempenha *atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*, a partir do que se questiona a asserção dos negócios de economia compartilhada à relação lecionada pelo *códex consumerista*.

Por outra banda — e a fim de traçar similar paralelo ao estabelecido pela decisão C434/15 —, cabe analisar que a responsabilidade do provedor de internet, ao se considerar o Marco Civil da Internet, leciona sua isenção por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, até a existência de notificação judicial<sup>28</sup>. Todavia, ainda que a legislação assim disponha, cabe mencionar que, diversamente, em decisão judicial prolatada no ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu importantes balizas sobre o tema, decidindo que (i) sem desconhecer que a responsabilidade dos

.....

<sup>28</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. Disponível em: BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm). Acesso em 02 nov. 2021.

provedores da internet ocorreria apenas após a notificação judicial, caso houvesse controle editorial do material disponibilizado pela rede, a responsabilização ocorreria independentemente de qualquer notificação judicial; e, depois (ii) que não se poderia impor ao provedor o monitoramento do conteúdo, especialmente com o fito de impedir ou censurar a divulgação de suas manifestações<sup>29</sup>.

Todavia, afora isso, a questão que se coloca, no panorama brasileiro – e diferentemente do visto no europeu – não consiste precisamente na caracterização da atividade da plataforma digital como de mera intermediação ou como atuante do serviço principal a ser contratado, mas sim, se a mera intermediação já encontraria respaldo ao Código de Defesa do Consumidor. A resposta, adianta-se, ainda que guarde espaço para debates e mereça análise casuística, indica ser afirmativa.

A exemplo disso, em outrora, Adalberto Pasqualotto já lecionava que, na seara de aplicação do código consumerista, a primeira questão a esclarecer seria o conceito básico de consumidor e suas equiparações, *com a finalidade de favorecer aqueles que não são destinatários finais de produtos ou serviços, mas também se mostram vulneráveis nas situações e relações jurídicas de mercado*<sup>30</sup>. Estas considerações são igualmente válidas na busca de definição quanto ao fornecedor, na medida em que também implicarão na defesa dos que se mostram vulneráveis.

E, sobre o assunto, Cláudia Lima Marques explica que as plataformas digitais conduzem a uma nova figura de fornecedor, o alcunhado fornecedor *gatekeeper*. Vejamos:

.....  
<sup>29</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1568935/RJ*, Terceira Turma, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Publicado no DJe em 13/04/2016.

<sup>30</sup> ADALBERTO PASQUALOTTO, "O destinatário final e o "consumidor intermediário", Revista de direito do Consumidor nº 74, São Paulo, 2010, p. 2.



O guardião do acesso realmente é aquele que abre a porta do negócio do consumo, que muitas vezes ele não realiza, mas intermedeia e, por vezes, coordena mesmo o pagamento [...]. O outro, pode ser um profissional (como os motoristas) ou um leigo (que aluga sua própria casa), mas ambos prestam um serviço remunerado, e a presença desse fornecedor principal, o organizador do compartilhamento, o guardião do acesso (ao compartilhamento) acaba por contaminar a relação de consumo<sup>31</sup>.

A partir de tal reflexão, a autora reafirma que, mesmo no caso da intermediação, há efetiva prestação de serviços. Tal questão, no ordenamento jurídico brasileiro, se coadunaria com o texto do supramencionado artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, que leciona a figura do consumidor como a pessoa prestadora de uma atividade, inclusive de serviços. Ao cabo, Claudia Lima Marques sugere que, para indicar claramente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às plataformas digitais, haja a inserção de parágrafos no artigo 45-C, indicando-se que o fornecedor de compras, como intermediador legal, responderia pela oferta do produto e veracidade de informações, bem como pelos danos decorrentes causados ao consumidor e, que, ainda, sempre que houver a prestação de produtos ou serviços de economia compartilhada no território brasileiro, seja aplicada a disposição anterior<sup>32</sup>.

De modo um pouco diferente, Bruno Miragem, quando aborda o assunto, destaca o fenômeno da conexidade contratual, a partir do qual, com fomento da criatividade e

.....  
<sup>31</sup> CLÁUDIA LIMA MARQUES, *ob. cit.*, p. 371.

<sup>32</sup> CLÁUDIA LIMA MARQUES, *ob. cit.*, pp. 388-389.

o surgimento de novas plataformas digitais, é possível que se verifique a disponibilização de produtos e serviços entre pessoas que, muitas vezes, não exercem o serviço sob ótica empresarial ou profissional<sup>33</sup>. A estas situações, o autor sinaliza que, a rigor, não há a configuração de relação de consumo.

O autor distingue, entretanto, a posição assumida pelas plataformas digitais, que não emergem apenas como facilitadores do serviço, mas que, muitas vezes, também o viabilizam, criando sua estrutura. Também o referindo como guardião do acesso e destacando sua posição como provedores de internet, Bruno Miragem indica que a confiança em tal intermédio seria o que, notadamente, viabilizaria que as partes realizassem o negócio em modalidade digital<sup>34</sup>. A partir disso, o autor conclui pela presença de responsabilidade de tais provedores, no entanto, não necessariamente sobre a prestação principal a ser cumprida, mas sim, em diversos casos, pela segurança e confiança do negócio, unicamente<sup>35</sup>. Vejamos:

O critério para a exata distinção destas situações reside no próprio conteúdo do serviço oferecido pelo site ou aplicativo de internet, ao qual, como regra, uma vez viabilizando a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atrai a incidência do Código do Defesa do Consumidor e caracteriza aquele que o explora como fornecedor de serviços (artigo 3.). Contudo, para caracterizar-se o vício ou defeito do serviço, como é próprio ao sistema de responsabilidade do fornecedor, deverá ser determinado de antemão, quais os fins (artigo 20) ou a segurança (artigo 14) que legitimamente

<sup>33</sup> BRUNO MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor*, 6ª ed. rev. Atual e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 562.

<sup>34</sup> BRUNO MIRAGEM, *ob. cit.*, p. 562.

<sup>35</sup> BRUNO MIRAGEM, *ob. cit.*, p. 563.

seriam esperados pelos consumidores em relação ao serviço oferecido por aquele que explora o site ou aplicativo que promove a intermediação entre as partes.

Tratando-se de serviços de intermediação, portanto, não bastará apenas a qualificação daquele que a promove com fins econômicos como fornecedor. A exata medida da responsabilidade daquele que explora o site ou aplicativo que viabiliza o consumo colaborativo mediante compartilhamento de bens e serviços, deriva da confiança despertada e daí a necessidade da precisa definição de vício ou defeito da prestação, o que dependerá do exame caso a caso, do modelo de negócio organizado a partir do site ou aplicativo<sup>36</sup>.

Conforme se verifica, o autor utiliza da diferenciação entre vício e defeito do produto, nos termos dos arts. 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, que lecionam a possibilidade de responsabilidade dos fornecedores pela segurança do produto – e pelas informações equivocadamente ou insuficientemente prestadas; bem como a possibilidade de sua responsabilização por problemas de qualidade, que impliquem na sua utilização, assim a tornando imprópria, respectivamente.

Vale mencionar, quanto a este último, o vício de qualidade, manifesta-se como aquele que torna o produto inadequado para seu consumo, o que está intrinsecamente ligado ao resultado da obrigação principal<sup>37</sup>, e não apenas à segurança com a qual foi executada. Por isso, então, a importância de diferenciação de regimes sinalizada por Bruno Miragem, a fim de que se avalie, conforme o negócio, se haveria

<sup>36</sup> BRUNO MIRAGEM, *ob. cit.*, p. 564.

<sup>37</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES *et alii*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 614.

dever de responsabilização da plataforma pelo resultado do serviço enquanto avaliada sua qualidade, ou se meramente pela segurança e veracidade das informações.

Afora isso, não se descure que o entendimento dos tribunais brasileiros, ao menos no que diz respeito às agências de viagens em relação aos hotéis, leciona a responsabilidade solidária dos fornecedores. No entanto, cabe também analisar que, em tais situações, para além de a atividade final consistir no agenciamento de hospedagens, passeios e passagens aéreas, há notória vinculação da empresa ao resultado final, isto é, à viagem que foi comercializada – e não apenas sua segurança, como também sua qualidade. Tal situação, conforme já mencionado, é variável conforme o modelo de negócio assumido pela plataforma, sendo certo que, o marketplace do facebook – por exemplo – não apresenta equivalente vinculação aos anúncios de venda ou mesmo hospedagens veiculados por seus usuários.

Por outro lado, a utilização de balizadores do nível de ingerência e regulação da plataforma digital sobre o serviço final prestado já tem sido verificada em decisões judiciais. A exemplo disso, colaciona-se ementa de caso examinado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se debatia a responsabilidade da Uber em decorrência de roubo perpetrado pelo motorista contra o passageiro, usuário da Uber. A fundamentação pautou-se na existência de vinculação direta do passageiro com a plataforma digital, que prestaria ao menos parte do serviço digital. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ROUBO PERPETRADO POR MOTORISTA DE APLICATIVO. UBER. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANOS MATERIAIS COMPROVA-

DOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM. 1. Legitimidade passiva da empresa detentora do aplicativo UBER, integrante da cadeia de consumo da prestação de serviço de transporte privado individual de passageiros, na forma do art. 4º da Lei 12.587/12, com as alterações da Lei n. 13.640/2018. O serviço de transporte nesta modalidade somente é prestado por meio da utilização dos aplicativos ou plataformas de comunicação em rede. 2. A empresa demandada, apesar de não realizar de modo direto o serviço de transporte, explora a atividade econômica, de risco, sendo remunerada não apenas quanto ao uso de aplicativo e da tecnologia desenvolvida, mas também por participação em todos os transportes realizados. Incidência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Aplicável à relação jurídica mantida entre a empresa de tecnologia e o passageiro o regramento contido no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se subsume o passageiro ao destinatário final do serviço, e se vincula unicamente à empresa ré para usufruir do serviço de transporte privado individual. 3. O roubo de autoria do motorista do aplicativo, com ameaça mediante uso de arma de fogo, restou incontroverso. Não comprovada culpa exclusiva de terceiro ou fortuito externo, uma vez que o ato criminoso foi perpetrado pelo próprio motorista cadastrado na plataforma pela empresa ré, que ademais impõe rígido código de conduta aos motoristas, não se verificando causa de exclusão da responsabilidade da empresa demandada pelos danos suportados pela autora. 4. Danos materiais. A parte autora logrou comprovar o prejuízo material suportado, por meio de notas fiscais de aquisição de parte dos bens subtraídos e consoante confissão pelo suspeito à auto-

ridade policial. 5. Danos morais. O abalo moral no caso é inconteste, em virtude da ofensa à integridade psíquica da demandante oriunda do roubo de que foi vítima durante viagem contratada por meio do aplicativo da empresa ré, tendo vivenciado momentos de extremo medo e tensão, sob a ameaça de arma de fogo, atingindo o fato a esfera dos direitos da personalidade. O valor da indenização por danos morais há de ser arbitrado à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando a gravidade do ato ilícito e o prejuízo experimentado pela vítima, não devendo, entretanto, a verba servir como enriquecimento ilícito. Quantum fixado na sentença que merece majoração para R\$ 20.000,00, consideradas as peculiaridades do caso. 6. Sucumbência readequada. Honorários recursais devidos pela parte ré. APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA E APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA EM PARTE<sup>38</sup>.

Por outra via, também se localizam posicionamentos jurisprudenciais reconhecendo que, diante de situação quanto ao fato do produto ou serviço, não seria possível responsabilizar as plataformas digitais. Vejamos:

DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ECONOMIA COMPARTILHADA OU COLABORATIVA. PLATAFORMA DE HOSPEDAGEM. AIRBNB. DEFEITOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1 - [...] 4 - Responsabilidade civil. Economia compartilhada. Economia compartilhada ou colaborativa. Airbnb. A atividade desenvolvida pela ré insere-se no contexto da denominada "economia compartilhada", assim definida: "O foco central da economia co-

<sup>38</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, Nº 50394769720208210001, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em: 12-08-2021.

laborativa é o compartilhamento pessoa-para-pessoa, ou seja, ainda que empresas estejam envolvidas na interface entre as pessoas, a disponibilização efetiva do produto ou serviço ocorre entre pessoas, sem que alguma empresa tenha intervenção direta na relação[...] Neste serviço a ré não se propõe a explorar a hospedagem, mediante permanente inspeção no local de modo a assegurar condições de habitabilidade, segurança e higiene, por exemplo. A sua função econômica e dever jurídico é apenas de conectar pessoas mediante a utilização da tecnologia. Os defeitos apontados pela autora, como fiação desencapada, pichações e prática de prostituição nas imediações da propriedade não constituem fato do serviço disponibilizado pela ré, que se limita a intermediar os integrantes da economia compartilhada. De igual forma, as questões relacionadas com o código de acesso ao imóvel. Assim, não se vislumbra responsabilidade direta da ré pelo danos informados pela autora. 5 - Responsabilidade solidária. Responsabilidade solidária. A responsabilidade solidária entre os integrantes de uma cadeia de consumo depende da demonstração de causalidade entre o dano e o serviço. Como decidiu o STJ: “aplicando-se a teoria da causalidade adequada e do dano direto imediato, somente há responsabilidade civil por fato do produto ou serviço quando houver defeito e se isso for a causa dos danos sofridos pelo consumidor [...] No caso em exame, de igual forma, não há cadeia de serviço. Há uma relação entre o consumidor e a plataforma e outra relação distinta, de natureza civil, entre o hóspede e o anfitrião. Assim, não há que se falar em solidariedade entre a ré e o anfitrião razão pela qual é improcedente o pedido da autora. Sentença que se reforma para

afastar a condenação da ré. 7 - Recurso conhecido e provido. Sem custas e sem honorários advocatícios, ante o que dispõe o art. 55 da Lei n. 9.099/1995. (Acórdão 1299815, 07041064620208070016, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, Primeira Turma Recursal do TJDF, data de julgamento: 6/11/2020, publicado no DJE: 21/1/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

RECURSO INOMINADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. ECONOMIA COLABORATIVA OU COMPARTILHADA. APLICATIVO DE TRANSPORTE E PAGAMENTO DE COMIDA. IFOOD. COMIDA COM CORPO ESTRANHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] Nas relações de consumo, a solidariedade entre os integrantes da cadeia de serviços, que decorre de interpretação dos art. 7º. e 22 do CDC, comporta flexibilidade hermenêutica neste campo. Conforme já decidiu o STJ: “as ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma” (CC 164544 / MG 2019/0079952-0 Relator(a) Ministro MOURA RIBEIRO (1156) DJe 04/09/2019). No TJDF se decidiu no mesmo sentido (07183976120188070003 - (0718397-61.2018.8.07.0003 - Res. 65 CNJ), 7ª Turma Cível Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, DJE: 17/03/2020). Nesta Turma se entendeu que: “economia compartilhada em que os consumidores dividem o uso ou a aquisição de serviços e produtos, em uma espécie de consumo



colaborativo, alinhado a um propósito de sustentabilidade e baixo custo, de sorte que esse novo modelo econômico, mundialmente utilizado e em expansão, deve resultar na mitigação da responsabilidade civil dos seus protagonistas às situações em que o dano decorra diretamente do negócio principal ofertado pela empresa." [...] No caso em exame não paira dúvida sobre defeito nos serviços explorados pela ré, que se resume ao transporte e pagamento, mas na linha de produção das refeições. Ademais, o fornecedor de refeições já se encontra no processo, de modo que não se justifica a inclusão da recorrente para repartir o ônus da indenização por defeito de um bem de cuja produção não participou nem de modo indireto. [...] (Acórdão 1325160, 07028558720208070017, Relator: EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS, , Relator Designado:AISTON HENRIQUE DE SOUSA Primeira Turma Recursal do TJDF, data de julgamento: 5/3/2021, publicado no DJE: 13/4/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

De tal sorte, verifica-se que, muito por não haver legislação específica a pautar o assunto, abrem-se lacunas para que sejam inventariadas soluções, quer sejam em âmbito doutrinário, quer sejam em âmbito judicial. Atualmente, no panorama brasileiro, não há uniformidade nos posicionamentos jurisprudenciais, o que, novamente, ratifica a necessidade de estudo e debate do tema, a fim de que, inclusive, se confira maior segurança jurídica às soluções judiciais.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, concorda-se com a necessidade de análise de caso concreto, muito à luz da decisão C-434/15, examinada pela Corte Europeia. Isso porque, não há como negar, os negócios firmados a partir da economia de compartilhamento, apesar de guardarem características em comum pela figura de um prestador de serviços e um intermediário, são disformes entre si. Nesse sentido, retoma-se o referido na primeira parte do trabalho, especialmente no que concerne à roupagem assumida pelas plataformas. Veja-se: as características assumidas pela plataforma marketplace do Facebook, no que toca à ideia de confiança e publicidade do negócio são distintas das características assumidas pela plataforma do Airbnb, no qual há clara indicação de segurança e veracidade das hospedagens aos consumidores.

No primeiro caso, a própria plataforma indica que realiza mera intermediação de conexões, a partir de conglomerado de usuários já formado pela rede social. Não há qualquer indicação de segurança ou veracidade do produto e, pode-se dizer, a atividade final desempenhada empresarialmente pelo Facebook não consiste na comercialização de produtos, mas sim na própria plataforma de rede social. No segundo caso, por outra banda, a plataforma Airbnb, conforme já referido, enuncia em voz própria a segurança e até mesmo a implementação de protocolos de higiene das hospedagens disponibilizadas. Pode-se dizer, o serviço de disponibilização de hospedagens, ainda que por meio de intermediação entre anfitriões e viajantes, consiste na atividade empresarial a que se destina a Airbnb. Neste específico caso – assim como em tantos outros de configuração semelhante – indica-se que o modelo negocial assumido pelos avanços da sociedade

não pode servir como forma de eximir a empresa da sujeição ao regime jurídico ao qual tradicionalmente estaria sujeita.

Por tal razão, concorda-se também com a fundamentação utilizada pela Corte Europeia, no sentido de que a sujeição ao regime jurídico – e, aqui, sob a ótica consumerista – dependerá do nível de ingerência e regulação da plataforma sobre os usuários. É dizer, no presente trabalho, concorda-se que a noção de confiança transmitida ao consumidor é o gerador da responsabilidade. Tal noção de confiança, entretanto, afirma-se ser derivada não apenas da publicidade e do marketing desempenhados pela plataforma digital, mas sim, essencialmente, a partir do nível de regulação e ingerência sobre a prestação final – que, muitas vezes, assegura a prestação final ao consumidor, mas, outras vezes, não assegura de tal forma ao consumidor – o que provocará a limitação de sua responsabilidade.

Sobre isso, esclarece-se e concorda-se também com Cláudia Lima Marques, quando refere que mesmo a mera intermediação configura prestação de serviços, a clamar pela incidência do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, entende-se que deve haver diferenciação quanto ao tipo e limitação da responsabilidade a ser assumida, tal como defendido por Bruno Miragem, em alusão vício e defeito do produto.

Ao cabo, indica-se a possibilidade de adoção de sistema dúplice casuístico à verificação da responsabilidade da plataforma digital: mediante verificação da segurança e da confiança transmitidas ao consumidor, estas decorrentes do (i) marketing e publicidade desenvolvidos e (ii) do nível de regulação e ingerência sobre os prestadores e o serviço final. Tal sistema utiliza as posições de Bruno Miragem, Cláudia Lima Marques e o modelo europeu, a partir da decisão do processo C-434/15.

## REFERÊNCIAS

- AIRBNB, *Como funciona o Airbnb*, disponível em [https://www.airbnb.com.br/d/howairbnbworks?\\_set\\_beve\\_on\\_new\\_domain=1642382390\\_OTU3NDhhMzk1MTQ0](https://www.airbnb.com.br/d/howairbnbworks?_set_beve_on_new_domain=1642382390_OTU3NDhhMzk1MTQ0) (29.01.2022).
- AIRBNB, *Confiança e Segurança*, disponível em <https://www.airbnb.com.br/trust> (29.01.2022).
- BRASIL, *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*, Brasília, DF: Senado Federal, 2014, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em 02 nov. 2021.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *Apelação Cível, Nº 50394769720208210001*, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em: 12-08-2021.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 1568935/RJ*, Terceira Turma, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Publicado no DJe em 13/04/2016.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidade Líquida*, Zahar, Rio de Janeiro, 2011.
- CASTELLS, MANUEL, "A era da informação: economia, sociedade e cultura", in *A sociedade em rede*, v. 1, MANUEL CASTELLS, Paz e Terra, São Paulo, 2000.
- DAHINTEN, BERNARDO FRANKE, DAHINTEN, AUGUSTO FRANKE, "Novas tecnologias, regulação e proteção dos consumidores: reflexões sobre o caso da Uber no Brasil e em Portugal", *Estudos de Direito do Consumidor nº 17*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2021.
- FAST COMPANY. *Defining the sharing economy: what is collaborative consumption – and what isn't? Are Airbnb, Zipcar, Etsy, and Uber really all doing the same thing? Or do we need better definitions of this new economic force?* Disponível em <https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt> (29.01.2022).
- FINCATO, DENISE PIRES, TELLES, CARPES ATALIBA, *A 5ª Revolução (Industrial) e a volta à humanidade como elemento de disrupção*, p. 9, Porto Alegre, 2020, disponível em <https://www.researchgate.net/publica->

tion/338833800\_A\_5\_REVOLUCAO\_INDUSTRIAL\_E\_A\_VOLTA\_A\_HUMANIDADE\_COMO\_ELEMENTO\_DE\_DISRUPCAO (29.01.2022).

- G1. *Mais de 800 milhões de pessoas no mundo não têm acesso a energia elétrica, diz Banco Mundial*, disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/22/mais-de-800-milhoes-de-pessoas-no-mundo-nao-tem-acesso-a-energia-eletrica-diz-banco-mundial.ghtml> (29.01.2022).
- GRAU, EROS, *Um novo paradigma dos contratos?*, Revista da Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.
- MARQUES, CLÁUDIA LIMA, *Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021.
- MARQUES, CLÁUDIA LIMA, *et alii*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- MIRAGEM, BRUNO, *Curso de Direito do Consumidor*, 6ª ed. rev. Atual e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ONU NEWS. *Abismo digital de gênero*, disponível em <https://news.un.org/pt/tags/abismo-digital-de-genero> (29.01.2022).
- PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, *Directiva 98/34/CE de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0034> (29.01.2022).
- PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, *Directiva 2000/31 de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno*, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031> (29.01.2022).
- PASQUALOTTO, ADALBERTO, *O destinatário final e o "consumidor intermediário*, Revista de direito do Consumidor nº 74, São Paulo, 2010.
- PASSINHAS, SANDRA, "Collaborative economy in Portugal: The case for passenger transport and short-term accommodation", in *Economía colaborativa y Derecho: Aspectos civiles, mercantiles y laborales*, XOSÉ

MANUEL CARRIL VÁZQUES, RAFAEL GARCÍA PÉREZ, MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ, Aranzadi, Navarra, 2019.

PASSINHAS, SANDRA, *Economia colaborativa e plataformas digitais*, Coimbra, 19 nov. 2021.

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 em la iniciativa legislativa portuguesa", Estudos de Direito do Consumidor nº 14, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2018.

SCHMIDT NETO, ANDRÉ PERIN, *Contratos na sociedade de consumo: vontade e confiança*, 2. ed. rev. e atual., Thomson Reuters, São Paulo, 2019.

SCHWAB, KLAUS, *A quarta revolução industrial*, Edipro, São Paulo, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Processo nº C-434-15, julgado em 20 dezembro. 2017.

VIEIRA, MIGUEL MARQUES, *A boa-fé objetiva na formação dos contratos eletrônicos*. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações RDIT. 2ed. São Paulo S.P: Associação Brasileira de Direito da Informática - ABDI, 2007, v. 3, p. 120-150.

UBER, *Quem somos*, disponível em: [https://www.uber.com/br/pt-br/about/?utm\\_campaign=CM2057687-search-google-brand\\_25\\_-99\\_BR-National\\_driver\\_web\\_acq\\_cpc\\_pt-BR\\_Generic\\_Exact\\_uber\\_kw-d-169801042\\_533468447253\\_123542758774\\_e\\_c&utm\\_source=AdWords\\_Brand](https://www.uber.com/br/pt-br/about/?utm_campaign=CM2057687-search-google-brand_25_-99_BR-National_driver_web_acq_cpc_pt-BR_Generic_Exact_uber_kw-d-169801042_533468447253_123542758774_e_c&utm_source=AdWords_Brand) (29.01.2022).

UBER, *Segurança*, disponível em: <https://www.uber.com/br/pt-br/safety/> (29.01.2022).

UBER INVESTOR, *A letter from Dara Khosrowshahi, Chief Executive Officer*, disponível em: [https://investor.uber.com/a-letter-from-our-ceo/?uclid\\_id=95e7cbe8-1275-4424-8614-e22b9bb26d8c](https://investor.uber.com/a-letter-from-our-ceo/?uclid_id=95e7cbe8-1275-4424-8614-e22b9bb26d8c) (29.01.2022).



# CONSUMIDORES (SUPER) E (SOBRE) ENDIVIDADOS: SUA PROTEÇÃO NA ÓTICA BRASIL x PORTUGAL

*Andréia Fernandes de Almeida Rangel<sup>1</sup>*

## **SUMÁRIO**

Introdução. 1. O superendividamento sociedade de consumo luso-brasileira pós-pandemia. 2. Compreendendo o (super) (sobre) endividamento. 3. A proteção do consumidor superendividado no Brasil. 3.1. A Lei 14.181/2021. 4. O sobreendividamento em Portugal. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A sociedade contemporânea e sua filosofia de vida: o apelo ao consumo e a facilidade de crédito incessante; os prazeres da vida dispostos nas vitrines física e virtual; o com-  
.....

<sup>1</sup> ANDRÉIA FERNANDES DE ALMEIDA RANGEL. Pós-doutoranda no PPGD/UFRGS. Doutora e Mestre em Direito pela UFF. Pós-graduada em Direito Privado pela UFF. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Líder do Grupo de Pesquisa A simbiose entre o público e o privado: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas (FND/UFRJ). Avaliadora de Curso Superior (INEP - MEC). Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Associada do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON. E-mail: andreiafalmeida@yahoo.com.br.



pre agora, seja feliz e pague depois; a manutenção do mundo dos bens<sup>2</sup> desnudam o lado obscuro da busca desenfreada pela aquisição de bens.

A situação consumerista e desenfreado acesso ao crédito, possui tons cinzentos no cenário atual, o qual está dotado de dramaticidade sanitária e econômica, a pandemia de COVID-19 suscitou inúmeras questões para além do contágio, das mortes e da vacina, a economia mundial teve um impacto sem precedentes decorrente de fechamento de fronteiras, do isolamento, da ausência de mão de obra e de circulação de riquezas. No período pandêmico e pós-pandêmico tem sido possível vislumbrar um total descompasso econômico à nível mundial, vivencia-se um momento de circunstâncias não previsíveis, um momento de grave patologia com inúmeras famílias brasileiras e portuguesas endividadadas. Neste cenário, imperioso se faz analisar o aumento do endividamento dos particulares, com o aumento do inadimplemento/incumprimento, desencadeando assim a impossibilidade de pagamento do conjunto das dívidas, atual ou futura, sem comprometer o mínimo existencial, emergindo o (super) (sobre) endividamento.

Assim, o presente estudo tem como tema central a análise da proteção do consumidor (super) e (sobre) endividado em uma ótima Brasil x Portugal, sendo apresentados os instrumentos legais para proteção deste consumidor em uma situação de “vulnerabilidade agravada”<sup>3</sup>. Será apresentado o Brasil com a recente Lei do Superendividamento (Lei 14.181/2021) e Portugal com sua vasta legislação esparsa.

.....  
<sup>2</sup> MARY DOUGLAS, “O mundo dos bens, vinte anos depois”, *Horizontes Antropológicos* 28 (2007); MARY DOUGLAS, BARON ISHERWOOD, *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*, Editora UFRJ, Rio de Janeiro, 2009.

<sup>3</sup> SANDRA PASSINHAS, “O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português”, *Estudos de Direito do Consumo* (2019).

## 1. O SUPERENDIVIDAMENTO SOCIEDADE DE CONSUMO LUSO-BRASILEIRA PÓS-PANDEMIA

O consumo é a peça central na sociedade, o ato de consumir passou a integrar a busca pela satisfação e felicidade na sociedade de consumidores<sup>4</sup>, o consumo realiza os desejos das pessoas de inclusão, é uma forma de se satisfazer, de alcançar pequenos prazeres<sup>5</sup>. Lipovetsky, que escolheu como foco do seu objeto de estudo, a publicidade, a moda, o luxo e o consumo, compara o prazer imediato proporcionado pela compra do produto ou serviço, ao encanto perpétuo das felicidades privadas<sup>6</sup>.

Assim, para a satisfação pessoal consumerista, há proporcionalmente um aumento exponencial nos chamados contratos de consumo, ou seja, aquelas relações contratuais ligando consumidor a um fornecedor de produto ou serviço<sup>7</sup>, paralelamente há a chamada “democratização do crédito”<sup>8</sup>, um crescimento rápido na expansão do crédito. O aumento na aquisição de bens e serviços e o acesso fácil às redes de crédito, em um cenário de incertezas e instabilidade (circunstâncias não previsíveis<sup>9</sup>), acrescidos de uma utilização

.....  
<sup>4</sup> “Os encontros dos potenciais consumidores com os objetos de consumo tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas conhecida, de maneira abreviada, como ‘sociedade de consumidores’”. (ZYGUNT BAUMAN, *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, p. 18-19.)

<sup>5</sup> VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA, “A figura do mediador de crédito”, *Estudos de Direito do Consumo* (2021).

<sup>6</sup> GILLES LIPOVETSKY, *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*, Tradução de: Patrícia Xavier, Edições 70, Lisboa, 2010, p. 87.

<sup>7</sup> CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 289.

<sup>8</sup> CLARISSA COSTA DE LIMA, “Superendividamento no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor* 102 (2015).

<sup>9</sup> MARIA MANUEL MARQUES *et al*, *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 2.

sem uma consciência econômica, decorrente de uma sólida educação financeira<sup>10</sup>, podem acarretar inadimplemento nas parcelas de crédito, comprometimento da renda mensal e/ou exposição simultânea às diversas modalidades de crédito, como o cheque especial, crédito pessoal sem consignação e crédito rotativo<sup>11</sup>.

O acesso ao crédito não deve ser visto apenas como "diabolização" (crédito é usura), o crédito ao consumo<sup>12</sup> não deve ser visto como algo apenas para a aquisição de bens supérfluos, é através do acesso ao crédito que o consumidor estará inserido na sociedade de consumo<sup>13</sup>, assim, para con-

<sup>10</sup> A educação financeira também funciona como importante ferramenta para o combate ao consumismo e ao desperdício de recursos (SÔNIA MARIA DESTEFANI, "Educação financeira na infância", *Revista Eventos Pedagógicos* 3 (2016).) A organização financeira facilita o controle, quando realizado de forma assertiva, o que favorece a segurança, a tranquilidade e a independência, e se torna realidade muito próxima a ser vivenciada nos contextos das famílias em cenários de crises econômicas. Ainda sobre o tema: CÁSSIA D'AQUINO; MARIA TEREZA MALDONADO, *Educar para consumo: como lidar com os desejos de crianças e adolescentes*, Papirus 7 Mares, São Paulo, 2012.

<sup>11</sup> As consequências aqui elencadas correspondem aos indicadores de endividamento de risco no Brasil, estudo sobre educação, proteção e inclusão do Banco Central do Brasil. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Série cidadania financeira: estudos sobre educação, proteção e inclusão*, disponível em [https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos\\_cidadania/serie\\_cidadania/serie\\_cidadania\\_financeira\\_6\\_endividamento\\_risco.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/serie_cidadania/serie_cidadania_financeira_6_endividamento_risco.pdf) (10.02.2021).

<sup>12</sup> "O crédito ao consumo é um estímulo ao consumo, é um elemento de dinamização da produção capitalista. Pressupõe um movimento perpétuo, jogando para o futuro uma perspectiva de incessante crescimento e desenvolvimento." (JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, "Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral", *Revista de Direito do Consumidor* 17 (1996), p. 57.

<sup>13</sup> Sobre o tema vale a leitura crítica da obra: ZYGMUNT BAUMAN, *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008. Na mencionada obra, na página 28, o autor traz: "(...) sociedade de consumidores (sendo os lucros oriundos sobretudo da exploração dos desejos de consumo), a filosofia empresarial dominante insiste em que a finalidade do negócio é evitar que as necessidades sejam satisfeitas e evocar, induzir, conjurar e ampliar novas necessidades que aclamam por satisfação e novos clientes em potencial, induzidos à ação por essas necessidades: em

sumir produtos e serviços, seja ele essencial ou não, os consumidores estão de maneira constante endividando-se<sup>14</sup>.

Cabe destacar que, em quase todo o mundo houve um rápido crescimento na expansão do crédito<sup>15</sup>, mas não se pode deixar de mencionar que os fatores de endividamento no Brasil e em Portugal possuem contornos próprios, a penetração do crédito aos consumidores não se fez ao mesmo tempo, nem nas mesmas condições. Um marco temporal no Brasil foram as políticas públicas introduzidas no primeiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no ano de 2003<sup>16</sup>,

*suma, há uma filosofia de afirmar que a função da oferta é criar demanda. Essa creança se aplica a todos os produtos – sejam eles fábricas ou sociedades financeiras. No que diz respeito à filosofia dos negócios, os empréstimos não são exceção: a oferta de empréstimos deve criar e ampliar a necessidade de empréstimos."*

<sup>14</sup> ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA LIMA, SOPHIA MARTINI VIAL, *Comentários à lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*, RT, São Paulo, 2021, p. 28.

<sup>15</sup> "A introdução dos cartões de crédito foi um sinal do que viria a seguir. Foram lançados 'no mercado' cerca de 30 anos atrás com o slogan exaustivo e extremamente sedutor de 'Não adie a realização do seu desejo'. Você deseja alguma coisa, mas não ganha o suficiente para adquiri-la? Nos velhos tempos, felizmente passados e esquecidos, era preciso adiar a satisfação (e esse adiamento, segundo um dos pais da sociologia moderna, Max Weber, foi o princípio que tornou possível o advento do capitalismo moderno): apertar o cinto, privar-se de certas alegrias, gastar com prudência e frugalidade, colocar o dinheiro economizado na caderneta de poupança e ter esperança, com cuidado e paciência, de conseguir juntar o suficiente para transformar os sonhos em realidade. Graças a Deus e à benevolência dos bancos, isso já acabou! Com um cartão de crédito, é possível inverter a ordem dos fatores: desfrute agora e pague depois! Com o cartão de crédito você está livre para administrar sua satisfação, para obter as coisas quando desejar, não ganhar o suficiente para obtê-las. Esta era a promessa, só que ela incluía uma cláusula difícil de decifrar, mas fácil de adivinhar, depois de um momento de reflexão: dizia que todo 'depois', cedo ou tarde, se transformará em 'agora'- os empréstimos terão que ser pagos; e o pagamento dos empréstimos, contraídos para afastar a espera do desejo e atender prontamente as velhas aspirações, tornará ainda mais difícil satisfazer novos anseios." (ZYGUMUNT BAUMAN, *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, p. 28-29.)

<sup>16</sup> Lei n. 10.735, de 11 de setembro de 2003, que estimula a bancarização para a população de baixa renda e a obrigatoriedade de direcionamento

onde houve uma ruptura com o modelo político vigente no país dos últimos vinte anos e emergiu "a bancarização das camadas mais baixas da população (base da pirâmide social) e a concessão de crédito indistintamente para consumo ou produção, pelo sistema financeiro nacional"<sup>17</sup>. Em Portugal, Maria Manuel Leitão Marques traz como marco temporal a década de noventa, com a liberalização e desregulamentação do sistema financeiro português, e em particular do setor bancário, imposta pela criação do Mercado Único de Prestação de Serviços Financeiros como as condições favoráveis ao forte crescimento do crédito ao consumo<sup>18</sup>.

O crédito à particulares é a principal fonte do endividamento das famílias, isto em um cenário econômico favorável, com crescimento, estabilidade de emprego e sem atingir as camadas sociais que estão no limiar da pobreza<sup>19</sup>, ou seja, o endividamento em cenário econômico e social saudável não deve ser visto como um problema em si mesmo, contudo, o endividamento em um cenário de incerteza, com situações que possam afetar gravemente a capacidade de reembolso do devedor, que possa colocá-lo em situação de impossibilidade de cumprimento dos seus compromissos financeiros, surgindo assim o (super) e (sobre) endividamento do consumidor, deve ser visto como um grave problema social (e não

.....  
de 2% dos depósitos à vista, recolhidos compulsoriamente ao Banco Central, ao microcrédito, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.735.htm).

Lei n. 11.110, de 25 de abril de 2005, que permite às instituições de microcrédito usar as linhas de crédito do Funproger para microcrédito produtivo orientado, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111110.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111110.htm).

<sup>17</sup> FRANCISCO MARCELO BARONE, EMIR SADER, "Acesso ao crédito no Brasil: evolução e perspectivas", *Revista de Administração Pública* 6 (2008), disponível em <https://www.scielo.br/j/rap/a/TwryKYFwx8r4zRQyKX5Q8MH/?lang=pt> (15.01.2022).

<sup>18</sup> *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 4.

<sup>19</sup> MARIA MANUEL MARQUES ET AL, *ob. cit.*, p. 2.

apenas pessoal<sup>20</sup>), que afeta além daquele consumidor em situação de dívida, mas também sua família e a sociedade como um todo<sup>21</sup>.

Assim, a questão do endividamento das famílias assumiu novos contornos na conjuntura atual, uma vez que vivencia-se fatores para o seu agravamento<sup>22</sup>; o Brasil vive uma crise sanitária e financeira sem precedentes, desde o dia 04 de março de 2020, onde foi decretado no país o estado de emergência, conforme previsto na Portaria n.º 188, de 03 de fevereiro de 2020; no dia 26 de março de 2021 o país contabilizou 12.407.323 casos e 307.326 óbitos por Covid-19 desde o início da pandemia<sup>23</sup>; 16,3 milhões de pessoas ocupadas tiveram rendimento efetivamente recebido do trabalho menor que o normalmente recebido novembro 2020<sup>24</sup>; e 15,3 milhões de pessoas não procuraram trabalho por conta da

<sup>20</sup> JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, "Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral", *Revista de Direito do Consumidor* 17 (1996).

<sup>21</sup> ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA LIMA, SOPHIA MARTINI VIAL, *Comentários à lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*, RT, São Paulo, 2021, p. 29.

<sup>22</sup> *Consumo e Pandemia: As mudanças de hábitos e padrões de comportamento provocados pelo coronavírus*. Esta reportagem da Revista Veja traz um estudo sobre o impacto da pandemia da COVID-19 sobre os consumidores brasileiros, seus hábitos de consumo e comportamentos, disponível em <https://veja.abril.com.br/insights-list/insight-3/> (20.03.2020); *Impacto da covid-19 nas vendas de produtos de giro rápido no brasil e ao redor do mundo*, disponível em <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Nielsen%20-%20Impactos%20da%20COVID-19%20nas%20vendas%20de%20produtos%20de%20consumo%20de%20giro%20rápido%20no%20Brasil%20e%20ao%20redor%20do%20mundo.pdf.pdf>. (20.03.2020).

<sup>23</sup> G1, *Brasil tem pior dia da pandemia com 3,6 mil mortes por Covid registradas em 24 horas; média volta a bater recorde*, disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/26/brasil-tem-pior-dia-da-pandemia-com-3600-mortes-por-covid-registradas-em-24-horas-media-volta-a-bater-recorde.ghtml>. (27.03.2021).

<sup>24</sup> Dados disponíveis no relatório: PNAD, COVID 19, disponível em <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/> (15.03.2020).

pandemia ou por falta de trabalho na localidade dados de setembro de 2020<sup>25</sup>.

No âmbito da versão da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em parceria com o Ministério da Saúde, para mensurar o impacto da pandemia do coronavírus no mercado de trabalho brasileiro e na renda total da população<sup>26</sup>, pesquisa denominada de PNAD COVID19, foi possível verificar que, no mês de maio de 2020, no Estado do Rio de Janeiro 40,0% das pessoas ocupadas tiveram rendimento menor do que o normalmente recebido e no Estado do Rio Grande do Sul 36,1% das pessoas ocupadas tiveram rendimento menor do que o normalmente recebido. A mesma pesquisa foi feita em novembro de 2020, tendo no Estado do Rio de Janeiro 23,2% das pessoas ocupadas tiveram rendimento menor do que o normalmente recebido e no Estado do Rio Grande do Sul 21,5% das pessoas ocupadas tiveram rendimento menor do que o normalmente recebido<sup>27</sup>.

Dados da Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC Nacional), da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), de dezembro de 2021, demonstram que o percentual de famílias brasileiras com dívidas continuou em alta, atingindo um novo re-

.....  
<sup>25</sup> PNAD, *ob. cit.*

<sup>26</sup> IBGE, *PNAD COVID 19: coleta vai até dezembro de 2020*, com resultados referentes a novembro de 2020, disponível em [https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_PNAD\\_COVID19/Notas\\_Tecnicas/Comunicado\\_Encerramento\\_PNAD\\_COVID\\_19.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_PNAD_COVID19/Notas_Tecnicas/Comunicado_Encerramento_PNAD_COVID_19.pdf) (15.03.2021).

<sup>27</sup> IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD COVID19*, disponível em [https://www.ibge.gov.br/estatisticas/investigacoes-experimentais/estatisticas-experimentais/27947-divulgacao-mensal-pnad-covid2?t=resultados&utm\\_source=covid19&utm\\_medium=hotsite&utm\\_campaign=covid\\_19](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/investigacoes-experimentais/estatisticas-experimentais/27947-divulgacao-mensal-pnad-covid2?t=resultados&utm_source=covid19&utm_medium=hotsite&utm_campaign=covid_19) (15.03.2021).

corde de 74,5%<sup>28</sup>, considerando dívidas com cartão de crédito, cheque especial, cheque pré-datado, crédito consignado, crédito pessoal, carnê de loja, prestação de carro e prestação de casa. Cabe destacar que, em dezembro de 2020, eram 57,7% de famílias endividadas nos mesmos termos<sup>29</sup>.

A economia portuguesa também foi fortemente atingida pela chegada da pandemia e pelas inevitáveis medidas de confinamentos impostas para frear o aumento da doença, conforme estatísticas publicadas pelo Banco de Portugal sobre o endividamento do setor não financeiro atualizadas em outubro de 2021, o endividamento dos particulares subiu 0,4 mil milhões de euros<sup>30</sup>. Os dados do Instituto Nacional de Estatística (*Statistics Portugal*), aponta a taxa de desemprego no ano de 2020 de 6,8%, tendo aumentado 0,3 p.p. relativamente a 2019, enquanto a taxa de subutilização do trabalho foi estimada em 13,9%, 1,2 p.p. acima da do ano anterior<sup>31</sup>.

Todas as informações e dados apresentados demonstram o aumento do endividamento dos particulares; como já mencionado acima, o endividamento por si só não deve ser visto como um algoz, contudo, surgirá como um problema quando começar a ocorrer o inadimplemento (incumprimento em Portugal<sup>32</sup>), quando o rendimento de um agregado fami-

<sup>28</sup> FECOMERCIO, *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor*, disponível em <https://www.fecomercio.com.br/pesquisas/indice/peic> (25.01.2022).

<sup>29</sup> FECOMERCIO, *ob. cit.*

<sup>30</sup> BANCO DE PORTUGAL, *Endividamento do setor não financeiro: nota de informação estatística de outubro de 2021*, disponível em <https://bpstat.bportugal.pt/conteudos/noticias/1500/> (20.01.2022).

<sup>31</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICAS, *Estatísticas do Emprego*, disponíveis em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=415270523&DESTAQUESTema=55574&DESTAQUESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=415270523&DESTAQUESTema=55574&DESTAQUESmodo=2) (25.01.2022).

<sup>32</sup> "O endividamento pode gerar incumprimento, isto é, situações de não pagamento atempado das prestações em dívida pelo devedor. Normalmente, as instituições financeiras consideram que há incumprimento ao fim de três prestações em atraso e incumprimento definitivo quando se esgotam



liar não conseguir arcar com seus compromissos financeiros, quando o devedor estiver impossibilitado de pagar o conjunto de suas dívidas, atual ou futura, sem comprometer seu mínimo existencial, neste caso irá emergir o (super) (sobre) endividamento.

## 2. COMPREENDENDO O (SUPER) (SOBRE) ENDIVIDAMENTO

Como demonstrado no tópico anterior, o ponto nevrálgico do presente trabalho é a figura do (super)endividamento, nomenclatura utilizada no Brasil e o (sobre)endividamento, nomenclatura utilizada em Portugal, duas expressões que traduzem o mesmo fenômeno: o descumprimento do pagamento atempado por parte do devedor endividado das prestações devidas, uma verdadeira bola de neve que resulta na impossibilidade global de pagamento<sup>33</sup>.

Maria Manuel Leitão Marques<sup>34</sup> afirma que o sobreendividamento (falência ou insolvência), pode ser ativo, quando o devedor contribui ativamente para estar na situação de impossibilidade de pagamento (quando tem um comportamento descuidado e sem planejamento dos compromissos assumidos); ou então passivo, quando ocorrem circunstâncias imprevisíveis que afetam gravemente a capacidade fi-

.....  
*as possibilidades de renegociação e se inicia a acção judicial. O incumprimento não implica necessariamente incapacidade, mesmo temporária, de o devedor proceder ao pagamento. No limite, pode tratar-se de uma decisão puramente 'oportunista' do devedor, baseada num cálculo custo-benefício do incumprimento." (MARIA MANUEL MARQUES et al, O endividamento dos consumidores, Almedina, Coimbra, 2000, p. 2.*

<sup>33</sup> "Alguns autores utilizam o conceito de endividamento global para designar o endividamento resultante do crédito juntamente com aquele que tem outras origens (por exemplo, dívidas de serviço, dívidas fiscais, etc...)". (MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, CATARINA FRADE, "O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais", *Notas Económicas* 14 (2000).

<sup>34</sup> MARIA MANUEL MARQUES et al, *O endividamento dos consumidores*, Almedina Coimbra, 2000, p. 2.

nanceira do devedor (por exemplo a crise mundial decorrente dos desdobramentos da pandemia da COVID-19).

A autora brasileira, Clarissa Costa de Lima<sup>35</sup>, também faz menção à esta distinção europeia, aprofundando ainda categoria ativa em superendividados ativos conscientes, os quais não estarão sob o abrigo da lei, uma vez que contrataram de má-fé, com a intenção de não reembolsar a dívida no momento do seu vencimento; e os superendividados ativos inconscientes, aqueles que não souberam calcular o impacto da dívida no seu orçamento, seja por ausência de uma informação clara dos encargos de contratação ou por excesso de crédito disponível (concessão irresponsável<sup>36</sup>).

Volvendo ao mencionado acima, o superendividamento decorre de uma impossibilidade global de pagamento, ou seja, o devedor não possui condições de arcar com todas as suas dívidas (atual e futura), sejam as inúmeras decorrentes do crédito à habitação em Portugal, os excessivos débitos brasileiros com o cartão de crédito ou ainda os débitos fiscais dos contribuintes luso-brasileiros, contudo, o (super) (sobre) endividamento que merece especial atenção, sendo o foco do presente estudo, é aquele decorrente das dívidas de consumo, é a “impossibilidade global de o devedor pessoa física,

---

<sup>35</sup> CLARISSA COSTA DE LIMA, *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 34-35.

<sup>36</sup> “O superendividamento pode resultar do excesso de crédito disponível e de sua concessão irresponsável, ou seja, quando o profissional concede o crédito sabendo, ou devendo saber, que o devedor não terá condições financeiras de reembolsá-lo no futuro”. (CLARISSA COSTA DE LIMA, *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 35.) A concessão do crédito consignado, o qual é descontado direto na aposentadoria, pensão ou salário fixo, por ser atrelado a disponibilidade de renda fixo, são concedidos sem consulta e sem burocracia (slogan muito utilizado pelas empresas), tal modalidade deve ser vista com muita cautela, pois podem ser uma grande fonte desta concessão irresponsável.

consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras<sup>37</sup>".

O poder da dívida sobre a subjetividade do indivíduo possui várias nuances, destacando o impacto moral – “como ele se vê e como ele é visto no seu meio de relações”<sup>38</sup>, bem como o impacto no seu mínimo existencial – “conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”<sup>39</sup>, assim, como forma de proteção do consumidor superendividado, parte vulnerável na relação contratual, que o ordenamento brasileiro e português trazem previsões para sua proteção.

### 3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO NO BRASIL

O superendividamento do consumidor brasileiro possui uma relação com a consolidação dos contratos de adesão<sup>40</sup>,

<sup>37</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI, *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 211.

<sup>38</sup> KÁREN RICK DANILEVICZ BERTONCELLO, *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

<sup>39</sup> INGO WOLFGANG SARLET, MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, in *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, INGO WOLFGANG SARLET, LUCIANO BENETTI TIMM (org.), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 22.

<sup>40</sup> O contrato, figura que se desdobra desde o *idō* dos *contractus* do Direito Romano e que nasceu da realidade social (CLAUDIA LIMA MARQUES MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 34), é a engrenagem socioeconômicas do mundo, responsável pela circulação de bens e serviços, além de incentivar o desenvolvimento social; é um instrumento volátil capaz de acompanhar os negócios de uma sociedade em constante mutação. Corroborando com esta afirmativa, é possível vislumbrar como a transformação digital da sociedade de consumo obrigou uma verdadeira evolução e adequação dos modelos contratuais palpáveis. Despontam na sociedade da informação, negócios jurídicos sem papel (mudança substancial na forma, elemento que compõe os planos do negócio jurídico – escada ponteana), ou seja, os contratos à distância, contratos eletrônicos, ou ainda chamados de contratos digitais (PATRICIA PECK PINHEIRO,

em um panorama de crescimento das relações de consumo em meados do século XX. Toda esta realidade contratual teve seu ápice no pós-revolução industrial, com o advento da sociedade industrializada, massificada e de consumo, momento em que o contrato passou a ser o protagonista na vida de cada cidadão, o qual celebra numerosas relações contratuais ao longo do seu dia. Contudo, a liberdade completa das partes para contratar, fez surgir opressões e uma relação contratual desequilibrada, fenômenos como a revolução industrial, a concentração de renda, a formação dos grandes grupos econômicos e a globalização fizeram surgir contratos padronizados e de adesão, os homens passaram a ser considerados enquanto grupo, enquanto massa, não havendo, em muitos casos, tratamento individualizado aos contratos<sup>41</sup>.

.....

SANDRA TOMAZI WEBER, ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA NETO, *Fundamentos dos negócios e contratos digitais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.), possuem seus termos (*pacta sunt servanda*) e sua manifestação de vontade (autonomia privada) externados sem a presença física simultânea dos contratantes. (ANTÔNIA ESPÍNDOLA LONGONI KLEE, *Comércio eletrônico*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.).

<sup>41</sup> Direitos dos Contratos e Massificação Social - Numerosos estudos têm versado, já há longos anos, a questão da "massificação social e os seus reflexos no campo do Direito: a explosão demográfica, a expansão da classe média e seu acesso aos bens de consumo – ao menos nos países desenvolvidos – questões ligadas às novas formas de vida urbana, ao estágio atual do capitalismo, às linhas de força da economia mundial, aos padrões culturais vigentes nas áreas urbanizadas são fatores que projetam eficácia em todas as províncias do Direito. Nenhum de seus campos, contudo, parece ter sido mais afetado pela 'standardização' social do que o Direito das Obrigações, em especial o Direito dos Contratos: aí, hoje, se verificam, por exemplo, inúmeras formas de vinculação negocial, onde sequer se cogita do papel da vontade a reclamar espaço e qualificação jurídica. Em percuciente trabalho, delineou Luis Diez-Picazo justamente este quadro: 'Não basta o fenômeno externo da aglomeração ou das multidões para que se possa falar de massas ou de sociedade de massas. De algum modo, o fato característico, ainda que constitua uma redundância, é que a sociedade não é de pessoas, mas de massas. As massas pensam-se como conjuntos humanos, nos quais o homem se integra como um ser anônimo e despersonalizado'.

Este contrato<sup>42</sup>, força motriz das relações econômicas, vínculo jurídico que bens e serviços circulam no mundo líqui-

.....  
(JUDITH MARTINS-COSTA, "Crise e modificação da noção de contrato no direito brasileiro", *Revista de Direito do Consumidor* 3 (1992).)

<sup>42</sup> Assim, o contrato passou a ser um instrumento com um plano interno, representado pela manifestação da vontade (autonomia privada) e um plano externo, representado pelos efeitos do contrato na sociedade (função social do contrato), ambos com relevância e proteção jurídica. A validade do contrato deixou de ser apenas para o processo de formação e de manifestação de vontade geradora do vínculo contratual, passando também a ser voltado para o efetivo resultado produzido pelo acordo de vontades. O contrato como "acordo de vontades" emerge no esplendor do voluntarismo jurídico (é o ápice do voluntarismo), onde o postulado fundante de toda a teoria contratual era a autonomia da vontade. As transformações sociais e econômicas vividas a partir da segunda metade do século XIX e ao longo do século XX, agravadas com as duas grandes guerras, colocaram em xeque o modelo liberal em que o Estado e o Direito estavam inseridos, os quais assistiam inerte ao funcionamento do livre jogo das manifestações de vontade. No lugar da perspectiva subjetivista e voluntarista, passa-se à perspectiva normativista da autonomia privada, que é tida como expressão das liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, no âmbito das relações privadas. (GUSTAVO TEPEDINO, CARLOS NELSON KONDER, PAULA GRECO BANDEIRA, *Fundamentos do Direito Civil*, v. 3, Forense, Rio de Janeiro, p. 13-15.) Valorização da autonomia privada pela ótica dos direitos fundamentais e sociais, vide STF, RE 201.819/RJ e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A função social impõe efeitos contratuais que extrapolam o pacto negocial, respeitando os interesses socialmente relevantes alcançados pelo resultado do contrato. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos). (GUSTAVO TEPEDINO, CARLOS NELSON KONDER, PAULA GRECO BANDEIRA, *Fundamentos do Direito Civil*, v. 3, Forense, Rio de Janeiro, p. 49). Nas palavras de Perlingieri "não se quer com isso negar que a relação jurídica obrigacional destinada à satisfação do interesse do credor, mas enfatizar a necessidade de que este também deve cooperar na consecução deste fim". (PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p.212). Nos ensina Couto e Silva o vínculo jurídico como um processo, ou seja, a dignidade da pessoa humana como valor supremo, a solidariedade social/erradicação da pobreza e a igualdade substancial culminando na evolução do conceito de contrato como sendo o vínculo jurídico um processo (relação complexa). "A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que aluem as posições tradicionais do devedor e do credor". (CLÓVIS COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2006, p.120).

do-moderno dos consumidores<sup>43</sup>, é o meio pelo qual os consumidores conseguirão concretizar a aquisição dos seus tão desejados objetos de consumo, existindo assim uma verdadeira relação umbilical entre contratos e consumidores.

E foi neste cenário de excesso nas relações contratuais da sociedade massificada que a proteção e defesa do consumidor no Brasil teve seu alvorecer, com um marco na Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V da Constituição Federal. Assim, o direito do consumidor, um mi-crossistema de normas protetivas que visa à garantia deste direito fundamental e a proteção estatal frente ao fornecedor, parte mais forte na relação de consumo<sup>44</sup>.

Em 1990, com a promulgação da Lei 8.078 e o nascimento do Código de Defesa do Consumidor<sup>45</sup>, emergiu assim o “mais importante e amplo grupo de normas cogentes, edi-

.....  
<sup>43</sup> ZYGMUNT BAUMAN, *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008.

<sup>44</sup> FLÁVIA DO CANTO PEREIRA, *Diálogo das fontes como solução para a efetividade do sistema nacional de defesa do consumidor*, Projeto de Pesquisa (Pós-doutorado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 18 f, 2020.

<sup>45</sup> O direito do consumidor é garantia fundamental a todos, vertente dos direitos humanos e matéria constitucional. O estabelecimento de proteções e distinções com base em determinadas qualidades individuais respeita o direito a igualdade, princípio constitucional, que na esfera consumerista visa compensar a desigualdade de partes no mercado de consumo. (BRUNO MIRAGEM, *Curso de direito do consumidor*, 4. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 50); CLAUDIA LIMA MARQUES, *Manual do direito do consumidor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 24: “A ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985, estabeleceu diretrizes para esta legislação e consolidou a idéia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos ou serviços, que nesta posição são experts, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder (Machtposition)”.

tado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual”<sup>46</sup>.

Em que pese todo seu caráter inovador, no que tange ao superendividamento do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor necessitou de uma adequação, para, assim como aconteceu na falência e recuperação no direito de empresa, trazer normas específicas e conseguir recuperar o consumidor devedor superendividado, evitando assim sua exclusão total do mercado de consumo – sua morte civil/falência civil<sup>47</sup>, assim, após longos debates, estudos e discussões<sup>48</sup> foi promulgada a Lei 14.181/21, a qual será apresentada no tópico seguinte.

### 3.1. A LEI 14.181/2021

O fenômeno do superendividamento, que já vinha sendo aprimorado no Direito estrangeiro<sup>49</sup>, foi sinalizado em 1995, no

<sup>46</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 255.

<sup>47</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, *ob. cit.*, p. 1468.

<sup>48</sup> Com destaque para pesquisa empírica iniciada em 2004 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com ápice para o projeto de conciliação em bloco, onde este consumidor pessoa física e o conjunto de seus devedores são chamados a participar de uma audiência única, pré-processual, de conciliação. “*Trata-se de uma audiência única, pré-processual, de conciliação em bloco, entre o consumidor superendividado e todos os seus credores, que aceitam o convite para comparecer e renegociar as dívidas de forma voluntária, podendo o consumidor comparecer com ou sem advogado. A audiência acontece no Foro, com a ajuda do Poder Judiciário, diretamente presidida a audiência de conciliação em bloco pelo magistrado (que atua após suas horas de trabalho ou nas Escolas da Magistratura) ou por Conciliadores indicados pelo Tribunal de Justiça para este fim específico.*” (CLAUDIA LIMA MARQUES, ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI, CLARISSA COSTA LIMA (org), *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*, Revista dos Tribunais São Paulo, 2016, p. 270.)

<sup>49</sup> “Para evitar esta ‘falência’, os países desenvolvidos e industrializados, como os Estados Unidos da América, o Canadá, a França, a Inglaterra, a

Congresso da Associação Mundial do Direito do Consumo em Toronto, pela Profa. Claudia Lima Marques<sup>50</sup>, momento em que a mesma alertou para a instalação desta conjuntura nos países emergentes. Em 1996, o Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, com o artigo: Crédito do consumidor e superendividamento<sup>51</sup>, também trouxe à baila o tema.

Em 2004 iniciava a pesquisa piloto no Brasil sobre o fenômeno crescente do superendividamento dos consumidores pessoas físicas, um esforço de mais de dois anos de pesquisas coletivas empíricas e qualitativas no Rio Grande do Sul e no Rio de Janeiro, estudos que inspiraram a organização da pioneira comissão de negociação voluntária da Defensoria Pública do Rio de Janeiro<sup>52</sup>.

Em 2005 há a apresentação do anteprojeto de lei acadêmico no Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor<sup>53</sup>; em 2006 ocorre a publicação o livro *Direitos do Consumidor En-*

*Alemanha, a Bélgica, Luxemburgo e tantos outros, criaram uma série de inovações legislativas, muitas advindas da jurisprudência e por analogia com a concordata comercial, em especial um processo extrajudicial específico, de tratamento amigável ou administrativo de renegociação e parcelamento para pessoas físicas não profissionais (consumidores), permitindo um tratamento e um approach global da situação de superendividamento dos consumidores.” (CLAUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 1469.*

<sup>50</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, “Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor* 17 (1996).

<sup>51</sup> JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral, *Revista de Direito do Consumidor* 17 (1996).

<sup>52</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI (org.), *Direitos do consumidor endividado I: superendividamento e crédito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 15.

<sup>53</sup> CONJUR, *Evento no RS avalia os 15 anos do Código do Consumidor*, disponível em [https://www.conjur.com.br/2005-set-05/evento\\_internacional\\_rs\\_avaliao\\_15\\_anos\\_cdc](https://www.conjur.com.br/2005-set-05/evento_internacional_rs_avaliao_15_anos_cdc).

Sobre este evento, vale a leitura: EDITORIAL RTDC, *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento*, v. 22, 2005, disponível em [https://ibdcivil.org.br/wp-content/uploads/2019/06/RTDC\\_Editorial.v.022.pdf](https://ibdcivil.org.br/wp-content/uploads/2019/06/RTDC_Editorial.v.022.pdf).



dividido: superendividamento e crédito; em 2007 inicia-se o projeto do tratamento do superendividamento no TJ/RS; em 2010 ocorre o lançamento do caderno de investigação científica sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento pelo Ministério da Justiça<sup>54</sup>, em outubro do mesmo ano há a criação da comissão de juristas instituída pela Presidência do Senado Federal<sup>55</sup> e em 2012 a comissão de juristas apresentou o relatório sobre a atualização do CDC<sup>56</sup>.

Então em 2015 o PLS 283/2012 é aprovado por unanimidade no Senado, sendo remetido para a revisão da Câmara dos Deputados e recebe o número PL 3515/2015<sup>57</sup> e após um longo período de apreciação e discussão, ele é transforma-

.....  
<sup>54</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA LIMA, KÁREN BERTONCELLO, *Prevenção e tratamento do superendividamento*, disponível em [https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol\\_1\\_prevencao\\_e\\_tratamento\\_do\\_superendividamento.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_1_prevencao_e_tratamento_do_superendividamento.pdf).

<sup>55</sup> "A Comissão de Juristas, criada pelo APR n. 308, de 2010 e destinada a atualizar o CDC, em 180 dias, compõe-se de cinco membros. Sua instalação ocorreu, em 15 de dezembro. No objeto da Comissão, consta a apresentação de anteprojeto voltado para o crédito e o super endividamento, sem prejuízo de outras matérias pertinentes ao Código, que venham a ser consideradas pela Comissão. O mérito da redação atual, reconhecido inclusive internacionalmente, gera expectativas de poucas alterações no texto original, além dos temas acima. A Secretaria de Coordenação Técnica recebeu do Presidente do Senado nova designação, para secretariar esta comissão, além de desenvolver parte dos respectivos trabalhos técnicos." AGÊNCIA SENADO, *O Senado e as reformas dos Códigos*, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194039/EmPauta\\_162.pdf?sequence=7&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194039/EmPauta_162.pdf?sequence=7&isAllowed=y) (22.0122022).

<sup>56</sup> "Herman Benjamin destacou, entre as principais mudanças propostas, a regulamentação do comércio eletrônico, a proibição de publicidade que leve o comprador ao engano ou ao superendividamento e ajustes processuais no sentido de viabilizar solução alternativa não judicial para os conflitos de consumo, que não foram tratados pelo CDC quando de sua criação." AGÊNCIA SENADO, *Comissão de juristas apresenta relatório sobre atualização do CDC*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc> (22.0122022).

<sup>57</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 3515/2015, <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490> (22.0122022).

do na Lei Ordinária 14.181/2021, ingressando assim no ordenamento jurídico batizada de Lei do Superendividamento.

A Lei 14.181/21<sup>58</sup>, com inspiração do direito francês<sup>59</sup> <sup>60</sup>, trouxe um novo paradigma, atualizando e incluindo dois novos capítulos no Código de Defesa do Consumidor, o Capítulo VI-A, que traz da prevenção e do tratamento do superendividamento, com parâmetros para um crédito responsável e o Capítulo V, que traz da conciliação no superendividamento, dispondo sobre a conciliação em bloco do consumidor de boa-fé com todos os seus credores, para a elaboração de um plano de pagamento das dívidas. A Profa. Claudia Lima Marques e o Prof. Fernando Martins resumem todas as novas normas em três diretrizes: crédito responsável (“direito fundamental e básico do consumidor”), boa-fé na ruína (“a boa-fé como princípio fundamental e ordenador do tráfego

.....  
<sup>58</sup> BRASIL, *Lei Nº 14.181, De 1º De Julho De 2021*, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm) (22.01.2022).

<sup>59</sup> Diverso da lei francesa, onde é possível a inclusão de dívidas de trabalho, aqui no Brasil a Lei 14.181/21 somente trata da relação se consumo.

<sup>60</sup> Cabe destacar aqui os dois modelos de tratamento do superendividamento: “O primeiro modelo denominado de *fresh start* é adotado por países de tradição *common law* (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Austrália). A expressão *fresh start* significa ‘começo imediato’ porque permite ao consumidor com problemas financeiros a chance de começar uma nova etapa em sua vida sem o peso das dívidas pretéritas. O objetivo principal do sistema americano tem sido conceder ao devedor honesto o perdão imediato das dívidas remanescentes após a liquidação do patrimônio disponível para o seu pagamento. O segundo modelo de tratamento, adotado pelos países europeus, identifica-se mais com a filosofia dos planos de pagamento ou da reeducação pela responsabilização dos devedores pelas obrigações assumidas. Na prática, em vez do perdão das dívidas ou da quitação direta com a liquidação dos bens, os devedores são obrigados a reembolsá-las por meio de um plano de pagamento que pode durar até 10 (dez) anos.” CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA DE COSTA, SOPHIA VIAL, “Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor”, in *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, ALEXANDRE DAVID Malfatti, PAULO HENRIQUE RIBEIRO GARCIA, SÉRGIO SEIJI SHIMURA (org.), Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2020.

jurídico”) e respeito à dignidade humana (“o patrimônio mínimo como bem fundamental a ser preservado na consecução dos limites ao sacrifício”)<sup>61</sup>.

No artigo 5º do Código de Defesa de Consumidor, alterado pela Lei 14.181/21, traz no inciso VI a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor natural. No artigo 6º, os novos incisos XI e XII trazem o paradigma<sup>62</sup> da preservação do mínimo existencial e do patrimônio mínimo<sup>63</sup>, o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Também destacar o novo artigo 54 D, o qual traz o paradigma da informação obrigatória e do crédito responsável<sup>64</sup>,

.....  
<sup>61</sup> CLAUDIA LIMA MARQUES, FERNANDO RODRIGUES MARTINS, “Superendividamento de idosos: a necessidade de aprovação do PL3515/15”, *Conjur*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/garantias-consumo-superendividamento-idosos-preciso-aprovar-pl-351515> (26.01.2022).

<sup>62</sup> Sobre os paradigmas da nova legislação, indico a leitura do tópico: CLAUDIA LIMA MARQUES, “O exame dos 10 paradigmas da Lei 14.181/2021”, in *Comentários à lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA LIMA, SOPHIA MARTINI VIAL, RT, São Paulo, 2021, p. 67 – 81.

<sup>63</sup> O mínimo existencial na Lei 14.181/21 aparece 6 (seis) vezes, demonstrando assim seu papel de destaque na proteção e promoção do consumidor, contudo há ainda uma discussão sobre o conceito e aplicação deste instituto, motivo pelo qual no dia a audiência pública realizada pela SENACON no dia 20 de outubro de 2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=AB-gbRcYldxw>) demonstram duas vertentes, de um lado a alegação da necessidade de criação de critério objetivo para o conceito de mínimo existencial e do outro lado o cálculo do mínimo existencial deve ser realizado por artigo e finalidade, de caso a caso, observando a capacidade de pagamento e o resto reservado a viver daquele consumidor, nas palavras da Profa. Claudia Lima Marques.

<sup>64</sup> Sobre o tema indico a leitura de: CÍNTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER, “Leitura civil-constitucional da concessão de crédito no ordenamento jurídico brasileiro”, in *Problemas de direito civil*, A. SCHREIBER, C. E. R. MONTEIRO FILHO, M. D. OLIVA (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 124-142; CÍNTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER, “A adequação da informação na concessão de crédito”, *Revista de Direito do Consumidor* 136 (2021), p. 91-117.

um respeito à lealdade e à transparência no mercado de crédito de consumo.

Um outro artigo que deve ser apresentado é o art. 104 – A, o qual traz o paradigma da novação e da (re)educação financeira com o plano de pagamento: a re-inclusão do consumidor e do combate à exclusão social (plano conciliatório, plano judicial compulsório e plano-novação - retirada dos bancos de dados negativos de crédito).

A Faculdade de Direito e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, através do Centro de Estudos Europeus e Alemães (UFRGS-PUCRS-DAAD) e do Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS, em conjunto com a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ organizaram duas jornadas nacionais de pesquisa, em Porto Alegre e em São Paulo, nas quais foram aprovados enunciados<sup>65</sup> interpretativos da Lei 14.181/2021, que atualizou o Código de Defesa do Consumidor. Um vasto posicionamento doutrinário com o escopo de auxiliar na aplicação e interpretação do texto legal.

#### **4. O SOBREENDIVIDAMENTO EM PORTUGAL**

Superada a explanação sobre a proteção do consumidor superendividado no ordenamento jurídico brasileiro, o presente tópico tem como objetivo apresentar o fenômeno do sobreendividamento em Portugal, traçando assim um paralelo luso-brasileiro.

Como ponto de partida na análise comparativa, a nomenclatura utilizada no país lusitano ao devedor impossibilitado, de forma duradoura ou estrutural, de proceder ao pa-

.....  
<sup>65</sup> *Enunciados I Jornada de Pesquisa CDEA*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento> (26.01.2022); *Enunciados II Jornada de Pesquisa CDEA*, disponível em <https://cdea.tche.br/site/?p=6328> (26.01.2022).

gamento de uma ou mais dívidas, é o sobreendividado, ao passo que no Brasil o nome é superendividado<sup>66</sup>.

É de salientar, desde já, que, ao contrário do que ocorre no Brasil, em Portugal não há um código específico para reger as relações de consumo, o país de Camões conta com uma “imensidão de textos legais avulsos, dispersos e fragmentários”<sup>67</sup>. O artigo 60 da Constituição portuguesa enumera os “direitos subjetivos aos consumidores: direito à formação e informação, à proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e à reparação de danos”<sup>68</sup>. Em conformidade com o imperativo constitucional<sup>69</sup>, foi publicada em Portugal em 1981 a Lei de Defesa do Consumidor: a Lei nº 29/81, de 22 de agosto, que foi revogada e substituída no ano de 1996 pela Lei nº 24/96<sup>70</sup>, que ainda está em vigor.

Em Portugal, no mês de março de 1999, o então Ministro responsável pela defesa do consumidor, José Sócrates apresentou a primeira iniciativa legislativa que visava tratar o sobreendividamento das pessoas singulares. A proposta, extraída do Código do Consumidor que estava em preparação, tinha

.....  
<sup>66</sup> “No contexto brasileiro optou-se pela expressão francesa, do latim ‘super’, que significa apenas ‘muito’, não ‘demais’, de forma a evitar qualquer juízo de valor desse estado – em Portugal, a ideia é semelhante com a utilização do prefixo ‘sobre’, alhures referido.” (WILSON PANTOJA MACHADO, “O sobreendividamento do consumidor luso-brasileiro”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 4 (2016), p. 1664.)

<sup>67</sup> 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 et al, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2017.

<sup>68</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumidor* 5 (2003), Coimbra, p. 139.

<sup>69</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A proteção do consumidor em Portugal e na União Europeia: o olhar de um europeu*, disponível em <https://institutoiib.org/protecao-do-consumidor/> (29.01.2022).

<sup>70</sup> PORTUGAL, *Lei nº 24/1996*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=726&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis) (29.01.2022).

por escopo submeter o devedor a um processo judicial, sendo a decisão do tribunal baseada num gabinete administrativo e que, uma vez proferida, iria originar o perdão das dívidas após a aceitação de um plano de pagamentos<sup>71</sup>, contudo a proposta fracassou, sob a forte alegação de complexidade do sistema<sup>72</sup>. No ano 2000, o Secretário de Estado da Defesa do Consumidor, Acácio Barreiros, apresenta uma segunda versão da proposta, a qual manteve as mesmas complexidades impugnadas. Em 2001, uma segunda iniciativa partiu do Ministério da Justiça, o qual solicitou ao Observatório Permanente da Justiça Portuguesa a elaboração de uma proposta alternativa, tendo sido apresentado um modelo integrado de prevenção e de tratamento do sobreendividamento, no qual constava uma fase obrigatória de mediação extrajudicial e uma fase eventual posterior judicial. Finalmente, em 2003, foi apresentado na Assembleia da República o “Projecto de Lei sobre a Prevenção e Tratamento do Sobreendividamento das Pessoas Singulares”<sup>73</sup>, no qual se defendia a elaboração em sede de mediação de um plano de pagamentos.

Em 2003 há uma discussão pública para a revisão do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF)<sup>74</sup>, o que culminou com e que culminou

.....  
<sup>71</sup> LETÍCIA MARQUES, “O regime especial da insolvência de pessoas singulares”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto* 2 (2013), disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3260> (20.01.2022).

<sup>72</sup> CATARINA FRADE, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Regular o sobreendividamento*, disponível em <https://docplayer.com.br/6169775-Regular-o-sobreendividamento.html> (05.01.2022).

<sup>73</sup> PORTUGAL, *Projecto de Lei 291/IX/1, que deu entrada em 15 de Maio de 2003*, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Detailhelniciativa.aspx?BID=19682> (20.01.2022).

<sup>74</sup> PORTUGAL, *Decreto-lei n.º 132/93, de 23/04*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=106&tabela=lei\\_velhas&n-versao=5&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=106&tabela=lei_velhas&n-versao=5&so_miolo=) (Diploma revogado pelo DL n.º 53/2004, de 18/03).

com a aprovação do novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), pelo Decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de março<sup>75</sup>. O CIRE foi uma proposta legislativa aprovada para o tratamento do sobreendividamento das famílias, ainda que não o faça de forma exclusiva e que este não seja esse o seu objetivo principal<sup>76</sup>.

O CIRE, baseado no código de insolvência alemão (*insolvenzordnung*)<sup>77</sup>, prevê um conjunto de normas de tratamento para o sobreendividamento dos consumidores, o qual traz no Título XII as disposições específicas da insolvência de pessoas singulares, cabendo transcrever o que segue:

Artigo 235.º Princípio geral. Se o devedor for uma pessoa singular, pode ser-lhe concedida a exoneração dos créditos sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste, nos termos das disposições do presente capítulo.

Uma das características deste procedimento, é que ele se dá de forma judicial, não existindo uma etapa prévia para negociação e mediação entre credores e devedores.

No ano de 2009 a Portaria n.º 312/2009, foi regulamentado o regime aplicável ao reconhecimento dos sistemas de apoio a situações de sobreendividamento, assim, “em conjugação com as medidas adoptadas para evitar acções judiciais des-

.....  
<sup>75</sup> PORTUGAL, DL n.º 53/2004, de 18/03, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=85&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis) (20.01.2022).

<sup>76</sup> CATARINA FRADE, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Regular o sobreendividamento*, disponível em <https://docplayer.com.br/6169775-Regular-o-sobreendividamento.html> (05.01.2022).

<sup>77</sup> Wilson Pantoja MACHADO, “O sobreendividamento do consumidor luso-brasileiro”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 4 (2016), p. 1682.

necessárias, foram introduzidos mecanismos destinados a apoiar os executados em situação de sobreendividamento, procurando desta forma criar o elo de ligação que faltava entre o sistema de justiça e as entidades que prestam apoio ao sobreendividamento.<sup>178</sup>

Cabe destacar que a mencionada portaria, conforme disposto no artigo 2º, prevê o reconhecimento do sobreendividamento a qualquer pessoa coletiva de direito público ou privado, não sendo exclusivo para consumidores<sup>79</sup>.

Também cabe destacar o PARI – Plano de Ação para o Risco de Incumprimento, que foi aprovado através do Decreto-lei n.º 227/2012<sup>80</sup>, o qual traz princípios e regras que deverão ser observadas pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários, instituindo também os planos de renegociação de dívida, com uma rede extrajudicial de apoio a esses clientes. No diploma legal em questão, destaca-se também o art. 11º. – A, que traz a figura

<sup>78</sup> PORTUGAL, *Preâmbulo da Portaria n.º 312/2009*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so_miolo=) (29.01.2022).

<sup>79</sup> “O Direito Europeu do Consumidor, que enforma grande parte - cada, isto é, funcionalizado à construção do mercado interno. (...) mercado resulta, desde logo, a natureza relacional do conceito de consumidor. Desarreigada da eficácia da cidadania, a qualidade de consumidor, aferida em cada concreta transação comercial, depende simultaneamente de a aquisição de bens serviços ou direitos ser feita a sinal, aquele que exerce uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, e de essa aquisição se destinar a uso não. Neste sentido, o conceito de consumidor não se confunde com o conceito geral de comprador ou adquirente de serviços, nem com outros conceitos normalmente associados ao Direito do Consumidor, como o de utente, os de assinante ou utilizador, ou, mais recentemente, o de passageiro e de viajante.” SANDRA PASSINHAS, “O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português”, *Estudos de Direito do Consumo* (2019). P. 263, 264 e 265.

<sup>80</sup> PORTUGAL, *Decreto-lei n.º 227/2012*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so_miolo=) (29.01.2022).



do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), onde a instituição de crédito deve desenvolver um procedimento para a gestão das situações de risco de incumprimento (fase inicial, fase de avaliação de proposta, fase de negociação e extinção do PERSI).

Como desdobramento do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, que veio estabelecer um conjunto de medidas com vista a promover a prevenção do incumprimento e a regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito celebrados com consumidores, adicionalmente foi prevista a criação de uma rede extrajudicial de apoio a clientes bancários, entendidos como consumidores<sup>81</sup>, assim a Portaria n.º 2/2013, de 2 de janeiro trouxe a Rede de apoio clientes endividados (RACE).

Atualmente, há ainda o regime de crédito à habitação, o Decreto-lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, que resultou da transposição da Diretiva 2014/17/EU, regulamenta os contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados a habitação<sup>82</sup>. Esta lei surgiu após a crise do *subprime*<sup>83</sup> e ela

<sup>81</sup> PORTUGAL, *Preâmbulo da Portaria n.º 2/2013, de 2 de janeiro*, disponível em <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/port2a-no2013.PDF> (29.01.2022).

<sup>82</sup> SANDRA PASSINHAS, "Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor", *Revista de Direito Comercial* (2021), disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/incumprimento-do-contrato-de-credito-habitacao-cessao-de-creditos-e-direitos-do-consumidor> (29.01.2022).

<sup>83</sup> "A crise financeira internacional teve origem nos EUA, no Verão de 2007, com problemas nos empréstimos à habitação, naquela que ficou conhecida como a crise do *subprime*. A economia norte-americana atingiu o seu ponto mais crítico em 2008, com a falência do Lehman Brothers, uma das principais instituições financeiras do país. Os efeitos da recessão na economia americana depressa se estenderam à economia mundial, tendo as exportações globais caído quase 20% entre 2007 e 2009. Portugal, que já se debatia com a estagnação do crescimento económico e com a queda do emprego desde o início do século, foi rapidamente atingido nas suas exportações e no crédito bancário. O sistema financeiro nacional foi fortemente abalado e, em Novembro de 2008, assistiu-se à nacionalização do Banco

aplica-se à créditos superiores à 75.000 euros. Tal legislação traz uma série de deveres, que irão auxiliar na prevenção ao sobreendividamento do consumidor, como o dever de informação, que “representa a exigência de um esforço acrescido à entidade bancária, no sentido de auxiliar o consumidor a refletir sobre a adequação do crédito à situação financeira, isto é, à sua capacidade para cumprir pontualmente as obrigações decorrentes do encargo que vai assumir”<sup>84</sup>. A legislação em comento ainda traz a possibilidade de renegociação durante a vigência do contrato.

A vasta legislação portuguesa relacionada ao tema do sobreendividamento no país, reflete a preocupação com os contratos de crédito a particulares, para consumo e habitação, com enfoque especial para o crédito no setor habitacional, o qual corresponde a uma boa parcela do endividamento das famílias lusitanas.

## CONCLUSÃO

O raciocínio depreendido nas linhas acima pretendeu demonstrar a situação de fragilidade do consumidor (super) (sobre) endividado, aquele que na sociedade onde o consumo

*Português de Negócios. A resposta europeia à crise internacional foi feita de forma coordenada, utilizando sobretudo a política orçamental e a política monetária. Aos governos com margem de manobra orçamental foi aconselhado um aumento da despesa pública, sobretudo de investimento. O Banco Central Europeu procedeu a uma descida rápida das taxas de juro, para estimular a economia. Mas o ponto de partida era muito diferente entre os vários países europeus. A dívida pública portuguesa estava já acima dos 72% do PIB em 2007 e as contas públicas apresentavam uma histórica rigidez de despesa.” FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS, Filha da crise financeira internacional, disponível em <https://www.ffms.pt/crisis-na-economia-portuguesa/5046/filha-da-crise-financeira-internacional> (29.01.2022).*

<sup>84</sup> SANDRA PASSINHAS, “Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor”, *Revista de Direito Comercial* (2021), disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/incumprimento-do-contrato-de-credito-habitacao-cessao-de-creditos-e-direitos-do-consumidor> (29.01.2022).

é a chave para a felicidade, onde o fácil acesso ao crédito representa o atalho para a aquisição de bens e serviços, viu seu sonho de consumo parcelado em boletos atrasados e ligações de cobrança, degradingolado em um processo de descumprimento atempado das suas contas.

O processo de (super) (sobre) endividamento experimentado nos países sub-desenvolvidos e desenvolvidos, aqui representado por Brasil e Portugal, foram retroalimentados por uma evento avassalador, a pandemia mundial da COVID-19, o elemento surpresa – “o acidente de vida”, o impacto sem precedente nas vidas da sociedade mundial, que foi experimentada por consumidores nos quatro cantos do globo. Este cenário acelerou a imperiosa implementação de políticas públicas voltadas para remediar e prevenir uma crise sistêmica sem precedentes.

No Brasil, a resposta foi dada através da promulgação da Lei 14.181/2021, um diploma legal com a finalidade de prevenir e tratar o superendividamento, uma resposta do Estado à um antigo anseio social, agravado pelo impacto da pandemia. Ao passo que, em Portugal, as medidas já existentes estão sendo o meio utilizado para minimizar a crise do sobreendividamento das famílias.

A visão da experiência luso-brasileira tende a trazer elementos para além-mar, tende a difundir a visão dos diplomas legais para além da codificação nacional, uma investigação que pode e deve ser aprofundada pelos estudiosos das relações de consumo.



BRUNO MIRAGEM, *Curso de direito do consumidor*, 4. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 3515/2015, <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490> (22.01.2022).

CÁSSIA D'AQUINO; MARIA TEREZA MALDONADO, *Educar para consumo: como lidar com os desejos de crianças e adolescentes*, Papyrus 7 Mares, São Paulo, 2012.

CATARINA FRADE, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Regular o sobreendividamento*, disponível em <https://docplayer.com.br/6169775-Regular-o-sobreendividamento.html> (05.01.2022).

CÍNTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER, "A adequação da informação na concessão de crédito", *Revista de Direito do Consumidor* 136 (2021), p. 91-117.

CÍNTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER, "Leitura civil-constitucional da concessão de crédito no ordenamento jurídico brasileiro", in *Problemas de direito civil*, A. SCHREIBER, C. E. R. MONTEIRO FILHO, M. D. OLIVA (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 124-142.

CLARISSA COSTA DE LIMA, "Superendividamento no Brasil", *Revista de Direito do Consumidor* 102 (2015).

CLARISSA COSTA DE LIMA, *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

CLÁUDIA LIMA MARQUES MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 34.

CLAUDIA LIMA MARQUES, "O exame dos 10 paradigmas da Lei 14.181/2021", in *Comentários à lei 14.181/2021: a atualização do CDC em matéria de superendividamento*, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA LIMA, SOPHIA MARTINI VIAL, RT, São Paulo, 2021, p. 67 – 81.

CLAUDIA LIMA MARQUES, "Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor", *Revista de Direito do Consumidor* 17 (1996).

CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA DE COSTA, SOPHIA VIAL, "Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor", in *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*, ALEXANDRE DAVID Malfatti, PAULO HENRIQUE RIBEIRO GARCIA, SÉRGIO SEJI SHIMURA (org.), Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2020.

CLAUDIA LIMA MARQUES, CLARISSA COSTA LIMA, KÁREN BERTONCELLO, *Prevenção e tratamento do superendividamento*, disponível em [https://www.defesoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol\\_1\\_prevencao\\_e\\_tratamento\\_do\\_superendividamento.pdf](https://www.defesoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_1_prevencao_e_tratamento_do_superendividamento.pdf).

CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 9. Ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

CLAUDIA LIMA MARQUES, FERNANDO RODRIGUES MARTINS, "Superendividamento de idoso: a necessidade de aprovação do PL3515/15", *Conjur*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/garantias-consumo-superendividamento-idosos-preciso-aprovar-pl-351515> (26.01.2022).

CLAUDIA LIMA MARQUES, *Manual do direito do consumidor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

CLAUDIA LIMA MARQUES, ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI (org.), *Direitos do consumidor endividado I: superendividamento e crédito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

CLÁUDIA LIMA MARQUES, ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI, CLARISSA COSTA LIMA (org), *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*, Revista dos Tribunais São Paulo, 2016.

CLÓVIS COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2006.

EDITORIAL RTDC, *Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento*, v. 22, 2005, disponível em <https://ibdcivil.org.br/wp-content/uploads/2019/06/RTDC.Editorial.v.022.pdf>.

*Enunciados I Jornada de Pesquisa CDEA*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento> (26.01.2022).

*Enunciados II Jornada de Pesquisa CDEA*, disponível em <https://cdea.tche.br/site/?p=6328> (26.01.2022).

FECOMERCIO, *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor*, disponível em <https://www.fecomercio.com.br/pesquisas/indice/peic> (25.01.2022).

FLÁVIA DO CANTO PEREIRA, *Diálogo das fontes como solução para a efetividade do sistema nacional de defesa do consumidor*, Projeto de Pesquisa (Pós-doutorado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 18 f, 2020.

FRANCISCO MARCELO BARONE, EMIR SADER, "Acesso ao crédito no Brasil: evolução e perspectivas", *Revista de Administração Pública* 6 (2008), disponível em <https://www.scielo.br/j/rap/a/TwryKYFwx8r4zRQyKX5Q8MH/?lang=pt> (15.01.2022).

FUNDAÇÃO FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS, *Filha da crise financeira internacional*, disponível em <https://www.ffms.pt/crises-na-economia-portuguesa/5046/filha-da-crise-financeira-internacional> (29.01.2022).

G1, *Brasil tem pior dia da pandemia com 3,6 mil mortes por Covid registradas em 24 horas; média volta a bater recorde*, disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/26/brasil-tem-pior-dia-da-pandemia-com-3600-mortes-por-covid-registradas-em-24-horas-media-volta-a-bater-recorde.ghtml>. (27.03.2021).

GILLES LIPOVETSKY, *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*, Tradução de: Patrícia Xavier, Edições 70, Lisboa, 2010.

IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD COVID19*, disponível em [https://www.ibge.gov.br/estatisticas/investigacoes-experimentais/estatisticas-experimentais/27947-divulgacao-mensal-pnad-covid2?t=resultados&utm\\_source=covid19&utm\\_medium=hotsite&utm\\_campaign=covid\\_19](https://www.ibge.gov.br/estatisticas/investigacoes-experimentais/estatisticas-experimentais/27947-divulgacao-mensal-pnad-covid2?t=resultados&utm_source=covid19&utm_medium=hotsite&utm_campaign=covid_19) (15.03.2021).

IBGE, *PNAD COVID 19: coleta vai até dezembro de 2020, com resultados referentes a novembro de 2020*, disponível em [https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_PNAD\\_COVID19/Notas\\_Tecnicas/Comunicado\\_Encerramento\\_PNAD\\_COVID\\_19.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_PNAD_COVID19/Notas_Tecnicas/Comunicado_Encerramento_PNAD_COVID_19.pdf) (15.03.2021).

INGO WOLFGANG SARLET, MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações", in *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*, INGO WOLFGANG SARLET, LUCIANO BENETTI TIMM (org.), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICAS, *Estatísticas do Emprego*, disponíveis em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=415270523&DESTAQUES\\_tema=55574&DESTAQUESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=415270523&DESTAQUES_tema=55574&DESTAQUESmodo=2) (25.01.2022).

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", *Estudos de Direito do Consumidor 5* (2003), Coimbra.

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, "Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral", *Revista de Direito do Consumidor 17* (1996).

JUDITH MARTINS-COSTA, "Crise e modificação da noção de nontrato no direito brasileiro", *Revista de Direito do Consumidor 3* (1992).

KÁREN RICK DANILEVICZ BERTONCELLO, *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

LETÍCIA MARQUES, "O regime especial da insolvência de pessoas singulares", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto 2* (2013), disponível em <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3260> (20.01.2022).

MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, CATARINA FRADE, "O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais", *Notas Económicas 14* (2000).



MARIA MANUEL MARQUES et al, *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000.

MARY DOUGLAS, "O mundo dos bens, vinte anos depois", *Horizontes Antropológicos* 28 (2007);

MARY DOUGLAS, BARON ISHERWOOD, *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*, Editora UFRJ, Rio de Janeiro, 2009.

PATRÍCIA PECK PINHEIRO, SANDRA TOMAZI WEBER, ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA NETO, *Fundamentos dos negócios e contratos digitais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

PNAD, COVID 19, disponível em <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/> (15.03.2020).

PORTUGAL, *Decreto-lei n.º 132/93, de 23/04*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=106&tabela=lei\\_velhas&nversao=5&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=106&tabela=lei_velhas&nversao=5&so_miolo=) (Diploma revogado pelo DL n.º 53/2004, de 18/03).

PORTUGAL, *Decreto-lei n.º 227/2012*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so_miolo=) (29.01.2022).

PORTUGAL, *DL n.º 53/2004, de 18/03*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=85&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis) (20.01.2022).

PORTUGAL, *Lei n.º 24/1996*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=726&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis) (29.01.2022).

PORTUGAL, *Preâmbulo da Portaria n.º 2/2013, de 2 de janeiro*, disponível em <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/port2ano2013.PDF> (29.01.2022).

PORTUGAL, *Preâmbulo da Portaria n.º 312/2009*, disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1821&tabela=leis&so_miolo=) (29.01.2022).

PORTUGAL, *Projecto de Lei 291/IX/1*, que deu entrada em 15 de Maio de 2003, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=19682> (20.01.2022).

PORTUGAL, *Projecto de lei n. 291/IX*, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?>

SANDRA PASSINHAS, "Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor", *Revista de Direito Comercial* (2021), disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/incumprimento-do-contrato-de-credito-habitacao-cessao-de-creditos-e-direitos-do-consumidor> (29.01.2022).

SANDRA PASSINHAS, "O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português", *Estudos de Direito do Consumo* (2019).

SÔNIA MARIA DESTEFANI, "Educação financeira na infância", *Revista Eventos Pedagógicos* 3 (2016).

VITOR HUGO DO AMARAL FERREIRA, "A figura do mediador de crédito", *Estudos de Direito do Consumo* (2021).

WILSON PANTOJA MACHADO, "O sobreendividamento do consumidor luso-brasileiro", *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 4 (2016).

ZYGMUNT BAUMAN, *Vidas para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008.



# CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA E DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR: COMPARAÇÃO ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS DO BRASIL E DE PORTUGAL A PARTIR DO JULGAMENTO DO CASO C-641/19 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

*Augusto Franke Dahinten<sup>1</sup>*

*Bernardo Franke Dahinten<sup>2</sup>*

## **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo comparar o regime jurídico existente no Brasil e em Portugal relativamente às contratações de consumo celebradas à distância e, espe-

---

<sup>1</sup> 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 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.

<sup>2</sup> 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 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.

cialmente, ao direito de arrependimento à disposição dos consumidores, tendo como referência o julgamento do caso C-641/19 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Com essa meta, o texto inicia com uma breve apresentação da proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, seguida da apresentação de algumas das principais normas existentes na União Europeia e, particularmente, em Portugal a título de proteção dos consumidores. Na sequência, comenta-se o regime jurídico existente no Brasil e em Portugal relativamente aos contratos de consumo celebrados à distância. Após, relata-se o caso C-641/19, originado de demanda judicial envolvendo o direito de arrependimento exercido por um consumidor alemão e que envolveu a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia para o fim de orientar quanto à forma correta de interpretar a norma comunitária pertinente ao caso. Ao final, são feitas reflexões comparativas entre os regimes jurídicos existentes nos dois países, inclusive especulando-se a solução que um caso equivalente receberia no Brasil a partir do direito brasileiro. Conclui-se que o direito brasileiro, em se tratando de contratos de consumo celebrados à distância e direito de arrependimento, sobretudo se comparado ao direito europeu e português, encontra-se claramente defasado, necessitando de urgente atualização.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Comparado. Proteção do Consumidor. Contratação à Distância. Comércio Eletrônico. Direito de Arrependimento.

**ABSTRACT**

The objective of this article is to compare the existing legal regime in Brazil and Portugal regarding contracts signed at a distance and, especially, the right of withdrawal available to consumers, with reference to the decision of the case C-641/19 by the Court of Justice of the European Union. With this goal in mind, the text begins with a brief presentation of consumer protection in the Brazilian legal system, followed by a presentation of some of the main regulatory provisions existing in the European Union and in Portugal for consumer protection. Subsequently, the legal regime existing in Brazil and Portugal regarding distance contracts are discussed. Afterwards, the text reports the case C-641/19, which originated from a lawsuit involving the right of withdrawal exercised by a German consumer and involved the action of the Court of Justice of the European Union in order to guide on the correct interpretation of the community law. At the end, comparative reflections are made between the legal regimes existing in the two countries, including speculating the solution that an equivalent case would receive in Brazil under Brazilian law. It is concluded that the Brazilian law, when it comes to contracts signed at a distance and the right of withdrawal available to consumers, especially when compared to European and Portuguese law, is clearly outdated and needing an urgent updating.

**KEYWORDS**

Comparative law. Consumer Protection. Distance Contracting. E-commerce. Right of Withdrawal.

## SUMÁRIO

Introdução; 1. A Proteção do Consumidor no Brasil e em Portugal: 1.1 A Proteção do Consumidor na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira; 1.2 A Proteção do Consumidor nos Direitos Europeu e Português; 2. As Contratações à Distância e o Direito de Arrependimento: 2.1 Os Contratos de Consumo à Distância no Direito Brasileiro; 2.2 Os Contratos de Consumo à Distância no Direito Português; 3. Reflexões a partir do Julgamento do Caso C-641/19: 3.1 O Julgamento do Caso C-641/19 pelo TJUE; 3.2 Comparação entre os Regimes Jurídicos do Brasil e de Portugal; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A proteção do consumidor reflete um direito fundamental da mais alta relevância tanto no Brasil quanto em Portugal. Enquanto no território brasileiro a proteção do consumidor encontra-se expressamente resguardada na própria Constituição Federal de 1988 - além, é claro, de na Lei Federal nº. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor - o direito português, em harmonia com o direito comunitário, a consagra tanto na Constituição da República Portuguesa de 1976 quanto em inúmeras leis, das quais se destaca a Lei nº. 24/1996, denominada a Lei de Defesa dos Consumidores.

Tanto no Brasil quanto em Portugal as normas de proteção do consumidor oferecem princípios e regras que disciplinam os mais variados aspectos das *relações de consumo*. Os conflitos experimentados no dia a dia pela sociedade civil, em termos mundiais, evidenciam e comprovam, frequentemente, a importância e a validade das normas protetivas dos consumidores, que servem tanto para inibir que fornecedores ajam de maneira indevida e/ou abusiva, quanto para os responsabilizar em caso de prática ilícita e/ou danosa aos consumidores.

Exemplo de temática que não raramente desperta dúvidas diz respeito aos *contratos de consumo celebrados à distância*, cada vez mais utilizados em razão das novas tecnologias e do mundo cibernético globalmente instaurado, e ao correlato *direito de arrependimento*. Esse assunto foi objeto do processo C-641/19, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), o qual evidencia não só a complexidade de que tais contratações podem se revestir, como também a importância de se contar com regras jurídicas claras e aptas a solucionarem, de forma efetiva e eficaz, os potenciais conflitos delas decorrentes.

O presente texto, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, tem como objetivo, a partir do mencionado julga-



mento do TJUE, comentar e analisar os regimes jurídicos existentes tanto no Brasil quanto em Portugal relativamente às contratações de consumo à distância e, especialmente, às regras envolvendo o direito de arrependimento. Pretende-se, em essência, comparar as regras jurídicas com que cada país conta para o enfrentamento dos problemas relativos a essa importante matéria.

## 1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL E EM PORTUGAL

### 1.1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No que diz respeito ao Brasil, os efeitos da preocupação com os direitos e interesses dos consumidores, na prática, só vieram a ser sentidos por força da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e com o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), que verdadeiramente revolucionaram o tratamento legal conferido à matéria<sup>3</sup>. Até então, é certo que o consumidor “encontrava-se, de fato, totalmente desamparado para enfrentar os abusos do mercado de consumo”<sup>4</sup>.

Acompanhando o fenômeno da constitucionalização do direito (especialmente do direito privado) que acometeu as ordens jurídicas ao redor do globo, flagrantemente enraizado na valorização da pessoa humana e no princípio da dignidade da pessoa humana, diversos textos constitucionais passaram a estabelecer seus direitos tidos como *fundamentais*,

.....  
<sup>3</sup> Até então, não havia normatização específica e efetiva no sentido de proteção dos direitos do consumidor. (GOMES, ORLANDO. Os Direitos dos Consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010. p. 1007).

<sup>4</sup> BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 99/101.

os quais, nos dizeres da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, correspondem à “*basis and foundation of government*”. São, em resumo, os valores básicos de cada Estado. O Brasil, da mesma forma, assim o fez em 1988, quando o constituinte originário estabeleceu uma extensa lista de direitos com essa rubrica<sup>5</sup>.

Dentre os diversos temas que foram reputados pelo constituinte brasileiro de 1988 como elementares - e, portanto, merecedores do *status* de direito fundamental - encontra-se, precisamente, o direito de proteção do consumidor, expressamente inserido, como tal, no art. 5º, inc. XXXII. Não apenas isso, mas, ao fixar os princípios a serem respeitados e observados pelas atividades econômicas, igualmente incluiu, de maneira expressa, a defesa do consumidor (art. 170, inc. V).

A partir de então, é seguro afirmar que, no Brasil, a proteção dos consumidores reflete, à luz da ordem constitucional atualmente vigente, um direito da mais alta carga axiológica. Confirmando essa constatação, citável, por exemplo, Antônio Herman Benjamin<sup>6</sup>, de acordo com o qual “no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental [...]”. Bruno Miragem<sup>7</sup>, também a título de exemplo, advoga no mesmo sentido: “[...] o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental [...]”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN V.; MARQUES, CLÁUDIA LIMA; BESSA, LEONARDO ROSCOE. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 30.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Sobre o enquadramento da proteção do consumidor enquanto direito fundamental e, também, direito humano, ver DAHINTEN, AUGUSTO FRANKE; DAHINTEN, BERNARDO FRANKE. *A Proteção do Consumidor Enquanto Direito*

A CF/88, no entanto, foi mais além: além de erguer a proteção dos consumidores ao patamar de direito fundamental, estabeleceu que o Congresso Nacional deveria elaborar o Código de Defesa do Consumidor, do que resultou a Lei Federal nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, popularmente conhecida como o Código de Defesa e Proteção dos Consumidores ("CDC"). Trata-se, nas palavras de Cláudia Lima Marques<sup>9</sup>, de "uma lei visionária, que mudou o mercado brasileiro", responsável por estabelecer "um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas no Brasil, especialmente na proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas".

O Código de Defesa do Consumidor representou, nas palavras de Nelson Nery Junior<sup>10</sup>, "uma das mais democráticas leis editadas no Brasil nos últimos tempos", sendo, de acordo com Sergio Cavalieri Filho<sup>11</sup>, "a lei mais revolucionária do século XX", cujas inovações influenciaram todo o sistema jurídico brasileiro. O mencionado diploma legal verdadeiramente inaugurou, no Brasil, uma nova e invejável era no que tange à proteção dos consumidores, consagrando uma série de mecanismos, princípios e direitos em favor destes<sup>12</sup>.

.....  
Fundamental e Direito Humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 106. São Paulo: RT, jul.-ago./2016. p. 135/165.

<sup>9</sup> MARQUES, CLÁUDIA LIMA; BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN V.; MIRAGEM, BRUNO. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 29.

<sup>10</sup> NERY JUNIOR, NELSON. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 274.

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, SERGIO. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

<sup>12</sup> Sobre o CDC, ver, também, PASQUALOTTO, ADALBERTO. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 63/73.

Portanto, fato é que não há qualquer margem para se questionar a importância do direito (de proteção) do consumidor na atual ordem constitucional brasileira. Não apenas se encontra expressamente inserido no catálogo de direitos fundamentais, como a sua finalidade está em inegável sintonia com os princípios e valores constitucionais, incluindo a dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>. Daí ser incontroverso que a proteção do consumidor, pelo menos no Brasil, é um direito fundamental, refletindo, em outras palavras, um elemento fundamental à estrutura jurídico-constitucional do Estado Brasileiro.

## **1.2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS DIREITOS EUROPEU E PORTUGUÊS**

Atualmente, à semelhança do que acontece no Brasil, a proteção do consumidor encontra-se fortemente resguardada também na União Europeia. No âmbito do direito comunitário, ela está prevista, antes de tudo, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Além de enquadrar a defesa do consumidor como um domínio de competência compartilhada entre a União e os Estados-Membros (art. 4º, 2, "f"), o TFUE dispõe que as demais políticas e ações da União devem considerar as exigências em matéria de defesa do consumidor (art. 12º).

O TFUE, ademais, ao dispor sobre a aproximação das legislações nacionais, preconiza que a defesa dos consumidores, entre outras matérias, há de merecer um elevado nível de proteção, devendo inclusive considerar qualquer nova evolução baseada em dados científicos (art. 114º, 3). Isso não

.....  
<sup>13</sup> O estreito vínculo existente entre a proteção do consumidor e o princípio da dignidade humana é descrito, por exemplo, por Bruno Miragem, a partir da premissa de que a proteção do consumidor busca, em última análise, garantir a realização de uma necessidade humana básica, *in casu*, a necessidade de consumir. (MIRAGEM, BRUNO. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 40/44).

bastasse, o mesmo diploma convencionou que, com o objetivo de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses (art. 169º, 1).

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, e que, em resumo, busca reunir os direitos até então espalhados em diferentes instrumentos jurídicos e a promovê-los no território europeu, igualmente contempla, de forma expressa, a defesa dos consumidores, colocando-a no mesmo nível de importância dos demais valores e direitos fundamentais reconhecidos pelo direito comunitário europeu (art. 38º).

A constatação de que a União Europeia preocupa-se com a defesa e com os direitos dos consumidores decorre, também, do “direito europeu secundário”, formado por regulamentos (de aplicação direta) e diretivas (que dependem de transposição para as ordens internas dos Estados-Membros), que conduzem a uma verdadeira harmonização legislativa ao longo dos diferentes países europeus<sup>14</sup>.

São diversas as normas comunitárias hoje vigentes, reservadas aos mais variados aspectos da proteção dos consumidores, como, por exemplo, regras relativas ao transporte aéreo (Regulamento CE 261/2004), responsabilidade por pro-

<sup>14</sup> Sobre essa harmonização legislativa causada pelas inúmeras diretivas e a tendência atual de se buscar *harmonização máxima ou plena*, conferindo pouca ou nenhuma liberdade aos Estados-Membros e evitando distorções entre os diferentes países, vide MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO. Harmonização legislativa e protecção do consumidor. In: CORDEIRO, Antonio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Vol. 2. Almedina, 2008. p. 1447/1472.

ditos defeituosos (Diretiva 85/374/CEE), contratos de crédito (Diretiva 2008/48/CE), comércio eletrônico (Diretiva 2000/31/CE), segurança dos produtos (Diretiva 2001/95/CE), práticas comerciais desleais (Diretiva 2005/29/CE), publicidade enganosa (Diretiva 2006/114/CEE), entre outras.

Especificamente no âmbito de Portugal, a preocupação com o direito do consumidor revela-se igualmente presente. Em primeiro lugar, a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/1976) convencionou que os consumidores têm direito à qualidade de bens e serviços, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos, bem como à reparação de danos (art. 60º, 1). Da mesma forma, o texto constitucional português proíbe todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa (art. 60º, 2), assim como discorre sobre prerrogativas das associações e cooperativas de consumo (art. 60º, 3). Não apenas isso, mas, ao tratar da organização econômica, a CRP/1976, ao elencar as incumbências prioritárias do Estado, expressamente inclui a garantia da defesa dos interesses e os direitos dos consumidores (art. 81º, "i"), assim como fixa a proteção dos consumidores como um dos objetivos da política comercial (art. 99º, "e")<sup>15</sup>.

A proteção do consumidor encontra-se igualmente (e abundantemente) prevista no direito infraconstitucional português. Além das diversas leis responsáveis por internalizar as inúmeras diretivas europeias, merece especial destaque a Lei nº. 24/1996, responsável por estabelecer o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, conhecida como a Lei de Defesa

.....  
<sup>15</sup> Apenas com a revisão de 1989 que os direitos dos consumidores foram erguidos, na Constituição Portuguesa, à condição de direitos fundamentais. A esse respeito, vide ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE. Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 5. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. p. 139/161.

dos Consumidores, a qual, à semelhança do CDC brasileiro, prevê princípios, direitos e mecanismos voltados especificamente à tutela dos direitos dos consumidores em Portugal.

Em outras palavras, fato é que, assim como acontece no Brasil, tanto o direito europeu quanto o direito português igualmente preocupam-se, de forma intensa, com os direitos e interesses dos consumidores, tratando-se, a toda evidência, de uma matéria de grande importância jurídica e constitucional para Portugal e para a União Europeia como um todo.

## **2. AS CONTRATAÇÕES À DISTÂNCIA E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO**

### **2.1. OS CONTRATOS DE CONSUMO À DISTÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO**

O Código de Defesa do Consumidor, repete-se, é sem qualquer dúvida a principal e mais importante lei no que tange à proteção dos consumidores no território brasileiro. Trata-se, de fato, de um *código*, na medida em que arquitetado e organizado de maneira sistemática e lógica, cujas normas não de se reger pelos princípios por ele próprio estabelecidos, os quais incluem, entre outros, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor<sup>16</sup>.

Ao se examinar a mencionada lei, resta evidente que as relações contratuais e, naturalmente, a proteção dos consumidores no âmbito das contratações, caracterizam-se como um dos pontos centrais de todo o Direito do Consumidor. Além de as relações contratuais sujeitarem-se a to-

.....

<sup>16</sup> Especificamente com relação à *vulnerabilidade* no contexto do direito do consumidor europeu e português, vide PASSINHAS, SANDRA. O Lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 15. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2019. p. 255/311.

dos os demais dispositivos legais - incluindo os princípios gerais (art. 4º), os direitos básicos dos consumidores (art. 6º) e as regras de responsabilização decorrentes de vício ou defeito do produto ou serviço (arts. 12º a 25º) - fato é que o CDC conta um capítulo específico dedicado à proteção contratual.

O Capítulo VI do CDC, reservado às relações contratuais, reúne as principais e mais importantes regras existentes no direito brasileiro relativamente aos contratos de consumo, das quais se destacam, entre outras, o dever de disponibilização prévia do conteúdo sob pena de ineficácia (art. 46º), a regra da interpretação mais favorável das cláusulas contratuais (art. 47º), o regime das cláusulas abusivas (art. 51º) e as regras relativas aos chamados contratos de adesão (art. 54º).

Curiosamente, contudo, embora as relações contratuais representem um dos principais pilares do CDC brasileiro, pouquíssima atenção foi reservada aos contratos celebrados à distância. Tudo o que o legislador brasileiro previu, a esse respeito, foi o direito de o consumidor desistir do contrato no prazo de 7 (sete) dias, a contar da assinatura ou do recebimento do produto ou serviço, caso a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorra "fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio" (art. 49, *caput*), assegurado, no caso de exercício desse direito, o reembolso imediato dos valores eventualmente pagos (art. 49, parágrafo único)<sup>17-16</sup>.

.....

<sup>17</sup> Cesar Viterbo Matos Santolim esclarece que essa prerrogativa - consistente de um direito potestativo extintivo da relação obrigacional (por revogação) - pode receber diversas denominações, incluindo "direito de arrependimento", "de retratação", "de desistência", "de recesso" ou ainda "de reflexão". (SANTOLIM, CÉSAR VITERBO MATOS. Os Princípios de Proteção do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 55. São Paulo: RT, jul.-set./2005. p. 53/84). Flávio Tartuce e Gracieleia Monteiro complementam: "Tal direito de arrependimento [...] constitui um direito potestativo colocado à disposição do consumidor, contrapondo-se a um estado de sujeição existente contra o fornecedor ou prestador. Como se trata do exercício de um direito legítimo, não há a ne-



Isso significa que todas as infinitas sutilezas e peculiaridades potencialmente existentes nas contratações realizadas à distância e/ou fora do estabelecimento comercial, assim como as possíveis implicações do *direito de arrependimento*, ficaram de fora da legislação, não tendo sido objeto de qualquer regra específica ou pormenorização. Situações como as que envolvam bens ou serviços não passíveis de restituição integral ou que impliquem imediata depreciação, por exemplo, não foram lembradas, podendo-se dizer o mesmo de todos os demais aspectos e características próprias dessa espécie de contratação.

A defasagem da legislação brasileira, neste particular, é tão evidente - sobretudo se considerada a evolução tecnológica, a universalização do acesso à *internet* e a popularização do comércio eletrônico - que sobreveio, em 2013, o Decreto nº. 7.962, da Presidência da República, visando, em verdadeira tentativa de complementar o CDC, regulamentar regras relativas à proteção do consumidor no universo do

.....  
cessidade de qualquer justificativa, não surgindo da sua atuação regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte. Como decorrência lógica de tais constatações, não se pode falar também em incidência de multa pelo exercício [...]". (TARTUCE, FLÁVIO; MONTEIRO, GRACILEIA. A Reforma do Código de Defesa do Consumidor: comentários ao PL 281/2021 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 99. São Paulo: RT, mai.-jun./2012. p. 307/332).

<sup>18</sup> Antonia Espíndola Longoni Klee, ao comentar o art. 49 do CDC, esclarece o seguinte: "O art. 49 impõe a observância de dois requisitos cumulativos: (a) a observância do prazo de sete dias; e (b) que a contratação tenha sido realizada fora do estabelecimento comercial. Através do art. 49 objetivou o elaborador do Código resguardar as situações nas quais o consumidor não teve acesso prévio ao produto ou ao serviço e, portanto, o prazo destina-se à verificação da correspondência entre a expectativa do consumidor e o produto real adquirido, devido à majoração da sua vulnerabilidade, em decorrência do distanciamento entre as partes contratantes". (KLEE, ANTONIA ESPÍNDOLA LONGONI. O Diálogo das Fontes nos Contratos pela Internet do Vínculo Contratual ao Conceito de Estabelecimento Empresarial Virtual e a Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 77. São Paulo: RT, jan.-mar./2011. p. 99/150).

comércio eletrônico. Na prática, tal regulamento limitou-se a estabelecer algumas poucas regras voltadas aos fornecedores que operam sítios eletrônicos, quase que exclusivamente centradas no direito/dever de informação (arts. 2º a 4º)<sup>19</sup>.

Especificamente no que tange ao *direito de arrependimento*, o Decreto nº. 7.962 em pouco ou nada contribuiu, uma vez que se limitou, em essência, a impor ao fornecedor o dever de informar clara e ostensivamente os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento (art. 5º, *caput*), sem qualquer ônus ao consumidor (art. 5º, § 2º), estabelecendo também que eventual desistência deverá ser imediatamente comunicada pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito para que tome as providências daí decorrentes (art. 5º, § 3º), assim como que cabe ao fornecedor imediatamente enviar ao consumidor a confirmação do recebimento da manifestação de arrependimento (art. 5º, § 4º).

Embora tais dispositivos representem algumas melhorias, parece claro que, ainda assim, o regime jurídico reservado às contratações de consumo à distância e ao correlato direito de arrependimento mostra-se tremendamente deficitário e, conforme se verá, muito aquém daquele encontrado em Portugal e na União Europeia como um todo.

.....  
<sup>19</sup> Referindo-se ao Decreto nº. 7.962, de 2013, um decreto do Poder Executivo, vide o seguinte comentário de Erik Frederico Gramstrup: "A disciplina normativa dos contratos eletrônicos de consumo ainda é incipiente no Direito Brasileiro. Introduzida por regulamento, que procura extrair sua legitimidade de princípios e normas legais do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, lastreia-se em instrumento um tanto exótico, um Decreto do Poder Executivo que muito lembra o conceito de regulamento autônomo. Espera-se que esse exotismo logo seja corrigido com o projeto de reforma do Código do Consumidor, que tem como um de seus eixos, justamente, a disciplina do comércio eletrônico". (GRAMSTRUP, ERIK FREDERICO. *Contratos Eletrônicos: formação, consentimento, lei e jurisdição aplicável*. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. Vol. 8. São Paulo: RT, abr.-jun./2018).

## 2.2. OS CONTRATOS DE CONSUMO À DISTÂNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

Até 2011, as contratações à distância na União Europeia eram disciplinadas pela Diretiva 85/577/CEE e pela Diretiva 97/7/CE. Ambas, no entanto, foram revogadas pela Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia<sup>20</sup>. Desde então, é essa diretiva europeia que estabelece as normas-padrão no que tange à proteção dos consumidores junto aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial<sup>21</sup>.

Após um longo preâmbulo composto por mais de sessenta itens - que contextualizam diversos aspectos inerentes a essas modalidades de contratos e que discorrem sobre o raio de incidência da norma - a Diretiva 2011/83/UE, inicialmente, elenca as definições mínimas necessárias à sua compreensão e à sua aplicação. Nessa parte, encontram-se as definições, por exemplo, de *consumidor* e de *profissional* (equivalente à figura do forne-

<sup>20</sup> De acordo com o seu art. 4º, trata-se de uma norma de harmonização máxima. Sandra Passinhas comenta essa característica: "A Directiva 2011/83/UE afasta-se do princípio de harmonização mínima - que permite aos Estados-Membros manterem ou adoptarem regras nacionais mais estritas do que as consagradas na directiva - [...] implementando uma política da harmonização total, segundo a qual os Estados-Membros não podem manter ou adoptar disposições que divirjam das consagradas na directiva [...]". (PASSINHAS, SANDRA. A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, Relativa aos Direitos dos Consumidores: algumas considerações. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 100/101).

<sup>21</sup> Vitória Monego Sommer Santos confirma essa modificação normativa: "Com a difusão dos contratos eletrônicos celebrados on-line, a União Europeia aprovou mais recentemente a Diretiva 2011/83/UE que revogou as Diretivas 85/577/CEE e 97/7/CE, unificando o regime jurídico do direito de arrependimento dos contratos firmados fora dos estabelecimentos comerciais e à distância". (SANTOS, VITÓRIA MONEGO SOMMER. Reflexões sobre o Direito de Arrependimento no Comércio Eletrônico e a Atualização do CDC: contribuições ao PL 3.514/2015. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 126. São Paulo: RT, nov.-dez./2019. p. 375/404).

cedor do direito brasileiro)<sup>22</sup>, assim como das duas categorias de contratos por ela regulados: os *contratos à distância* e os *contratos celebrados fora do estabelecimento comercial* (art. 2º)<sup>23</sup>.

A norma elenca, na sequência, as diversas informações que o fornecedor deve necessariamente prestar ao consumidor antes de este se vincular a contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial, como quanto às características principais dos bens ou serviços em causa, à identidade do profissional, entre outras (art. 6º). A norma regula também requisitos formais aplicáveis aos contratos por ela regulados, o que engloba, por exemplo, o fornecimento de uma cópia assinada do contrato, além de outros cuidados (arts. 7º e 8º)<sup>24</sup>.

Outra informação que deve ser obrigatoriamente fornecida pelo profissional ao consumidor diz respeito ao *direito*

<sup>22</sup> Pedro Maia, ao comentar o conceito de consumidor (restrito a "pessoas singulares") adotado pela Diretiva 2011/83/UE (e pelo Decreto-Lei nº. 24/2014), faz a seguinte reflexão: "[...] A razão da tutela advém da circunstância *objectiva* de o cliente não ter acesso presencial ao bem e ao fornecedor [...] para o que parece relevar pouco (ou mesmo muito pouco) o facto de o cliente ser uma pessoa colectiva ou não, ser um profissional ou não [...] O 'consumidor' é, com certeza, mais vulnerável do que um profissional em muitos aspectos [...] Mas a debilidade resultante da falta de imediação com o bem no momento da aquisição, conforme o regime do Código Comercial demonstra, constitui um *risco* para o adquirente *independentemente da natureza deste*". (MAIA, PEDRO. *Contratação a Distância e Práticas Comerciais Desleais. Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 158/160).

<sup>23</sup> A distinção entre essas duas modalidades, em resumo, está no fato de que, na primeira, não há a presença física simultânea do profissional e do consumidor, ao passo que, na segunda, o contrato celebrado entre fornecedor e consumidor conta com a presença física simultânea de ambos, mas em local diverso do estabelecimento comercial do profissional. Esta diferenciação, frisa-se, é irrelevante para o direito brasileiro, que não faz qualquer distinção quanto a tais espécies de contratação.

<sup>24</sup> A centralidade do dever de informação, na lógica da Diretiva 2011/83/UE, é comentada, por exemplo, por MOREIRA, TERESA. *Novos Desafios para a Contratação à Distância: a perspectiva da defesa do consumidor. Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 21/22.

de arrependimento ou de retratação (ou, ainda, de livre resolução), sendo necessário o repasse das informações relativas às condições, ao prazo e ao procedimento para o exercício desse direito (art. 6º, 1, “h”, “i”, “j” e “k”). O direito de arrependimento é pormenorizado nos demais dispositivos da norma, que exploram os seus aspectos gerais (art. 9º), as consequências em caso de omissão de informação sobre esse direito (art. 10º), as etapas para o seu efetivo exercício (art. 11º), os efeitos da retratação (art. 12º), as obrigações decorrentes do arrependimento (arts. 13º e 14º), os efeitos em contratos acessórios (art. 15º) e as exceções ao direito de retratação (art. 16º).

Essas regras jurídicas foram transpostas e internalizadas no direito português alguns anos depois, por meio do Decreto-Lei nº. 24/2014, cuja estrutura e cujos dispositivos, em resumo, nada mais são do que reflexo da norma europeia, a Diretiva 2011/83/UE. Portanto, é possível afirmar que, diferentemente do CDC brasileiro - que reservou pouquíssima atenção para esse assunto - a norma portuguesa responsável por tutelar os consumidores junto aos contratos firmados à distância, além de muitíssimo mais atual, é infinitamente maior, mais detalhada e mais complexa<sup>25</sup>.

.....

<sup>25</sup> Para uma análise minuciosa sobre o novo regime jurídico instaurado pela Diretiva 2011/83/UE, inclusive no que tange ao direito de arrependimento, vide PINTO, PAULO MOTA. O Novo Regime Jurídico dos Contrato a Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 51/91.

### 3. REFLEXÕES A PARTIR DO JULGAMENTO DO CASO C-641/19

#### 3.1. O JULGAMENTO DO CASO C-641/19 PELO TJUE

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), situado em Luxemburgo, trata-se de uma corte de carácter supranacional. Entre os seus papéis, destaca-se o de supervisionar a aplicação e a interpretação uniforme das normas jurídicas da União Europeia, cooperativamente com os sistemas judiciais dos Estados-Membros. Quando uma corte nacional possui dúvidas quanto à interpretação que deve conferir a determinada norma comunitária, ela pode remetê-la ao TJUE para que este sobre ela se pronuncie, em uma espécie de incidente processual denominado de *preliminary ruling*.

Nessas situações, cabe ao TJUE manifestar-se sobre a questão apresentada pelo tribunal nacional, sinalizando a maneira correta de interpretar a norma comunitária com a sua posterior devolução ao órgão jurisdicional consulente para que este, aplicando o entendimento orientado pelo TJUE, decida o litígio efetivamente. O caso C-641/19 encaixa-se nessa hipótese: trata-se de um pedido de *preliminary ruling* apresentado pelo Tribunal de Primeira Instância de Hamburgo, na Alemanha, por meio do qual este solicitou, ao TJUE, manifestação quanto à interpretação de uma série de dispositivos da Diretiva 2011/83/UE.

Esse pedido foi apresentado no âmbito de um litígio travado entre consumidor e fornecedor, cujo objeto consistia em identificar os desdobramentos decorrentes do exercício do direito de arrependimento. Em resumo, o fornecedor, uma empresa privada sediada na Alemanha, operava um *site* de encontros na *internet* que oferecia aos seus usuários dois tipos de adesão: a adesão gratuita, que permitia limitadas possibilidades de contatos com outros usuários; e a adesão *premium*, que possibilitava aos usuários, mediante contrapres-

tação pecuniária, contatarem os demais usuários *premium* da plataforma, com troca de informações e imagens, pelo período correspondente à adesão.

No caso concreto, o consumidor celebrou, em 04 de novembro de 2018, com a empresa responsável pelo mencionado *site* de encontros, um contrato de adesão *premium*, pelo período de 12 meses, pelo preço de 523,95 euros. Quatro dias depois, o consumidor, exercendo o seu direito de arrependimento, desistiu da contratação, tendo a empresa, entretanto, lhe debitado o valor de 396,96 euros, a título de compensação. Ato contínuo, o consumidor, não concordando com a conduta da empresa, ingressou com ação judicial requerendo o reembolso de todos os valores pagos quando da contratação do referido serviço.

Convém consignar que, segundo a Diretiva 2011/83/UE, diversas circunstâncias devem ser sopesadas para a averiguação dos direitos e deveres decorrentes do efetivo exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. Dependendo das particularidades fáticas, as consequências da desistência alteram-se substancialmente. É o que acontece, por exemplo, quando o consumidor expressamente solicita que a prestação do serviço contratado se inicie de imediato - durante o prazo para exercício do direito de retratação, em regra de 14 dias - como aconteceu no caso concreto. Nessas hipóteses, o exercício do direito de desistência, na União Europeia, implica o dever de o consumidor pagar, ao fornecedor, *um montante proporcional*.

O caso concreto, no entanto, era especialmente peculiar, tornando a aferição desse montante singularmente complexa. Destacaram-se os seguintes fatores: a) o número de mensagens trocadas por meio da plataforma contratada era (é), estatisticamente, muito mais expressivo na primeira semana, reduzindo-se drasticamente a cada semana; b) logo

após a sua inscrição, o usuário imediatamente passa a usufruir de uma seleção de propostas de encontros elaboradas com base em teste de personalidade, sendo que o número de propostas oferecidas nesse momento corresponderia, na média, a quase metade das propostas de encontros que o usuário recebe ao longo de uma adesão *premium* de 12 meses; c) os resultados desse teste são enviados ao consumidor *premium* sob a forma de um “relatório de personalidade”; d) no caso examinado, o preço cobrado do consumidor foi superior ao dobro do preço cobrado, naquele mesmo ano, de outros usuários para contratos com a mesma duração; e) a empresa havia informado ao consumidor sobre o seu direito de retratação; e f) o consumidor manifestou desejo de que o fornecimento dos serviços contratados se iniciasse antes de decorrido o prazo para exercício do direito de arrependimento.

Frente a esse conjunto de circunstâncias, a corte alemã, ao apreciar o litígio iniciado pelo consumidor, optou por suspender o feito e submetê-lo ao Tribunal de Justiça da União Europeia, questionando-o quanto à interpretação de dispositivos da Diretiva 2011/83/UE que, de uma forma ou de outra, refletiriam e influenciariam no cálculo do referido “montante proporcional”, devido pelo consumidor à empresa contratada, pelos serviços fornecidos antes e até o efetivo exercício do direito de arrependimento.

Ao se posicionar, o TJUE inicialmente registrou que, de acordo com o art. 14º, 3, da Diretiva 2011/83/UE, na hipótese de o consumidor expressamente solicitar o início da execução do contrato durante o prazo de retratação, o montante proporcional a ser pago ao fornecedor, em caso de efetiva desistência, deve ser calculado levando-se em consideração o preço acordado para o conjunto de prestação objeto do contrato e de forma *pro rata temporis*. A decisão ressaltou



que, apenas quando o contrato celebrado prever expressamente que uma ou mais prestações serão fornecidas integralmente, desde o início da execução do contrato, por um preço específico pago separadamente, é que o preço integral previsto para tal prestação deve ser considerado no cálculo do montante devido pelo consumidor.

Em outras palavras, o montante proporcional a ser pago pelo consumidor, nessas situações, nos termos do regime jurídico europeu, há de ser calculado proporcionalmente com base no preço total acordado para o conjunto de prestações contratadas. Fugirão dessa regra e admitirão que esse montante seja calculado diferentemente apenas as situações em que o contrato estabelecer que a sua execução dar-se-á desde o início de maneira integral, por um preço diferenciado, pago separadamente. Como o caso concreto não continha nada desse tipo, a corte europeia se manifestou em favor da aplicação da regra geral, isto é, em favor do cálculo proporcional com base no preço total contratual convencionado para o conjunto de prestações nele estabelecidas.

O ponto seguinte a respeito do qual o TJUE se manifestou decorreu do fato de que o preço acordado para esse consumidor fora substancialmente mais elevado do que o preço pactuado com outros consumidores para serviços equivalentes. A dúvida daí extraída era se essa peculiaridade acionaria ou não a parte final do art. 14º, 3, da Diretiva 2011/83/UE, de acordo com a qual, no caso de o preço total ter sido excessivo, o montante proporcional deve ser calculado com base no valor de mercado. Ao se pronunciar, o TJUE limitou-se a invocar o item 50 do preâmbulo da norma, segundo o qual, para definir se o preço é ou não excessivo, há de se levar em conta tanto o preço cobrado pelo fornecedor de outros consumidores nas mesmas condições quanto o preço praticado por outros fornecedores para serviços equivalentes.

Por fim, o TJUE se pronunciou quanto ao possível fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Isso porque, no caso concreto, uma das prestações objeto do contrato - a transmissão dos resultados do teste de personalidade no início da execução do contrato - poderia dizer respeito ao fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material, o que, nos termos do art. 16º, "m", da Diretiva 2011/83/UE, configuraria uma exceção ao direito de retratação. Por se tratar de uma disposição que limita os direitos de proteção dos consumidores, a norma, nesse ponto, mereceria interpretação restritiva, sendo que o serviço prestado no caso concreto, incluindo o relatório de personalidade, segundo entendimento do TJUE, não poderia ser considerado como fornecimento de conteúdo digital à luz das definições trazidas pela própria norma (art. 2º, 11).

Após essas considerações, e tendo orientado a corte local quanto à forma adequada de interpretar os referidos dispositivos normativos da Diretiva 2011/83/UE, o TJUE concluiu sua participação e devolveu o caso ao tribunal de origem, para que este continuasse com o julgamento do litígio original. Embora não se envolva na definição do caso em si, cujo exame e julgamento permanece nas mãos da corte nacional, é incontroverso que a participação e o papel do TJUE, em situações como a relatada, são de grande importância, sobretudo em questões como os pressupostos, os efeitos e os limites do direito de retratação nas contratações de consumo à distância, as quais, apesar de aparentemente singelas, podem se mostrar extraordinariamente complexas.

### **3.2. COMPARAÇÃO ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS DO BRASIL E DE PORTUGAL**

É inquestionável que a sociedade contemporânea mundial encontra-se atravessando um novo período no seu con-

tínuo processo de industrialização, marcado pelas novas tecnologias e, especialmente, pelo domínio da *internet*<sup>26</sup>. Não por outro motivo, diz-se inclusive que a humanidade estaria presenciando a Quarta Revolução Industrial, tamanhos os saltos evolutivos proporcionados em razão das inovações tecnológicas<sup>27</sup>. Uma das principais marcas desse momento, sem qualquer dúvida, é a proliferação da *internet* e do mundo digital, que permite que tudo e todos estejam continuamente conectados, estejam onde estiverem.

Diz-se inclusive que essa *era digital* - emblematicamente ilustrada por meio de figuras como aplicativos (“apps”), plataformas de *streaming* e inteligência artificial - vem impactando diversos aspectos da vida humana, verdadeiramente impondo novos paradigmas, que afetam, por exemplo, a forma como as pessoas vivem, trabalham, se comunicam, se locomovem e daí por diante. Outro fenômeno que pode ser igualmente associado à essa realidade tecnológica e digital é o *comércio eletrônico* - popularmente conhecido como *e-commerce* - o qual, na prática, materializa-se por meio de contratações celebradas à distância<sup>28</sup>.

.....  
<sup>26</sup> “Contratos à distância são hoje os contratos de massa, contratos especiais que se formam via internet. Têm como base a transferência de computador para computador [...]”. (AMARAL, FRANCISCO. A Proteção do Consumidor no Contrato à Distância, no Direito Brasileiro. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 41).

<sup>27</sup> SCHWAB, KLAUS. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 12.

<sup>28</sup> A relação entre comércio eletrônico e contratos à distância é comentada, por exemplo, por Teresa Moreira: “O desenvolvimento do comércio eletrônico e a expansão da economia digital em Portugal e na União Europeia desde o início do século XXI conferiram uma importância acrescida ao regime jurídico dos contratos celebrados à distância, tendo presente o nível e o volume das aquisições de bens e serviços [...] através da internet!”. (MOREIRA, TERESA. Novos Desafios para a Contratação à Distância: a perspectiva da defesa do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 20).

Verdade seja dita, as contratações à distância - aqui consideradas, indistintamente, ambas as espécies regulamentadas pelas normas europeias - não são exclusivas desta era tecnológica e não estão, necessariamente, a ela vinculadas. A rigor, toda e qualquer contratação de produto ou serviço realizado sem a presença física simultânea de consumidor e fornecedor no estabelecimento comercial enquadra-se como espécie de contratação à distância, o que inclui, por exemplo, compras por telefone ou compras realizadas no domicílio do consumidor.

Nos dias de hoje, no entanto, é incontroverso que são os contratos eletrônicos, formados a partir da *internet*, que assumem protagonismo quando o assunto versa sobre contratações de consumo à distância. O que se quer dizer com isso é que não há como não associar tais espécies de contratação (à distância) aos novos tempos, característicos da era digital, marcados pelas tecnologias e pela constante e ininterrupta conectividade. Arrisca-se afirmar, ademais, que as contratações à distância por meio da *internet - e-commerce*, repete-se - são, atualmente, tão ou mais numerosas que as contratações tradicionais, firmadas no estabelecimento comercial do fornecedor, se é que estas ainda podem ser assim rotuladas<sup>29</sup>. Essa constatação torna-se especialmente acentuada à luz da realidade e dos novos paradigmas impostos pela pandemia do novo coronavírus.

Ao se tratar dos contratos à distância, hoje, portanto, sobretudo entre consumidores e fornecedores, está-se, na prática, a tratar, conjuntamente, deste contexto tecnológico

.....  
<sup>29</sup> “Longe vão os tempos em que o contrato era exclusivamente celebrado entre pessoas fisicamente presentes e através de negociações”. (MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO. O Novo Regime da Contratação a Distância: breve apresentação. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 12).

e digital. Some-se a isto o fato de que, por força da proliferação da rede mundial de computadores, existe uma clara tendência de muitos serviços, como os de educação e os de entretenimento (músicas, filmes e *games*), migrarem parcial ou inteiramente para o universo digital/virtual, formando um verdadeiro *mercado digital*<sup>30</sup>. A partir desta conscientização, parece seguro e necessário afirmar que as regras jurídicas voltadas a regulamentar tais modalidades de contratação devem estar atentas a essa nova realidade.

Reconhecido isto - e reconhecido que contratações à distância significam, hoje, na prática, quase que exclusivamente, contratos eletrônicos, celebrados por meio da *internet* - é fácil constatar que a diferença entre os respectivos regimes jurídicos do Brasil e de Portugal é oceânica. Embora a ordem constitucional brasileira não menospreze a proteção dos consumidores, e embora o Código de Defesa do Consumidor seja uma lei invejável, de imensa relevância e que revolucionou o direito privado, a atenção que o legislador brasileiro reservou às contratações à distância e aos diversos, importantes e complexos aspectos relacionados ao direito de arrependimento foi extremamente tímida e insuficiente.

Enquanto em Portugal há uma lei inteiramente dedicada aos contratos de consumo celebrados à distância, o Decreto-Lei nº. 24/2014, composto por mais de 30 (trinta) artigos, todos com diversos subitens, no Brasil há um único dispositivo legal, o art. 49, do CDC. Mesmo se considerados os poucos dispositivos constantes no Decreto nº. 7.962, de 2013, o quadro normativo brasileiro permanece frágil e genérico. Como resultado, o direito português - assim como o direito europeu

.....  
<sup>30</sup> Sobre a migração de atividades tradicionais para a internet e a noção de mercado digital, ver PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS. Comércio Eletrônico de Conteúdos Digitais: proteção do consumidor a duas velocidades? *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 177/207.

como um todo - regula inúmeros aspectos da matéria, prevendo praticamente todas as suas potenciais variáveis; no direito brasileiro, por outro lado, a norma é genérica, exageradamente objetiva e simples, e ignora uma vasta gama de fatores e peculiaridades que impactam e/ou envolvem tais espécies de contratação, inclusive no que tange ao direito de arrependimento<sup>31</sup>.

Apenas para ilustrar: a norma portuguesa confere, em regra, 14 (quatorze) dias para o exercício do direito de arrependimento; já a brasileira, apenas 7 (sete) dias. A lei portuguesa regula diversas situações excepcionais, como as que envolvem serviços personalizados, que, mesmo em meio a contratos à distância, não são compatíveis com o direito de retratação; o CDC brasileiro, no entanto, não prevê qualquer exceção nem qualquer espécie de situação diferenciada. Serviços que envolvem o fornecimento de conteúdo exclusivamente digital, por exemplo, que dificilmente comportam a restauração do *status quo ante*, estão previstos e esmiuçados na norma portuguesa; na brasileira, entretanto, absolutamente nada se localiza quanto a esse assunto.

A absoluta inexistência de dispositivos *legais* dedicados aos contratos eletrônicos, tão presentes e tão essenciais, como dito, ao mundo digital e à indústria do *e-commerce*, revela que o CDC brasileiro, em se tratando de contratações à distância e do correlato direito de arrependimento, encontra-se obsoleto e defasado. Embora se possa afirmar que, quando foi idealizado, os pactos eletrônicos ainda estavam apenas surgindo, não há como ignorar que o mundo se

.....  
<sup>31</sup> “Até agora, normas que determinem a proteção ao consumidor contratante por meio distante se resumem no art. 49 do CDC e no direito de arrependimento, que pode ser entendido como direito de reflexão”. (VIAL, SOPHIA MARTINI. Contratos de Comércio Eletrônico de Consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 80. São Paulo: RT, out.-dez./2011. p. 277/334).

alterou (e continua a se alterar), inclusive no que tange aos negócios e à aquisição de produtos e serviços. Como tal, a legislação há de, igualmente, atualizar-se<sup>32</sup>.

Essas, enfim, são apenas algumas das inúmeras diferenças entre os regimes jurídicos aqui comparados. Como tal, as principais dúvidas do caso C-641/19 - como quanto ao cálculo do *montante proporcional* devido pelo consumidor em razão de o fornecimento do serviço contratado ter se iniciado durante o período para retratação e/ou quanto ao fornecimento de serviços digitais - sequer são vislumbradas pela norma brasileira.

Uma contratação à distância como a que envolveu o caso C-641/19, muito provavelmente receberia, no Brasil, um tratamento judicial completamente diferente. Dado o caráter genérico do regime jurídico brasileiro reservado aos contratos de consumo à distância e ao direito de arrependimento, parece razoável concluir, inclusive, que um fornecedor brasileiro, em situação equivalente, dificilmente receberia qualquer compensação, pouco importando se parte do serviço já fora prestada (e consumida) e/ou se impossível a sua devolução, resultando uma situação de potencial injustiça <sup>32-33</sup>.

.....  
<sup>32</sup> Nesse sentido, citável Camila Candido Emerim: "[...] entende-se que a regulamentação hoje existente, que se resume basicamente ao Decreto 7.962 de 15 de março de 2013, ainda é bastante incipiente, porquanto disciplina o comércio eletrônico de consumo de maneira bastante sucinta [...] razão pela qual se torna imprescindível uma regulamentação mais efetiva da matéria [...] Fato é que o Código de Defesa do Consumidor data de 1990 e, embora tenha sido uma lei muito à frente de seu tempo, passadas mais de duas décadas desde sua publicação e entrada em vigor, diante de todas as transformações pelas quais passou a sociedade, tornou-se imperativo pensar em uma atualização dessa lei que foi visionária". (EMERIM, CAMILA CANDIDO. Contratos Eletrônicos de Consumo: panorama doutrinário, legislativo e jurisprudencial atual. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 91. São Paulo: RT, jan.-fev./2014. p. 367/393).

<sup>33</sup> Rogério Lauria Marçal Tucci confirma essa impressão: "[...] é necessário explicitar que a legislação brasileira é a que concede a faculdade do arrependimento ao consumidor da forma mais irrestrita, uma vez que na Europa o direito de arrependimento admite exceções e, nos Estados Unidos, a hipó-

Caso se entendesse injustificado e merecedor de alguma compensação, eventual fornecedor brasileiro, pondera-se aqui, precisaria recorrer a outras figuras jurídicas, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o abuso de direito e a vedação ao enriquecimento indevido, visto que o regime jurídico reservado a tutelar as relações de consumo, repete-se, não regula quaisquer das peculiaridades inerentes a essa espécie de contratação. O direito brasileiro, insiste-se, no que tange aos contratos de consumo celebrados à distância e ao direito de arrependimento, é manifestamente precário e insuficiente, além de se encontrar ultrapassado.

Não se desconhece a existência de projetos de lei em debate no Congresso Nacional brasileiro que buscam atualizar o Código de Defesa do Consumidor, inclusive com relação ao comércio eletrônico. Destes, destaca-se o Projeto de Lei nº. 281/2012, que tramita na Câmara dos Deputados sob o número 3.514/2015. Ocorre que as alterações que esse projeto pretende trazer, em resumo, nada mais são do que as previsões constantes no já comentado Decreto nº. 7.962, de 2013. Em outras palavras, o que o mencionado projeto pretende, na prática, é transportar para o CDC o conteúdo do referido decreto, o qual, repete-se, é igualmente deficitário,

.....  
tese só é admitida nas vendas em domicílio". (TUCCI, ROGÉRIO LAURIA MARÇAL. Direito de Arrependimento do Consumidor no Comércio Eletrônico. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 22. São Paulo: RT, jul.-dez./2012. p. 99/118).

<sup>34</sup> A questão, todavia, e por demais complexa e controversa, havendo autores que explicitamente não concordam com eventual restrição do direito ao arrependimento, mesmo diante de situações excepcionais. Neste sentido, por exemplo, ALVES, FABRÍCIO GERMANO; REIS, HALISSA. Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados. *Cadernos de Direito*. Piracicaba. V. 17(32). jan.-jun./2017. p. 117/149. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Cad-Dir\\_n.32.07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.32.07.pdf)>. Acesso em: 30/10/2021.



inclusive e especialmente no que concerne ao direito de arrendimento. E isso, definitivamente, preocupa<sup>35</sup>.

A legislação brasileira, portanto, incontrovertidamente necessita de urgente atualização no que tange aos contratos de consumo celebrados à distância e ao direito de arrependimento. Essa atualização, entretanto, deve ser séria, efetiva e genuína, devendo sopesar as diversas peculiaridades de que tais contratações podem se revestir, sobretudo na complexa sociedade contemporânea. Situações como as que envolvem serviços desde logo fornecidos e/ou que lidam com produtos e serviços digitais que não comportam devolução, apenas para citar alguns exemplos, precisam ser pontualmente consideradas, sob pena de a legislação permanecer aquém das práticas negociais e da realidade contemporânea mundial. A Diretiva europeia 2011/83/UE e o Decreto-Lei português n.º. 24/2014 podem, sem qualquer dúvida, servir de inspiração para a atualização de que a legislação brasileira tanto precisa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a proteção do consumidor, no Brasil e em Portugal (e na União Europeia como um todo), representa um valor de máxima importância jurídica. Tanto no território brasileiro quanto no português, a proteção/defesa dos consumidores encontra-se prevista nos respectivos textos constitucionais assim como em normas infraconstitucionais, que regulamentam praticamente todos os aspectos inerentes ao mercado e às relações de consumo travadas entre consumidores e fornecedores.

.....  
<sup>35</sup> Posicionando-se de maneira semelhante, citável, por exemplo, SANTOS, VITÓRIA MONEGO SOMMER. Reflexões sobre o Direito de Arrependimento no Comércio Eletrônico e a Atualização do CDC: contribuições ao PL 3.514/2015. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 126. São Paulo: RT, nov.-dez.2019. p. 375/404.

Não obstante essa sintonia, é certo que o tratamento jurídico-legislativo conferido no continente europeu à tutela dos interesses e direitos dos consumidores é substancialmente distinto do encontrado no ordenamento jurídico brasileiro. E dependendo da matéria examinada, essa distinção é gigantesca. É o que acontece, por exemplo, com a regulamentação dos contratos de consumo celebrados à distância, isto é, sem a presença física simultânea de consumidor e fornecedor no estabelecimento comercial, e do correlato direito de arrependimento.

Seja no aspecto quantitativo, seja no aspecto qualitativo, parece evidente que o ordenamento jurídico português (e europeu, em verdade) encontra-se infinitamente mais adequado ao contexto tecnológico e digital mundialmente vivido, marcado pela constante hiperconectividade que reúne tudo e todos ininterruptamente, e em que grande parte das contratações, inclusive aquelas firmadas entre consumidores e fornecedores, são celebradas à distância, por meio da rede mundial de computadores.

Como consequência, conflitos como o examinado no caso C-641/19 - os quais, embora aparentemente singelos, revelam-se tremendamente complexos do ponto de vista jurídico - se ocorridos no Brasil, muito provavelmente receberiam (e receberão) um tratamento jurídico-judicial muito distante daquele apresentado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O arcabouço jurídico brasileiro voltado a disciplinar as relações de consumo, pelo menos até o momento, não está preparado para enfrentar situações e litígios como o relatado e conferir-lhes um tratamento jurídico justo, adequado e equilibrado.

O festejado Código de Defesa do Consumidor, não obstante se trate de uma lei exemplar e que até hoje revoluciona o direito privado brasileiro, apesar de dispor de diversos mecanismos jurídicos eficientes para a maior parte dos conflitos inerentes às relações de consumo, encontra-se indubitavel-

mente defasado no que tange às contratações à distância e à vasta gama de fatores e peculiaridades que tais negócios podem envolver, sobretudo no que concerne ao direito de arrependimento.

A importância de um tratamento jurídico-legislativo completo e minucioso, em se tratando de uma matéria tão complexa como a do direito de arrependimento junto a contratações celebradas à distância, é autoexplicativa. Isso não bastasse, trata-se de uma modalidade de contratação que, graças ao fenômeno da hiperconectividade decorrente da era tecnológica, é cada vez mais comum e frequente. Nada mais natural que o aparato jurídico seja revitalizado e atualizado, de forma a se adequar à nova realidade.

A proteção do consumidor a ser almejada pelos ordenamentos jurídicos - se alicerçados, como acontece com Brasil e Portugal, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que se fundamenta na dignidade humana e na igualdade material - há de ser técnica, coerente, justa e equilibrada, com o que são incompatíveis as noções de arbitrariedade, deficiência ou exagero. A verdadeira tutela do consumidor, para ser sustentável, não pode e não deve admitir excessos, sob pena de banalização deste que é um dos grandes valores da ordem jurídica mundial.

Concluindo, repete-se que, em se tratando do particular caso do direito de arrependimento junto a contratações à distância, o direito brasileiro, diferentemente do que se identifica no direito português, revela-se manifestamente atrasado, defasado e deficitário, urgindo por uma atualização adequada e atenta aos novos tempos, tecnológicos e digitais, e às atuais práticas comerciais. A Diretiva europeia 2011/83/UE e o Decreto-Lei português nº. 24/2014, insiste-se, podem servir como elogiável referência à atualização de que a legislação brasileira urgentemente necessita.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Fabrício Germano; REIS, Halissa. Aplicabilidade do direito de arrependimento no comércio eletrônico em relação aos produtos personalizados. *Cadernos de Direito*. Piracicaba. V. 17(32). jan.-jun./2017. p. 117/149. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Cad-Dir\\_n.32.07.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.32.07.pdf)>. Acesso em: 30/10/2021.
- AMARAL, Francisco. A Proteção do Consumidor no Contrato à Distância, no Direito Brasileiro. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 37/43.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 5. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. p. 139/161.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 99/101.
- \_\_\_\_\_; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A Proteção do Consumidor Enquanto Direito Fundamental e Direito Humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 106. São Paulo: RT, jul.-ago./2016. p. 135/165.
- EMERIM, Camila Candido. Contratos Eletrônicos de Consumo: panorama doutrinário, legislativo e jurisprudencial atual. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 91. São Paulo: RT, jan.-fev./2014. p. 367/393.

- GOMES, Orlando. Os Direitos dos Consumidores. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. II. São Paulo: RT, 2010.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos Eletrônicos: formação, consentimento, lei e jurisdição aplicável. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*. Vol. 8. São Paulo: RT, abr.-jun./2018.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O Diálogo das Fontes nos Contratos pela Internet do Vínculo Contratual ao Conceito de Estabelecimento Empresarial Virtual e a Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 77. São Paulo: RT, jan.-mar./2011. p. 99/150.
- MAIA, Pedro. Contratação a Distância e Práticas Comerciais Desleais. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 143/176.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- 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, António Pinto. Harmonização legislativa e protecção do consumidor. In: CORDEIRO, Antonio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Vol. 2. Almedina, 2008. p. 1447/1472.
- \_\_\_\_\_. O Novo Regime da Contratação a Distância: breve apresentação. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 11/18.
- MOREIRA, Teresa. Novos Desafios para a Contratação à Distância: a

perspectiva da defesa do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 19/36.

NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 274.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. I. São Paulo: RT, 2010. p. 63/73.

PASSINHAS, Sandra. A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, Relativa aos Direitos dos Consumidores: algumas considerações. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 93/141.

\_\_\_\_\_. O Lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 15. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2019. p. 255/311.

PEREIRA, Alexandre L. Dias. Comércio Eletrónico de Conteúdos Digitais: proteção do consumidor a duas velocidades? *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 177/207.

PINTO, Paulo Mota. O Novo Regime Jurídico dos Contratos a Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial. *Estudos de Direito do Consumidor*. N. 9. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dez./2015. p. 51/91.

- SANTOLIM, César Viterbo Matos. Os Princípios de Proteção do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 55. São Paulo: RT, jul.-set./2005. p. 53/84.
- SANTOS, Vitória Monego Sommer. Reflexões sobre o Direito de Arrependimento no Comércio Eletrônico e a Atualização do CDC: contribuições ao PL 3.514/2015. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 126. São Paulo: RT, nov.-dez./2019. p. 375/404.
- 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.
- TARTUCE, Flávio; MONTEIRO, Gracileia. A Reforma do Código de Defesa do Consumidor: comentários ao PL 281/2021 e algumas sugestões. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 99. São Paulo: RT, mai.-jun./2012. p. 307/332.
- TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Direito de Arrependimento do Consumidor no Comércio Eletrônico. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. Vol. 22. São Paulo: RT, jul.-dez./2012. p. 99/118.
- VIAL, Sophia Martini. Contratos de Comércio Eletrônico de Consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 80. São Paulo: RT, out.-dez./2011. p. 277/334.

# CONTRATOS DE CRÉDITO AOS CONSUMIDORES: A TUTELA DO CONSUMIDOR *EX ANTE* E *EX POST* À CONCLUSÃO DO CONTRATO COM O PROFISSIONAL SOB O MANTO DO RISCO DE SOBRE-ENDIVIDAMENTO

*Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa\**

---

\* Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.



## SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.(s)	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
BdP	Banco de Portugal
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 5/2022, de 8 de fevereiro)
CCom	Código Comercial (Carta de Lei de 28 de junho de 1888, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto)
CDC	Centro de Direito do Consumo
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CEJUR	Centro de Estudos Jurídicos do Minho
Cf.	Confira/conforme
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
coord.	coordenação
CPC	Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 55/2021, de 13 de agosto)
DL	Decreto-Lei
DO	Depósito à ordem
DSTI	<i>Debt Service-to-Income</i>
e.g.	<i>exempli gratia</i> (por exemplo)
EUA	Estados Unidos da América
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FIN	Ficha de Informação Normalizada
FINE	Ficha de Informação Normalizada Europeia
i.e.	isto é
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 108/2021, de 7 de dezembro)
LOBP	Lei Orgânica do Banco de Portugal
LVT	<i>Loan-to-Value</i>
N.º(s)	Número(s)
p./pp.	página/páginas
Proc.	Processo
RALC	Resolução Alternativa de Litígios de Consumo

REFIT	<i>Regulatory Fitness and Performance Programme</i> (Programa para a Adequação e a Eficácia da Regulamentação)
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro)
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016)
RRCSAR	Regulamento de Relações Comerciais dos Serviços de Águas e Resíduos (Regulamento n.º 594/2018 da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, com a redação que lhe foi conferida pelo Regulamento n.º 781/2020)
RRCSEG	Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás (Regulamento n.º 1129/2020 da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos)
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAEG	Taxa Anual de Encargos Efetiva Global
TAN	Taxa Anual Nominal
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRIAVE	Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UCP	Universidade Católica Portuguesa
UE	União Europeia
Vol.	Volume

## INTRODUÇÃO

Nas modernas economias de produção em série e de consumo em massa, o acesso ao crédito reveste-se de fundamental importância para o financiamento da atividade empresarial e para a aquisição de bens e serviços, contribuindo decisivamente para a construção da identidade social e a criação de um sentimento de pertença à comunidade em benefício de camadas da população especialmente vulneráveis em razão de situação económico-financeira deficitária, baixo grau de instrução, idade avançada ou maior credulidade. Sem prejuízo, na atual era da financeirização da economia e do cidadão, a democratização já alcançada do crédito ao consumo – para lá das assimetrias na acessibilidade ao mercado de concessão de crédito, mormente a um crédito de qualidade (não predatório ou oferecido em condições usurárias) – é indissociável de um sério incremento de casos dramáticos de sobre-endividamento, com forte ressonância na saúde física e mental dos devedores inadimplentes e na manutenção da estabilidade emocional dos respetivos agregados familiares e da organização destes, globalmente considerados. De forma particularmente eloquente e com recurso a vocabulário tipicamente associado à medicina – enfatizando, assim, a enfermidade social que representa o sobre-endividamento –, a recente Lei n.º 14.181, de 1.º de julho de 2021, da República Federativa do Brasil, ao alterar o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), aditou ao seu artigo 4.º um ponto X, nos termos do qual constitui princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo a “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”.

A este fenómeno do sobre-endividamento dos consumidores não é alheio, reconheça-se, um comportamento

financeiro menos responsável dos clientes das instituições creditícias, os quais nem sempre se revelam capazes de estabelecer uma hierarquia racional de intenções de consumo, distinguindo as verdadeiras necessidades dos meros desejos, e de ponderar devidamente as implicações que a decisão de contratar, no presente, pode assumir no futuro das finanças pessoais e familiares, *maxime* se em causa estiver a obtenção de crédito para a aquisição de bens duradouros, como um imóvel ou um automóvel, e tal prática surgir desacompanhada de um planeamento financeiro orientado para a definição e consecução de objetivos de poupança. Por outro lado, a uma tomada de decisão irrefletida ou menos ponderada do consumidor, encontra-se associada, amiúde, uma prática comercial enganosa e/ou agressiva e, portanto, desconforme ao padrão de competência especializada e de cuidado exigível de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com o princípio civilizacional da boa-fé, o que reclama a consagração de mecanismos de proteção do contraente mais débil nos contratos de crédito ao consumo, seja em momento prévio, seja em momento posterior ao estabelecimento da relação negocial.

Neste conspecto, com o presente trabalho, propomo-nos analisar os principais meios de tutela do consumidor previstos, em especial, nos diplomas que regulam, entre nós, os contratos de crédito aos consumidores – o DL n.º 133/2009, de 2 de junho e o DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho –, reportados aos momentos de negociação e formação, de formalização e de cumprimento dos vínculos obrigacionais.

Por último, não podemos deixar de expressar público agradecimento ao nosso colega árbitro de conflitos de consumo, Dr. Alberto Saraiva de Menezes, pela cuidada e aturada revisão deste texto.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entre nós, a disciplina normativa dos contratos de crédito aos consumidores encontra-se prevista, principalmente, no DL n.º 133/2009, de 2 de junho<sup>2</sup> e no DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho<sup>3</sup>, diplomas que resultam, respetivamente, da transposição (no segundo caso, apenas parcial) para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, e da Diretiva n.º 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014<sup>4</sup>, duas diretivas que contêm algumas nor-

<sup>2</sup> Sucessivamente alterado, vigora com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto. Revogou o DL n.º 359/91, de 21 de setembro, que estabelecia normas relativas ao crédito ao consumo, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas do Conselho n.ºs 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990.

<sup>3</sup> Sucessivamente alterado, vigora com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto. Revogou os arts. 5.º, 6.º, 7.º-A, 7.º-B, 18.º a 22.º, 23.º-B, 24.º, 28.º-A e 30.º-A do DL n.º 349/98, de 11 de novembro, que regula a concessão de crédito para aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente. Acompanhando o entendimento de RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 79 e 85, é de "(...) interrogar se não teria sido melhor caminho revogar todo o diploma, regulando as situações residuais que ficarão por ele abrangidas por meio de preceitos inseridos na nova lei".

<sup>4</sup> A Diretiva 2014/17/UE também foi transposta parcialmente pelo DL n.º 81-C/2017, de 7 de julho, que estabelece o regime jurídico que define os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito e foi regulamentado, em várias das suas disposições, pelo Aviso do BdP n.º 6/2017. O art. 43.º, n.º 1 da Diretiva 2014/17/UE estabelece que "[a] presente diretiva não se aplica aos contratos de crédito em vigor antes de 21 de março de 2016". Em comentário a esta disposição, a propósito do início de vigência e da aplicação no tempo do DL n.º 74-A/2017, RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, pp. 7-8, sustenta que "(...) tal preceito só significa que os Estados-Membros não estão obrigados a aplicar as regras da Diretiva aos «contratos de pretérito», não impedindo os Estados-Membros de aplicarem as regras adotadas no âmbito da transposição da Diretiva aos mesmos, na medida

mas que impõem harmonização máxima e, como tal, não permitiram aos Estados-Membros manter ou introduzir no seu direito nacional disposições divergentes (mais ou menos estritas), que tivessem por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores<sup>5</sup>.

em que poderiam adotar regras de igual conteúdo ainda que não houvesse qualquer diretiva". E conclui: "[n]ão constando do Dec.-Lei 74-A/2017, de 23 de junho, qualquer regra sobre a sua aplicação no tempo, parece-me também claro, por força do disposto no art. 12.º, n.º 2, do Código Civil, que as novas regras sobre relações obrigacionais se aplicarão às resultantes de todos os contratos celebrados antes de 1.1.2018 que se mantenham em vigor para além dessa data".

<sup>5</sup> Considerando (9), 1.ª e 2.ª frases e art. 22.º da Diretiva 2008/48/CE; considerando (7), 1.ª frase e art. 2.º, n.º 2 da Diretiva 2014/17/UE, nomeadamente no que respeita à prestação de informação pré-contratual através do formato normalizado da FINE e ao cálculo da TAEG (arts. 14.º, n.ºs 1 e 2, e 17.º). Como sintetiza ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Harmonização legislativa e proteção do consumidor (A propósito do Anteprojeto do Código do Consumidor Português), in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1448, "(...) após um primeiro momento, em que o legislador comunitário se contentava em obter, em cada Estado membro, um patamar mínimo de defesa do consumidor – podendo cada Estado ir além desse patamar, mas não podendo ficar aquém dele, nas medidas que consagrasse para transposição da directiva –, assiste-se hoje, em contrapartida, à publicação de directivas que visam uma harmonização plena, retirando aos Estados membros uma liberdade de que anteriormente dispunham". No caso dos dois instrumentos de direito derivado (ou secundário) da UE referenciados em corpo de texto, *summo rigore*, enquanto a Diretiva 2008/48/CE "[e]m lugar (...) de uma pretendida harmonização plena, (...) não nos oferece mais do que uma harmonização parcial e relativa", pois "[p]ara além de, por um lado, nem todos os contratos de concessão de crédito ao consumidor caberem no seu âmbito de aplicação, não são considerados, por outro lado, quanto aos contratos abrangidos, todos os aspectos juridicamente relevantes" (PAULO DUARTE, "O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito", in *Liber amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 413-416), já a Diretiva 2014/17/UE assume a natureza de diretiva de harmonização pontual. Neste sentido, no "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020 (que teve como objetivo apresentar os principais resultados da avaliação REFIT de 2018-2019, bem como os ensinamentos retirados da aplicação da Diretiva desde a sua adoção), disponível online em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/>

Como se evidenciará na subsequente exposição, em relação a vários aspetos dos contratos de crédito, desde a formação até à sua cessação, os referidos compêndios legais estabelecem um regime estruturalmente unitário<sup>6</sup>, teleologicamente orientado a evitar o *sobre-endividamento* privado diretamente associado à atividade de crédito, entendido como a situação “em que o devedor se vê impossibilitado, de forma duradoura, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis”<sup>7</sup>. Porém,

.....  
TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0963&from=EN, reconhece-se que “foi dada flexibilidade discricionária aos Estados-Membros para fazerem uso de opções legislativas específicas em nove disposições opcionais. Além disso, algumas disposições da diretiva estabelecem objetivos claros, mas não especificam claramente o resultado a alcançar. Tal deu aos Estados-Membros alguma margem de discricionarieidade adicional na sua aplicação” (p. 1). E mais à frente, acrescenta-se que “[a]s lacunas da diretiva (...) foram ainda exacerbadas pelos resultados das opções legislativas feitas pelos Estados-Membros relativamente a determinados elementos da diretiva. Embora esta exigisse o desenvolvimento de um quadro jurídico harmonizado, específico para proteger os consumidores, que não existia em numerosos Estados-Membros na altura da sua introdução, dava flexibilidade aos legisladores nacionais relativamente a nove disposições facultativas, oferecendo aos Estados-Membros a possibilidade de fazerem uso de opções legislativas específicas” (p. 9), o que, conforme se conclui no mesmo “Relatório”, degenerou num “quadro normativo fragmentado em vários aspetos do crédito aos consumidores. Tal resulta num âmbito diferente de defesa do consumidor e afeta também a integridade do mercado interno do crédito aos consumidores, na medida em que coloca limites às operações transnacionais dos mutuantes” (p. 11). Este é, aliás, um dos principais fundamentos que justifica a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0347&from=EN>, de harmonização máxima [v. considerandos (13) e (14) e arts. 1.º, 42.º e 43.º], que se propõe revogar a Diretiva 2008/48/CE (art. 47.º), “(...) assegurando um elevado nível de coerência com a legislação da UE e de eficiência em termos dos impactos económicos e sociais avaliados (...), reduzindo a fragmentação do atual quadro jurídico” (p. 8).

<sup>6</sup> Considerando (20) da Diretiva 2014/17/UE.

<sup>7</sup> CATARINA FRADE, “Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas”, in CATARINA SERRA (org.), *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 10. No art. 54.º-A do Código de Defesa

atentas as especificidades que os contratos de crédito hipotecário encerram, mormente pela importância do compromisso (por regra, de valor avultado e de longo prazo), assumido pelo consumidor, pelas consequências que o mesmo pode importar para a manutenção do equilíbrio da situação orçamental daquele e do seu agregado familiar<sup>8</sup> e, inclusive, para a estabilidade do próprio sistema financeiro – como superiormente demonstrado pela crise internacional de 2007-2008 (conhecida por crise do *subprime*) –, a contratação de um crédito com garantia hipotecária ou equivalente é, compreensivelmente, objeto de uma malha normativa de maior exigência, com o desiderato de promover a concessão responsável de crédito<sup>9</sup>.

.....

do Consumidor da República Federativa do Brasil, que abre o capítulo VI-A (“Da prevenção e do tratamento do superendividamento”), todo ele aditado pela Lei n.º 14.181, de 1.º de julho de 2021 (vulgarmente conhecida como “Lei do Superendividamento”), prescreve-se assim: “Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. § 2º As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada. § 3º O disposto neste Capítulo não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor”.

<sup>8</sup> Assinalando a “importância normativo-social do crédito à habitação” e a (especial) necessidade de tutela do consumidor, visto tratar-se, amiúde, do “único meio de acesso à habitação, sobretudo num país como o nosso, em que o mercado de arrendamento se viu (e, em certa medida, se vê) estrangido e sufocado”, mas, também, “responsável, em larga medida, pelo endividamento das famílias, que assume, em tempos de crise, proporções preocupantes”, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais, Principia, 2016, pp. 157-160.

<sup>9</sup> Considerandos (3) e (22) da Diretiva 2014/17/UE. Por outro lado, não é sustentável, sem mais, uma aplicação, com as devidas adaptações, do



## 2. ÂMBITOS SUBJETIVO E OBJETIVO DE APLICAÇÃO DOS DIPLOMAS EM ESTUDO

O âmbito subjetivo de aplicação de cada um dos regimes acima identificados integra contratos de crédito celebrados entre um “credor” (ou “mutuante”, ainda que com recurso a um intermediário de crédito<sup>10</sup>) e um “consumidor”, correspondendo o primeiro a qualquer sujeito que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua atividade comercial ou profissional, nomeadamente uma entidade habilitada a exercer, a título profissional, a atividade de concessão de crédito em Portugal<sup>11</sup>, e o segundo a qualquer pessoa

regime do crédito ao consumo aos contratos de crédito com garantia hipotecária, na medida em que nestes últimos – ao contrário daqueles que são regidos pelo DL n.º 133/2009 – raramente se verifica uma relação entre o vendedor do imóvel e o financiador e, na maior parte dos casos, alienante e adquirente do bem são dois particulares (relação *peer-to-peer*).

<sup>10</sup> Por “intermediário de crédito” entende-se a pessoa, singular ou coletiva, que não atua na qualidade de credor (ou mutuante) e que, no exercício da sua atividade profissional, presta os seguintes serviços contra remuneração de natureza pecuniária ou outra forma de contrapartida económica acordada: i) Apresentação ou proposta de contratos de crédito a consumidores; ii) Assistência a consumidores, mediante a realização de atos preparatórios (ou de outros trabalhos de gestão pré-contratual) relativamente a contratos de crédito que não tenha apresentado ou proposto; iii) Celebração de contratos de crédito com consumidores em nome dos mutuantes [art. 4.º, n.º 1, al. f) do DL n.º 133/2009 e art. 4.º, n.º 1, al. l) do DL n.º 74-A/2017]. Assinala-se que, nos termos do art. 9.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009, os requisitos de informação pré-contratual previstos nos arts. 6.º a 8.º daquele diploma não são aplicáveis aos fornecedores ou aos prestadores de serviços que intervenham como intermediários de crédito a título acessório, o que, de acordo com o considerando (24), 3.º frase, da Diretiva 2008/48/CE, ocorre “se a sua actividade nessa qualidade não for o principal objectivo da sua actividade comercial ou profissional”.

<sup>11</sup> Nomeadamente, *instituições de crédito* [i.e., empresas que recebem do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e concedem crédito por conta própria – arts. 1.º-A, n.º 1 e 4.º, n.º 1, als. a) e b) do RGICSF], categoria onde se integram os bancos, as caixas económicas, a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo, as instituições financeiras de crédito e as instituições de crédito hipotecário [art. 3.º, als. a) a e) do RGICSF], e *sociedades financeiras* [i.e., empresas, com

singular – mas apenas pessoas físicas – que atue, nos negócios jurídicos abarcados pelos decretos-leis, com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional<sup>12</sup>.

Por sua vez, no que tange ao âmbito objetivo de aplicação, quer o DL n.º 133/2009, quer o DL n.º 74-A/2017 se dirigem a relações jurídicas por via das quais uma parte (o credor) concede ou promete conceder à sua contraparte (o con-

.....  
 exceção das instituições de crédito e das empresas de investimento, que tenham como atividade principal exercer, pelo menos, uma das atividades permitidas aos bancos, com exceção da receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público – arts. 2.º-A, al. kk) e 7.º do RGICSF], categoria onde se incluem as sociedades financeiras de crédito, criadas pelo DL n.º 186/2002, de 21 de agosto [art. 6.º, n.º 1, al. b), subalínea i) do RGICSF]. A este propósito, assinala-se o "Alerta sobre a concessão de crédito fácil através das redes sociais" emitido pelo BdP em 29.03.2021, disponível *online* em <https://www.bportugal.pt/comunicado/alerta-sobre-concessao-de-credito-facil-atraves-das-redes-sociais-0>, relativo a pessoas coletivas ou singulares, desprovidas de habilitação legal para o efeito, que propõem ao público, através da rede social Facebook, a concessão célere de empréstimos, sem formalidades complexas nem a prestação de garantias, com discrição e a todos os sujeitos, mesmo àqueles que não conseguem obter crédito junto do sistema financeiro (os quais, a final, não chegam a receber o montante de empréstimo solicitado).

<sup>12</sup> Art. 4.º, n.º 1, als. a) e b) do DL n.º 133/2009 e art. 4.º, n.º 1, als. d) e o) do DL n.º 74-A/2017. Adota-se a noção de consumidor em sentido jurídico-formal que vigora no Direito do Consumo da UE, como exaltado por JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 53 (*maxime*, nota de rodapé 99). No entanto, como decorre do considerando (12) da Diretiva 2014/17/UE, para efeitos de aplicação do DL n.º 74-A/2017 (e do DL n.º 133/2009), também deverá ser considerado consumidor aquele que celebra contrato com finalidade mista, i.e., para fins parcialmente abrangidos pela atividade comercial, empresarial ou profissional da pessoa singular e parcialmente excluídos dessa atividade, quando o uso não privado é "de tal modo limitado que não é predominante no contexto global do contrato". De resto, como assinala FERNANDO DE GRAVATO MORAS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 27, "no caso de o crédito servir a aquisição de dois objectos, um destinado a uso pessoal (v.g. um televisor) e outro para uso profissional (v.g., máquina industrial) – utilização mista do crédito – há que considerar apenas a parte do crédito utilizado para fins pessoais, pois só aqui se aplica a disciplina em apreço [do DL n.º 133/2009]".

sumidor) um empréstimo sob a forma de mútuo (oneroso)<sup>13</sup>, abertura de crédito<sup>14</sup>, diferimento de pagamento (venda a

<sup>13</sup> Na definição de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 497, trata-se do «contrato pelo qual o banco (mutuante) entrega ou se obriga a entregar uma determinada quantia em dinheiro ao cliente (mutuário), ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade ("tantundem"), acrescido dos correspondentes juros». Com o propósito de abarcar entidades emergentes no mercado de crédito que, até a esta data, não se encontram sujeitas à disciplina dos contratos de crédito aos consumidores, nomeadamente as plataformas de economia colaborativa e as empresas de *peer-to-peer (P2P) lending*, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final) integra no seu âmbito de aplicação os "prestadores de serviços de crédito de financiamento colaborativo quando estes serviços não são prestados por um mutuante ou por um intermediário de crédito" [v., nomeadamente, os considerandos (16), (17) e (18) e art. 2.º].

<sup>14</sup> Mais uma vez, na definição de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p. 497, a abertura de crédito, prevista no art. 362.º do CCom, é o "(...) contrato pelo qual um banco se obriga a colocar à disposição do cliente uma determinada quantia pecuniária (acreditamento ou "linha de crédito"), por tempo determinado ou não, ficando este obrigado ao reembolso das somas utilizadas e ao pagamento dos respectivos juros e comissões (...)". Em complemento daquela definição, lê-se no Ac. do TRG de 17.12.2015, proferido no Proc. n.º 100/12.4TBMSF-A.G1, Relator: João Diogo Rodrigues, que "[e]fetivamente, no seu núcleo essencial, o contrato de abertura de crédito é, tal como o mútuo ou o desconto bancário, um contrato de concessão de crédito; ou seja, um convénio mediante o qual uma entidade, que, por regra, é bancária, coloca à disposição de outra, temporariamente, determinada quantia em dinheiro. Mas, ao contrário do mútuo, em que a entrega do dinheiro (ou outra coisa fungível) é seu elemento constitutivo (artigo 1142.º do Código Civil), no contrato de abertura de crédito essa entrega, de dinheiro necessariamente, pode, ou não, ocorrer e, ocorrendo, pode ser feita em diferentes modalidades. Assim, por exemplo, no contrato de abertura de crédito simples, quando bancário, o cliente, embora possa utilizar parcialmente o capital, nunca o reutiliza depois de devolvido ao banco. Já no contrato de abertura de crédito em conta-corrente passa-se, justamente, o contrário. O cliente, para além de poder fazer utilizações parciais do crédito, pode ainda reutilizar os seus próprios reembolsos, desde que não ultrapasse, em cada momento, a diferença entre o capital em dívida e o limite máximo de crédito concedido, conforme acordado entre as partes (...). Numa outra modalidade, o contrato em causa pode ser configurado também como contrato de abertura de crédito garantido [a que se opõe a abertura de crédito a descoberto]; ou seja, um contrato mediante o qual o creditante se assegura, previamente, regra geral, do reembolso do capital mutuado, através de garantias, pes-

prestações ou prestação de serviços a prestações)<sup>15</sup> ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante “do ponto de vista económico-funcional”<sup>16</sup>, designadamente locação

soais e/ou reais, prestadas pelo creditado. O que lhe é característico é que o risco garantido não está associado à abertura de crédito em si mesma, mas aos créditos futuros dela emergentes”.

<sup>15</sup> Como dilucida HIGINA ORVALHO CASTELO, “Crédito ao consumo e diversidade de tipos contratuais”, Ação de Formação em Direito do Consumidor, CEJ, Lisboa, 7 de março de 2014, disponível *online* em [https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/9525/mod\\_folder/content/0/texto/texto\\_Higina\\_Castelo.pdf?forcedownload=1](https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/9525/mod_folder/content/0/texto/texto_Higina_Castelo.pdf?forcedownload=1), o contrato de crédito sob a forma de diferimento de pagamento não constitui um tipo contratual em si mesmo, antes se traduz numa “cláusula que pode ser inserida em qualquer contrato no âmbito do qual se estipule uma prestação de pagamento” e as partes acordem no seu diferimento, “para a totalidade do preço, que será exigível no fim de um dado prazo” ou “através de um pagamento em prestações”, não se confundindo com a figura do contrato de crédito coligado [cfr. art. 4.º, n.º 1, al. o) do DL n.º 133/2009], na medida em que, ao invés do que sucede naquela figura, “na concessão de crédito sob a forma de diferimento do pagamento há apenas um contrato (uma compra e venda, uma prestação de serviço, uma empreitada, etc.) no âmbito do qual é estipulado o diferimento do pagamento”.

<sup>16</sup> A adoção de um conceito económico-funcional de contrato de crédito em detrimento de uma *noção jurídico-estrutural* é defendida, fundamentadamente, por PAULO DUARTE, “O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito”, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 418-421, que, por apelo à doutrina alemã, avança com a seguinte definição de crédito: “concessão temporária de poder de compra (*Kaufkraft*), na expectativa do ulterior reembolso (ou pagamento), de tal modo que se permite [ao beneficiário] a utilização antecipada de rendimentos futuros”». Neste sentido, encontram-se excluídos do âmbito objetivo de aplicação do DL n.º 133/2009 os “contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que não prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada, seja no próprio contrato, seja em contrato separado” [cfr. art. 2.º, n.º 1, al. d) do DL n.º 133/2009]. Sem prejuízo, atendendo à *ratio* da norma do art. 4.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 133/2009, por interpretação extensiva, será de considerar incluído no âmbito objetivo de aplicação do diploma a “locação-venda”, por se tratar de “[...] um contrato próximo da locação financeira e do ALD [Aluguer de Longa Duração] que visa, menos conceder o gozo da coisa – embora tal também suceda –, e mais permitir a sua aquisição, que opera de forma automática, decorrido o prazo contratual” (Luís MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 337-338); no mesmo sentido, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 57-58. Também MIGUEL

financeira<sup>17</sup>, aluguer de longa duração ou emissão de cartão

BRITO BASTOS considera correto "(...) enquanto proposição *jurídica*, que através da celebração de contratos de mútuo onerosos o mutuante disponibiliza ao mutuário capital durante um período de tempo, sendo essa disponibilização remunerada pelo pagamento de juros", mas adverte que, *summo rigore*, a disponibilização de capital a cargo do mutuante não corresponde a uma prestação, em sentido técnico-jurídico, nem sequer a uma situação jurídica autónoma ou a um efeito jurídico, traduzindo-se, antes, na "(...) vantagem atribuída pelo mutuante ao mutuário através da *dilação temporal entre o momento da transferência do capital e o momento do vencimento da obrigação de reembolso*", qualificando-a, a final, como uma atribuição não obrigacional do mútuo, de natureza duradoura e de satisfação continuada. Sem prejuízo, ainda que por analogia, o autor propõe a extensão do regime do sinalagma (que *secundum legem* apenas se aplica à interdependência de obrigações) a "relações nas quais figurem atribuições não obrigacionais", fazendo radicar tal analogia "num juízo comparativo entre o vínculo que fundamenta este regime e o vínculo que exista entre outras espécies de atribuições", para, de seguida, acrescentar que "(...) a qualificação como atribuição negocial de vantagens que não correspondem a efeitos jurídicos, nem a situações jurídicas, não é estranha ao ordenamento", identificando um exemplo desta realidade no regime jurídico do contrato de seguro (DL n.º 72/2008, de 16 de abril, com a redação vigente que lhe foi dada pela Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro), nos seguintes termos: "No contrato de seguro, o segurador vincula-se a uma obrigação perante o beneficiário: a obrigação de indemnização. A constituição dessa obrigação é, contudo, contingente à verificação do sinistro. A vantagem que do contrato de seguro resulta para o seu beneficiário corresponde à cobertura do risco de verificação do sinistro, sendo evidente que essa vantagem existe para o beneficiário independentemente da verificação do sinistro. É, ademais, esta cobertura (e não a obrigação de indemnizar) que se encontra numa relação de sinalagma com a obrigação de pagamento do prémio a que o tomador se adstringe, o que revela que a estrutura atributiva típica do contrato de seguro configura como atribuição uma vantagem que não só não corresponde a uma obrigação, como não se traduz num efeito jurídico ou numa situação jurídica". Conclui que, no mútuo oneroso, estabelece-se uma relação de sinalgmicidade (em sentido amplo) entre a disponibilização do capital pelo mutuante e o pagamento de juros pelo mutuário, pois "(...) o mutuante disponibiliza o capital se o mutuário se obriga a pagar juros e para que o mutuário pague esses juros, enquanto o mutuário se obriga a pagar juros apenas se o mutuante lhe disponibilizar o capital e para que o mutuante lhe disponibilize o capital" – tudo cf. MIGUEL BRITO BASTOS, *O Mútuo Bancário – Ensaio sobre a estrutura sinalgmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 92-137.

<sup>17</sup> O regime jurídico do contrato de locação financeira encontra-se previsto no DL n.º 149/95, de 24 de junho, aí se definindo "locação financeira"

bancário (*crédito revolving*)<sup>18-19</sup>. Contudo, após análise mais

.....  
 como "o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados" (art. 1.º do DL n.º 149/95).

<sup>18</sup> Mas também a *facilidade de descoberto*, i.e., o acordo expresso pelo qual um credor permite a um consumidor dispor de fundos que excedem o saldo da sua conta de DO (típica na conta ordenado/reforma) e a *ultrapassagem de crédito*, i.e., o descoberto (salvo devedor) aceite tacitamente pelo credor, permitindo a um consumidor dispor de fundos que excedem o saldo da sua conta de DO ou da facilidade de descoberto acordada – art. 4.º, n.º 1, als. d) e e) do DL n.º 133/2009, embora com as exclusões parciais de aplicação do regime do diploma, previstas no seu art. 2.º, n.ºs 2, 3 e 4 (e com a particularidade de a norma do n.º 4 do artigo e diploma em referência determinar a aplicação dos arts. 1.º a 4.º, 23.º e 26.º e ss. aos contratos de crédito na modalidade de ultrapassagem de crédito, mesmo que o montante total do crédito concedido seja inferior a € 200 (duzentos euros). Densificando a definição de ultrapassagem de crédito, explica HIGINA ORVALHO CASTELO, "Crédito ao consumo e diversidade de tipos contratuais", Ação de Formação em Direito do Consumidor, CEJ, Lisboa, 7 de março de 2014, disponível online em [https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/9525/mod\\_folder/content/0/texto/texto\\_Higina\\_Castelo.pdf?forcedownload=1](https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/9525/mod_folder/content/0/texto/texto_Higina_Castelo.pdf?forcedownload=1), que se trata de um "(...) contrato que, na sua previsão típica, é formado por declarações tácitas que se extraem dos comportamentos concludentes do cliente, que dá uma ordem de saque (seja pela emissão de um cheque, seja por um levantamento direto na caixa, seja pelo uso de outro meio) de um valor superior ao que tem disponível na conta (disponível, ainda que por facilidade de descoberto acordada), e do credor que consente nesse saque, entregando ao consumidor ou a terceiro fundos de acordo com a ordem recebida, e que vão além dos titulados pelo cliente na conta à ordem".

<sup>19</sup> A propósito da emissão de cartão de crédito, importa distinguir entre *cartões bilaterais* e *cartões trilaterais*: no caso dos primeiros, sendo dois os sujeitos intervenientes na relação jurídica, o consumidor, em regra, só pode utilizar o cartão no âmbito da rede de estabelecimentos do comerciante (que, desta forma, pretende aumentar o volume de vendas), podendo optar pelo fracionamento do preço (advindo para o mesmo o pagamento de juros); já no caso dos segundos, merecem destaque os cartões bancários *stricto sensu*, os quais, além de limitarem o montante de utilização mensal do cartão, possibilitam, por opção do seu titular, o fracionamento da obrigação de reembolso (advindo para o mesmo o pagamento de juros e, eventualmente, de outros encargos) e, em regra, também, o levantamento de numerário a crédito nos balcões das instituições de crédito, em caixas automáticos ou de canais digitais (incidindo sobre cada operação, em regra, uma comissão fixa e uma comissão variável sobre o valor do levantamento,

detalhada, verifica-se que o DL n.º 74-A/2017 tem em vista, especificamente, a regulação da concessão de crédito garantido por hipoteca ou outro direito sobre imóveis, independentemente de os imóveis se destinarem ou não à habitação<sup>20</sup>,

.....

além do Imposto do Selo) – *cash advance* – cf. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 53-55. Como se esclarece no Ac. do TRE de 05.07.2017, proferido no Proc. n.º 873/07-2, Relator: Fernando Bento, o regime jurídico da utilização do cartão de crédito envolve “um negócio jurídico complexo, atípico, numa relação triangular em cujos vértices se encontram o emissor do cartão, o titular deste e o comerciante ou fornecedor de bens ou serviços, implicando um conjunto de contratos-meios, enquanto instrumentos para a realização do cumprimento do sistema negocial: a prestação de crédito e o eficiente meio de pagamento. Nessa relação triangular podem descortinar-se, com suficiente nitidez, três contratos distintos: - um, estabelecido entre a entidade emitente do cartão de crédito e o titular (contrato de emissão de cartão de crédito), pelo qual aquela se obriga a pagar o preço dos bens ou serviços por este adquirido com utilização do referido cartão e este, por sua vez, a reembolsar posteriormente e em determinado prazo, a emitente da importância despendida; - outro, entre a entidade emitente do cartão e o comerciante ou fornecedor, pelo qual este se obriga a vender os seus produtos e/ou a prestar os seus serviços aos titulares (entenda-se legítimos) daquele cartão, nada cobrando destes, e a apresentar os respetivos documentos comprovativos da transação àquela para dela receber o correspondente preço (contrato de associação); - outra ainda, entre os utilizadores de cartão e o comerciante ou fornecedor, normalmente subsumível a um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços”. Constituem notas típicas do contrato de emissão de cartão de crédito: a concessão, pelo prestador de serviços de pagamento emitente, de uma linha de crédito previamente contratada com aquele e sujeita a um limite máximo (*plafond*), que permite efetuar pagamentos de bens e serviços em lojas físicas ou *online* e, frequentemente, levantar dinheiro a crédito (adiantamento de numerário a crédito – *cash advance*) – cartão de crédito de utilização universal – e é reembolsada até à data-limite e nas condições acordadas com a instituição emitente do cartão (normalmente, com o acréscimo de uma taxa de juro fixa), podendo o cliente incorrer na obrigação de pagamento de juros em caso de não pagamento da totalidade do montante utilizado, nos termos convencionados; a natureza *revolving* (renovável) do crédito concedido, visto que, à medida que o cliente paga os valores anteriormente utilizados, o *plafond* volta a ficar disponível para realização de novas operações, as quais não se refletem de imediato numa conta de depósito à ordem, mas numa conta autónoma (conta-cartão); a renovação automática ou duração indeterminada do contrato.

<sup>20</sup> É certo que, como sumaria RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Coim-

enquanto o DL n.º 133/2009 visa disciplinar, de forma residual, os contratos de créditos aos consumidores, concedidos com juros ou outros encargos<sup>21</sup>, cujo montante total do crédito<sup>22</sup>

.....  
 bra, Almedina, 2018, pp. 19-20, "(...) o diploma aplica-se [aos] contratos de crédito com consumidores com as seguintes finalidades: - Financiamento da aquisição ou construção de quaisquer imóveis de habitação (*mesmo que não haja garantia hipotecária*); - Financiamento da aquisição ou manutenção de direitos reais de gozo sobre outros imóveis (*mesmo que não haja garantia hipotecária*); - Quaisquer outras, desde que o crédito seja garantido por hipoteca ou por outra garantia equivalente habitualmente utilizada sobre imóveis" [itálicos nossos]. Não obstante, como revela a prática quotidiana, os financiamentos da aquisição ou construção de imóveis de habitação ou da aquisição ou manutenção de direitos reais de gozo sobre outros imóveis são invariavelmente garantidos por hipoteca sobre imóvel.

<sup>21</sup> À semelhança do que se preceitua no art. 2.º, n.º 2, al. f) da Diretiva 2008/48/CE, o DL n.º 133/2009 não é aplicável aos contratos de crédito em que o crédito seja concedido sem juros e outros encargos [art. 2.º, n.º 1, al. f)]. A este propósito, o "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020, p. 6, identifica como lacuna da Diretiva a exclusão do seu âmbito objetivo de aplicação de "empréstimos que revelaram resultar mais facilmente em prejuízos para o consumidor (...), como empréstimos a taxa zero (...)", em virtude dos elevados encargos devidos em caso de pagamentos em atraso. Daí que, na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), se sugira suprimir a isenção do âmbito de aplicação do crédito sem juros nem outros encargos, "incluindo as soluções «compre agora, pague depois» («Buy Now Pay Later»), ou seja, os novos instrumentos digitais que permitem aos consumidores diferir o pagamento de compras que efetuem" [v. considerando (15)]. Por outro lado, verificando-se que o preço na modalidade de pronto pagamento contempla um desconto face ao preço praticado em caso de recurso ao crédito, deve concluir-se que o profissional está a conceder crédito – em termos relativos, existe, de facto, um juro –, pois está a remunerar-se pelo tempo e pelo risco do financiamento.

<sup>22</sup> Por "*montante total do crédito*" entende-se o limite máximo ou total dos montantes disponibilizados pelo contrato de crédito [art. 4.º, n.º 1, al. m) do DL n.º 133/2009], o qual não deve confundir-se com o preço do bem a adquirir ou o *custo total do crédito para o consumidor* [art. 4.º, n.º 1, al. g) do DL n.º 133/2009], como advertem HIGINA ORVALHO CASTELO, "Crédito ao consumo e diversidade de tipos contratuais", Ação de Formação em Direito do Consumidor, CEJ, Lisboa, 7 de março de 2014, disponível online em [https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/9525/mod\\_folder/content/0/texto/texto\\_Higina\\_Castelo.pdf?forcedownload=1](https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/9525/mod_folder/content/0/texto/texto_Higina_Castelo.pdf?forcedownload=1) e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS,



não seja inferior a € 200<sup>23</sup> nem superior a € 75 000, inclusive os contratos sem garantia hipotecária associada, cuja finalidade seja a realização de obras em imóveis de habitação (e com um montante total de crédito superior a € 75 000)<sup>24-25</sup>.

.....  
*Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009, Coimbra, Almedina, 2009, p. 16.*

<sup>23</sup> Com a exceção, como já vimos, dos contratos de crédito na modalidade de ultrapassagem de crédito, aos quais se aplicam as normas dos arts. 1.º a 4.º, 23.º e 26.º e ss. do DL n.º 133/2009, mesmo que o montante total do crédito concedido seja inferior a € 200 (art. 2.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009). Note-se, contudo, que o fracionamento do montante do crédito por contratos distintos, cada um com valor inferior a € 200, com o intuito de evitar a aplicação do DL n.º 133/2009, constitui fraude à lei, fulminada com a sanção de nulidade (art. 27.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do DL n.º 133/2009).

<sup>24</sup> Arts. 1.º (“Objeto e âmbito”), 2.º (“Operações excluídas”) e 3.º (“Outras exclusões”) do DL n.º 133/2009, em especial os arts. 1.º, n.º 2, 2.º, n.ºs 1, als. a) a c), e 5; arts. 1.º (“Objeto”), 2.º (“Âmbito”) e 3.º (“Operações excluídas”) do DL n.º 74-A/2017, em especial os arts. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1 e 3.º, al. a). Por conseguinte, constituem contratos de crédito ao consumo, regulados pelo DL n.º 133/2009, o crédito pessoal (para diversos fins, e.g. compra de equipamento ou mobiliário para a habitação, pagamento de despesas de educação ou de saúde, exceto aquisição de automóvel ou outros veículos, ou sem finalidade específica), o crédito automóvel (para financiamento da compra de automóvel ou outros veículos), a emissão de cartão de crédito, as linhas de crédito, a conta-corrente bancária e a facilidade de descoberto (todos crédito *revolving*, de renovação automática e com um limite máximo de crédito – v. ponto 4. da Instrução do BdP n.º 19/2017) e a ultrapassagem de crédito, desde que o crédito não seja garantido por hipoteca ou por outra garantia equivalente sobre um bem imóvel. Por sua vez, não é considerado contrato de crédito ao consumo o contrato de prestação continuada de serviços ou de fornecimento de bens (e.g. energia elétrica, água, gás natural, comunicações eletrónicas) de um mesmo tipo em que o consumidor tenha o direito de efetuar, por meio de prestações periódicas, o pagamento dos serviços ou dos bens à medida que são fornecidos (art. 4.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009). O contrato de seguro nos termos do qual o seguro seja pago em prestações mensais também constitui um exemplo deste tipo de contratos [v. considerando (12) da Diretiva 2008/48/CE].

<sup>25</sup> A propósito da previsão constante do art. 2.º, n.º 2, al. c) da Diretiva 2008/48/CE, nos termos da qual a referida diretiva não é aplicável a contratos de crédito cujo montante total de crédito seja inferior a € 200 ou superior a € 75 000, o “Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho

### 3. A TUTELA DO CONSUMIDOR EX ANTE À CONCLUSÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO

#### 3.1. PUBLICIDADE E INFORMAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL DE CARÁTER GERAL

Atento o papel essencial que as comunicações comerciais assumem na definição das escolhas e na tomada de

.....

sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020, pp. 4, 11-12, refere que "(...) parece haver um consenso geral relativamente ao facto de esses limites estarem a afetar a eficácia e a pertinência da diretiva. Os contratos de crédito de alto risco ["de curta duração e a custos elevados"], que frequentemente causam prejuízos aos consumidores, são muitas vezes inferiores a 200 EUR e, por conseguinte, não estão abrangidos pela diretiva", o que, inclusive, levou muitos E-M a se decidirem pelo alargamento do âmbito de aplicação do seu diploma de transposição aos contratos de crédito de valor inferior a € 200. E, por outro lado, "[e]mbora o limite de 75 000 EUR pareça representar um risco menor do ponto de vista da defesa do consumidor ou do mercado interno, vários Estados-Membros alargaram o âmbito de aplicação da diretiva (ou de algumas das suas disposições) também aos contratos de crédito superiores a 75 000 EUR", impondo-se, portanto, uma reflexão acerca da necessidade de ajustar ou até abolir tais limites mínimo e máximo. Na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), prevê-se a inclusão no seu âmbito objetivo de aplicação dos contratos de crédito aos consumidores de montante inferior a € 200 e de todos os contratos de crédito até € 100 000 [considerando (15) e art. 2.º, n.º 2, al. c) *a contrario*], assim como dos créditos sem garantia cuja finalidade seja a realização de obras em imóveis de habitação, incluindo os créditos com um montante total de crédito superior a € 100 000 (art. 2.º, n.º 3). Reconhece-se, desta forma, que é nos financiamentos de pequeno montante – créditos estes que revestem da maior importância para um devedor com poucos recursos financeiros próprios, especialmente vulnerável – que o risco de irracionalidade do devedor é mais elevado e, bem assim, que tais financiamentos podem encerrar um sério problema macroeconómico para países em que o número de cidadãos com baixos rendimentos é significativo, como é o caso de Portugal.

<sup>26</sup> No mesmo "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de

decisões pelos consumidores modernos<sup>27</sup>, a informação incluída nas mensagens publicitárias<sup>28</sup> a contratos de crédito, enforcing verdadeiros convites a contratar<sup>29</sup>, constitui o primeiro domínio objeto de regulação unitária, em prol da proteção do contraente mais débil, na fase pré-contratual. Assim, sem prejuízo das normas aplicáveis à atividade publicitária em geral, nomeadamente do disposto no DL n.º 330/90, de 23 de outubro<sup>30</sup>

.....  
crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020, p. 6, revela-se preocupação com a incerteza jurídica determinada pela não previsão expressa de "novas modalidades de concessão de empréstimos que surgiram em linha". Em particular, salienta-se a inexistência de qualquer referência aos "empréstimos entre pares", em que há lugar à "utilização de uma plataforma eletrónica para combinar mutuantes/investidores com mutuários/emissores para conceder empréstimos não garantidos, nomeadamente crédito aos consumidores", entre as exclusões do âmbito de aplicação da Diretiva 2008/48/CE elencadas no seu art. 2.º, n.º 2, o que parece apontar no sentido da sujeição de tais empréstimos à malha normativa da Diretiva, algo que, todavia, não se compatibiliza com a definição de "mutuante" adotada no mesmo instrumento de Direito secundário da UE, aí entendido como "a pessoa singular ou colectiva que concede ou promete conceder um crédito no âmbito das suas actividades comerciais ou profissionais" [cf. art. 3.º, al. b)].

<sup>27</sup> RUTE COUTO, "A relevância contratual da publicidade", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), *Estudos selecionados do Instituto Jurídico Português*, Vol. II – Temas de Direito dos Contratos, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, p. 63.

<sup>28</sup> Por apelo ao art. 3.º do DL n.º 330/90, de 23 de outubro, entende-se por "mensagem publicitária" qualquer forma de comunicação efetuada no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, nomeadamente com o objetivo, direto ou indireto, de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços.

<sup>29</sup> Uma declaração negocial reveste a natureza de *proposta contratual* desde que se verifiquem, cumulativamente, as características de *complexidade, precisão, firmeza (ou intenção de contratar) e adequação formal*, contendo, assim, todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, caso contrário será um mero *convite a contratar* – cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 7.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 111-115.

<sup>30</sup> Aprova o Código da Publicidade. Sucessivamente alterado, este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 30/2019, de 23 de abril.

e no DL n.º 57/2008, de 26 de março<sup>31-32</sup>, o ato comunicacio-

<sup>31</sup> Estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno. Este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 9/2021, de 29 de janeiro, que aprovou o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas. No Ac. de 15.03.2012, proferido no Proc. C-453/10 (J. Pereničová, V. Perenič *contra* SOS financ spol. s.r.o.), o TJUE declarou que a prática comercial consistente em indicar num contrato de crédito uma TAEG inferior à realidade deve ser qualificada de «enganosa», na aceção do art. 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE, desde que induza ou seja suscetível de induzir o consumidor médio a tomar uma decisão comercial que de outro modo não tomaria. Recorde-se, por outro lado, que, nos termos do n.º 3 do art. 9.º do DL n.º 57/2008, “[s]ão considerados *substanciais* os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras comunitárias” [itálico nosso], nomeadamente nos diplomas enunciados no n.º 4 do mesmo artigo e diploma.

<sup>32</sup> Apesar de se tratar do diploma de Direito do Consumo (a par daqueles que preveem e regulam as tarifas sociais de fornecimento de energia elétrica, de gás natural, de água e de serviços de acesso à Internet em banda larga – respetivamente, DL n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, DL n.º 101/2011, de 30 de setembro, DL n.º 147/2017, de 5 de dezembro e DL n.º 66/2021, de 30 de julho) que contem mais referências explícitas aos *consumidores (particularmente) vulneráveis*, a tutela que o DL n.º 57/2008 lhes oferece fica muito aquém do que seria desejável. À semelhança da Diretiva 2005/29/CE, o DL n.º 57/2008 “(...) utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais (...)” e, como tal, reclamam uma proteção adicional – considerando (18) da Diretiva 2005/29/CE e arts. 5.º, n.º 2 e 6.º, al. a) do DL n.º 57/2008. Sucede que, como assinala PEDRO MAIA, “Contração à distância e práticas comerciais desleais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC, FDUC, n.º 9, 2015, Edição Especial, pp. 143-176, *maxime* pp. 167-168, nos termos da al. a) do art. 6.º do DL n.º 57/2008, o acesso a tal tutela acrescida depende da pertença do consumidor a um “grupo *claramente identificável*” – não sendo, portanto, assegurada a um consumidor isoladamente considerado, ainda que especialmente vulnerável – e de que “o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção [substancial do comportamento económico do grupo]” e, em todo o caso, a avaliação

nal por via do qual um credor (ou mutuante) se proponha conceder crédito (ou se sirva de um intermediário de crédito para a celebração de contrato de crédito), além de dever obediência aos princípios da identificação, da veracidade, da transparência e do equilíbrio a que se subordina toda e qualquer publicidade a produtos e serviços financeiros<sup>33</sup>, haverá de indicar, através de um exemplo representativo<sup>34</sup>, a

.....  
do carácter desleal da prática comercial deve assumir "o ponto de vista do membro médio desse grupo" (art. 5.º, n.º 3 da Diretiva 2005/29/CE). Sobre o acervo de instrumentos normativos de *hard law* e *soft law*, internacionais, europeus e nacionais, que dedicam proteção aos consumidores vulneráveis, mormente aos consumidores idosos, vide MARGARIDA PAZ, "A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review*, ano LXII, 2021, número 1, tomo 2, pp. 655-679.

<sup>33</sup> Arts. 2.º a 5.º do Aviso do BdP n.º 10/2008. Por força dos referidos princípios, deve resultar inequívoca qual a instituição de crédito responsável pela comercialização do produto financeiro publicitado (*identificação*), deve respeitar a verdade, não deformando os factos, e ser atual (*veracidade*), não deve ser omitida ou dissimulada informação necessária, em cada caso, para uma correta avaliação das características que as instituições de crédito destaquem do produto financeiro anunciado (*transparência*) e, por último, as condições de acesso (nomeadamente, a exigência de aquisição de outros produtos, a fidelização por um período mínimo ou outros critérios cujo não cumprimento limite o acesso às características destacadas), restrições e limitações (nomeadamente, a existência de limites ao montante que o cliente pode aplicar num depósito) devem ter um destaque similar às características que as instituições de crédito realcem do produto financeiro (*equilíbrio*). De notar que, no art. 9.º do DL n.º 74-A/2017 se estabelece que é "proibida, em especial, qualquer forma de comunicação que possa criar falsas expectativas nos consumidores quanto à disponibilização ou ao custo de um crédito".

<sup>34</sup> Art. 5.º, n.º 5, proémio e al. c) do DL n.º 133/2009 e art. 10.º, n.º 5, al. f) e n.º 6 do DL n.º 74-A/2017. Deve ter-se em conta a frequência ou prevalência de certos tipos de contrato de crédito num determinado mercado ou, se preferível, basear o exemplo num montante de crédito que seja representativo da gama de produtos do mutuante e da clientela por ele visada, visto que estas podem variar consideravelmente de um mutuante para outro [considerando (19) da Diretiva 2008/48/CE e considerando (53) da Diretiva 2014/17/UE].

Taxa Anual de Encargos Efetiva Global (TAEG)<sup>35-36</sup> para cada

<sup>35</sup> Corresponde ao custo total do crédito para o consumidor, expresso em percentagem anual do montante total do crédito – incluindo juros (expressos pela TAN), comissões e despesas, nomeadamente com impostos e emolumentos relativos ao registo de hipoteca (no caso de se tratar de um crédito com garantia hipotecária), o custo com serviço acessório ao contrato de crédito, nomeadamente contrato de seguro, se necessário para a obtenção do crédito, e, se for obrigatória a abertura e manutenção de uma conta específica para a obtenção e gestão do crédito, os custos de manutenção da conta à ordem, os custos de utilização de meio de pagamento que permita a realização de operações de pagamento e a utilização do crédito nessa conta e outros custos relativos a operações de pagamento (art. 24.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009 e art. 15.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017) – e que torna equivalentes, numa base anual, a soma dos valores atuais do conjunto das obrigações assumidas, considerando o crédito utilizado, por um lado, e a soma dos valores atuais dos montantes dos reembolsos e os encargos, atuais e futuros, que tenham sido acordados entre o mutuante e o consumidor. A TAEG não inclui, todavia, os encargos devidos pelo consumidor pelo eventual incumprimento de obrigações assumidas no contrato de crédito [art. 24.º, n.º 3, al. a) do DL n.º 133/2009 e art. 15.º, n.º 3 do DL n.º 74-A/2017], as comissões de reembolso antecipado do empréstimo (art. 19.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009 e art. 23.º, n.º 5 do DL n.º 74-A/2017) e os custos notariais a pagar pelo consumidor pela celebração do contrato de crédito, se for o caso [art. 4.º, n.º 1, als. g) e i) do DL n.º 133/2009 e art. 4.º, n.º 1, als. g) e s) do DL n.º 74-A/2017].

<sup>36</sup> A propósito do regime especial sobre usura nos contratos de crédito ao consumo que, em termos inovadores, foi consagrado no art. 28.º do DL n.º 133/2009 – inexistente norma idêntica no DL n.º 74-A/2017 –, já tivemos oportunidade de explanar, noutra sede, a controvérsia existente na doutrina acerca da sujeição ou não das taxas de juro (juros remuneratórios e juros moratórios) aos limites ditados pelos arts. 559.º-A e 1146.º do CC (os juros anuais não podem exceder a taxa supletiva de juros legais, acrescida de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real), aplicáveis ex vi art. 102.º, § 2 do CCom, quando o concedente do crédito é uma entidade sob a supervisão do BdP. Enquanto a doutrina maioritária e a jurisprudência largamente dominante defendem que as taxas de juro praticadas no domínio das operações e contratos desenvolvidos por aqueles concedentes foram praticamente liberalizadas por força do n.º 2 do Aviso do BdP n.º 3/93, alguns autores (a par de parca jurisprudência ainda, de que é exemplo único o Ac. do TRP de 22.05.2019, proferido no Proc. n.º 1553/17.0T8MTS.P1, Relator: Joaquim Ferreira Gomes) já se vêm insurgindo contra tal entendimento, assinalando, no essencial, que: a norma do n.º 2 do Aviso n.º 3/93, enquanto manifestação do poder regulamentar da autoridade reguladora do sistema bancário, foi emitida depois da revogação da norma habilitante, que constava do art. 28.º, n.º 1, al. b) LOBP de 1975 (revogada, esta, pela LOBP de 1990), pelo que, à luz do princípio da legalidade, nas vertentes de precedência e prevalência da

lei (arts. 112.º, n.º 7 e 266.º, n.º 2 da CRP), não poderia uma disposição com natureza regulamentar proceder à derrogação das normas legais imperativas do CC e do CCom a que atrás aludimos (CARLOS GABRIEL DA SILVA LOUREIRO, "Juros usurários no crédito ao consumo", in *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. V, n.º 8, 2007, pp. 265-280); as normas dos arts. 18.º, 22.º e 23.º, al. f) da LOBP de 1990 suscitam sérias dúvidas quanto à sua idoneidade para conferirem a necessária habilitação à previsão daquela disciplina em matéria de juros, por via regulamentar, e, ainda que se admita a existência de lei prévia, com um grau de pormenorização suficiente, que habilite o BdP a emanar aquele Aviso n.º 3/93, importa «(...) demonstrar – ponto este que exige uma valoração que extravasa o campo estritamente jurídico, entrando no financeiro e até na macroeconomia – que essa "intervenção" é necessária», nos termos do art. 16.º, n.º 1, al. a) da LOBP de 1998 (Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, atualmente em vigor), para "garantir os objetivos da política monetária e cambial" (MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 264-265); "se interpretado como único limite de taxas de juro e de usura, [o art. 28.º do DL n.º 133/2009] permite que as taxas de juro cresçam exponencialmente [um acréscimo, em cada trimestre, de 25% da taxa média do trimestre anterior para aquele específico tipo de operação, ou de 50% da taxa média da globalidade do contrato de crédito ao consumo celebrado no trimestre anterior] sem limite" temporal (sendo estas taxas médias divulgadas periodicamente pelo BdP, com base nos elementos de informação a prestar ao supervisor relativamente aos contratos de crédito aos consumidores abrangidos pelo âmbito de aplicação do DL n.º 133/2009, cf. Instrução do BdP n.º 14/2013, de 17 de junho), donde, considerando que "a *ratio juris* imanente ao regime jurídico do crédito ao consumo é de *ordem pública de proteção do consumidor*, não é de proteção do seu financiador, não é defensável (...) o abandono dos consumidores a taxas de juro como aquelas que são permitidas pela sua limitação apenas ao regime do art. 28.º do DL 133/09 com dispensa [da aplicação] dos limites dos arts. 559.º e 559.º-A do Código Civil e do art. 102.º do Código Comercial" a "(...) taxas das operações bancárias (...) objetivamente mercantis, porque assim o são as operações de banco, segundo o art. 362.º do Código Comercial" – em sentido objetivo (*vide*, também, art. 2.º, 1.ª parte do CCom) – e de acordo com os arts. 2.º, 2.ª parte e 13.º do CCom – em sentido subjetivo (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "Taxas de Juro do Crédito ao Consumo – Limites Legais", in e-book "Direito Bancário", CEJ, fevereiro de 2015, disponível *online* em [https://cej.justica.gov.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](https://cej.justica.gov.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf)); de acordo com o art. 559.º-A do CC (aditado pelo DL n.º 262/83, de 16 de junho), "[é] aplicável o disposto no artigo 1146.º a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou atos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação do prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos" –, sendo, portanto, extensivo a todas as obrigações que se traduzam em formas de remuneração de capital mutuado, inclusive aos juros bancários, ao contrário do regime anterior

do art. 10.º do Decreto 21730, de 14 de outubro (MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *De novo os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras*, Revista de Direito Comercial, pp. 505-544, acessível online em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5d72610d8cb59266acd27831/1567777039890/2019-17.pdf>). Projetando o seu entendimento no regime postulado no art. 28.º do DL n.º 133/2009, PESTANA DE VASCONCELOS, depois de acentuar que a norma que determina a redução automática da TAEG, prevista do art. 28.º, n.º 6, daquele diploma legal, "(...) não constitui uma regra excepcional relativamente ao art. 1146.º, permitindo a fixação de taxas de juro superiores" e que os comandos normativos ora em confronto visam "(...) regular figuras diferentes, calculadas de forma diversa: num caso uma taxa de juro, noutra uma forma de expor percentualmente o conjunto de custos associados ao crédito, no qual se inclui, também, a taxa de juro", assevera que a aplicação do art. 1146.º do CC importa, então, "a realização de três operações diversas: (i) Em primeiro lugar, verificar se a taxa de juro nominal está dentro dos limites do art. 1146.º, e, quando não esteja, proceder à redução aos máximos legais (art. 1146.º, n.º 4). Desde logo, por força da aplicação deste limite, o valor em excesso que tenha sido pago terá que ser restituído, uma vez que se trata de um caso de nulidade parcial (art. 289.º, n.º 1). (ii) De seguida, integrar na fórmula de cálculo da TAEG a taxa de juro nominal apurada, traduzi-la no montante de juros, e fixar o seu valor. (iii) Por fim, aplicar os limites definidos para a TAEG (e já não para a taxa nominal, sublinhe-se novamente) ao valor apurado. Ultrapassados esses máximos, que assentam (...) nas taxas médias para a generalidade, ou determinados, contratos de crédito ao consumo, poderá proceder-se à redução". Pela nossa parte, embora entendamos que a inexistência de previsão legislativa, mormente no DL n.º 58/2013, de 8 de maio (diploma fundamental na regulação dos juros bancários), que determine expressamente a inaplicabilidade dos limites de taxas de juro estatuidos nos arts. 559.º-A e 1146.º do CC e 102.º do CCom às operações bancárias ativas abona a favor da corrente doutrinal aqui desenvolvida, a fim de se dissiparem as divergências persistentes, consideramos que seria aconselhável uma intervenção legislativa que viesse consagrar *expressis verbis* uma das soluções em confronto. Para mais desenvolvimentos, vide CARLOS FILIPE COSTA, "As taxas de juro bancárias estão liberalizadas?", in Revista "Vida Judiciária", n.º 224, janeiro-fevereiro 2022, pp. 20-21. No mesmo sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Almedina, 2019, p. 212. Sublinhe-se que, de acordo com o n.º 6 do art. 28.º do DL n.º 133/2009, a estipulação de TAEG havida como usurária nos termos dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo e diploma se considera automaticamente reduzida a metade do limite máximo autorizado pelas mesmas normas, além de fazer incorrer o mutuante em responsabilidade contraordenacional (art. 30.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009). Na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), prevê-se que os E-M devem fixar limites máximos para um ou vários dos seguintes elementos: as taxas de juro aplicáveis



modalidade de crédito<sup>37</sup> – a fim de não criar uma falsa expectativa no consumidor quanto à disponibilização ou ao custo de um crédito com recurso a expressões como gratuito, sem juros ou outras equivalentes<sup>38</sup> –, fazendo-o de forma objetiva, legível e perceptível para o consumidor<sup>39</sup>, ajustada ao meio de comunicação utilizado, com, pelo menos, igual destaque ao conferido a qualquer taxa de juro, nomeadamente a Taxa Anual Nominal (TAN)<sup>40</sup>, considerando que a TAEG, a

.....  
aos contratos de crédito aos consumidores; a TAEG; o custo total do crédito para o consumidor [v. considerando (65) e art. 31.º].

<sup>37</sup> Se, em função das condições concretas do crédito, houver lugar à aplicação de diferentes TAEG, todas devem ser indicadas (art. 5.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009 e art. 10.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017).

<sup>38</sup> Art. 5.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 e art. 10.º, n.º 1 do DL n.º 74-A/2017. Nos termos do art. 13.º do Aviso do BdP n.º 10/2008, na publicidade a produtos e serviços financeiros, as expressões «sem juros», «0 % de juros» ou outra similar só podem ser utilizadas quando não for exigível ao cliente o pagamento de quaisquer juros e as expressões «sem custos», «sem encargos» ou outra similar só podem ser utilizadas quando não for exigível ao cliente o pagamento de quaisquer juros, comissões ou outros encargos.

<sup>39</sup> Art. 5.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009 e art. 10.º, n.º 3 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>40</sup> Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 14.º e dos n.ºs 1 a 3 do art. 15.º do Aviso do BdP n.º 10/2008, alterado pelo Aviso do BdP n.º 5/2017, na publicidade a contratos de crédito regulados pelo DL n.º 133/2009 e pelo DL n.º 74-A/2017, os mutuantes devem indicar a TAEG com destaque similar às características relevadas daqueles produtos e um exemplo representativo da TAEG que inclua, se aplicável, o valor do indexante (calculado, pelo menos, no início da campanha publicitária e sempre que a mesma seja retomada, após interrupção, nos termos do art. 21.º do DL n.º 74-A/2017) e do *spread* da taxa de juro, se aplicável. Com a adoção da Lei n.º 32/2018, de 18 de julho, foi instituída a obrigatoriedade de os mutuantes refletirem integralmente a descida da taxa EURIBOR nos contratos de crédito para a aquisição ou construção de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento (ou nas prestações vincendas dos contratos de crédito em curso à data da sua entrada em vigor – art. 5.º, n.º 1), ainda que do apuramento da taxa de juro variável (i.e., da soma do indexante com o *spread*) resulte um valor negativo. Ao abrigo do art. 3.º da Lei n.º 32/2018, que veio aditar o art. 21.º-A ao DL n.º 74-A/2017, para efeito de repercussão da taxa de juro negativa, o mutuante pode deduzir o valor negativo apurado ao capital em dívida na prestação vincenda (n.º 2) ou constituir um crédito, a favor do mutuário, de montante idêntico àquele valor negativo, a deduzir aos juros vincendos, a partir do momento em que estes assumam valores positivos, sendo os juros

## par do Montante Total Imputado ao Consumidor (MTIC, em

vincendos abatidos ao crédito, até à extinção deste (n.º 3). Se no fim do prazo convencionado para o contrato de crédito subsistir um crédito a favor do mutuário, deve o mutuante proceder ao seu pagamento (n.º 4). Para uma análise crítica, pretérita à adoção da Lei n.º 32/2018, dos “expedientes de que os bancos tentaram (e tentarão) lançar mão para salvaguardar a sua posição, em confronto com as regras de proteção do consumidor”, nos “créditos à habitação já contratados” – defendendo, como premissa básica, que “(...) tendo sido estabelecida uma taxa variável, sem qualquer limitação, a sua repercussão haverá de se fazer sentir ainda que implique a redução do capital mutuado”, por força da “marca de aleatoriedade (...) determinada ao abrigo da liberdade contratual das partes”, só sendo de admitir uma modificação da taxa de juro aplicável se o banco “viesse invocar uma alteração superveniente do contrato que, sendo relevante, pudessem conduzir a esse resultado”, o que conclui não ser o caso da descida do valor do indexante –, e da possibilidade de as instituições incluírem nas suas condições gerais “uma cláusula nos termos da qual se estabeleça um limite mínimo de juros a pagar nas prestações dos empréstimos à habitação ou uma cláusula que determine a inaplicabilidade de uma taxa de juro negativa” nos “contratos a celebrar no futuro” – apontando no sentido da sua não sujeição à proibição do art. 22.º, n.º 1, al. c) da LCCG, porque, “(...) bem vistas as coisas, a instituição de crédito não se arroga a possibilidade de vir a alterar unilateralmente o contrato, antes prevendo um facto que, a verificar-se, determina uma alteração no modo como é calculado o juro”, mas admitindo que, em concreto, podia vir a ser considerada nula, por força da cláusula geral contida no art. 15.º da LCCG –, vide ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais, Principia, 2016, pp. 164-182. Em sentido diverso, não encontrando motivos para que o acordo de juros, contido em contrato de adesão, que preveja a limitação da variação negativa do indexante, seja considerado atentatório da cláusula geral da boa-fé plasmada no art. 15.º da LCCG, JOÃO SANTOS CARVALHO, *A (Hipotética) Remuneração do Mutuário. Efeitos das taxas de juro de referência negativas em contratos de crédito bancário*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 39-44. Com inegáveis benefícios em termos de segurança jurídica, o art. 3.º da Lei n.º 32/2018 surge em linha com as orientações emanadas do BdP com a Carta Circular n.º 26/2015/DSC – ao prescrever que “(...) quando a taxa de juro aplicada a contratos de crédito e de financiamento esteja indexada a um índice de referência, deve resultar da média aritmética simples das cotações diárias do mês anterior ao período de contagem de juros, entende este Banco que, nos contratos de crédito e de financiamento em curso, não podem ser introduzidos limites à variação do indexante que impeçam a plena produção dos efeitos decorrentes da aplicação desta regra legal”, embora admitindo, então, o BdP que “(...) as instituições de crédito podem, por outras vias [nomeadamente, a contratação de instrumentos de cobertura de risco de taxas de juro, em simultâneo com a operação de crédito], acautelar os efeitos da referida evolução nos contratos de crédito e de

termos absolutos)<sup>41</sup> constitui o indicador mais idóneo à plena compreensão do esforço exigido e do custo do crédito<sup>42</sup>, possibilitando uma adequada comparação das ofertas dos diferentes mutuantes. Os anúncios e material publicitário a operações de crédito reguladas pelo DL n.º 133/2009 e pelo DL n.º 74-A/2017 devem, ainda, incluir informações normalizadas que especifiquem, de modo claro, conciso e destacado, por meio de um concreto exemplo representativo, outros elementos caracterizadores do produto de crédito oferecido, como sejam a TAN, indicando se esta é fixa, variável (neste caso, indicando o indexante utilizado) ou uma combinação

.....  
financiamento que venham a celebrar no futuro” – e a norma do art. 21.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017 – ao determinar que “[a] taxa de juro é apurada com base na soma do *spread* da taxa de juro com o indexante, devendo o valor deste último resultar da média aritmética simples das cotações diárias do índice ou taxa de referência, observadas no mês de calendário anterior ao início do período de contagem de juros”. Podendo discutir-se o mérito das soluções adotadas por meio da Lei n.º 32/2018, designadamente na perspectiva do cumprimento dos requisitos de fundos próprios e rácios de capital a que as instituições de crédito se encontram adstritas, certo é que as mesmas vieram dar resposta às três interrogações elencadas por JOÃO SANTOS CARVALHO, a pp. 91-92 da obra acima referida, e que, de facto, reclamavam uma intervenção legislativa: saber se estava, ou não, vedado às partes limitar, por via contratual, a variação negativa do indexante, dúvida à qual o legislador nacional respondeu afirmativamente; saber se os mutuantes estavam, ou não, obrigados a contabilizar, para efeitos da determinação do valor do indexante, as cotações negativas que este apresentasse durante o período de contagem de juros relevante, e se este valor, quando negativo, devia, ou não, ser adicionado à margem contratada, reduzindo o respetivo valor, dúvidas às quais o legislador também respondeu, em ambos os casos, em sentido positivo; e, finalmente, saber se uma eventual taxa de juro global negativa originava uma obrigação de pagamento do mutuante ao mutuário, dúvida que mereceu, igualmente, uma resposta afirmativa, ainda que o crédito do mutuário sobre o mutuante seja, depois, objeto de compensação (arts. 847.º e ss. do CC), salvo na hipótese do n.º 4 do art. 3.º da Lei n.º 32/2018.

<sup>41</sup> Corresponde à soma do montante total do crédito e do custo total do crédito para o consumidor [art. 4.º, n.º 1, als. g), h) e m) do DL n.º 133/2009 e art. 4.º, n.º 1, als. g), m) e n) do DL n.º 74-A/2017].

<sup>42</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor”, *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Vol. LVII, Tomo 2 (2014), p. 2338.

de ambas, juntamente com a menção de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor, o montante total do crédito, a duração do contrato e o montante (e o número) das prestações<sup>43-44</sup>.

.....

<sup>43</sup> Art. 5.º, n.ºs 4 e 5 do DL n.º 133/2009 e art. 10.º, n.ºs 4 e 5 do DL n.º 74-A/2017. Preceitua o n.º 3 do art. 14.º do Aviso do BdP n.º 10/2008 que, na publicidade em que se anuncie uma prestação de um contrato de crédito regulado pelo DL n.º 74-A/2017, os mutuantes devem indicar, com destaque similar, o prazo de reembolso e o montante total do crédito associados à referida prestação. Adicionalmente, para os contratos regulados pelo DL n.º 74-A/2017, os mutuantes e, se for o caso, os intermediários de crédito vinculados, devem ter disponível, em permanência, nos seus sítios na Internet, informação pré-contratual geral clara, verdadeira, completa, compreensível e legível sobre os contratos de crédito, bem como disponibilizar nos seus balcões, em suporte papel ou outro suporte duradouro, mediante solicitação dos consumidores, informação geral que inclua, pelo menos, os elementos previstos no n.º 3 do art. 12.º, entre os quais figura um exemplo representativo que inclua o montante total do crédito, o custo total do crédito para o consumidor, o montante total imputado ao consumidor e a TAEG [al. g)].

<sup>44</sup> Uma das lacunas da Diretiva 2008/48/CE identificadas no "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020, com implicações ao nível da transparência durante a fase pré-contratual, respeita precisamente "(...) aos anúncios de crédito ao consumo transmitidos na televisão e na rádio. As disposições do artigo 4.º da diretiva levam a que algumas informações importantes sejam mostradas durante um período de tempo muito limitado ou ditas muito rapidamente, não dando tempo suficiente aos consumidores para as processar e recordar. Tal indica a dificuldade prática de tomar o atual artigo 4.º da diretiva eficaz de forma coerente em todos os tipos de meios de comunicação" (p. 7). Por conseguinte, no art. 8.º da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), em complemento das obrigações estabelecidas na Diretiva 2002/65/CE [sendo que, em caso de conflito entre as disposições, se aplicam as disposições da Proposta de Diretiva, enquanto *lex specialis* – considerando (8)], estabeleceu-se que, para os "(...) casos específicos e justificados em que o meio utilizado para comunicar as informações a incluir na publicidade não permita a sua apresentação visual, como é o caso da publicidade radiofónica, essas informações devem ser reduzidas, a fim de evitar a sobrecarga de informação e reduzir os encargos desnecessários" (pp. 10-11) – v. considerando (29) da Proposta de Diretiva.

### 3.2. INFORMAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL PERSONALIZADA E DEVER DE ASSISTÊNCIA AO CONSUMIDOR

Em caso de negociação direta com o credor/mutuan-  
te (ou intermediário de crédito), o consumidor tem direito a  
receber, em tempo útil<sup>45</sup>, antes da eventual celebração do  
contrato de crédito, informação personalizada que contenha  
os elementos necessários à comparação e ponderação das  
características dos produtos de crédito e à tomada de uma  
decisão consciente e esclarecida sobre a proposta contractu-  
al<sup>46</sup>, se necessário antecedida de um aconselhamento com  
terceiros. Tais informações devem ser prestadas, em papel ou  
noutro suporte duradouro, através da Ficha sobre Informação  
Normalizada Europeia em Matéria de Crédito a Consumido-

.....

<sup>45</sup> Apesar de o art. 6.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 não referir expressamente a exigência de prestação das informações *em tempo útil*, a mesma encontra-se postulada no art. 5.º, n.º 1 da Diretiva 2008/48/CE. Para que possa tomar a sua decisão "com pleno conhecimento de causa" [considerando (30)], no art. 10.º da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final) prevê-se que as "informações pré-contratuais devem ser prestadas ao consumidor, pelo menos, um dia antes de este se encontrar vinculado por um contrato de crédito ou uma oferta ou por um contrato ou uma oferta de prestação de serviços de crédito de financiamento colaborativo. Caso as informações pré-contratuais a que se refere o primeiro parágrafo sejam prestadas menos de um dia antes de o consumidor se encontrar vinculado pelo contrato de crédito ou oferta ou por qualquer contrato ou oferta de prestação de serviços de crédito de financiamento colaborativo, os Estados-Membros devem exigir que o mutuan-  
te e, se for caso disso, o intermediário de crédito ou o prestador de serviços de crédito de financiamento colaborativo enviem ao consumidor, em papel ou noutro suporte duradouro, um lembrete da possibilidade de exercer o direito de retratação do contrato de crédito ou do contrato de prestação de serviços de crédito de financiamento colaborativo e do procedimento a seguir para exercer esse direito, nos termos do artigo 26.º. Esse lembrete deve ser apresentado ao consumidor, o mais tardar, um dia após a celebração do contrato de crédito ou do contrato de prestação de serviços de crédito de financiamento colaborativo, ou após a aceitação da oferta de crédito" [v., também, considerando (32) da Proposta de Diretiva].

<sup>46</sup> Art. 6.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009.

res<sup>47-48</sup> – constante do anexo II ao DL n.º 133/2009 –, ou através da Ficha de Informação Normalizada Europeia (FINE)<sup>49</sup> –, cujo modelo consta do anexo I ao DL n.º 74-A/2017 –, consoante o tipo de contrato de crédito em causa, tendo em consideração os termos e as condições oferecidas pelo credor/mutuante e, se for o caso, as necessidades, a situação financeira e as preferências expressas pelo consumidor e os elementos por este fornecidos. Para além disso, as fichas de informação normalizada devem apresentar as condições e os custos do exercício do direito ao reembolso antecipado, as consequências para o consumidor dos compromissos associados ao empréstimo e o período durante o qual o credor/mutuante permanece vin-

<sup>47</sup> Art. 6.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009. Compete ao credor e, se for o caso, ao intermediário de crédito fazer prova do cumprimento dos deveres pré-contratuais de informação (art. 6.º, n.º 11 do DL n.º 133/2009). O n.º 5 do mesmo artigo e diploma estabelece uma presunção iilidível ou *ius tantum* (arts. 349.º e 350.º do CC) de cumprimento dos deveres de informação pré-contratual se o credor tiver entregado ao consumidor a Ficha sobre Informação Normalizada Europeia em Matéria de Crédito a Consumidores, devidamente preenchida.

<sup>48</sup> No "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020, pp. 4, 7 e 13, constata-se que "[e]mbora não haja dúvidas de que o formulário «Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores», constante do anexo II da diretiva, e constituído por vários quadros, pareça funcionar bem quando se recorre ao papel, o formato e a sua extensão não se adequam à tecnologia digital móvel moderna, utilizada por muitos consumidores. Por conseguinte, o objetivo do formulário de fornecer informações pré-contratuais úteis leva à divulgação obrigatória de informações de difícil acesso e compreensão para o consumidor num ambiente em linha [que prefere "um processo de concessão de crédito rápido e fácil], o que vai contra o seu objetivo original", uma preocupação que se agudiza quando se sabe que "(...) o setor dos empréstimos (...) tem vindo a ser progressivamente digitalizado, com um número cada vez maior de contratos de crédito ao consumo negociados e/ou celebrados em linha, prevendo-se que a tendência para uma maior digitalização se mantenha".

<sup>49</sup> Art. 13.º, n.º 1 do DL n.º 74-A/2017. Com a simulação das condições do contrato de crédito, que pode ser realizada aos balcões do mutuante ou do intermediário de crédito, através dos seus sítios na Internet ou por qualquer outro meio de comunicação à distância.

culado pelas informações pré-contratuais, por forma a que o consumidor disponha de tempo suficiente para comparar propostas, avaliar as suas implicações e tomar uma decisão informada (período que, no caso dos contratos de crédito hipotecário, é obrigatório e tem um prazo mínimo de 30 dias do calendário<sup>50</sup>). Acresce, ainda, a referência necessária à existência do direito de “livre revogação” (*rectius*, direito de arrendimento)<sup>51</sup> pelo consumidor, no caso dos contratos norteados pelo DL n.º 133/2009, e à impossibilidade de aceitação da proposta contratual do mutuante durante um “período mínimo de reflexão” de 7 (sete) dias, no caso dos contratos que se subordinam ao regime do DL n.º 74-A/2017<sup>52</sup>, com o qual se pretende assegurar que o consumidor (e o fiador, caso alguém se tenha constituído como tal) dispõe, necessariamente, de um hiato temporal tido como suficiente para

.....  
<sup>50</sup> Art. 13.º, n.º 4 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>51</sup> Enquanto negócio jurídico conducente à cessação de produção de efeitos do contrato, a revogação depende, em regra, do concurso de duas declarações de vontade, embora, excepcionalmente, seja reconhecida a apenas uma das partes – ou até a um terceiro – a faculdade de, unilateralmente, desfazer o vínculo negocial (v., e.g., arts. 927.º e 1170.º, n.ºs 1 e 2 do CC). Não obstante, a revogação encontra identidade com a figura prevista no art. 17.º do DL n.º 133/2009 pelo facto de também constituir um ato discricionário, independente da invocação de fundamento ou justo motivo, legal ou convencional, e pela sua eficácia meramente *ex nunc*.

<sup>52</sup> Estabelece-se, desta forma, um período de reflexão obrigatória, solução que reputamos de paternalista (porque já teve lugar um longo período de negociações) e que, inclusive, não se conforma plenamente com o disposto no considerando (23) da Diretiva 2014/17/UE: “(...) Convém que os Estados-Membros disponham de flexibilidade para fazer com que o período de reflexão, que não poderá exceder 10 dias, seja vinculativo para o consumidor, mas que, noutros casos, os consumidores que desejem contratar durante o período de reflexão o possam fazer e que, por uma questão de segurança jurídica das transações imobiliárias, os Estados-Membros tenham a possibilidade de dispor que o período de reflexão ou o direito de resolução caduquem caso o consumidor pratique qualquer ato que, nos termos da lei nacional, resulte na criação ou transmissão de um direito de propriedade associado ao contrato de crédito ou à utilização de fundos obtidos através desse contrato ou, se for o caso, transfira os fundos para um terceiro”.

ponderar se, de acordo com uma análise custo-benefício, o impacto financeiro do compromisso a que se irá vincular é acomodável nas suas finanças pessoais<sup>53</sup>.

Note-se que os modelos de Ficha de Informação Normalizada em Matéria de Crédito aos Consumidores e de FINE devem ser estritamente respeitados pelos credores/mutuan-tes, não sendo admitida qualquer alteração aos respetivos textos, designadamente para acrescentar ou remover algum campo, ainda que o mesmo não seja aplicável ao contrato de crédito em causa<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Art. 13.º, n.ºs 5 e 6 do DL n.º 74-A/2017. Esta previsão de um período de reflexão prévio à celebração do contrato não se confunde com a figura do direito de arrependimento, mecanismo cujo exercício é logicamente posterior à conclusão do vínculo negocial (v. segundo parágrafo do n.º 6 do art. 14.º da Diretiva 2014/17/UE e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 110).

<sup>54</sup> Considerandos (42) e (43) da Diretiva 2014/17/UE. Daí que todas as informações adicionais que o credor/mutuante (ou, se for caso disso, o intermediário de crédito) queira prestar ao consumidor devam ser entregues em documento separado, elaborado de forma clara, concisa e legível, anexo à Ficha de Informação Normalizada em Matéria de Crédito aos Consumidores ou à FINE, consoante o caso (art. 6.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009 e art. 13.º, n.º 9 do DL n.º 74-A/2017), para não complexificar a leitura do formulário onde constam os elementos essenciais do contrato. A este propósito, acompanhamos JOÃO PEDRO LEITE BARROS quando afirma que «o discurso de “quanto mais informação melhor para o consumidor” sucumbe, na prática, na conseqüente desinformação por parte desse», pelo que “não importa sobrelevar acerca da quantidade de informação transmitida ou até mesmo se houve o cumprimento estrito da lei pelo fornecedor. Ao revés, é mister averiguar a forma e o expediente que foi utilizado e saber se houve a compreensão e assimilação por parte do consumidor. Ou seja: ao tempo em que é necessário que o fornecedor traga todas as informações legais dispostas, ele não pode se isentar de elaborar mecanismos concisos para a melhor compreensão do consumidor (por exemplo: um exemplar de contrato detalhado e outro sintético, com as informações mais importantes).” – JOÃO PEDRO LEITE BARROS, “O excesso de informação como abuso do direito (dever)”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. VII, número 25, março 2017, pp. 13-60, em especial, pp. 15 e 20. No mesmo sentido, na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), dá-se nota que “[o]s inquiridos de todos os grupos de partes interessadas e dos Estados-Membros concordam que a informação que os consumidores obtêm nas fases de publicidade e pré-contratual deve



Neste encaço, no que tange, em particular, à FINE, a Diretiva n.º 2014/17/UE, com base nos dados recolhidos pela Comissão Europeia, reconheceu a necessidade de rever o seu conteúdo e apresentação<sup>55</sup>, com vista a “garantir que a mesma é clara e inteligível e contém todas as informações

.....  
ser simplificada e refletir a utilização crescente de dispositivos digitais, se se pretende atingir o objetivo de defesa do consumidor” (p. 6), pelo que uma das medidas adotadas consiste, precisamente, na “redução da quantidade de informações fornecidas aos consumidores na fase de publicidade, com incidência nas informações essenciais quando fornecidas através de determinados canais” (p. 7) e outra das medidas passa pela “(...) adaptação dos requisitos de informação para a utilização digital, nomeadamente através de um novo formulário [de uma página] «Síntese Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores» (...)” – v. art. 10.º da Proposta, “(...) que define as principais características do crédito em questão, a fim de os ajudar a comparar as diferentes ofertas. O objetivo é garantir que os consumidores podem visualizar todas as informações essenciais num relance, mesmo num ecrã de telemóvel” (pp. 9 e 11) – v. considerando (31) da Proposta de Diretiva. Apontando no mesmo sentido de que a máxima “quanto mais informação melhor para o consumidor” não merece acolhimento, na atual era dos *Big Data* e da Inteligência Artificial, atente-se, e.g., no risco de a decisão de concessão (ou não) de crédito ser deixada ao critério de dados armazenados numa máquina, que definem a parte dinâmica de um algoritmo, o qual pode estabelecer correlações entre dados (não económico-financeiros) sem qualquer relevância para a avaliação da solvabilidade do consumidor. Daí que, na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), sob considerando (47), se disponha nos seguintes termos: “A avaliação de solvabilidade deve basear-se em informações sobre a situação económica e financeira, incluindo as receitas e as despesas, do consumidor. As Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre a concessão e a monitorização de empréstimos (EBA/GL/2020/06) fornecem orientações sobre as categorias de dados que podem ser utilizadas no tratamento de dados para efeitos de avaliação da solvabilidade, que incluem comprovativos de rendimentos ou outras fontes de reembolso, informações sobre ativos e passivos financeiros ou informações sobre outros compromissos financeiros. Os dados pessoais, tais como os dados pessoais existentes nas plataformas de redes sociais ou dados de saúde, incluindo dados sobre o cancro, não devem ser utilizados ao efetuar uma avaliação da solvabilidade”.

<sup>55</sup> Até à adoção do DL n.º 74-A/2017 e da Instrução do BdP n.º 19/2017, os mutuantes deviam prestar a informação pré-contratual através do modelo de FIN constante do Anexo I à Instrução do BdP n.º 45/2012, não podendo acrescentar ou remover qualquer campo, ainda que não aplicável ao empréstimo em causa, salvo indicação expressa em contrário.

consideradas relevantes para os consumidores”, o que se traduziu, nomeadamente e em termos imperativos, na revisão da “ordem das rubricas de informação”, na adoção de uma “linguagem simples e clara” nas informações prestadas aos consumidores e, ainda, na introdução de alterações ao nível das secções apresentadas (entre outras, merece destaque o agrupamento das secções «Taxa nominal» e «Taxa anual de encargos efetiva global» numa única secção intitulada «Taxa de juro e outros custos» e a criação de uma nova secção com a designação «Características flexíveis», destinada a explicitar características adicionais oferecidas pelo mutuante como parte integrante do contrato de crédito e a que não seja feita referência nas secções precedentes, nomeadamente a possibilidade (ou não) de o mutuário transferir o empréstimo para outro mutuante)<sup>56</sup>. Determinou-se, de resto, a obrigação de facultar ao consumidor um quadro de amortização do empréstimo integrado na FINE, pelo menos nos casos em que o crédito for de juros diferidos, o reembolso do capital for diferido durante um período inicial ou a taxa devedora for fixa para todo o período de vigência do contrato de crédito<sup>57</sup>.

Uma derradeira consideração em matéria de informação pré-contratual personalizada para assinalar que o legislador europeu (e nacional) não ignorou o facto de, nos dias de hoje, em plena era de flexibilização e precarização no mundo do trabalho, a financeirização da economia se refletir, de forma substancial, em operações de crédito realizadas através de meios de comunicação à distância, sem a presença física e simultânea do credor/mutuante e do consumidor, e com recurso a meios de pagamento eletrónico. Assim, quando o contacto do credor/mutuante com o consumidor, tendente

.....  
<sup>56</sup> Tudo cf. considerandos (40) e (41) da Diretiva 2014/17/UE.

<sup>57</sup> Considerando (40) da Diretiva 2014/17/UE.

à conclusão de contrato de crédito, seja estabelecido por telefone, a descrição das principais características do serviço financeiro a fornecer deve incluir, pelo menos: o montante total do crédito e as condições de utilização; a duração do contrato de crédito; a taxa nominal e, quando aplicáveis, quaisquer índices ou taxas de juro de referência relativos à taxa nominal inicial (e.g., EURIBOR<sup>58</sup> ou taxa de referência do banco central) e o valor do *spread*, bem como os períodos, as condições e os procedimentos de alteração da taxa de juro [nomeadamente, a existência de limites à variação da taxa devedora, tais como limites máximos (*caps*) ou mínimos (*floors*)<sup>59</sup>]; o MTIC; a TAEG, ilustrada através de exemplo representativo que indique todos os elementos utilizados no cálculo desta taxa, sempre que possível ajustado às características do crédito cuja preferência o consumidor tenha comunicado (e.g. duração do contrato de crédito, montante total do crédito); o montante, o número e a periodicidade dos pagamentos a efetuar pelo consumidor; e, especificamente no caso dos contratos regulados pelo DL n.º 133/2009, a existência do direito de “livre revogação” pelo consumidor<sup>60</sup>.

.....

<sup>58</sup> Do inglês *European Interbank Offered Rate*, a EURIBOR é a taxa de depósitos a prazo interbancários denominados em euros oferecida na zona da União Económica e Monetária por um banco de primeira linha a outro, às 11 horas de Bruxelas, para os prazos compreendidos entre uma semana e um ano. É também usada como referência em diversos produtos financeiros, entre os quais se destaca o crédito à habitação com taxa de juro variável.

<sup>59</sup> Em caso de aplicação de diferentes taxas nominais, em função das circunstâncias, devem ser prestadas as informações referidas sobre todas as taxas aplicáveis.

<sup>60</sup> Art. 6.º, n.º 6 do DL n.º 133/2009 e art. 13.º, n.º 8 e secções 3 a 6 da parte I do anexo I ao DL n.º 74-A/2017. Acrescem, no caso dos créditos a consumidores sob a forma de pagamento diferido de um bem ou de um serviço específico e nos contratos coligados regulados pelo DL n.º 133/2009, a menção ao bem ou ao serviço em causa, assim como ao respetivo preço a pronto, e, no caso dos contratos de crédito com garantia hipotecária disciplinados pelo DL n.º 74-A/2017, ao valor presumido do imóvel, ao montante máximo disponível do empréstimo em relação ao valor do imóvel dado em garantia (rácio *loan-to-value* ou “LVT”) e às garantias exigidas (hipoteca de imóvel,

Em complemento ao dever de informação, para ambos os tipos de contratos de crédito aos consumidores de que vimos tratando, acresce o dever de assistência ou de prestação de esclarecimentos adequados ao consumidor, por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira, cabendo, assim, ao credor/mutuatante e, se for o caso, ao intermediário de crédito, explicitar ao devedor/mutuário as características essenciais dos produtos propostos, assim como descrever os efeitos específicos que deles decorrem para o consumidor<sup>61</sup>, incluindo as consequen-

.....  
 outro direito relativo a imóvel, fiança ou outra). De acordo com a “Recomendação A: Limites ao LTV para contratos de crédito à habitação e contratos de crédito com garantia hipotecária ou equivalente”, constante do art. 5.º da Recomendação do Banco de Portugal no Âmbito dos Novos Contratos de Crédito Celebrados com Consumidores (na sua versão consolidada aplicável a partir de 01.04.2022), para evitar a produção dos efeitos indesejáveis do *subprime shared ownership mortgage*, o mutuante não deve conceder crédito se o LTV for: - superior a 90% do valor do imóvel (entenda-se, 90% do preço de aquisição ou do valor da avaliação, consoante o montante que for mais baixo), no caso de crédito à habitação destinado à aquisição ou à construção de habitação própria e permanente que apresentem um LTV superior; - superior a 80% do valor do imóvel, no caso de crédito à habitação, crédito com garantia hipotecária ou equivalente destinado a outras finalidades, que não habitação própria e permanente; - superior a 100%, no caso de crédito com garantia hipotecária ou equivalente para aquisição de imóveis detidos pelos próprios mutantes ou no caso de contratos de locação financeira imobiliária.

<sup>61</sup> Vide, a este propósito, os arts. 73.º, 74.º, 75.º e 77.º, n.ºs 1 a 3 do RGICSF, onde se consagra, nomeadamente, o dever de os administradores e empregados das instituições de crédito, dotados de elevados níveis de competência técnica, procederem com diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados nas relações com os clientes. No último dever geral de conduta que se acaba de elencar – dever de respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados –, insere-se, e.g., o dever de alertar o cliente para determinados dados ou circunstâncias suscetíveis de lhe causar prejuízo, dever que, hodiernamente, adquire particular relevância face à perspectiva de aumento da taxa de juro de referência (EURIBOR), assim habilitando o consumidor a efetuar uma escolha racional, autodeterminada e esclarecida entre sujeição (do crédito) a taxa de juro fixa e taxa de juro variável.

ências da falta de pagamento das obrigações pecuniárias a que se vier a vincular, tendo em conta os conhecimentos do consumidor e a sua experiência em matéria de crédito, bem como a natureza e complexidade de cada um dos produtos de crédito comercializados<sup>62</sup>.

.....

<sup>62</sup> Art. 7.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 e art. 14.º, n.º 1 do DL n.º 74-A/2017. Compete ao credor/mutuante e, se for o caso, ao intermediário de crédito fazer prova do cumprimento do dever de assistência ao consumidor (art. 7.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009). Como assinala CLÁUDIA M. ALVES, "As Contas de Serviços Mínimos Bancários", in Anuário do NOVA Consumer Lab, Ano 3 – 2021, pp. 195-234, em especial pp. 200-201, disponível online em <http://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2022/02/NOVA-Consumer-Lab-2021.pdf>, "(...) todos os contratos bancários – contrato de abertura de conta e todos os demais que derivam daquele contrato que, segundo a conceção tradicional, estabelece a relação jurídica bancária – obedecem à mesma construção, i.e., assentam num modelo padronizado – o chamado contrato de adesão – composto nomeadamente de cláusulas contratuais gerais, predispostas unilateralmente pela IC [instituição de crédito] ou sociedade financeira, para uma pluralidade de sujeitos indeterminados (generalidade) (...), que não dispõem de margem de negociação daquelas cláusulas, limitando-se a aceitar ou a rejeitar o programa contratual que lhes é apresentado (rigidez)". Em consequência – prosseguindo com a mesma autora –, a tais contratos bancários (onde se incluem os contratos de crédito aos consumidores) aplica-se o DL n.º 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais e "(...) estabelece um conjunto de deveres, particularmente exigentes, que impendem sobre a entidade predisponente e dos quais depende a inclusão das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares", mormente o dever de comunicação (art. 5.º) e o dever de informação (art. 6.º), nos termos dos quais as cláusulas contratuais gerais "devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes", "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" e ser objeto de esclarecimento, respetivamente. Acresce que, no caso de contrato de emissão de cartão de crédito, o Aviso do BdP n.º 11/2001, nos seus n.ºs 4 e 5, estatui que "[o] contrato pode assumir a forma de contrato de adesão, podendo, neste caso, o contrato ser constituído pelas condições gerais de utilização com carácter mais estável e por um anexo donde constem as condições suscetíveis de mais frequente modificação", mas deve ser redigido "(...) em língua portuguesa e em linguagem clara, facilmente compreensível por um declaratório normal, e deve dispor de uma apresentação gráfica que permita a sua leitura fácil por um leitor de acuidade visual média". A este propósito, destaca

Também neste domínio dos deveres de informação e esclarecimento ao consumidor na fase pré-contratual se constata que as características específicas dos contratos de crédito com garantia hipotecária, reveladas pela prática corrente dos mutuantes, merecem especiais preocupações por parte do legislador europeu (e nacional)<sup>63</sup>, *maxime* quando esteja em causa a oferta aos consumidores de um conjunto de produtos ou serviços que possam ser adquiridos juntamente com o contrato de crédito – as designadas “vendas associadas” (ou “ofertas combinadas”)<sup>64</sup>.

.....

a autora que vimos citando um Ac. do STJ de 13.09.2016, proferido no Proc. n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1, Relator: Alexandre Reis – que, porventura, não mereceu o devido destaque na literatura jurídica –, o qual, a propósito de contrato de mútuo com hipoteca e fiança que serviu de título em processo executivo deduzido contra a fiadora (ali, executada/embargente), com previsão (aliás, típica) de cláusula de renúncia ao benefício da excussão prévia (art. 640.º, al. a) do CC), pré-determinada pelo mutuante, reza assim no seu sumário: “(...) VII – Por outro lado, o dever de atempada comunicação, face à sua identificada *ratio*, também não fica preenchido com as declarações constantes na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita a explicação do seu conteúdo, questão cuja pertinência mais se realça atentando na significativa complexidade do clausulado alusivo à «renúncia ao benefício da excussão prévia» e à sua elevada repercussão (importância) para a embargante, para quem, sendo uma funcionária administrativa, aquela é uma expressão de alcance jurídico dificilmente inteligível”.

<sup>63</sup> Neste sentido, o BdP, em cumprimento do determinado pelo n.º 4 do art. 14.º do DL n.º 74-A/2017, emitiu o Aviso n.º 5/2017, regulamentando o dever de assistência ao consumidor e estabelecendo deveres de informação aplicáveis aos mutuantes na negociação dos contratos de crédito regulados pelo DL n.º 74-A/2017.

<sup>64</sup> Importa distinguir entre *venda associada facultativa*, i.e., “a disponibilização ou a proposta do contrato de crédito em conjunto com outros produtos ou serviços financeiros distintos, sendo o contrato de crédito também disponibilizado ao consumidor separadamente, mas não necessariamente nos mesmos termos e condições em que é proposto quando associado àqueles produtos e serviços financeiros” e *venda associada obrigatória*, i.e., “a disponibilização ou a proposta do contrato de crédito em conjunto com outros produtos ou serviços financeiros distintos, não sendo o contrato de crédito disponibilizado ao consumidor separadamente” [art. 4.º, n.º1, als. v) e w) do DL n.º 74-A/2017].

Embora vigore um princípio-regra segundo o qual se encontra vedado aos mutuantes fazer depender a celebração de contratos hipotecários da realização de vendas associadas obrigatórias (*tying*)<sup>65</sup>, há de reconhecer-se que, em determinados casos, poderá justificar-se que os mutuantes proponham ou celebrem um contrato de crédito associado a um pacote com uma conta de pagamento ou uma conta-poupança (cuja única finalidade seja a acumulação de capital pelo consumidor destinado a reembolsar o crédito, pagar os respetivos juros, amealhar recursos com vista à obtenção do crédito ou constituir uma garantia suplementar para o mutuante em caso de incumprimento) ou exijam a subscrição de um ou mais contratos de seguro adequado, relacionado com o contrato de crédito (de que é exemplo típico o seguro de vida), caso em que o mutuante deve aceitar o contrato de seguro de um prestador que não seja o da sua preferência (habitualmente, aquele que integra o mesmo grupo financeiro), se tal contrato oferecer um nível de garantia equivalente ao do contrato proposto pelo mutuante, assim se salvaguardando a mobilidade dos consumidores<sup>66</sup>.

Em tais situações, sem restringir a liberdade de os mutuantes diversificarem a sua oferta e competirem com os demais *players* do mesmo mercado relevante, mas visando acauteelar a capacidade de os consumidores fazerem escolhas informadas e, dessa forma, contratarem produtos de crédito que vão ao encontro dos seus interesses, a FINE deve apresentar, na secção específica "Obrigações adicionais", os requisitos de abertura e manutenção de conta de depósitos à ordem<sup>67</sup> e de seguros exigidos (seguro de vida e/ou outro seguro) –

.....  
<sup>65</sup> Art. 11.º, n.º 1, 1.ª parte do DL n.º 74-A/2017. No mesmo sentido, o art. 29.º do DL n.º 133/2009.

<sup>66</sup> Art. 11.º, n.º 1, 2.ª parte, e n.º 2 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>67</sup> É discutível a imposição legal de aceitação, pelo mutuante, de abertura de conta numa instituição que não a sua, por se afigurar desadequada

com identificação da designação comercial do seguro, das coberturas mínimas exigidas e de outras condições que o mesmo deve necessariamente preencher, designadamente o período de tempo durante o qual é exigida a contratação do seguro –, acompanhados da informação expressa de que o consumidor pode optar pela contratação dos seguros junto de segurador da sua preferência, desde que a apólice do seguro contratado contemple as coberturas e os requisitos mínimos indicados.

Já em relação a produtos ou serviços propostos como vendas associadas facultativas (*bundling*), evitando condicionar as práticas comerciais nos mercados de serviços financeiros a retalho que possam até ser vantajosas para os consumidores, não deixa o legislador de determinar alguns específicos deveres de informação e de assistência ao consumidor, por forma a evitar a distorção da sua escolha e a manter uma concorrência sã e leal no mercado, de que são exemplo a obrigação de identificar separadamente as características e o custo de cada um dos produtos ou serviços propostos como vendas associadas facultativas, bem como o impacto da contratação desses produtos ou serviços no custo do contrato de crédito, nomeadamente no *spread* da taxa de juro, a obrigação de esclarecer o consumidor sobre a possibilidade de o contrato de crédito ser celebrado sem a aquisição de serviços acessórios<sup>68</sup> e, ainda, o dever de informar o consumidor sobre a possibilidade de resolver separadamente o contrato relativo a cada serviço, bem como as consequências do exercício de tal direito potestativo<sup>69</sup>.

Por último, ainda no quadro do dever de assistência, o preceito do n.º 3 do art. 14.º do DL n.º 74-A/2017 dispõe que, na

.....  
 ao carácter duradouro da relação jurídica bancária mantida entre cliente e instituição, que tem o seu início com a abertura de conta.

<sup>68</sup> Art. 9.º, n.º 1, als. b) e c) do Aviso do BdP n.º 5/2017.

<sup>69</sup> Art. 14.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017.



negociação do contrato de crédito, o mutuante deve ainda disponibilizar ao consumidor, em suporte papel ou outro suporte duradouro, em documento separado, anexo à FINE, a informação de que o consumidor goza da possibilidade de sujeitar o contrato, por acordo expresso entre as partes, às seguintes regras especiais: a) Ser apenas constituído seguro de vida do consumidor e de outros intervenientes no contrato de crédito e seguro sobre o imóvel, em reforço da garantia de hipoteca<sup>70</sup>; b) Previsão expressa de que a venda executiva ou dação em cumprimento do imóvel na sequência de incumprimento do contrato de crédito, pelo mutuário, o exonera integralmente e extingue as respetivas obrigações no âmbito do contrato, independentemente do produto da venda executiva ou do valor atribuído ao imóvel para efeitos da dação em cumprimento ou negócio alternativo<sup>71</sup>.

.....  
<sup>70</sup> Pronunciando-se em termos bastante críticos, RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 34-35, considera a redação da norma "muito infeliz, sendo, em última análise, incompreensível. Julgo que a melhor interpretação será a de considerar que o legislador pretendeu reafirmar a regra que consta do art. 23-A do Dec.-Lei 349/98, de 11 de novembro – também não inteiramente clara, mas menos infeliz –, segundo a qual a instituição de crédito mutuante e o mutuário podem acordar que «Em reforço da garantia de hipoteca da habitação adquirida, construída ou objeto das obras financiadas, incluindo o terreno, apenas pode ser constituído seguro de vida do mutuário e cônjuge e seguro sobre o imóvel», ou seja, afastar a possibilidade de exigência de outras garantias, durante a «vida» do empréstimo".

<sup>71</sup> Contrariamente a uma ideia que é comum ouvir-se na *vox populi*, ao mutuário não assiste o direito potestativo de entregar o imóvel hipotecado ao mutuante ("dação potestativa") e, dessa forma, extinguir imediatamente as obrigações que sobre si (ainda) impendem (como se verifica em alguns Estados dos EUA, submetidos ao sistema de *title theory*). Porque vigora, entre nós, um sistema de *full resource*, em que a hipoteca constitui uma garantia adicional em relação ao património do devedor (v. arts. 601.º e 686.º do CC), vale, antes, o disposto no art. 837.º (e ss.) do CC, onde se estabelece, a respeito do contrato nominado de dação em cumprimento, que a prestação de coisa diversa da que for convencionalmente devida (no caso, a transmissão de propriedade sobre coisa imóvel em detrimento das prestações pecuniárias acordadas), embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento. Sobre a (im)perfinência da convocação

### 3.3. DEVER DE AVALIAR A SOLVABILIDADE DO CONSUMIDOR

A par da necessidade de assegurar que o consumidor recebe, de forma clara, concisa e legível, informação pré-contratual personalizada e pormenorizada e é esclarecido de todos os aspetos atinentes à proposta do credor/mutuante para determinar, de entre o leque de produtos oferecidos, qual o contrato de crédito que melhor se adequa às suas necessidades e à sua situação financeira, em favor da plena e total concretização do objetivo último de prevenir a concessão de crédito irresponsável, que degenera em crédito incobrável (ou, pelo menos, de cobrança duvidosa) para o credor/mutuante e conduza, no limite, a uma situação de insolvência singular, reveste importância fulcral o cumprimento rigoroso do dever de avaliar a solvabilidade do consumidor antes da celebração do contrato (*responsible lending*), sob cominação de aplicação de sanções adequadas a punir um comportamento com zelo, prudência e diligência inferiores aos legalmente exigíveis<sup>72</sup>.

dos institutos do abuso do direito, na modalidade de desequilíbrio no exercício jurídico, e do enriquecimento sem causa no caso de manutenção da obrigação do pagamento da dívida para além do valor da adjudicação em sede de venda executiva, vide, *inter alia*, o Ac. do TRP de 31.10.2013, proferido no Proc. n.º 5074/10.3YYPRT-B.P1, Relator: José Manuel de Araújo Barros, o Ac. do TRL de 12.12.2013, proferido no Proc. n.º 23703/09.0T2SNT-B.L1-6, Relator: Maria de Deus Correia, e o Ac. do TRE de 05.02.2014, proferido no Proc. n.º 722/12.3TBBJA-A.E1, Relator: Acácio Neves. Sem prejuízo, de acordo com o considerando (27) da Diretiva 2014/17/UE, "(...) os Estados-Membros deverão incentivar os mutuantes a empreenderem diligências razoáveis para obterem pelo imóvel objeto de execução o melhor preço possível no contexto das condições de mercado".

<sup>72</sup> De igual modo, se as partes, após a celebração do contrato de crédito, decidirem aumentar o montante total do crédito, o credor/mutuante tem a obrigação de atualizar a informação financeira de que dispõe relativamente ao consumidor e avaliar, de novo, a solvabilidade deste (art. 10.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009 e art. 16.º, n.º 4 do DL n.º 74-A/2017). Naturalmente, o facto de o credor/mutuante se encontrar adstrito ao dever jurídico de avaliação de solvabilidade do devedor/mutuário não deve eximir o consumidor de, numa primeira instância, ponderar a sua capacidade financeira para pagar o ser-

Assim, a fim de proceder a uma rigorosa avaliação individual da capacidade e propensão do consumidor para assumir o serviço da dívida e reembolsar integralmente o crédito<sup>73</sup>, para além de considerar a idade e a situação profissional da-quele<sup>74</sup>, o credor/mutuante deverá basear-se nas informações que, no caso concreto, se revelem necessárias, suficientes e proporcionais sobre os rendimentos<sup>75</sup> e as despesas regulares<sup>76</sup> do consumidor e noutras circunstâncias económicas e finan-

.....  
viço da dívida, depois de refletir sobre a necessidade de recurso ao crédito e identificar o tipo de crédito mais ajustado à finalidade que com ele visa prosseguir, atendendo, para o efeito, entre outros índices, ao seu rendimento atual e futuro e à poupança de que dispõe (se aplicável), à álea inerente à sujeição a uma taxa de juro variável (se for o caso) e a outros compromissos já assumidos e à eventual flexibilidade a eles associada (tratando-se de despesas variáveis).

<sup>73</sup> Art. 4.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 74-A/2017. Não se ignora, naturalmente, que um reforço das exigências a observar pelo credor/mutuante na avaliação da solvabilidade do devedor/mutuário se reflete num agravamento dos custos de transação, expectavelmente repercutidos num encarecimento do crédito, tornando-o menos acessível aos consumidores.

<sup>74</sup> Para, a partir destes elementos, desenvolver um juízo de prognose quanto à manutenção do nível de rendimentos do consumidor, a qual, previsivelmente, não se verificará caso a idade da reforma ou a duração do contrato de trabalho ocorram em momento anterior ao término da vigência do contrato de crédito.

<sup>75</sup> A avaliação da solvabilidade deve basear-se preferencialmente nos rendimentos auferidos pelo consumidor que, pelo seu montante e periodicidade, apresentam um carácter regular (salário, remuneração de prestação de serviços ou prestações sociais), devendo o credor/mutuante atender ao rendimento auferido pelo consumidor, pelo menos, nos três meses anteriores ao momento em que procede à avaliação da solvabilidade, bem como à evolução que o rendimento registou nesse período, desconsiderando eventual expectativa de aumento dos rendimentos auferidos pelo consumidor (art. 7.º, n.ºs 1 a 3 do Aviso do BdP n.º 4/2017).

<sup>76</sup> Determinadas num montante razoável e prudente, que abranja 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, desconsiderando eventual expectativa de redução das despesas regulares do consumidor (art. 8.º, n.ºs 1 a 3 do Aviso do BdP n.º 4/2017).

ceiras, presentes e futuras (sendo previsíveis<sup>77</sup>) que lhe digam respeito e que possam assumir um impacto negativo na sua capacidade para cumprir o contrato de crédito, atenta a sua natureza, montante e características<sup>78</sup>. Estas informações

.....

<sup>77</sup> Designadamente: no caso de o contrato de crédito vigorar para além do termo do contrato de trabalho ou de prestação de serviços do consumidor e nas situações em que a vinculação do consumidor ao contrato de crédito se estende para além da idade legalmente prevista para a sua reforma, o credor/mutuante deve ponderar a eventual redução futura do rendimento auferido pelo consumidor; se o consumidor intervier noutros contratos de crédito enquanto fiador ou avalista, o credor/mutuante deve atender ao potencial aumento das despesas resultante da satisfação, em substituição do devedor principal, dos encargos a suportar com o cumprimento dos contratos de crédito em causa; sempre que estejam em causa contratos de crédito a taxa de juro variável ou a taxa de juro mista, o credor/mutuante deve avaliar o impacto de um aumento do indexante aplicável, nos termos definidos pela Instrução do BdP n.º 3/2018; nos casos em que o contrato de crédito preveja um período de carência no pagamento de juros ou de capital, o credor/mutuante deve considerar a capacidade do consumidor para cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito após o termo do período de carência; caso o contrato de crédito preveja o diferimento do pagamento de parte do capital mutuado, o credor/mutuante deve ponderar, com base nos elementos disponíveis, a capacidade do consumidor para pagar, no termo do contrato, o montante cujo pagamento foi diferido (tudo cf. art. 10.º, n.ºs 1 a 6 do Aviso do BdP n.º 4/2017).

<sup>78</sup> Art. 5.º, n.º 2 do Aviso do BdP n.º 4/2017, que estabelece procedimentos e critérios a observar na avaliação da solvabilidade dos consumidores pelas entidades habilitadas a exercer, a título profissional, a atividade de concessão de crédito em Portugal, aplicáveis aos contratos de crédito regulados pelo DL n.º 133/2009 e pelo DL n.º 74-A/2017 (art. 1.º do Aviso do BdP n.º 4/2017). Acolhem-se, aqui, as Orientações da Autoridade Bancária Europeia (EBA) sobre a avaliação da solvabilidade (EBA/GL/2015/11), de 19.08.2015 (*Final Guidelines on Creditworthiness Assessment*). Mais recentes são as Orientações da EBA sobre a concessão e a monitorização de empréstimos (EBA/GL/2020/06), de 29.05.2020 (*Final Report on Guidelines on Loan Origination and Monitoring*). A propósito da figura dos avisos emanados do BdP (v. arts. 76.º, n.º 1, 77.º, n.ºs 4 e 6, 77.º-C, n.º 4, 77.º-E, n.º 3 e 77.º-F, n.º 4, todos do RGI-CSF), conforme salientam MARIA RAQUEL GUIMARÃES e MARIA REGINA REDINHA, "A força normativa dos avisos do Banco de Portugal: reflexão a partir do Aviso n.º 11/2001, de 20 de novembro", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 707-723, o Direito Administrativo Bancário vem conhecendo "manifestações normativas controversas", uma das quais (não a única) se reconduz

podem ser obtidas junto de fontes internas ou externas, incluindo-se nas fontes externas as informações prestadas pelo próprio consumidor, a pedido do credor/mutuante – desde que esse pedido se circunscreva ao necessário e proporcional para os estritos efeitos de uma avaliação de solvabilidade adequada – ou, se for o caso, por aquelas facultadas ao intermediário de crédito durante o processo de pedido de concessão de crédito<sup>79</sup>.

.....

aos Avisos do BdP, publicados em 2.ª série do Diário da República, por via dos quais o supervisor produz as diretivas necessárias e suficientes para a prossecução dos seus poderes regulativos, “transformando *prima facie*, os avisos em normas regulamentares”. Cumpre sublinhar, contudo, que, enquanto entidade emitente dotada de competência regulamentar, o BdP deve obediência à delimitação da específica matéria suscetível de se considerar objeto de aviso e à posição relativa do aviso no quadro das fontes de direito, não constituindo questão controvertida a circunscrição do âmbito material consentido aos avisos “ao estabelecimento de diretivas de atuação” e do âmbito de eficácia subjetiva às “instituições de crédito e outras entidades sujeitas ao poder de supervisão do Banco de Portugal”. Afinal, o conteúdo normativo dos avisos está teleologicamente vinculado ao prosseguimento das finalidades enunciadas nas normas legais habilitantes e legitimadoras do poder regulamentar, na medida do estritamente necessário e suficiente para a prossecução funcional dos objetivos legalmente definidos, sob pena de ilegalidade do aviso e conseqüente paralisação dos efeitos que se lhe associam. Se os avisos emanados do BdP se dirigem exclusivamente às instituições submetidas à sua supervisão, pois “só estas estão funcionalmente habilitadas para cumprir as diretivas” emitidas por aquela autoridade reguladora independente, logo, *a contrario sensu*, os particulares nunca poderão ver a sua esfera jurídica imediatamente ameaçada pelo teor de um aviso do BdP, nem poderão invocar a titularidade de um direito subjetivo atribuído por norma nele contida. Sem prejuízo de tudo quanto antecede, como lucidamente repara ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 5.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014, p. 541, os avisos acabam por ingressar no sistema que as instituições de crédito disponibilizam aos particulares e – acrescentamos nós – até poderão revestir-se de valor jurídico para os clientes das instituições, fundamentando direito a indemnização, enquanto normas de proteção de interesses alheios (v. art. 483.º do CC), desde que o cliente se situe no círculo de potenciais lesados que a norma visa tutelar.

79 Art. 10.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 e art. 16.º, n.º 1, al. a) do DL n.º 74-A/2017. Procurando acompanhar e regular a implementação de sistemas de Inteligência Artificial para efeitos de avaliação de solvabilidade do consumidor (que envolvem a utilização de definição de perfis ou outro tratamento automatizado de dados pessoais), a Proposta de Diretiva do Parlamento Eu-

Sem prejuízo de o credor/mutuante, se necessário, prover pela confirmação da veracidade e atualidade da informação, "através da referência a documentação passível de verificação independente"<sup>80</sup>, impende sobre o devedor/mutuário a observância de deveres de colaboração e de lealdade para com a sua contraparte contratual, abstendo-se de prestar, deliberadamente, informações inexatas ou falsas ou omitir, de modo intencional, o seu fornecimento, com o propósito de evitar uma avaliação de solvabilidade negativa<sup>81</sup>.

.....

ropeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), ciente do "risco" e "implicações" elevadas que a sua adoção encerra [cf. considerando (48)], estabelece, sob art. 18.º, que os Estados-Membros devem assegurar que o consumidor tem o direito de obter intervenção humana por parte do mutuante para rever a decisão, assim como o direito de obter uma explicação clara acerca da avaliação da solvabilidade efetuada, nomeadamente as principais variáveis, a lógica e os riscos inerentes ao funcionamento do tratamento automatizado de dados pessoais utilizado, incluindo, designadamente, as principais variáveis, a lógica e os riscos inerentes, e o direito de exprimir o seu ponto de vista e de contestar a avaliação da solvabilidade e a decisão adotada.

<sup>80</sup> Art. 17.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017. De acordo com os n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo e diploma, o mutuante deve criar, em suporte duradouro, um processo individual para o consumidor cuja solvabilidade foi avaliada nos termos do art. 16.º do DL n.º 74/2017, a conservar durante todo o período de vigência do contrato de crédito e nos cinco anos seguintes ao seu termo, o qual deve conter toda a documentação relevante no âmbito do procedimento de avaliação da capacidade credífcia do mutuário, nomeadamente o relatório de avaliação do imóvel, as comunicações mantidas entre as partes, o relatório de avaliação da capacidade financeira e as propostas apresentadas. No mesmo sentido, vide também o art. 12.º do Aviso do BdP n.º 4/2017.

<sup>81</sup> O credor/mutuante deve advertir expressamente o consumidor de que a não prestação das informações consideradas necessárias ou a não entrega dos documentos indispensáveis solicitados, bem como a prestação de informações falsas ou desatualizadas tem como efeito a não concessão do crédito ou, sendo o caso, o não aumento do montante total do crédito (art. 6.º, n.º 2 do Aviso do BdP n.º 4/2017). Caso resulte demonstrado, após a celebração do contrato, que o consumidor prestou deliberadamente informações inexatas ou falsas ou não prestou, intencionalmente, informações que teriam conduzido a uma avaliação de solvabilidade negativa, o mutuante pode alterar ou até resolver o contrato de crédito (art. 16.º, n.º 5 do DL n.º 74-A/2017). A este propósito, v. considerando (58) da Diretiva 2014/17/UE.

A par da informação que vier a ser facultada pelo consumidor, o credor/mutuante deve avaliar a solvabilidade do consumidor e, por conseguinte, o risco do crédito no interesse daquele, através da consulta à base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito (CRC), de acordo com o disposto pelo regime aprovado pelo DL n.º 204/2008, de 14 de outubro<sup>82</sup> e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação<sup>83</sup>, atendendo aos princípios e regras decorrentes da legislação europeia e nacional sobre proteção de dados pessoais, em especial do RGPD<sup>84</sup> e da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto<sup>85</sup>, para verificação das

<sup>82</sup> Aprova, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 15/2008, de 18 de março, o regime jurídico relativo à Central de Responsabilidades de Crédito (CRC). Este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 47/2019, de 11 de abril.

<sup>83</sup> Art. 10.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 e art. 16.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 74-A/2017.

<sup>84</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Relevam, em particular, os princípios fundamentais da «limitação das finalidades», da «minimização dos dados» e da «integridade e confidencialidade», previstos, respetivamente, nas als. b), c) e f) do n.º 1 do art. 5.º do Regulamento (UE) 2016/679, por força dos quais os dados pessoais devem ser: recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados; e tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando-se, para o efeito, as medidas técnicas ou organizativas adequadas. Por conseguinte, nos termos do art. 7.º do DL n.º 204/2008, de 14 de outubro, as informações reunidas na CRC e prestadas pelo BdP às entidades sujeitas à sua supervisão não podem conter qualquer indicação acerca da localidade em que os créditos foram outorgados nem das entidades que os concederam, sendo que aquelas entidades, por seu turno, não podem proceder à transmissão, total ou parcial, da informação que lhes foi divulgada a terceiros.

<sup>85</sup> Lei de Proteção de Dados Pessoais, que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

responsabilidades efetivas ou potenciais de crédito concedido por entidades sujeitas à supervisão do BdP ou por outras entidades que, sob qualquer forma, concedam crédito ou realizem operações análogas, que se encontram registadas na CRC em relação à pessoa singular que lhe solicitou crédito.

Complementarmente e para os mesmos efeitos, o credor/mutuante pode proceder, ainda, à consulta de outras bases de dados públicas e privadas consideradas úteis para o efeito<sup>86</sup>, designadamente a lista pública de execuções a que se refere o DL n.º 201/2003, de 10 de setembro<sup>87</sup>, a fim de aquilatar se existem processos de execução pendentes contra o consumidor, bem como obter informação sobre bens penhorados no património do mesmo e, ainda, um elenco das ações instauradas contra o executado naqueles processos que hajam sido declaradas findas ou suspensas, o que se verificará, mormente, nos casos de extinção com pagamento integral, de extinção com pagamento parcial e de extinção por não terem sido encontrados bens penhoráveis<sup>88-89</sup>.

<sup>86</sup> Art. 10.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009 e art. 16.º, n.º 1, al. d) do DL n.º 74-A/2017.

<sup>87</sup> Regula, em cumprimento do disposto no n.º 4 do art.º 718.º do CPC, o registo informático de execuções. Sucessivamente alterado, este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 226/2008, de 20 de novembro.

<sup>88</sup> Art. 2.º, n.º 2 do DL n.º 226/2008.

<sup>89</sup> A propósito da avaliação da solvabilidade do devedor e das bases de dados de crédito a consultar pelo credor para o efeito, como se nota no "Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2008/48/CE relativa aos contratos de crédito aos consumidores" [COM(2020) 963 final], de 05.11.2020, p. 7, a Diretiva 2008/48/CE, para além de uma referência genérica, nos seus arts. 8.º e 9.º, às "bases de dados de crédito existentes nos Estados-Membros, que armazenam informações sobre o crédito existente dos consumidores e eventuais incumprimentos", relega para os E-M a definição específica das "informações a verificar" e das "condições em que o mutuante pode considerar que o consumidor é solvente", o que lhes confere um "poder discricionário considerável para regulamentar de forma mais pormenorizada a avaliação da solvabilidade", nomeadamente no que tange aos requisitos de "acesso dos mutuantes de outros E-M às bases de dados utilizadas no seu território" e ao teor dessas



De resto, no caso particular da concessão de crédito com garantia hipotecária, a hipótese de o valor do imóvel, devidamente apurado no contexto de uma avaliação a levar a cabo por perito avaliador independente<sup>90</sup> – habilitado para o efeito através de registo na CMVM<sup>91</sup>, nos termos da Lei n.º 153/2015, de 14 de setembro<sup>92</sup> –, superar o montante do crédito ou aumentar no futuro não deverá, em regra, constituir condição bastante para a tomada de uma decisão de concessão do crédito. Por outro lado, na aferição da solvabilidade do mutuário aquando da concessão de crédito, o mutuante deverá atender aos limites à maturidade recomendados, segundo o princípio *comply or explain*, no art. 7.º da Recomendação do Banco de Portugal no Âmbito dos Novos Contratos de Crédito Celebrados com Consumidores (na sua versão consolidada aplicável a partir de 01.04.2022), a saber: 40 anos para mutuários com idade inferior ou igual a 30 anos; 37 anos para mutuários com idade superior a 30 anos e inferior ou igual a 35 anos; 35 anos para mutuários com idade superior a 35 anos<sup>93-93</sup>.

.....  
base de dados, o que torna “a tarefa do mutuante mais difícil nas operações transnacionais”.

<sup>90</sup> À qual o consumidor deve sempre ter acesso, ainda que mediante entrega de duplicado dos relatórios e outros documentos da avaliação pelo mutuante, se realizada a expensas deste, ficando aquele, assim, em condições de, querendo, apresentar ao mutuante uma reclamação escrita relativamente aos resultados e motivação da avaliação – a qual deve ser objeto de resposta fundamentada por parte do mutuante –, ou até requerer ao mutuante a realização de uma segunda avaliação ao imóvel (art. 18.º, n.ºs 2 a 5 do DL n.º 74-A/2017).

<sup>91</sup> Art. 18.º, n.º 1 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>92</sup> Regula o acesso e o exercício da atividade dos peritos avaliadores de imóveis que prestem serviços a entidades do sistema financeiro nacional.

<sup>93</sup> No caso de contratos com mais do que um mutuário, considera-se a idade do mutuário mais velho (art. 7.º, n.º 2 da Recomendação). Na versão primitiva da Recomendação, previa-se que a maturidade dos novos contratos de crédito à habitação, créditos com garantia hipotecária ou equivalente não devia exceder 40 anos, com a expectativa de que a maturidade média do conjunto dos novos créditos concedidos durante cada ano por

Com base nas informações obtidas, o credor/mutuante deve apurar o rácio *Debt Service-to-Income* (DSTI) – vulgarmente conhecido, entre nós, como “taxa de esforço” –, o qual representa a relação entre o montante total das prestações mensais dos empréstimos já contraídos pelo requerente de crédito e o seu rendimento mensal líquido (i.e. deduzido dos tributos fiscais e parafiscais, como as contribuições obrigatórias para a Segurança Social), recomendando a autoridade macroprudencial nacional que não haja lugar à

.....

cada mutuante convergisse gradualmente, ao longo de quatro anos e meio, de forma tendencialmente linear, para trinta anos, um objetivo que não foi atingido, conforme revelado pelo Relatório de “Acompanhamento da recomendação macroprudencial sobre novos créditos a consumidores” de março de 2021, do BdP: “Tendo em consideração a distribuição das operações de crédito por intervalos de maturidade, verifica-se que, em dezembro de 2020, mais de 93% das novas operações de crédito à habitação apresentavam uma maturidade entre 20 e 40 anos, sendo este valor repartido em cerca de 31% com maturidade entre 20 e 30 anos e cerca de 69% entre 30 e 40 anos. (...). Relativamente à evolução da maturidade média das novas operações do crédito à habitação, apesar da diminuição de 33,5 anos para 32,6 anos, entre julho de 2018 e dezembro de 2019, observou-se uma tendência de aumento em 2020. No final de 2020 a maturidade média fixou-se em 33,2 anos, um valor superior ao do limiar de 30 anos previsto para final de 2022”. Para mais desenvolvimentos sobre os novos limites à maturidade dos contratos de crédito aos consumidores, vide SARA FERNANDES GARCIA, “Os novos prazos máximos dos contratos de crédito à habitação”, in blogue do NOVA Consumer Lab, publicado em 14.02.2022, disponível online em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/os-novos-prazos-maximos-dos-contratos-de-credito-a-habitacao/>.

<sup>94</sup> Como se refere no Relatório de “Acompanhamento da recomendação macroprudencial sobre novos créditos a consumidores” de março de 2022, do BdP, p. 8, “[a] adoção de limites à maturidade dos novos empréstimos à habitação pretende evitar que os limites ao rácio DSTI sejam contornados pela extensão do prazo dos empréstimos, facilitar a extensão do prazo do empréstimo em caso de dificuldades financeiras do mutuário, bem como diminuir a diferença relativamente aos restantes países da UE. Maturidades mais baixas aquando da originação dos créditos permitem mais facilmente a extensão do prazo e a reestruturação dos empréstimos, em caso de subseqüentes dificuldades financeiras do mutuário (...)”.

concessão do crédito se o DSTI for superior a 50%<sup>95</sup>, embora, desejavelmente, não deva exceder os 35%.

Como é evidente, a decisão do credor/mutuante sobre a concessão ou não do crédito ao consumidor deverá constituir um corolário lógico do resultado da avaliação de solvabilidade, o que significa que uma avaliação de solvabilidade negativa, independentemente da capacidade de o credor/mutuante transferir parte do risco de crédito para um terceiro, deve determinar, forçosamente, uma decisão de recusa de concessão do crédito<sup>96</sup>, inexistindo, contudo,

.....

<sup>95</sup> "Recomendação B: Limites ao DSTI" constante do art. 6.º da Recomendação do Banco de Portugal no Âmbito dos Novos Contratos de Crédito Celebrados com Consumidores (na sua versão consolidada aplicável a partir de 01.04.2022).

<sup>96</sup> Considerando (57) da Diretiva 2014/17/UE; art. 16.º, n.º 2, *a contrario* do DL n.º 74-A/2017 e art. 11.º, n.º 1, *a contrario* do Aviso do BdP n.º 4/2017. Se o pedido de crédito for rejeitado com fundamento nos dados constantes das bases de dados da CRC, da lista pública de execuções ou de outras consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores, o credor/mutuante deve informar o consumidor imediata, gratuita e justificadamente desse facto e dos elementos constantes da respetiva base de dados, salvo se a prestação destas informações for proibida por lei ou for contrária a objetivos de ordem pública ou de segurança pública (art. 10.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009 e art. 16.º, n.º 3 do DL n.º 74-A/2017). Na Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos créditos aos consumidores (COM/2021/347 final), prevê-se que "[e] m princípio, só deve ser disponibilizado crédito ao consumidor se o resultado da avaliação da solvabilidade indicar que as obrigações decorrentes do contrato de crédito ou do contrato de prestação de serviços de crédito de financiamento colaborativo são suscetíveis de serem cumpridas da forma exigida por esse contrato". Todavia, "caso essa avaliação seja negativa", admite-se, ainda que excecionalmente, que o credor disponibilize crédito "(...) em circunstâncias específicas e justificadas, por exemplo, quando tem uma relação duradoura com o consumidor, ou no caso de empréstimos para financiar despesas de cuidados de saúde, empréstimos estudantis ou empréstimos a consumidores portadores de deficiência. Nesse caso, ao avaliar o interesse de disponibilizar crédito ao consumidor, o mutuante ou o prestador de serviços de crédito de financiamento colaborativo deve ter em conta o montante e o objetivo do crédito, bem como a probabilidade de que as obrigações decorrentes do contrato sejam cumpridas [v. considerando (47) e art. 18.º da Proposta de Diretiva]. No art. 16.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017, já se prescreve que "[o] mutuante só deve celebrar um contrato de crédito com o consumidor quando o resultado da avaliação de solvabilidade in-

uma obrigação *ex lege* de contratar na sequência de uma avaliação positiva, valendo, neste último caso – e bem – o respeito pela liberdade contratual. Sucede que, malgrado o incumprimento do dever de verificar a solvabilidade do consumidor<sup>97</sup>, em violação do disposto nos arts. 10.º e 11.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009 e no art. 16.º, n.º 1 e 2 do DL n.º 74-A/2017, configurar a prática de um ilícito contraordenacional, suscetível, portanto, de aplicação de coima aos mutuantes infratores<sup>98</sup>, tal previsão não vem acompanhada da devida sanção civil, especificamente a nulidade do contrato de crédito por violação de norma legal imperativa (art. 294.º do CC), à qual preside um superlativo interesse público – uma sanção efetiva, proporcionada e dissuasiva sem a qual, na nossa humilde opinião, não se logrará alcançar um elevado grau de execução prática da obrigação de avaliação da capacidade credífcia dos mutuários<sup>99</sup>.

.....  
 dicar que é provável que as obrigações do contrato de crédito sejam cumpridas, tal como exigido nesse contrato" [itálico nosso].

<sup>97</sup> Impendendo o ónus de prova do cumprimento deste dever o credor (art. 10.º, n.º 5 do DL n.º 133/2009).

<sup>98</sup> Cf. art. 30.º do DL n.º 133/2009 e art. 29.º, al. v) do DL n.º 74-A/2017.

<sup>99</sup> Em sentido favorável à solução que preconizamos *de iure constituen-*do, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 181. Veja-se a solução prevista no art. VII.209 do Livro VII do "Code de droit économique" da Bélgica [tradução livre, da nossa autoria]: 1.º Se o credor não tiver cumprido as obrigações ou proibições referidas nos artigos VII.126, VII.127, VII.129, VII.130, VII.133 e VII.147, as formalidades referidas no artigo VII.132 ou as menções referidas no artigo VII.134, o tribunal pode: 1º sem prejuízo das sanções previstas no direito comum, para um empréstimo hipotecário com uma finalidade móvel, *declarar o contrato nulo* ou reduzir as obrigações do consumidor ao montante do crédito levantado e exonerar o consumidor da totalidade ou parte dos juros de mora. Neste último caso, o consumidor retém o benefício de pagamentos escalonados; 2º no caso de crédito hipotecário para fins imobiliários, ordenar ao credor o pagamento de uma compensação única de um máximo de 40% de todos os juros sobre o crédito quando o montante do crédito levantado for inferior ou igual a 20.000 euros, e um máximo de 30% de todos os juros sobre o crédito quando o montante do crédito levantado for superior a 20.000 euros. § Quando o intermediário de crédito não tiver cumprido as obrigações

### 3.4. FORMALIDADES ESPECIAIS A OBSERVAR NO MOMENTO DA CONCLUSÃO DO CONTRATO

Caso se venha a verificar, após uma avaliação de solvabilidade positiva, o concurso da vontade das partes no sentido da vinculação efetiva ao contrato de crédito, a sua conclusão também se encontra rodeada de formalidades especiais.

No que concerne aos contratos de crédito abrangidos pelo DL n.º 133/2009, os mesmos devem ser exarados em papel ou noutra suporte duradouro<sup>100</sup>, em condições de inte-

.....  
referidas nos artigos VII.126, § 1.º, alínea 1.º, VII.127, VII.129, VII.130 ou VII.147/29, § 4, o tribunal pode impor uma sanção equivalente à referida no parágrafo 1.º. Sobre a existência e definição da consequência jurídico-civilística aplicável em caso de incumprimento do dever de avaliação de solvabilidade do consumidor (e.g. nulidade; anulabilidade por erro ou dolo; abuso do direito; responsabilidade pré-contratual), vide CLÁUDIA CRISTINA MOREIRA SALAZAR, “Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor”, Dissertação de Mestrado em Direito pela UCP – Escola de Direito do Centro Regional do Porto, sob orientação do Professor Doutor José Brandão Proença, novembro de 2012, disponível *online* em [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16056/1/tese2\\_convertido.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16056/1/tese2_convertido.pdf).

<sup>100</sup> Art. 4.º, n.º 1, al. n) do DL n.º 133/2009. O que, constituindo uma exceção ao princípio da liberdade de forma consagrado no art. 219.º do CC, está em linha com uma tendência de revalorização do Direito das formas que se vem afirmando, com particular agudeza, no quadro normativo que rege as diferentes relações jurídico-consumerísticas (assim, também, o n.º 3 do Aviso do BdP n.º 11/2001, aplicável aos contratos de emissão de cartão de crédito). A título de exemplo, vide os arts. 5.º, n.º 7 e 9.º, n.º 1 do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (para os contratos celebrados na sequência de contacto telefónico da iniciativa do fornecedor de bens ou prestador de serviços e para os contratos concluídos fora do estabelecimento comercial, respetivamente), o art. 22.º, n.º 1 do RRCSEG (para os contratos de fornecimento de energia elétrica e de gás natural) ou o art. 71.º, n.º 1 do RCESAR (para os contratos de fornecimento de água, de recolha de águas residuais urbanas ou de recolha de resíduos urbanos). Por outro lado, nos termos do art. 26.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro (vulgo, Lei do Comércio Eletrónico, sucessivamente alterada, vigorando com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto), “[a]s declarações emitidas por via eletrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação” (n.º 1) e “[o] documento eletrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura ele-

ra legibilidade<sup>101</sup>, e apresentar todas as menções constantes das als. a) a g), 1.ª parte, e h) do n.º 3 do art. 6.º (que também constam da Ficha de Informação Normalizada em Matéria de Crédito aos Consumidores)<sup>102</sup>, devendo todos os contraentes, incluindo os garantes (e.g. fiadores<sup>103</sup>, avalistas<sup>104</sup> e o

trónica e certificação", soluções que remetem para o regime jurídico dos documentos eletrónicos e da assinatura digital, aprovado pelo DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto (diploma que vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 12/2021, de 9 de fevereiro), mormente para a norma do n.º 1 do art. 3.º, de acordo com a qual "[o] documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita" e, bem assim, para o preceito do n.º 2 do mesmo artigo e diploma, segundo a qual "[q]uando lhe seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por uma entidade certificadora credenciada, o documento eletrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.º do Código Civil", o que "(...) não obsta à utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrónicos, incluindo outras modalidades de assinatura eletrónica, desde que tal meio seja adotado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for oposto o documento" (n.º 4), caso em que "(...) o valor probatório dos documentos eletrónicos (...) é apreciado nos termos gerais de direito" (n.º 5).

<sup>101</sup> Art. 12.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009.

<sup>102</sup> Art. 12.º, n.º 3, 1.ª parte do DL n.º 133/2009.

<sup>103</sup> Como exalta FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 103, "[a] entrega do exemplar é fundamental para quem assume a posição de garante, pois só assim fica a conhecer o alcance e os termos da sua responsabilidade. Note-se que, assegurando o incumprimento do consumidor (devedor principal) no tocante ao pagamento das prestações, o fiador responde solidariamente com aquele (art. 101.º do CCom.)". Na prática, o fiador só toma contacto com o contrato de crédito no momento do envio de documentos para avaliação da sua capacidade financeira pelo credor e no dia da celebração do vínculo negocial. Sobre as características típicas da fiança (acessoriedade e solidariedade), vide FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 342-347. Por seu turno, RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 32, assinala que, no regime do arts. 12.º, n.º 2 e 13.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 133/2009, fica a faltar norma idêntica à prevista no art. 13.º, n.º 6 do DL n.º 74-A/2017, quanto à exigência de entrega da cópia da FINE ao fiador.

<sup>104</sup> É corrente a subscrição e entrega de livrança em branco, com pacto de preenchimento, pelo(s) avalista(s) ao credor, destinada a caucionar o pa-

cônjuge do consumidor<sup>105</sup>) receber um exemplar do contrato pelos mesmos subscrito (a ser entregue no momento do estabelecimento da relação, se tal tiver lugar presencialmente, podendo ter lugar em ocasião posterior, se a conclusão do contrato se concretizar à distância<sup>106</sup>)<sup>107</sup>, caso contrário, o vínculo negocial (e a garantia prestada, se o garante não receber o exemplar do contrato, nos termos impostos pelo n.º 2 do art. 12.º do DL n.º 133/2009) enferma de nulidade<sup>108-108-109</sup>. O

.....  
gamento dos valores que se mostrarem em dívida (vulgo, livrança-caução). Sobre os requisitos e regime do aval e as exceções (in)oponíveis pelo avalista do consumidor, vide FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 347-354.

<sup>105</sup> FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 62 nota, com acerto e pertinência, que "(...) frequentemente o cônjuge do consumidor subcreve o contrato nessa qualidade", pelo que "[a] entrega [do exemplar] estende-se também a ele, já que assume a situação de garante legal, pessoal e indirecto do consumidor em relação ao cumprimento do contrato de crédito". Afinal, como vinca o mesmo autor, na p. 68 da obra em referência, o fiador, o avalista e o cônjuge do consumidor «(...) estão "vinculados" ao contrato sem lhe poder pôr termo – o que comporta um risco para eles muito mais elevado –, ao contrário do que sucede com o próprio consumidor (...)». Sobre a situação do cônjuge do consumidor no contrato de crédito e a comunicabilidade da dívida, vide FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 354-361.

<sup>106</sup> Resulta, assim, superada a divergência doutrinal e jurisprudencial acerca da validade da contratação entre ausentes, à luz do disposto nos arts. 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 1 do revogado DL n.º 359/91, de 21 de setembro, que é abordada, de forma desenvolvida, em FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 98-102.

<sup>107</sup> Art. 12.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009.

<sup>108</sup> Art. 13.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 133/2009. Como decorre do seu considerando (30), a Diretiva 2008/48/CE "não regula as questões de direito dos contratos relacionadas com a validade dos contratos de crédito", pelo que inexistente norma naquele diploma de Direito da União Europeia que sancione a inobservância de forma, a não entrega de exemplar ou a omissão das menções que devem ser apostas no contrato de crédito. No âmbito de processo que, sob o n.º 2381/2019, correu termos pelo TRIAVE, em que a reclamante estribou a sua pretensão declarativa no alegado facto de não ter tomado conhecimento das condições contratuais aplicáveis, nomeadamente as relativas ao modo de funcionamento do cartão de crédito, aos encargos e à taxa de juro associada ao crédito e às eventuais penalizações em caso de incumprimento no pagamento das prestações, as quais, como tal, de-

contrato de crédito (com duração fixa) deve ainda especifici-

ver-se-iam considerar excluídas, por aplicação das disposições conjugadas dos arts. 5.º e 8.º da LCCG, decidimos que procedia a exceção material de abuso do direito (art. 334.º do CC), na modalidade de *venire contra factum proprium*, invocada pela demandada – apesar de, em face do concreto modo de contratar adotado (contrato fora do estabelecimento comercial), da complexidade e da difícil legibilidade das condições contratuais vertidas no escrito intitulado “Acordo de Utilização dos cartões de crédito C...” (em contravenção com o imposto pelo n.º 5 do Aviso do BdP n.º 11/2001), não ser possível ao tribunal, com o acervo probatório coligido nos autos, asseverar, com suficiente segurança, que uma “pessoa que use de comum diligência” tomaria conhecimento efetivo e atempado das condições relativas aos encargos exigíveis e penalizações aplicáveis em caso de incumprimento no pagamento das mensalidades (em relação às quais se impunha, inclusive, um especial cuidado à reclamada para cabal cumprimento do seu dever de comunicação, dada a sua natureza particularmente desfavorável no conjunto dos incisos que compõem o acordo alcançado). Na sentença prolatada, por apelo ao Sumário do Ac. do STJ de 30.10.2007, proferido no Proc. n.º 07A3048, Relator: Fonseca Ramos, tivemos oportunidade de frisar que, na ponderação do abuso de direito por parte do consumidor que invoca a violação do dever de comunicação das cláusulas contratuais gerais, “deve o Tribunal atuar com particular prudência já que, na relação de financiamento à aquisição de bens de consumo, é patente a desigualdade de meios entre o fornecedor dos serviços e do consumidor, sendo de equacionar se, ao atuar como atuou, a entidade financiadora da aquisição, prevalecendo-se da superioridade negocial em relação a quem recorreu ao crédito, não infringiu, ela mesmo, em termos censuráveis, os deveres de cooperação, de lealdade e de informação, em suma os princípios da boa fé”. Porém, em face da matéria de facto adquirida e julgada provada nos autos, sopesada a gravidade do comportamento omissivo da reclamada com o facto de a reclamante só ao fim de quase 12 (doze) anos vir invocar a violação do dever de comunicação previsto no art. 5.º da LCCG, entendemos que a conduta processual da demandante exprimia o exercício de uma posição jurídica ativa em termos que constituíam uma clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante e atentavam contra o princípio da confiança na manutenção de todo o comportamento anterior daquela. Note-se que, no caso em apreço, “(...) a demandante, depois da celebração do contrato de emissão de cartão de crédito no final de agosto de 2007 e até agosto de 2019, adotou um comportamento próprio e congruente com a conclusão de um negócio jurídico sem qualquer mácula, criando uma aparência para a sua contraparte de que jamais iria reclamar a inexistência da totalidade do saldo devedor atual, com fundamento no incumprimento de dever pré-contratual”, «[t]endo utilizado o cartão de crédito em diversas transações até fevereiro de 2012 e procedido ao reembolso de valores decorrentes de tal utilização, através de pagamentos mensais via Multibanco, até agosto de 2019, procurando, inclusive, socorrer-se para o efeito à cobertura de si-



car, de forma clara e concisa, sob pena de padecer de anulabilidade, entre outros elementos: o direito do consumidor a receber, a seu pedido e sem qualquer encargo, a todo o

nistros oferecida pelo contrato, acessório, de “Seguro Plano Proteção de Pagamentos Cartão de Crédito”, tudo isto sem que, até àquela última data, tivesse manifestado junto da reclamada qualquer desagrado assente na sujeição a encargos ou penalizações que lhe foram sendo aplicadas (...)». Na doutrina, considerando “legítima a pretensão do financiador que, v.g., sustenta que a arguição da nulidade formal ou procedimental pelo consumidor configura um *venire contra factum proprium* já que o direito está a ser exercido em contradição com a sua conduta anterior (por exemplo, o pagamento das prestações do mútuo durante um longo período seguido de arguição de nulidade), FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 67 e, do mesmo autor, mais desenvolvidamente, com referências jurisprudenciais, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 107-111. Recusando a invocação do instituto do abuso do direito em caso de nulidade formal, JOÃO BAPTISTA MACHADO, «Tutela da confiança e “*venire contra factum proprium*”», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 117.º e 118.º, n.ºs 3725-3730, 3733, 3735, 3737, em especial, n.º 3730, pp. 10-11.

<sup>109</sup> A propósito da referência jurisprudencial convocada na nota de rodapé imediatamente anterior, não podemos deixar de assinalar que, por força do art. 32.º do DL n.º 133/2009 e do art. 38.º do DL n.º 74-A/2017, “[s]em prejuízo do acesso pelos consumidores aos meios judiciais competentes, os mutuantes devem oferecer aos consumidores o acesso a meios extrajudiciais eficazes e adequados de reclamação e de resolução de litígios”, atinentes aos direitos e obrigações previstos nos dois diplomas (n.º 1), oferta essa que se efetiva “através da adesão a, pelo menos, duas entidades que possibilitem a resolução alternativa de litígios, nos termos previstos na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro” (n.º 2), a qual deve ser comunicada pelos mutuantes ao BdP “[n]o prazo de 15 dias após a adesão”, competindo à autoridade reguladora responsável, nomeadamente, pela supervisão comportamental das instituições de crédito, das sociedades financeiras e dos intermediários de crédito publicitar tal informação no seu sítio na Internet (n.º 3). A informação encontra-se disponível *online* em <https://clientebanuario.bportugal.pt/resolucao-litigios-instituicoes/>. As desigualdades entre consumidores impostas por esta solução foram, em larga medida, ultrapassadas pela publicação da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, em vigor desde 15.09.2019 (artigo 3.º), que, alterando a redação das normas do artigo 14.º da Lei de Defesa do Consumidor, mormente os n.ºs 2 e 3 daquele artigo e diploma legal, veio determinar, desde então, que os conflitos de consumo cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância (que se encontra fixada em € 5.000,00, nos termos do artigo 44.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) estão sujeitos a arbitragem necessária (*rectius*, arbitragem potestativa) quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbi-

tempo e ao longo do período de vigência do contrato, uma cópia do quadro da amortização, com indicação dos pa-

.....  
 tral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados, sendo que, como é sabido, no caso especial de aplicação da lei processual no tempo relativa à competência dos tribunais, a regra é a da aplicação imediata da nova lei às ações futuras, pois que, relativamente às ações pendentes, aplica-se a lei vigente no momento em que foram propostas. Por conseguinte, uma eventual cláusula compromissória prevista no contrato de crédito que absorva a adesão a duas entidades de RALC pelo mutuante não pode privar o consumidor do direito que lhe assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial ou de um tribunal arbitral competente em razão da matéria, do território e do valor, ao abrigo do regime imperativo dos n.ºs 2 e 3 do artigo 14.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (neste sentido, o art. 13.º, n.º 1 da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro). Previamente à submissão de um litígio a uma entidade de RALC (ou a um tribunal judicial), o consumidor poderá (dir-se-ia mesmo deverá, atento o disposto no art. 11.º, n.º 1, al. a) da Lei 144/2015) apresentar reclamação através do Livro de Reclamações, em formato físico (disponível nos balcões das instituições) ou em formato eletrónico (cuja disponibilização, em simultâneo, é imposta pelos arts. 2.º, n.ºs 1 e 2 e 5.º-B, n.º 6 do DL n.º 156/2005, de 15 de setembro) ou dirigida diretamente ao BdP, através do Portal do Cliente Bancário ou do envio de missiva dirigida àquela autoridade supervisora e reguladora, aqui nas vestes de "protetor ou defensor dos clientes bancários". Oferecendo uma perspetiva prática sobre a fiscalização desenvolvida pelo BdP da conduta das entidades supervisionadas, no exercício das respetivas atividades no mercado bancário de retalho, mormente a análise das reclamações apresentadas pelos clientes, vide MIGUEL DA CÂMARA MACHADO ET. AL., "O Banco de Portugal como defensor dos clientes bancários", *Revista de Direito Comercial*, pp. 783-830, acessível online em <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-banco-de-portugal-como-defensor-dos-clientes-bancarios>.

<sup>110</sup> A legitimidade do fiador para arguir a invalidade do contrato de crédito ao consumo constitui questão controvertida, atento o facto de a segunda parte da norma do n.º 5 do art. 13.º do DL n.º 133/2009 prever que "(...) a invalidade do contrato só pode ser invocada pelo consumidor" [sublinhado nosso]. O elemento literal da norma acabada de transcrever aponta manifestamente no sentido de uma resposta negativa. Sem prejuízo, em face de idêntica norma constante do n.º 4 do art. 7.º do DL n.º 359/91, de 21 de setembro, o Ac. do TRL de 28.06.2007, proferido no Proc. n.º 4307/2007-6, Relator: Ferreira Lopes, declarou que a invalidade cometida (no caso, a nulidade prevista no art. 7.º, n.º 1 do DL n.º 359/91) podia ser invocada pelo fiador, à luz da faculdade prevista no art. 637.º, n.º 1 do CC (direito de opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador), "por ser do seu interesse que a obrigação que garantiu só seja assumida depois de ponderadas todas as suas implicações". Acompanhando o sentido deste último acórdão, na doutrina, JORGE MORAIS

gamentos devidos, das datas de vencimento e as condições de pagamento dos montantes, assim como a composição de cada reembolso periódico em capital amortizado, os juros calculados com base na taxa nominal e, se for o caso, os custos adicionais<sup>111</sup>; a taxa de juros moratórios aplicável à data da celebração do contrato de crédito, bem como as regras para a respetiva adaptação e, se for o caso, os encargos devidos em caso de incumprimento; as consequências da falta de pagamento; a existência do direito de “livre revogação” pelo consumidor, o prazo e o procedimento previsto para o seu exercício, incluindo designadamente informações sobre a obrigação do consumidor pagar o capital utilizado e os juros, bem como o montante dos juros diários; as informações relativas aos direitos que assistem ao consumidor em caso de contrato de crédito coligado; e o direito de reembolso an-

.....  
CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, p. 447.

<sup>111</sup> Se a taxa de juro não for fixa ou se os custos adicionais puderem ser alterados nos termos do contrato de crédito, o quadro de amortização deve incluir a indicação, também de forma clara e concisa, de que os dados constantes do quadro apenas são válidos até à alteração seguinte da taxa nominal ou dos custos adicionais nos termos do contrato de crédito (art. 12.º, n.º 4, segunda parte do DL n.º 133/2009). Como assinala MIGUEL BRITO BASTOS, diversamente do modelo regulativo do mútuo no Código Civil que parte de “(...) um paradigma contratual em que os juros são devidos periodicamente e o reembolso do capital é devido, num só pagamento, no final do contrato, essa estrutura não se verifica canonicamente em todos os contratos de mútuo bancário”, os quais “(...) assentam frequentemente numa estrutura em que não existe uma distinção formal entre o reembolso e a remuneração do capital: à disponibilização temporária do capital pelo mutuante contrapõe-se um conjunto de obrigações do mutuário, de pagamento periódico, cujos valores somados resultam num valor superior ao do capital mutuado, sem que haja qualquer obrigação de reembolso quantitativamente idêntica ao capital mutuado no final do prazo do mútuo. Esta estruturação do contrato de mútuo é, aliás, não só social como legalmente, típica nos contratos de crédito à habitação e ao consumo.” – MIGUEL BRITO BASTOS, *O Mútuo Bancário – Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 184-186.

tecipado, o procedimento a seguir nesse caso, o modo e a forma de cálculo da redução do custo total do crédito e, se aplicável, as informações sobre o direito do credor a uma comissão de reembolso antecipado e a forma da sua determinação<sup>112</sup>. A inobservância dos requisitos descritos presume-se imputável ao credor (presunção ilidível ou *iuris tantum* – arts. 349.º e 350.º do CC) e a invalidade do contrato, sendo atípica, só pode ser invocada pelo consumidor<sup>113</sup>, se nisso tiver interesse<sup>114</sup>.

Por sua vez, no que respeita aos contratos regulados pelo DL n.º 74-A/2017, em momento concomitante à comunicação da aprovação do contrato de crédito, o mutuante deve entregar ao consumidor (e ao fiador, se o houver) uma nova FINE que incorpore as condições do contrato de crédito aprovadas e respeite o modelo constante do anexo I ao DL, que dele faz parte integrante, bem como a minuta do contrato

.....  
<sup>112</sup> Art. 12.º, n.º 3, als. a), d), e), h), i) e j) e 13.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009. Também a não inclusão das eventuais garantias e seguros exigidos no contrato de crédito ao consumo determina a respetiva inexigibilidade (art. 13.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009).

<sup>113</sup> Ou pelos seus sucessores, em caso de falecimento daquele, ou, ainda, pelos seus representantes. Neste sentido, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 69.

<sup>114</sup> Art. 13.º, n.º 5 do DL n.º 133/2009, pelo que não é de conhecimento oficioso, ao contrário do que se prevê, em termos gerais, no art. 286.º do CC. Note-se que o consumidor pode, por outra banda, provar a existência do contrato por qualquer meio, hipótese que, naturalmente, pressupõe a não invocação da sua invalidade (aqui se incluindo a anulação). Nesta última hipótese, tratando-se de contrato de crédito para financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento a prestações, a obrigação do consumidor quanto ao pagamento é reduzida ao preço a contado (transformando-se o contrato oneroso em gratuito) e o consumidor mantém o direito de realizar tal pagamento fracionado nos prazos convencionados (portanto, não perde o benefício do prazo); nos restantes contratos, a obrigação do consumidor 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 (art. 13.º, n.ºs 6 e 7 do DL n.º 133/2009).

de crédito<sup>115</sup>, sendo que só com a entrega destes dois documentos se têm por cumpridos os requisitos de prestação de informação ao consumidor antes da celebração de um contrato à distância, nos termos do DL n.º 95/2006, de 29 de maio<sup>116</sup>.

Em qualquer dos casos, visto estarmos em presença de contratos de empréstimo *lato sensu*, que só se completam com a entrega da quantia a emprestar pelo credor/mutuatante ao devedor/mutuário, sob pena de nulidade por falta de objeto (art. 280.º, n.º 1 do CC) – contratos reais *quoad constitutionem* –, revela-se, ainda, necessário, em benefício da perfeição dos negócios de que vimos curando, que haja lugar à prestação do dinheiro<sup>117</sup>, ainda que a mesma se processe, como é por demais comum, numa inscrição de um movimen-

<sup>115</sup> Art. 13.º, n.ºs 2, 3 e 6 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>116</sup> Art. 13.º, n.º 7 do DL n.º 74-A/2017. O DL n.º 95/2006 estabelece o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores, transpondo para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, atualmente em processo de revisão (já espoletada com a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2011/83/UE no que respeita aos contratos de serviços financeiros celebrados à distância e que revoga a Diretiva 2002/65/CE [COM(2022) 204 final], disponível *online* em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=COM:2022:204:FIN&from=PT>), conforme anunciado no "Programa de Trabalho da Comissão Europeia para 2020". Sucessivamente alterado, este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 242/2012, de 7 de novembro. Apesar de encerrar algumas particularidades face ao diploma que rege a generalidade dos contratos celebrados à distância com consumidores – DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro –, parece-nos que não se justifica a opção por um diploma autónomo e paralelo dedicado aos contratos concluídos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores.

<sup>117</sup> No caso dos contratos de emissão de cartão de crédito, determina o Aviso do BdP n.º 11/2001 que "[u]m contrato só se considera celebrado quando o titular recebe o cartão e uma cópia das condições contratuais por ele aceites" (n.º 9), ressalvando, no seu n.º 10, que "[o]s emitentes não po-

to a crédito na conta de depósito de que o devedor/mutuário é titular<sup>118</sup>, bastando, até, no caso de contratos coligados

.....  
dem conceder cartões sem a aceitação expressa do titular", ao arrepio de prática muito comum das instituições de crédito e sociedades financeiras.

<sup>118</sup> A este propósito, de acordo com a doutrina e jurisprudência tradicionais e largamente maioritárias, o depósito bancário (no caso, o depósito da quantia emprestada) constitui um contrato de depósito irregular (arts. 1205.º e 1206.º do CC), composto por elementos típicos do contrato de depósito e do contrato de mútuo, nos termos do qual "uma pessoa entrega uma determinada quantidade de dinheiro a um banco, que adquire a respetiva propriedade [art. 1144.º do CC aplicável ex vi art. 1206.º do CC] e se obriga a restituí-lo no fim do prazo convencionado ou a pedido do depositante", mediante entrega de coisa do mesmo género e qualidade (*tantundem, eiusdem generis et qualitatis*) – vide, por todos, a anotação ao artigo 1205.º do Código Civil por JOANA FARRAJOTA em AA.VV., *Código Civil Anotado – Volume I (Artigos 1.º a 1250.º)*, coord. ANA PRATA, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 1485-1486. Com o devido respeito, cremos que a construção acabada de descrever sumariamente se encontra totalmente desfasada da materialidade subjacente ao depósito bancário. Apoiando-nos em PAULO DUARTE, "Um depósito bancário não é um (contrato de) depósito: ou a desadequação da linguagem dos contratos reais à realidade do dinheiro bancário no actual sistema monetário", in *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC, FDUC, n.º 11, 2016, pp. 351-443, em especial pp. 393, 406, 415-416, 424 e 429, de onde se extraem os excertos que seguem, «o "depósito bancário" em sentido próprio, tal como o legislador o define e as autoridades monetárias o tomam (...), não é um facto jurídico, mas uma situação jurídica obrigacional (uma obrigação monetária) constituída por efeito imediato de um ato, praticado pelo banco, de inscrição ("movimento a crédito") de um certo número de unidades monetárias numa conta de depósito bancário». Ou seja, exceтуando os casos de "depósitos administrados (isto é, com obrigação de gestão dos bens depositados) e os depósitos em cofre forte" – suscetíveis, estes sim, de serem reconduzidos à figura jurídica do depósito irregular –, a generalidade dos depósitos bancários traduz-se, tão-só, numa obrigação monetária, entendida enquanto "vínculo em que o devedor [o banco] está adstrito a atribuir ao credor [o cliente] uma certa quantidade de unidades monetárias", materializada num suporte monetário, no caso, a inscrição digital, sob a forma de traços magnéticos em disco rígido de computador, de um saldo positivo numa conta bancária titulada pelo credor, que integra o ativo do cliente e o passivo do banco. Prosseguindo com o mesmo autor, o depósito bancário constitui um ato puramente escritural, mas verdadeiramente constitutivo do "efeito de criação, modificação (variações quantitativas de acréscimo ou diminuição) ou extinção da obrigação monetária em que consiste o depósito bancário", sem o

sob a normação do DL n.º 133/2009, a entrega do montante ao fornecedor do bem ou prestador do serviço<sup>119</sup>.

#### 4. A TUTELA DO CONSUMIDOR EX POST À CONCLUSÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO

Por último, chegados à fase de execução dos contratos de crédito aos consumidores, também aqui existe espaço para a convocação de figuras jurídicas que visam, em *ultima*

.....

qual "o saldo da conta não se altera – e não se altera, portanto, a quantidade de unidades monetárias disponíveis para a realização de pagamentos no giro bancário". E, novamente, desconstruindo a dogmática enraizada entre nós, em abono da verdade material, sempre que o titular de uma conta bancária emite uma ordem de "transferência de fundos" que culminará, como já vimos, na "inscrição de um crédito em outra conta bancária de depósito", *summo rigore*, "não há nenhuma translação de algo [dinheiro] de um lado para o outro, nem sequer nenhuma transmissão de uma posição jurídica de uma esfera jurídica para outra", mas apenas a "extinção, parcial ou total, de uma obrigação monetária registada em conta de depósito bancário" e a "correspondente criação (ou aumento) de uma outra obrigação monetária, registada em outra conta de depósito". Com efeito, atenta a caracterização do fenómeno da circulação do "dinheiro bancário" a que, em extrema síntese, se procedeu, bem se compreende que a construção teórico-dogmática comumente adotada para caracterizar o depósito bancário não represente fidedignamente a situação jurídica obrigacional que se estabelece entre o cliente e o banqueiro, revelando-se artificioso e, mesmo, erróneo afirmar, como decorre daquela construção, que os depositantes-mutuantes entregam dinheiro a um banco, a quem confiam a sua custódia e autorizam a entrega desse mesmo dinheiro a um outro cliente, nomeadamente para concessão de um empréstimo bancário. Diversamente, até porque, como cremos pacífico para todos, «o banco não pode "emprestar" uma dívida (o saldo da conta de depósito) de que é sujeito passivo», na verdade, o que sucede, *brevitatis causa*, é que «os bancos, através de actos escriturais, criam, *ex nihilo*, o dinheiro (saldos em contas de depósito bancário) que emprestam – ou, dizendo de outro modo, criam dinheiro pelo ato de "emprestá-lo" ("*lending money into existence*")».

<sup>119</sup> Neste sentido, com referências jurisprudenciais, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Almedina, 2019, p. 211 (*maxime*, nota de rodapé 412).

*ratio*, incentivar a adoção de práticas responsáveis no mercado de crédito<sup>120-121</sup>.

<sup>120</sup> Evidentemente, a par das figuras a que dedicamos maior atenção *infra*, também na fase de execução dos contratos de crédito se impõem deveres de proteção (de informação, lealdade e segurança) ao credor/mutuante, emanantes do princípio da boa-fé (art. 762.º, n.º 2 do CC) e teleologicamente orientados para prevenir a produção de danos patrimoniais na esfera jurídica da sua contraparte, com violação dos legítimos interesses contratuais deste último, deveres cuja intensidade surge, como é bom de ver, reforçada no âmbito de contratos duradouros, que, não raras vezes, se inserem no quadro de uma "relação de negócios" mantida, desde o momento da abertura de conta, entre cliente e instituição de crédito. Neste sentido se pronunciaram, muito assertivamente, JORGE SINDE MONTEIRO e ALMENO DE SÁ, em Parecer intitulado "Concessão de Crédito e Deveres de Informação do Banco", publicado na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, Vol. II, agosto 1996, pp. 727-759, a propósito de caso em que a instituição de crédito, por sua iniciativa e omitindo o motivo subjacente à formulação de tal pedido, solicitou à cliente a subscrição de declaração de autorização para transferência de verbas entre conta DO e conta-corrente caucionada, o que, até então, vinha sendo realizado por intermédio de ordens emitidas pela cliente, sempre segundo uma lógica de utilização do crédito pelo período estritamente necessário para fazer face a um saldo devedor na conta DO (pagando juros pelo menor intervalo de tempo possível) e reposição do equilíbrio na conta-corrente caucionada (reembolso) logo que a conta DO revelasse saldo positivo e a conta caucionada apresentasse lançamentos a débito (diminuindo os montantes debitados na conta caucionada), um constante e reiterado *modus operandi* de execução do contrato que, a partir da subscrição daquela autorização, foi ignorado pelo banco, ao arrepio da "particular situação de confiança gerada", com grave prejuízo para a posição da cliente e a criação de "proventos anómalos" para a instituição de crédito.

<sup>121</sup> Durante a vigência do contrato de crédito ao consumo regulado pelo DL n.º 133/2009 (ou pelo DL n.º 359/91), as instituições de crédito estão ainda obrigadas a prestar informação regular aos consumidores nos termos, periodicidade e suporte previstos no Aviso do BdP n.º 10/2014. De forma sucinta, nos termos do Aviso, as instituições devem prestar informação completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e legível (art. 3.º), nomeadamente por meio de extrato com um conjunto de elementos mínimos (art. 4.º), em suporte de papel ou noutro suporte duradouro (art. 7.º), respeitando, neste caso, uma periodicidade, pelo menos, mensal, no caso dos contratos de emissão de cartão



#### 4.1. O DIREITO DE “LIVRE REVOGAÇÃO” NO CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO

Desde logo, em relação aos contratos que integram o âmbito objetivo de aplicação do DL n.º 133/2009, forçoso é mencionar o direito de “livre revogação” previsto no art. 17.º daquele diploma<sup>122</sup>. À semelhança das figuras análogas previstas para os contratos de viagem organizada (art. 26.º do DL n.º 17/2018, de 8 de março<sup>123</sup>, sob a designação de “direito de retratação”) e para os contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca, vulgo *time sharing* (art. 16.º do Anexo ao DL n.º 275/93, de 5 de agosto<sup>124</sup>, onde assume a nomenclatura de direito de resolução)<sup>125</sup>, em face da insufi-

.....  
de crédito, de linha de crédito e de conta-corrente bancária, ou anual, no caso dos contratos de crédito pessoal e de crédito automóvel (art. 6.º).

<sup>122</sup> Denominado “direito de retratação” na versão oficial em língua portuguesa da Diretiva n.º 2008/48/CE.

<sup>123</sup> Estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo, transpondo a Diretiva (UE) 2015/2302. Este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

<sup>124</sup> Aprova o regime jurídico da habitação periódica. Sucessivamente alterado, este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

<sup>125</sup> Bem como para os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (art. 10.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, sob a designação de “direito de livre resolução”) e para os contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores (art. 19.º do DL n.º 95/2006, de 29 de maio, onde também toma a designação de “direito de livre resolução”), importando ressaltar, aqui, que o exercício do direito de (livre) revogação plasmado no art. 17.º do DL n.º 133/2009 “preclui o direito da mesma natureza previsto noutra legislação especial, designadamente a referente à contratação à distância ou no domicílio”, nos termos do n.º 6 daquele artigo e diploma, algo que se explica em razão do regime do art. 18.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009, o qual torna “(...) desnecessária a manutenção de igual direito num outro diploma que o conceda” (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 85). A este respeito, cumpre notar que, ao contrário do que muitos consumidores pensam, não lhes assiste direito de arre-

ciente tutela proporcionada pelo regime geral dos vícios da vontade (mormente, os institutos do erro, do dolo e da coação moral), reconhece-se ao consumidor a faculdade de se desvincular, unilateralmente e sem dependência de justo motivo (*ad nutum*), do contrato que veio a celebrar<sup>126</sup>, mediante a previsão de uma espécie de “período de *cooling off* que protege o consumidor contra o risco de precipitação provocada pela persuasão e pressão psicológica”<sup>127</sup> exercida pelo profissional na comercialização do produto.

No caso dos contratos de crédito ao consumo<sup>128</sup>, o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário (ou de

pendimento na generalidade das relações que estabelecem com alguém que se dedica, profissionalmente, ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços, continuando a valer, como ditame fundamental, o princípio *pacta sunt servanda* (os pactos são para serem cumpridos) – art. 406.º do CC. Este (ainda) é, talvez, o mito mais popular do Direito do Consumo. Desde logo, nos contratos celebrados em loja física, só por mera cortesia comercial praticada pelo profissional, mediante determinadas condições fixadas pelo mesmo, é que o consumidor poderá devolver o bem, num determinado período de tempo, sem que tenha de alegar e demonstrar motivo atendível em que se estribe a sua decisão de desfazer o negócio (e.g. se o bem adquirido manifestar uma falta de conformidade). Trata-se de uma hipótese subsumível à figura da venda a contento (ou venda *ad gustum*), na sua segunda modalidade, prevista no art. 924.º do CC, em que, depois da celebração do contrato de compra e venda, no caso de a coisa não lhe agradar, assiste ao comprador a faculdade de resolver o contrato (venda com cláusula resolutive), sendo aplicável o disposto nos arts. 432.º e ss. do CC.

<sup>126</sup> Art. 17.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009.

<sup>127</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 107.

<sup>128</sup> Devem considerar-se abrangidos pela previsão do art. 17.º do DL n.º 133/2009 todos os contratos de crédito regulados por este diploma, atenta a noção ampla de “contrato de crédito” a que se alude no n.º 1 do art. 17.º e que resulta da al. c) do n.º 1 do art. 4.º, ressalvando-se, porém, que, no caso dos contratos de emissão de cartão de crédito e de abertura de crédito, é o contrato inicial – e não os atos sucessivos de utilização de crédito – que ficam sujeitos ao exercício do direito (cf. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 79).

um prazo superior, por acordo das partes<sup>129</sup>) para exercer o direito de arrependimento, contado desde a data da celebração do contrato de crédito ou, se posterior<sup>130</sup>, da data da receção por aquele do exemplar do contrato e das informações a que se refere o art. 12.º do DL n.º 133/2009<sup>131</sup>, mediante envio<sup>132</sup> de declaração inequívoca, vertida em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do credor e ao qual este possa aceder<sup>133</sup>, por via da qual comunique, por pala-

<sup>129</sup> Embora um prazo superior para exercício do direito de arrependimento, sem serem devidos juros nesse período, por acordo das partes, possa ter o efeito contraproducente de induzir o consumidor a não fazer uso de tal direito.

<sup>130</sup> Ou seja, se o momento da receção do exemplar for anterior à data de conclusão do contrato, não é de sufragar o entendimento segundo o qual o prazo de 14 dias começa a contar a partir daquele primeiro momento.

<sup>131</sup> Art. 17.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009. Deve observar-se, para efeito de cômputo do prazo, a regra do art. 279.º, al. e) do CC, pelo que se o prazo terminar em domingo ou dia feriado, o seu *dies ad quem* transfere-se para o primeiro dia útil seguinte.

<sup>132</sup> Ao relevar-se o momento do envio da declaração (receptícia) – e não o momento do seu ingresso na esfera de poder do destinatário – para se lhe reconhecer eficácia extintiva do contrato de crédito, opera-se um desvio à regra do n.º 1 do art. 224.º do CC, que consagra a teoria da receção.

<sup>133</sup> Art. 17.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009. Exclui-se, assim, a possibilidade de proceder a uma declaração verbal. Na parte final do n.º 3 do art. 17.º do DL n.º 133/2009, em coerência com a al. p) do n.º 2 do art. 10.º da Diretiva 2008/48/CE, onde se lê “*observando* os requisitos a que se refere a alínea h) do n.º 3 do artigo 12.º” [itálico nosso] deve ler-se “*observados* os requisitos a que se refere a alínea h) do n.º 3 do artigo 12.º”, como assinala FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 81. O mesmo autor sustenta que, em relação ao “(...) risco de perda da declaração, só é sustentável a sua transmissão para o dador de crédito se se entender que a forma escolhida para o envio da declaração é a adequada (v.g., a carta registada com aviso de recepção)”, pois “[n]ão pode desproteger-se o credor, onerando-o com tal risco, se o consumidor não é suficientemente diligente. Também aqui a prova da remessa diligente onera o consumidor” (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, p. 84). Embora conexa, o autor que vimos seguindo não deixa de distinguir – e bem – a questão do *risco da perda da declaração* da hipótese de *risco de atraso na receção* da mesma, sustentando, em relação a esta última situação, que “(...) se ocorreu um facto não imputável ao consumi-

vras suas, a decisão de fazer cessar o contrato, identificando-o claramente<sup>134</sup> (declaração que há de conter, igualmente, a própria identificação do consumidor). Exercido o direito de revogação, o consumidor deve pagar ao credor o capital em singelo (independentemente da sua utilização efetiva) e os juros remuneratórios vencidos<sup>135</sup> a contar da data de utilização do crédito até à data de restituição do capital, sem atrasos indevidos, no prazo perentório de 30 dias após a expedição da declaração<sup>136-137</sup>.

.....  
 dor [e.g. greve prolongada nos correios] e, paralelamente, se ele fez tudo o que estava ao seu alcance para que o credor recebesse a declaração de revogação, então não há razões para não a considerar eficaz", ainda que a missiva tenha chegado "(...) ao poder do destinatário vários dias após a sua expedição (...)” – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 160-161.

<sup>134</sup> Neste sentido aponta o uso do determinante artigo definido “do” na redação da norma do n.º 1 do art. 17.º do DL n.º 133/2009 (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 79).

<sup>135</sup> Calculados com base na taxa nominal estipulada, nada mais sendo devido, com exceção da indemnização por eventuais despesas não reembolsáveis pagas pelo credor a qualquer entidade da Administração Pública (art. 17.º, n.º 5 do DL n.º 133/2009).

<sup>136</sup> Art. 17.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009. No caso de contratos coligados (v. ponto 4.2. *infra*), porque o credor entrega diretamente a quantia mutuada ao vendedor, caberá a este último – e não ao consumidor – a entrega do capital ao financiador, competindo ao consumidor a restituição ao fornecedor do bem do objeto (mediato do contrato de compra e venda) alienado. Concorre a favor desta solução o art. 18.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009.

<sup>137</sup> Acresce, ainda, o regime especial de denúncia *ad nutum* pelo consumidor, a todo o tempo (salvo estipulação no sentido da observância de pré-aviso para o efeito, necessariamente igual ou inferior a um mês), dos contratos de crédito de duração indeterminada, previsto nos n.ºs 1 e 2 do art. 16.º do DL n.º 133/2009. O exercício de idêntica prerrogativa pelo credor depende, diversamente, de expressa previsão contratual que o autorize e do cumprimento de pré-aviso de, pelo menos, dois meses, devendo a denúncia ser exarada em papel ou noutra suporte duradouro (art. 16.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009).

## 4.2. REPERCUSSÃO DE VICISSITUDES NO CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMO COLIGADO

Ainda no estrito domínio dos contratos de crédito ao consumo regulados pelo DL n.º 133/2009, atendendo à sua marcada frequência na *praxis* mercantil, não pode deixar de merecer destaque o específico tratamento que é conferido aos casos de interdependência funcional entre um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços<sup>138</sup> e um contrato de crédito, quando tal interdependência se veja afetada por vicissitude ocorrida num dos negócios<sup>139</sup>. No cenário-limite de extinção de um dos contratos coligados, a referida interdependência funcional obedece ao princípio expresso no velho brocardo latino *simul stabunt, simul cedent*.

Para que estejamos perante um contrato de crédito coligado, dois requisitos cumulativos têm de estar necessariamente preenchidos: i) o crédito concedido servir *exclusivamente* para financiar o pagamento do preço do contrato de fornecimento

<sup>138</sup> Por força do art. 18.º, n.º 6 do DL n.º 133/2009, sendo o regime do art. 18.º assim aplicável, entre outros, aos contratos de empreitada financiados por crédito.

<sup>139</sup> Como assevera FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, ainda que a propósito do DL n.º 359/91, no regime do art. 18.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009 (correspondente ao art. 12.º, n.º 2 do DL n.º 359/91), "(...) atende-se a uma relação de estrutura trilateral", como aponta a "consagração da responsabilidade subsidiária do credor" e a *ratio legis* de "transferência do consumidor para o terceiro financiador (em regra solvente) do risco de incumprimento (e de falência) do vendedor – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses Coimbra, Almedina, 2004, p. 31. Já a propósito da solução plasmada no art. 12.º, n.º 1 do DL n.º 359/91 (correspondente ao atual art. 18.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009), PAULO DUARTE, na sua dissertação de mestrado intitulada "Contratos de concessão de crédito ao consumidor: em particular as relações trilaterais, resultantes da intervenção de um terceiro financiador", Coimbra, FDUC, 2000, p. 120 e p. 207, nota 471, defende a extensão teleológica daquela norma aos casos em que o vendedor celebra os dois contratos com o consumidor.

de bens ou de prestação de serviços específicos<sup>140</sup>; ii) e ambos os contratos constituírem objetivamente uma *unidade económica*, embora conservando a sua individualidade, o que se verifica, designadamente, quando o crédito ao consumidor for financiado pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiro, se o credor recorrer ao fornecedor ou ao prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito<sup>141</sup> ou se o bem ou o serviço

<sup>140</sup> Este requisito de afetação exclusiva não se verifica, nomeadamente, no caso do contrato de emissão de cartão de crédito nem, naturalmente, nos "contratos sem destinação", em que assiste ao consumidor a faculdade de dispor livremente do valor emprestado (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 34).

<sup>141</sup> Constituem "modos de colaboração já assimilados na nossa prática e na nossa jurisprudência" os seguintes: "- a informação dada pelo vendedor ao consumidor acerca de um contrato de crédito (v.g., por via das tabelas que dispõe referentes aos montantes das prestações a pagar ou das brochuras relativas a modos distintos de financiamento); - a posse pelo vendedor de formulários de pedidos de crédito e até de contratos de crédito, o auxílio no seu preenchimento, a recolha de elementos do consumidor [relativos à sua identificação, e.g. fotocópia do documento de identificação, ou à sua capacidade financeira, e.g. últimos recibos de vencimento, cópia da última declaração de IRS] para posterior envio ao financiador [e sua devolução ao vendedor, depois de avaliado pelo credor ou seu conteúdo]; - a inexistência de um contacto directo entre o consumidor e o financiador; - as circunstâncias de tempo e de lugar da conclusão dos contratos [nomeadamente, a subscrição pelo consumidor do contrato de crédito e do contrato de compra e venda, no mesmo dia e nas instalações do vendedor]" (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 36; do mesmo autor, mais desenvolvidamente, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses Coimbra, Almedina, 2004, pp. 42-47. Embora discordando da opção legislativa adotada, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS reconhece que, *de iure conditio*, por aplicação da solução do art. 342.º, n.º 1 do CC, incumbe ao consumidor (alegar e) provar a existência de uma relação jurídica (ou meramente fática) de colaboração duradoura e continuada entre credor e vendedor, podendo, para tanto, requerer que estes sujeitos, no âmbito de uma de-

específico estiverem expressamente previstos no contrato de crédito<sup>142</sup>.

Verificados estes pressupostos e superando o princípio da relatividade dos contratos (art. 406.º, n.º 2 do CC, traduzido pela máxima latina *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*), a invalidade ou a ineficácia (nomeadamente, por exercício do direito de “livre revogação”<sup>143</sup>) do contrato de crédito coligado repercute-se, na mesma medida, no contrato de compra e venda (ou de prestação de serviços), da mesma forma que a invalidade ou a revogação (ou a ineficácia, decorrente do exercício do direito de arrependimento, se aplicável<sup>144</sup>) do contrato de compra e venda se projeta, de igual modo, no contrato de crédito coligado<sup>145</sup>.

Também uma situação de incumprimento (total ou parcial) do contrato de compra e venda ou de prestação de ser-

.....  
manda judicial ou arbitral, sejam notificados para apresentar determinados documentos, ao abrigo do dever de cooperação para a descoberta da verdade material (arts. 417.º e 429.º do CPC), sob cominação de inversão do ónus da prova (art. 344.º, n.º 2 do CC), em caso de recusa de colaboração. Acrescenta, ainda, o mesmo autor que “[m]ostra-se suficiente, em regra, a verificação de algumas das enunciadas circunstâncias – e não a sua presença cumulativa – para que se conclua pela existência de um acordo de colaboração”.

<sup>142</sup> Art. 4.º, n.º 1, al. o) do DL n.º 133/2009.

<sup>143</sup> Ou, também, a resolução por incumprimento do financiador, como defende FERNANDO DE GRAVATO MORAIS em *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 244-245 e em *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 87.

<sup>144</sup> Neste sentido, o considerando (37) e o art. 15.º, n.º 1 da Diretiva 2008/48/CE.

<sup>145</sup> Art. 18.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 133/2009. O art. 15.º da Diretiva 2008/48/CE não prevê qualquer hipótese de conexão contratual caso se verifique alguma vicissitude no contrato de crédito. Sem prejuízo, o considerando (37) da Diretiva salvaguarda “a legislação nacional aplicável aos contratos de crédito ligados caso um contrato de compra tenha sido declarado nulo ou o consumidor tenha exercido o seu direito de retratação nos termos do direito interno”.

viços, fundada, e.g., no facto de o conteúdo da obrigação de entrega do profissional, com os requisitos que integram o conteúdo do contrato (*requisitos subjetivos*) e os requisitos que um consumidor possa razoavelmente esperar (*requisitos objetivos*), não encontrar identidade no bem entregue ou no serviço prestado (aqui se incluindo vícios materiais e jurídicos)<sup>146</sup>, pode impactar o contrato de crédito coligado, fazendo incorrer o credor em *responsabilidade subsidiária de grau*

<sup>146</sup> Sobre a (des)conformidade dos bens móveis, vide os arts. 5.º a 10.º do DL n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens e no fornecimento de conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770. Revogou o DL n.º 67/2003, de 8 de abril, que continua, contudo, a aplicar-se aos contratos de compra e venda de bens móveis e imóveis celebrados até 31.12.2021 (cf. arts. 53.º, n.º 1 e 55.º do DL n.º 84/2021). Está aqui em causa, apenas, a conformidade do bem, entendida como “relação deontológica entre o ser (referente) e o dever ser (referência)”, na formulação lapidar de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 159, e já não a omissão da obrigação de entrega da coisa financiada pelo vendedor, regulada pelo art. 11.º do DL n.º 84/2021 (antes, art. 9.º-B da Lei n.º 24/96, de 31 de julho). Como alerta FERNANDO DE GRAVATO MORAS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 91, “(...) se o vendedor conceder uma garantia voluntária [denominada “garantia comercial” no DL n.º 84/2021] (para além da legal, portanto), o consumidor deixa de ter após o decurso do prazo da garantia legal a possibilidade de exercer os correspondentes direitos perante o financiador”. O que se acaba de referir alerta-nos para o facto de a “relação de subordinação estrita entre as pretensões que o consumidor pode fazer valer perante o vendedor e os direitos que correspondentemente lhe cabem junto do credor” se manifestar “(...) essencialmente, ao nível do respeito pelos prazos (de garantia legal, de denúncia e para o exercício dos direitos) a que se encontram sujeitas as pretensões do consumidor”, sob pena de caducidade dos direitos (também) perante o financiador – vide, neste sentido, desenvolvidamente, FERNANDO DE GRAVATO MORAS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses Coimbra, Almedina, 2004, pp. 136-146. Sendo o contrato de compra e venda já regulado pelo DL n.º 84/2021, tem o consumidor de atender apenas aos prazos de garantia legal e de caducidade do direito de ação, visto que deixou de se prever prazo de denúncia (agora denominada “comunicação”) da falta de conformidade ao profissional (cfr. artigo 5.º-A, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 67/2003, de 8 de abril).



reduzido perante o consumidor<sup>147-148</sup>. Observado o pressupos-

.....  
<sup>147</sup> V. Preâmbulo e prómio do art. 18.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009. A opção legislativa por um modelo de responsabilidade subsidiária de grau reduzido em detrimento de um modelo de responsabilidade solidária do credor é justificada por FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, assim: «[e]m termos económicos, provoca um custo acrescido do crédito para o consumidor, visto que naturalmente o financiador faz repercutir o risco do incumprimento do vendedor na esfera jurídica do beneficiário do crédito. A nível jurídico, invoca-se que o consumidor a crédito, por esta via, se encontra numa "melhor posição" quando confrontado com o comprador a prestações. Isto porque aquele – ao contrário deste – dispõe da faculdade de se dirigir a duas pessoas para fazer valer as suas pretensões, sendo que uma delas (a instituição de crédito) é, em regra, solvente" (FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses Coimbra, Almedina, 2004, p. 83). Já o art. 12.º do DL n.º 149/95, aplicável quando o contrato de locação financeira não seja um contrato de consumo, prevê que "o locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, salvo o disposto no artigo 1034.º do Código Civil".

<sup>148</sup> Caracterizando a "responsabilidade subsidiária de grau reduzido" assumida pelo credor face ao consumidor, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 93-95, afirma que, em bom rigor, aquela se encontra "mais próxima do conceito de solidariedade do que da típica noção de subsidiariedade". Considerando tratar-se de uma solução próxima à que se encontra consagrada no art. 501.º, n.º 2 do CSC (a propósito da responsabilidade da sociedade diretora pelas obrigações da sociedade subordinada), refere o autor que a discussão em torno da responsabilidade ora em apreço «centra-se no momento em que se produz a "insatisfação" do direito do consumidor [face ao vendedor], o que permite a demanda do credor», para, de seguida, concluir que, em regra, a doutrina tende a apresentar um elenco de causas legitimadoras que – assinalamos nós – se reconduzem, em larga medida, às situações previstas no art. 15.º, n.º 4 do DL n.º 84/2021, de 18 de outubro, cuja verificação admite a escolha entre a redução proporcional do preço e a resolução do contrato (no atual paradigma de hierarquia de direitos do consumidor em caso de falta de conformidade, nesta se incluindo vícios de facto e de direito), a saber: 1) quando o profissional não efetuou ou tenha recusado realizar tentativa de reposição da conformidade do bem (por ser impossível, impor custos desproporcionados ou outro motivo relacionado com o profissional) – al. a), subalíneas i) e iii); 2) quando o profissional não efetuou a reparação ou a substituição do bem nos termos do art. 18.º do DL n.º 84/2021 (nomeadamente, a título gratuito, num prazo razoável e sem grave inconveniente para o consumidor) – al. a), subalínea ii); 3) quando o profissional tenha declarado expressamente ou resulte evidente das circunstâncias (declaração tácita, por meio de factos concludentes inequívocos) que não vai repor o bem em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente para o consumidor – al. a), subalínea iv); 4) quando a mesma falta de conformidade tenha reaparecido (apesar da ten-

to inultrapassável da interpelação (extrajudicial<sup>149</sup>) ao vendedor para dele obter a satisfação do direito ao cumprimento pontual do contrato, caso subsista o incumprimento, o consumidor pode interpelar o credor para exercer qualquer uma das seguintes faculdades em relação ao contrato de crédito: a) a exceção de não cumprimento<sup>150</sup>; b) a redução do montante do crédito (e não do montante bruto) em montante igual ao da redução do preço<sup>151</sup>; c) a resolução do contrato

.....  
 tativa do profissional de repor o bem em conformidade) ou ocorra nova falta de conformidade – als. b) e c); 5) quando a gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato – al. d).

<sup>149</sup> Como defende FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, p. 91, "(...) a ideia de (re)equilíbrio material das posições dos contraentes (em especial do consumidor) envolvidos na relação trilateral (...) só se consegue através do afastamento dos encargos judiciais a suportar pelo consumidor, assim como também de todo o tipo de entraves (incluindo os psicológicos) que cria o ónus de instauração prévia de uma acção contra o vendedor e da posterior espera do seu resultado". Ademais – acrescenta o mesmo autor, a pp. 88-89 da obra em referência –, o "[a]rgumento decisivo utilizado pela doutrina no sentido de afastar esta opção [necessidade de instauração de acção judicial contra o vendedor] parece ser o de que o consumidor, no que toca ao *modus faciendi*, não deve estar em pior posição do que o comprador a prestações". Isto porque, afinal, "(...) do desdobramento contratual não deve resultar uma perda de direitos para o consumidor" (*idem*, p. 103).

<sup>150</sup> Faculdade prevista e regulada nos arts. 428.º e ss. do CC.

<sup>151</sup> A redução proporcional do preço do contrato de compra e venda de bem móvel encontra-se prevista e regulada nos arts. 15.º, n.ºs 1, al. b), 4, 5 e 9 e 19.º do DL n.º 84/2021, de 18 de outubro. A redução do preço repercute-se, na exata medida, na quantia mutuada e, por decorrência, nos juros a pagar pelo consumidor, sem que, contudo, haja lugar à modificação dos prazos das prestações do empréstimo. Significando a redução proporcional do montante do crédito um valor já pago em excesso pelo devedor para o mesmo número de prestações, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses Coimbra, Almedina, 2004, pp. 173-176, defende que deve reconhecer-se àquele uma pretensão de reembolso oponível ao credor ou, em alternativa, admitir-se que o beneficiário do crédito recorra ao instituto da compensação no sentido de descontar, junto do credor, a quantia excedente, acrescida dos respetivos juros, no valor das prestações. Sem prejuízo, o mesmo autor nega – e bem – a extensão do direito à redução do montante do crédito (e do direito de restituição) a eventual quantia entregue pelo consumidor ao vendedor com dinheiro não

de crédito<sup>152-153-153</sup>. Caso exerça algum dos direitos atrás enun-

.....  
mutuado (e.g., a título de entrada inicial), porque, em relação a tal quantia, o credor não interveio a qualquer título. Na hipótese diversa de o montante já entregue pelo devedor ao credor se revelar superior ao valor da obrigação de restituição do *tantundem* e respetivos juros depois de operada a redução, além de lhe assistir, de imediato, o direito de recusar o pagamento das prestações acordadas, tem, ainda, o consumidor o direito de exigir do credor a quantia entregue em excesso, nos termos do instituto do enriquecimento em causa, por ausência de causa justificativa (na sequência da redução do preço da compra e venda e do montante do crédito) para o seu recebimento e retenção (art. 473.º, n.º 2 do CC) – neste sentido, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 177-179.

<sup>152</sup> Art. 18.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009. A resolução do contrato de compra e venda de bem móvel encontra-se prevista e regulada nos arts. 15.º, n.º 1, al. c), 4, 6 e 9 e 20.º do DL n.º 84/2021, de 18 de outubro. Como assinala FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 189 e 194, a repercussão da resolução do contrato de compra e venda no contrato de crédito manifesta-se "(...) através de uma sinalagmaticidade *sui generis* entre duas obrigações, provenientes de contratos distintos": "(...) a obrigação de pagamento das prestações do empréstimo encontra-se na estrita dependência do dever de entrega de uma coisa conforme ao contrato por parte do vendedor". É, aliás, esta sinalagmaticidade das obrigações que legitima o credor a "contestar a razão que originariamente sustenta a resolução do contrato de compra e venda e que se repercute no contrato de mútuo". Para exercer este meio de defesa, exige-se ao consumidor que emita "uma declaração resolutive (extrajudicial) dirigida à contraparte no contrato de crédito", nela referindo "o incumprimento do vendedor (enquanto facto constitutivo do direito de resolução do contrato de compra e venda, que se propaga ao contrato de crédito) e alegar o motivo que conduziu a essa situação" e, bem assim, "legitima a eficácia *ex tunc* da resolução" (a qual, tal como vimos a propósito da redução do montante do crédito, também aqui não abarca a eventual quantia entregue pelo consumidor ao vendedor, com capital não mutuado) – assim, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, pp. 192, 205 e 212.

<sup>153</sup> Outra manifestação de união de contratos, concretamente de coligação unilateral de contratos, é aquela que se estabelece entre o contrato de crédito e o contrato relativo a um serviço acessório, cuja celebração se revela necessária para a obtenção do crédito (e.g. contrato de seguro). Como tal, nos termos do n.º 5 do art. 18.º do DL n.º 133/2009, se o consumidor exercer o direito de "livre revogação" do contrato de crédito ou este cessar a produção dos seus efeitos por conta de outro fundamento, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato acessório. Sem prejuízo de a norma do

ciados sob als. b) e c), o consumidor não tem de pagar ao credor o montante correspondente àquele que foi recebido (do credor) pelo vendedor, pelo que corre por conta do credor o risco de inadimplência ou, mesmo, de insolvência do fornecedor do bem<sup>155-155</sup>.

.....  
 art. 18.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009 transpor para a ordem nacional o art. 14.º, n.º 4 da Diretiva 2008/48/CE, FERNANDO DE GRAVATO MORAS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 371-372, defende que aquela regra deve aplicar-se não apenas aos casos de "livre revogação" do contrato de crédito, mas também às demais hipóteses de extinção do contrato (invalidade e resolução pelo consumidor – ou até pelo credor – fundada em incumprimento do financiador), atenta a íntima conexão – dependência genética e funcional, de sentido único – entre o contrato de crédito e o contrato de seguro, ainda que formalmente independentes.

<sup>154</sup> Já a reposição da conformidade do bem por meio de reparação ou de substituição não pode ser exigida ao credor, sob pena de oneração do mesmo com um "encargo desmesurado e desproporcionado", que "extravasa claramente o âmbito da sua atividade". Afinal, como constata FERNANDO DE GRAVATO MORAS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 154-158, "(...) o financiador apenas sabe ou presume que foi entregue uma coisa com certas características. Fisicamente, como sabemos, desconhece a coisa. Nunca esteve materialmente próximo dela, pelo que, num primeiro momento, sempre tem que averiguar da existência do defeito, bem como da sua causa. Ora, o credor não dispõe de meios próprios para fiscalizar e para constatar as situações de desconformidade. Só através do vendedor ou de um terceiro pode, em regra, verificar a existência e a origem de tais vícios. Por sua vez, também não é um especialista, nem está vocacionado para proceder à reparação de coisas defeituosas, estando particularmente distante de responder eficazmente aos problemas suscitados nesse domínio".

<sup>155</sup> Art. 18.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009, transmitindo-se *ope legis* para o credor (apesar de não ser parte do contrato de compra e venda) o direito a exigir do vendedor (e não do consumidor) a quantia mutuada. Como se explica, detalhadamente e com meridiana clareza, no Ac. do STJ de 14.02.2008, proferido no Proc. n.º 08B074, Relator: Oliveira Vasconcelos, com apoio em artigo da autoria de PAULO DUARTE, intitulado "A sensibilidade do mútuo às exceções do contrato de aquisição na compra e venda financiada, no quadro do regime jurídico do crédito ao consumo (RJCC)", in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 24, O Estado do Direito do Consumidor, janeiro/março de 2003, pp. 39-70, «na compra e venda financiada, "o contrato de crédito, em vez de localizar-se na relação

### 4.3. REGIME ESPECIAL DE RENEGOCIAÇÃO DO CONTRATO DE CRÉDITO À HABITAÇÃO

Para os contratos de crédito com garantia hipotecária, o DL n.º 74-A/2017 estabelece um regime particular para a

entre consumidor e vendedor, polariza-se naquele e no terceiro financiador", ou seja, "por um lado, o consumidor conclui com o vendedor um contrato de compra e venda a pronto (ou seja, sem qualquer convenção de diferimento de preço); por outro lado, celebra com o terceiro financiador (uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira) um contrato de mútuo de dinheiro, sendo o capital mutuado destinado ao pagamento imediato do preço estabelecido no conexo contrato de compra e venda". Na prática, as coisas costumam funcionar do seguinte modo: - o consumidor subscreve um contrato manifestando a intenção de beneficiar da concessão de um crédito; - a entidade financiadora, em vista do exemplar do contrato e dos documentos que tenham sido exigidos, confirmará ou recusará a concessão do crédito; - em princípio, a confirmação ou recusa será feita através do estabelecimento comercial aderente, como fornecedor de bens ao consumidor; - confirmado o contrato, a sua execução prática traduz-se na entrega pelo estabelecimento ao consumidor, sendo o preço pago ao estabelecimento pela entidade financiadora.». Daí que, em caso de exercício do direito previsto na al. c) do n.º 3 do art. 18.º do DL n.º 133/2009, se assista a uma "restituição triangular": «(...) o credor está obrigado a reembolsar o consumidor pelo valor das prestações entregues (...); o vendedor deve, por seu turno, restituir "o montante mutuado" ao credor; o consumidor, por fim, está vinculado a devolver a coisa ao vendedor ou à massa falida [*rectius*: insolvente], no caso de falência [*rectius*: insolvência] daquele» – assim, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *op. cit.*, p. 222.

<sup>156</sup> A propósito da garantia do crédito concedido pelo credor ao consumidor, verifica-se, até aos dias de hoje, uma querela doutrinal e jurisprudencial acerca da validade da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador em contratos de crédito ao consumo, muito comum em contratos de financiamento para a aquisição de veículos automóveis. Com a revogação do DL n.º 359/91, de 21 de setembro pelo DL n.º 133/2009, de 2 de junho, deixou de vigorar norma equivalente à prevista no art. 6.º, n.º 3, al. f) do primeiro diploma referido, nos termos da qual "[o] contrato de crédito que tenha por objecto o financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento em prestações deve indicar ainda: (...) f) O acordo sobre a reserva de propriedade", regra que já motivava debate acerca da sua aplicabilidade apenas aos casos em que o vendedor do bem em prestações fosse simultaneamente o financiador da sua aquisição. Neste seguimento, discute-se se, apesar de a norma do n.º 1 do art. 409.º do CC apenas prever a estipulação de cláusula de reserva de propriedade nos "contratos de alienação" a favor do "alienante", é legalmente possível o credor reservar para si o direito de propriedade sobre o bem cuja aquisição financiou. Em abono da legalidade de cláusula

renegociação dos créditos<sup>157</sup> cujo *telos* seja financiar a aqui-

.....

de reserva de propriedade a favor do financiador, sob o manto do princípio da liberdade contratual (art. 405.º do CC), defende-se que a posição do credor, exposto ao risco de deterioração do bem de consumo adquirido ou até da sua alienação pelo consumidor, não fica suficientemente tutelada com a constituição de outras garantias pessoais ou reais, como a fiança ou hipoteca, respetivamente, pelo que se impõe uma interpretação atualista da regra do n.º 1 do art. 409.º do CC (e, ainda, do preceito do n.º 1 do art. 18.º do DL n.º 54/75, de 12 de fevereiro), à luz do paradigma hodierno do “negócio trilateral de alienação financiada”, sendo de admitir a aquisição da *propriedade reservada* do bem pelo financiador por meio de sub-rogação nos direitos do vendedor; em sentido contrário, advogando a nulidade da cláusula de reserva de propriedade a favor do credor nos termos dos arts. 280.º, n.º 1 e 294.º do CC – entendimento que subscrevemos –, outra corrente, para além de se estribar no argumento literal que se extrai do art. 409.º, n.º 1 do CC (o qual, atento o limite imposto pelo art. 9.º, n.º 2 do CC, não parece admitir leitura diversa), assinala que se revela desajustada a convocação da figura da sub-rogação, porque aplicável à transmissão de créditos e não de posições jurídicas reais (neste sentido, os arts. 1316.º e 1317.º do CC, que remetem para os arts. 408.º e 409.º do CC) e, em todo o caso, ainda que, por força dos arts. 591.º n.º 1, 593.º, n.º 1 e 582.º, n.º 1 do CC, o mutuante fique sub-rogado nos direitos do vendedor, incluindo as garantias e outros acessórios dos direitos transmitidos, entre tais garantias não pode incluir-se a reserva de propriedade, porque esta “(...) é uma extensão do direito de propriedade e isto a tal ponto, que a inclusão dessa figura no contrato de compra e venda não só significa a imposição de uma condição suspensiva como impede a própria posse do comprador, que se deverá considerar como possuidor em nome alheio” (cf. Ac. do STJ de 24.06.1982, proferido no Proc. n.º 069909, Relator: Lima Cluny, in *BMJ*, n.º 318, p. 394). Por conseguinte, porque ninguém pode transmitir direitos que não tem – princípio consagrado na expressão latina *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* –, não sendo o financiador proprietário do bem de consumo, não o pode reservar sob condição. Neste último sentido posiciona-se FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 146, 300-308; em defesa da compreensão oposta, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade: do vendedor ao financiador*, Coleção Estudos CEJUR, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 319-372. Para mais desenvolvimentos sobre esta divergência na literatura jurídica e no *law in action*, com vastas referências doutrinárias e jurisprudenciais, vide JOSÉ MENEZES SANHUDO, “Cláusulas de reserva de propriedade a favor do financiador em contratos de crédito ao consumo”, in *Revista Julgar Online*, fevereiro de 2020, pp. 1-26, disponível *online* em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/02/20200224-ARTIGO-JULGAR-Cláusulas-de-Reserva-de-Propriedade-José-M.-Sanhudo.pdf>.

<sup>157</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 25.º do DL n.º 74-A/2017, com vista a afastar potencial entrave à renegociação do crédito por iniciativa do consumidor,

sição, realização de obras ou manutenção de direitos de propriedade sobre habitação própria permanente, com o qual procura estimular a oferta de habitação para arrendamento<sup>158</sup> e proporcionar adequada resposta à situação comum de modificação ou extinção de vínculo matrimonial ou relação análoga à dos cônjuges, que espoleta um pedido – ou importa mesmo, no caso de falecimento de um dos consortes – a alteração subjetiva da relação de crédito (com cessação de produção de efeitos do contrato quanto a um dos titulares do polo passivo), conciliando os interesses referidos com a tutela da posição do mutuante de crédito garantido por imóvel onerado com direito pessoal de gozo e a manutenção de um rácio DSTI que aponte no sentido de que o mutuário não exonerado será capaz de suportar o esforço financeiro associado ao pagamento da dívida, respetivamente.

Assim, preceitua o n.º 2 do art. 25.º do DL n.º 74-A/2017 que, obtido o seu assentimento para a alteração contratual – já que, por força do princípio da estabilidade do cumprimento dos contratos, corolário do princípio *pacta sunt servanda*, as partes não podem modificar unilateralmente o clausulado do negócio jurídico bilateral –, os mutuantes não podem agravar os encargos com o crédito cuja finalidade seja financiar a aquisição, realização de obras ou manutenção de direitos de

.....

aos mutuantes está vedada a cobrança de qualquer comissão pela análise da renegociação das condições do crédito, nomeadamente do *spread* ou do prazo de duração do contrato de crédito. Idêntica previsão encontra-se plasmada no art. 14.º-A do DL n.º 133/2009, aditado pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto.

<sup>158</sup> V. Preâmbulo da Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro, por via da qual se adotaram medidas destinadas a corrigir situações de desequilíbrio entre arrendatários e senhorios, a reforçar a segurança e a estabilidade do arrendamento urbano e a proteger arrendatários em situação de especial fragilidade, tendo introduzido, nomeadamente, a nova al. a) ao n.º 2 do art. 25.º do DL n.º 74-A/2017.

propriedade sobre habitação própria permanente, nomeadamente aumentando os *spreads* estipulados, em caso de renegociação motivada por qualquer uma das seguintes situações: a) celebração entre o consumidor e um terceiro de um contrato de arrendamento habitacional da totalidade ou de parte do imóvel que garante o crédito, desde que o contrato de arrendamento contenha menção expressa a que o imóvel se encontra hipotecado em garantia de um crédito à habitação e obrigue o arrendatário a depositar o valor da renda na conta bancária associada ao empréstimo<sup>159</sup>; b) ocorrência superveniente de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, dissolução da união de facto ou falecimento de um dos cônjuges, quando o empréstimo fique titulado por um consumidor que comprove que o respetivo agregado familiar<sup>160</sup> tem rendimentos que proporcionam uma taxa de esforço inferior a 55 %, ou, no caso de agregados familiares com dois ou mais dependentes, inferior a 60 %.

.....

<sup>159</sup> Art. 25.º, n.º 4 do DL n.º 74-A/2017. O contrato de arrendamento previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 25.º do DL n.º 74-A/2017 caduca com a venda executiva ou a dação em cumprimento do imóvel hipotecado fundada em incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor, salvo se o mutuante e o consumidor tiverem, com fundamento no arrendamento, acordado na alteração das condições do crédito (art. 25.º, n.º 5 do DL n.º 74-A/2017).

<sup>160</sup> Nos termos da al. a), do n.º 1 do art. 4.º do DL n.º 74-A/2017, entende-se por *agregado familiar* "o conjunto de pessoas constituído pelos cônjuges ou por duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges, nos termos do artigo 2020.º do Código Civil, seus ascendentes e descendentes em 1.º grau ou afins, desde que com eles vivam em regime de comunhão de mesa e habitação, bem como o conjunto constituído por pessoa solteira, viúva, divorciada ou separada judicialmente de pessoas e bens, seus ascendentes e descendentes do 1.º grau ou afins, desde que com ela vivam em comunhão de mesa e habitação".



#### **4.4. A FACULDADE DE DESIGNAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE CRÉDITO À HABITAÇÃO**

No art. 26.º do DL n.º 74-A/2017 encontramos previsão expressa de uma faculdade certamente menos estudada e utilizada na prática, mas que pode revestir-se de algum interesse na gestão das responsabilidades contraídas pela mesma parte devedora perante o mesmo credor. Mais concretizada, por apelo à figura da designação, na eventualidade de o devedor não se encontrar em condições de entregar uma quantia pecuniária que extinga todas as “dívidas da mesma espécie” (dívidas homogéneas, i.e., relativas a coisas do mesmo género) que mantém com a mesma parte credora, aquele pode designar (i.e., escolher) a prestação correspondente ao crédito com garantia hipotecária e imputar a esta a disposição patrimonial realizada, para efeitos do disposto no n.º 1 do art. 783.º do CC<sup>161</sup>. Para tanto, o mutuante deve informar o consumidor, em linguagem simples e clara, das regras supletivas de imputação, aplicáveis na falta de designação, após o que interpela o consumidor para, querendo, fazer a designação prevista no n.º 1 do art. 26.º do DL n.º 74-A/2017<sup>162</sup>.

#### **4.5. O DIREITO AO REEMBOLSO ANTECIPADO**

Finalmente, considerando que a capacidade do consumidor para amortizar o empréstimo antes do termo do contrato

.....

<sup>161</sup> Art. 26.º, n.º 1 do DL n.º 74-A/2017. O que vai ao encontro da escolha natural do mutuário, que tem no imóvel financiado por crédito hipotecário um bem que reputa de essencial para a sua vida quotidiana (e do seu agregado familiar) e, como tal, só deixará de continuar a assegurar o serviço da dívida inerente a este específico contrato caso se veja confrontado com uma situação financeira particularmente grave, geralmente determinada por um (ou mais) dos célebres três “D”: desemprego, divórcio e doença.

<sup>162</sup> Art. 26.º, n.ºs 2 e 3 do DL n.º 74-A/2017.

de crédito pode desempenhar um importante papel na promoção da concorrência no mercado interno e da livre circulação dos cidadãos da UE, bem como ajudar a imprimir a flexibilidade necessária, na pendência da execução do contrato, para o fomento da estabilidade financeira<sup>163</sup>, nos dois regimes dedicados aos contratos de créditos aos consumidores a que vimos aludindo prevê-se expressamente o direito potestativo e irrenunciável<sup>164</sup> de o consumidor, em qualquer momento da vigência do contrato, sem sujeição a qualquer limite mínimo quanto ao montante e pelo número de vezes que melhor lhe aprouver, efetuar o reembolso antecipado (i.e., antes do prazo estipulado para o cumprimento), parcial ou total<sup>165</sup>, do crédito convencionado, com a correspondente redução, em termos proporcionais, do custo total do crédito, por via da re-

<sup>163</sup> Considerando (66) da Diretiva 2014/17/UE.

<sup>164</sup> Nos termos do art. 26.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 (diversamente do que dispunha o art. 8.º, n.º 5 do DL n.º 359/91, a propósito do direito de “livre revogação”, em caso de entrega imediata do bem objeto do financiamento, através de declaração separada e exclusiva para o efeito) e do art. 35.º, n.º 1 do DL n.º 74-A/2017, “[o] consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força das disposições do presente decreto-lei, sendo nula qualquer convenção que os exclua ou restrinja”. Sem prejuízo, por meio de redução (art. 292.º do CC), o consumidor pode optar pela manutenção do contrato de crédito mesmo que algumas das suas cláusulas sejam nulas, passando a vigorar, na parte afetada, as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras da integração dos negócios jurídicos (art. 26.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009 e art. 35.º, n.º 2 do DL n.º 74-A/2017).

<sup>165</sup> Como constata PAULO DUARTE, “O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito”, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 425-426, a faculdade de cumprimento antecipado parcial encerra uma imperativização da regra supletiva de atribuição do benefício do prazo ao devedor, prevista no art. 779.º do CC – afastando a regra especial do regime do mútuo consagrada na primeira parte do art. 1147.º do CC (“[n]o mútuo oneroso o prazo presume-se estipulado a favor de ambas as partes (...)”) –, e uma derrogação da regra geral e supletiva da primeira parte do n.º 1 do art. 763.º da lei civil comum, nos termos da qual “[a] prestação deve ser realizada integralmente e não por partes”.

dução dos juros e dos encargos<sup>166</sup> do período remanescente do contrato<sup>167-167</sup>.

Assim, pretendendo cumprir as suas obrigações antes da data estipulada no contrato de crédito, nomeadamente para fazer extinguir as garantias acessórias do crédito, o consumidor deve comunicar tal intenção ao credor/mutuante, em papel ou noutro suporte duradouro, com uma

.....  
<sup>166</sup> No entendimento de PAULO DUARTE, "(...) a identificação exacta dos encargos que, para além dos juros remuneratórios, se acham conexiões com o decurso do tempo deve apoiar-se num critério funcional e material: se, por um lado, não são de considerar os encargos de natureza administrativa e logística, insensíveis à duração do contrato, tem de atender-se, por outro lado, a todos aqueles que, independentemente da designação formal que lhes seja dada, variem efectivamente em função da extensão temporal da disponibilidade do capital pelo consumidor." (PAULO DUARTE, "O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito", Coimbra, Almedina, 2012, p. 429). No Ac. de 11.09.2019, proferido no Proc. C- 383/18 (*Lexitor Sp. z o.o contra Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowa - Kredytowa im. Franciszka Stępczyka e o.*), o TJUE declarou que "[o] artigo 16.º, n.º 1, 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 o direito do consumidor à redução do custo total do crédito, em caso de reembolso antecipado do crédito, inclui todos os custos que lhe foram impostos".

<sup>167</sup> Art. 19.º, n.º 1 do DL n.º 133/2009 e art. 23.º, n.º 1 do DL n.º 74.º-A/2017. Derroga-se, assim, o disposto na segunda parte da regra prevista no art. 1147.º do CC – "(...) o mutuário pode antecipar o pagamento, desde que satisfaça os juros por inteiro" –, porque o reembolso antecipado implica a perda completa do *interusurium* pelo credor/mutuante, i.e., dos ("juros [e demais encargos] que o objecto da prestação produziria se [o devedor] a conservasse em seu poder" durante o período da antecipação (que é o tempo que medeia entre o momento do cumprimento antecipado e o momento, futuro, previsto, pelas partes ou pela lei, para a sua realização)), sendo este um corolário do princípio da acessoriedade da obrigação de juros (quanto à sua constituição) em relação à obrigação principal de capital (art. 561.º, 1.º parte do CC) – cf. PAULO DUARTE, "O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito", Coimbra, Almedina, 2012, pp. 411, 426, 430.

<sup>168</sup> Durante a vigência dos contratos regulados pelo DL n.º 133/2009 e pelo DL n.º 74-A/2017, o consumidor deve ser informado de quaisquer alterações da TAN, em suporte papel ou noutro suporte duradouro (nomeadamente

antecedência não inferior a 30 dias de calendário (no caso dos contratos de crédito ao consumo regulados pelo DL n.º 133/2009)<sup>169</sup> ou de, pelo menos, 7 dias úteis ou 10 dias úteis (no caso de pedido de reembolso antecipado parcial ou total, respetivamente, nos contratos de crédito hipotecário regulados pelo DL n.º 74-A/2017)<sup>170</sup>, sob pena de o credor/mutuante poder recusar licitamente a prestação e, por essa via, obstar à produção dos efeitos inerentes ao reembolso antecipado. Compreensivelmente, e sem prejuízo de as partes poderem acordar em sentido mais favorável para o consumidor<sup>171</sup>, em regra, reconhece-se ao credor/mutuante o direito a uma indemnização justa e objetivamente fundamentada nos custos direta e concretamente relacionados com o reembolso ante-

.....

através do extrato previsto no n.º 1 do art. 12.º do Aviso do BdP n.º 5/2017, para os contratos de crédito hipotecário), antes da entrada em vigor dessas alterações, com menção do montante dos pagamentos a efetuar após a entrada em vigor da nova taxa nominal e, se o número ou a frequência dos pagamentos forem alterados, os detalhes das alterações (art. 14.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 133/2009 e art. 22.º, n.ºs 1 e 2 do DL n.º 74-A/2017). Isto sem prejuízo da aplicação da al. a) do n.º 2 do art. 22.º da LCCG, que exceciona do elenco de cláusulas relativamente proibidas [derrogando a previsão da al. c) do n.º 1 do mesmo artigo e diploma] aquelas que concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações do mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração (cláusulas de *ius variandi*). Assim, no caso de o contrato de crédito com garantia hipotecária conferir ao mutuante o direito de modificar por sua iniciativa as condições contratuais com reflexo no valor da prestação ou do montante a pagar, aquele deve comunicar ao consumidor o teor dessas alterações através do extrato previsto no art. 12.º do Aviso do BdP n.º 5/2017 ou em documento autónomo (art. 14.º do Aviso do BdP n.º 5/2017).

<sup>169</sup> Art. 19.º, n.º 2 do DL n.º 133/2009.

<sup>170</sup> Art. 23.º, n.ºs 2 e 3 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>171</sup> De acordo com o n.º 6 do art. 23.º do DL n.º 74-A/2017, a fixação legal de limites máximos da comissão a pagar pelo consumidor não prejudica um acordo inter-partes que preveja a isenção do pagamento de comissão ou o pagamento de uma comissão de montante inferior.

cipado (danos emergentes)<sup>172-173</sup>, tendo igualmente em atenção as poupanças que, por esta via, advieram para o mutuante (*compensatio lucri cum damno*), pelo que o método de cálculo da compensação deve resultar transparente, compreensível e de fácil aplicação para o devedor/mutuário<sup>174</sup>.

Com efeito, para os contratos de crédito ao consumo disciplinados pelo DL n.º 133/2009, a compensação devida pelo credor traduz-se no pagamento, pelo consumidor, de uma comissão de reembolso antecipado que não pode exceder 0,5% do montante do capital reembolsado antecipadamente, se o período decorrido entre o reembolso antecipado e a data estipulada para o termo do contrato de crédito for superior a um ano, não podendo aquela comissão ser superior a 0,25% do montante do crédito reembolsado antecipadamente, se o mencionado período for inferior ou igual a um ano<sup>175</sup>. Na medida em que o crédito ao consumo, mercê da sua duração e do seu volume, tipicamente não é suportado por mecanismos de financiamento a longo prazo, o limite máximo da compensação, em qualquer caso, encontra-se fixado, *a forfait*, no montante dos juros que o consumidor te-

<sup>172</sup> Desde que tal ocorra num período em que a taxa nominal aplicável seja fixa, no caso dos contratos de crédito ao consumo regulados pelo DL n.º 133/2009 (art. 19.º, n.º 3 do DL n.º 133/2009).

<sup>173</sup> Em face do disposto no n.º 8 do art. 23.º do DL n.º 74-A/2017 para os contratos de crédito à habitação, para além da comissão a pagar pelo consumidor, com os limites determinados pelo n.º 5 do mesmo artigo e diploma, pode haver lugar ao débito dos demais encargos suportados pelo mutuante que lhes sejam exigíveis por terceiros, e repercutíveis nos consumidores, nomeadamente os pagamentos a conservatórias e cartórios notariais ou que revistam de natureza fiscal, desde que com apresentação de justificação documental das respetivas despesas ao consumidor.

<sup>174</sup> Como tal, nos termos do n.º 4 do art. 23.º do DL n.º 74-A/2017, se o consumidor pretender efetuar o reembolso antecipado parcial ou total do contrato, o mutuante deve prestar-lhe sem demora, após a receção do pedido, em papel ou noutra suporte duradouro, as informações sobre o impacto do reembolso do crédito para o consumidor, descrevendo, para o efeito, os pressupostos utilizados.

<sup>175</sup> Art. 19.º, n.º 4 do DL n.º 133/2009.

ria de pagar durante o período decorrido entre o reembolso antecipado e a data estipulada para o termo do período de taxa fixa do contrato de crédito (limite do *interesse contratual positivo* do financiador)<sup>176</sup>. Não obstante, estabeleceu-se imperativamente a proibição de cobrança de qualquer comissão de reembolso por efeito do reembolso antecipado do contrato de crédito se o reembolso tiver sido efetuado em execução de contrato de seguro destinado a garantir o reembolso do crédito (com a verificação do sinistro – e.g., morte, incapacidade, desemprego do consumidor – que desencadeia o cumprimento antecipado, total ou parcial) ou no caso de concessão de crédito por facilidade de descoberto autorizado ou, ainda, se o reembolso (antecipado) tiver lugar num período em que a taxa nominal aplicável não seja fixa<sup>177-178</sup>.

Por sua vez, para os contratos de crédito à habitação norteados pelo DL n.º 74-A/2017<sup>179</sup>, o valor máximo da comissão

<sup>176</sup> Art. 19.º, n.º 6 do DL n.º 133/2009; PAULO DUARTE, “O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito”, Coimbra, Almedina, 2012, p. 436.

<sup>177</sup> Art. 19.º, n.º 5 do DL n.º 133/2009.

<sup>178</sup> Nos termos do Aviso do BdP n.º 10/2014, as instituições devem prestar, através de extrato ou em documento autónomo, informação específica sobre reembolso antecipado do contrato de crédito por parte do cliente bancário, a qual compreende, obrigatoriamente: a) os montantes por aquele entregues tendo em vista o reembolso antecipado, parcial ou total, do contrato de crédito; b) o montante exigido pela instituição a título de comissão de reembolso antecipado e eventuais despesas, quando aplicável; c) a data dos pagamentos efetuados pelo cliente bancário nos termos das alíneas anteriores; d) o capital vincendo após o reembolso, no caso de reembolso antecipado parcial (art. 5.º, n.ºs 1, al. c), e n.º 5 do Aviso).

<sup>179</sup> No art. 24.º do DL n.º 74-A/2017 também se prevê a hipótese de reembolso antecipado total com vista à transferência de crédito para outro mutuante. Neste caso, no prazo de 10 dias úteis, o mutuante deve facultar à nova entidade credora todas as informações e elementos necessários à realização da operação, designadamente o valor do capital em dívida e o período de tempo de empréstimo já decorrido (n.º 1), na certeza que tal operação não prejudica a validade dos contratos de seguro que hajam sido celebrados (sem prejuízo, claro, da substituição do beneficiário dos contratos de seguro pelo novo mutuante) em condições que não afetem os riscos

a pagar pelo consumidor em caso de reembolso antecipado parcial ou total varia em função do tipo de taxa devedora, correspondendo a 0,5 % do capital amortizado, no caso de o reembolso ocorrer num período em que é aplicável o regime de taxa variável, ou de 2 % do capital amortizado, no caso de o reembolso ocorrer num período em que é aplicável o regime de taxa fixa<sup>180</sup>. Também aqui é expressamente proibida a cobrança de comissão por conta do reembolso antecipado no caso de crédito concedido no âmbito de facilidade de descoberto com garantia hipotecária<sup>181</sup>, tal como nos casos, fundados em motivo legítimo devidamente comprovado, de reembolso por morte, desemprego<sup>182</sup> ou deslocação profissional<sup>183</sup> do mutuário<sup>184</sup>.

.....  
abrangidos pelos seguros celebrados para garantia da obrigação de pagamento (n.º 2), sendo ineficaz qualquer cláusula contratual que disponha em sentido contrário ou que, de alguma forma, agrave a posição do segurado ou do consumidor em função da transferência do crédito (n.º 3).

<sup>180</sup> Art. 23.º, n.º 5 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>181</sup> Art. 23.º, n.º 7 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>182</sup> Para este efeito, considera-se estar em situação de desemprego quem, tendo sido trabalhador por conta de outrem ou por conta própria, se encontrar inscrito como tal em centro de emprego há mais de três meses, constituindo prova da situação de desemprego a exibição de declaração do Instituto do Emprego e Formação Profissional, I.P. (IEFP, I.P.) – art. 23.º, n.º 10 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>183</sup> Para este efeito, considera-se “deslocação profissional” a mudança do local de trabalho do consumidor (ou de outro membro do agregado familiar, à exceção dos descendentes), para um local cuja distância do imóvel sobre o qual incide a operação de crédito seja superior a 50 quilómetros em linha reta, e que implique a mudança da habitação permanente do agregado familiar, constituindo prova da deslocação profissional a exibição do novo contrato de trabalho ou de declaração da nova entidade empregadora – art. 23.º, n.º 11 do DL n.º 74-A/2017.

<sup>184</sup> Art. 23.º, n.º 9 do DL n.º 74-A/2017.

**BIBLIOGRAFIA**

- AA.VV., *Código Civil Anotado – Volume I (Artigos 1.º a 1250.º)*, coord. ANA PRATA, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 978-981, 1414-1416, 1485-1488, ISBN 978-972-40-6993-7
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 7.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2022, ISBN 978-989-40-0091-4
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 972-40-2548-9
- ALVES, CLÁUDIA M., "As Contas de Serviços Mínimos Bancários", in Anuário do NOVA Consumer Lab, Ano 3 – 2021, pp. 195-234, disponível em <http://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2022/02/NOVA-Consumer-Lab-2021.pdf>
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7770-3
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3935-0
- BARBOSA, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais, Príncipia, 2016, ISBN 978-989-716-145-2
- BARROS, JOÃO PEDRO LEITE, "O excesso de informação como abuso do direito (dever)", in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. VII, número 25, março 2017, pp. 13-60
- BASTOS, MIGUEL BRITO, *O Mútuo Bancário – Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, ISBN 978-972-32-2264-7
- CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES, *A reserva de propriedade: do vendedor ao financiador*, Coleção Estudos CEJUR, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, ISBN 978-989-96672-2-8
- CARVALHO, JOÃO SANTOS, *A (Hipotética) Remuneração do Mutuário. Efeitos das taxas de juro de referência negativas em contratos de crédito bancário*, Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7328-6
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, ISBN 978-972-40-8340-7
- CASTELO, HIGINA ORVALHO, "Crédito ao consumo e diversidade de tipos contratuais", Ação de Formação em Direito do Consumidor, CEJ, Lisboa, 7 de março de 2014, disponível em <https://elearning.cej.mj.pt/plugin->



file.php/9525/mod\_folder/content/0/texto/texto\_Higina\_Castelo.pdf?forcedownload=1

- COSTA, CARLOS FILIPE, "As taxas de juro bancárias estão liberalizadas?", in Revista "Vida Judiciária", n.º 224, janeiro-fevereiro 2022, pp. 20-21
- COUTO, RUTE, "A relevância contratual da publicidade", in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coord.), *Estudos selecionados do Instituto Jurídico Português*, Vol. II – Temas de Direito dos Contratos, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, pp. 62-79, ISBN 978-989-8305-79-4
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Bancário*, 5.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2014, ISBN 978-972-40-5625-8
- DUARTE, PAULO, "O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito", in *Liber amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 409-437, ISBN 978-972-40-4714-0
- DUARTE, PAULO, "Um depósito bancário não é um (contrato de) depósito: ou a desadequação da linguagem dos contratos reais à realidade do dinheiro bancário no actual sistema monetário", in *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC, FDUC, n.º 11, 2016, pp. 351-443
- DUARTE, PAULO ALEXANDRE FERREIRA, "Contratos de concessão de crédito ao consumidor: em particular as relações trilaterais, resultantes da intervenção de um terceiro financiador", Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Professor Doutor António Pinto Monteiro, Coimbra, FDUC, 2000
- DUARTE, RUI PINTO, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7321-7
- FALCÃO, DAVID, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, ISBN 978-972-40-8094-9
- FRADE, CATARINA, "Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas", in CATARINA SERRA (org.), *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 9-28, ISBN 978-972-40-5067-6
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-5008-9
- GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, REDINHA, MARIA REGINA, "A força normativa dos avisos do Banco de Portugal: reflexão a partir do Aviso n.º 11/2001, de 20 de novembro", in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 707-723, ISBN 978-972-32-1545-8

- LOUREIRO, CARLOS GABRIEL DA SILVA, "Juros usurários no crédito ao consumo", in *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. V, n.º 8, 2007, pp. 265-280
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, «Tutela da confiança e "venire contra factum proprium"», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 117.º e 118.º, n.ºs 3725-3730, 3733, 3735, 3737
- MACHADO, MIGUEL DA CÂMARA, SILVA, TOMÁS GOMES DA, PINA, INÊS DA COSTA, "O Banco de Portugal como defensor dos clientes bancários", *Revista de Direito Comercial*, pp. 783-830, disponível em <https://www.revista-dedireitocomercial.com/o-banco-de-portugal-como-defensor-dos-clientes-bancarios>
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor", *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Vol. LVII, Tomo 2 (2014), pp. 2315-2348
- MONTEIRO, JORGE SINDE, SÁ, ALMENO DE, "Concessão de Crédito e Deveres de Informação do Banco", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, Vol. II, agosto 1996, pp. 727-759
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, ISBN 978-972-40-3137-8
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3933-6
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo – Efeitos para o financiador do incumprimento pelo vendedor*, Coleção Teses Coimbra, Almedina, 2004, ISBN 972-40-2121-1
- PASSINHAS, SANDRA, "O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação", in *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC, FDUC, n.º 14, 2018, pp. 415-487
- PAZ, MARGARIDA, "A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review*, ano LXII, 2021, número 1, tomo 2, pp. 655-679
- SALAZAR, CLÁUDIA CRISTINA MOREIRA, "Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor", Dissertação de Mestrado em Direito pela UCP – Escola de Direito do Centro Regional do Porto, sob orientação do Professor Doutor José Brandão Proença, novembro de 2012, disponível em [https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16056/1/tese2\\_convertido.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16056/1/tese2_convertido.pdf)
- SANHUDO, JOSÉ MENEZES, "Cláusulas de reserva de propriedade a favor do financiador em contratos de crédito ao consumo", in *Revista Julgar Online*, fevereiro de 2020, pp. 1-26, disponível em <http://julgar.pt/wp->

-content/uploads/2020/02/20200224-ARTIGO-JULGAR-Clausulas-de-Reserva-de-Propriedade-José-M.-Sanhudo.pdf

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-7098-8

VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, *De novo os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras*, *Revista de Direito Comercial*, pp. 505-544, disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5d72610d8cb59266acd27831/1567777039890/2019-17.pdf>

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, "Taxas de Juro do Crédito ao Consumo – Limites Legais", in e-book "Direito Bancário", Centro de Estudos Judiciários, fevereiro de 2015, disponível em [https://cej.justica.gov.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](https://cej.justica.gov.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf)

## Jurisprudência

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 15.03.2012, Processo C-453/10 (*J. Pereničová, V. Perenič contra SOS financ spol. s.r.o.*)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 11.09.2019, Processo C-383/18 (*Lexitor Sp. z o.o contra Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka e o.*)

### SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 14.02.2008, Processo n.º 08B074 (Oliveira Vasconcelos)

Acórdão de 13.09.2016, Processo n.º 1262/14.1T8VCT-B.G1.S1 (Alexandre Reis)

### TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Acórdão de 17.12.2015, Processo n.º 100/12.4TBMSF-A.G1 (João Diogo Rodrigues)

### TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Acórdão de 31.10.2013, Processo n.º 5074/10.3YYPRT-B.P1 (José Manuel de Araújo Barros)

Acórdão de 22.05.2019, Processo n.º 1553/17.0T8MTS.P1 (Joaquim Ferreira Gomes)

**TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**

Acórdão de 28.06.2007, Processo n.º 4307/2007-6 (Ferreira Lopes)

Acórdão de 12.12.2013, Processo n.º 23703/09.0T2SNT-B.L1-6 (Maria de Deus Correia)

**TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA**

Acórdão de 05.02.2014, Processo n.º 722/12.3TBBA-A.E1 (Acácio Neves)

Acórdão de 05.07.2017, Processo n.º 873/07-2 (Fernando Bento)

**TRIAVE – CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DO AVE,  
TÂMEGA E SOUSA**

Sentença de 10.02.2020, Processo n.º 2381/2019 (Carlos Filipe Costa)

Os acórdãos do Tribunal de Justiça da UE encontram-se disponíveis em <https://curia.europa.eu/>

Os acórdãos dos tribunais nacionais encontram-se disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>

A sentença do TRIAVE encontra-se disponível em <http://www.triave.pt/>



# INCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE CRÉDITO PELOS CONSUMIDORES: REGIME APLICÁVEL E MEDIDAS DE PRE- VENÇÃO E REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES DE INADIMPLEMENTO

*Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa\**

---

\* Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.(s)	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
BdP	Banco de Portugal
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 5/2022, de 8 de fevereiro)
CDC	Centro de Direito do Consumo
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	Confira/conforme
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro)
coord.	coordenação
CPC	Código de Processo Civil de 2013 (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12/2022, de 27 de junho)
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário (Decreto-Lei n.º 433/99, de 26 de outubro, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12/2022, de 27 de junho)
DGC	Direção-Geral do Consumidor
DL	Decreto-Lei
e.g.	<i>exempli gratia</i> (por exemplo)
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUNL	Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (NOVA School of Law)
i.e.	isto é
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro)
LDC	Lei-Quadro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação

	que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro)
LSPE	Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26 de julho, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho)
N.º(s)	Número(s)
p./pp.	página/páginas
PARI	Plano de Ação para o Risco de Incumprimento
PERSI	Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento
Proc.	Processo
RACE	Rede de Apoio ao Consumidor Endividado
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 31/2022, de 6 de maio)
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAEG	Taxa Anual de Encargos Efetiva Global
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume



## INTRODUÇÃO

Depois de termos dedicado um primeiro texto ao estudo dos principais meios de tutela do consumidor previstos, em especial, nos diplomas que regulam, entre nós, os contratos de crédito aos consumidores – o DL n.º 133/2009, de 2 de junho e o DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho –, reportados aos momentos de negociação e formação, de formalização e de cumprimento dos vínculos obrigacionais, importa, agora, explanar e apreciar criticamente o regime legal aplicável em caso de incumprimento de cada um daqueles contratos por parte do devedor/mutuário, cotejando-o, nomeadamente, com o regime-regra do não cumprimento das obrigações plasmado no Código Civil.

Em particular, merecerá especial enfoque a querela jurisprudencial em torno da questão de saber qual o prazo de prescrição aplicável às prestações fracionadas de um contrato de crédito ao consumidor, nomeadamente quando se verifica o vencimento antecipado das mesmas em virtude de incumprimento do devedor/mutuário: dever-se-á aplicar o prazo ordinário da prescrição de 20 (vinte) anos, fixado no artigo 309.º do Código Civil, ou, diversamente, o prazo prescricional especial, de curta duração, de 5 (cinco) anos, ínsito na alínea e) do artigo 310.º da lei civil comum?

Seguidamente, a fim de aquilatar a tutela que é conferida aos interesses dos consumidores em situação de risco de incumprimento ou já em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contrato de crédito, abordaremos as principais medidas estabelecidas no ordenamento jurídico português em benefício da superação de tais cenários de dificuldades financeiras enfrentadas pelo devedor/mutuário, as quais passam pela implementação, no seio das instituições

de crédito, de um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI), que descreva os procedimentos e as medidas de acompanhamento da execução dos contratos de crédito e a gestão de situações de risco de incumprimento, e de um Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), no âmbito do qual, sempre que tal se afigure viável, se formulem uma ou mais propostas de regularização adequadas à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor, mas também compreendem o recurso à Rede de Apoio ao Consumidor Endividado.

Mais uma vez, não podemos deixar de expressar público agradecimento ao nosso colega árbitro de conflitos de consumo, Dr. Alberto Saraiva de Menezes, pela cuidada e aturada revisão deste texto.

## 1. INCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES LIQUIDÁVEIS EM PRESTAÇÕES

Como tivemos oportunidade de verificar no texto intitulado “Contratos de crédito aos consumidores: a tutela do consumidor *ex ante* e *ex post* à conclusão do contrato com o profissional sob o manto do risco de sobre-endividamento”, quer o DL n.º 133/2009, de 2 de junho<sup>2</sup>, quer o DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho<sup>3</sup> aplicam-se a acordos de finan-

.....

<sup>2</sup> Sucessivamente alterado, vigora com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto. Revogou o DL n.º 359/91, de 21 de setembro, que estabelecia normas relativas ao crédito ao consumo, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas do Conselho n.ºs 87/102/CEE, de 22 de dezembro de 1986, e 90/88/CEE, de 22 de fevereiro de 1990.

<sup>3</sup> Sucessivamente alterado, vigora com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto. Revogou os arts. 5.º, 6.º, 7.º-A, 7.º-B, 18.º a 22.º, 23.º-B, 24.º, 28.º-A e 30.º-A do DL n.º 349/98, de 11 de novembro, que regula a concessão de crédito para aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente.

ciamento concluídos entre credor/mutuante<sup>4</sup> e devedor/mutuário<sup>5</sup> que consistem na «“concessão temporária de poder de compra (*Kaufkraft*), na expectativa do ulterior reembolso (ou pagamento), de tal modo que se permite [ao beneficiário] a utilização antecipada de rendimentos futuros”»<sup>6</sup>, os quais, as mais das vezes, assumem a natureza de contrato de mútuo oneroso, liquidável em prestações. Por outro lado, no mesmo estudo jurídico em referência, constatámos que em ambos os diplomas se preveem conjuntos de operações de crédito excluídas dos respetivos âmbitos objetivos de aplicação, as quais ora se subsumem ao regime jurídico previsto no outro dos compêndios normativos que regem, em especial, os contratos de crédito aos consumidores – como sucede no caso dos contratos de crédito garantidos por hipoteca sobre coisa imóvel ou por outro direito sobre coisa imóvel e no caso dos contratos de crédito cuja finalidade seja a de financiar a aquisição ou a manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou edifícios existentes ou projetados, excluídos do DL n.º 133/2009 [art. 2.º, n.º 1, als. a) e b)], mas abrangidos pelo DL n.º 74-A/2017 [art. 2.º, n.º 1, als. b) e c)], assim como no caso dos contratos de crédito cuja finalidade seja financiar a realização de obras e que não estejam garantidos por .....

<sup>4</sup> Nos termos e para os efeitos do DL n.º 133/2009, entende-se por credor “a pessoa, singular ou coletiva, que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua atividade comercial ou profissional” [art. 4.º, n.º 1, al. b)]; já de acordo com o DL n.º 74-A/2017, tem-se por mutuante “qualquer entidade habilitada a exercer, a título profissional, a atividade de concessão de crédito em Portugal, nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF), e das demais normas legais e regulamentares que regem a respetiva atividade” [art. 4.º, n.º 1, al. o)].

<sup>5</sup> Nos termos e para os efeitos do DL n.º 133/2009 e do DL n.º 74-A/2017, reveste a qualidade de consumidor “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”.

<sup>6</sup> PAULO DUARTE, “O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito”, Coimbra, Almedina, 2012, p. 420.

hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel, excluídos do DL n.º 74-A/2017 [art. 3.º, al. a)], mas abrangidos pelo DL n.º 133/2009 (art. 2.º, n.º 5) –, ora não se enquadram e, como tal, não obedecem à disciplina consagrada em qualquer dos dois decretos-leis – como sucede com os contratos de crédito cujo montante total de crédito seja inferior a € 200,00 [art. 2.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 133/2009] e com os contratos de crédito em que o crédito seja concedido sem juros e outros encargos [art. 2.º, n.º 1, al. f) do DL n.º 133/2009 e art. 3.º, al. d) do DL n.º 74-A/2017].

Por conseguinte, como veremos em seguida, em face de um contrato de mútuo no qual as partes convencionaram o fracionamento do pagamento do montante total do crédito, previamente determinado, em sucessivas prestações instantâneas, a falta de cumprimento de uma das prestações acordadas poderá importar ou não consequências bastante gravosas para o devedor, consoante o negócio em causa se subordine ao diploma básico do Direito Privado ou se encontre sujeito ao regime unitário (salvo pequenas *nuances*) que, com um manifesto propósito de tutela da posição do consumidor endividado, regula, em especial, o não cumprimento do contrato de crédito pelo consumidor.

## 1.1. REGIME GERAL DO CÓDIGO CIVIL

Em termos gerais, na ausência de estipulação contratual ou disposição legal que, por aplicação do critério da especialidade, goze de prevalência na sua aplicação, vale a regra supletiva da exigibilidade (pelo credor) e cumprimento (pelo devedor) das *obrigações puras* a todo o tempo (art. 777.º, n.º 1

.....  
<sup>7</sup> Neste caso, com exceção dos que cubram custos diretamente relacionados com a garantia do crédito.

do CC<sup>8</sup>). Contudo, existem prestações cujo vencimento, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias que a determinam ou por força dos usos, não pode ter lugar imediatamente, tendo antes de ser diferido para um momento posterior – *obrigações a prazo ou a termo* (art. 777.º, n.º 2, 1.ª parte) –, pelo que apenas com o decurso de certo período ou a verificação de certa data é que podem ser exigidas pelo credor ao devedor<sup>9</sup>. Na falta de estipulação em sentido diverso, este prazo, em regra com carácter suspensivo<sup>10</sup>, tem-se por estabelecido em benefício do devedor (art. 779.º), sendo que, no caso particular do mútuo oneroso, o prazo *presume-se estipulado a favor de ambas as partes* (art. 1147.º, 1.ª parte), pois, «nesse caso, ao interesse do devedor-mutuário acrescerá o interesse do credor-mutuante em receber a remuneração acordada pelo “empréstimo”» do dinheiro (ou outra coisa fungível)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Pertencem a este diploma as normas que, sem indicação do respetivo diploma, adiante se mencionarem.

<sup>9</sup> Caso este ainda não a tenha realizado e o credor a tenha aceite receber, porque, até ao momento fixado para o cumprimento da obrigação, o *accipiens* também não pode ser forçado a receber a prestação debitória efetuada pelo *solvens*. Na eventualidade de as partes não conseguirem alcançar um acordo quanto à fixação do prazo para o cumprimento da obrigação, a sua determinação fica a cargo do tribunal (cf. art. 777.º, n.º 2, 2.ª parte). Idêntica solução se aplica, a requerimento do devedor, no caso de a faculdade de determinação do prazo ter sido deixada ao credor e este dela não fazer uso (ou se recusar a fazê-lo) – cf. art. 777.º, n.º 3.

<sup>10</sup> Excecionalmente, pode revestir carácter resolutivo, caso em que a sua verificação, sem que haja cumprimento, determina a extinção da obrigação, por impossibilidade definitiva.

<sup>11</sup> JOANA FARRAJOTA, Anotação ao artigo 1147.º do Código Civil, in AA. VV., *Código Civil Anotado – Volume I (Artigos 1.º a 1250.º)*, coord. ANA PRATA, Coimbra, Almedina, 2019, p. 1416. Assim sendo, o credor não pode exigir o cumprimento antes do prazo e o devedor, querendo oferecê-lo antecipadamente, terá de pagar a integralidade dos juros devidos até ao termo do contrato. Igual compreensão deve assumir-se em relação a um contrato de crédito ao consumidor, onde, nas palavras de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 179-180, “(...) pode falar-se de dois interesses de cariz oposto, mas coincidentes, (...) o do financiador em manter aplicado o valor mutuado na vigência do contrato, já que assim percebe os juros remuneratórios (e outros encargos) (...)” e

Todavia, caso se verifique algumas das hipóteses típicas de quebra de confiança na capacidade de cumprimento do devedor contempladas nos arts. 780.º e 781.º do CC, a dívida torna-se *imediatamente exigível pelo credor*.

Ora, para os efeitos deste estudo, sem menosprezo das situações em que o devedor se mostra impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações vencidas (ainda que a insolvência não tenha sido judicialmente declarada<sup>12</sup>) ou, por causa que lhe é imputável, diminuïrem as garantias do crédito<sup>13</sup> ou não forem prestadas as garantias prometidas (art. 780.º, n.º 1), releva, sobretudo, o caso da *falta de cumprimento de uma única prestação, nas dívidas liquidáveis em duas ou mais prestações* (art. 781.º), que confere ao *accipiens* a faculdade de, por meio de interpelação dirigida ao *solvens* (art. 805.º, n.º 1)<sup>14</sup>, desencadear o vencimento imediato e, por

o "(...) do consumidor em aproveitar o crédito concedido por todo o tempo acordado".

<sup>12</sup> Já de acordo com o art. 91.º, n.º 1 do CIRE, "[a] declaração de insolvência determina o *vencimento* de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva" [itálico nosso] e já não apenas a perda do benefício do prazo. Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo e diploma que "[t]oda a obrigação ainda não exigível à data da declaração de insolvência pela qual não fossem devidos juros remuneratórios, ou pela qual fossem devidos juros inferiores à taxa de juros legal, considera-se reduzida para o montante que, se acrescido de juros calculados sobre esse mesmo montante, respetivamente, à taxa legal, ou a uma taxa igual à diferença entre a taxa legal e a taxa convencionada, pelo período de antecipação do vencimento, corresponderia ao valor da obrigação em causa" – e não sobre o seu valor nominal –, uma solução normativa que é aplicável a cada uma das prestações ainda não exigíveis, no caso de obrigação fracionada (n.º 3). De resto, o n.º 5 do preceito que vimos referindo estabelece que a redução do montante da dívida, prevista no n.º 2, "é também aplicável ainda que tenha ocorrido a perda do benefício do prazo, decorrente da situação de insolvência ainda não judicialmente declarada, prevista no n.º 1 do artigo 780.º do Código Civil".

<sup>13</sup> Neste caso, em lugar do cumprimento imediato da obrigação, o credor tem o direito a exigir do devedor a substituição ou reforço das garantias (art. 780.º, n.º 2).

<sup>14</sup> Apesar de a redação da norma do art. 781.º, determinada pela proposta de ANTUNES VARELA na 2.ª Revisão Ministerial do Anteprojeto de Código

essa via, exigir, antecipadamente, àquele o cumprimento de

Civil, parecer apontar no sentido de a falta de realização de uma das prestações importar o *vencimento* automático (*ope legis*) das demais, constitui entendimento maioritário na doutrina e na jurisprudência que, atendendo à inserção sistemática do preceito ora em apreço e ao elemento histórico da hermenêutica da lei (art. 9.º, n.º 1) – radicado, este, no art. 742.º do Código de Seabra [“Nas dívidas, que têm de ser pagas em prestações, a falta de pagamento de uma destas dá ao credor o *direito de exigir* o pagamento de todas as que ainda se devem” (itálico nosso)], no Anteprojeto do Código Civil de 1966 (ainda que com algumas atenuantes) e na 1.ª Revisão Ministerial do Anteprojeto de Código Civil –, o mesmo encerra, apenas, (mais) uma hipótese de perda do benefício do prazo pelo devedor, a qual não dispensa o credor de, nos termos gerais, transmitir à contraparte a sua vontade de aproveitar a faculdade, legalmente conferida, de não se manter sujeito aos prazos escalonadamente estabelecidos de vencimento das prestações. Assim, na doutrina, o próprio insigne Mestre JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª reimpressão da 7.ª edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 53-54, assevera, sem margem para dúvidas, que “[o] credor fica, por conseguinte, com o *direito de exigir* a realização, não apenas da prestação a que o devedor faltou, mas de todas as prestações restantes, cujo prazo ainda não se tenha vencido. Assim se deve interpretar o texto do artigo 781.º, e não no sentido de que, vencendo-se imediatamente, *ex vi legis*, as prestações restantes, o devedor comece desde esse momento, ao arrepio da doutrina geral do artigo 805.º, n.º 1, a responder pelos danos moratórios”. No mesmo sentido, *inter alia*, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Principia, 2017, pp. 416-418 e JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª edição revista e atualizada, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 398-410. Na jurisprudência mais recente e sem preocupação de exaustividade, *vide* o Ac. do STJ de 19.01.2016, proferido no Proc. n.º 1453/12.0TBGDM-B.P1.S1, Relator: Gabriel Catarino, o Ac. do STJ de 18.01.2018, proferido no Proc. n.º 2351/12.2BTVD-A, Relatora: Fátima Gomes, o Ac. do TRC de 14.09.2020, proferido no Proc. n.º 2417/16.0T8VIS-B.C1, Relatora: Sílvia Pires, e, ainda, o Ac. do TRP de 18.11.2021, proferido no Proc. n.º 2196/20.6T8LOU-B.P1, Relator: Aristides Rodrigues de Almeida. Como se adverte no Ac. do TRL de 21.05.2020, proferido no Proc. n.º 781/14.4TBSXL-A.L1-2, Relatora: Gabriela Cunha Rodrigues, “[e]stamos perante uma mera faculdade, que o credor pode exercer ou não, em conformidade com a avaliação que faz da situação económica do devedor e dos seus próprios interesses. O credor pode, inclusive, optar por aguardar algum tempo, confiando em que a dificuldade de pagamento seja temporária e que o devedor tenha capacidade económica para retomar o pagamento regular das prestações acordadas”. Contra, na doutrina, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 270-271. Cumpre referir, ainda assim, que a norma do art. 781.º reveste carácter supletivo, pelo que se mostra admissível, à luz do princípio da

todas as prestações vincendas, em relação às quais o devedor fica constituído em mora<sup>15</sup>. Ressalva-se, claro, o regime excepcional previsto para a venda a prestações, plasmado no art. 934.º, onde se preceitua, em norma dispositiva, que “[v]endida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário” [itálicos nossos]<sup>16</sup>.

Destarte, se, num contrato de financiamento, o devedor não realizar uma das prestações de acordo com o plano de pagamento calendarizado e convencionado com o credor, assiste a este último a prerrogativa de exigir a prestação em falta e, bem assim, as subseqüentes ainda não vencidas, devendo, para o efeito, interpelar o devedor para, em prazo razoável, oferecer o cumprimento da totalidade da dívida; se o devedor não colocar termo à situação de mora, desaproveitando a última *chance* que lhe é proporcionada para

liberdade contratual (art. 405.º, n.º 1), a estipulação de cláusula contratual nos termos da qual a constituição do devedor em mora e a perda do benefício do prazo operam imediatamente com a falta de pagamento de uma prestação, importando o vencimento automático de todas as prestações vincendas, sem que, para tal, seja necessário o *accipiens* dirigir interpelação admonitória ao *solvens* – assim, na doutrina, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 198, e, na jurisprudência, entre outros, o Ac. do STJ de 25.05.2017, proferido no Proc. n.º 1244/15.6T8AGH-A.L1.S2, Relator: Olindo Geraldes.

<sup>15</sup> Naturalmente, quanto à prestação vencida, o beneficiário do crédito já se encontra constituído em mora, por força do disposto no art. 805.º, n.º 2, al. a).

<sup>16</sup> Atenta a *função de garantia ou de tutela* de satisfação do crédito associada ao *pactum reservati dominii* (art. 409.º, n.º 1), compreende-se que, tendo sido convencionada cláusula de reserva de propriedade sobre o bem alienado, seja exigível que o valor da prestação em falta exceda a oitava parte do montante total do crédito para haver lugar à resolução do contrato, mas já não se coloque o mesmo limite para o exercício de tal direito potestativo caso essa cláusula não haja sido estipulada pelos contraentes.



extinguir, pela forma normal, a obrigação a que se vinculou, então, o contrato ter-se-á por definitivamente não cumprido (art. 808.º, n.º 1), existindo, portanto, condições para surgir o direito de resolução na esfera do contraente fiel.

Sem embargo do que se acaba de asseverar, em consonância com a doutrina firmada pelo AUJ do STJ n.º 7/2009, proferido no Proc. n.º 08A1992, de 25.03.2009<sup>17</sup>, importa frisar que o *vencimento imediato das prestações fracionadas operado nos termos acima descritos não autoriza o credor a reclamar do devedor o pagamento dos juros remuneratórios originariamente incorporados no montante das prestações objeto de vencimento antecipado.*

Como é sabido, o crédito de juros remuneratórios mantém uma relação de acessoriedade com o crédito principal, da qual resulta que o primeiro, porque referente ao rendimento (frutos civis) devido ao credor pela disponibilização temporária do capital, não pode nascer ou constituir-se sem o segundo (art. 561.º, 1.ª parte), sendo a obrigação de juros inclusive determinada em função do montante da obrigação de capital e do hiato temporal em que o *accipiens* se vê privado do capital (até à sua recuperação). Não se ignorando que, uma vez constituído, o crédito de juros goza de alguma autonomia – ou, reproduzindo a *littera legis*, “não fica necessariamente dependente” – em relação ao crédito principal (art. 561.º, 2.ª parte), decisivo é o facto de a prestação devedora do *solvens* assumir não apenas carácter retributivo, mas mesmo natureza sinalagmática (em sentido amplo) face à “(...) vantagem atribuída pelo mutuante ao mutuário através da *dilação temporal entre o momento da transferência do capital e o momento do vencimento da*

.....  
<sup>17</sup> Pertencem a este acórdão as transcrições que, sem outra indicação, adiante se apresentarem.

*obrigação de reembolso*"<sup>18</sup>, pelo que forçoso é concluir que "(...) a obrigação de juros só deve perdurar enquanto não houver vencimento antecipado das prestações vincendas e exigibilidade da dívida correspondente", caso em que "deixa de haver lugar a remuneração pela indisponibilidade do mesmo capital". Afinal, num mútuo de dinheiro, em que a obrigação de restituir outro tanto do mesmo género e qualidade (*tantundem*), acrescido dos correspondentes juros remuneratórios, se reparte por uma pluralidade de prestações, cada uma de capital e de juros, enquanto o conteúdo da prestação de capital, não obstante a sua execução por partes, em momentos temporais distintos, se encontra totalmente definido *ab initio* e é independente da duração da relação obrigacional, já as prestações de juros remuneratórios, sendo periódicas, só se constituem (e, por conseguinte, podem vencer-se) se e na medida em que o tempo as fizer emergir pela disponibilidade do capital mutuado<sup>19-20</sup>.

<sup>18</sup> MIGUEL BRITO BASTOS, *O Mútuo Bancário – Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 124-125.

<sup>19</sup> Assim, ainda antes da prolação do AUJ do STJ n.º 7/2009, o Ac. do STJ de 14.11.2006, proferido no Proc. n.º 06A2718, Relator: Moreira Camilo e o Ac. do TRL de 22.01.2008, proferido no Proc. n.º 7543/2007-1, Relator: João Aveiro Pereira. Contra, o Ac. do STJ de 22.02.2005, proferido no Proc. n.º 04A3747, Relator: Pinto Monteiro, no qual se defendeu que "(...) nem só a contabilização do período de tempo justifica os juros remuneratórios" e se enfatizou que o cálculo da TAEG "(...) é efectuado no pressuposto de que o contrato de crédito vigorará pelo período de tempo acordado e de que as respectivas obrigações serão cumpridas nos prazos e datas convencionados", pelo que «[v]encida a dívida, estão vencidas todas as prestações, sendo o montante de cada uma o estipulado tendo em conta a referida "TAEG"», e o Ac. do TRL de 15.12.2005, proferido no Proc. n.º 11687/2005-6, Relator: Carlos Valverde. Assinala-se, aliás, que resulta dos próprios trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966 que o art. 781º não se aplica a prestações que não sejam fracções de dívida, *verbi gratia*, a prestações de juros – cf. ADRIANO VAZ SERRA, "Tempo de Prestação. Denúncia", *BMJ*, n.º 50 (1955), pp. 49-211, *maxime* p. 54. Sobre a querela jurisprudencial pretérita ao AUJ do STJ n.º 7/2009, com vastas referências jurisprudenciais e assumindo posição no sentido de que os juros remuneratórios não cabem na previsão do art. 781.º do CC, *vide*

Logo, como se declarou no AUJ do STJ, “[s]e o mutuante, face ao não pagamento de uma prestação, [por acionamento, facultativo, do mecanismo previsto no art. 781.º] encurta o período de tempo pelo qual disponibilizou o capital e pretende recuperá-lo, de imediato e na totalidade o que subsistir, só receberá o capital emprestado e a remuneração desse empréstimo através dos juros, até ao momento em que o recuperar”, sem prejuízo, claro, dos juros moratórios devidos a título de indemnização pelos danos causados pela mora no cumprimento da obrigação pecuniária (art. 804.º)<sup>21</sup>. Para

FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 199-202.

<sup>20</sup> Por conseguinte, como se declarou, *inter alia*, no Ac. do TRC de 29.06.2010, proferido no Proc. n.º 6342/08.0TBLRA.C1, Relator: Francisco Caetano (em que estava em causa litígio fundado em contrato celebrado ainda na vigência do DL n.º 359/91), e no Ac. do TRE de 17.01.2013, proferido no Proc. n.º 274/11.ITBSRP, Relatora: Elisabete Valente (concernente a dissídio radicado em contrato concluído já na vigência do DL n.º 133/2009), em Ação declarativa Especial para Cumprimento de Obrigações Pecuniárias emergentes de contratos (AECOP) – a que respeitam os arts. 1.º a 5.º do Anexo ao DL n.º 269/98 de 1 de setembro –, pode ser recusada força executiva à parte do pedido formulado na petição inicial atinente a juros remuneratórios das prestações antecipadamente vencidas, ainda que o réu não tenha contestado a ação, porque “manifestamente improcedente”, nos termos e para os efeitos do art. 2.º do Anexo ao DL n.º 269/98, por atentar contra a doutrina firmada no AUJ do STJ n.º 7/2009.

<sup>21</sup> Nos termos do art. 8.º do DL n.º 58/2013, de 8 de maio, aplicável às instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento, instituições de moeda eletrónica e outras entidades legalmente habilitadas para a concessão de crédito e que estejam sujeitas à supervisão do BdP (art. 2.º do mesmo diploma), “[e]m caso de mora do devedor e enquanto a mesma se mantiver, as instituições podem cobrar juros moratórios, mediante a aplicação de uma sobretaxa anual máxima de 3%, a acrescer à taxa de juros remuneratórios aplicável à operação, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo” (n.º 1), incidindo a taxa de juros moratórios “sobre o capital vencido e não pago, podendo incluir-se neste os juros remuneratórios capitalizados, nos termos do artigo anterior [art. 7.º do DL n.º 58/2013]” (n.º 2). Mais se acrescenta no art. 9.º do mesmo texto legal que “as instituições não podem, com fundamento na mora do devedor, cobrar quaisquer comissões ou outras quantias, mesmo que a título de cláusula penal moratória” (n.º 1), pelo que, para além dos juros moratórios, as instituições só podem cobrar aos seus clientes, uma única vez, por cada pres-

uma conclusão em sentido diverso não releva a admissibilidade da capitalização de juros (anatocismo) reconhecida a entidades legalmente habilitadas para a concessão de crédito e que estejam sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, nos termos e com os limites definidos no art. 7.º do DL n.º 58/2013, de 8 de maio (que derroga a proibição geral do art. 560.º), pois, consistindo a capitalização de juros na “constituição de uma obrigação de juros que incide sobre os juros anteriormente vencidos (juros sobre juros), correspondentes a determinado período de tempo”, se “(...) a obrigação de juros remuneratórios não nasceu e não se venceu, (...) consequentemente, não existem em absoluto juros para capitalizar”<sup>22</sup>.

E não se diga que esta solução configura um incentivo ao incumprimento pelo devedor relapso, pois em causa está, sublinhe-se, uma cessação do plano de pagamento por ini-

.....  
 tação vencida e não paga, ainda que o incumprimento se mantenha, uma comissão pela recuperação de valores em dívida, que não pode exceder 4% do valor da prestação vencida e não paga (n.ºs 2 e 5). Se a comissão determinada nos termos do n.º 2 corresponder a um montante inferior a € 12,00 (doze euros), podem as instituições cobrar uma comissão fixa com o mesmo valor (n.º 3); se a comissão apurada nos mesmos termos corresponder a um montante superior a € 150,00 (cento e cinquenta euros), não podem as instituições cobrar uma comissão de valor superior àquele, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo (n.º 4); quando a prestação vencida e não paga exceder € 50.000,00 (cinquenta mil euros), para além dos juros moratórios, a comissão a cobrar pelas instituições pela recuperação de valores em dívida não pode exceder 0,5% do valor da referida prestação, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo, não sendo aplicáveis os limites previstos nos n.ºs 2 a 4. Os valores previstos nos n.ºs 3 e 4 são anualmente atualizados de acordo com o índice de preços ao consumidor, mediante portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da economia, a publicar até 30.11 do ano anterior (n.º 9).

<sup>22</sup> Assim, o Ac. do STJ de 14.11.2006, proferido no Proc. n.º 06A2718, Relator: Moreira Camilo, ainda que em face da permissão de capitalização de juros prevista no art. 5.º, n.ºs 4 e 5 do DL n.º 344/78, de 17 de novembro (na redação dada pelo DL n.º 83/86, de 6 de maio), revogado pelo referido DL n.º 58/2013, de 8 de maio. No mesmo sentido, o Ac. do TRL de 12.07.2007, proferido no Proc. n.º 2845/2007-8, Relatora: Teresa Pais.

ciativa do próprio credor, quando este poderia, em alternativa, optar por aguardar pelo decurso do tempo previsto para a duração do contrato, a fim de perceber os juros remuneratórios pactuados. Por outro lado, a solução preconizada no AUJ também não deflagra uma incoerência no sistema, quando cotejada com a norma do art. 1147.º, 2.ª parte, aplicável, em especial, ao contrato de mútuo, na medida em que, na hipótese conjeturada nesta regra ora chamada à liça, o reembolso antecipado do crédito é, aqui, de modo distinto, imposto unilateralmente pelo mutuário ao mutuante, assim se justificando a conservação do direito do credor ao *interusurium*, i.e., aos frutos civis correspondentes ao período da antecipação.

Salvo estipulação das partes que, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art. 405.º, n.º 1), derroque a aplicação da norma supletiva do art. 782.<sup>23</sup>, dado o carácter pessoal

<sup>23</sup> Neste sentido, *inter alia*, o Ac. do TRC de 04.04.2017, proferido no Proc. n.º 1049/11.3TBPMS.C1, Relator: Luís Cravo, o Ac. do STJ de 25.10.2018, proferido no Proc. n.º 13426/07.0TBVNG-B.P1.S1, Relatora: Maria do Rosário Morgado e o Ac. do STJ de 21.01.2021, proferido no Proc. n.º 845/19.8T8SRE-A.C1.S1, Relator: Oliveira Abreu. Apesar do regime do art. 782.º não revestir carácter imperativo, como alerta MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 620 e 744-745, revela-se, de todo em todo, "essencial (...), uma vez que se trata de cláusula que agrava a sua responsabilidade relativamente ao regime legal supletivo, que a renúncia do fiador à excepção que resulta do art. 782 seja expressa e obedeça às exigências de forma exigidas para a validade da declaração fidejussória", pelo que, na operação de determinação do sentido da declaração fidejussória, não pode o intérprete descurar «[o] facto (...) de a fiança ser um negócio de risco, [o que] determina a necessidade de a declaração tendente à prestação de fiança dever ser interpretada de forma estrita. Na dúvida sobre o sentido da declaração, não será diretamente relevante o critério subsidiário do art. 237 CC – "dicotomizado" entre os negócios gratuitos e os onerosos – mas, antes, o critério do carácter menos gravoso para o declarante. (...)». Em resumo: *in dubio pro fideiussione*». Com o devido respeito, ao contrário do que se decidiu no Ac. do STJ de 06.12.2018, proferido no Proc. n.º 4739/16.0T8LOU-A.P1.S1, Relator: Tomé Gomes, quando dois sujeitos (BB e cônjuge CC) declararam, em escrituras públicas, «Que se responsabilizavam como fiadores e principais pagadores por tudo quanto venha a ser devido à

da perda do benefício do prazo, a imediata exigibilidade da obrigação de amortização do empréstimo não é extensível aos coobrigados do devedor (e.g. devedores solidários) nem a terceiros que garantam o cumprimento da obrigação<sup>24</sup>, pois nem uns, nem outros deram causa à caducidade do benefício do prazo.

Entre estes "terceiros" incluem-se os fiadores que, desta forma, gozam de um regime de exceção em relação à regra geral, prevista no art. 634.º, segundo a qual a fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora<sup>25</sup>. E se o fiador renunciar expressamente ao benefício da excussão prévia [arts. 638.º e 640.º, al. a)]? O benefício do prazo constitui concretização, por excelência, do princípio da *subsidiariedade* da fiança, pelo que a sua renúncia expressa pelo fiador implica a assunção da obrigação de principal pagador, porém não resulta, deste modo, afastada a dependência funcional (além de gené-

.....

*Caixa credora em consequência do empréstimo aqui titulado dando, desde já, o seu acordo a quaisquer modificações da taxa de juro e bem assim às alterações de prazo ou moratórias que venham a ser convencionadas entre a credora e a parte devedora e aceitando que a estipulação relativa ao extracto da conta e aos documentos de débito seja também aplicável à fiança. Que conhecem também perfeitamente o conteúdo do referido documento complementar, pelo que se dispensa a sua leitura.» [itálicos nossos], não cremos que tal declaração encerre uma renúncia ao benefício do prazo em caso de incumprimento de uma prestação pelo devedor principal.*

<sup>24</sup> A propósito da referência ao "terceiro que a favor do crédito tenha constituído qualquer garantia" constante da norma do art. 782.º, como notam FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, p. 33, "[a] lei não distingue entre garantias pessoais e reais. É aplicável a disposição, portanto, não só ao fiador [ou avalista], como a terceiros que tenham constituído uma hipoteca, um penhor, ou uma consignação de rendimentos. Qualquer destas garantias só pode ser posta a funcionar depois de atingido o momento em que a obrigação normalmente se venceria".

<sup>25</sup> Ac. do TRC de 03.07.2012, proferido no Proc. n.º 1959/11.8T2OVR-A.C1, Relator: Carlos Querido.

tica e extintiva) da fiança em relação à obrigação contraída pelo devedor principal, que se reconduz à característica típica fundamental da *acessoriedade* (art. 627.º, n.º 2). Por conseguinte, sendo o prazo da prestação também estabelecido a favor do fiador e assistindo a este o direito de opor ao credor os meios de defesa do devedor (independentemente de o devedor a eles ter renunciado) – além dos meios de defesa que lhe são próprios –, tal como dispõem os arts. 637.º e 642.º, em caso de renúncia ao benefício da excussão prévia, o fiador somente poderá responder pelas prestações vencidas, a menos que seja efetuada interpelação na sua pessoa, no sentido de o informar da vicissitude ocorrida na relação principal e lhe conferir a oportunidade de colocar termo à situação de mora em que incorreu o devedor primário, liquidando as prestações vencidas e as que se forem vencendo pelo decurso do tempo e, dessa forma, obstar à exigibilidade das prestações vincendas<sup>26</sup>. Não havendo lugar a tal interpe-

.....

<sup>26</sup> Neste sentido, *inter alia*, o Ac. do STJ de 11.03.2021, proferido no Proc. n.º 1366/18.1T8AGD-B.P1.S1, Relator: Fernando Baptista, onde, muito acertada e assertivamente, com forte adesão à realidade prática, se justificou a necessidade de interpelação prévia do fiador, nos seguintes termos: «Esta solução (a necessidade de interpelação prévia dos fiadores (ou demais previstos no artº 782º CC) para lhes ser exigido a totalidade das prestações e demais previsto nos contratos de mútuo com hipoteca celebrados com a devedora principal), **já ressaltava dos ditames da boa fé: só assim não serão surpreendidos e injustamente prejudicados pelas desmandas e/ou desleixos do devedor principal** que, eventualmente, deixou agravar a dívida de forma francamente censurável, quiçá até para intencionalmente prejudicar os (“ignorantes”) fiadores (dessa forma dando cabo do património destes numa altura em que, eventualmente, o devedor principal já nada teria de seu e, como tal, até já “nada tinha a perder”). Não se pode olvidar que a ligação – melhor, vinculação – dos fiadores a tais contratos de mútuo foi resultado de solicitação/imposição do banco credor e pedido da devedora principal. Pelo que, nesta perspectiva, bem se compreenderá que, estando, afinal, os fiadores a fazer um “favor” à devedora e, dessa forma, a permitir seja viabilizada a concretização dos contratos de mútuo, **quer a devedora, quer o credor fiquem vinculados para com aqueles a certo tipo de condutas, àquilo a que a doutrina designa de deveres acessórios de conduta**, como é o caso (no que ora importa) da **obrigação do banco credor de informar**,

lação, porque “[a] posição do fiador que se obrigou como

**tempestivamente, os fiadores** sobre o desleixo do devedor principal, da falta de pagamento por este das prestações, com o acumular em catadupa da dívida e eventual vencimento antecipado de todas as prestações, a repercutir-se no património dos fiadores. **Só assim procedendo se pode dizer que agiram em conformidade com os padrões da diligência, da honestidade e da lealdade exigíveis do homem no comércio jurídico.** Era, de facto, exigível à devedora e ao banco credor que tivessem para com os fiadores **(que, afinal, se limitaram a satisfazer interesses daqueles)**, um comportamento honesto, correcto, leal, **não defraudando a legítima confiança ou expectativa que neles os fiadores depositaram.** Mas assim não procederam, pois defraudaram essa confiança, o que saiu bem caro aos (quicá “ingénuos”) fiadores!» [negritos do acórdão]. Ainda a este propósito, outra questão que é discutida na jurisprudência nacional – e permanece controvertida – é a de saber se (e, em caso de resposta afirmativa, em que termos) a citação do fiador, em sede de processo executivo, para contestar ou pagar a totalidade da dívida resultante da antecipação de vencimento pode substituir a interpelação admonitória, afastando a regra do art. 782.º e fazendo funcionar o regime do art. 781.º, com vencimento da totalidade das prestações. No Ac. do STJ de 14.01.2021, proferido no Proc. n.º 1366/18.1T8AGD-A.P1.S1, Relator: Manuel Capelo, defendeu-se que, embora “no plano da definição dos princípios”, a necessidade de interpelação do fiador por parte do credor não se confunda com a citação a realizar na execução para exigir o pagamento da totalidade da dívida, porque a citação não visa permitir ao fiador pôr termo à mora ou impedir a resolução do contrato, todavia, “por razões de relevância pragmática, várias são as decisões que, sensíveis a que a citação é em qualquer caso uma comunicação, admitem que esta, não tendo o valor nem a natureza da interpelação que era exigível, possa ter a utilidade para através dela o credor exigir ao fiador a totalidade da dívida (prestações vencidas e vincendas) excepto no que diz respeito aos juros de mora que se contariam desde a citação apenas”. No mesmo sentido, *vide*, também, o Ac. do STJ de 14.10.2021, proferido no Proc. n.º 475/04.9TBALB-A.P1.S1, Relator: Fernando Baptista. Assumindo posição contrária, que secundamos, no (mais) recente Ac. do STJ de 11.05.2022, proferido no Proc. n.º 1511/19.0T8STB-A.E1.S1, Relator: Isaiás Pádua, declarou-se que “(...) a citação judicial da fiadora, levada a efeito [pela] credora/ora exequente na ação executiva que contra si instaurou, não tem a virtualidade, por não ser o meio idóneo para o efeito, de substituir a interpelação (prévia) que, no caso, se impunha que aquela levasse a efeito junto da última, no sentido de a mesma perder o benefício de prazo de que goza (à luz do art.º 782º)”. Em primeiro lugar, afigura-se-nos incontornável – e a corrente jurisprudencial antagonista não deixa de o reconhecer – que “(...) tal citação não comporta em si o conteúdo [preciso] (...) que deve conter ou revestir-se uma verdadeira interpelação (prévia) para cumprir”, “a saber: (i) a intimação para o cumprimento, (ii) a fixação de termo perentório para o cumprimento e (iii) a admonição ou a comunicação (declaração admonitória) de que a



principal pagador não se identifica com a do condevedor solidário"<sup>27</sup>, assistirá ao garante pessoal a faculdade de «(...) opor a exceção de inexigibilidade do crédito (fidejussório), na medida em que a pretensão "exceda" quantitativamente a medida das prestações resultantes do "calendário" estabelecido»<sup>28</sup>.

Por outra banda, no mútuo oneroso, em caso de incumprimento, na data do vencimento, de prestação de juros que compõe a obrigação do devedor, diferentemente do que decorreria da aplicação do regime geral do não cumprimento resolutório<sup>29</sup>, a simples mora do mutuário é suficiente para o mutuante, legitimamente, resolver o contrato (art. 1150.º).

.....  
obrigação se terá definitivamente não cumprida se não se verificar o cumprimento dentro daquele prazo", pressupostos assim apresentados por JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", in «João Baptista Machado – Obra Dispersa», Vol. I, *Scientia Iuridica*, Braga, 1991, pp. 163-165. Ademais, em segundo lugar, "(...) a citação não permite, em tais circunstâncias, ao fiador (...) a oportunidade de pagar as prestações vencidas e evitar, pondo termo à mora, desse modo, a imediata exigibilidade das prestações vincendas, vendo-se, assim, o mesmo confrontado, perante a citação para a ação executiva, com a obrigação de ter de pagar (de imediato), de uma só vez, a totalidade da dívida (...), sob pena de ver o seu património executado coativamente, quando o poderia fazer, se antes fosse interpelado para o efeito pelo credor, no decurso do período [de] tempo em que as mesmas haviam sido (no acordo contratual) escalonadas no tempo, suavizando, nessa medida, esse pagamento (da dívida a que está obrigado, por força do incumprimento daqueles que affiançou)", uma realidade incontestável que não deve ter-se por superada por "razões de relevância pragmática". No mesmo sentido, vide, também, o Ac. do STJ de 29.11.2016, proferido no Proc. n.º 100/07.6TCSNT-A.L1.S1, Relator: Gabriel Catarino.

<sup>27</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e atualizada, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013, p. 896.

<sup>28</sup> MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coleção Teses, Almedina, 2000, pp. 619-620.

<sup>29</sup> Como explicam ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «o incumprimento será considerado "resolutório" caso se verifique uma preferência do programa contratual suscetível de fazer surgir o direito de resolução na esfera do contraente fiel. Está em causa sempre uma perturbação (subjéctiva ou objectiva) do primitivo "programa de cumprimento"» a qual, de acordo com o nosso regime jurídico-civilístico do não cumprimento

.....

das obrigações, ocorre em quatro situações: *i) Devedor gera culposamente a impossibilidade física e/ou legal da prestação* (artigo 801.º, n.º 1, e artigo 802.º, n.º 1); *ii) Perda do interesse do credor*, seja quando o interesse do credor deixa de ser possível de realizar, pelo decurso de prazo fixado contratualmente como absoluto ou improrrogável, o que faz com que esse interesse deixe de poder ser satisfeito, seja quando o interesse do credor na prestação, perante uma situação concreta de mora no cumprimento da obrigação, objetivamente desapareça (artigo 808.º, n.º 1, 1.ª parte e n.º 2), porque, de acordo com o critério do "homem médio", a prestação "perdeu aptidão para satisfazer as necessidades do credor, em virtude da *frustração do seu fim* ou por este ter sido realizado por via diversa do cumprimento", o que deve ser comunicado à parte inadimplente; *iii) Decurso de prazo admonitório*, razoável, fixado pelo credor, que constitui a última chance para o devedor cumprir, desde que a interpelação seja acompanhada da advertência de que a obrigação se terá por incumprida definitivamente após o decurso do prazo fixado (artigo 808.º, n.º 1, 2.ª parte), podendo o credor, inclusive, na própria interpelação admonitória, determinar que, em caso de inexecução da prestação dentro do prazo razoável, se considera o contrato imediatamente resolvido, assim ficando dispensado da emissão de declaração autónoma de resolução; *iv) Declaração antecipada de não cumprimento*, quando o devedor declara inequívoca e perentoriamente ao credor que não cumprirá o contrato ou assume comportamento com igual significado, hipótese em que se deve considerar que existe antecipação do vencimento da obrigação, distinguindo em função do momento em que surge a declaração: (i) *nas obrigações puras*, se a declaração ocorrer antes da interpelação, há vencimento antecipado automático, sem interpelação; (ii) *nas obrigações ainda não vencidas com prazo fixado a favor do devedor* existe antecipação do vencimento; e (iii) *nas obrigações com prazo já vencido*, dispensa a interpelação admonitória. Ressalvam, contudo, as mesmas autoras que «(...) o incumprimento, mesmo quando não possa ser enquadrado nas situações *supra* elencadas, é, por natureza, definitivo quando é gerador de perda de confiança na contraparte. Trata-se de hipóteses em que, pela gravidade e carácter "sintomático" do incumprimento, se torna desrazoável manter o credor adstrito à sua obrigação: existe, neste caso, "justa causa" de resolução. Pertence à essência da quebra de confiança a sua definitividade e consequente impossibilidade de ser remediada: uma vez quebrada, não poderá, por definição, ser reposta, tornando inexistível o prolongamento da relação obrigacional». E prosseguem: "[a] justa causa pode corresponder a qualquer violação do programa contratual desde que atinja o patamar de relevância legal ou contratualmente definido", pelo que «[i]mporta atender às circunstâncias inobservadas, interpretando-as no contexto do contrato como um todo, identificando o "programa económico" posto em prática pelas partes e os interesses com ele correlacionados», segundo um "critério objetivo que considere a repercussão no equilíbrio das prestações (e não a

## 1.2. REGIME ESPECIAL APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE CRÉDITOS AOS CONSUMIDORES

Exposto que está, no essencial, o regime geral aplicável à falta de cumprimento de uma das prestações (de capital ou de juros) convencionadas num contrato de mútuo, importa, agora, aquilatar, sem prescindir de um exercício comparatístico com os preceitos analisados do Código Civil, o regime unitário (com alguns cambiantes) a que obedecem, em particular, os contratos de crédito aos consumidores que se encontram submetidos à disciplina do DL n.º 133/2009<sup>30</sup> e do DL n.º 74-A/2017<sup>31</sup>, desde já se adiantando que a invocação da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato pelo credor e, por essa via, o direito deste ao pagamento das prestações vincendas pelo consumidor envolve o preenchimento de factos constitutivos bastante mais exigentes, previstos em *normas imperativas* (e já não somente supletivas, sem prejuízo, claro, de as partes pretenderem fazer valer, conven-

.....  
valoração subjetiva que o contraente pode fazer do seu interesse), donde “[o] incumprimento que gravemente atinja esse programa, desequilibrando o negócio, permite a resolução pelo contraente fiel”, por “*inexigibilidade de manutenção do contrato perante um incumprimento aniquilador do equilíbrio contratual*”, “entendido não como equivalência objetiva e absoluta das prestações, mas como a composição patrimonial configurada pela autonomia negocial das partes” – tudo cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, in *Novo Coronavírus e Crise Contratual – Anotação ao Código Civil*, coord. CATARINA MONTEIRO PIRES, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 115-124, em especial pp. 119-121.

<sup>30</sup> Uma exposição dos traços fundamentais do regime do art. 20.º do DL n.º 133/2009 pode ser encontrada em JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 214, em DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 189-190 e em JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 456-457.

<sup>31</sup> Uma exposição dos traços fundamentais do regime do art. 27.º do DL n.º 74-A/2017 pode ser encontrada em RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017)*. Uma apresentação, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 57-58.

cionalmente, o princípio *favor consumatoris*, conferindo um tratamento mais favorável ao consumidor) – art. 26.º do DL n.º 133/2009 e art. 35.º do DL n.º 74-A/2017 –, em ordem à proteção do contraente mais frágil da relação, carecido de especial proteção num quadro de normalidade e, mais ainda, em situação de mora<sup>32</sup>.

Destarte, em caso de inadimplemento imputável ao consumidor<sup>33</sup>, a invocação da perda do benefício do prazo ou, em alternativa (e não cumulativamente)<sup>34</sup>, a declaração de resolução do contrato não podem, licitamente, ter lugar com

<sup>32</sup> A matéria do incumprimento resolutório dos contratos de crédito aos consumidores não é objeto de regulação na Diretiva n.º 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008 (*vide* considerando 33), nem na Diretiva n.º 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014 (*vide* considerando 9), pelo que os Estados-Membros são livres de manter ou introduzir disposições legais nacionais neste domínio. Também o revogado DL n.º 359/91 era omissivo em relação a esta matéria, pelo que, em face de um incumprimento de consumidor em contrato de crédito celebrado com credor, na ausência de estipulação das partes, valiam as regras supletivas dos arts. 781.º e 934.º.

<sup>33</sup> Naturalmente, como ressalva FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 99, se, e.g. o consumidor “invocou legitimamente a exceção de não cumprimento ou se há mora do credor (aqui o dador do crédito), fica precluída a possibilidade de invocação deste preceito”.

<sup>34</sup> Como se dilucida e escarpaliza no Ac. do TRL de 27.06.2019, proferido no Proc. n.º 23551/12.0T2SNT-A.L1-2, Relator: Pedro Martins, “[s]ão duas hipóteses de uma alternativa decorrente do incumprimento do contrato (para além de, naturalmente, de o credor poder não fazer nada, esperando peloreatamento do cumprimento): ou o mutuante escolhe a via do cumprimento do contrato (pedindo as prestações já vencidas e o capital das prestações ainda não realizadas), sem o prazo de que o devedor beneficiava até aí (e por isso sem ter direito aos juros remuneratórios correspondentes ao período respectivo, embora com juros moratórios legais), ou segue a via da resolução do contrato, acabando com ele, com o consequente estabelecimento de uma relação de liquidação da relação contratual extinta (e apenas terá direito à restituição do capital, descontado daquilo que já lhe foi pago, também sem juros remuneratórios e com juros moratórios legais)”. Acrescenta FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 193, que o financiador goza do direito de escolha entre a invocação da perda do benefício do prazo ou o exercício do direito de resolução do contrato até ao momento da interpelação (judicial ou extra-

a mera falta de cumprimento de uma prestação da obrigação fracionada. De modo diverso, o legislador exige a verificação de *duas ou três prestações não liquidadas, consoante se trate de contrato regulado pelo DL n.º 133/2009 ou pelo DL n.º 74-A/2017, respetivamente*. E não se basta com o não pagamento, na data do seu vencimento, daquela pluralidade de prestações interpoladas, antes impõe que se trate de *prestações sucessivas, as quais, no caso de contrato abrangido pelo âmbito objetivo de aplicação do DL n.º 133/2009, têm de representar mais do que 10 (dez) por cento do montante total do crédito, em vez da "oitava parte do preço" exigida pela norma do art. 934.º [arts. 4.º, n.º 1, al. m) e 20.º, n.º 1, al. a) do DL n.º 133/2009 e art. 27.º, n.º 1, al. a) do DL n.º 74-A/2017]*<sup>35</sup>. *Cumulativamente, e à semelhança do que se impõe no regime geral do Código Civil, sob pena de trata-*

.....  
judicial) dirigida ao consumidor, pelo que "(...) a partir de então torna-se irrevogável a opção tomada".

<sup>35</sup> Assim, como salienta ANA PATRÍCIA DO ROSÁRIO PEREIRA, *O incumprimento do contrato de crédito ao consumo pelo consumidor*, Dissertação de Mestrado em Direito em Ciências Jurídicas Empresariais pela FDUNL, sob orientação do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, junho de 2015, disponível online em <https://run.unl.pt/handle/10362/16399>, "[a]tento nesta alteração de condições inerentes à admissibilidade de reacção do credor face ao incumprimento do devedor, aparentemente, dir-se-ia que a actual legislação veio reforçar decisivamente a tutela do consumidor quanto à possibilidade de desvinculação contratual do financiador, efectivada mediante resolução do contrato ou promoção da perda de benefício do prazo do devedor. Não obstante, uma análise mais atenta permite concluir que, pese embora se tenha estabelecido um aumento do número total de prestações incumpridas exigíveis, de uma para duas, esta disposição veio, paralelamente, consagrar uma diminuição da percentagem de incumprimento exigível, inerente à legitimação de actuação do credor na promoção dos referidos dispositivos. Analisando ambos os regimes, verifica-se a existência de uma clivagem camuflada quanto à gravidade relativa de incumprimento exigível, sendo que, ao abrigo da revogada legislação, o incumprimento do devedor deveria ser igual ou superior a um oitavo (1/8) do crédito, o que equivale a 12,5% do montante global mutuado, e a actual legislação basta-se com 10% do mesmo valor de referência para permitir a actuação reactiva do financiador".

mento menos favorável do consumidor em relação ao comum mutuário, também neste regime tem de haver lugar a uma *interpelação admonitória* ao devedor, por via da qual o credor conceda um *prazo suplementar mínimo de 15 ou 30 dias, consoante se trate de contrato regulado pelo DL n.º 133/2009 ou pelo DL n.º 74-A/2017, respetivamente*, ao consumidor para proceder ao pagamento das prestações em atraso, acrescidas da eventual indemnização moratória que seja devida (habitualmente, sob a forma de cláusula penal), com a *expressa cominação dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato*<sup>36</sup>, na eventualidade de não se verificar, durante o prazo adicional, a regularização integral da situação de inadimplemento [art. 20.º, n.º 1, al. b) do DL n.º 133/2009 e art. 27.º, n.º 1, al. b) do DL n.º 74-A/2017], *entre os quais não poderá figurar, como já vimos acima, a cobrança dos juros remuneratórios incorporados nas prestações vincendas*<sup>37</sup>, *nem por via de cláusula pactuada que o*

<sup>36</sup> Um caso de inobservância deste pressuposto pode encontrar-se no Ac. do TRP de 21.03.2022, proferido no Proc. n.º 10/21.4T8MAI.P1, Relatora: Ana Paula Amorim, onde se fez consignar o seguinte: "No articulado de aperfeiçoamento, alegou o autor que em 08 de outubro de 2019 considerou incumprido o contrato, por resolução. Contudo, não alegou e como tal não logrou provar que procedeu à interpelação do réu no sentido de lhe conceder um prazo não inferior a 15 dias para regularizar a dívida, com a expressa advertência da intenção de proceder à resolução do contrato, como se prevê no art. 20º/1 b) do DL 133/2009 de 0[2] de junho. Provou-se, apenas, que o Autor tentou obter o pagamento do débito através de telefonemas, do envio de cartas para cobrança e do envio de acordos de pagamento, no entanto, até à presente data, o Réu não procedeu ao pagamento devido (ponto 13). Tais comunicações não preenchem os requisitos da lei, na medida em que não se alegou que foram acompanhadas da informação sobre o procedimento a adotar a partir de 08 de outubro de 2019 – resolução do contrato –, quando, nessa data, ainda não estavam vencidas todas as prestações".

<sup>37</sup> Apesar de o AUJ do STJ n.º 7/2009 ter sido prolatado ainda antes da publicação e do início da produção de efeitos do DL n.º 133/2009, atento o quadro normativo instituído por este diploma, nada obsta a que reconheça plena atualidade àquele Acórdão de Fixação de Jurisprudência – assim, o Ac. do TRL de 04.07.2013, proferido no Proc. n.º 1916/12.7TBPDL.L1-2, Relator: Ezagüy Martins. De igual modo, se é certo que o AUJ do STJ se debruçou

*preveja expressamente, em obséquio à natureza imperativa do regime especial unitário*<sup>38-39</sup>.

.....  
sobre a hipótese de vencimento antecipado das prestações por via da invocação da perda do benefício do prazo, por um argumento *a pari* e atenta a identidade de consequências decorrente do exercício do direito de resolução do contrato, deve entender-se que a doutrina firmada pelo Acórdão de Fixação de Jurisprudência que vimos referindo é extensível a esta segunda figura.

<sup>38</sup> No Ac. do TRL de 22.06.2017, proferido no Proc. n.º 71/15.5T8MFR.L1-2, Relator: Jorge Leal, decidiu-se que “[é] nula, por violação do disposto nos artigos 15.º e 19.º alínea c) da LCCG, a cláusula contratual geral, inserida num contrato de crédito ao consumo, que reconheça ao mutuante o direito, no caso de mora do devedor no pagamento das prestações acordadas, de exigir do mutuário o pagamento antecipado (a par do capital mutuado) dos juros remuneratórios futuros”. Em sentido contrário, depois de coligir os conjuntos de arestos que acolheram uma e outra orientações (com referência às fundamentações neles esgrimidas), o Ac. do TRG de 19.04.2018, proferido no Proc. n.º 13/14.5T8PTL.G1, Relator: Helena Melo, onde se declarou que “[o] AUJ 7/2009 não veda a inclusão num contrato de mútuo oneroso da possibilidade de se vencerem juros remuneratórios. O afirmado no ponto 10 do referido AUJ só faz sentido, se for reportado à questão essencial nele discutida, que é precisamente a da aplicabilidade aos juros remuneratórios futuros da possibilidade de vencimento antecipado prevista no art.º 781.º do Código Civil, permitindo assim que se estabeleça regime diferente”.

<sup>39</sup> No Anteprojeto de Código de Consumidor, de março de 2006, elaborado pela Comissão do Código do Consumidor presidida pelo Professor Doutor António Pinto Monteiro, previa-se, no art. 297.º, sob a epígrafe “Não cumprimento do consumidor”, uma solução próxima da atualmente vigente entre nós, que rezava nos seguintes termos: “1. Em caso de inadimplemento do consumidor, e quando o contrato de crédito tenha por objecto o pagamento do preço do bem ou serviço ou o reembolso da quantia mutuada ou efectivamente utilizada em várias prestações, o financiador só pode resolver o contrato ou prevalecer-se do disposto no artigo 781º do Código Civil se, cumulativamente, ocorrerem as circunstâncias seguintes: a) Não ter o consumidor pago, pelo menos, duas prestações sucessivas que representem, no mínimo, 5% ou 10%, consoante a duração do contrato seja inferior ou superior a 3 anos, do valor total referido nos artigos 289º, alínea d) [“O valor total das prestações, entendendo-se como tal a soma de todos os pagamentos que o consumidor deva efectuar nos termos do contrato”], e 290º, alínea c) [“O valor total a entregar pelo consumidor ao financiador, incluindo, além das prestações de reembolso, os valores correspondentes aos juros remuneratórios e a quaisquer outros custos associados à concessão do crédito, considerando como base de cálculo, no caso de TAEG variável, aquela que vigorar no momento da conclusão do contrato”]; b) Haver o financiador, in-  
frutiferamente, concedido ao consumidor um prazo suplementar mínimo de

### A interpelação admonitória exigida ao credor para invo-

30 dias para proceder ao pagamento das prestações em atraso, acrescidas da eventual indemnização devida, com a expressa advertência dos efeitos práticos resultantes, conforme os casos, da resolução do contrato ou da aplicação do artigo 781º do Código Civil". De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo e compêndio, o disposto no número antecedente era "igualmente aplicável, com as devidas adaptações, aos contratos previstos nos artigos 285º [locação considerada contrato de crédito, quando o locatário fivesse o direito de adquirir a coisa locada] e 286º [locação financeira]". Também no DL n.º 349/98, de 11 de novembro (Estabelece o regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria), com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro, previa-se, sob art. 7.º-B, um regime de "Resolução do contrato em caso de incumprimento" semelhante ao do atual art. 27.º do DL n.º 74-A/2017, cujo n.º 1 dispunha que "[a]s instituições de crédito apenas podem proceder à resolução ou a qualquer outra forma de cessação do contrato de concessão de crédito à aquisição ou construção de habitação própria permanente com fundamento no incumprimento, na sequência da verificação de pelo menos três prestações vencidas e ainda não pagas pelo mutuário" e o n.º 2 estabelecia que "[o] incumprimento parcial da prestação não é considerado para os efeitos previstos no número anterior, desde que o mutuário proceda ao pagamento do montante em falta e dos juros de mora eventualmente devidos até ao momento do vencimento da prestação seguinte". Extramuros, no Direito alemão, como assinala FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, "Proteção do consumidor a crédito na celebração e na execução do contrato", in *RED – Revista Electrónica de Direito*, fevereiro de 2014, n.º 1, p. 11, também encontramos, desde há muito, regime próximo no §§ 498 do BGB, onde se dispõe conforme segue: "(1) Der Darlehensgeber kann den Verbraucherdarlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers nur dann kündigen, wenn

1. der Darlehensnehmer

a) mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise in Verzug ist,

b) bei einer Vertragslaufzeit bis zu drei Jahren mit mindestens 10 Prozent oder bei einer Vertragslaufzeit von mehr als drei Jahren mit mindestens 5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug ist und

2. der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.

Der Darlehensgeber soll dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten.

(2) Bei einem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag muss der Darlehensnehmer abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe b mit mindestens 2,5 Prozent des Nennbetrags des Darlehens in Verzug sein.

Numa tradução livre da nossa autoria:



cação da figura da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato obedece, em ambos os diplomas em análise, a um conteúdo idêntico – apesar de, como sabemos, enquanto a perda do benefício do prazo determina a caducidade da dilação concedida para o cumprimento da obrigação, subsistente, pelo devedor, sem que tal implique a destruição do negócio, já a resolução importa a extinção do contrato, tendencialmente com eficácia retroativa (art. 289.º, n.º 1 ex vi art. 433.º e art. 434.º) –, sendo de sufragar o entendimento segundo o qual não é exigível ao *accipiens* a emissão de qualquer outra declaração subsequente a esta interpelação a fim de poder reclamar, a partir de então, o pagamento das prestações vincendas<sup>40</sup>. Em todo o caso, so-

(1) No caso de um empréstimo a ser reembolsado em prestações, o mutuante só pode resolver o contrato de crédito ao consumo por incumprimento do mutuário se

1. o mutuário

a) estiver em mora, no todo ou em parte, em pelo menos duas prestações consecutivas,

b) estiver inadimplente em pelo menos 10 % do valor nominal do empréstimo, para um período contratual de até três anos, ou estiver em mora em pelo menos 5 %, para um período contratual de mais de três anos e

2. o mutuante, sem sucesso, fixou ao mutuário um prazo de duas semanas para o pagamento do valor em dívida, declarando que, se o pagamento não for efetuado dentro do prazo, exigirá o pagamento da totalidade da dívida restante.

O mutuante deve manifestar ao mutuário disponibilidade para uma conversação sobre as possibilidades de um acordo amigável, o mais tardar quando o prazo for fixado.

(2) No caso de contrato de crédito ao consumo imobiliário, o mutuário deve encontrar-se em mora em pelo menos 2,5 % do valor nominal do empréstimo, em derrogação da primeira parte da al. b) do n.º 1 do parágrafo (1).

<sup>40</sup> Neste sentido, a respeito do regime do n.º 1 do art. 20.º do DL n.º 133/2009, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 100. Já nos termos do art. 28.º do DL n.º 74-A/2017, o consumidor inadimplente tem direito à retoma do contrato no prazo para a oposição à execução relativa a créditos à habitação abrangidos por aquele decreto-lei ou até à venda executiva do imóvel sobre o qual incide a hipoteca, caso não tenha havido lugar a reclamação de créditos por outros credores, e desde que se verifique o pagamento das prestações vencidas e não pagas, bem como os juros de

bre o credor recai o ónus de alegação e prova do ingresso na esfera de conhecimento do devedor da declaração recetícia (art. 224.º)<sup>41</sup>

De resto, tal como resulta previsto, em geral, no n.º 2 do art. 801.º, também no regime do DL n.º 133/2009, sob n.º 2 do

.....  
 mora e as despesas em que o mutuante tenha incorrido, quando documentalmente justificadas (n.º 1), sendo que, em caso de exercício de tal direito, se considera a resolução sem efeito, mantendo-se o contrato de crédito em vigor nos exatos termos e condições iniciais, com eventuais alterações (e.g. capitalização de juros), não se verificando qualquer novação do contrato ou das garantias que asseguram o seu cumprimento (n.º 2). O mutuante apenas está obrigado a aceitar a retoma do contrato duas vezes durante a respetiva vigência (art. 28.º, n.º 3). Sobre o regime da retoma do contrato de crédito, vide RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017)*. Uma apresentação, Coimbra, Almedina, 2018, p. 58.

<sup>41</sup> A este propósito, vide o Ac. do TRL de 22.10.2015, proferido no Proc. n.º 1805/13.8TBTVD.L1-2, Relator: Ezagüy Martins, em cujo sumário se pode ler que "(...) II – Da eventual circunstância de as cartas endereçadas ao consumidor, nos quadros daquela disposição legal, não se mostrarem devolvidas, não se pode presumir que as mesmas, remetidas em via de correio simples, foram efetivamente entregues ao destinatário". O art. 224.º, n.º 1 consagra, imperativamente, um sistema misto para a perfeição das declarações negociais, que combina a relevância da receção (*teoria da receção*) e do conhecimento (*teoria do conhecimento*), de tal modo que a eficácia de uma declaração recipienda depende do seu recebimento pelo destinatário, a tal equivalendo também a situação em que a declaração entrou na sua esfera de influência. Não se ignora, claro, que o legislador ponderou outras situações, atribuindo também eficácia à declaração remetida, nos casos em que só por culpa do destinatário, segundo o critério de um devedor criterioso e diligente (art. 487.º, n.º 2 aplicável *ex vi* art. 799.º, n.º 2), não foi por este oportunamente recebida (art. 224.º, n.º 2), previsão que nos aproxima da chamada *teoria da expedição*, se bem que o ato de recebimento significa, nos termos da teoria da receção, chegada ao poder do destinatário. Neste sentido, entre outros, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 7.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2022, p. 122, onde se refere que «[n]este sistema, a ideia chave está na expressão "chegar ao poder do destinatário". Para o efeito, este "poder" consiste no conjunto de meios de receção ao dispor do destinatário, que, em circunstâncias normais, lhe permitam tomar conhecimento de uma dada mensagem. Do ponto de vista do declarante, a emissão eficaz de declarações exige, por sua vez, a utilização de um meio de transmissão que, em concreto, seja idóneo para atingir a esfera de conhecimento do declaratório».

art. 20.º – preceito, este, extensível, sem reservas, ao crédito hipotecário – se prescreve que “[a] resolução do contrato de crédito pelo credor não obsta a que este possa exigir o pagamento de eventual sanção contratual ou a indemnização, nos termos gerais”, devendo entender-se, também a respeito desta disposição legal, que a indemnização a que o credor terá, ainda, direito se encontra forçosamente limitada ao *interesse contratual negativo*, de molde a colocá-lo na situação patrimonial em que estaria caso o contrato não se tivesse celebrado. Conservando o financiador, naturalmente, o direito aos juros remuneratórios vencidos durante o período em que o devedor cumpriu o plano de pagamentos acordado e aquele se viu privado do capital disponibilizado à sua contraparte contratual, em coerência com a orientação firmada pelo AUJ do STJ n.º 7/2009, não pode reconhecer-se ao *accipiens* o direito à “grande indemnização”, pelo interesse contratual positivo, uma vez que, dessa forma, poderia o mesmo reclamar, ainda, atribuição patrimonial do *solvens* relativa aos juros remuneratórios sobre as prestações vencidas, mesmo após a extinção do negócio desencadeada, unilateralmente, pelo contraente fiel, e a restituição do capital emprestado pelo contraente relapso.

Sem prejuízo, nos contratos de adesão, a aplicação desta norma permissiva faz-se, habitualmente, por meio de estipulação de cláusula penal (arts. 810.º a 812.º), seja na modalidade-regra de *cláusula penal indemnizatória*, por via da qual as partes fixam a *forfait* (i.e., de modo antecipado) o montante da indemnização devida por aquele que não cumprir definitivamente a prestação devida a que se encontra adstrito, seja na modalidade de *cláusula penal em sentido estrito*, que constitui uma obrigação com faculdade alternativa a *parte creditoris*, adquirindo o credor o direito a uma prestação substitutiva do cumprimento ou da indemnização pelo não

cumprimento<sup>42</sup>, sendo, contudo, de rejeitar, *in limine*, a fixação de uma pena contratual na modalidade de *cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória*, que acresceria ao cumprimento ou à indemnização devida em virtude do incumprimento, visando exclusivamente compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, pois, pela própria natureza desta última modalidade enunciada de cláusula penal<sup>43</sup>, inexistente qualquer preocupação de conservar uma relação entre a pena e os danos efetivamente sofridos pelo lesado, porquanto, à semelhança do que se extrai da solução normativa do n.º 5 do § 309 do BGB, forçoso é concluir, *a fortiori*, que, no âmbito de um contrato de adesão, a estipulação de uma cláusula penal *exclusivamente compulsória-sancionatória* é absolutamente proibida, por violação intolerável do princípio da boa-fé (arts. 15.º e 16.º da LCCG)<sup>44</sup>.

Já no regime do DL n.º 74-A/2017, nalguma medida em oposição à estatuição da norma do n.º 1 do art. 802.º – ainda

<sup>42</sup> NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 928.

<sup>43</sup> Utilizamos, aqui, a classificação tripartida das modalidades de cláusula penal – *cláusula penal indemnizatória*, *cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória* e *cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita*, que podemos encontrar, *inter alia*, em NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar. Cláusulas Penais*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 63 e ss. e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória", in *RLJ*, ano 141.º, n.º 3972, pp. 177 e ss.

<sup>44</sup> Neste sentido, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO BARROS, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 233-235. Retomamos, aqui, sumariamente, o pensamento que assumimos em ANA FRANCISCA PINTO DIAS, CARLOS FILIPE COSTA, "O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: Análise crítica e empírica", in *Anuário do NOVA Consumer Lab – Ano 3 – 2021*, pp. 123-194, disponível online em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/anuario-nova-consumer-lab/>, para onde, *brevitatis causa*, remetemos mais desenvolvimentos, nomeadamente quanto à aplicação da hipótese preceituada na dl. c) do art. 19.º da LCCG, relativa às cláusulas contratuais gerais que "consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir" e à (não) convocação da norma do art. 812.º no contexto da contratação de massas.

que esta seja, de facto, temperada pelo comando no n.º 2 do mesmo artigo, que determina uma aferição da existência do direito à resolução à luz da gravidade da impossibilidade parcial imputável ao devedor, segundo um critério objetivo –, o incumprimento parcial da prestação, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 27.º, não legitima a invocação da perda do benefício do prazo ou a declaração de resolução do contrato, desde que o consumidor proceda ao pagamento do montante em dívida e dos juros de mora eventualmente devidos até ao momento do vencimento da prestação seguinte.

Isto posto, a propósito do requisito previsto na al. a) do n.º 1 do art. 20.º do DL n.º 133/2009, verifica-se a existência de uma discussão jurisprudencial em torno da questão de saber se o mesmo se deve ter por preenchido em caso de não pagamento, em tempo, *de mais do que duas prestações sucessivas (i.e., três ou mais prestações consecutivas), independentemente do seu valor ser ou não superior a 10 % do montante total do crédito.*

No sentido da suficiência do incumprimento acabado de referir, pronunciou-se o Ac. do TRL de 21.05.2015, proferido no Proc. n.º 1160/14.9TJLSB.L1-8, Relator: Ilídio Sacarrão Martins, nos seguintes termos: «A alínea a) não contém duas condições cumulativas, mas apenas uma “falta de pagamento de duas prestações sucessivas que exceda 10% do montante total do crédito”. Compreende-se que assim seja, isto é, que seja dada protecção ao consumidor que deixe de pagar duas prestações sucessivas que exceda 10% do montante total do crédito, mas já não se justifica que subsista a mesma protecção relativamente àquele consumidor que deixe de pagar mais do que duas prestações sucessivas, qualquer que seja o montante dessas prestações não pagas. Este consumidor relapso, reincidente, não merece aquela protecção quanto à perda do benefício do prazo e à resolução do contrato. (...)

Se o montante das prestações em dívida só exceder 10% do montante total do crédito quando se vencer, por exemplo, a 5ª, 16ª ou 24ª prestação, deverá o credor aguardar o final dessas prestações para poder invoca[r] a perda do benefício do prazo e a resolução do contrato? É evidente que não, pois tal significaria uma forte penalização do credor para ver reconhecido judicialmente o seu crédito e constituiria um injusto benefício para o devedor relapso e pouco escrupuloso. Não é essa, como já deixámos disto, a *ratio* do artigo 20º do DL 133/2009».

Com o devido respeito, não secundamos esta interpretação da disposição aqui em apreço, antes acompanhamos a posição que resulta superlativamente desenvolvida no Ac. do TRL de 03.05.2018, proferido no Proc. n.º 528/14.5T8AGH. L1-2, Relator: António Moreira, que, com a devida vénia, tomamos a liberdade de reproduzir: «(...) relativamente ao regime geral do Código Civil, o regime especial em questão apresenta-se como mais restritivo, no que concerne às circunstâncias em que o credor pode exigir o cumprimento integralmente da obrigação do devedor, por não realização das prestações convencionadas. E tal restrição ao direito do credor de exigir o cumprimento integral da obrigação do devedor assenta em três pilares, a saber: - a previsão de um regime insusceptível de ser modificado por vontade das partes; - a previsão de um número distinto (para mais) de prestações que podem deixar de ser realizadas, e; - a previsão de uma medida mínima para essas prestações, em relação à medida total da obrigação do devedor. Por isso é que o legislador, no preâmbulo do referido D.L.133/2009, de 2/6, refere que *"na linha do disposto nos artigos 934.º a 936.º do Código Civil, estabelecem-se novas regras aplicáveis ao incumprimento do consumidor no pagamento de prestações, impedindo-se que, de imediato, o credor possa invocar a perda do benefí-*

*cio do prazo ou a resolução do contrato". Ou seja, o regime especial do art.º 20º, nº 1, do D.L. 133/2009, de 2/6, mais não representa que uma adaptação inovatória do regime geral que consta do art.º 934º do Código Civil (aplicável ao caso de falta de pagamento de prestações nos contratos de compra e venda) aos contratos de crédito ao consumo. E a ratio do referido art.º 934º do Código Civil aponta para uma protecção acrescida do devedor (comprador), na medida em que apenas possibilita ao credor (vendedor) a invocação da perda do benefício do prazo pelo devedor (correspondente à exigibilidade da totalidade do preço da compra e venda) se a prestação não realizada exceder 1/8 do preço. O que significa que a protecção do devedor não se faz apenas pela via da consideração do número de prestações em falta, mas igualmente pela consideração da proporção entre o valor pecuniário dessas prestações em falta e o valor total da obrigação. Assim, e no âmbito das "novas regras aplicáveis ao incumprimento do consumidor no pagamento de prestações", destinadas a impedir que "de imediato, o credor possa invocar a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato", há que interpretar a al. a) do nº 1 do art.º 20º do D.L. 133/2009, de 2/6, como significando que o credor não pode invocar a perda do benefício do prazo quando o valor total das prestações não realizadas não ultrapasse 10% do valor total do crédito, e ainda que haja mais de duas prestações não realizadas. Ou, se se quiser, que a condição cumulativa expressa na referida al. a) comporta, em si mesma, duas subcondições cumulativas, sendo uma delas encontrada pelo legislador nos preceitos legais que regulam matérias paralelas (a subcondição da consideração do valor das prestações em dívida, por reporte ao valor da obrigação), e sendo a outra delas justificada com as circunstâncias que rodeiam o seu surgimento (a subcondição da consideração de um au-*

*mento do número de prestações em dívida, decorrente da necessidade de reforço dos direitos dos consumidores, como consta do referido preâmbulo)» [itálicos nossos].*

### **1.3. A PRESCRIÇÃO DAS PRESTAÇÕES FRACIONADAS DE CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR**

Finalizada a explanação do regime especial *quási-unitário* a que se subordina a falta de cumprimento dos contratos de crédito aos consumidores e das principais controvérsias que o mesmo motiva, não perdendo de vista a preocupação, sempre que pertinente, de convocar e/ou comparar com o regime geral do Código Civil, dedicaremos as próximas linhas a uma análise da divergência jurisprudencial existente em torno da questão de saber qual o prazo prescricional aplicável às prestações periódicas de capital e de juros a que o consumidor se encontra adstrito num contrato de crédito, mormente no cenário de o direito de crédito do financiador se encontrar totalmente vencido, em consequência de vicissitude ocorrida no plano do (in)cumprimento do contrato, seja a invocação da perda do benefício do prazo, seja a resolução do contrato, ambas da iniciativa do credor/mutuante.

Para tanto, importa, desde logo, exaltar que, muito embora a obrigação contraída pelo consumidor em contrato de crédito com plano de pagamento calendarizado assuma, por um lado, uma *função restitutória* – no caso da prestação de reembolso do capital – e, por outro lado, uma *função remuneratória* do capital mutuado – no caso da prestação de pagamento de juros –, na prática, porque tal obrigação *engloba, simultaneamente, a amortização e a remuneração do capital (obrigação híbrida ou mista)*<sup>45</sup> e se verifica uma *coincidência temporal entre o vencimento de uma e outra pres-*

<sup>45</sup> Ac. do STJ de 26.01.2021, proferido no Proc. n.º 20767/16.3T8PRT-A.S2, Relatora: Maria João Vaz Tomé.



tações, em bom rigor, trata-se de uma obrigação unitária (e não de uma pluralidade de obrigações que se vão constituindo ao longo do tempo<sup>46</sup>), de montante global predeterminado, cujo cumprimento, por acordo das partes, foi fracionado em prestações periódicas (em regra, mensais) e sucessivas, compostas por quotas de amortização que devem ser pagas conjuntamente com os juros (remuneratórios)<sup>47-48</sup>.

.....

<sup>46</sup> Às “prestações periodicamente renováveis”, como são, tipicamente, as emergentes dos contratos de fornecimento de energia elétrica, água e gás (cujo direito ao recebimento do preço do serviço prestado por entidade pública ou privada se encontra, porém, sujeito ao prazo especial de prescrição extintiva de seis meses, nos termos do n.º 1 do art. 10.º da LSPE), também se aplica um prazo de prescrição de 5 (cinco) anos, nos termos da al. g) do art. 310.º do CC – cf. Ac. do STJ de 06.06.2019, proferido no Proc. n.º 902/14.7T8GMR-A.G1.S1, Relator: Abrantes Geraldês.

<sup>47</sup> Ac. do STJ de 29.09.2016, proferido no Proc. n.º 201/13.1TBMIR-A.C1.S1, Relator: Lopes do Rego. Como se notou no já referido Ac. do STJ de 06.06.2019, proferido no Proc. n.º 902/14.7T8GMR-A.G1.S1, Relator: Abrantes Geraldês, é esta a realidade que “(...) sucede com muita frequência nos contratos de financiamento e, mais ainda naqueles que são realizados tendo em vista a aquisição de habitação, em que é corrente a fixação da obrigação de pagamento de sucessivas prestações periódicas que simultaneamente podem englobar os juros remuneratórios e a amortização do capital mutuado”.

<sup>48</sup> Já nas palavras de ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Algumas questões sobre prescrição e caducidade”, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, FDUL, 2010, Coimbra Editora, pp. 47-48, “[c]onstituirão, assim, indícios reveladores da existência de quotas de amortização do capital pagáveis com juros: em primeiro lugar, a circunstância de nos encontrarmos perante quotas integradas por duas fracções: uma de capital e outra de juros, a pagar conjuntamente; em segundo lugar, o facto de serem acordadas prestações periódicas, isto é, várias obrigações distintas, embora todas emergentes do mesmo vínculo fundamental, de que nascem sucessivamente, e que se vencerão uma após outra. A vontade das partes deverá, pois, ser atendida, não se podendo desconsiderar a referida intenção comum, de agilizar a amortização do capital e o pagamento dos juros correspondentes. Caberá, pois, nessa eventualidade, reconhecer a existência de várias prestações pecuniárias, com prazos de vencimento autónomos, cada qual sujeita a um prazo prescricional privativo, de cinco anos. Justificar-se-á, numa palavra, a aplicação de um prazo quinquenal de prescrição, uma vez que o plano de amortizações convarlará a dívida numa série de prestações periódicas por um lapso de tempo significativo” [sublinhados nossos].

Por conseguinte, na ausência de patologia no cumprimento do plano prestacional que importe o vencimento imediato da totalidade das prestações, afigura-se, hoje<sup>49</sup>, pacífica a aplicação do prazo prescricional especial, de curta duração, de 5 (cinco) anos, previsto na al. e) do art. 310.º, em detrimento do prazo ordinário de 20 anos (art. 309.º), a cada uma das prestações globais (de capital em dívida e de juros vencidos) e parceladas, ocorrendo o início do curso daquele prazo de 5 anos na data de vencimento de cada uma das quotas de amortização de capital pagáveis com juros (art. 306.º, n.º 1)<sup>50</sup>.

Todavia, dúvidas já se colocam – e têm animado a nossa jurisprudência – no caso de o consumidor deixar de pagar algumas das quotas de amortização do capital mutuado (pelo

<sup>49</sup> Com a prolação do Ac. do STJ de 27.03.2014, proferido, em sede de revista excecional, no Proc. n.º 189/12.6TBHRT-A.L1.S1, Relator: Silva Gonçalves, o nosso supremo tribunal teve oportunidade de afastar o entendimento de que “a aplicabilidade de todo o art. 310º pressupunha necessariamente que estivessemos sempre confrontados com prestações periodicamente renováveis, nunca se podendo aplicar tal normativo a situações em que, afinal, existisse uma única obrigação inicial, de valor predeterminado, apenas repartida ou fraccionada em várias prestações parcelares” – cf. Ac. do STJ de 29.09.2016, proferido no Proc. n.º 201/13.1TBMIR-A.C1.S1, Relator: Lopes do Rego.

<sup>50</sup> A prescrição só se interrompe nos casos previstos nos arts. 323.º a 325.º. Em particular, determina o n.º 1 do art. 323.º que a interrupção opera pela citação ou notificação judicial de qualquer ato que exprima, direta ou indiretamente, a intenção de exercer o direito, importando a inutilização (para a prescrição) de todo o tempo decorrido anteriormente, começando a correr, a partir do ato interruptivo – ou, se aplicável, do trânsito em julgado da decisão que colocar termo ao processo –, novo prazo prescricional, com a mesma duração da prescrição primitiva, salvo o disposto no art. 311.º – tudo cf. arts. 326.º, n.ºs 1 e 2 e 327.º, n.º 1. Saliente-se, contudo, que, por força da regra da autonomia entre a obrigação principal (do devedor) e a acessória (do fiador, que pode ignorar a prática de atos pelo devedor), nos termos do n.º 1 do art. 636.º, “[a] interrupção da prescrição relativamente ao devedor não produz efeito contra o fiador, nem a interrupção relativa a este tem eficácia contra aquele” (1.º parte); “mas, se o credor interromper a prescrição contra o devedor e der conhecimento do facto ao fiador, considera-se a prescrição interrompida contra este na data da comunicação” (2.ª parte) – assim, o Ac. do STJ de 18.10.2018, proferido no Proc. n.º 2483/15.5T8ENT-A.E1.S1, Relator: Olindo Gerales.

menos, duas ou três prestações sucessivas não liquidadas, consoante se trate de contrato regulado pelo DL n.º 133/2009 ou pelo DL n.º 74-A/2017, respetivamente, recorde-se) e o credor decidir exercer, nos termos acima desenvolvidos, o direito potestativo de exigir o cumprimento imediato de todas as prestações vencidas e as demais devidas até final do prazo convencionado para a amortização e remuneração do empréstimo.

Senão vejamos.

Admitindo-se a aplicação, por analogia, da *factispécies* do art. 781.º à obrigação híbrida ou mista de que ora curamos, em coerência com a orientação firmada pelo AUJ do STJ n.º 7/2009, temos que uma situação de incumprimento de prestações sucessivas por parte do consumidor apenas poderia importar o vencimento antecipado das restantes parcelas de capital (mas não de juros) estabelecidas no plano de pagamento calendarizado. Por outro lado, com o vencimento imediato das prestações vincendas deixa de vigorar o plano de pagamento escalonado primitivamente convencionado, pelo que, dir-se-ia com a corrente jurisprudencial minoritária na contenda ora em análise, "(...) desfeito o plano de amortização da dívida inicialmente acordado, os valores em dívida voltam a assumir a sua natureza original de capital e de juros. Desfeita a ligação anteriormente contida em cada uma das prestações entre uma parcela de capital e outra a título de juros, nenhuma razão subsiste para sujeitar a dívida de capital e a dívida de juros ao mesmo prazo prescricional: os juros que se forem vencendo prescreverão no prazo de cinco anos [art. 310.º, al. d)], e o capital (...) encontrar-se-á sujeito ao prazo ordinário de prescrição de 20 anos [art. 309.º]"<sup>51</sup>.

.....

<sup>51</sup> Ac. do TRC de 26.04.2016, proferido no Proc. n.º 525/14.0TBMGR-A.C1, Relator: Maria João Areias. No mesmo sentido, na jurisprudência, o Ac. do TRG de 16.03.2017, proferido no Proc. n.º 589/15.0T8VNF-A.G1, Relator: Jorge Teixeira, o Ac. do TRE de 12.04.2018, proferido no Proc. n.º 2483/15.5T8ENT-A.

Ainda de acordo com a mesma orientação, «[r]esolvido extrajudicialmente com base no incumprimento definitivo um contrato de mútuo em que as partes haviam acordado num plano de pagamento em prestações mensais e sucessivas, que englobava o pagamento de parte do capital e dos juros, e reclamando a credora o montante da dívida, não tem aplicação o disposto no art. 310º, e) do Código Civil – prescrição de cinco anos – porque o crédito reclamado já não se configura como “quotas de amortização”, mas antes como dívida (global) proveniente da “relação de liquidação”»<sup>52</sup>.

Esta compreensão acabada de apresentar, em termos sumários, não vem, no entanto, merecendo acolhimento na esmagadora maioria dos acórdãos tirados pelos nossos tribunais superiores, *maxime* do Supremo Tribunal de Justiça<sup>53</sup>, e

.....  
 E1, Relator: Mário Coelho, e o Ac. do TRL de 19.01.2021, proferido no Proc. n.º 8636/16.1T8LRS-A-7, Relator: Isabel Salgado. Na doutrina, aparentemente no mesmo sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral*, Tomo IV, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 175-176, referindo que a prescrição prevista na al. e) do art. 310.º “opera nos casos em que se tenha convencionado que o próprio capital iria sendo pago em prestações, com os juros; numa ocasião pode suceder que, por força do contrato, o não pagamento de uma prestação provoque o vencimento das restantes; pois bem: a prescrição quinquenal apenas se irá aplicando escalonadamente, na medida do plano de pagamento inicial, pois é este o combinado e que as partes têm como referência; podemos acrescentar que *na eventualidade do vencimento antecipado, já não se trata de quotas de amortização*” [itálico nosso].

<sup>52</sup> Ac. do TRC de 12.06.2018, proferido no Proc. n.º 17012/17.8YIPRT.C1, Relator: Jorge Arcanjo.

<sup>53</sup> Desde logo, ainda no século pretérito, o Ac. do STJ de 04.05.1993, proferido no Proc. n.º 083489, Relator: Santos Monteiro, mas também, entre outros, nos tempos mais recentes, o Ac. do TRC de 13.11.2019, proferido no Proc. n.º 126848/17.2YIPRT.C1, Relatora: Maria Teresa Albuquerque, o Ac. do STJ de 23.01.2020, proferido no Proc. n.º 4518/17.8T8LOU-A.P1.S1, Relator: Nuno Pinto Oliveira, o Ac. do TRL de 04.03.2020, proferido no Proc. n.º 6307/18.3T8FNC-A.L1-6, Relatora: Gabriela de Fátima Marques, o Ac. do STJ de 16.06.2020, proferido no Proc. n.º 23762/15.6T8PRT.A.P1.S1, Relatora: Maria João Vaz Tomé, o Ac. do STJ de 10.09.2020, proferido no Proc. n.º 805/18.6 T8OVR-A. P1.S1, Relator: Rijo Ferreira, o Ac. do STJ de 12.11.2020, proferido no Proc. n.º 7214/18.5T8STB-A.E1.S1, Relatora: Maria do Rosário Morgado, o Ac. do TRE

também não encontra amparo na (parca) doutrina que, até então, se versou sobre a questão em estudo. Para a corrente maioritária, que secundamos, revela-se essencial conhecer os trabalhos preparatórios que estiveram na base da previsão da al. e) do art. 310.º, da autoria de ADRIANO VAZ SERRA, e, a partir dos mesmos, extrair as específicas finalidades a que obedeceu a consagração daquela hipótese de prazo de prescrição de curta duração.

Assim, começando pelo contributo qualificado de ADRIANO VAZ SERRA, ensina-nos o emérito professor de Coimbra que a prescrição especial quinquenal “se destina a evitar que, pela acumulação de prestações periódicas, se produza a ruína do devedor”<sup>54</sup>, dado o risco de os juros superarem o valor do capital em dívida, sustentando, como tal, a inexigibilidade da obrigação ao fim de cinco anos “sempre que se trate de prestações periódicas derivadas de uma determinada relação jurídica”<sup>55</sup>. Prosseguindo com VAZ SERRA, idêntica preocu-

.....  
de 03.12.2020, proferido no Proc. n.º 73602/19.0YIPRT.E1, Relatora: Cristina Dá Mesquita, o Ac. do STJ de 14.01.2021, proferido no Proc. n.º 6238/16.1T8VNF-A.G1.S1, Relator: Tibério Nunes da Silva, o Ac. do STJ de 26.01.2021, proferido no Proc. n.º 20767/16.3T8PRT-A.S2; Relatora: Maria João Vaz Tomé, o Ac. do TRL de 08.04.2021, proferido no Proc. n.º 126930/17.6YIPRT.L1-6, Relator: Eduardo Petersen, o Ac. do STJ de 08.04.2021, proferido no Proc. n.º 5329/19.1T8STB-A.E1.S1, Relator: Nuno Pinto Oliveira, o Ac. do TRG de 15.06.2021, proferido no Proc. n.º 90/20.0T8GMR-A.G1, Relator: Afonso Cabral de Andrade, o Ac. do TRL de 18.11.2021, proferido no Proc. n.º 6012/20.0T8LRS.L1-6, Relator: António Santos, o Ac. do TRC de 25.01.2022, proferido no Proc. n.º 5101/19.9T8VIS-A.C1, Relator: Freitas Neto, e, por último, o Ac. do STJ de 24.05.2022, proferido no Proc. n.º 1708/20.0T8GMR.G1.S1, Relatora: Maria Clara Sottomayor.

<sup>54</sup> No mesmo sentido, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Reimpresão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 452-453: “Esta prescrição legal (...) é comumente defendida pela circunstância de, através dela, se obviar a que o credor, adiando a exigência do pagamento de prestações de abreviado quantitativo, deixe amontoar o seu crédito a tal ponto que torne demasiado dificultada a prestação do devedor”.

<sup>55</sup> ADRIANO VAZ SERRA, “Prescrição extintiva e caducidade”, in *BMJ*, n.º 106, maio de 1961, p. 119.

pação subjaz, afinal, à específica aplicação da prescrição de curta duração quando estejamos em presença de quotas de amortização que devam ser pagas como adjunção aos juros, “pois, se assim não fosse, poderia dar-se uma acumulação de quotas ruinosa para o devedor, apesar de, com a estipulação de quotas de amortização, se ter pretendido suavizar o reembolso do capital e tratá-lo como juros”<sup>56</sup>. A este propósito, VAZ SERRA apresenta-nos a anotação ao art. 2948.º do *Codice Civile* italiano (*Prescrizione di cinque anni*), da autoria de AZZARITI e SCARPELLO, que reza nos seguintes termos: “É duvidoso se a prescrição breve pode aplicar-se também às quotas de amortização de uma dívida, que, como é sabido, compreendem uma fracção de capital e os juros em proporção variável. Em rigor de lógica, deveria aplicar-se, a cada um dos elementos que constituem a quota, a sua prescrição própria, isto é, a breve ao elemento juros e a ordinária ao elemento capital. Mas esta solução não parece aceitável, pois viria a admitir-se o concurso de duas prescrições diferentes sobre uma prestação, considerada pelas partes como unitária e indivisível. Excluída esta solução, resta examinar se deve ter preferência, quanto ao complexo da quota, a prescrição ordinária ou a prescrição especial. Alguns propendem para esta última, atendendo a que o plano de amortização transforma a dívida numa série de prestações em termos periódicos por um longo número de anos, capazes de produzir uma acumulação de atrasados excedente ao capital [...]. Outros, pelo contrário, objetam (e esta tese parece mais fundada) que, compreendendo cada quota também uma fracção de capital, se torna necessariamente aplicável o prazo ordinário de prescrição [...]”<sup>57</sup>.

.....  
<sup>56</sup> ADRIANO VAZ SERRA, “Prescrição extintiva e caducidade”, p. 114.

<sup>57</sup> *Idem, ibidem* [sublinhado nosso].

Ora, a argumentação acima expendida e posta em destaque conserva a sua plena validade mesmo na eventualidade de o credor vir a desencadear o vencimento imediato de todas as prestações, em virtude de incumprimento do consumidor, nos estritos termos supra descritos, na medida em que, nesse cenário, contrariamente ao defendido por aquela jurisprudência das Relações, o vencimento imediato “(...) não tem por efeito alterar a natureza da dívida, reprimando a anterior obrigação única que foi substituída por uma obrigação fracionada. O que é devido continua a ser todas as quotas de amortização individualmente consideradas e não a quantia global do capital em dívida. E o facto de as quotas de amortização deixarem nessa situação de estar ligadas ao pagamento dos juros (cf. AUJ7/2009, DR, I, 05MAI2009), por via dessa antecipação do vencimento, não interfere, em nosso modo de ver, com o tipo de prescrição aplicável em função da natureza da obrigação, que não é alterada pelas vicissitudes do incumprimento<sup>58</sup>”

<sup>58</sup> Desenvolvendo e fundamentando esta conclusão, o Ac. do STJ de 29.09.2016, proferido no Proc. n.º 201/13.1TBMIR-A.C1.S1, Relator: Lopes do Rego declarou o seguinte: “no caso do débito do capital mutuado, estamos confrontados com uma obrigação de valor predeterminado cujo cumprimento, por acordo das partes, foi fraccionado ou parcelado num número fixado de prestações mensais; ou seja, em bom rigor, não estamos aqui perante uma pluralidade de obrigações que se vão constituindo ao longo do tempo, como é típico das prestações periodicamente renováveis, mas antes perante uma obrigação unitária, de montante predeterminado, cujo pagamento foi parcelado ou fraccionado em prestações. Porém, o reconhecimento desta específica natureza jurídica da obrigação de restituição do capital mutuado não preclui, sem mais, a aplicabilidade do regime contido no citado art. 310º, já que – por explícita opção legislativa – esta situação foi equiparada à das típicas prestações periodicamente renováveis, ao considerar a citada al. e) que a amortização fraccionada do capital em dívida, quando realizada conjuntamente com o pagamento dos juros vencidos, originando uma prestação unitária e global, envolve a aplicabilidade a toda essa prestação do prazo quinquenal de prescrição. Ou seja, o legislador entendeu que, neste caso peculiar, o regime prescricional do débito parcelado ou fraccionado de amortização do capital deveria ser absorvido pelo que inquestionavelmente vigora em sede da típica prestação periodi-

Por outro lado, se é certo que se logrou um dos fundamentos da aplicação da prescrição quinquenal (o evitar a acumulação dos montantes em dívida tornando o pagamento excessivamente oneroso para o devedor) *não deixa de subsistir a necessidade de uma acrescida diligência do credor na recuperação do seu crédito, tendo em vista, numa óptica do 'favor debitoris' imanente ao CCiv, evitando a perpetuação, com a conseqüente incerteza e insegurança, da situação do devedor*"<sup>59</sup>.

E, de resto, quanto à alegada resolução do contrato de financiamento e nascimento de uma "relação de liquidação", por força do efeito restitutivo por aquela produzido, a que se refere o Ac. do TRC de 12.06.2018 acima referenciado, elucida o Ac. do STJ de 10.09.2020, cuja motivação vimos seguindo de perto, que, à semelhança do sucedido no litígio submetido à Relação de Coimbra, "[é], aliás, usual as entidades credoras virem invocar que face ao incumprimento, rescindiram, denunciaram ou resolveram o contrato, mas em função do seu comportamento e do que vêm peticionar, é manifesto que o que estão a exigir é, ainda, o cumprimento do contrato de financiamento (com a devolução do capital mutuado, o pagamento dos juros remuneratórios e moratórios e accionando as garantias estabelecidas) e não a extinção de tal vínculo contratual". Em todo o caso, a circunstância de o mutuante, por via de resolução, legal ou convencional, exigir o pagamento do crédito concedido na sua totalidade também não importa alteração do enquadramento em sede

.....  
*camente renovável de juros, devendo, conseqüentemente, valer para todas as prestações sucessivas e globais, convencionadas pelas partes, quer para amortização do capital, quer para pagamento dos juros sucessivamente vencidos, o prazo curto de prescrição decorrente do referido art. 310º."* [sublinhados nossos].

<sup>59</sup> Ac. do STJ de 10.09.2020, proferido no Proc. n.º 805/18.6 T8OVR-A.P1.S1, Relator: Rijo Ferreira.



de prescrição, *maxime* não impõe a aplicação do prazo ordinário de 20 anos, previsto no art. 309.<sup>60</sup>.

Vale por dizer, em jeito de conclusão, com o Ac. do STJ de 04.05.2021, proferido no Proc. n.º 3522/18.3T8LLE-A.E1.S1, Relator: Pedro de Lima Gonçalves, “[o] crédito é concedido com um pagamento fracionado e, seja porque se poderia deixar prolongar no tempo a exigência do pagamento de várias prestações seja porque o crédito agora se considere totalmente vencido, não se deve confrontar o devedor com o pagamento súbito de toda uma quantia dentro de um prazo amplo como seria o de vinte anos previsto no artigo 309.º, do Código Civil, o que iria permitir uma acumulação significativa de juros. A finalidade pretendida pelo legislador com a fixação do prazo curto de cinco anos seria afastada se fosse permitida não só o pagamento da totalidade da dívida, mas que o credor o pudesse fazer em vinte anos, o que não pode suceder pois colocaria o devedor numa situação muito difícil”, quiçá – como se aventa no Ac. do STJ de 03.11.2020, proferido no Proc. n.º 8563/15.0T8STB-A.E1.S1, Relatora: Fátima Gomes – “uma situação de insolvência, a qual, manifestamente, o legislador pretendeu evitar, quando consagrou o prazo comum da prescrição da alínea e) do art. 310.º do Código Civil”. Desta forma, o legislador fez recair sobre o credor um dever de diligência na cobrança dos créditos que representem a amortização do empréstimo concedido e coincidam temporalmente com o vencimento da obrigação de pagamento de juros, “ao mesmo tempo que tutela os devedores no sentido de não serem confrontados a destempo com uma dívida resultante da acumulação de dívidas menores, mas com vencimentos sucessivos e periódicos”<sup>61</sup>.

.....  
<sup>60</sup> Ac. do TRL de 18.11.2021, proferido no Proc. n.º 6012/20.0T8LRS.L1-6, Relator: António Santos.

<sup>61</sup> Ac. do STJ de 06.06.2019, proferido no Proc. n.º 902/14.7T8GMR-A.G1.S1, Relator: Abrantes Gerales.

Assim, “[n]este âmbito, o legislador equiparou a amortização do capital, designadamente do mútuo, realizada de forma parcelar ou fracionada por numerosos anos, como no mútuo bancário destinado a habitação própria, ao regime dos juros, ficando sujeito ao mesmo prazo de prescrição, nomeadamente cinco anos – art. 310.º, alínea e), do CC”<sup>62</sup>, pelo que, apesar de a obrigação incumprida incidir sobre quotas vencidas e vincendas – de amortização do capital pagáveis com juros –, tal não obsta à aplicação do prazo de prescrição de cinco anos a que se alude na al. e) do art. 310.º, pois a prescrição respeita – continua a respeitar – a cada uma das prestações e não ao todo em dívida<sup>63</sup>.

.....  
<sup>62</sup> Ac. do STJ de 18.10.2018, proferido no Proc. n.º 2483/15.5T8ENT-A.E1.S1, Relator: Olindo Geraldes.

<sup>63</sup> Ac. do TRL de 15.02.2018, proferido no Proc. n.º 828/16.0T8SXL.L1-6, Relatora: Ana Paula Carvalho. Acompanhamos o Ac. do STJ de 29.04.2021, proferido no Proc. n.º 723/18.8T8OVR-A.P1.S1, Relator: João Cura Mariano, quando declara que “[o]utra não podia ser a solução, uma vez que seria, no mínimo, estranho, o concurso de duas prescrições com prazos distintos sobre as mesmas prestações compósitas (uma quanto aos juros e outra quanto à amortização do capital)” e, em seguida, distribuindo-se no ensinamento de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1930, p. 749, recorda que “[a]nteriormente, no domínio do Código de Seabra, apesar de se prever um prazo de prescrição de cinco anos para as prestações vencidas que se costumam pagar em certos e determinados tempos (artigo 543.º), defendia-se que tal previsão, por ser excecional, deveria ser interpretada de forma restritiva, não abrangendo as anuidades de capital e juros convencionadas para a lenta amortização duma dívida”. A propósito do prazo ordinário de prescrição, uma reflexão muito interessante – e que devia merecer a atenção do legislador pátrio – encontra-se vertida no Ac. do TRE de 17.12.2020, proferido no Proc. n.º 4496/16.0T8ENT-A.E1, Relator: José Manuel Barata: “(...) para os tempos modernos, é um prazo demasiado extenso, porque a vida se acelerou nas últimas décadas e este prazo figura na ordem jurídica desde o Código de Seabra de 1867 (artigo 535.º). Como exemplo vivo desta celeridade, veja-se o apelo à realização de mútuos para consumo através de simples telefonema, como é amplamente difundido pelos meios de comunicação social, quase em publicidade agressiva. A sociedade permite que os mútuos para consumo se realizem num instante, mas a prescrição das eventuais dívidas daí resultantes teria que suportar a longa espera de 20 anos”.

## **2. PREVENÇÃO E REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÕES DE INCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE CRÉDITO PELOS CONSUMIDORES**

### **2.1. BREVE ENQUADRAMENTO. O PARI E O PERSI: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO**

Sem prejuízo de tudo quanto já referimos acerca do regime especial a que se subordina o incumprimento dos contratos de crédito aos consumidores, encontrando-nos na presença de um contrato de financiamento regulado pelo DL n.º 133/2009 ou pelo DL n.º 74-A/2017 que haja sido concluído entre uma instituição de crédito e um cliente bancário particular, não podemos descurar – antes devemos atender e articular o regime substantivo já abordado –, nomeadamente para efeitos do exercício do direito de resolução pelo credor/mutuante, o conjunto de medidas e procedimentos, previstos no DL n.º 227/2012, de 25 de outubro<sup>64-64</sup>, que a instituição tem

<sup>64</sup> 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. Este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 70-B/2021, de 6 de agosto, adotado em pleno contexto de situação epidemiológica internacional causada pela propagação da doença COVID-19, provocada pela disseminação do vírus SARS-CoV-2, que já havia impulsionado a publicação do DL n.º 10-J/2020, de 26 de março, por via do qual foi aprovado um regime excecional e temporário relativo à proteção dos créditos das famílias e das empresas, designado por "moratória pública bancária", posteriormente acompanhado pela criação de "moratórias privadas". Com a cessação da produção de efeitos das medidas acabadas de referir, entendeu o legislador, como revela o Preâmbulo do DL n.º 70-B/2021, que "a proteção das famílias, em particular no que respeita ao crédito à habitação, não pode, porém, deixar de beneficiar de uma particular atenção, atenta a dimensão social e económica que a habitação representa na vida em sociedade". Pertencem ao DL n.º 227/2012 as normas que, sem indicação do respetivo diploma, adiante se mencionarem. Importa, ainda, considerar o Aviso do BdP n.º 7/2021, que concretiza os deveres que, em virtude do disposto no DL

de promover com vista a um acompanhamento permanente da execução do contrato e, em caso de mora do devedor, à promoção efetiva da regularização da situação de incum-

.....  
 n.º 227/2012, as instituições estão obrigadas a observar no âmbito da prevenção e da regularização extrajudicial de situações de incumprimento de contratos de crédito, designadamente no que respeita: a) à divulgação ao público de informação relativa ao incumprimento de contratos de crédito e à rede extrajudicial de apoio aos clientes bancários; b) aos procedimentos a implementar pelas instituições no âmbito da elaboração e aplicação do Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI) e da aplicação do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI); c) à regularidade mínima com que as instituições devem desenvolver diligências para identificar indícios de degradação da capacidade financeira dos clientes bancários; d) à prestação de informação aos clientes bancários no decurso do PERSI; e) ao reporte ao BdP do PARI e do documento interno que descreve os procedimentos adotados no âmbito da implementação do PERSI – art. 1.º do Aviso do BdP n.º 7/2021. Este Aviso do BdP n.º 7/2021 revogou o Aviso do BdP n.º 17/2012 (art. 12.º).

<sup>65</sup> Nos termos do art. 39.º (Aplicação no tempo), “[s]ão 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” (n.º 1), caso em que “(...) 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 n.º 4 do artigo 14.º” (n.º 2); “[o]s 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” (n.º 3) – sublinhados e itálicos nossos. Desta forma, como se explica no Ac. do TRE de 24.02.2022, proferido no Proc. n.º 949/14.3TBSSB-E.E1, Relator: Francisco Xavier, a aplicação do regime do DL n.º 227/2012, em vigor desde 01.01.2013 (art. 40.º), “tem como pressuposto, além da manutenção da mora no incumprimento das obrigações contratuais, que o contrato permaneça em vigor, o que não ocorre se àquela data o contrato já tiver sido objecto de resolução com fundamento no incumprimento”, donde, em consequência, “verificando-se que o contrato de crédito já havia sido resolvido antes da entrada em vigor do referido diploma, não tinha a instituição bancária que integrar o consumidor cliente bancário em PERSI, nem informar o fiador dessa possibilidade, antes de instaurar a exe-



ormente quando estes assumem as vestes de consumidores, atenta a acentuada assimetria informativa que caracteriza a relação jurídica que liga as partes outorgantes e posiciona os devedores/mutuários em condição de manifesta fragilidade, em prol da redução dos níveis de endividamento dos agregados familiares<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> A este propósito, impõe-se fazer, aqui, uma referência ao regime extraordinário de proteção dos devedores de crédito à habitação que se encontrem em situação económica muito difícil, aprovado pela Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro, o qual vigorou até 31.12.2015 (art. 38.º, n.º 1), continuando, porém, a aplicar-se aos requerimentos de acesso apresentados pelos clientes bancários até àquela data. Com um âmbito de aplicação limitado, este regime destina-se às situações de incumprimento de contratos de mútuo celebrados no âmbito do sistema de concessão de crédito à habitação destinado à aquisição, construção ou realização de obras de conservação e de beneficiação de habitação própria permanente [art. 3.º, al. i)] de agregados familiares [art. 3.º, al. a)] que se encontrem em *situação económica muito difícil* – nos termos do art. 5.º do diploma – e apenas quando o imóvel em causa seja a única habitação do agregado familiar e tenha sido objeto de contrato de mútuo com hipoteca (art. 2.º, n.º 1), sendo extensível aos fiadores chamados a assumir as obrigações dos mutuários originários, desde que também se encontrem em *situação económica muito difícil* (art. 2.º, n.º 2). O regime estabelecido na Lei n.º 58/2012 é *imperativo* para as instituições de crédito mutuantes, nos casos em que se encontrem *cumulativamente* preenchidos os requisitos previstos no art. 4.º, a saber: a) o crédito à habitação esteja garantido por hipoteca que incida sobre imóvel que seja a habitação própria permanente e única habitação do agregado familiar do mutuário e para o qual foi concedido; b) o agregado familiar do mutuário se encontre em *situação económica muito difícil*, nos termos do art. 5.º; e c) o valor patrimonial do imóvel à data de apresentação do requerimento de acesso ao regime extraordinário não exceda o valor normativamente fixado em função do coeficiente de localização (art. 2.º, n.º 3). Com a apresentação pelo mutuário do requerimento de acesso ao regime de proteção (previsto no n.º 1 do art. 8.º) e da documentação referida no n.º 1 do art. 6.º, a instituição de crédito mutuante fica impedida de promover a execução da hipoteca que constitui garantia do crédito à habitação até que cesse a aplicação das medidas de proteção previstas no art. 7.º; caso o pedido de acesso ao regime seja deferido, por resultarem preenchidos os requisitos de aplicabilidade previstos nos arts. 4.º e 5.º, além de ter de comunicar esse deferimento ao tribunal em que corre processo de execução hipotecária relativo às dívidas decorrentes do crédito à habitação, a instituição de crédito fica constituída na obrigação de apresentar ao mutuário uma proposta de plano de reestruturação e suspende-se automaticamente aquele processo de execução – tudo cf. art. 9.º, n.ºs 1 e 2. As medidas de proteção

Neste conspecto, um pouco à semelhança do que se verifica em relação ao dever de avaliar a solvabilidade do consumidor – e tivemos oportunidade de explanar no primeiro estudo “Contratos de crédito aos consumidores: a tutela do consumidor *ex ante* e *ex post* à conclusão do contrato com o profissional sob o manto do risco de sobre-endividamento” –,

.....

do devedor mutuário em caso de eventual execução da hipoteca sobre o imóvel podem assumir uma de três modalidades (sendo as terceiras medidas enunciadas de aplicação subsidiária): a) *Plano de reestruturação das dívidas emergentes do crédito à habitação* (que inclui necessariamente a aplicação de uma ou várias das seguintes medidas: i) concessão de um período de carência, relativo ao pagamento das prestações mensais a cargo do mutuário ou estabelecimento de um valor residual no plano de amortizações; ii) prorrogação do prazo de amortização do empréstimo; iii) redução do *spread* aplicável durante o período de carência; iv) concessão de um empréstimo adicional autónomo destinado a suportar temporariamente o pagamento das prestações do crédito à habitação – cf. arts. 10.º a 18.º); b) *Medidas complementares ao plano de reestruturação*, quando este se mostre inviável ou se verifique incumprimento pelo mutuário de três prestações seguidas previstas no plano (art. 19.º); c) *Medidas substitutivas da execução hipotecária*, nomeadamente: i) a dação em cumprimento do imóvel hipotecado; ii) a alienação do imóvel a Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional (FIIAH), promovida e acordada pela instituição de crédito, com ou sem arrendamento e opção de compra a favor do mutuário e entrega do preço à instituição de crédito, liquidando-se assim a dívida; iii) a permuta por uma habitação de valor inferior, com revisão do contrato de crédito e redução do capital em dívida pelo montante da diferença de valor entre as habitações (arts. 20.º a 27.º) – cf. art. 7.º. Sobre o regime da Lei n.º 58/2012, vide 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”, in *RED – Revista Electrónica de Direito*, junho de 2017, n.º 2, pp. 48-50, e, mais desenvolvidamente, JOÃO VASCONCELOS RAPOSO, *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira: a “dação potestativa” como solução?*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 94-117. Quanto à articulação entre o PERSI e o regime da Lei n.º 58/2012, deve atender-se às orientações emanadas da Carta Circular do BdP n.º 093/2012/DSC. De igual modo, importa assinalar o regime de proteção da casa de morada de família, no âmbito de processo de execução fiscal, previsto no art. 244.º, n.ºs 2 a 6 do CPPT, na redação dada pela Lei n.º 13/2016, de 23 de maio e, mais recentemente, pela Lei n.º 7/2021, de 26 de fevereiro (com entrada em vigor a 01.07.2021), nele se estabelecendo restrições à venda executiva de imóvel que seja habitação própria e permanente do executado.

o DL n.º 227/2012 veio estabelecer um *modelo compromissório* de gestão de risco e regularização de situações de incumprimento de contratos de crédito pelos consumidores.

Por um lado, este modelo impele o credor/mutuante a assegurar o acompanhamento permanente e sistemático da execução dos contratos em que tenha intervindo nessa qualidade, realizando as diligências necessárias à identificação precoce de indícios de degradação da capacidade financeira do cliente bancário para cumprir as obrigações decorrentes dos acordos de financiamento (em razão, e.g., de um dos célebres três “D”: desemprego, divórcio e doença)<sup>69</sup> e, na eventualidade da sua deteção, à apresentação e adoção céleres de soluções adequadas à robustez patrimonial do cliente, idóneas a prevenir uma situação de incumprimento, tudo de acordo com o estatuído no Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI) que a instituição de crédito deve elaborar para cada devedor/mutuário – cf. arts. 5.º, n.º 1 e 9.º a 11.º-C do DL n.º 227/2012 e art. 7.º do Aviso do BdP n.º 7/2021.

E, caso se venha a consumir uma situação de incumprimento (ainda não definitivo) imputável à contraparte contratual, o modelo obriga, ainda, a instituição a desencadear as diligências necessárias à abertura, tramitação e encerramen-

<sup>69</sup> Consideram-se, designadamente, *indícios de degradação da capacidade financeira do cliente bancário* para cumprir com as obrigações decorrentes de contrato de crédito: a existência de incumprimentos registados na Central de Responsabilidades de Crédito do BdP; a devolução e inibição do uso de cheques e correspondente inserção na lista de utilizadores de cheque que oferecem risco; a existência de dívidas fiscais e à segurança social; a sua insolvência; a existência de processos judiciais e de situações litigiosas; a penhora de saldos bancários; encontrar-se em situação de desemprego; a perda de rendimentos ou a evolução desfavorável significativa do desempenho do setor de atividade económica em que o cliente bancário desenvolve a sua atividade profissional; a verificação de incumprimentos noutros contratos celebrados com a instituição de crédito – tudo cf. art. 9.º, n.º 4 do DL n.º 227/2012 e art. 7.º, n.º 4 do Aviso do BdP n.º 7/2021.



to de Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), cindido em três fases – fase inicial, fase de avaliação e proposta e fase de negociação –, impendendo sobre aquela a observância de deveres de informação, esclarecimento e proteção, teleologicamente orientados a proporcionar, sempre que viável, uma verdadeira oportunidade de estabelecimento de contactos e negociações entre as partes contratantes, conducentes à obtenção de um acordo de regularização integral do inadimplimento, ajustado à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor – cf. arts. 5.º, n.º 2 e 12.º a 21.º do DL n.º 227/2012 e arts. 8.º a 10.º do Aviso do BdP n.º 7/2021.

Mas se é certo que as instituições de crédito se encontram adstritas à adoção de conduta responsável na concessão de crédito, não menos verdade é, por outro lado, que os clientes bancários também se veem obrigados a gerir as suas obrigações de crédito de forma zelosa e prudente, revelando-se ostensivamente contrário ao princípio civilizacional da boa-fé o empreendimento pelo consumidor de um comportamento passivo e descomprometido, seja demitindo-se de alertar atempadamente a instituição para o eventual risco de mora no âmbito do PARI, seja deixando de facultar as informações e os documentos estritamente necessários e adequados, solicitados por aquela, para avaliação da sua capacidade financeira e, se viável, apresentação de propostas tendentes à obtenção de uma solução pactuada para a superação do estado de incumprimento, nos domínios do PARI e do PERSI, em contravenção com o disposto pelos arts. 4.º, n.º 2, 11.º-A, n.ºs 2 e 3, 11.º-B, n.º 4, 15.º, n.ºs 2 e 3, 16.º, n.ºs 2 e 3.

O sucesso deste esquema legal de cooperação e colaboração mútua concorre, de forma muito intensa – diríamos até, decisiva – para a afirmação e materialização do *primado dos procedimentos extrajudiciais de proteção dos*

*consumidores, impostos às instituições de crédito e ordenados à autocomposição do litígio entre credor e devedor, em detrimento dos processos judiciais (ou para-judiciais<sup>70</sup>), declarativos ou executivos<sup>71</sup>, desencadeados com vista à satisfação das obrigações de reembolso do capital e/ou de pagamento de juros remuneratórios que se encontrem em falta<sup>72</sup>.*

<sup>70</sup> Aqui se incluindo a injunção, enquanto procedimento especial, que visa conferir força executiva a requerimento destinado a exigir o cumprimento das obrigações pecuniárias emergentes de contratos até €15.000,00, previsto nos arts. 7.º e ss. do Anexo ao DL n.º 269/98, de 1 de setembro. Ora, como bem se refere no Sumário do Ac. do TC n.º 95-399-2 de 27.06.1995, proferido no Proc. n.º 94-0440, Relator: Sousa Brito, a injunção «*não se trata (...) de qualquer forma processual diversa das já existentes na nossa lei adjetiva, mas sim do estabelecimento de uma "fase desjurisdicionalizada", visando facultar relativamente a dívidas de montante reduzido a possibilidade (...) de acesso à acção executiva sem passagem pelo processo declarativo, garantida que se mostra a defesa do devedor através dos mecanismos normais de oposição à execução, decorrentes do artigo 815.º do Código de Processo Civil [de 1961]*», correspondente ao atual art. 731.º do CPC.

<sup>71</sup> Neste sentido, a propósito do art. 18.º, al. b), com base no critério interpretativo traduzido pelo velho brocardo latino “ubi lex non distinguit, necque nos distinguere licet” e atendendo à *ratio legislatoris*, que pretende obstar (temporariamente) à propositura de ações judiciais (ou para-judiciais) pelo credor para satisfação do seu crédito na pendência do PERSI, ANDREIA SOFIA LÚCIO ENGENHEIRO, “O crédito bancário: a prevenção do risco e gestão de situações de incumprimento”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, Lisboa, FDUNL, julho de 2015, p. 57.

<sup>72</sup> Em benefício da materialização deste princípio do primado dos procedimentos extrajudiciais de proteção dos consumidores em detrimento dos processos judiciais (ou para-judiciais), 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 DL n.º 227/2012 (art. 7.º, n.º 1). Ao abrigo da norma habilitante do art. 7.º, n.º 2, o BdP definiu, no Aviso n.º 7/2021, que as instituições, através dos seus balcões, devem entregar aos clientes bancários, sempre que estes o solicitem, um documento informativo, em papel, que contenha a informação prevista no anexo I ao Aviso, sendo que este documento deve, ainda, ser disponibilizado numa área específica e autónoma dos sítios das

Esta marca d'água dos procedimentos estatuídos no DL n.º 227/2012 encontra-se superiormente refletida na regulação do PERSI, sob art. 18.º, quando aí se institui uma moratória forçada para o exercício de direitos pela instituição de crédito, designadamente a faculdade de resolução do contrato de crédito com fundamento em incumprimento e a prerrogativa de instauração de ações judiciais destinadas à cobrança dos créditos vencidos e não pagos [als. a) e b)].

## **2.2. PRINCIPAIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA APLICAÇÃO DO REGIME DO DL N.º 227/2012**

Feita esta primeira aproximação ao ambiente histórico a partir do qual eclodiu o regime do DL n.º 227/2012, assim como aos princípios e regras a observar na implementação dos instrumentos nele consagrados, em seguida, deter-nos-emos, mais aturadamente, sobre as principais questões dirimidas nos tribunais portugueses envolvendo a aplicação da malha normativa ora em estudo, *maxime* aquela especifica-

.....  
instituições na Internet, com destaque adequado na respetiva página de entrada (*homepage*) e de acesso direto pelos interessados, sem que seja necessário o seu registo prévio, assim como em local de destaque adequado no *homebanking* e nas aplicações móveis (*apps*), quando existam – art. 3.º, n.ºs 2 e 4. Postula-se, ainda, no n.º 3 do mesmo art. 3.º do Aviso que, mesmo na ausência de solicitação prévia, o referido documento informativo deve ser disponibilizado quando o cliente bancário alerte os trabalhadores envolvidos no atendimento ao público, nos balcões ou através de meios de comunicação à distância, para o risco de incumprimento das obrigações decorrentes de contrato de crédito ou lhes transmita factos que indiciem a degradação da sua capacidade financeira. No mesmo sentido, o art. 8.º do DL n.º 227/2012 veda às instituições de crédito a cobrança de comissões pela renegociação das condições do contrato de crédito, designadamente no que respeita à análise e à formalização dessa operação (aqui não se incluem as despesas com pagamentos a conservatórias, cartórios notariais ou encargos de natureza fiscal), assim como proíbe aquelas de procederem ao agravamento da taxa de juro do contrato no âmbito de acordos celebrados com os clientes bancários que visem a prevenção ou a regularização de situações de incumprimento – tudo cf. art. 8.º, n.ºs 1 a 3.

mente atinente ao PERSI, que reveste particular interesse para o objeto deste trabalho e se mostra, indiscutivelmente, como a mais abundante.

Assim, uma primeira controvérsia que tem vindo a ser discutida na nossa jurisprudência prende-se com o alcance da noção operatória de “cliente bancário” adotada para efeitos do DL n.º 227/2012, a qual se reveste de suma importância para definir o âmbito de aplicação do diploma. Como decorre do próêmio do n.º 1 do art. 2.º, o regime do texto legal em análise aplica-se ao conjunto de contratos de crédito elencados nas als. a) a e), desde que “celebrados com clientes bancários”. Ora, de acordo com a definição ínsita na al. a) do art. 3.º, por cliente bancário deve entender-se “o consumidor, na aceção dada pelo n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que intervenha como mutuário em contrato de crédito” [sublinhado nosso], assim se operando uma remissão expressa para a noção de “consumidor” oferecida pela Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, a qual, por facilidade expositiva, aqui se reproduz: “[c]onsidera-se consumidor *todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*” [itálico nosso].

Com este pano de fundo e sem mais, tem afirmado a jurisprudência maioritária dos tribunais superiores pátrios, de forma precipitada, que, desta forma, o legislador “(...) adotou um *sentido restrito [de] «consumidor», definido este como qualquer pessoa singular que não destine o bem ou serviço adquirido a um uso profissional ou um profissional (pessoa singular), desde que não atuando no âmbito da sua atividade e desde que adquira bens ou serviços para uso pessoal ou*

familiar”<sup>73</sup> [itálicos nossos]. Com o devido respeito, esta orientação jurisprudencial ignora a substancial diferença existente entre a noção de *consumidor plasmada na LDC, que não sofreu alteração desde a sua versão primitiva*, e aquela vertida na 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<sup>74</sup>, uma diretiva de harmonização mínima (art. 8.º, n.º 2) que foi transposta para a ordem jurídica interna pelo DL n.º 67/2003, de 8 de abril<sup>75</sup>, pois, enquanto o diploma nacional caracteriza o consumidor, quanto ao seu elemento subjetivo<sup>76</sup>, como “todo aquele”, sem destringir entre pessoas singulares e pessoas coletivas<sup>77</sup>, já aquele instrumento de direito

.....  
<sup>73</sup> Assim, o Ac. do TRL de 12.10.2017, proferido no Proc. n.º 6776-15.3T8ALM. L1-8, Relatora: Isoleta Almeida Costa. No mesmo sentido, o Ac. do TRL de 09.10.2018, proferido no Proc. n.º 5070/16.7T8ALM-C.L1-7, Relatora: Maria da Conceição Saavedra e o Ac. do TRE de 15.04.2021, proferido no Proc. n.º 992/19.6T8PTG-A.E1, Relatora: Conceição Ferreira.

<sup>74</sup> Entretanto revogada pela 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, com efeitos a partir de 01.01.2022, cf. art. 23.º desta Diretiva (UE) 2019/771.

<sup>75</sup> Entretanto revogado pelo DL n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, cf. art. 54.º, al. b) deste DL n.º 84/2021.

<sup>76</sup> O conceito técnico-jurídico de consumidor é habitualmente estruturado com referência a quatro elementos – *subjetivo, objetivo, teleológico e relacional* –, que, aqui, *brevitatis causa*, não se desenvolvem, remetendo-se para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 29-36.

<sup>77</sup> Neste sentido, estendendo a noção de consumidor a (certas) pessoas coletivas, vide, na doutrina, PAULO DUARTE, “O conceito de consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, BFDUC, Vol. LXXV, 1999, pp. 663-665 e PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo. A Diretiva 1999/44/CE e o direito português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 2, 2000, p. 214, nota de rodapé 45. E na jurisprudência, admitindo a mesma extensão, o Ac. do TRL de 23.02.2021, proferido no Proc. n.º 11791/19.5T8LSB-A.L1-7, Relatora: Ana Rodrigues da Silva. Sobre a definição de consumidor de contratos bancários, vide ANTÓNIO

derivado ou secundário da UE, na al. a) do n.º 2 do seu art. 1.º, circunscreve a referência à mesma figura a “qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional” [itálico nosso]<sup>78</sup>.

Posto isto, aplicando os cânones da hermenêutica jurídica consagrados no art. 9.º do CC, embora devamos tomar como ponto de partida e limite a apreensão literal do texto da lei, não podemos descurar a interligação e valoração devidas com a unidade do sistema jurídico (*elemento sistemático*), as circunstâncias em que a lei sob exegese foi elaborada (*elemento histórico*) e as condições específicas do tempo em que é aplicada, e, ainda, o fim visado pelo legislador com a sua edição (*elemento teleológico*). Daí que, embora conservando, *in totum*, a leitura acima levada a cabo acerca da norma do n.º 1 do art. 2.º da LDC – a qual não é arredada, a nosso ver, por apelo ao princípio da interpretação conforme ao Direito da UE –, em coerência com aquela que é a noção de consumidor, em sentido estrito, inequivocamente adotada no DL n.º 133/2009 [art. 4.º, n.º 1, al. a)]<sup>79</sup> e no DL

PINTO MONTEIRO, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor”, *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Vol. LVII, Tomo 2 (2014), pp. 2316-2322.

<sup>78</sup> O que, reconheça-se, é assinalado no já mencionado Ac. do TRL de 12.10.2017, proferido no Proc. n.º 6776-15.3T8ALM.L1-8, Relatora: Isoleta Almeida Costa, mas de forma aparentemente inconsequente. Acresce que, de forma equívoca e confusa, afirma-se no mesmo acórdão que «[e]sta noção de consumidor [do “artigo 2º da lei 67/2003 de 8 de abril”, segundo o aresto em referência] foi introduzida com as alterações levadas a cabo pelo Decreto-Lei 84/2008 de 21 de maio, já que antes era feita por remissão para a LDC». Ora, na realidade, a noção de consumidor não se encontra consignada no “artigo 2º da lei 67/2003 de 8 de abril” – encontrando-se, em bom rigor, expressa no art. 2.º da LDC (diploma para o qual continua a operar a remissão consentida pela al. a) do art. 3.º do DL n.º 227/2012) –, nem foi alterada, de maneira alguma, pelo DL n.º 84/2008, de 21 de maio (que modificou os arts. 1.º, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º e 12.º do DL n.º 67/2003).

<sup>79</sup> E já, antes, no revogado DL n.º 359/91, cuja al. b) do n.º 1 do art. 2.º rezava assim: “(Consumidor), a pessoa singular que, nos negócios jurídicos

n.º 74-A/2017 [art. 4.º, n.º 1, al. d)] – diplomas cujos âmbitos objetivos de aplicação definem também, em larga medida, o alcance material do DL n.º 227/2012 [art. 2.º, n.º 1, als. a) e c)] –, e atendendo ao facto de a criação dos procedimentos extrajudiciais de gestão e regularização de situações (de risco) de incumprimento se inserir no domínio da “política mais geral de defesa do consumidor, visando também fazer face às assimetrias informativas entre a instituição bancária e as famílias que recorrem ao crédito”<sup>80</sup>, com vista à consecução do escopo último de redução dos níveis de endividamento dos agregados familiares, somos partidários de uma redução teleológica da norma contida na al. a) do art. 3.º, de modo a excluir as pessoas jurídicas do universo de sujeitos abarcados pela figura do “cliente bancário”<sup>81-82</sup>.

.....  
abrangidos pelo presente diploma, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional” [itálico nosso]. Note-se que a al. d) do n.º 1 do art. 2.º do DL n.º 227/2002 inclui no âmbito objetivo de aplicação do texto legal ora sob escrutínio os “[c]ontratos de crédito ao consumo celebrados ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro, na sua redação atual”.

<sup>80</sup> Ac. do STJ de 16.11.2021, proferido no Proc. n.º 21827/17.9T8SNT-A.L1.L1.S1, Relatora: Maria Clara Sottomayor.

<sup>81</sup> Neste sentido, concorrem os n.ºs 2 e 3 do art. 5.º do Aviso do BdP n.º 7/2021, nos termos dos quais “[a]s instituições e, se for o caso, os prestadores de serviços de gestão do incumprimento, devem abster-se de efetuar contactos desleais, excessivos ou desproporcionados com os clientes bancários em risco de incumprimento ou em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito” (n.º 2), sendo que “consideram-se desleais, excessivos ou desproporcionados, entre outros, os contactos, presenciais ou realizados através de qualquer meio de comunicação à distância, que: a) Transmitam ao cliente bancário informação errada, pouco rigorosa ou enganosa; b) Não identifiquem com precisão a instituição ou o prestador de serviços de gestão do incumprimento ou não indiquem os respetivos elementos de contacto; c) Tenham teor agressivo ou intimidatório; d) Ocorram no horário compreendido entre as 22 e as 9 horas do fuso horário do cliente bancário, salvo acordo prévio e expresso do mesmo; e) Sejam dirigidos a endereço, número telefónico ou outro elemento de contacto que não tenha sido disponibilizado pelo cliente bancário à instituição, salvo quando o elemento de contacto relativo ao cliente bancário esteja acessível ao público” (n.º 3). O regime acabado de descrever deve ser lido em conjugação

Assumindo este entendimento, dele devem extrair-se consequências a respeito do regime consagrado no art. 21.º, pensado para os contratos de crédito garantidos por *fiança*. Em face de um contrato em que o cumprimento das obri-

.....  
com o regime do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, exercício que é desenvolvido em SANDRA PASSINHAS, "Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor", in *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 109-115. E quanto à noção relevante, para efeitos do DL n.º 227/2012, de "instituição de crédito", a al. e) do art. 3.º define este sujeito das relações creditícias como qualquer entidade habilitada a efetuar operações de crédito em Portugal, nos termos do RGICSF [cf. arts. 1.º-A, 3.º e 4.º, n.º 1, al. b)]. Como tal, como se concluiu no Ac. do TRL de 29.09.2020, proferido no Proc. n.º 1827/18.2T8ALM-B.L1-7, Relatora: Micaela da Silva Sousa, o diploma ora em apreço não é aplicável às sociedades de titularização de créditos, reguladas pelo DL n.º 453/99, de 5 de novembro, sucessivamente alterado e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 25/2020, de 7 de julho.

<sup>82</sup> Em jeito de crítica, PAULO CÂMARA, "Crédito bancário e prevenção do risco de incumprimento: uma avaliação crítica do novo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)", in CATARINA SERRA (coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 322, refere que "[i]mpressiona, apesar de tudo, o dilatado âmbito de aplicação deste procedimento [o PERSI]. Quedam-se indistintamente cobertos por este diploma [DL n.º 227/2012] clientes com diferentes níveis de literacia financeira e com dissemelhante capacidade financeira. As bitolas gerais de proporcionalidade e de adequação, se bem que possam operar com base nos princípios gerais do sistema jurídico, estão ausentes dos enunciados dos novos diplomas (...)", para concluir que o legislador retomou uma "abordagem monolítica e muito fixada na lógica, há muito superada, de *one size fits all*". E acrescenta, logo em seguida, o mesmo autor: "[a]lém disso, a lei não cuida de esclarecer os termos da sua possível aplicação em relação aos créditos com finalidade mista – profissional e não profissional. A esse propósito, cabe distinguir. Se, de acordo com o quadro contratual, for possível isolar uma tranche do crédito com finalidade exclusivamente não profissional, esta (e apenas esta) ficará submetida ao regime fixado no DL n.º 227/2012. Caso contrário, será adequado utilizar o critério doutrinário da finalidade predominante, e fazer aplicar o PERSI apenas se o principal escopo do crédito não for de cariz profissional".



gações do devedor/mutuário se encontre assegurado por aquela garantia pessoal fidejussória, “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” (n.º 1) e, caso proceda à devida interpelação do garante para satisfazer as prestações debitórias em falta emergentes do contrato de crédito, está obrigada a iniciar PERSI (autónimo em relação ao desenvolvido com o cliente bancário) com esse fiador sempre que este, devidamente informado nesse sentido, o solicite através de comunicação em suporte duradouro, no prazo máximo de 10 dias após a referida interpelação (n.ºs 2, 3 e 4, 1.ª parte), caso em que será devida obediência, daí em diante, ao disposto pelo n.º 4 do artigo 14.º e pelos artigos 15.º a 20.º, com as devidas adaptações (n.º 4, 2.ª parte).

Sem embargo, à semelhança daquela que julgamos ser a melhor compreensão a oferecer à regra do n.º 10 do art. 15.º do DL n.º 84/2021 (correspondente ao pretérito n.º 6 do art. 4.º do DL n.º 67/2003) – exigindo-se que o “terceiro adquirente” do bem preenchesse, também ele, os elementos cumulativos de que depende o preenchimento da noção de “consumidor”, caso estivesse no lugar do adquirente, pois só reunidos tais requisitos se justifica a extensão subjetiva da eficácia do regime especial da compra e venda de bens de consumo –, também para efeitos da aplicação do regime do art. 21.º cremos ser de exigir que o fiador pudesse ser qualificado como “cliente bancário”, o que implica, nomeadamente, que se trate de uma pessoa singular e tenha prestado fiança fora da sua atividade profissional ou empresarial. Ademais, com arrimo na jurisprudência que vem discutindo esta questão, concluímos que “o fiador pode e deve ser integrado no PERSI desde que o afiançado também tenha condições para

ser *integrado*<sup>83</sup> [sublinhado nosso], de acordo com o acima exposto, e, neste encaço, secundando o entendimento já externado pela autoridade reguladora responsável pela supervisão comportamental das instituições de crédito em *paper* intitulado “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”<sup>84</sup>, somos da opinião que o art. 21.º “não é aplicável aos avalistas (...)”, pois “(...) o Regime Geral [*rectius*, o regime que estabelece o PERSI] 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”<sup>85</sup>.

Outra questão abundantemente suscitada perante os nossos tribunais superiores prende-se com as consequências jurídicas da omissão de PERSI, quando reunidos os requisitos para a sua implementação, nomeadamente naquelas hipóteses em que a instituição de crédito, ainda que fora do contexto de PERSI, haja formulado e dirigido propostas de regularização da situação de incumprimento ao cliente bancário. Deve concluir-se pela verificação, na ação declarativa ou executiva instaurada pela instituição de crédito (ali, autora ou exequente), de exceção dilatória inominada que determina a absolvição do consumidor (ali, réu ou executado) da instância ou pela procedência da (contra)-exceção de abu-

<sup>83</sup> Ac. do TRE de 15.04.2021, proferido no Proc. n.º 992/19.6T8PTG-A.E1, Relatora: Conceição Ferreira.

<sup>84</sup> Publicado no sítio oficial na *internet* do BdP em 10.01.2013 e disponível para consulta em <https://cliente bancario.bportugal.pt/SiteCollectionDocuments/BancoPortugalEntendimentosRegimeIncumprimento.pdf>.

<sup>85</sup> Como enfatizado no Ac. do TRL de 09.10.2018, proferido no Proc. n.º 5070/16.7T8ALM-C.L1-7, Relatora: Maria da Conceição Saavedra, mas também no Ac. do TRE de 15.04.2021, proferido no Proc. n.º 992/19.6T8PTG-A.E1, Relatora: Conceição Ferreira e no Ac. do TRL de 12.05.2022, proferido no Proc. n.º 1724/21.4T8PDL-A.L1-2, Relator: Sousa Pinto.

so do direito, por exercício de posição jurídica ativa de modo manifestamente excedente ao princípio da boa-fé (art. 334.º do CC)?

Preceitua o art. 13.º que “[n]o prazo máximo de 15 dias após o vencimento da obrigação em mora, a instituição de crédito informa o cliente bancário do atraso no cumprimento e dos montantes em dívida e, bem assim, desenvolve diligências no sentido de apurar as razões subjacentes ao incumprimento registado” – devendo, para tanto, como vimos, contar com a colaboração do devedor/mutuário (art. 4.º, n.º 2) –, e acrescenta o art. 14.º que o consumidor é *obrigatoriamente integrado* em PERSI, desde que se verifique uma das três situações que a seguir se discriminam: (i) manutenção do incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito, entre o 31.º e o 60.º dia subsequentes à data de vencimento da obrigação em causa – art. 14.º, n.º 1; (ii) solicitação, por parte do cliente bancário em mora, da sua integração no PERSI, devendo a instituição de crédito assegurar que essa integração ocorre na data em que recebe a referida comunicação – art. 14.º, n.º 2, al. a); e (iii) constituição em mora por parte do cliente bancário que antecipadamente alertou para o risco de incumprimento das obrigações decorrentes do contrato de crédito, devendo a instituição de crédito assegurar que a integração desse cliente no PERSI ocorre na data do referido incumprimento – art. 14.º, n.º 2, al. b)<sup>86</sup>.

.....

<sup>86</sup> Segue-se, aqui, de perto, a enunciação das três situações constante do Ac. do TRL de 12.10.2021, proferido no Proc. n.º 4270/21.2T8SNT-B.L1-1, Relatora: Renata Linhares de Castro, e do Ac. do TRE de 25.11.2021, proferido no Proc. n.º 17026/20.0T8PRT.E1, Relatora: Maria Adelaide Domingos. Quando, na pendência do PERSI, o cliente bancário entre em mora relativamente ao cumprimento de obrigações decorrentes de outros contratos de crédito celebrados com o mesmo credor/mutuante, a instituição de crédito deve procurar obter a regularização do incumprimento no âmbito de um único procedimento, informando o cliente bancário desse facto, no prazo máximo de cinco dias após a sua ocorrência, através de comunicação em suporte duradouro (art. 14.º, n.º 3).

Cumprida, desta forma, a fase inicial do PERSI, nos termos do art. 15.º, segue-se uma fase de avaliação e proposta, no âmbito da qual a instituição mutuante procura aquilatar se o incumprimento do consumidor mutuário se deve a circunstâncias pontuais e temporárias ou, ao invés, é revelador da incapacidade do cliente bancário para cumprir, de forma continuada, com as suas obrigações contratuais (n.º 1) – avaliação da capacidade financeira<sup>87</sup> cujo resultado deve ser o corolário da participação constitutiva do devedor/mutuário, com a prestação, por este, no prazo de 10 dias, das informações e dos documentos estritamente necessários e adequados solicitados pela instituição, salvo “motivo atendível” que legitime a não colaboração (n.ºs 2 e 3)<sup>88</sup> –, comunicando-lhe,

<sup>87</sup> De acordo com o n.º 1 do art. 6.º do Aviso do BdP n.º 7/2021, “[...] as instituições devem, entre outros elementos que entendam relevantes, ter em consideração os seguintes fatores: a) Idade, situação familiar e profissional do cliente bancário; b) Rendimentos auferidos pelo cliente bancário, nomeadamente a título de salário, remuneração pela prestação de serviços ou prestações sociais; c) Encargos do cliente bancário, nomeadamente com obrigações decorrentes de contratos de crédito, incluindo os celebrados com outras instituições; d) Incumprimento pelo cliente bancário de contratos de crédito celebrados com outras instituições. Acrescenta o n.º 3 do mesmo artigo e instrumento emanado do poder regulamentar do BdP que “[p]ara além das informações obtidas junto do cliente bancário [nos termos do n.º 2], as instituições podem procurar obter outras informações necessárias e adequadas à avaliação da capacidade financeira do cliente bancário, designadamente através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação, nos termos previstos na legislação em vigor [DL n.º 204/2008, de 14 de outubro, que aprova o regime jurídico relativo à Central de Responsabilidades de Crédito (CRC)], ou através da consulta de outras bases de dados, internas ou externas, consideradas úteis para o efeito”.

<sup>88</sup> Nos termos do art. 6.º, n.º 2 do Aviso do BdP n.º 7/2021, “[q]uando tal seja estritamente necessário e adequado à avaliação da capacidade financeira do cliente bancário, as instituições podem solicitar a comprovação das informações prestadas, designadamente através da entrega dos seguintes documentos: a) Última certidão de liquidação do imposto sobre o rendimento de pessoas singulares disponível; b) Cópia de documentos comprovativos dos rendimentos auferidos pelo cliente bancário, nomeadamente a título de salário, remuneração pela prestação de serviços ou prestações sociais; c) Declaração escrita do cliente bancário, atestando a veracidade, completu-

posteriormente, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, o resultado dessa indagação e, caso tenha apurado que o cliente bancário dispõe de capacidade financeira para, em termos exequíveis, reembolsar o capital ou pagar os juros vencidos e vincendos do contrato de crédito através, designadamente, da renegociação das condições do contrato ou da sua consolidação com outros contratos de crédito, apresentando-lhe uma ou mais propostas de regularização adequadas à sua situação financeira, objetivos e necessidades (n.ºs 4 e 5).

Finalmente, de acordo com o art. 16.º, caso o cliente bancário decida recusar as propostas formuladas ou proponha alterações à proposta inicial, a instituição de crédito apresenta uma nova proposta (quando considere que existem alternativas adequadas à situação financeira do cliente) – a qual deve merecer pronúncia do consumidor no prazo máximo de 15 dias após a sua receção – ou aceita/recusa a contraproposta, respetivamente, podendo, ainda, nesta última hipótese de recusa da proposta modificada dirigida pelo devedor/mutuário, apresentar uma contraproposta ou uma nova proposta ao consumidor (também estas sujeitas a um prazo-limite de resposta de 15 dias, contados desde a data

.....  
de e atualidade das informações prestadas". Sem embargo, num caso em que a instituição de crédito alegou que "(...) atuou sempre de acordo com os procedimentos do PERSI, solicitando a documentação necessária, não tendo sido possível celebrar acordo por facto imputável aos embargantes", o TRL concluiu – e bem –, em face da factualidade julgada provada e não provada, que «(...) a referida comunicação, ainda que tenha chegado ao conhecimento de ambos os embargantes, não descreve o fundamento legal para a extinção anunciada nem refere as razões pelas quais a instituição de crédito considera inviável a manutenção do PERSI, em conformidade com o disposto no n.º 3 do art. 17, limitando-se a mencionar, sem mais justificação a tal propósito, "por outro motivo". Ou seja, a exequente não apresentou a qualquer dos embargantes, como lhe estava legalmente imposto (n.º 3 do art. 17), fundamento para a extinção do procedimento, pelo que a comunicação de extinção realizada nesses termos terá de considerar-se como inexistente ou inválida" – cf. Ac. do TRL de 13.10.2020, proferido no Proc. n.º 15367/17.3T8SNT-A.L1-7, Relatora: Maria da Conceição Saavedra.

do seu recebimento), se tal se lhe afigurar viável e apropriado (n.ºs 1 a 3)<sup>89</sup>.

Isto posto, a integração formal em PERSI, além de proporcionar um palco privilegiado para a composição amigável e não jurisdicional do conflito gerado pelo incumprimento do cliente bancário, em que a instituição de crédito se encontra onerada com intensos deveres de informação, esclarecimento e proteção do consumidor, encerra, no plano substancial, uma vantagem fundamental para a tutela da posição e para o incremento da força negocial conjuntural do contraente remisso da relação creditícia, então colocado numa posição ainda mais fragilizada. Afinal, no período compreendido entre a data de integração do cliente bancário no PERSI (art. 14.º) e a extinção deste procedimento (art. 17.º), vale a norma proibitiva do n.º 1 do art. 18.º, segundo a qual a instituição de crédito está temporariamente impedida de: a) Resolver o contrato de crédito com fundamento em incumprimento; b) Intentar ações judiciais tendo em vista a satisfação do seu crédito; c) Ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito; ou d) Transmitir a terceiro a sua posição contratual.

Por via disto, a eventual procedência de exceção perentória inominada de abuso de direito na invocação, pelo devedor/mutuário, das normas integrantes do regime jurídico do PERSI, quando a integração no procedimento extrajudi-

.....

<sup>89</sup> PAULO CÂMARA, "Crédito bancário e prevenção do risco de incumprimento: uma avaliação crítica do novo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)", in CATARINA SERRA (coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 329, mostra-se profundamente crítico da "procedimentalização à outrance" que "constitui a pedra de toque" da disciplina do PERSI, a qual, de acordo com o autor, "desemboca numa padronização excessiva, favorecendo comunicações mecânicas, numa lógica de *box-ficking*". Acrescenta, ainda, que "(...) a necessidade de respeitar prazos impostos por lei comprime consideravelmente a margem de gestão no relacionamento com os clientes e na adaptação às circunstâncias de cada caso", além de constituir, previsivelmente, "fonte de risco operacional e fonte suplementar de litigância".

cial, sendo legalmente devida, foi omitida pelo credor/mutuante, deve ser equacionada com especial prudência e ponderação pelo julgador, não apenas por estar em causa um “instrumento de correcção com uma vocação subsidiária e fragmentária, que só deve ser utilizado como uma última *ratio* e para situações de flagrante excesso no exercício de um direito subjectivo”, pelo que «a sua utilização frugal e corrente, redundaria num indesejável “abuso do abuso do direito”»<sup>90</sup>, mas sobretudo por toda a malha normativa que disciplina o PERSI assentar em *normas imperativas*, que estabelecem uma “*ordem pública de protecção*” do cliente bancário em situação de mora no cumprimento<sup>91</sup>, donde a omissão de integração em PERSI não pode deixar de ser encarada, *prima facie*, como uma forma de inviabilização do acesso a um instrumento legal apto a otimizar a probabilidade de obtenção de acordo de regularização daquele incumprimento, “o que, para além de ser do interesse das partes, é de interesse público, por afastar dos Tribunais situações que o legislador entendeu não deverem chegar, sem mais, àquela tutela”<sup>92</sup>.

.....  
<sup>90</sup> Ac. do TRP de 27.06.2018, proferido no Proc. n.º 8/17.7T8GDM.P1, Relator: Joaquim Correia Gomes, na senda de outras referências jurisprudenciais do STJ nele mencionadas.

<sup>91</sup> Ac. do TRC de 07.11.2017, proferido no Proc. n.º 29358/16.8YIPRT.C1, Relator: Vítor Amaral.

<sup>92</sup> Ac. do TRP de 04.05.2022, proferido no Proc. n.º 3751/20.0T8MAI.P1, Relatora: Eugénia Cunha. Caso o PERSI não termine com um acordo que permita regularizar a situação de incumprimento, o cliente bancário pode, ainda, no prazo de cinco dias a contar da comunicação prevista no n.º 3 do art. 17.º, solicitar a intervenção do Mediador do Crédito que funciona junto do BdP – cujo regime se encontra previsto no DL n.º 144/2009, de 17 de junho – e até conservar as garantias previstas no art. 18.º durante os 30 dias subsequentes ao envio do processo de mediação às instituições de crédito identificadas pelo cliente bancário no pedido de mediação, desde que verificados os pressupostos cumulativos previstos no n.º 1 do art. 22.º, a saber: a) o PERSI tenha sido extinto com fundamento em algum dos motivos previstos na al. c) do n.º 1 do art. 17.º (no 91.º dia subsequente à data de integração do cliente bancário neste procedimento) ou nas als. c), f) e g) do n.º 2 do mesmo preceito; b) o PERSI tenha tido por objeto o incumprimento de obri-

Por conseguinte, a putativa equação da aplicação do instituto do abuso do direito, por via de invocação, em juízo, pela instituição de crédito ou mesmo *ex officio*, deve pressupor a informação ao cliente da mora no cumprimento e dos montantes em dívida e a realização de diligências tendentes ao apuramento dos motivos do retardamento verificado, seguidas da comprovada iniciação e desenvolvimento de período de estabelecimento de negociações por parte do credor/mutuante, com apresentação, por este, de *propostas objetivamente razoáveis* para regularização da situação de incumprimento, em função de prévia avaliação da capacidade financeira do cliente bancário, e concessão, a este último, de prazo adequado para reflexão e posterior resposta (aceitação/recusa ou formulação de contraproposta). Só assim se materializa um *envolvimento e empenhamento sério* da instituição creditícia na procura de uma solução consensual<sup>93</sup>, a ponto de se poder afirmar que, substancialmente,

.....

gações decorrentes de um contrato de crédito referido na al. a) do n.º 1 do art. 2.º (contratos de crédito relativos a imóveis abrangidos pelo DL n.º 74-A/2017); e c) o cliente bancário intervenha como mutuário em contratos de crédito celebrados com mais do que uma instituição de crédito. Para mais desenvolvimentos sobre a figura do Mediador do Crédito, *vide* PAULO CÂMARA, “Crédito bancário e prevenção do risco de incumprimento: uma avaliação crítica do novo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)”, in CATARINA SERRA (coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 316-318.

<sup>93</sup> Neste sentido, concorrem as soluções conjugadas da al. c) do n.º 1 do art. 17.º, ao determinar que “[o] PERSI extingue-se [n]o 91.º dia subsequente à data de integração do cliente bancário neste procedimento, salvo se as partes acordarem, por escrito, na respetiva prorrogação”, e do n.º 3 do mesmo artigo, ao preceituar que “[a] instituição de crédito informa o cliente bancário, através de comunicação em suporte duradouro, da extinção do PERSI, descrevendo o fundamento legal para essa extinção e as *razões pelas quais considera inviável a manutenção deste procedimento*” [itálico nosso]. O legislador, ao exigir que, mesmo em relação à factispécies prevista na al. c) do n.º 1 do art. 17.º (cuja verificação depende, somente, do decurso do tempo), a instituição de crédito tenha de informar o devedor/mutuário das “razões pelas quais considera inviável a manutenção” do PERSI, transmite claramente a ideia de que se opõe à iniciação de um procedimento que



não resultaram prejudicados quaisquer direitos ou expectativas legítimas do consumidor. Reputando-se os requisitos que se acabam de discriminar como *necessários*, não são, porém, *suficientes* para a procedência da exceção de abuso do direito. Porque, como se enfatiza no Ac. do TRP de 04.05.2022, proferido no Proc. n.º 3751/20.0T8MAI.P1, Relatora: Eugénia Cunha, o regime do DL n.º 227/2012 não estatui qualquer limite quantitativo para a aplicação de PERSI em relação a certo

.....

redunde no mero cumprimento de um “pró-forma”. De igual modo, o art. 9.º, dl. a) do Aviso do BdP n.º 7/2021 estabelece que “[a] comunicação pela qual a instituição informa o cliente bancário da extinção do PERSI deve conter, em termos claros, rigorosos e facilmente legíveis, os seguintes elementos: a) *Descrição dos factos que determinam a extinção do PERSI ou que justificam a decisão da instituição de pôr termo ao referido procedimento*, com indicação do respetivo fundamento legal (...)” [itálico e sublinhado nossos]. Como bem se conclui no Ac. do TRE de 25.11.2021, proferido no Proc. n.º 17026/20.0T8PRT.E1, Relatora: Maria Adelaide Domingos, “[s]e a justificação, explícita ou implícita, da inviabilidade do procedimento passasse apenas pelo decurso do tempo, de pouco ou nada servia o diploma em causa. Bastava que nada fosse feito, bastando a comunicação formal da inclusão do devedor no âmbito do PERSI e a comunicação da extinção do mesmo decorrido o prazo previsto na lei. Corresponderia, assim, a *uma espécie de moratória* e não a um procedimento ativo a cargo das entidades bancárias com as finalidades que o legislador gizou para tal instituto”. No mesmo sentido, o Ac. do TRE de 07.04.2022, proferido no Proc. n.º 364/21.2T8ENT.E1, Relatora: Maria João Sousa e Faro, a propósito de uma comunicação da instituição de crédito ao consumidor, em que a primeira transmitiu ao segundo que “[e]m conformidade com o estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 227/2012 de 25 de outubro, informamos que em virtude de EXPIRAÇÃO foi extinto o seu enquadramento no Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)” [sublinhado nosso]. Concorrendo para o mesmo entendimento, o Ac. do STJ de 16.12.2020, proferido no Proc. n.º 2282/15.4T8ALM-A.L1.S1, Relatora: Catarina Serra, onde se pode ler o seguinte: “Como instrumento para a prevenção de incumprimento no crédito bancário, o Procedimento Extrajudicial para Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI) não se basta com o cumprimento formal, pela instituição de crédito, do dever de integração do cliente bancário no procedimento, sendo-lhe exigida a observância de deveres específicos e a realização de diligências concretas”.

devedor/mutuário que manteve ou mantém uma ou mais relações contratuais com determinado credor/mutuante nem sequer para o recurso ao PERSI a respeito de específico contrato de crédito<sup>94</sup>, “pressupondo apenas a existência de um incumprimento quanto ao pagamento do crédito”, só será de admitir a verificação de abuso do direito pelo consumidor, por clamorosa violação dos limites da boa-fé, caso estejamos perante um “contínuo incumprimento” do mesmo contrato, i.e., sem que entre cada inadimplemento (ocorrido, quiçá, já na sequência de acordo(s) de regularização anteriormente alcançado(s)) exista “uma dilação temporal significativa”, de tal forma que se possa afirmar, com toda a probabilidade, a perenidade de um quadro financeiro impeditivo do cumprimento das obrigações emergentes do contrato e se revele inútil “uma nova apreciação” e a “ponderação de novas

.....

<sup>94</sup> Assim, o Ac. do STJ de 09.12.2021, proferido no Proc. n.º 4734/18.5T8MAI-A.P1.S1, Relator: Ferreira Lopes, nomeadamente nos segmentos frásicos que aqui se reproduzem: «E não procede porque o PERSI anterior foi extinto em Maio de 2013, a matéria de facto não revela incumprimentos posteriores àquela data até 27.03.2016, quando os Executados falharam o pagamento de uma prestação, incumprimento que repetiram em 27.08.2017. Não tem qualquer apoio, seja na letra seja no espírito que preside ao DL nº 272/2012, a interpretação que limita a um único PERSI o incumprimento pelo mutuário num contrato de mútuo em que se convencionou o reembolso do capital e juros em prestações mensais, em contratos em que o mutuário fica vinculado a reembolsar o empréstimo por períodos largos de tempo, que podem atingir as dezenas de anos, como sucede nos casos de empréstimos para a habitação. É que, como bem observou a Relação, “as circunstâncias subjacentes a cada umas daquelas faltas de pagamento podem ser diferentes, como diferentes podem ser as medidas que no âmbito do PERSI possam contribuir para a superação das dificuldades no cumprimento das responsabilidades assumidas pelos embargantes. A diversidade de situações justifica o desencadear de diferentes procedimentos”. A tutela dos interesses dos consumidores pode ocorrer em diversas situações. A limitar-se a intervenção do PERSI a uma única situação demora, podem ficar sem tutela situações que ocorram alguns anos após a extinção daquele PERSI e que em princípio justificariam a implementação de um PERSI (...)» – sublinhados nossos.

medidas para regularizar o incumprimento contratual [ora] verificado"<sup>95-96</sup>.

.....

<sup>95</sup> No mesmo sentido, vide o Ac. do TRL de 21.05.2020, proferido no Proc. n.º 5585/15.4T8FNC-A.L2-2, Relatora: Laurinda Gemas, onde se concluiu que “[n]ão configura abuso do direito a invocação pelos executados dessa exceção se, em face do factos provados, não se descortina nenhuma razão objetiva para que a exequente pudesse confiar que, caso instaurasse (como fez, em 01-10-2015) uma ação executiva contra os mesmos fundada no incumprimento, verificado a partir de 01-05-2015, dos contratos de mútuo (celebrados em 28-12-2012), eles se iriam abster de invocar na sede própria as garantias de que beneficiavam por força de lei imperativa, tão pouco se podendo considerar que estivessem manifestamente a exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Face ao exposto no corpo de texto, subscrevemos, integralmente, o que se fez consignar no sumário do Ac. do TRP de 04.05.2022, proferido no Proc. n.º 3751/20.0T8MAI.P1, Relatora: Eugénia Cunha: “(...) III – Destarte, se previamente a ação para cobrança de um concreto/específico crédito (**procedimento judicial**) não tiver havido integração em PERSI, com vista à obtenção de pagamento do mesmo (**prévio procedimento extrajudicial**), mesmo que anteriormente tenha havido um PERSI que tenha conduzido ao pagamento de importâncias anteriormente em dívida do mesmo ou de outro contrato, verifica-se tal exceção dilatatória conducente à absolvição da instância, o caso. IV – Após sujeição de um cliente bancário a PERSI (por incumprimento), **outra integração em PERSI pode ter lugar por um posterior incumprimento do contrato, surgindo, de novo, as razões que justificaram e impuseram o primeiro**. V – A arguição da referida exceção, com invocação, pelos devedores das normas jurídicas do regime jurídico do PERSI a seu favor, *não constitui abuso do direito*, antes o normal e **legítimo exercício de direitos** conferidos por lei em salvaguarda da parte mais fraca na relação contratual” [destacados do acórdão].

<sup>96</sup> Concluindo pela existência de abuso do direito do devedor/mutuário: Ac. do STJ de 09.02.2017, proferido no Proc. n.º 194/13.5TBCM-N-A.G1.S1, Relator: Fernanda Isabel Pereira, em cujo sumário se lê: “(...) III – Tendo a acção executiva sido intentada no ano de 2013 (depois da entrada em vigor do DL n.º 272/2012) e situando-se o incumprimento dos executados em 2011, o mencionado regime seria, em princípio, aplicável ao caso. IV – Porém, resultando da facticidade provada que em Maio de 2011, i.e., antes mesmo da entrada em vigor do referido diploma, a exequente havia iniciado um procedimento extrajudicial de regularização da situação de incumprimento dos executados, equiparado ao PERSI, que se prolongou até Março de 2013 e que só não se concretizou através de dação em cumprimento de um imóvel por facto imputável a estes últimos, não é de aplicar ao caso o regime previsto no DL n.º 272/2012, de 25-10, sob pena de a pretensão dos executados/oponentes configurar abuso de direito. V – A circunstância de os executados/oponentes não terem sido formalmente integrados no PERSI não lhes retirou direitos,

A não ser assim, forçoso será concluir no sentido da verificação de exceção dilatária atípica, insuprível e de conhecimento oficioso [podendo, como tal, ser arguida fora do articulado de contestação ou de oposição à execução mediante embargos do executado ou até em sede de recurso<sup>97</sup>, não se encontrando sujeita ao princípio da concentração da defesa e ao imanente efeito preclusivo – cf. arts. 573.º, n.ºs 1 e 2, 578.º, 590.º, n.º 1, 608.º, n.º 2, 663.º, n.º 2, 679.º, 726.º, n.º 2, al. b), 728.º, n.ºs 1 e 2 e 734.º, n.º 1, todos do CPC], por falta de pressuposto processual ou condição objetiva de procedibilidade de instauração da ação declarativa ou executiva por parte da instituição de crédito, que importará a absolvição

.....

nem lhes reduziu expectativas legítimas, posto que a acção executiva só foi instaurada depois de gorada a concretização da solução negociada por razões só àqueles imputáveis. VI – Em consequência, também não se verifica qualquer inconstitucionalidade fundada na violação da tutela da confiança ou na violação dos direitos à informação e à protecção dos consumidores, assumindo, antes a pretensão dos oponentes contornos de abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium* (art. 334.º do CC)”; Ac. do TRC de 11.02.2020, proferido no Proc. n.º 7576/18.4T8CBR-A.C1, Relator: Fonte Ramos, cujo sumário reza nos seguintes termos: «1. O objetivo prosseguido pelo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), previsto no DL 227/2012, de 25.10, é o de envolver as instituições de crédito na apresentação de propostas de regularização de situações de incumprimento adequadas à situação do consumidor/devedor. 2. Se a partir do incumprimento inicial (em 2009) e ao longo de anos, a instituição de crédito/exequente e o oponente/executado alcançaram acordos de regularização das situações de incumprimento, conseguindo, inclusive, no decurso da acção executiva dos autos principais, a regularização de, pelo menos, um dos (dois) contratos de mútuo celebrados entre as partes, não teria qualquer sentido integrar esta situação de incumprimento no PERSI. 3. Nessas circunstâncias, age com abuso do direito, na modalidade de “*venire contra factum proprium*”, o devedor/executado que na oposição à execução, vem acusar o facto de não ter sido (formalmente) integrado no PERSI (para concluir que a exequente estava impedida de intentar acção judicial para satisfação do seu crédito)».

<sup>97</sup> Ac. do TRL de 04.11.2021, proferido no Proc. n.º 5633/18.6 T8FNC- A.L1-6, Relatora: Teresa Pardal.

do consumidor da instância [cf. art. 278.º, n.º 1, al. e) do CP-C]<sup>98-99-100</sup>.

.....  
<sup>98</sup> Assim se concluiu no Ac. do TRE de 06.10.2016, proferido no Proc. n.º 4956/14.8T8ENT-A.E1, Relator: José Manuel Galo Tomé de Carvalho, no Ac. do TRE de 08.03.2018, proferido no Proc. n.º 2267/15.0T8ENT-A.E1, Relator: Conceição Ferreira, no Ac. do TRG de 29.10.2020, proferido no Proc. n.º 6/19.6T8G-MR-A.G1, Relatora: Raquel Baptista Tavares, no Ac. do TRC de 08.03.2022, proferido no Proc. n.º 824/20.2T8ANS.C1, Relator: José Avelino Gonçalves e no Ac. do TRP de 04.05.2022, proferido no Proc. n.º 3751/20.0T8MAI.P1, Relatora: Eugénia Cunha. No sentido de que “[a] instauração da execução, sem inobservância do PERSI, pode conduzir à sua extinção, devendo aquele procedimento ser tratado como uma condição objetiva de procedibilidade que é enquadrada, com as necessárias adaptações, no regime jurídico das exceções dilatórias, de conhecimento oficioso e insanável”, “porém, o tribunal só pode conhecer dessa exceção no despacho liminar ou, não o tendo feito, até ao primeiro ato de transmissão dos bens penhorados (art.º 734º, n.º 1, do Código de Processo Civil)”, o Ac. do TRP de 10.03.2022, proferido no Proc. n.º 8027/14.7T8PRT.P1, Relator: Filipe Carço. Naturalmente, como se refere no Ac. do TRE de 31.01.2019, proferido no Proc. n.º 832/17.0T8MMN-A.E1, Relator: Tomé de Carvalho, embora “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”, “[t]odavia, tal não obsta a que a entidade bancária venha a interpor nova acção executiva tendente à satisfação do seu crédito, uma vez cumpridas as exigências específicas contidas no diploma *sub judice*”.

<sup>99</sup> Por apelo a um argumento *a pari* ou de igualdade de razão, no Ac. do TRL de 12.10.2021, proferido no Proc. n.º 4270/21.2T8SNT-B.L1-1, Relatora: Renata Linhares de Castro, defendeu-se a extensão deste entendimento (para a acção na qual a instituição de crédito venha peticionar a declaração de insolvência do mutuário consumidor. Com efeito, representando o processo de insolvência a execução universal, também no mesmo se visa, em última escala, por efeito da liquidação do património do devedor, a satisfação dos credores (nestes se incluindo as instituições de crédito relativamente a clientes que se encontrem em situação de mora ou de incumprimento) – como se estatui no artigo 1.º, n.º 1, do CIRE, “O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”).

<sup>100</sup> A omissão de PERSI, quando obrigatório, pela instituição de crédito – assim como dos deveres de informação de que trataremos *infra* –, assume também relevância e ressonância jurídico-contrordenacional (art. 36.º), a qual não se confunde, antes acresce às implicações jurídico-processuais que

Uma outra questão controvertida de que importa curar, *hic et nunc*, contende com a compreensão que deve adotar-se acerca das exigências que impendem sobre a instituição de crédito para demonstrar o cumprimento dos deveres de informação previstos nos arts. 14.º, n.º 4, 15.º, n.º 4 e 17.º, n.º 3 e, neste seguimento, quais as consequências do eventual incumprimento de tais obrigações. Em causa estão as comunicações que o credor/mutuante se encontra adstrito a dirigir ao devedor/mutuário, em *suporte duradouro*, informando-o da sua integração em PERSI, do resultado da avaliação da capacidade financeira do cliente bancário e de putativas propostas de regularização da situação de atraso no cumprimento que repute de viáveis, e, ainda, da extinção do PERSI<sup>101-102</sup>.

.....

se podem colocar no momento da propositura de ação declarativa ou executiva. Por conseguinte, caso se conclua, em sede de processo judicial (ou para-judicial) pela prática de algum dos ilícitos de mera ordenação social previstos no n.º 1 do art. 36.º, deve o tribunal ordenar a extração de certidão da sentença para instauração do competente procedimento contraordenacional junto do BdP – neste sentido, o Ac. do TRE de 06.10.2016, proferido no Proc. n.º 4956/14.8T8ENT-A.E1, Relator: José Manuel Galo Tomé de Carvalho e o Ac. do TRE de 07.04.2022, proferido no Proc. n.º 364/21.2T8ENT.E1, Relatora: Maria João Sousa e Faro.

<sup>101</sup> Quanto aos elementos informativos que devem acompanhar as comunicações de integração e de extinção de PERSI, valem os arts. 8.º e 9.º do Aviso do BdP n.º 7/2021.

<sup>102</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 17.º, o PERSI extingue-se: a) Com o pagamento integral dos montantes em mora ou com a extinção, por qualquer outra causa legalmente prevista, da obrigação em causa; b) Com a obtenção de um acordo entre as partes com vista à regularização integral da situação de incumprimento; c) No 91.º dia subsequente à data de integração do cliente bancário neste procedimento, salvo se as partes acordarem, por escrito, na respetiva prorrogação; ou d) Com a declaração de insolvência do cliente bancário. Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que a instituição de crédito *pode*, por sua iniciativa, extinguir o PERSI sempre que: a) Seja realizada penhora ou decretado arresto a favor de terceiros sobre bens do devedor; b) Seja proferido despacho de nomeação de administrador judicial provisório, nos termos e para os efeitos do disposto na al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C do CIRE; c) A instituição de crédito conclua, em resultado da avaliação desenvolvida nos termos do art. 15.º, que o cliente bancário não dispõe

As três previsões normativas acabadas de destacar têm entre si um denominador comum: impõem a adoção de “suporte duradouro” para nele se fazer assentar o conteúdo de cada uma das comunicações. Ora, de acordo com a al. h) do art. 3.º, por “suporte duradouro” deve entender-se “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”, sendo, portanto, reconduzível à noção de documento prevista no art. 362.º, 2.ª parte do CC. Nesta medida, afigura-se-nos pacífico que, com o telos de oferecer cumprimento a esta formalidade ad probationem, pode a instituição de crédito remeter as comunicações por meio de carta, mensagem de correio eletrónico, SMS (*Short Message Service*), telecópia ou qualquer outro suporte, físico ou digital, suscetível de armazenamento no processo individual do cliente bancário (art. 20.º, n.º 1<sup>103</sup>)

.....

de capacidade financeira para regularizar a situação de incumprimento, designadamente pela existência de ações executivas ou processos de execução fiscal instaurados contra o cliente bancário que afetem comprovada e significativamente a sua capacidade financeira e tornem inexigível a manutenção do PERSI; d) O cliente bancário não colabore com a instituição de crédito, nomeadamente no que respeita à prestação de informações ou à disponibilização de documentos solicitados pela instituição de crédito ao abrigo do disposto no art. 15.º, nos prazos que aí se estabelecem, bem como na resposta atempada às propostas que lhe sejam apresentadas, nos termos definidos no artigo anterior; e) O cliente bancário pratique atos suscetíveis de pôr em causa os direitos ou as garantias da instituição de crédito; f) O cliente bancário recuse a proposta apresentada, sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo anterior; ou g) A instituição de crédito recuse as alterações sugeridas pelo cliente bancário a proposta anteriormente apresentada, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo anterior.

<sup>103</sup> Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que “[a]s instituições de crédito devem conservar os processos individuais durante os cinco anos subsequentes ao termo da adoção dos procedimentos do PERSI”, o que, contudo, não constitui fundamento legítimo para os credores/mutantes se exonerarem do cumprimento dos ónus de prova que sobre si impendem, nomeadamente em relação aos deveres de informação previstos nos arts. 14.º, n.º 4, 15.º, n.º 4 e 17.º, n.º 3. Neste sentido, de forma muito assertiva, o Ac. do TRE de

– atendendo ao que as partes hajam estipulado, a este propósito, no clausulado contratual –, sem que, para este estrito efeito, seja exigível fazer acompanhar o ato ilocutório de aviso de receção ou de aviso de leitura.

Sem prejuízo, o aspeto de que nos acabámos de ocupar não se confunde – não deve confundir-se – com um outro, de

.....

27.01.2022, proferido no Proc. n.º 1373/13.0TBBNV.E1, Relator: Canelas Brás, nos seguintes termos: "(...) mesmo condescendo que em 2021 já teriam decorrido os cinco anos em que o Banco deveria guardar esses elementos – pois que o termo inicial desse prazo é quando se notifica o devedor de que o procedimento chega ao fim conforme ao artigo 17.º, n.º 4, do diploma que se vem citando ("A extinção do PERSI só produz efeitos após a comunicação referida no número anterior"), e a efectivação dessa comunicação não está feita nos autos, assim não permitindo saber se esses cinco anos estão efectivamente transcorridos para que o Banco se pudesse, então, permitir eliminar essa documentação –, mesmo admitindo que decorreram esses cinco anos, dizíamos, fica a perplexidade sobre a bondade ou responsabilidade dessa eliminação, tanto mais sabendo o Banco que esse era um procedimento obrigatório para recorrer aos Tribunais a exigir coercivamente os créditos em incumprimento e que tal prova lhe poderia ser solicitada, para além de que não lembraria a ninguém (e se o Apelante tem esse procedimento como regra deverá modificá-lo no futuro, para evitar constrangimentos iguais aos que está a ter no caso vertente) justamente destruir documentos enquanto decorrem os trâmites judiciais da execução desses créditos e no tempo (cinco, dez ou mais anos) que demorará a vir a recuperá-los". E mais à frente: "(...) no momento em que a instituição de crédito opta, então, por recorrer ao Tribunal, tem, concomitantemente, de fazer a prova de ter cumprido as formalidades de PERSI, porque isso é condição de procedibilidade, para poder dirigir-se ao Tribunal a exigir o cumprimento coercivo daqueles seus créditos. Esse é um ónus que lhe cabe, não ficando na dependência de qualquer notificação do Tribunal nesse sentido, *rectius*, resulta da própria lei, não decorre da maior ou menor atenção do Tribunal em fazê-lo cumprir. E, aí, não é relevante que guarde ou deixe de guardar a documentação por cinco anos. Tem que a apresentar juntamente com a demais para iniciar a acção. Que é o que, *in casu*, o Banco exequente deveria ter feito e não fez, pelo que o Tribunal lhe exigiu apenas aquilo que ele deveria ter apresentado logo no início da execução. E daí a referida completa irrelevância de já terem decorrido (ou poderem ter decorrido) os tais cinco anos: simplesmente, era para ter junto a documentação do PERSI logo no início da execução; como a não apresentou, foi notificado posteriormente para o vir a fazer. Se, entretanto, a não preservou, *sibi imputet* [abreviando a velha máxima latina *sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit* (que se culpe a si mesmo se não fez o que poderia prever e evitar), in *Codex Iustiniani.*]".



natureza e alcance diversos, qual seja o da prova do envio e da receção das declarações emitidas pelo credor/mutuan-te, do qual depende a sua eficácia (art. 224.º do CC). Neste particular, no âmbito de processo declarativo ou executivo tendente à satisfação dos créditos em falta, a fim de observar o ónus de prova que sobre si impende (art. 342.º, n.ºs 1 e 3 do CC), salvo confissão expressa do cliente bancário (cf. art. 364.º, n.º 2 do CC) – que poderá ser obtida, em sede de audiência de julgamento, através da produção de prova por depoimento de parte (arts. 452.º e ss. do CPC)<sup>104</sup> –, a instituição de crédito não pode quedar-se pela mera junção aos autos de mensagens alegadamente remetidas por correio simples ou por *e-mail*, procurando colmatar a incontornável falta de prova da receção – e até do envio – das comunicações pelo consumidor com o recurso a prova testemunhal (cf. art. 393.º, n.º 1 do CC)<sup>105</sup>, exceto se houver um princípio de prova por

.....

<sup>104</sup> Ac. do TRE de 22.09.2021, proferido no Proc. n.º 173/21.9T8ENT-A.E1, Relator: Manuel Bargado, pelo que, de acordo com o mesmo aresto, "(...) ainda que o Tribunal *a quo* entendesse que a prova da receção das comunicações do recorrente não poderia fazer-se por testemunhas, teria pelo menos de admitir que a mesma poderia fazer-se por confissão expressa em sede de embargos de executado, pelo que ao julgar procedente a exceção, ainda para mais em sede liminar, coartaria a possibilidade de obtenção dessa confissão através, por exemplo, do depoimento de parte dos executados em audiência de julgamento, depoimento esse que pode também ser determinado oficiosamente pelo juiz (cfr. arts. 452 e ss. do CPC). Igualmente impediria também o Tribunal *a quo* a produção de qualquer outra prova complementar ainda a produzir, como a apresentação de outros escritos coadjuvantes da receção de tais comunicações (v.g. uma eventual carta/resposta dos executados ao recorrente, ou uma carta posterior dos executados contendo referência tais comunicações)".

<sup>105</sup> Neste sentido, o Ac. do TRL de 07.06.2018, proferido no Proc. n.º 144/13.9TCFUN-A-2, Relator: Pedro Martins, o Ac. do TRC de 28.11.2018, proferido no Proc. n.º 494/14.7TFIG-A.C1, Relator: Alberto Ruço, o Ac. do TRL de 21.05.2020, proferido no Proc. n.º 5585/15.4T8FNC-A.L2-2, Relatora: Laurinda Gemas, o Ac. do TRE de 13.05.2021, proferido no Proc. n.º 2774/18.3T8ENT. E1, Relator: José António Moita, o Ac. do TRC de 15.12.2021, proferido no Proc. n.º 930/20.3T8ACB-A.C1, Relator: Luís Cravo, o Ac. do TRC de 08.03.2022, proferido no Proc. n.º 824/20.2T8ANS.C1, Relator: José Avelino Gonçalves. O

escrito, diverso das próprias putativas comunicações (e.g.  
 .....

referido Ac. do TRL de 07.06.2018 é particularmente acutilante na sua fundamentação, que, aqui, se toma a liberdade de reproduzir, por merecer o nosso acolhimento: "Quem se quer prevalecer de declarações receptícias, isto é, cuja eficácia depende da prova da recepção das declarações pelos seus destinatários (art. 224/1 do CC), tem de ter o cuidado de fazer prova dessa recepção (art. 342/1 do CC). Essa prova pode fazer-se através de notificações avulsas (arts. 256 a 258 do CPC), mas faz-se normalmente com um aviso de recepção devidamente assinado de uma carta enviada pelo correio. Essa prova pode ainda ser feita, mais dificilmente, com um registo do envio da carta [como o exequente fez com o registo da carta doc. 8 junto pelos executados], junto com a prova do depósito na caixa de correio do destinatário, conjugados com as regras dos arts. 224 do CC). Toda a gente sabe isto (que são regras da experiência comum e da lógica das coisas) e sabem-no principalmente as empresas habituadas a lidar com situações em que é necessário fazer prova daquelas declarações, principalmente quando elas são feitas em negociações no âmbito de litígios ou de incumprimentos contratuais. Não lembraria a ninguém que um tribunal dissesse que notificou alguém com base apenas no facto de um juiz ou de um funcionário judicial dizer que essa pessoa foi notificada. Naturalmente que existe sempre um registo dessa notificação que pode ser exibido quando necessário. O mesmo vale para as seguradoras e para os bancos, que não podem vir dizer, em questões que podem ter consequências graves para as contrapartes, que notificaram ou comunicaram fosse o que fosse, sem prova objectiva de o terem feito". E mais à frente: "Ou seja, quando se quer provar o envio de uma carta, faz-se pelo menos o registo dela; quando se quer provar a recepção de uma carta, pede-se ainda o aviso de recepção ou requer-se uma notificação avulsa. Ninguém, em questões minimamente importantes, espera fazer prova do envio de cartas apenas com o depoimento de dois empregados seus que dizem tê-las enviado (o que, como se viu, nem sequer é o caso). Quer isto dizer que se num processo judicial se diz que uma declaração receptícia foi feita e enviada, se exige logo, naturalmente, a prova disso através de uma certidão de uma notificação avulsa, ou de um a/r, ou de um registo e aviso, ou pelo menos de um elemento objectivo qualquer (por exemplo, uma referência, não impugnada, numa carta posterior à carta em causa). A simples exibição de uma fotocópia de uma carta, que pode ser feita em qualquer altura, ou o depoimento de um empregado de uma empresa – que depende dos rendimentos que lhe advém do seu trabalho nela e que para além disso está a tentar provar que fez o seu trabalho como lhe é dito, agora, que devia ter feito – no sentido de ter escrito e enviado essa carta, facto que pode ser determinante para a sorte de uma acção, não têm valor probatório suficiente para convencer desse envio. Muito menos, como no caso, em que (i) não há qualquer elemento de prova objectivo corroborativo – como por exemplo, uma carta cujo teor fizesse referência ao teor da carta que interessava provar – (ii) o único depoimento transcrito sobre o ponto pelo exequente é perfeitamente artificial; (iii) os dois depoi-

cartas ou e-mails dirigidos pela instituição de crédito ao consumidor através do mesmo endereço de contacto e em data próxima, que comprovadamente o segundo haja recebido ou, pelo menos, não tenham sido devolvidos)<sup>106</sup>.

.....

mentos invocados de facto na decisão recorrida dizem que sim, que certamente existem e foram enviadas, mas não têm nenhum conteúdo útil (e a próprio exequente só transcreveu um deles, já se viu que sem valor); e (iv) os elementos objectivos (cartas posteriores àquelas datas em que se protesta pela falta de resposta e o exequente não diz nada contra) apontam para a inexistência daquelas cartas (já o depoimento do irmão do executado não tem qualquer valor, por serem declarações de parte... prestadas por terceiro sobre factos favoráveis à parte, para além, naturalmente, de que ninguém estaria à espera que ele viesse dizer outra coisa)." *Contra*: o Ac. do TRE de 14.10.2021, proferido no Proc. n.º 2915/18.0T8ENT.E1, Relator: Mário Coelho; o Ac. do TRE de 16.12.2021, proferido no Proc. n.º 340/21.5TBELV-A.E1, Relator: Tomé de Carvalho. Admite-se, ainda assim, à luz do disposto no n.º 2 do art. 224.º do CC, que se possa ter por cumprido o *onus probandi* de remessa e ingresso na esfera de conhecimento do consumidor da declaração recetiva no caso de envio das comunicações por meio de carta registada, dirigida para o endereço indicado pelo cliente bancário como morada de correspondência, que este último não tratou de atualizar, como lhe era exigível – sobre esta hipótese, *vide*, com interesse, o Ac. do TRE de 21.05.2020, proferido no Proc. n.º 715/16.1T8ENT-B.E1, Relator: Tomé de Carvalho.

<sup>106</sup> Assim, o Ac. do TRL de 05.01.2021, proferido no Proc. n.º 105874/18.0YIPRT. L1-7, Relatora: Maria da Conceição Saavedra e o Ac. do STJ de 13.04.2021, proferido no Proc. n.º 1311/19.7T8ENT-B.E1.S1, Relatora: Graça Amaral. Seguiu-se, nestes acórdãos, o ensinamento de LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 298-299: "(...) Nas demais relações contratuais, é comum que as comunicações entre as partes ocorram pelo envio de carta, simples ou registada. Quando a relação entra em fase litigiosa, é comum que uma das partes negue a recepção da carta. Neste contexto, há que valorar o envio da carta como indício da sua recepção (*indício missio*). Ou seja, desde que se prove o facto-indiciário do envio da carta (por testemunhas, tratando-se de carta não registada ou pelo registo, tratando-se de carta registada), haverá que presumir a sua recepção. O que fundamenta a presunção é a máxima da experiência no sentido da fiabilidade dos serviços de correios no sentido de que o transporte se efetiva corretamente e a carta chegou em condições ao destinatário. Nos Estados Unidos é pacífica a presunção no sentido de que uma carta regularmente endereçada e remetida foi recebida. Essa presunção abrange também a recepção de faxes ou e-mails, desde que se prove o seu envio regular (...)."

Desta forma, a ausência de prova suficiente de comunicação ao cliente bancário da extinção e, por maioria de razão, da sua integração no PERSI, obsta à instauração de ação declarativa ou executiva por parte da instituição de crédito (ali, autora ou exequente) contra o mesmo, por *preterição de condição de procedibilidade da ação*, exceção dilatatória atípica, insanável e de conhecimento oficioso, cuja verificação determina, também ela, a absolvição do consumidor (ali, réu ou executado) da instância<sup>107</sup>.

Por último, um derradeiro aspeto que tem motivado a pronúncia dos nossos tribunais superiores encontra-se imbricado com o disposto na al. c) dos n.ºs 1 e 2 e no n.º 3 do art. 18.º. Em síntese, estabelece-se nas regras ora chamadas à liça que, no período que medeia entre a data de integração do cliente bancário no PERSI e a extinção deste procedimento, a instituição de crédito está impedida de ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, podendo, contudo, ceder créditos ou transmitir a sua posição contratual a outra instituição de crédito, caso em que a cessionária ficará obrigada a prosseguir com o PERSI, retomando este procedimento na fase em que o mesmo se encontrava à data da cessão do crédito ou da transmissão da posição contratual<sup>108</sup>.

À luz deste enquadramento normativo, o que diz o Direito na situação hipotética em que uma instituição de crédito,

<sup>107</sup> Assim, *inter alia*, o Ac. do TRE de 16.05.2019, proferido no Proc. n.º 4474/16.9T8ENT-A.E1, Relator: José Manuel Barata, o Ac. do TRL de 21.05.2020, proferido no Proc. n.º 5585/15.4T8FNC-A.L2-2, Relatora: Laurinda Gemas, o Ac. do TRG de 29.10.2020, proferido no Proc. n.º 6/19.6T8GMR-A.G1, Relatora: Raquel Baptista Tavares e o Ac. do TRE de 27.01.2022, proferido no Proc. n.º 1373/13.0TBVN.E1, Relator: Canelas Brás.

<sup>108</sup> Por conseguinte, como assinala SANDRA PASSINHAS, "Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor", in *Revista de Direito Comercial*, 2021, p. 108, "[a] cessão de crédito, em PERSI, a uma qualquer empresa de gestão de cobrança ou de recuperação de crédito é, pois, nula, nos termos do artigo 294.º, do Código Civil, por contrariedade a norma legal imperativa".

encontrando-se a tal obrigada, omite a abertura de PERSI e cede o seu crédito a uma entidade terceira (arts. 577.º e ss. do CC e art. 21.º do DL n.º 133/2009), que não se assume como sujeito habilitado a efetuar operações de crédito em Portugal, nos termos do RGICSF: subsiste a falta de condição de procedibilidade de ação, sendo a mesma oponível ao cessionário? Com o devido respeito por opinião diversa, sob pena de *fraude à lei*, a resposta não pode deixar de ser positiva. Convocando, desta feita, o Ac. do TRG de 30.01.2020, proferido no Proc. n.º 5520/18.8T8VNF-A.G1, Relator: Alcides Rodrigues, que, com a devida vênia, aqui seguimos de perto, “[c]om efeito, de outro modo estaria encontrada uma via expedita para as instituições de crédito se subtraírem à obrigatória sujeição ao regime decorrente do Dec. Lei n.º 227/2012, bastando para o efeito que, em violação do estatuído no citado diploma legal, se abstivessem de integrar obrigatoriamente o cliente bancário no PERSI e cedessem o seu crédito a um terceiro que não é uma instituição de crédito, o que permitiria que este (cessionário) não ficasse sujeito às proibições ou impedimentos elencados no art. 18º e pudesse obter de imediato a satisfação do crédito cedido, sendo-lhe, por isso, lícito, sem quaisquer restrições, resolver de imediato o contrato de crédito com fundamento em incumprimento (art. 18.º, n.º 1, al. a)), intentar ações judiciais contra o mutuário, tendo em vista a satisfação dos respetivos créditos (al. b)), ceder a terceiros uma parte ou a totalidade do crédito em causa (al. c)) ou transmitir a terceiro a sua posição contratual (al. d))”.

### **2.3. A REDE DE APOIO AO CONSUMIDOR ENDIVIDADO (RACE)**

Em vias de concluirmos a nossa análise ao regime do DL n.º 227/2012, não podíamos deixar de tecer algumas breves considerações acerca da Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE), criada pelo diploma em análise no âmbito

da prevenção e, sendo caso disso, da regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito e destinada a informar, aconselhar e acompanhar os consumidores que se encontrem em risco de inobservar as obrigações decorrentes de contratos de crédito celebrados com uma instituição de crédito ou que se encontrem mesmo em mora relativamente ao cumprimento de tais obrigações (arts. 6.º, n.º 1 e 27.º, n.º 1)<sup>109</sup>.

O regime aplicável à RACE, concentrado nos arts. 23.º-A a 32.º, sofreu significativas alterações por via do DL n.º 70-B/2021, de 6 de agosto, diploma orientado, entre outros, pelo propósito de revitalizar a RACE e conferir-lhe ampla cobertura territorial, mediante a inclusão na mesma dos centros de formação e arbitragem de conflitos de consumo<sup>110</sup>, indepen-

<sup>109</sup> Não tratamos, neste estudo, do Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento (conhecido pelo acrónimo SISPACSE), instituído pelo DL n.º 105/2020, de 23 de dezembro e regulamentado pela Portaria n.º 86/2021, de 16 de abril, porque o mesmo não se aplica a negócios jurídicos abrangidos pelo PARI e pelo PERSI – cf. art. 2.º, n.º 3, al. b). Em todo o caso, sempre se refere que se trata de um sistema público de resolução alternativa de litígios, de adesão voluntária, que visa facultar ao devedor, pessoa singular, e aos respetivos credores um momento negocial para a obtenção de solução de equidade mais adequada aos termos do litígio, espoletado pelo facto de o primeiro se encontrar em situação de mora, na sua iminência, ou de não cumprimento definitivo de obrigações de natureza pecuniária, independentemente de atuar na qualidade de consumidor (arts. 2.º, n.º 1 e 3.º, n.º 1).

<sup>110</sup> São eles o CIAB – Tribunal Arbitral de Consumo, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa (CACCL), o TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra (CACRC), o Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto (CICAP), o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL) e o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira (CACCRAM) – todos centros de competência genérica, mas territorialmente circunscrita à área geográfica dos municípios estabelecida nos seus Estatutos –, a que acrescem o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC) – centro de competência genérica, mas supletiva, intervindo se inexistir outro centro de arbitragem competente –, o Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (CASA) e o Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros (CIMPAS) – ambos cen-

dentemente da sua designação, autorizados para prosseguir as atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem, nos termos da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro<sup>111</sup>, que assim se aliam a outras pessoas coletivas, de direito público ou privado, reconhecidas pela DGC<sup>112</sup> – que formalmente coordena a RACE<sup>113</sup> –, após prévio parecer do BdP, por cumprirem as “condições gerais” previstas no art. 24.<sup>o</sup><sup>114</sup> – tudo cf. art. 23.<sup>o</sup>-A.

Com particular interesse para o objeto do presente estudo, importa assinalar que as entidades integrantes da RACE desenvolvem, gratuitamente (art. 28.<sup>o</sup>), um conjunto de atividades em benefício do cliente bancário que a elas se dirige (e do fiador de contrato de crédito, sempre que a instituição de crédito com ele inicie PERSI – art. 31.<sup>o</sup>), nomeadamente:

a) informar o cliente bancário sobre os seus direitos e deveres

.....

tros de competência sectorial, que, tendo âmbito territorial nacional, apenas dirimem certos conflitos em razão da matéria. Vide, com mais desenvolvimentos, CÁTIA MARQUES CEBOLA, “ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, n.º 22, junho 2016, p. 71.

<sup>111</sup> Lei da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro. Transpõe para a ordem jurídica interna 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, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis n.ºs 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio.

<sup>112</sup> As instituições de crédito estão obrigadas a prestar informação aos clientes bancários sobre as entidades reconhecidas pela DGC, designadamente quanto às suas atribuições e elementos de contacto (art. 6.<sup>o</sup>, n.º 2), nos termos do art. 3.<sup>o</sup> do Aviso do BdP n.º 7/2021, nomeadamente através do documento informativo previsto no Anexo I ao referido Aviso.

<sup>113</sup> Podendo ser estabelecidos mecanismos de cooperação entre a DGC e o BdP, em termos a definir mediante protocolo a celebrar entre as duas entidades (art. 23.<sup>o</sup>, n.º 3).

<sup>114</sup> Uma entidade requerente de integração na RACE deve, à data do pedido de reconhecimento, cumprir, cumulativamente, as seguintes condições: a) Encontrar-se legalmente constituída; b) Possuir a situação regularizada face à administração fiscal e à segurança social; e c) Integrar um responsável pela coordenação do serviço a prestar.

em caso de risco de incumprimento do contrato de crédito e no âmbito do PERSI; b) apoiar a análise, por parte do cliente bancário, das propostas apresentadas pelas instituições de crédito no âmbito do PARI e do PERSI, nomeadamente quanto à adequação de tais propostas à situação financeira, objetivos e necessidades do cliente bancário; c) acompanhar o cliente bancário aquando da negociação entre este e as instituições de crédito das propostas apresentadas no âmbito do PARI e do PERSI; d) prestar outras informações em matéria de endividamento e de sobre-endividamento; e) apoiar o cliente bancário na avaliação da sua capacidade de endividamento, à luz dos elementos que este apresente para o efeito – art. 27.º, n.º 2.

No cumprimento destas atribuições, as entidades que integram a RACE, na pessoa dos seus funcionários e colaboradores, devem assegurar o respeito pelos princípios da independência, imparcialidade, legalidade e transparência e a obediência a critérios de elevado rigor técnico (art. 29.º), ficando sujeitas ao dever de segredo profissional em relação aos factos de que tenham conhecimento no âmbito de procedimento de informação, aconselhamento e acompanhamento a clientes bancários (art. 30.º). Em consonância com a imposição deste conjunto de princípios de atuação, estatui o art. 25.º que os funcionários e colaboradores das entidades que compõem a RACE têm de ser pessoas de reconhecida idoneidade para o desempenho das funções em causa (constituindo indício em sentido contrário a verificação, em relação às pessoas em causa, de alguma das situações previstas no n.º 3 do art. 30.º do RGICSF), possuir a escolaridade obrigatória e estar dotadas de adequados conhecimentos técnicos em matéria financeira, económica e bancária<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> Compete à DGC e ao BdP, no âmbito das suas atribuições, dinamizar ações de formação em matéria financeira, económica e bancária destinadas às entidades que integram a rede extrajudicial de apoio a clientes ban-



Na decorrência dos princípios e garantias a que se encontram subordinadas, importa frisar que as entidades integrantes da RACE se encontram impedidas de atuar junto de instituições de crédito, em representação ou por conta dos clientes bancários, nomeadamente aquando da negociação das propostas apresentadas no âmbito do PARI e do PERSI, assim como de adotar mecanismos de conciliação, mediação ou arbitragem no âmbito do PARI e do PERSI – art. 27.º, n.º 4 –, ainda que, em relação a este segundo limite, se ressalve a possibilidade dos centros de informação, mediação e arbitragem de conflitos de consumo desenvolverem as atividades previstas nos n.ºs 1 e 2 do art. 27.º. Se, entretanto, a instituição de crédito iniciar uma demanda judicial relacionada com o contrato de crédito, deixa, naturalmente, de fazer sentido a intervenção da entidade que faz parte da rede extrajudicial de apoio a clientes bancários, pelo que o seu envolvimento no litígio que o consumidor mantém com a instituição cessa assim que tenha conhecimento da instauração da ação em tribunal, nomeadamente através de informação prestada pelo cliente bancário (art. 27.º, n.ºs 6 e 8).

.....

cários (art. 26.º-A). Por outro lado, as entidades que integram a RACE podem também informar e prestar formação financeira aos consumidores, com o objetivo de contribuir para a melhoria dos seus conhecimentos financeiros (art. 32.º).

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Código Civil Anotado – Volume I (Artigos 1.º a 1250.º)*, coord. ANA PRATA, Coimbra, Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-6993-7
- AA.VV., *Novo Coronavírus e Crise Contratual – Anotação ao Código Civil*, coord. CATARINA MONTEIRO PIRES, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, ISBN 978-972-62-9541-9
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 7.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2022, ISBN 978-989-40-0091-4
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 978-972-40-2548-3
- ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, ISBN 972-40-0426-0
- ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, “Algumas questões sobre prescrição e caducidade”, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, FDUL, 2010, Coimbra Editora, pp. 35-72
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, ISBN 978-972-40-7770-3
- BARBOSA, ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Principia, 2017, ISBN 978-989-71-6156-8
- BARROS, JOSÉ MANUEL DE ARAÚJO, *Cláusulas Contratuais Gerais – DL n.º 446/85 – Anotado – Recolha Jurisprudencial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-1823-7
- BASTOS, MIGUEL BRITO, *O Mútuo Bancário – Ensaio sobre a estrutura sinalagmática do contrato de mútuo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, ISBN 978-972-32-2264-7
- CÂMARA, PAULO, “Crédito bancário e prevenção do risco de incumprimento: uma avaliação crítica do novo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)”, in CATARINA SERRA (coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 313-332, ISBN 978-972-40-5499-5
- CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, ISBN 978-972-40-8340-7
- CASTRO, CLÁUDIA SILVA, “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”, in *RED – Revista Electrónica de Direito*, junho

- de 2017, n.º 2, pp. 1-59
- CEBOLA, CÁTIA MARQUES, "ADR 3.0 @ Resolução Online de Conflitos de Consumo em Portugal", in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. VI, n.º 22, junho 2016, pp. 65-92
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral*, Tomo IV, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 978-972-40-2554-3
- COSTA, CARLOS FILIPE FERNANDES DE ANDRADE, *O mecanismo único de supervisão no quadro da União Bancária Europeia. Contributo para o direito administrativo bancário: o tempo e o modo*, Lisboa, AAFDL, 2018, ISBN 978-972-629-180-0
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e atualizada, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2013, ISBN 978-972-40-3474-4
- DIAS, ANA FRANCISCA PINTO, COSTA, CARLOS FILIPE, "O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: Análise crítica e empírica", in *Anuário do NOVA Consumer Lab – Ano 3 – 2021*, pp. 123-194, disponível online em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/anuario-nova-consumer-lab/>
- DUARTE, PAULO, "O conceito de consumidor segundo o art. 2º/1 da Lei de Defesa do Consumidor", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, 1999, pp. 649-703, ISSN 0303-9773
- DUARTE, PAULO, "O direito do consumidor ao cumprimento antecipado nos contratos de concessão de crédito", in *Liber amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 409-437, ISBN 978-972-40-4714-0
- DUARTE, RUI PINTO, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7321-7
- ENGENHEIRO, ANDREIA SOFIA LÚCIO, "O crédito bancário: a prevenção do risco e gestão de situações de incumprimento", *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, sob orientação do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, Lisboa, FDUNL, julho de 2015, disponível online em <https://run.unl.pt/handle/10362/16176>
- FALCÃO, DAVID, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, ISBN 978-972-40-8094-9
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2000, ISBN 972-40-1381-2
- LIMA, FERNANDO PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Ano-*

- tado, Vol. II (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, ISBN 972-32-0788-5
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", in «João Baptista Machado – Obra Dispersa», Vol. I, *Scientia Iuridica*, Braga, 1991, pp. 125-193
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor", *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, Vol. LVII, Tomo 2 (2014), pp. 2315-2348
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, n.º 3972, pp. 177 e ss.
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, ISBN 978-972-40-3137-8
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Crédito aos Consumidores – Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009, ISBN 978-972-40-3933-6
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, "Proteção do consumidor a crédito na celebração e na execução do contrato", in *RED – Revista Electrónica de Direito*, fevereiro de 2014, n.º 1, pp. 1-16
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Cláusulas Acessórias ao Contrato: Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar. Cláusulas Penais*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 978-972-40-3512-3
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, ISBN 978-972-32-1915-9
- PASSINHAS, SANDRA, "Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor", in *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 65-120, disponível online em <https://www.revistadedireitocomercial.com/incumprimento-do-contrato-de-credito-habitacao-cessao-de-creditos-e-direitos-do-consumidor>
- PEREIRA, ANA PATRÍCIA DO ROSÁRIO, *O incumprimento do contrato de crédito ao consumo pelo consumidor*, Dissertação de Mestrado em Direito em Ciências Jurídicas Empresariais pela FDUNL, sob orientação do Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, junho de 2015, disponível online em <https://run.unl.pt/handle/10362/16399>
- PINTO, PAULO MOTA, "Conformidade e Garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 2, 2000, pp. 197-331
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª edição revista e atualizada, Porto, Universida-

de Católica Editora, 2017, ISBN 978-989-8835-23-9

RAPOSO, JOÃO VASCONCELOS, *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto da crise financeira: a "dação potestativa" como solução?*, Coimbra, Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-6629-5

SERRA, ADRIANO VAZ, "Prescrição e caducidade", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 105, abril de 1961, pp. 5-248

SERRA, ADRIANO VAZ, "Prescrição extintiva e caducidade", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 106, maio de 1961, pp. 45-278

SERRA, ADRIANO VAZ, "Tempo de Prestação. Denúncia", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 50 (1955), pp. 49-211

SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-6901-2

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, ISBN 978-972-32-0771-2

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª reimpressão da 7.ª edição de 1997, Coimbra, Almedina, 2017, ISBN 978-972-40-1040-3

## Jurisprudência

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão de 27.06.1995, Processo n.º 94-0440 (Sousa Brito)

### SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 04.05.1993, Processo n.º 083489 (Santos Monteiro)

Acórdão de 22.02.2005, Processo n.º 04A3747 (Pinto Monteiro)

Acórdão de 14.11.2006, Processo n.º 06A2718 (Moreira Camilo)

Acórdão de 27.03.2014, Processo n.º 189/12.6TBHRT-A.L1.S1 (Silva Gonçalves)

Acórdão de 19.01.2016, Processo n.º 1453/12.0TBGDM-B.P1.S1 (Gabriel Catarino)

Acórdão de 29.09.2016, Processo n.º 201/13.1TBMIR-A.C1.S1 (Lopes do Rego)

Acórdão de 29.11.2016, Processo n.º 100/07.6TCSNT-A.L1.S1 (Gabriel Catarino)

Acórdão de 09.02.2017, Processo n.º 194/13.5TBCM-N-A.G1.S1 (Fernanda Isabel Pereira)

Acórdão de 25.05.2017, Processo n.º 1244/15.6T8AGH-A.L1.S2 (Olindo Geraldes)

Acórdão de 18.01.2018, Processo n.º 2351/12.2TBTVD-A (Fátima Gomes)

Acórdão de 18.10.2018, Processo n.º 2483/15.5T8ENT-A.E1.S1 (Olindo Geraldes)

## INCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE CRÉDITO PELOS CONSUMIDORES

- Acórdão de 25.10.2018, Processo n.º 13426/07.0TBVNG-B.P1.S1 (Maria do Rosário Morgado)
- Acórdão de 06.12.2018, Processo n.º 4739/16.0T8LOU-A.P1.S1 (Tomé Gomes)
- Acórdão de 19.02.2019, Processo n.º 144/13.9TCFUN-A.L1.S1 (Acácio das Neves)
- Acórdão de 06.06.2019, Processo n.º 902/14.7T8GMR-A.G1.S1 (Abrantes Geraldés)
- Acórdão de 23.01.2020, Processo n.º 4518/17.8T8LOU-A.P1.S1 (Nuno Pinto Oliveira)
- Acórdão de 16.06.2020, Processo n.º 23762/15.6T8PRT.A.P1.S1 (Maria João Vaz Tomé)
- Acórdão de 10.09.2020, Processo n.º 805/18.6 T8OVR-A.P1.S1 (Rijo Ferreira)
- Acórdão de 03.11.2020, Processo n.º 8563/15.0T8STB-A.E1.S1 (Fátima Gomes)
- Acórdão de 12.11.2020, Processo n.º 7214/18.5T8STB-A.E1.S1 (Maria do Rosário Morgado)
- Acórdão de 16.12.2020, Processo n.º 2282/15.4T8ALM-A.L1.S1 (Catarina Serra)
- Acórdão de 14.01.2021, Processo n.º 1366/18.1T8AGD-A.P1.S1 (Manuel Capelo)
- Acórdão de 14.01.2021, Processo n.º 6238/16.1T8VNF-A.G1.S1 (Tibério Nunes da Silva)
- Acórdão de 21.01.2021, Processo n.º 845/19.8T8SRE-A.C1.S1 (Oliveira Abreu)
- Acórdão de 26.01.2021, Processo n.º 20767/16.3T8PRT-A.S2 (Maria João Vaz Tomé)
- Acórdão de 11.03.2021, Processo n.º 1366/18.1T8AGD-B.P1.S1 (Fernando Baptista)
- Acórdão de 08.04.2021, Processo n.º 5329/19.1T8STB-A.E1.S1 (Nuno Pinto Oliveira)
- Acórdão de 13.04.2021, Processo n.º 1311/19.7T8ENT-B.E1.S1 (Graça Amaral)
- Acórdão de 29.04.2021, Processo n.º 723/18.8T8OVR-A.P1.S1 (João Cura Mariano)
- Acórdão de 04.05.2021, Processo n.º 3522/18.3T8LLE-A.E1.S1 (Pedro de Lima Gonçalves)
- Acórdão de 14.10.2021, Processo n.º 475/04.9TBALB-A.P1.S1 (Fernando Baptista)
- Acórdão de 16.11.2021, Processo n.º 21827/17.9T8SNT-A.L1.L1.S1 (Maria Clara Sottomayor)
- Acórdão de 09.12.2021, Processo n.º 4734/18.5T8MAI-A.P1.S1 (Ferreira Lopes)
- Acórdão de 11.05.2022, Processo n.º 1511/19.0T8STB-A.E1.S1 (Isaías Pádua)
- Acórdão de 24.05.2022, Processo n.º 1708/20.0T8GMR.G1.S1 (Maria Clara Sottomayor)

### TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- Acórdão de 16.03.2017, Processo n.º 589/15.0T8VNF-A.G1 (Jorge Teixeira)
- Acórdão de 19.04.2018, Processo n.º 13/14.5T8PTL.G1 (Helena Melo)
- Acórdão de 30.01.2020, Processo n.º 5520/18.8T8VNF-A.G1 (Alcides Rodrigues)

Acórdão de 29.10.2020, Processo n.º 6/19.6T8GMR-A.G1 (Raquel Baptista Tavares)

Acórdão de 15.06.2021, Processo n.º 90/20.0T8GMR-A.G1 (Afonso Cabral de Andrade)

#### **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO**

Acórdão de 27.06.2018, Processo n.º 8/17.7T8GDM.P1 (Joaquim Correia Gomes)

Acórdão de 18.11.2021, Processo n.º 2196/20.6T8LOU-B.P1 (Aristides Rodrigues de Almeida)

Acórdão de 10.03.2022, Processo n.º 8027/14.7T8PRT.P1 (Filipe Carço)

Acórdão de 21.03.2022, Processo n.º 10/21.4T8MAI.P1 (Ana Paula Amorim)

Acórdão de 04.05.2022, Processo n.º 3751/20.0T8MAI.P1 (Eugénia Cunha)

#### **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA**

Acórdão de 29.06.2010, Processo n.º 6342/08.0TBLRA.C1 (Francisco Caetano)

Acórdão de 03.07.2012, Processo n.º 1959/11.8T2OVR-A.C1 (Carlos Querido)

Acórdão de 26.04.2016, Processo n.º 525/14.0TBMGR-A.C1 (Maria João Areias)

Acórdão de 04.04.2017, Processo n.º 1049/11.3TBPMS.C1 (Luís Cravo)

Acórdão de 07.11.2017, Processo n.º 29358/16.8YIPRT.C1 (Vítor Amaral)

Acórdão de 12.06.2018, Processo n.º 17012/17.8YIPRT.C1 (Jorge Arcanjo)

Acórdão de 28.11.2018, Processo n.º 494/14.7TBFIG-A.C1 (Alberto Ruço)

Acórdão de 13.11.2019, Processo n.º 126848/17.2YIPRT.C1 (Maria Teresa Albuquerque)

Acórdão de 11.02.2020, Processo n.º 7576/18.4T8CBR-A.C1 (Fonte Ramos)

Acórdão de 14.09.2020, Processo n.º 2417/16.0T8VIS-B.C1 (Sílvia Pires)

Acórdão de 15.12.2021, Processo n.º 930/20.3T8ACB-A.C1 (Luís Cravo)

Acórdão de 25.01.2022, Processo n.º 5101/19.9T8VIS-A.C1 (Freitas Neto)

Acórdão de 08.03.2022, Processo n.º 824/20.2T8ANS.C1 (José Avelino Gonçalves)

#### **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**

Acórdão de 15.12.2005, Processo n.º 11687/2005-6 (Carlos Valverde)

Acórdão de 12.07.2007, Processo n.º 2845/2007-8 (Teresa Pais)

Acórdão de 22.01.2008, Processo n.º 7543/2007-1 (João Aveiro Pereira)

Acórdão de 04.07.2013, Processo n.º 1916/12.7TBPDL.L1-2 (Ezagü Martins)

Acórdão de 21.05.2015, Processo n.º 1160/14.9TJLSB.L1-8 (Ilídio Sacarrão Martins)

Acórdão de 22.10.2015, Processo n.º 1805/13.8TBTVD.L1-2 (Ezagü Martins)

Acórdão de 22.06.2017, Processo n.º 71/15.5T8MFR.L1-2 (Jorge Leal)

Acórdão de 12.10.2017, Processo n.º 6776-15.3T8ALM.L1-8 (Isoleta Almeida Costa)

- Acórdão de 15.02.2018, Processo n.º 828/16.0T8SXL.L1-6 (Ana Paula Carvalho)
- Acórdão de 03.05.2018, Processo n.º 528/14.5T8AGH.L1-2 (António Moreira)
- Acórdão de 07.06.2018, Processo n.º 144/13.9TCFUN-A-2 (Pedro Martins)
- Acórdão de 09.10.2018, Processo n.º 5070/16.7T8ALM-C.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra)
- Acórdão de 27.06.2019, Processo n.º 23551/12.0T2SNT-A.L1-2 (Pedro Martins)
- Acórdão de 04.03.2020, Processo n.º 6307/18.3T8FNC-A.L1-6 (Gabriela de Fátima Marques)
- Acórdão de 21.05.2020, Processo n.º 781/14.4TBSXL-A.L1-2 (Gabriela Cunha Rodrigues)
- Acórdão de 21.05.2020, Processo n.º 5585/15.4T8FNC-A.L2-2 (Laurinda Gemas)
- Acórdão de 29.09.2020, Processo n.º 1827/18.2T8ALM-B.L1-7 (Micaela da Silva Sousa)
- Acórdão de 13.10.2020, Processo n.º 15367/17.3T8SNT-A.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra)
- Acórdão de 05.01.2021, Processo n.º 105874/18.0YIPRT.L1-7 (Maria da Conceição Saavedra)
- Acórdão de 19.01.2021, Processo n.º 8636/16.1T8LRS-A-7 (Isabel Salgado)
- Acórdão de 23.02.2021, Processo n.º 11791/19.5T8LSB-A.L1-7 (Ana Rodrigues da Silva)
- Acórdão de 08.04.2021, Processo n.º 126930/17.6YIPRT.L1-6 (Eduardo Petersen)
- Acórdão de 12.10.2021, Processo n.º 4270/21.2T8SNT-B.L1-1 (Renata Linhares de Castro)
- Acórdão de 04.11.2021, Processo n.º 5633/18.6 T8FNC- A.L1-6 (Teresa Pardal)
- Acórdão de 18.11.2021, Processo n.º 6012/20.0T8LRS.L1-6 (António Santos)
- Acórdão de 12.05.2022, Processo n.º 1724/21.4T8PDL-A.L1-2 (Sousa Pinto)

#### **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA**

- Acórdão de 17.01.2013, Processo n.º 274/11.1TBSRP (Elisabete Valente)
- Acórdão de 06.10.2016, Processo n.º 4956/14.8T8ENT-A.E1 (José Manuel Galo Tomé de Carvalho)
- Acórdão de 08.03.2018, Processo n.º 2267/15.0T8ENT-A.E1 (Conceição Ferreira)
- Acórdão de 12.04.2018, Processo n.º 2483/15.5T8ENT-A.E1 (Mário Coelho)
- Acórdão de 31.01.2019, Processo n.º 832/17.0T8MMN-A.E1 (Tomé de Carvalho)
- Acórdão de 16.05.2019, Processo n.º 4474/16.9T8ENT-A.E1 (José Manuel Barata)
- Acórdão de 21.05.2020, Processo n.º 715/16.1T8ENT-B.E1 (Tomé de Carvalho)
- Acórdão de 03.12.2020, Processo n.º 73602/19.0YIPRT.E1 (Cristina Dá Mesquita)
- Acórdão de 17.12.2020, Processo n.º 4496/16.0T8ENT-A.E1 (José Manuel Barata)



Acórdão de 15.04.2021, Processo n.º 992/19.6T8PTG-A.E1 (Conceição Ferreira)  
Acórdão de 13.05.2021, Processo n.º 2774/18.3T8ENT.E1 (José António Moita)  
Acórdão de 22.09.2021, Processo n.º 173/21.9T8ENT-A.E1 (Manuel Bargado)  
Acórdão de 14.10.2021, Processo n.º 2915/18.0T8ENT.E1 (Mário Coelho)  
Acórdão de 25.11.2021, Processo n.º 17026/20.0T8PRT.E1 (Maria Adelaide Domingos)  
Acórdão de 16.12.2021, Processo n.º 340/21.5TBELV-A.E1 (Tomé de Carvalho)  
Acórdão de 27.01.2022, Processo n.º 1373/13.0TBBNV.E1 (Canelas Brás)  
Acórdão de 24.02.2022, Processo n.º 949/14.3TBSSB-E.E1 (Francisco Xavier)  
Acórdão de 07.04.2022, Processo n.º 364/21.2T8ENT.E1 (Maria João Sousa e Faro)

Os acórdãos dos tribunais nacionais encontram-se disponíveis em  
<http://www.dgsi.pt/>

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR E OS RISCOS DO DESEN- VOLVIMENTO NA DISCIPLINA EUROPEIA E NO DIREITO BRASILEIRO

*Catharine Black Lipp João \**

## **RESUMO**

O objetivo do presente trabalho é analisar um dos aspectos controversos envolvendo a responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, introduzida pela Diretiva 374/85, a saber, a excludente pelos riscos do desenvolvimento, cuja extensão na prática é objeto de muitos debates acadêmicos. Serão apresentados os elementos definidores do instituto previsto na diretiva, as principais questões controvertidas na doutrina e interpretações judiciais a respeito do tema no âmbito da União Europeia. Após, serão examinados a discussão da doutrina brasileira e os argumentos e construções hermenêu-

---

\* Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Especialista em Direito Público pela FMP e em Direito do Consumidor pela Faculdade de Coimbra. Advogada. Endereço eletrônico: catharinejoao@gmail.com

ticas de cada corrente no que toca à existência ou não da responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no Direito brasileiro. O método científico é dedutivo, com abordagem qualitativa e procedimentos documental e bibliográfico.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito comparado. Direito do consumidor. Responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Riscos do desenvolvimento.

### **ABSTRACT**

This article explores one of the most controversial aspects involving product liability, introduced by the European Directive 374/85, which is the development risks defence, whose practical approach has been the subject of several academic debates. The first topic explores development risks defence's essential elements, the main controversial issues in legal literature, and analysis applied by the courts in particular cases in Europe. The following topic describes the legal debate in the Brazilian literature, examining different interpretations on the existence or the inexistence of the producer's liability for development risks in Brazilian legal system. With qualitative approach, the deductive method was used, using bibliographic and documentary research.

### **KEYWORDS**

Comparative law. Consumer law. Liability for defective products. Development risks.

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Com método dedutivo, abordagem qualitativa e procedimentos documental e bibliográfico, o presente trabalho tem o objetivo de examinar um dos aspectos mais controversos envolvendo a responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, introduzida, à luz da ideia de justa atribuição dos riscos, pelo art. 7 (e) da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, a saber, a excludente de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento.

Em que pese o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já tenha referido que, em relação às hipóteses taxativas do art. 7 da Diretiva 374, "tais casos devem, de acordo com a jurisprudência constante, ser objeto de interpretação estrita"<sup>2</sup>, o que se verifica é que são bastante discutidas questões envolvendo a interpretação e aplicação da alínea (e) do art. 7, especialmente no âmbito acadêmico. Aliás, há, tal como apontado por Arbour, um possível paradoxo a respeito do tema, pois, se, por um lado, a doutrina é abundante nas discussões sobre a aplicação da excludente, por outro, a jurisprudência é escassa no assunto<sup>3</sup>. Observa-se que tal excludente de responsabilidade é objeto de discussões relacionadas à sua interpretação, cujas respostas não apenas dizem respeito ao seu âmbito de aplicação, mas, como será tratado adiante, podem ter reflexos na própria objetividade da responsabilidade estabelecida na diretiva. Assim, no próximo ponto serão apresentados os elementos definidores do insti-

<sup>1</sup> Lista de abreviaturas: TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia), BGH (Tribunal Federal de Justiça alemão - Bundesgerichtshof), CDC (Código de Defesa do Consumidor - Lei brasileira n. 8.078/1990), CF (Constituição da República Federativa do Brasil), CC (Código Civil - Lei brasileira n. 10.406/2002), STJ (Superior Tribunal de Justiça brasileiro)

<sup>2</sup> TJUE, Quinta Seção, *Henning Veedfald v. Århus Amtskommune*, Processo C-203/99, 10 de maio 2001. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61999CJ0203&from=EN> (30.01.2022)

<sup>3</sup> MARIE ÈVE ARBOUR, "Portrait of development risk as a young defence", *McGill Law Journal*, v. 59, n. 4, p. 913-942, jun. 2014

tuto previsto na diretiva, as principais questões controvertidas na doutrina e algumas interpretações judiciais a respeito do tema no âmbito da União Europeia.

Por sua vez, diferentemente do que ocorre na disciplina europeia, no Brasil não existe uma previsão expressa a respeito dos riscos do desenvolvimento, de modo que a discussão acadêmica trata de saber se o produtor responde ou não pelos danos causados pelo produto cujos riscos, no momento da sua colocação no mercado, não poderiam ser conhecidos à luz dos conhecimentos técnicos e científicos existentes na época. Na doutrina brasileira, as correntes mais expressivas debatem a respeito de os riscos do desenvolvimento serem ou não compreendidos como excludentes da responsabilidade civil do produtor ou, ainda, configurarem ou não uma hipótese de defeito do produto a ensejar a tal responsabilização. Após serem examinados os principais argumentos e construções hermenêuticas de cada corrente, será apresentado o caso julgado em 2020 pelo STJ que faz referência expressa aos riscos do desenvolvimento, concluindo tratar-se de hipótese ensejadora da responsabilidade do produtor.

## **2. A EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO NA UNIÃO EUROPEIA**

Em um contexto de harmonização das normas sobre responsabilidade por produtos defeituosos na União Europeia<sup>4</sup> (à época Comunidade Econômica Europeia), foi promulgada, em

.....

<sup>4</sup> A respeito dessa harmonização das normas, verifica-se que a diretiva em questão "visa não apenas evitar diferenças nos níveis de proteção do consumidor, mas também garantir uma concorrência não distorcida entre os comerciantes e facilitar a livre circulação de mercadorias". TJUE, Primeira Seção, *Moteurs Leroy Somer v Dalkia France and Ace Europe*, Processo C-285/08, 4 jun. 2009. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0285&qid=1636383157842&from=EN> (30.01.2022)

1985, a Diretiva 374, a fim de assegurar a segurança contra os danos à integridade física ou à propriedade dos consumidores e, se for o caso, a sua efetiva reparação. Após a ocorrência do trágico evento envolvendo a Talidomida, em que se identificou a dificuldade de reparação dos lesados por acidentes de consumo em um regime de responsabilidade baseado na culpa, a referida diretiva introduziu um novo regime de responsabilidade não culposa para produtos defeituosos, considerando-o como “o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna” (segundo considerando da Diretiva 374/85).

Diferentemente do que ocorre na responsabilidade subjetiva, em que se verifica a violação das normas de segurança previstas ou aceitas no geral, a responsabilidade será objetiva, independentemente se tais violações foram ou não realizadas, quando os danos foram causados pelas propriedades do objeto. Dessa maneira, na responsabilidade objetiva, o dever de indenizar se dará independentemente da comprovação de dolo ou culpa do produtor, dependendo da condição (defeituosa) do produto.

A respeito dessa condição que determina a responsabilidade do produtor, um produto será considerado defeituoso, nos termos da diretiva, quando não oferecer a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo a sua apresentação, a utilização que dele se pode razoavelmente esperar e o momento da sua entrada em circulação (artigo 6, 1, a, b, c). Também é expresso na diretiva que não será defeituoso “pelo simples facto de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado” (art. 6, 2)<sup>5</sup>. Para o TJUE, o defeito

<sup>5</sup> É preciso esclarecer que este ponto não se confunde com os riscos do desenvolvimento. A doutrina europeia cita que “o ‘estado da arte’ será usado para se referir à segurança esperada, dado o atual estado dos riscos

do produto, que determina a responsabilidade do produtor nos termos da diretiva, reside “na probabilidade anormal do dano que estes podem causar à pessoa”<sup>6</sup>.

À luz da ideia de justa atribuição dos riscos, também foram elencadas hipóteses no ato legislativo em questão que, uma vez comprovadas pelo produtor, eximem-no de responsabilidade pelos danos decorrentes do defeito do produto (artigo 7) – sendo importante destacar que, salvo tais previsões expressas na norma, o produtor não pode invocar quaisquer outras disposições que limitem ou excluam a sua responsabilidade (artigo 12). Entre outros, destaca-se especificamente que o produtor não será responsável se provar “que o estado dos

.....  
conhecidos no momento do fornecimento. Portanto, um produto com um risco conhecido que era socialmente aceito no momento da comercialização não seria considerado inseguro só porque os padrões seguiram em frente. [...] Em contraste, os riscos de desenvolvimento referem-se a riscos que não eram conhecidos no tempo de fornecimento, mas se eles tivessem sido conhecidos teriam feito o produto ser considerado inseguro, mesmo pelas expectativas então prevalentes de segurança”. GERAINT HOWELLS, CHRISTIAN TWIGG-GLESNER, THOMAS WILHELMSSON, *Rethinking eu consumer law*, Abingdon, Routledge, 2018, p. 281.

<sup>6</sup> Nesta decisão, também é interessante notar que o TJUE varia em relação ao sujeito cujas expectativas devem ser analisadas, pois aponta que, “em conformidade com o sexto considerando da Diretiva 85/374, há que efetuar esta apreciação atendendo às expectativas legítimas do público em geral”, mas, depois, refere que “a segurança que se pode legitimamente esperar, em conformidade com esta disposição, deve ser apreciada tendo em conta, nomeadamente, [...] as especificidades do grupo dos utilizadores a que esse produto se destina”. Ainda assim, observa-se que ao tratar do caso concreto, relativo a dispositivos médicos, o TJUE considerou que a expectativa relevante à luz do art. 6 da diretiva seria a do paciente, isto é, a do grupo dos utilizadores a que o produto se destina: “quanto a dispositivos médicos, como os estimuladores cardíacos e os desfibrilhadores automáticos implantáveis em causa nos processos principais, há que referir que, tendo em conta a sua função e a situação de particular vulnerabilidade dos pacientes que utilizam os referidos dispositivos, as exigências de segurança que esses pacientes podem legitimamente esperar dos mesmos são particularmente elevadas”. TJUE, Quarta Secção, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v. AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse e outra*, Processos n. C-503/13 e C-504/13, 5 mar. 2015. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0503&from=en> (30.01.2022)

conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação<sup>7</sup> do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito” (artigo 7, e). Trata-se da excludente de responsabilidade pelo chamado “risco do desenvolvimento”.

De maneira geral, a excludente de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento diz respeito ao caso de um produto considerado inofensivo conforme os conhecimentos científicos e técnicos em vigor, mas que veio a se demonstrar defeituoso em razão de investigações posteriores. Assim, quando o defeito que ocasionou os danos seja desconhecido e indetectável ao tempo em que o produto foi fabricado, o fornecedor não será responsabilizado pelos danos que houver causado. Em contrapartida, se existente, à época em que o produto foi colocado em circulação, conhecimentos capazes de permitir a descoberta do defeito, não haverá incidência da excludente, e o produtor será responsabilizado objetivamente pelos danos que der causa. Aponta-se que as demandas que visam a reparação por danos devem ser instituídas, nos termos da Diretiva 374, antes do prazo decadencial de 10 anos da colocação do produto em circulação. Ainda, há um prazo prescricional de 3 anos a contar da data em que o lesado tomou o deveria ter tomado conhecimento do dano, do defeito ou da identidade do produtor (art. 10.1 e 11)

Se, por um lado, tal excludente de responsabilidade transfere ao consumidor os riscos que decorrem do desenvolvimento e introdução de novos produtos, por outro lado, ela encoraja o desenvolvimento destes e as inovações técnicas e científicas sem aumentar o seu preço final por razões securitárias, os .....

<sup>7</sup> Considera-se que o produto é colocado em circulação, segundo a interpretação conferida pelo TJUE, “quando sai do processo de fabricação realizado pelo produtor e entra num processo de comercialização em que se encontra no estado de oferta ao público com vista a ser utilizado ou consumido”. TJUE, Primeira Seção, *Declan O'Byrne v. Sanofi Pasteur MSD Ltd e outro*, Processo C-127/04, 9 fev. 2006. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0127> (30.01.2022)



quais poderiam ser obstados caso os produtores pudessem ser responsabilizados pelos danos causados no futuro por defeitos que não poderiam ter sido descobertos à época em que colocados em circulação. Ainda que transfira um risco ao consumidor, Risso esclarece que a excludente pelo risco do desenvolvimento não compromete a sua proteção, porque “a mesma lógica para esta excludente, ou seja, o equilíbrio entre a inovação do fabricante e o acesso do consumidor à reparação, beneficia indiretamente os consumidores europeus, incentivando desenvolvimento tecnológico”<sup>8</sup>. Não obstante, há, na doutrina, quem critique essa alocação do risco criada pela excludente: “do ponto de vista do consumidor, não é justo que ele tenha de suportar o risco total de desenvolvimento. Afinal, o produtor é aquele que se beneficia da produção e comercialização das mercadorias defeituosas que causaram os danos. Portanto, estes últimos devem suportar o risco de acordo com o princípio *qui habet commoda ferre debet onera*”<sup>9</sup>.

Ademais, verifica-se que a excludente é um ponto controvertido no contexto do regime de responsabilidade estabelecido na diretiva europeia, já que “opositores alegam que a excludente iria tirar o valor do regime de responsabilidade objetiva que a diretiva afirmava implementar”<sup>10</sup>, considerando que envolveria uma análise de questões relacionadas à culpa do produtor. Yosifov considera que a coerência do regime previsto seria comprometida pela excludente ao apontar o foco para conduta do produtor, o que é típico da

<sup>8</sup> GIORGIO RISSO, “Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?”, *Journal of Private International Law*, v. 15, n.1, p. 210-233, (2019), p. 224.

<sup>9</sup> IVAYLO YOSIFOV, “Development risk defence under article 7 (e) of the product liability directive – the inevitable clash of negligence and strict liability theories”, *Proceedings of University of Ruse*, v. 56, n. 7, p. 40-44, (2017), p. 41.

<sup>10</sup> DAILY WUYTS, “The product liability directive - more than two decades of defective products in europeu”, *Journal of European Tort Law*, v. 5, n. 1, p. 1-34, (2014), p. 30

responsabilidade baseada na culpa, na medida em que “a excludente depende da avaliação dos esforços do produtor para ter acesso e examinar os conhecimentos científicos e técnicos relevantes em relação a um determinado padrão, a saber, o comportamento de um produtor razoável e cuidadoso”<sup>11</sup>. Nesse sentido, para Steel “parece que as empresas dos ‘setores de alto risco/alta tecnologia’ efetivamente não operam em um ‘regime de responsabilidade objetiva’ sob a Diretiva”, já que a excludente é justificada para a proteção da inovação socialmente desejável, diante do que esta teria “o potencial, dependendo de sua interpretação, de minar o rigor do regime de responsabilidade pelo produto”<sup>12</sup>.

No entanto, discorda-se da posição segundo a qual a excludente comprometeria inteiramente o regime de responsabilidade objetiva previsto para o fato do produto, pois o produtor não será eximido de responsabilidade quando disponíveis conhecimentos sobre os riscos à época em que o seu produto venha a ser colocado em circulação, mesmo que tenha atuado com todo o devido cuidado e cumprido com todos os padrões de segurança existentes<sup>13</sup>. A excludente

<sup>11</sup> Para o autor, essa excludente “contradiz a mera natureza da responsabilidade objetiva, pois se baseia na ausência de culpa da parte do produtor”, diante do exame da “capacidade de descoberta desse conhecimento que se refere à capacidade intelectual do produtor de montar as peças do quebra-cabeça a fim de, nas palavras da referida disposição, ‘permitir a existência do defeito a ser descoberto’. A simples redação do artigo 7 (e) da Diretiva, que usa o verbo ‘enable’, ou seja, permitir, introduz claramente um elemento subjetivo na avaliação da defesa do risco de desenvolvimento”. IVAYLO YOSIFO, *ob cit.*, p. 41, 43 e 44

<sup>12</sup> JENNY STEELE, *Tort law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2014, p. 748 e 749. No mesmo sentido, “a defeituosidade e a excludente pelo risco do desenvolvimento são conceitos importantes que podem introduzir culpa no âmbito da Diretiva. O grau em que eles ‘contaminam’ a responsabilidade objetiva depende da interpretação desses conceitos”. SANNE PAPE, *Warnings and product liability: lessons learned from cognitive psychology and ergonomics*, Haia, Eleven International Publishing, 2012, p. 46.

<sup>13</sup> Nesse sentido, concorda-se com Wuyts, pare quem o regime de responsabilidade é objetivo, embora não seja absoluto: “[...] o produtor deve

pelos riscos do desenvolvimento não estaria enquadrada no domínio da culpa, na medida em que, segundo Calvão da Silva, diz respeito à “impossibilidade absoluta, a impossibilidade geral da ciência e da técnica para descobrir a existência do defeito, e não a impossibilidade subjetiva do produtor”<sup>14</sup>.

Nesse contexto, a própria diretiva deixou aos países da União Europeia a possibilidade de derogarem essa excludente de responsabilidade por meio de suas legislações nacionais (artigo 15, § 1, b). Observa-se que apenas a Finlândia e Luxemburgo<sup>15</sup> adotaram completamente a derrogação da excludente; responsabilizando, assim, o produtor pelos danos decorrentes do defeito do produto mesmo quando comprovado que o estado dos conhecimentos ao tempo em que colocado em circulação não permitia a sua descoberta. Há, ainda, países que optaram por derogar parcialmente a excludente de responsabilidade, criando exceções quanto à sua incidência sobre determinados produtos, como na Espanha no que se refere a medicamentos e alimentos para consumo humano; na França, quando o dano for causado por elemento do corpo humano e produtos dele derivados, e, na Alemanha e na Hungria, no que diz respeito

.....  
ser capaz de se eximir de responsabilidade se fornecer prova da existência de certas circunstâncias exonerantes. No entanto, o produtor não pode [...] eximir-se da responsabilidade provando que agiu como um produtor normal e prudente. A responsabilidade sob a diretiva, entretanto, é objetiva, mas não absoluta. Além do fato de que a responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou rejeitada quando o dano é causado por defeito no produto e pela culpa da pessoa lesada ou qualquer outra pessoa pela qual a pessoa lesada seja responsável, o art. 7 da diretiva fornece um número limitado de excludentes *stricto sensu* que eximem o produtor de responsabilidade”. DAILY WUYTS. *ob. cit.*, p. 28-29

<sup>14</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 513.

<sup>15</sup> Na Finlândia e em Luxemburgo, não está previsto o risco do desenvolvimento no rol de excludentes respectivamente da seção 7 e do art. 4 das legislações específicas sobre responsabilidade pelo produto.

à responsabilidade pelos danos causados por produtos medicinais humanos, previstos em lei específica<sup>16</sup>.

Para fins de compreender o âmbito de aplicação dessa excludente de responsabilidade, importante investigar se “a indescoberta significa que é absolutamente impossível descobrir o defeito ou isso envolve a questão sobre não poder ser razoavelmente exigido de um produtor que este devesse ter descoberto o risco?”<sup>17</sup> Verifica-se que o TJUE, em 1995, no julgamento de um procedimento apresentado pela Comissão Europeia em face do Reino Unido<sup>18</sup>, decidiu que, para que a excludente fosse aplicada, “o produtor deve provar que o estado *objetivo* [grifou-se] dos conhecimentos científicos e técnicos, incluindo o nível mais avançado de tal conhecimento, [...] não permitia a descoberta do defeito” e “que o conhecimento era acessível ao tempo em que o produto foi colocado em circulação”. Portanto, o TJUE concluiu que o estado do conhecimento deve ser avaliado objetivamente e, ainda, introduziu um elemento de acessibilidade deste conhecimento.

A respeito do significado do “estado do conhecimento”, considerando que novos estudos e descobertas podem ser inicialmente criticados pela maioria da comunidade científica, mas, com a passagem do tempo, podem ser endossados por unanimidade, o Procurador-Geral, em seu parecer nesse caso, afirma que este “não pode ser identificado com os pontos de vista expressos pela maioria da doutrina, mas com

<sup>16</sup> Na Espanha, conforme artigo 6, 3 da lei 22/1994. Na França, conforme art. 1245-11 do Código Civil. Na Alemanha, conforme seção 15. 1, da lei de responsabilidade pelo produto. Na Hungria, conforme seção 14. 2. A, da lei de responsabilidade pelo produto.

<sup>17</sup> SANNE PAPE, *ob. cit.*, p.47.

<sup>18</sup> TJUE, Quinta Seção, *Comissão das Comunidades Europeias v. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, Processo C-300/95, 29 maio 1997. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0300> (30.01.2022)

o nível mais avançado de pesquisa que foi realizada em um determinado momento”<sup>19</sup>. Ao questionar essa concepção do conhecimento abarcada na excludente conforme estabelecida pelo Procurador-Geral no que toca ao nível mais avançado de pesquisa, Mildred critica que o padrão poderia ser definido por uma pesquisa mesmo sendo obscura, contraindutiva ou desamparada de evidência: “não está claro como tal abordagem se encaixa com o conceito de um ‘estado’ de conhecimento, uma frase que parece implicar algum consenso ou base estabelecida”<sup>20</sup>. No entanto, essa espécie de discussão sobre a aceitação do conhecimento no âmbito científico deveria ser evitada, sob pena de frustrar a objetividade do critério. Para Howells e Owen, não se poderia conjecturar a respeito de certos pormenores científicos de aceitação, pois “é mais provável que seja uma questão de fixar a responsabilidade ao tempo em que o primeiro conhecimento do risco foi conhecido, antes de quando esses primeiros resultados de pesquisa se tornaram aceitos no geral. Esse entendimento do âmbito da excludente assegura que exista uma diferença significativa entre a responsabilidade objetiva e a negligência”<sup>21</sup>.

Já em relação ao critério de “acessibilidade” estabelecido pelo TJUE, Arbour considera que se trata da “questão menos preocupante”, eis que atualmente é questionável “devido à proliferação de bancos de dados e mecanismos de busca *online* (por exemplo, serviços de acesso aberto, Goo-

---

<sup>19</sup> TJUE, *Conclusões do advogado-geral Tesouro apresentadas em 23 de janeiro de 1997*, Comissão das Comunidades Europeias v. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CC0300&from=HR> (30.01.2022)

<sup>20</sup> MARK MILDRED, “The development risks defence”, In. *Product liability in comparative perspective*, DUNCAN FAIRGRIEVE (Org.), Cambridge University Press, 2009, p. 184.

<sup>21</sup> GERAINT HOWELLS, DAVID OWEN, “Products liability law in america and europe”, In. *Handbook of research on international consumer law*, GERAINT HOWELLS, IAIN RAMSAY, ET. AL (org.), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 250.

gle Scholar, etc.) e à hegemonia da língua inglesa dentro da academia e da comunidade científica”<sup>22</sup>. Assim, o exemplo dado pelo Procurador Geral em seu parecer<sup>23</sup> seria insuficiente diante da revolução na publicação científica, pois “agora leva apenas alguns segundos para localizar uma revista chinesa e, se não houver uma versão em inglês da página web disponível, carregar o conteúdo em uma ferramenta *online* de tradução, como o Google Scholar, e acessar um resumo, se não todo o conteúdo do papel instantaneamente”<sup>24</sup>.

Outra questão bastante discutida a respeito do âmbito de aplicação da excludente diz respeito ao conteúdo do conhecimento, isto é, se este precisaria estar relacionado apenas a um risco em geral (conhecimento da existência do risco) ou se precisaria ser capaz de identificar/detectar o defeito no determinado produto. Esse ponto também diz respeito à relevância ou não da inevitabilidade do risco. No

<sup>22</sup> MARIE-ÈVE ARBOUR, *ob. cit.*, p. 927. Ainda sobre o critério de acessibilidade, há quem afirme que seria um elemento de discussão sobre culpa: “a ECJ, entretanto, reduziu o efeito da excludente e consequentemente introduziu um elemento de culpa ao exigir que o conhecimento deve ter sido acessível no momento em que o produto em questão foi colocado em circulação. Em consequência, se o conhecimento relevante sobre o defeito não era acessível, o produtor escapa da responsabilidade”. SANE PAPE, *ob. cit.*, p. 48

<sup>23</sup> Para ele, a disponibilidade no sentido de acessibilidade pode ser afetada por vários fatores, exemplificando que não se poderia responsabilizar um produtor europeu se, à época em que posto em circulação, tivessem descoberto o defeito em um estudo publicado em chinês em um jornal local na China, diante do que “o ‘estado de conhecimento’ deve ser interpretado de modo a incluir todos os dados do circuito de informação da comunidade científica como um todo, tendo em mente, entretanto, com base em um teste de razoabilidade, as oportunidades reais para a informação circular”. TJUE, *Conclusões do advogado-geral...cit.*

<sup>24</sup> MARION PALMER, CAROLINE MOORE, “European union: the development risks defence: how future-proof is it?”, *International Products Law Review*, v. 74, p. 10-11, jul. (2019), p. 10. No entanto, as autoras não desconhecem que, como resultado disso, embora a falta de acessibilidade não possa mais ser alegada, surge “uma nova e potencialmente mais desafiadora dificuldade: a capacidade de assimilar, racionalizar e avaliar toda a literatura relevante”.

Reino Unido, no caso *A. v. National Blood*<sup>25</sup>, em sua defesa, o réu alegou que o sangue contaminado não seria defeituoso, mas, mesmo que o fosse, seria aplicável a excludente de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, pois, embora os profissionais de saúde soubessem que havia risco de que o sangue pudesse estar infectado, não havia mecanismo para testá-lo para a Hepatite C, de forma que o risco e o dano eram inevitáveis. No entanto, para o tribunal, “uma vez conhecida a existência do defeito, existe então o risco de que esse defeito se materialize em qualquer produto em particular”. Assim, a resposta é a de que “os riscos conhecidos não se qualificam no Artigo 7(e) [da diretiva], mesmo que inevitáveis no produto em particular”<sup>26</sup>, de modo que, se o risco de dano era conhecido, seria irrelevante que o conhecimento científico/técnico atual o tornasse inevitável. Com base nessa decisão, entendeu-se que “o artigo 7(e) não implementa uma excludente baseada na evitabilidade, mas baseada no conhecimento acessível”<sup>27</sup>.

.....

<sup>25</sup> Trata-se de uma ação em face de órgãos do Serviço Nacional de Saúde, em nome de 114 demandantes que, a partir da vigência em 1988 da lei que implementou a diretiva, receberam transfusões de sangue ou hemoderivados e foram infectados com o vírus da Hepatite C do sangue dos doadores. O vírus em si foi identificado em maio de 1988, e o seu teste de detecção só se tornou disponível na metade da década de noventa. No entanto, à época, havia dois procedimentos (conhecidos como testes substitutos) que eram possíveis indicadores da presença do vírus, sendo usados nos Estados Unidos, Alemanha e alguns outros países da Europa, mas não no Reino Unido. ENGLAND AND WALES HIGH COURT (QUEEN'S BENCH DIVISION), *A. and others v. National Blood Authority and others*. [2001] EWHC QB 446, 26 mar. 2001. Disponível em <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2001/446.html> (30.01.2022)

<sup>26</sup> Para o tribunal, “seria inconsistente [...] com o objetivo da Diretiva se um produtor, no caso de um risco conhecido, continuasse a fornecer produtos simplesmente porque, e apesar disso, ele não é capaz de identificar em qual dos seus produtos o defeito vai ocorrer, ou, mais relevante em um caso como este, em que o produtor é obrigado a fornecer, continua a fornecer sem aceitar a responsabilidade por quaisquer danos resultantes, por seguro ou de outra forma”.

<sup>27</sup> DAILY WUYTS, *ob. cit.*, p. 32.

Isso significa que aquilo que precisa ser detectável é o problema genérico, mesmo que não seja possível identificar o defeito em um caso individual antes da sua manifestação, razão pela qual a excludente não se aplicaria caso o risco fosse genericamente previsível, independentemente da sua inevitabilidade<sup>28</sup>. Portanto, para os riscos do desenvolvimento, importaria a indetetabilidade ou incognoscibilidade do defeito, e não eventual inevitabilidade.

Um outro aspecto interessante a ser mencionado a respeito do caso *A. v. National Blood* é apontado por Pilgerstorfer, para quem, nesta decisão, abordou-se a questão sobre a aplicação da excludente pelos riscos do desenvolvimento com a própria questão sobre o produto ser defeituoso<sup>29</sup>. De maneira diversa, no caso *Abouzaid v. Mothercare*, o tribunal britânico expressamente referiu serem questões distintas que deveriam ser tratadas separadamente<sup>30</sup>.

.....

<sup>28</sup> Não obstante, é preciso esclarecer que existem julgados em que outra posição foi adotada. Exemplifica-se que, em um caso também envolvendo sangue infectado, o tribunal distrital de Amsterdã considerou como suficiente para aplicação da excludente o fato de que a infecção por HIV não poderia ser detectada durante o período da "janela imunológica". No caso, o tribunal decidiu que a excludente pelo risco do desenvolvimento se aplicava não apenas ao conhecimento do risco, mas também a sua evitabilidade, razão pela qual, dada a impossibilidade científica de detectar a contaminação pelo vírus no referido período, o réu não poderia ser responsabilizado. Conforme reportado na base de dados do *Product Liability Forum*. COUNTY COURT OF AMSTERDAM, *Scholten v The Foundation Sanquin of Blood Supply*, NJ 621. H 98.0896, 3 fev. 1999. Disponível em <https://www.biicl.org/plf/thenetherlands/3february1999> (30.01.2022)

<sup>29</sup> MARCUS PILGERSTORFER, *European product liability. a comparative study of 'development risks' in english and german law*. 2019. 231 f. Thesis (Doctor of Philosophy) - Faculty of Humanities, University of Manchester, 2019, p.143.

<sup>30</sup> Nesse sentido: "Esse raciocínio, como me parece, elide duas questões que a Lei exige que sejam consideradas separadamente. A primeira é 'que grau de segurança as pessoas geralmente têm o direito de esperar'. A segunda é 'o estado do conhecimento científico e técnico em 1990 era tal que fosse esperado de um produtor de produtos desta natureza ter descoberto o defeito'. A segunda questão é relevante para a defesa legal sob a seção 4(1)(e) da Lei. Mas, a meu ver, não tem nada a ver com a primeira pergunta.



Sobre isso, cita-se também dois *leading cases* quanto à aplicação da excludente de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento pelo Tribunal de Justiça Federal alemão (BGH) [*Bundesgerichtshof*], nos quais identifica-se o importante papel que tem a categorização do defeito na análise sobre a incidência da excludente. No caso *Sparkling Water Bottle II*, o BGH decidiu que a excludente em questão não se aplica a defeitos decorrentes da fabricação, pois “os riscos de desenvolvimento são apenas perigos que surgem do projeto de um produto e não poderiam ser evitados de acordo com o estado da arte mais recente, mas não os erros que não podem ser evitados durante a produção”<sup>31</sup>. Ou seja, a aplicação da

.....  
A defesa legal, em relação à qual o ônus é claramente do produtor, como réu, não se torna relevante a menos que, e até que, o requerente tenha satisfeito o tribunal, sob a seção 3(1) da Lei, de que a segurança do produto fica abaixo do que as pessoas geralmente têm o direito de esperar”. ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION), *Abouzaid v. Mothercare (UK) LTD*, Case n. B3/2000/2273, 21 dez. 2000. Disponível em <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/348.html> (30.01.2022)

<sup>31</sup> No caso concreto, uma garrafa de água mineral com gás explodiu causando sérias lesões oculares em uma criança, que demandou contra o produtor pelos danos sofridos. De acordo com o BGH, a garrafa era defeituosa, porque as evidências mostraram que a explosão havia ocorrido ou por uma rachadura em um ponto não especificado da garrafa, ou por uma lasca considerável na extremidade superior. Se a explosão tivesse ocorrido por uma lasca, tratada como a opção mais provável, a área lascada seria detectável e poderia ter sido descoberta, razão pela qual a excludente não se aplicaria; sendo que se a explosão tivesse ocorrido por uma rachadura, seria um defeito de fabricação raro e inevitável, o que se entendeu que não estaria abrangido pela excludente. Nas palavras do BGH: “se tais erros ocorrerem nas garrafas destinadas ao reabastecimento durante o processo de enchimento ou se rachaduras finas que ocorreram anteriormente permanecerem não detectadas, então, em qualquer caso, não são defeitos de desenvolvimento que ocorreram durante o projeto. A responsabilidade por esses chamados ‘outliers’ não pode, então, ser excluída com base na seção 1, parágrafo 2, n. 5 do ProdHaftG”. [grifou-se]. BGH, *Sparkling Water Bottle II*, Urt. v. 09.05.1995, Az.: VI ZR 158/94. Disponível em <https://research.wolterskluwer-online.de/document/6828387a-b70e-4458-9645-9f2551354213> (30.01.2022). No entanto, aponta-se que, conforme informado em relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da diretiva, outros tribunais, como no Reino Unido e nos Países Baixos, não concordam com essa interpretação

excludente de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento só ocorreria em se tratando de defeitos de projeto, e não em defeitos de fabricação, nos quais há um desvio de um ou alguns produtos em relação a concepção ideal do produto, sendo muitas vezes evitáveis no processo produtivo, fática ou economicamente. Ainda, no caso *Airbag* – no qual o airbag do lado do motorista foi acionado incorretamente resultando em lesões neste – o BGH entendeu que o caso envolvia defeitos de design e informação, sendo que a excludente se aplicava a ambas as espécies de defeito referidas<sup>32</sup>.

### 3. OS “RISCOS DO DESENVOLVIMENTO” E A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO NO BRASIL

No Direito brasileiro, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto também é objetiva, isto é, independentemente da existência de culpa, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo que os elementos essenciais para essa responsabilidade também são o defeito do produto (relacionado à “segurança que se possa

.....  
pela qual a excludente de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento não se aplica a defeitos de fabricação. EUROPEAN COMMISSION, *Report from the commission to the european parliament, the council and the european economic and social committee*, Bruxelas, 8 set. 2011. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0547&from=EN> (30.01.2022)

<sup>32</sup> Nesse sentido “uma exclusão de responsabilidade também é necessária se a instrução se provar defeituosa devido a um perigo que não era reconhecível de acordo com o estado da ciência e da tecnologia no momento da colocação do produto no mercado”. Ainda em relação ao caso *Airbag*, também importa apontar que o BGH reformou o entendimento do tribunal *a quo* (que havia determinado a aplicação da excludente por referência a se subjetivamente o produtor particular era capaz de descobrir o defeito), concluindo que, em realidade, a capacidade de descoberta deve ser analisada objetivamente. BGH, *Airbag*, Urt. V. 16.6.2009 VI ZR 107/08, NJW 2009, 2952, 16 jun. 2009. Disponível em [www.juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=48599&pos=20&anz=565&Blank=1.pdf](http://www.juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=48599&pos=20&anz=565&Blank=1.pdf) (30.01.2022)

legitimamente esperar” dele), o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Embora a Diretiva 374 da União Europeia tenha inspirado o legislador brasileiro a pautar a responsabilidade civil do fornecedor na existência de um defeito do produto, verifica-se que, diferentemente do instrumento normativo europeu, não há no diploma legal brasileiro previsão expressa excluindo a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Aliás, é em razão dessa omissão legislativa que parte da doutrina sustenta que tal excludente não existe no Direito brasileiro<sup>33</sup>, todavia, mesmo reconhecendo a taxatividade do art. 12, §3º, do CDC, seria possível admitir uma excludente não expressamente contida na norma quando decorrente da descaracterização dos pressupostos do *caput* (dano, defeito e nexo de causalidade entre eles).

Observa-se que, na doutrina brasileira sobre o tema, argumentos de natureza principiológica podem ser sustentados em ambos os lados. A responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento se justificaria nos direitos básicos à proteção da segurança do consumidor e à efetiva reparação dos danos por ele sofridos (art. 6º, I e VI, CDC), o que estaria calcado na defesa do consumidor como um princí-

.....

<sup>33</sup> Considerando essa opção do legislador por não tratar expressamente da excludente em questão, os juristas presentes na I Jornada de Direito Civil aprovaram o Enunciado n. 43, cuja redação dispõe que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. Há quem aponte que o risco do desenvolvimento se relaciona com o fato do produto e, portanto, envolve direitos de grande relevância, motivo pelo qual “somente poderia ser admitido no ordenamento jurídico de modo expreso, como ocorre nos países europeus que adotaram a Diretiva 85/374, e jamais implícito. [...] não havendo margem à dúvida quanto à interpretação taxativa do rol do § 3º do art. 12 do CDC, no qual o risco do desenvolvimento não se inclui”. SILMARA CHINELATO, ANTONIO CARLOS MORATO, “O risco do desenvolvimento nas relações de consumo”, In. *Responsabilidade civil. estudos em homenagem ao professor rui geraldo camargo viana*, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ROGÉRIO DONNINI (org.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. p. 57-58.

pio da ordem econômica (art. 170, V, CF) e cuja promoção deve ser dada pelo Estado na forma da lei (art. 5º, XXXII, CF). Por sua vez, a não responsabilização do fornecedor estaria baseada não apenas na livre iniciativa, que é fundamento da ordem econômica (art. 170, caput) e da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF), mas no princípio da Política Nacional das Relações de Consumo de harmonização dos interesses dos participantes da relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (art. 4º, III, CDC).

Passando a análise dos argumentos mais específicos, interessa destacar que uma hipótese expressa de exclusão de responsabilidade no CDC é a inexistência de defeito é (art. 12, §3º, II). Em vista do conceito previsto na lei de defeito e as principais circunstâncias a serem levadas em consideração para a sua verificação, o defeito será *inexistente* quando o produto atender as legítimas expectativas de segurança cuja análise deve levar em conta “os riscos que razoavelmente dele se esperam” e “a época em que foi colocado em circulação” (art. 12, §1º, II e III). Na verificação de defeituosidade do produto, Coelho observa que a “avaliação da deficiência de segurança deve ser feita não em função das expectativas nutridas pelos consumidores, mas pelas condições objetivas do próprio produto, considerando-se o desenvolvimento da ciência e tecnologia, o perfil do público-alvo a ser atendido e até mesmo a conjuntura econômica”<sup>34</sup>. Assim, na medida em que deve levar em conta os riscos que razoavelmente dele se esperam e à época em que foi colocado em circulação, essa verificação do defeito do produto compreenderia a conside-

.....  
<sup>34</sup> FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*, volume 2. 2. ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020.

ração sobre a existência ou não de conhecimentos técnicos e científicos a respeito do risco. A conclusão pretendida é a de exonerar, com base na inexistência do defeito, o fornecedor de responsabilidade pelo fato do produto que, à época em que introduzido no mercado, não poderia ser detectado como defeituoso e que atendia às expectativas de segurança – até porque a expectativa de segurança não poderia ir além dos conhecimentos científico e técnico até então existentes.

É nesse contexto de exclusão de responsabilidade pela inexistência de defeito que alguns autores, entre eles Tepedino, admitem a excludente pelos riscos do desenvolvimento como uma solução consentânea com o sistema jurídico brasileiro: “não há defeito imputável ao fornecedor quando, nos termos do art. 12, §1, III, tendo em conta a época em que o produto foi posto em circulação, não existe vício de segurança, consubstanciado na ruptura entre o funcionamento do produto ou serviço e o que deles espera legitimamente o consumidor, com base no atual conhecimento científico”<sup>35</sup>. Assim, diante da determinação do CDC para que se analise o defeito do produto levando-se em consideração a época em que foi colocado no mercado, Theodoro Júnior explica que a posição da diretiva europeia teria sido adotada pela legislação brasileira “no sentido de afastar o defeito pelo risco de desenvolvimento do produto”, a partir do que “o fornecedor se exime da responsabilidade se comprovar que à época em que colocou o seu produto no mercado, a comunidade científica desconhecia os riscos a ele inerente”<sup>36</sup>. Para

<sup>35</sup> GUSTAVO TEPEDINO, ALINE TERRA, GISELE GUEDES, *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*, 2. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 261.

<sup>36</sup> HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Direitos do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 79. Por outro lado, para Denari, tal previsão do CDC segundo a qual a análise da ocorrência ou não de um defeito leva em consideração à época em que o produto foi colocado no mercado (12, §1, III) não importaria na adoção da excludente de responsabilidade: “a dicção normativa do inc. III do art. 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor,

Marins de Souza, o risco do desenvolvimento não seria um defeito juridicamente relevante, considerando que seria lícito ao fornecedor inserir no mercado produtos que não saiba nem deveria saber resultarem perigosos, em razão do grau de conhecimento científico à época não permitir tal conhecimento: “diante disso não se pode dizer ser o risco de desenvolvimento defeito de criação, produção ou informação, enquadramento este que é indispensável para que se possa falar em responsabilidade do fornecedor”<sup>37</sup>. Também para Stoco, em se tratando dos riscos do desenvolvimento, não há defeito de concepção, pois “o defeito de concepção ou do produto, como resultado desse desenvolvimento, só se revela quando há, na origem, imperfeição ou deficiência que poderia ser identificada, tendo em vista o estágio e desenvolvimento técnico e científico naquele momento de criação”<sup>38</sup>.

.....

está muito distante de significar adoção da *teoria dos riscos de desenvolvimento*, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Europeia”. ZELMO DENARI, “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”, In. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único*. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO HERMAN DE V. E BENJAMIN, ET AL. (org.), 12. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 199.

<sup>37</sup> O autor faz uma distinção entre defeitos juridicamente relevantes e irrelevantes. Os primeiros se subsumam aos elencados no caput do art. 12, enquanto os últimos são aqueles que não estão elencados no caput do art. 12 (defeitos outros que não sejam de criação, produção ou informação), como, por exemplo, os riscos do desenvolvimento. A excludente de responsabilidade pela inexistência do defeito trata do defeito juridicamente relevante, pois “somente interessa para a responsabilização do fornecedor a existência de defeito juridicamente relevante”. Diante disso, os defeitos juridicamente irrelevantes não podem levar à responsabilização do fornecedor: “ao arguir a exceção de defeito, cabe então ao fornecedor realizar a prova de inexistência de qualquer dos defeitos elencados no caput do art. 12, e/ou provar que o defeito causador do dano não se encaixa em qualquer daquelas categorias, e, portanto não tem o condão de levar à responsabilização”. JAMES MARINS DE SOUZA, “Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 118-133, abr./jun. (1993).

<sup>38</sup> Assim, o autor conclui que “não se há falar em responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, se no momento em que o produto foi concebido

Não obstante a interpretação que abarca os riscos do desenvolvimento no âmbito da exclusão de responsabilidade pela inexistência do defeito (art. 12, §3º, II), observa-se a existência de uma posição distinta em relação ao tema. Cavaliere Filho considera que os riscos do desenvolvimento seriam uma espécie do gênero “defeito de concepção” que decorreria justamente da carência, à época da concepção, de informações científicas sobre os riscos: “o risco do desenvolvimento diz respeito a um defeito de concepção, que, por sua vez, dá causa a um acidente de consumo por falta de segurança”<sup>39</sup>. Diante disso, considerando que a responsabilidade só é afastada quando o defeito é inexistente, não haveria que se falar em exclusão da responsabilidade quando houver defeito de concepção. Assim, para o autor, os riscos do desenvolvimento “devem ser enquadrados como fortuito interno - risco integrante da atividade do fornecedor-, pelo que não exonerativo da sua responsabilidade”<sup>40</sup>. No mesmo sentido, Miragem entende que, “ao se tratar das situações abrangidas pelos riscos do desenvolvimento, se estará referindo a defeito intrínseco ao produto, em geral decorrente do momento de sua criação ou concepção, tais defeitos a princípio já estarão presentes, como espécies de defeitos de concepção, ainda que perceptíveis a priori”<sup>41</sup>.

.....  
estava apto a ser consumido ou utilizado e atendia às exigências tecnológicas do momento”. RUI STOCO, “Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. (2007).

<sup>39</sup> SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2019, p. 341. No mesmo sentido: “os riscos de desenvolvimento constituem modalidade de defeito de projeto ou concepção do produto ou do serviço estando perfeitamente enquadrados nos arts. 12, caput, e 14, caput do CDC”. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 335

<sup>40</sup> SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *ob. cit.*, p. 340

<sup>41</sup> BRUNO MIRAGEM, *Curso de direito do consumidor*, 5. ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 570.

Além disso, observa-se que o art. 10 do CDC – cuja redação preconiza que o fornecedor não deve oferecer no mercado produtos que sabe ou deveria saber serem excessivamente nocivos ou perigosos – também é objeto dessas interpretações distintas em relação ao tema, embora haja quem sustente que o dispositivo sequer teria pertinência no que toca à presente discussão<sup>42</sup>. Veja-se que, para Coelho, a excludente de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento decorreria do art. 10 do CDC, pois o fornecedor não teria o dever de saber sobre a periculosidade quando não houver condições que o permitam fazê-lo, diante do que, à semelhança da lição de Marins de Souza, o fornecedor não estaria proibido de oferecer produtos cujos riscos não poderiam ter sido detectados à época<sup>43</sup>. Por outro lado, Tartuce conclui em sentido diverso, entendendo que o fornecedor responde pelos riscos do desenvolvimento à luz das ideias de risco-proveito e de risco do empreendimento: “a responsabilidade, na proporção do risco presente, pode ser retirada do art. 10 da Lei 8.078/1990 [CDC], eis que o fornecedor não poderá colocar no mercado produto que sabia ou deveria saber tratar-se de perigoso”<sup>44</sup>.

Já que a incidência ou não da responsabilidade civil do fabricante pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento não encontra uma solução expressa no CDC<sup>45</sup>, Wesen-

.....

<sup>42</sup> Nesse sentido: “o cumprimento do art. 10, caput, do CDC, pode ter relevância para outros aspectos da proteção do consumidor, como a prática de infrações administrativas ou penais pelo fornecedor, mas não para a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento”. GUILHERME REINIG, *A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 112.

<sup>43</sup> FÁBIO ULHOA COELHO, *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 86.

<sup>44</sup> FLÁVIO TARTUCE, DANIEL NEVES, *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, 10. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 246.

<sup>45</sup> Nota-se que, de certa maneira parecida com a falta de solução expressa referida pela autora em relação ao CDC, no qual não há previsão



do dock afirma que a responsabilização do fornecedor em favor das vítimas poderia ser fundamentada na disciplina do CC de 2002, no qual o sistema de cláusulas gerais foi ampliado para incluir uma regra de responsabilidade objetiva fundada no risco derivado de produtos postos em circulação, nos termos do art. 931. Segundo a autora, para fundamentar a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento do produto, seria mais benéfico ao consumidor utilizar nesse caso<sup>46</sup>, em vez do art. 12 do CDC, o art. 931 do CC, porque a sua redação, ampliando o âmbito de proteção do consumidor, não abre espaço para a discussão em torno da época em que o produto foi colocado em circulação, eis que não estabelece o defeito do produto como requisito para incidência da responsabilidade<sup>47</sup>. Inclusive, o raciocínio que visa a incidência

.....  
que inclua ou exclua a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, tal também não é tratada expressamente pelo art. 931 do CC ou por ele excluída: "art. 931 do CC: Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

<sup>46</sup> Ainda, conforme Wesendock, essa solução é especialmente importante em se tratando da responsabilidade do fabricante de medicamentos, já que a redação original do dispositivo na fase do projeto e anteprojeto do código se dirigia especificamente à atividade do farmacêutico, sendo que depois optou-se por abranger a responsabilidade civil de qualquer empresa ou empresário pelos danos decorrentes dos produtos postos em circulação. TULA WESENDONCK, "A responsabilidade civil pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento do medicamento sifrol", *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 123, p. 161-183, maio/jun. (2019).

<sup>47</sup> Entendendo de maneira diversa, para Tartuce, o art. 931 do CC apenas repete aquilo que foi estabelecido no art. 12 do CDC, pois "sendo certo que somente foi mantido tal comando na nova codificação porque quando da sua elaboração o Código de Defesa do Consumidor ainda não existia em nosso ordenamento jurídico. Não se trata, assim, de uma novidade introduzida pelo Código Civil de 2002". O autor explica que o art. 931 não seria uma novidade, na medida em que o CDC também já atingia os empresários individuais e empresas não apenas nas relações com os destinatários finais (art. 2 e 3 do CDC), mas também nas relações com outras empresas, diante de uma relação direta ou imediata, pelo conceito de consumidor por equiparação ou *bystandard* (art. 17 e 29, CDC). FLÁVIO TARTUCE, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil - v. 2*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019.

da norma da legislação civil, por ser mais benéfica ao consumidor, iria ao encontro do diálogo das fontes defendido por Lima Marques e Miragem<sup>48</sup>.

Wesendonck reflete especificamente sobre a existência de um cenário de riscos desconhecidos do uso da nanotecnologia para a formação de novos produtos e substâncias e de incerteza sobre os efeitos da interação das nanopartículas com o corpo humano e o meio ambiente. No que toca à responsabilidade pelos danos derivados dos produtos gerados pela nanotecnologia, a autora explica que tal pode se dar em duas situações: “a primeira incide quando o fabricante tem ou deveria ter conhecimento dos efeitos nocivos em relação ao produto e não os revela, deixando de advertir o consumidor sobre esses efeitos. Já a segunda ocorre quando o fabricante não informa ao consumidor sobre os efeitos nocivos do produto, por não ter conhecimento sobre os mesmos”<sup>49</sup>, sendo que, na primeira situação, a responsabilidade decorre do fato do produto pelo defeito de informação e, na segunda, pelos danos que decorrem dos riscos do desenvolvimento. A respeito da primeira hipótese de defeito, importa destacar que “o ordenamento brasileiro estabelece a responsabilidade civil pelo defeito de informação quando um efeito colateral é cognoscível, diante do estágio a que se encontra o estado da arte no momento em que o produ-

.....  
<sup>48</sup> Nas situações em que a aplicação de norma do CC se revelar mais benéfica ao consumidor, esta deve ser aplicada de maneira subsidiária e complementar. BRUNO MIRAGEM, “Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro”, In. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, CLÁUDIA LIMA MARQUES (coord.), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 76.

<sup>49</sup> TULA WESENDONCK, “Algumas reflexões sobre a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento no uso de nanotecnologias no direito brasileiro”, In. *Responsabilidade civil e novas tecnologias*, GUILHERME MARTINS, NELSON ROSENVALD, ET. AL. (Org.), Indaiatuba, Foco, 2020, p. 27.

to é colocado em circulação"<sup>50</sup>. No segundo caso, a autora reafirma que a responsabilidade do fabricante pelos danos que decorrem dos riscos do desenvolvimento se impõe pelo art. 931 do CC, devendo ser aplicado às relações de consumo porque amplia o âmbito de proteção do consumidor, ao evitar a discussão em torno da época em que o produto foi colocado em circulação, já que não faz referência a essa expressão contida no art. 12, §1º, III, do CDC.

Além das correntes citadas, observa-se uma perspectiva singular apresentada por Khouri, pela qual a excludente de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento estaria relacionada à necessidade e essencialidade do produto em questão. Isso porque o autor argumenta que, quando houver dúvida quanto à avaliação dos conhecimentos científicos à época da introdução do produto no mercado e o produto puder apresentar um possível defeito, este só poderia ser comercializado se considerado essencial à coletividade<sup>51</sup>. Ou seja, para Khouri, nesses casos, não poderia ser introduzido no mercado o produto que não fosse essencial – sendo en-

<sup>50</sup> Nesse caso, considerando inclusive o reforço do art. 31 do CDC dessa obrigação de cumprir de modo adequado o dever de informar os riscos, a autora refere que "o fornecedor precisa inserir na identificação do produto informação suficiente, clara e precisa, através de rótulos e advertências sobre a utilização de nanotecnologia para elaboração do produto, precisa informar sobre a presença de nanopartículas no produto e também é necessário referir os riscos ou a incerteza de segurança de isolamento das partículas em escala nano que poderiam circular livremente, escapar do produto e causar efeitos indesejados" TULA WESENDONCK. "Algumas reflexões...", *cit.*

<sup>51</sup> Nas palavras do autor: "para se aferir tal 'risco', deve-se avaliar o estágio da técnica científica no momento da introdução do produto ou serviço no mercado. Entretanto, na dúvida, por força do disposto no art. 8º do CDC, se o produto ou serviço pode apresentar um possível defeito, os mesmos só podem ser introduzidos no mercado na hipótese de serem essenciais à coletividade. Não havendo essa essencialidade, o produto ou serviço não pode ser introduzido no mercado e o fornecedor que, mesmo assim, os comercializa assume para si todos os riscos decorrentes do consumo desse produto". PAULO KHOURI, *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, São Paulo, Atlas, 2021, p. 212.

tendido como essencial aquela cuja coletividade não pode abrir mão, ainda que o seu consumo possa causar eventual dano –, sob pena de o fornecedor assumir todos os riscos dele decorrentes caso ainda assim o comercializasse. Nesse contexto, Khouri apresenta dois exemplos a respeito da incidência ou não da excludente de responsabilidade envolvendo produtos que podem eventualmente causar danos aos consumidores, em que pese o estágio científico atual não seja capaz de identificar um defeito. O primeiro é o caso de uma vacina para determinada doença que, ainda que venha a provocar sequelas em algumas pessoas, não poderia ter sua comercialização impedida, haja vista que a coletividade não teria como satisfazer tal necessidade essencial por outros meios, razão pela qual o risco em relação aos danos à saúde ou segurança dos consumidores pertenceria a própria coletividade que se beneficia da vacina, não podendo ser imposto ao fabricante sob pena de inibir a pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, um fornecedor não poderia se beneficiar da excludente do risco do desenvolvimento em um produto como a soja transgênica, se, no futuro, esta vier a se revelar como prejudicial à saúde ou segurança dos consumidores, posto que, embora não se pudesse no atual estágio do conhecimento demonstrar cabalmente a potencialidade neste caso, os consumidores ainda teriam como satisfazer suas necessidades alimentares através da soja convencional<sup>52</sup>.

Por fim, aponta-se que recentemente, em 2020, o STJ fez referência as doutrinas de Cavalieri Filho e Miragem a respeito da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento no julgamento do Recurso Especial n. 1774372 -RS<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> PAULO KHOURI, *ob. cit.*, p. 213.

<sup>53</sup> STJ, Terceira Turma, *Recurso Especial n. 1774372 -RS*, Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda v. Maria Amélia Souza da Rocha (espólio), Relatora Ministra Nancy Andrighi, 5 maio 2020.

No caso, a consumidora aduziu a responsabilidade objetiva do laboratório fabricante pelos danos causados pela dilapidação do seu patrimônio resultante do uso de um medicamento para Parkinson no período de 2001 a 2003, sustentando a ausência de informação na bula sobre a dependência por jogos (jogo patológico), o que só foi inserido posteriormente ao início do seu tratamento. Para o STJ, a situação narrada ensejaria responsabilidade civil objetiva do fabricante em razão da violação do dever de informar: “o risco inerente ao medicamento impõe ao fabricante um dever de informar qualificado (art. 9º do CDC), cuja violação está prevista no § 1º, II, do art. 12 do CDC como hipótese de defeito do produto”. A respeito dos riscos do desenvolvimento, a Ministra Relatora refere que “ainda que se pudesse cogitar de risco do desenvolvimento, entendido como aquele que não podia ser conhecido ou evitado no momento em que o medicamento foi colocado em circulação, tratar-se-ia de defeito existente desde o momento da concepção do produto, embora não perceptível *a priori*, caracterizando, pois, hipótese de fortuito interno”. Assim, concluiu-se que “seja com base na falha do dever de informar, seja com base no risco do desenvolvimento, não merece reparo o acórdão recorrido no que tange à imputação de responsabilidade objetiva ao laboratório pelo acidente de consumo sofrido pela paciente”.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao tratar sobre a excludente de responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento no âmbito da União Europeia, foi possível identificar que as interpretações sobre a matéria continuam bastante controversas. Inclusive, a doutrina que confere uma interpretação ampla sobre o conteúdo da excludente entende até mesmo que esta seria capaz de comprometer a própria objetividade da responsabilidade

estabelecida na diretiva. No entanto, acredita-se que, para manter-se a coerência do sistema objetivo, a interpretação adequada a ser conferida a excludente, no que toca à cognoscibilidade do conhecimento sobre o risco, deve dizer respeito a uma impossibilidade absoluta da ciência/técnica, e não a impossibilidade subjetiva do produtor.

Além disso, observou-se a existência de outras questões controversas que permeiam a discussão sobre os riscos do desenvolvimento, por exemplo, no que diz respeito à relevância ou não da inevitabilidade do risco. Outro ponto que é objeto de opiniões divergentes diz respeito a forma de avaliar o conhecimento científico relevante. Ainda, com relação à abordagem sobre o defeito do produto e sobre a excludente em questão, foi possível perceber que, na Alemanha, o BGH considera conectados os conceitos de defeito e do risco do desenvolvimento, na medida em que entende que a excludente de responsabilidade em questão não é aplicável a todas as espécies de defeito. Viu-se que a caracterização do defeito é ponto importante para análise da excludente, já que é a partir do conceito de defeito que se determina aquilo que deve ser (in)cognoscível para análise da incidência da excludente.

Diante da escassa jurisprudência no âmbito da União Europeia sobre o assunto e das inúmeras discussões na doutrina, concorda-se com Pilgerstorfer, no sentido de que há uma incerteza jurídica em torno dos principais conceitos da diretiva sobre defeito e riscos do desenvolvimento<sup>54</sup> que impacta na falta de conhecimento tanto por parte dos produtores no que toca aos padrões pelos quais os seus produtos podem vir a ser julgados,

.....  
<sup>54</sup> O autor refere que “onde há ausência de certeza, os tribunais nacionais precisam fornecer certeza nos casos concretos. Isso os leva a buscar orientação em outros lugares e, em última análise, a divergências, o que prejudica todo o propósito do PLD [Diretiva 374]. Assim, tanto em termos de harmonização, como de proteção adequada do consumidor, a certeza é essencial”. MARCUS PILGERSTORFER, *ob cit.*, p. 211.

quanto por parte dos consumidores em relação a saberem se têm ou não uma demanda válida. O autor lembra que, principalmente considerando que o objetivo da diretiva é a harmonização do direito privado nos estados membros e a proteção do consumidor, a incerteza se mostra como inimiga<sup>55</sup>.

No Brasil, tal qual no âmbito europeu, verificou-se que a doutrina também não é uníssona em relação a responsabilidade pelo fato do produto e os riscos do desenvolvimento. No entanto, diferentemente da disciplina da Diretiva 374/85, não há, no CDC, uma previsão expressa que inclua ou exclua a responsabilidade do produtor por estes riscos não cognoscíveis diante do estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação.

.....

<sup>55</sup> Entre as alternativas citadas por Pilgerstorfer para isso, destaca-se que mais clareza quanto à amplitude e ao alcance do regime da legislação atual, incluindo a excludente pelos riscos do desenvolvimento, poderia ser alcançada por uma orientação, com status de autoridade proporcionado por uma reforma legislativa da diretiva fornecendo base legal para a orientação ou proporcionado pelo TJUE reconhecendo-a em sua interpretação da diretiva. MARCUS PILGERSTORFER, *ob cit.*, p. 212. Trata-se de uma opção que foi apontada pela Comissão Europeia no seu Quinto Relatório, que inclusive incluiu uma possível avaliação sobre até que ponto as tecnologias digitais emergentes podem ser adequadamente abordadas na diretiva vigente: "é necessário clarificar a compreensão jurídica de certos conceitos (como produto, produtor, defeito, dano e ónus da prova) e considerar atentamente certos produtos, como os produtos farmacêuticos, que se podem revelar um desafio para a eficácia da diretiva. Além disso, no que se refere às novas tecnologias digitais, uma primeira análise sobre a forma como afetam o funcionamento da diretiva suscitou várias questões. À luz destas conclusões, a Comissão procederá a uma ampla consulta com vista a alcançar um entendimento comum com todas as partes interessadas. O objetivo consiste em elaborar orientações detalhadas sobre a forma de aplicar a diretiva hoje". COMISSÃO EUROPEIA, COM(2018) 246 final, relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Diretiva do Conselho [...] em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (85/374/EEC), Bruxelas, 5 maio 2018. Disponível em [www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0246&from=en](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0246&from=en) (30.01.2022)

Foi possível identificar, em linhas gerais, duas grandes correntes sobre o assunto. A que defende a responsabilidade do produtor pelo risco do desenvolvimento entende que este se trata de um defeito de concepção, intrínseco ao produto e considerado risco integrante da atividade, a ser enquadrado como fortuito interno. Por outro lado, a outra posição considera que a caracterização do defeito inclui a cognoscibilidade dos riscos à época em que o produto foi colocado em circulação, diante do que, no caso dos riscos do desenvolvimento, o defeito de concepção inexistiria ou o “defeito do desenvolvimento” seria juridicamente irrelevante, o que excluiria a responsabilidade civil do produtor. Aqui também se percebe que a caracterização do conceito de defeito (e das legítimas expectativas) tem relação com a análise dos riscos do desenvolvimento e, posteriormente, com a discussão sobre a incidência ou não da responsabilidade do produtor.

Também foram analisadas algumas posições singulares. Entre elas, a de Wesendonck, para quem a responsabilização do produtor pelos riscos do desenvolvimento seria incontroversa se fundada no art. 931 do CC, o que, contudo, não é imune às críticas, diante do fato de que, para alguns autores, tal artigo apenas repetiria a norma do CDC ou mesmo pelo argumento de inexistência de previsão expressa, que é caro aos que se posicionam contra a excludente. Outra solução distinta é a de Khouri, para quem o produtor de produtos essenciais à coletividade (sem os quais a coletividade não teria como satisfazer tal necessidade essencial) não seria responsabilizado pelos danos decorrentes do risco do desenvolvimento, diferentemente do produtor dos demais produtos não essenciais, aos quais se aplicaria a ideia de risco da atividade. Acredita-se que da adoção desse entendimento poderiam decorrer outras espécies de discussão, por exemplo, em relação aos conceitos de produto essencial (a ideia de “não



poder abrir mão" envolveria também uma vacina preventiva se para a doença que previne já existe um medicamento?) e de coletividade (também se poderia considerar preenchida a ideia de coletividade se o produto é indispensável para alguns sujeitos, mas não para todos?).

Ao final, tratou-se sobre a decisão do STJ em 2020 que fez menção expressa aos riscos do desenvolvimento como hipótese capaz de ensejar a responsabilidade do fornecedor. No caso, não seria irrazoável entender ter havido uma confusão entre o dever de informação e o risco do desenvolvimento, institutos que não se confundiriam. Isso porque, no caso de se investigar a existência de violação ao dever de informação, o conhecimento a respeito do risco já estaria presumido, já que não se poderia exigir um dever de informar quando inexistente o conhecimento para tanto, sob pena de se traduzir em uma obrigação impossível. E, em havendo conhecimento para tanto (em sendo cognoscível o risco), poderá haver defeito de informação a ensejar responsabilização pelo fato do produto, não havendo que se falar em riscos do desenvolvimento. Isto é, considera-se que, tal qual o entendimento referido por Wesendonck (ao distinguir duas hipóteses de responsabilização do produtor pelos efeitos nocivos dos produtos com nanopartículas), o defeito de informação estaria relacionado aos danos ocasionados por riscos detectáveis do produto, ou seja, envolveria o risco nocivo do produto que é (ou pelo menos deveria ser) conhecido pelo seu fabricante, porque cognoscível à época em que colocado em circulação. Por outro lado, só se trataria dos riscos do desenvolvimento no caso de riscos desconhecidos e objetivamente incognoscíveis. Seria possível dizer que as hipóteses não poderiam estar presentes simultaneamente no caso, porque ou o risco é cognoscível ou não o é. Isto é, ou 1) o risco era cognoscível e, se não informado ao consumidor, há defeito

de informação ou 2) o risco não era cognoscível e, se não informado ao consumidor, – a depender da corrente adotada – 2.1) há responsabilização pelos riscos do desenvolvimento por um defeito (que pode ser entendido como de concepção ou outro distinto do defeito de informação)<sup>56</sup> ou 2.2) não há responsabilização pelos riscos do desenvolvimento.

Não obstante essa construção crítica seja possível, também não se pode desconhecer que, à luz da experiência comparada, já foi decidido pelo BGH, no caso *Airbag*, que a excludente pelos riscos do desenvolvimento se aplicaria também à espécie de defeito de informação, entendendo-se no caso que, se a instrução do produto se provar defeituosa devido a um perigo incognoscível à época, excluir-se-ia a responsabilidade do produtor. Ou seja, por esse entendimento, seria possível excluir a responsabilidade com base nos riscos do desenvolvimento mesmo em se tratando de um defeito de informação. Por outro lado, na medida em que é afirmado que a responsabilidade do produtor se dá "seja com base na falha do dever de informar, seja com base no risco do desenvolvimento", poder-se-ia entender que o STJ, dada a alternatividade presente no texto, não estaria considerando o risco do desenvolvimento no âmbito do defeito de informação, mas no defeito de concepção, o que, como refletido anteriormente, poderia ensejar confusão por conta das diferenças quanto ao conhecimento ou não dos riscos subjacente em cada uma das hipóteses.

À título de conclusão, em que pese o STJ tenha feito essas considerações sobre os riscos do desenvolvimento serem um .....

<sup>56</sup> Essa hipótese vai ao encontro da posição apresentada por Pasqualotto, para quem, nas categorias de defeitos, existiria uma quarta (não expressamente prevista no caput do art. 12) em que seriam catalogados os "defeitos do desenvolvimento". ADALBERTO PASQUALOTTO, "A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento", *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 147-168, nov. (1993), p. 161.

defeito existente desde o momento da concepção, acredita-se que o tema pode voltar a ser debatido no âmbito judicial diante dos novos avanços nos desenvolvimentos tecnológicos e das incertezas sobre os riscos que deles decorrem, como a biotecnologia, nanotecnologia, novas vacinas ou medicamentos para novas doenças pandêmicas, produtos inteligentes, etc. Aliás, a Comissão Europeia, no último relatório sobre a Diretiva 374, apontou justamente para o ambiente de incertezas no que se refere às tecnologias digitais novas e emergentes, isto é, sobre a forma como estas podem ou não afetar o funcionamento da diretiva.

# PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NO FORNECIMENTO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR IDOSO: VIESES NA TOMADA DE DECISÃO, HIPERVULNERABILIDADE E VALIDADE

*Gabriel Fraga Hamester \**

## **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo analisar a partir da hipervulnerabilidade do consumidor idoso, os efeitos que as práticas comerciais desleais realizadas por fornecedores no ambiente digital acarretam nos contratos de crédito, em especial no âmbito de sua validade. Para essa categoria de consumidores, as práticas desleais acabam encontrando um campo fértil à condutas abusivas, que se utilizam do déficit informacional e de sua hipervulnerabilidade. A metodologia empregada foi a hipotético-dedutiva, com pesquisa a jurisprudência e a doutrina. A partir do diálogo das fontes e de uma interpretação sistemática da doutrina, legislação, portu-

---

\* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra, Membro da Comissão Coordenadora do Balcão do Consumidor (UFRGS) Membro do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumidor – PUCRS/CNPq e Advogado.

guesa e brasileira, tratou-se de identificar os efeitos aplicáveis aos contratos firmados em contrariedade à legislação.

### **PALAVRAS-CHAVES**

consumidor; idoso; consumidor; práticas comerciais; contratos.

### **ABSTRACT**

this article aims to analyze from the hypervulnerability of the elderly consumer, the effects that unfair commercial practice carried out by suppliers entail in consumer contracts, especially in the context of their validity, and also having as place of realization the internet, a digital environment, which for this group consumers ends up being a fertile field for abusive conduct by suppliers who use the sharp information deficit of this group. The methodology used was the hypothetical-deductive, with research the jurisprudence and the doctrine. From the dialogue of the sources and a systematic interpretation of Portuguese and Brazilian doctrine and legislation, it was about finding the possible effects applicable to contracts performed in an abusive manner.

### **KEYWORDS**

consumer; old; consumer; commercial practices; contracts.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma característica atribuível a todos os seres humanos, sem margem de dúvidas, é o inexorável decurso do tempo em sua existência, repercutindo nos mais variados contextos, principalmente o social e biológico.

Ao avançar da idade, corpo e mente passam a não responder com tanta precisão, conseqüentemente, ações que seriam tidas como de fácil execução em anos anteriores, passam a um grau de complexidade antes não conhecida pelo sujeito. Assim também é com as prioridades da vida, se antes eram de ascensão profissional e aquisição do maior numerário possível na conta bancária, neste período, passam à preocupação com o horário dos remédios, o dia que entrará o benefício da aposentadoria e com a grande quantidade de escadas existentes na cidade e a dificuldade em superá-las.

Ao analisarmos os índices demográficos mundiais, podemos observar uma característica comum a todos países do globo: estamos nos tornando uma população cada vez mais idosa. Segundo dados da ONU, a população com sessenta anos ou mais estão crescendo acentuadamente em relação a outros grupos etários mais jovens, sendo a Europa, o maior reduto, com mais de 25% de sua população composta por pessoas na última escala da faixa etária.

Dos países europeus, Portugal ocupa o quatro lugar no ranking, sendo a região de Alentejo a considerada a maior nos índices de envelhecimento, de acordo com dados divulgados pela Eurostat, perdendo apenas para Finlândia, Grécia e Itália, sendo este último o líder do ranking<sup>1</sup>.

.....  
<sup>1</sup> PORTUGAL: 4º país da UE com mais idosos acima dos 65 anos. Dignus: Revista Técnica de Geriatria e Gerontologia, Porto, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://www.dignus.pt/2021/03/17/portugal-4-o-pais-da-ue-com-mais-idosos-acima-dos-65-anos/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

Em um estudo comparando Brasil e Portugal, ressalvadas as particularidades de cada país, como a exemplo sua extensão territorial: considerando somente o território brasileiro, este possui praticamente o tamanho do continente europeu, vez que o território brasileiro ocupa a extensão de 8.516.000 km<sup>2</sup> e o europeu por sua vez, 10.180.000 km<sup>2</sup>, e a quantidade populacional é praticamente o dobro no território sul-americano, a população idosa em ambos os países é destaque em comparação as outras faixas etárias, principalmente se considerada em conjunto a taxa de fecundidade. A previsão é de que em 2050, a população idosa no Brasil chegue a 19%<sup>2</sup>.

A mudança na pirâmide etária dos países, incluindo Brasil e Portugal, demonstram o aumento da expectativa de vida de uma forma nunca antes vista na história da humanidade, e nesse aspecto, a tecnologia e os resultados obtidos por seu avanço tem papel fundamental.

Esse novo cenário é acompanhado de muitos desafios que precisam urgentemente serem absorvidos pelos países como sendo pautas prioritárias, dentre eles, o desenvolvimento de estruturas que garantam a dignidade e o livre desenvolvimento deste grupo dentro da sociedade moderna e tecnológica, que diferente da ordem natural da vida, se desenvolvem de forma exponencial e estão em constante evolução através do que hoje chamam de IA – Inteligência Artificial e do *Machine Learning* – “Aprendizado de Máquina<sup>3</sup>”, que acabam fazendo parte direta e indiretamente no cotidiano desses que não compõe o grupo de nativos digitais.

.....  
<sup>2</sup> NEY, M. S.; PIERANTONI, C. R.; LAPÃO, L. V. Sistemas de avaliação profissional e contratualização da gestão na Atenção Primária à Saúde em Portugal. Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 39, n. 104, p. 43-55, jan./mar. 2015.

<sup>3</sup> A partir do processamento de dados, a inteligência artificial consegue realizar processos autônomos e incondicionados da sua programação original, realizando tomadas de decisões autônomas.

O aumento da idade influencia todas as camadas sociais e suas relações, sejam elas profissionais, familiares e isso também tem reflexo no mercado de consumo, na forma com que se consome e se ofertam produtos e serviços.

As pessoas de avançada idade são, deveriam ser as que mais possuem recursos livres para o consumo em função de sua aposentadoria e das economias geradas ao longo de sua profissional ativa, mas esse cenário infelizmente não é absoluto. No Brasil, por exemplo, o número de idosos ativos no mercado de trabalho cresceu e isso, aliado ao aumento da expectativa de vida, faz com que a curva produtiva que deveria diminuir nessa altura da vida, acaba fazendo com que muitos ainda sejam considerados os "chefes de família", ou seja, responsáveis pelo sustento da família<sup>4</sup>.

O cenário do idoso no mercado de consumo é de alerta, pois cresce a cada ano o número de endividados e superendividados desta categoria, que, na contramão da lógica, onde deveriam estar gozando dos benefícios de uma vida inteira de trabalho, aproveitando o seu ciclo final, acabam tendo que encarar uma dura realidade de falta de recursos e a necessidade de buscar crédito para a manutenção de seu status digno (mínimo existencial) e essa realidade é agravada pela concessão de crédito rápido, fácil e abusivo por parte das instituições financeiras.

Dados de 2015 relacionados a Portugal demonstram que diversos idosos vão ao gabinete de apoio ao sobreendividado por não conseguirem suportar os seus custos básicos de vida<sup>5</sup>. Realidade ainda mais agravada encontramos em ter-

<sup>4</sup> CERIONI, CLARA. Aposentados, idosos voltam a ser os chefes da família: com desemprego e expectativa de vida em alta, mais lares no país são sustentados pela renda de idosos. Folha Uol, São Paulo, 06 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/aposentados-idosos-voltam-a-ser-os-chefes-da-familia.shtml>. Acesso em: 30 jan. 2022.

<sup>5</sup> PEREIRA, PEDRO Telahdo. Portugal a envelhecer rapidamente e o endividamento das famílias a aumentar. Diário de Notícias, Funchal, 21 abr. 2018.



ritório brasileiro, que registrou em 2019, segundo pesquisa do Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, um total de 4.3 milhões de idosos com restrições de crédito relacionadas a dívidas<sup>6</sup>.

Portanto, urge a necessidade por parte do estado, e mais especificamente do judiciário, de observar as particularidades que envolvem as relações de consumo entre o consumidor idoso neste cenário tecnológico e os fornecedores de crédito, uma vez que todos os consumidores são por excelência vulneráveis – art. 4 do CDC e tem tal condição agravada por suas condições sociais e biológicas já expostas.

O consumidor idoso está cada vez mais exposto à condutas abusivas e de assédio, práticas comerciais desleais por parte de fornecedores, como por exemplo, a oferta de crédito de forma extensiva, através de canais online, telefone, com a utilização de dados indevida, induzindo o consumidor muitas vezes ao erro ao não informar corretamente sobre os riscos e nuances da operação bancária, gerando um dano irreparável à sua vida financeira e até mesmo sua dignidade humana. O crédito deve ser instrumento de auxílio e não da ruína do consumidor dentro do mercado de consumo.

## **2. TOMADA DE DECISÃO, VIESES E HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO**

a ciência jurídica precisa estar cada vez mais próxima de diversos ramos do saber para desempenhar seu papel de maneira eficiente, isso ocorre por diversas razões, tais como: a evolução da sociedade e conseqüentemente do surgimento

.....  
Disponível em: <https://www.dnoticias.pt/2018/4/21/88727-portugal-a-envelhecer-rapidamente-e-o-endividamento-das-familias-a-aumentar/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

<sup>6</sup> FILETO, ADRIANA. O alarmante endividamento dos idosos no Brasil. Instituto Defesa Coletiva, Belo Horizonte, [202-?]. Disponível em: <https://defesa-coletiva.org.br/site/texto-adriana-endividamento-idosos/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

de novos problemas, que precisam ser enfrentados a partir de perspectivas diversas, nos últimos anos, a internet e a tecnologia da informação, por exemplo, tiveram papel fundamental no âmbito do direito, seja em relação ao sistema processual com a virtualização dos processos e dos procedimentos judiciais, mas também em razão da própria internet, que democratizou o acesso à informação para bilhões de pessoas e permitiu que novas tecnologias e possibilidades se abrissem como nunca antes imaginado, é o caso dos contratos à distância, acesso a serviços bancários a partir do internet banking, temos inclusive, bancos 100% digitais os chamados *digital banking*.

O consumidor não ficou inerente neste contexto evolutivo, em verdade, não só acompanhou, como foi ele – o consumidor -, um dos principais objetos para que as empresas se modernizassem e desenvolvessem tecnologias, haja vista vivermos em um mundo capitalista e globalizado, a oferta, demanda e conseqüentemente o consumo, é núcleo central no desenvolvimento dos Estados modernos.

A partir de novas tecnologias como o Big Data e seu alto poder de processamento de dados, abriu-se a possibilidade para as empresas de reconhecer as necessidades – demanda -, para poder criar ofertas personalizáveis em atendimento aos anseios da sociedade. Se de um lado é inegável que a tecnologia e as facilidades advindas dela auxiliam a forma como nos relacionamos, consumimos, do outro, há facetas “invisíveis” que prejudicam o consumidor e que precisam serem tuteladas a partir de políticas públicas

Para que se tenha a atenção do consumidor o mercado vem aprimorando as técnicas de marketing e publicidade ao consumo, criando perfis específicos através daquilo que chamam de perfilamento de dados, utilizando-se de *nudges*<sup>7</sup>,

.....  
<sup>7</sup> Intervenções realizadas no ambiente (físico ou virtual) com o intuito de mudar o comportamento do consumidor de maneira inconsciente.

criando gatilhos mentais a partir de palavras-chaves, anúncios colocados de maneira proposital, aproveitando-se dos vieses inerentes ao humano.

Nesse sentido, um dos produtos disponíveis no mercado de consumo e que mais impactam na vida do consumidor idoso é o crédito. É ele quem dita as regras do jogo capitalista. Possuí-lo é, ao mesmo tempo, ser e ter, ao passo que a sua falta também equivale em sua morte social. Por conta dessa lógica, o fornecimento de crédito é um pilar fundamental para a manutenção do consumismo e da economia mundial, não se quer demonizar o crédito, mas sim, apontar as falhas e as consequências na maneira como isso vem sendo realizado, colocando o consumidor idoso em situações de assédio e abusividade.

Os participantes do SFN – Sistema Nacional Financeiro possuem consigo o perfil econômico de seus candidatos a clientes, pois vivemos em um estado de “bancarização<sup>8</sup>”, através dos dados pessoais, fazem a utilização de forma indevida para o consumidor que por vezes realmente precisa do dinheiro ofertado, aceita, sem que antes lhe seja oportunizado um período para realizar uma cognição exauriente acerca das consequências desse numerário em suas vidas, e acabam aderindo as condições estabelecidas pela instituição que, obviamente, servem tão somente à favor dela.

Os vieses fazem parte da tomada de decisão, são eles que condicionam e moldam o processo decisório<sup>9</sup>. A decisão de comprar alguma coisa ou contratar algum serviço envolve um processo cognitivo complexo, e que varia de acordo com as particularidades de cada indivíduo.

.....  
<sup>8</sup> Termo utilizado para referenciar uma sociedade que está vinculada ao sistema bancário. No Brasil, por exemplo, até mesmo o sistema social está vinculada aos bancos na distribuição dos recursos de aposentadoria.

<sup>9</sup> FREITAS, JUAREZ, FREITAS THOMAS BELLINI. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 93.

Há três momentos fundamentais nesse processo decisório: 1. características ambientais, 2. processos automáticos; 3. resultados. Respectivamente, em relação ao primeiro momento, este pode envolver pessoas familiares ou desconhecidas, circunstâncias específicas, eventos sociais. Já no segundo, são os processos decisórios automatizados, vinculados à emoção, imitações e até mesmo de processos inconscientes influenciados por mecanismos de gatilhos. E por fim, estão os processos cognitivos vinculados a motivação, julgamentos, reafirmações<sup>10</sup>.

Para que possamos compreender os tipos de vieses precisamos antes entender o porquê de ocorrerem. Basicamente, a mente humana tende a sempre preservar sua energia vital, dessa forma, há, biologicamente, uma tendência de serem tomadas decisões que otimizem esse gasto energético, denominadas *heurísticas*<sup>11</sup>, que podem ser definidas também como “regras de bolso (ou atalhos mentais), que agilizam e simplificam a percepção e a avaliação de informações que recebemos.

Se de um lado isso auxilia na simplificação da tomada decisória, do outro, pode e ocorrem erros de percepção e julgamento que não encontram padrão estatístico ou racional, de forma que esses erros, “ocorrem de forma sistemática e previsível, em determinadas circunstâncias e são chamados de vieses”<sup>12</sup> e são propositalmente utilizados pelo marketing e

---

<sup>10</sup> AYROZA, IGOR FEITOSA LACÔRTE, BORGES, LILIANE DE MOURA. Exercício do direito à informação e consumo consciente: contribuições da economia comportamental para o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 385-407, set./out. 2018. p. 5.

<sup>11</sup> Conjunto de regras e métodos que visam à descoberta, à invenção ou à resolução de problemas. FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. 2. ed. São Paulo: Positivo, 2008. p. 275).

<sup>12</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Série CVM comportamental: vieses do consumidor*. Rio de Janeiro: CVM, 2017. p. 3.

profundamente estudado na área do comportamento do consumidor<sup>13</sup>.

Nesse sentido ainda, FEITOSA, SILVA E SILVA:

As heurísticas são alternativas simples para lidar com quantidades inviavelmente extensas de informação, possibilitando uma ação rápida quando o tempo é escasso, funcionando assim como mecanismos para o enfrentamento dos complexos ambientes inerentes aos contextos decisórios. No entanto, o seu uso normalmente é feito de forma inconsciente, levando a aplicações inadequadas destas regras simplificadoras<sup>14</sup>.

O marketing, através da publicidade e seus mecanismos, tem por objetivo manipular a cognição, a heurística do consumidor, a aversão aos riscos, a abordagem utilizada vincula o crédito como um produto de simples manuseio, rápido e direto, sem riscos – eles dizem-, tudo isso, com o intuito de interferir no processo de cognição, levando a decisões frágeis do ponto de vista racional.<sup>15</sup>

O principal problema de conduzir o consumidor à esta abordagem, são os atalhos, gatilhos e nudges mentais que ocorrem, uma vez que não se identifica com clareza os reais riscos que estão em jogo nas decisões realizadas, o isto pode

.....  
<sup>13</sup> Ver mais em KAHNEMAN E TVERSKY (1979).

<sup>14</sup> FEITOSA, ARNALDO BARROS, SILVA, PABLO ROGERES, SILVA, DANY ROGERS. A influência de vieses cognitivos e motivacionais na tomada de decisão gerencial: evidências empíricas em uma empresa de construção civil brasileira. Blumenau, *Revista de negócios*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set. 2014. p. 4

<sup>15</sup> SCHMIDT NETO, ANDRÉ PERIN. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 224

tomar caminhos desastrosos à vida financeira dos consumidores, em especial os idosos por sua (hiper)vulnerabilidade.

A dificuldade em realizar de forma plena uma cognição sobre os reais riscos que se apresentam - como as altíssimas taxas de juros e os longos períodos em que normalmente se fixam nos contratos - alinhados a um marketing e um atendimento somente voltado ao ganho, fazem com que a incidência de estar encaminhando o consumidor para a rota da inadimplência<sup>16</sup>.

Na tomada de decisão ao crédito poderíamos citar diversos vieses, porém, ao que importa, há dois principais, sendo eles: a) efeito halo b) desconto hiperbólico subjetivo ou então, viés de preferência pelo futuro.

Se a tomada de decisão antes da internet já era difícil, atualmente esse processo é ainda mais complicado, tendo em vista que há no mercado de consumo a disposição das empresas mecanismos antes não existentes como a Big Data e seu poder de processamento de dados, que "constitui uma vantagem que, dependendo de como utilizado, pode limitar significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida, como resultado de uma influência indevida"<sup>17</sup>.

Essa possibilidade aberta pelo desenvolvimento tecnológico e tendo também a IA como auxiliar, permite ao fornecedor moldar "produtos, serviços e condições contratuais específicas em tempo real para combinar com vulnerabilidades e necessidades específicas dos consumidores previstas pelos algoritmos"<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> HAMESTER, GABRIEL FRAGA. *Contratos bancários de crédito: o superendividamento na sociedade do hiperconsumo*. Porto Alegre: Editora FI. 2019. p.45

<sup>17</sup> BERGSTEIN, LAÍS, MARTINI, SANDRA REGINA, MUCELIN, GUILHERME. Algoritmos, vieses e tributação. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1-20, set./out. 2020.

<sup>18</sup> BERGSTEIN, LAÍS, MARTINI, SANDRA REGINA, MUCELIN, GUILHERME. Algoritmos, vieses e tributação. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1-20, set./out. 2020. p. 8.

Sobre isso, SCHMIDT:

Mas não há como negar que o marketing realizado de modo irresponsável, que pretende vender acima de tudo e não se preocupa com as consequências disso, acaba por gerar certos efeitos danosos para a sociedade, quando incute o desejo de ter, em quem não pode. Associando-se isso ao crédito como meio de promoção de vendas, o marketing pode provocar o superendividamento na medida em que faz tão bem seu papel de vendedor de ilusões (produtos transformados em sonhos), que as vende a quem não pode comprar sem renunciar a sua dignidade. Induzidos pela habilidade de persuasão da propaganda, consumidores são levados a gastar não com o produto que deveriam, mas com aquele que foi melhor sucedido em suas estratégias de marketing. Quem sofre as consequências deste trabalho bem-sucedido pelos operadores de marketing é o consumidor superendividado<sup>19</sup>.

As heurísticas - atalhos mentais - realizadas pelos consumidores levam a vieses como os da ilusão de validade que ao receber uma informação, a confiança se estabelece totalmente dependente destas. A fissura ocorre quando há o “[...] encaixe perfeito entre o resultado previsto e a informação recebida[...]”<sup>20</sup>.

Podemos observar esse viés em uma situação a exemplo de quando um consumidor idoso que está com problemas

<sup>19</sup> SCHMIDT NETO, ANDRÉ PERIN. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 224

<sup>20</sup> FERREIRA, VERA RITA DE MELLO. *Psicologia Econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 159 .

financeiros, vai até uma financeira e através de toda a informação (positiva) que o funcionário do banco a fornece a fim de fechar o contrato, liga-se com a expectativa futura de que aquele crédito será a solução de seus problemas, de forma que qualquer outra informação, ainda que relevante como taxas de juros, ficam para segundo plano, até por que, estabelece aqui uma relação de confiança do consumidor com a instituição bancária..

Nesse sentido, as palavras de FERREIRA<sup>21</sup>:

Quando se considera, porém, o problema do endividamento – e não do crédito -, a concentração é maior entre populações de renda mais baixa, que enfrentam maiores imposições de gastos necessários. Nesse sentido, estudos sobre endividamento deveriam sobrepor-se àqueles sobre pobreza. No entanto, verifica-se que é comum que as pessoas deem preferência ao aspecto do crédito quando se veem diante da perspectiva de se endividar, fato também enfatizado pela publicidade. [...] vivemos hoje numa cultura do endividamento.

O reconhecimento do consumidor idoso como parte hipervulnerável em meio a esse contexto de tomada de decisão, relação de confiança e o ato de contratar urge como fundamental à proteção desta categoria, visto que a vulnerabilidade informacional<sup>22</sup>, segundo Marques e Miragem, é a

.....  
<sup>21</sup> FERREIRA, VERA RITA DE MELLO. *Psicologia Econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 240-246.

<sup>22</sup> EFING, ANTÔNIO CARLOS, CAMPOS, FÁBIO HENRIQUE FERNANDEZ DE. A vulnerabilidade do consumidor em era da ultramodernidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 2-3, jan./fev. 2018.



espécie de vulnerabilidade que mais se coaduna aos aspectos intrínsecos do consumidor.

Assim o é porque a principal característica do consumidor é seu déficit informacional. O único e real detentor das informações sobre os produtos ou serviços são os fornecedores: “[...] são informações de boa-fé que um agente da sociedade detém e o outro não. A decisão de ‘informar’ é a decisão de [dar] forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro, a informação<sup>23</sup>”, isso constitui, atualmente, o maior fator de desigualdade nas relações de consumo<sup>24</sup>.

### **3. PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NOS CONTRATOS DE CRÉDITO: DILIGÊNCIA PROFISSIONAL, DEVER DE INFORMAÇÃO E BOA-FÉ**

podemos observar no tópico anterior a complexidade que envolve o processo decisório do consumidor e o papel que os fornecedores exercem neste processo, influenciando de forma direta e indireta, com a utilização da tecnologia, do marketing e da publicidade, a tomada de decisão dos consumidores. Em se tratando do consumidor idoso, o nível de complexidade atinge patamares ainda mais elevados do que aquele que poderíamos chamar do “consumidor médio”, tendo em vista a diminuição natural da capacidade cognitivas.

As práticas abusivas no fornecimento de crédito não são facilmente identificadas por este grupo no ato da contratação, sendo necessários, portanto, regramentos jurídicos aplicáveis nessa relação de hipervulnerabilidade do idoso no mer-

.....  
<sup>23</sup> MARQUES, CLAUDIA LIMA; MIRAGEM, BRUNO. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 162.

<sup>24</sup> COELHO, MARIANA CARVALHO VICTOR, AYALA, PATRYCK DE ARAUJO. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 121, p. 7, jan./fev. 2019.

cado crédito, seja no âmbito virtual ou nos meios tradicionais de contratação de forma presencial.

No âmbito da União Europeia, a Diretiva 2005/29 se aplica às práticas comerciais desleais, antes durante e após uma transação comercial e estabelece a definição do que é uma prática comercial desleal em seu art. 2, como sendo “a prática contrária às exigências relativas à diligência profissional e que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento econômico”<sup>25</sup>.

Ainda, estabelece no art. 2, alínea e), a definição de “distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores”, refere-se à utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo<sup>26</sup>”

Temos a prática comercial agressiva definida nas palavras de PASSINHAS<sup>27</sup>:

[..]uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for suscep-

<sup>25</sup> PASSINHAS, SANDRA. A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor. In: *Actas colóquio práticas comerciais desleais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/10086573.PORTOALEGRE/Downloads/sandra%20passinhas%20praticas%20comerciais.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022. p. 159.

<sup>26</sup> PASSINHAS, SANDRA. A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor. In: *Actas colóquio práticas comerciais desleais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/10086573.PORTOALEGRE/Downloads/sandra%20passinhas%20praticas%20comerciais.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022. p. 160.

<sup>27</sup> PASSINHAS, SANDRA. A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor. In: *Actas colóquio práticas comerciais desleais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/10086573.PORTOALEGRE/Downloads/sandra%20passinhas%20praticas%20comerciais.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022. p.158-159.

tível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção – incluindo recurso à força física – ou influência indevida a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo. A influência indevida é definida no artigo 2.º, alínea j), como a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida. Como a qualificação de uma prática comercial como agressiva é sempre casuística, determina o artigo 9.º que, a fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coacção — incluindo o recurso à força física — ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: a) O momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência; b) O recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos; c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; e) Qualquer ameaça de intentar uma acção quando tal não seja legalmente possível.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, estabelece uma série de vedações relativas às condutas desleais no mercado de consumo, a começar pelo art. 4, que estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo, que em seu inciso VI, disciplina a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

O art. 6 aludido diploma brasileiro estabelece os direitos básicos do consumidor, traz, dentre estes, a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”; assim como o direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, de igual forma 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.

Ainda, em recente atualização dada pela Lei do superendividamento, já mencionada neste artigo, foi inserida dentre os direitos básicos, 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 da repactuação da dívida, entre outras medidas e a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão.

Ainda, o art. 39, capítulo específico à repressão de práticas abusivas, veda aos fornecedores dentre outras condutas: prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços", exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva" e ainda, o art. 51, que trata das cláusulas contratuais abusivas, estabelece que são nulas as estipulações que, dentre outras: estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

E especificamente acerca dos contratos de crédito, o CDC dispõe no art. 52, que o fornecedor deverá informar previamente o consumidor: i. o preço do produto; ii. Juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; iii; acréscimos legalmente previstos; número e periodicidade das prestações; soma total a pagar, com e sem financiamento.

Estipulações similares aos do sistema de proteção ao consumidor brasileiro encontramos também no art. 8 da Lei de Defesa do Consumidor Português, Lei n. 24/96, há título de exemplo "c) Preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso; d) Modo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato";

É o caso também do DL n. 57/2008, alterado posteriormente pelo DL n. 205/2015, que dispõe em sua alínea a), art. 6, que são "em especial desleais as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento econômico de um único grupo, claramente identificável, de

consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade."<sup>28</sup>

Percebe-se, portanto, que há uma série de regramentos e deveres impostos no ordenamento jurídico luso-brasileiro que devem, necessariamente, ser respeitados na relação de consumo, sob pena de serem consideradas abusivas, desleais, ilícitas e por sua vez, anuláveis.

Outra particularidade na relação contratual de crédito envolvendo pessoas idosas está em sua motivação, uma pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em parceria com o Procon – SP, evidenciou uma realidade de mais de 50% dos entrevistados com renda inferior a dois salários mínimos, e a motivação para contratação de empréstimos são para fins de auxílio a terceiros, pagamento de necessidades básicas ou quitação de dívidas anteriores.<sup>29</sup> Ou seja, a característica da obtenção de crédito como meio de substância faz presente faz com que a hipervulnerabilidade do consumidor idoso seja ainda mais importante dentro do contexto contratual.

Sobre esse ponto, bem mostra SCHMITT<sup>30</sup>:

[...] entende-se deva ser reforçada a proteção do consumidor idoso, visto que, pelo simples fato de ser consumidor, em razão disso, já se trata de um agente vulnerável. Somada essa característica ao avanço da idade como fator debilitante do ser humano, observa-se estar se tratando com um sujeito hipervulnerável.

<sup>28</sup> PAZ, MARGARIDA. A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as idosas, nas relações de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 62, p. 655-679, 2021.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014. p. 36.

<sup>30</sup> SCHMITT, CRISTIANO HEINECK. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 286.

A pesquisa mostrou ainda que mais da metade dos entrevistados não possuíam habilidades com a escrita e matemática, “o que dificulta a compressão adequada sobre os empréstimos contratados”.<sup>31</sup>

Ao contrário do que passam as instituições bancárias através de suas publicidades, a qualidade de vida não aumenta com o empréstimo contratado, uma vez que, já existindo uma necessidade financeira de cunho existencial ou melhor substancial, o idoso cria outra fonte de dívida para saldar a anterior, gerando uma “bola de neve” impagável.

O estudo em comento identificou que os idosos tiveram que diminuir seus gastos básicos ainda mais, até mesmo com o cancelamento de planos de saúde.<sup>32</sup> A situação se mostra extremamente vulnerável no plano prático, quando mesmo diante de todos esses aspectos negativos, mais da metade tomariam o empréstimo novamente, “não por vontade, mas pela necessidade de recursos<sup>33</sup>”.

Todos esses dados expõe uma realidade fática grave, ao transacionar com a entidade bancária, o consumidor idoso acredita e confia nos termos e condições que lhe são passados, e uma vez que estamos tratando de contratos de adesão, ou seja os termos estipulados pela própria instituição financeira, o aceite nos termos em que lhe são expostos não deixam margem à negociação.

Em um exemplo jurisprudencial brasileiro<sup>34</sup>, podemos observar como as instituições financeiras atuam frente a hiper-

<sup>31</sup> OLIVEIRA, ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014. p. 37.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014. p. 37.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014. p. 37.

<sup>34</sup> PARANÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (13ª Câmara Cível). *Acórdão n. 001374281 APELAÇÃO CÍVEL*. Ação declaratória de nulidade contratual c/c repetição de indébito e indenização por danos morais. Contrato de cartão de crédito

vulnerabilidade do consumidor idoso: no caso em questão, a consumidora, acreditando estar contratando empréstimo pessoal consignado, com descontos vinculados ao seu benefício previdenciário, com prazo e valores determinados, acabou aderindo em verdade, a um contrato de cartão de crédito consignado, em decorrência da falha na prestação do dever de informar do banco, que veiculou serviço distinto daquele a qual a consumidora efetivamente queria contratar. Observou-se que o valor liberado na conta da consumidora o foi via Transferência Eletrônica Disponível (TED), fazendo crer que se tratava de um empréstimo consignado, jamais de um contrato de cartão de crédito que, embora fornecido, jamais foi utilizado e nem mesmo desbloqueado, evidência de que não era este o produto desejado, entendeu-se neste caso pela anulação do negócio realizado, em razão do vício de consentimento do consumidor.

O dever de informação ao consumidor não se resume em deixar à mostra os termos e condições de contrato, ou a partir de um discurso simplista comunicar acerca do valor que este irá pagar mensalmente. Este dever deve ser guiado pela boa-fé, desde a redação do contrato, informar o consumidor de todas as particularidades do negócio transacionado, saber dizer que esse crédito inclusive pode lhe trazer danos no futuro, que precisa ser pensado em conjunto com a família, quando possível, é ter alguém mais esclarecido junto ao idoso quando do ato de contratar, para saber se aquilo que lhe foi informado anteriormente reveste-se na realidade do contrato assinado, resumidamente, deve-se ter responsabilidade com a concessão de crédito.

Colocar à disposição do consumidor bons contratos e ofertá-los de maneira saudável à vida financeira deste não

.....  
consignado – saque. Sentença de improcedência. [...]. Relatora: Rosana Andriguetto de Carvalho, Curitiba, 24 de abril de 2019. PDF.



são é um favor ao consumidor, realizado pelo benevolente fornecedor, é, na verdade um dever objetivo estabelecido pelo Estado democrático de direito através de suas legislações supramencionadas no texto, infringi-lás é cometer um ilícito.

#### **4. OS EFEITOS JURÍDICOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS AFETADOS POR PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS**

diante todo cenário apresentado até o presente momento, passando pela legislação brasileira e portuguesa, quer-se, por fim, compreender os (possíveis e necessários) efeitos jurídicos aplicáveis aos negócios contratuais realizados contrários os Direito, ou seja, com a incidência de práticas desleais, abusivas, a fim de reestabelecer o equilíbrio contratual entre as partes, ainda que para isso seja necessário a volta ao status quo, anulando o negócio firmado entre as partes.

Via de regra, os contratos de crédito firmado entre os fornecedores e o consumidor são de adesão, assim definidos por MARQUES<sup>35</sup>:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Por serem de adesão, o consumidor quase nada pode a não ser concordar – confiar - ou discordar da contratação. Ao contratar, implica ao fornecedor o ônus de estabelecer um contrato equilibrado, dentro do que se espera do ponto

<sup>35</sup> MARQUES, CLAUDIA LIMA. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78.

de vista objetivo – lei – e da boa-fé, sendo este um dever e um princípio.

A boa-fé na visão de Marques<sup>36</sup>:

Boa fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. A boa-fé objetiva e a função social do contrato são, na expressão de Waldírio Bulgarelli, como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial.

Por outro lado, na ocorrência de não serem observados os deveres legais, devem ser afastados do contrato as cláusulas que, presentes no instrumento, deveriam servir de equilíbrio, mas acabam sendo gerenciadas pela má-fé, trazendo ao consumidor uma limitação de seu direito e o colocando em uma situação de extrema disparidade contratual<sup>37</sup>.

Sobre o tema, SCHMIDT NETO<sup>38</sup>:

.....  
<sup>36</sup> MARQUES, CLAUDIA LIMA. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, RS, n. 22, abr. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72637>. Acesso em: 31 jan. 2022. p. 50.

<sup>37</sup> MARQUES, CLAUDIA LIMA. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, RS, n. 22, abr. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72637>. Acesso em: 31 jan. 2022.

<sup>38</sup> SCHMIDT NETO, ANDRÉ PERIN. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p.149.

Surgidas no início do Século XX, visam a impedir que, infringindo o princípio da boa-fé, uma cláusula seja incluída em um contrato prevalecendo-se da condição de vulnerabilidade de uma das partes, que cinge em aderir ou não às determinações ditadas pelo outro contratante. Acarreta a nulidade apenas da cláusula discutida, mantendo-se o contrato que agora buscará o objetivo ao qual tinha se proposto quando da celebração.

O ordenamento jurídico brasileiro possui no seu texto a repulsa contra as cláusulas abusivas. É o que pode se verificar da leitura dos Arts. 51º e 6º do CDC<sup>39</sup>, sendo direito básico do consumidor a proteção, dentre outras coisas, das cláusulas abusivas. Assim, toda cláusula que confrontar direitos básicos e anexos do consumidor, serão consideradas nulas de pleno direito<sup>40</sup>.

Ainda, observando o texto do Código de Defesa do Consumidor, o §2º do art. 51<sup>o41</sup>, há a hipótese de que, caso ocorra

<sup>39</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - 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.

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; . (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 01 jan. 2022.).

<sup>40</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 01 jan. 2022.).

<sup>41</sup> § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração,

a anulação da cláusula abusiva, uma vez feitas as tentativas de manutenção do negócio, a sua continuação cause um ônus excessivo a qualquer uma das partes, procede-se à invalidade do instrumento contractual como um todo.

Nessa linha, através do Art. 7º do CDC<sup>42</sup>, é passível que se faça ainda uma ampliação de direitos aos consumidores no tocante a resolução dos contratos de crédito que tragam a onerosidade excessiva, e anulação dos contratos que afrontem o princípio da informação<sup>43</sup>, induzindo o consumidor vulnerável a erro, gerando o vício de consentimento.

Abre-se com esse cenário a possibilidade da anulação dos contratos bancários que ao não observarem os deveres de informação impostos aos fornecedores de crédito (Art. 52º – CDC)<sup>44</sup>, uma vez que o consumidor não informado ou

.....  
 decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: Acesso em: 01 jan. 2022.).

<sup>42</sup> Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: Acesso em: 01 jan. 2022.).

<sup>43</sup> Art. 36 . § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: Acesso em: 01 jan. 2022.).

<sup>44</sup> Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

mal informado é conduzido de forma equivocada pelo fornecedor na fase da contratação do contrato bancário de crédito, poderá, por sua vulnerabilidade, facilmente aderir a um contrato agindo contrário à sua vontade real, tornando o instrumento viciado pelo seu consentimento prejudicado.

Nesse sentido, o Art. 46º do CDC<sup>45</sup> traz a ideia de que não se obrigam os consumidores aos contratos que eles não puderam ter conhecimento prévio do conteúdo, ou os instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de sentido e alcance. O Código Civil apresenta no capítulo V – Da invalidade do Negócio Jurídico, no Art. 171, II<sup>46</sup>, o vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, onde o negócio é anulável.

Dessa forma, os contratos bancários de crédito realizados entre o consumidor e o fornecedor de crédito que ocorrerem fora do âmbito da legalidade e dos princípios inerentes

.....  
III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: Acesso em: 01 jan. 2022.).

<sup>45</sup> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: Acesso em: 01 jan. 2022.

<sup>46</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. (BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: Acesso em: 01 jan. 2022.).

a relação contratual entre fornecedor e consumidor, serão passíveis de anulação.

Sobre a relação contratual e o consentimento, COSTA<sup>47</sup>:

A questão contratual, a partir da manifestação estandarizada do consentimento nas relações modernas, adquire especial relevância porque relega os consumidores a uma situação de total impotência, atingindo a massa prejudicada, bem como os potenciais contratantes. Esta submissão dos consumidores faz surgir a necessidade da atitude protetiva do Estado, que atua exercendo o controle contratual administrativo ou judicial. A partir disso serão garantidos os direitos fundamentais dos consumidores. Conforme foi estudado não há legislação que imponha o limite de juros cobrados, bem como que sancione as práticas que ocasionem os superendividamento. A ausência de legislação protetiva viola o comando constitucional que impõe a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica e, também, os direitos fundamentais inerentes aos superendividados. A título exemplificativo, destaca-se a afronta ao princípio da igualdade, na medida em que a norma legal deve imprimir a igualdade jurídica – por meio do reconhecimento de instrumentos de defesa ao hipossuficiente – em relações jurídicas onde exista desigualdade econômica.

Sob a ótica da legislação portuguesa, há estipulação no mesmo sentido do que previu o Código brasileiro, conforme podemos observar nas palavras de PASSINHAS<sup>48</sup>:

.....  
<sup>47</sup> COSTA, JESSICA HIND RIBEIRO. *A possibilidade de anulação dos contratos de empréstimo consignado a partir da caracterização do superendividamento*. Salvador: UFBA, [202-?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d450f01b90e9cfa5>. Acesso em: 01 jan. 2022.

<sup>48</sup> PASSINHAS, SANDRA. A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor. In: *Actas colóquio práticas*

“[...] O art. 14º. regulou expressamente que os *contratos celebrados sob influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor*, nos termos do artigo 287 do Código Civil. [...]O consumidor tem legitimidade para requerer a anulação do contrato, tendo para o efeito o prazo de um ano a contar da cessação do vício (artigo 287.º, n.º 1, do Código Civil). No caso de o contrato ainda não ter sido cumprido, a anulabilidade pode ser arguida sem dependência do prazo, tanto por via de ação como por via de exceção (artigo 287.º, n.º 2).

A também a possibilidade da revisão ou a anulação não pela invalidade do negócio em si, mas em face da onerosidade excessiva que o contrato causou ao idoso. Com base na teoria da imprevisão, tem sentido de que não vale tudo para o credor exercer o seu direito, não sendo admitido levar o devedor à ruína, para o cumprimento de uma obrigação.<sup>49</sup>

O Código Civil de 2002 trouxe, na seção IV – Da resolução por Onerosidade Excessiva, Art. 478<sup>50</sup>, e tem como requisito, que uma prestação devida que se tornou excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Fazendo uma análise conjunta com o parágrafo III, do art. 51 do CDC,

.....  
comerciais desleais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/10086573.PORTOALEGRE/Downloads/sandra%20passinhas%20praticas%20comerciais.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022. p.180-181

<sup>49</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 123.

<sup>50</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 01 jan. 2022.).

presume-se exagerada a vantagem que se mostrar excessiva em relação ao consumidor, considerando a natureza do contrato e outras circunstâncias peculiares a cada caso.

Assim, da leitura dos textos legais, pode-se retirar o entendimento que, no caso dos contratos realizados entre o consumidor e os fornecedores de crédito que se adequarem aos requisitos acima expostos, se faz possível a resolução, tendo em vista que a opção adotada pelo código civil é proveniente dos ideais liberais que solucionavam o inadimplemento pela via da resolução, uma vez que a resolução realizada através do juiz imparcial se faz fundamental nos casos de onerosidade excessiva, pois é o “único que pode trazer o equilíbrio e a justiça de volta para o contrato”.<sup>51</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre todas as relações de consumo existentes, as que envolvem pessoas idosas são as que merecem maior atenção do Direito do consumidor e por consequência do Estado.

Seja pelo fato de que são, do ponto de vista objetivo, os mais vulneráveis em razão da diminuição de sua capacidade cognitiva, mas também, porque estão em um estágio da vida onde a realização de negócios abusivos tem potencial de levar à ruína enquanto indivíduos dentro do mercado de consumo e decretar sua morte social.

Como podemos observar ao longo do presente estudo, a realização de negócios bancários a partir de práticas desleais de consumo e abusivas expõe o consumidor a danos irreversíveis, deixando-os superendividados, comprometendo inclusive a parte da renda que se destina a medicamentos e alimentação, chamado de mínimo vital ou essencial.

.....  
<sup>51</sup> SCHMIDT NETO, ANDRÉ PERIN. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012. p.171.



Evidente que o aumento da população idosa no mundo, e em especial nos dois países analisados neste artigo: Brasil e Portugal, denota-se que estamos diante de um cenário de alerta, no futuro, poderá e possivelmente será, um dos principais problemas econômicos na sociedade de consumo, se não o maior, pois os idosos precisam de muito mais apoio do estado do que outros grupos da sociedade, principalmente pelo fato que em regra, vivem de aposentadorias advindas de fundos públicos, ter o maior grupo populacional do mundo endividado é um risco inclusive para o desenvolvimento dos países de todo o globo, haja vista vivermos em uma economia conectada e global.

Os fornecedores de crédito perceberam ao longo dos anos que os idosos são o grupo de maior facilidade de convencimento à aquisição de seus serviços e produtos, justamente por sua hipervulnerabilidade informacional. Nesse sentido, práticas como a utilização de terminologias como “crédito fácil” “sem consulta aos órgãos de proteção ao crédito” “juros zero”, “aproveite os momentos de sua vida” “realize seus sonhos”, colocam no subconsciente do consumidor idoso a ideia de que aquele crédito não fará danos a sua vida, pelo contrário, é veiculado como a solução daqueles existentes, o que comprovadamente se mostrou equivocado.

Tais práticas, aliados a ferramentas de análise do perfil do consumidor com a utilização de alta tecnologia de processamento de dados, oportunizam o assédio ao consumidor de forma direta, como há exemplo o envio de ofertas prontas por telefone e internet.

As condutas apresentadas até aqui pelo estudo configuraram-se como práticas comerciais desleais e abusivas que permeiam desde o pré ao pós contratual. Seja na construção do contrato, que via de regra é de adesão, com o texto e suas condições previamente impostas pelo fornecedor, com

uma redação que não facilita a compreensão do consumidor, e principalmente ao idoso. De igual forma nas tratativas contratuais a falta de clareza quanto as condições gerais e específicas apresentadas não correspondem de forma satisfatória aos deveres de informação impostos aos bancos e financeiras, conduzindo o consumidor a negócios excessivamente onerosos e eivados de vícios.

Em recente legislação aprovada no Brasil, a chamada lei do superendividamento, Lei n. 14. 181 de julho de 2021, trouxeram um novo paradigma à proteção do consumidor de crédito e de igual forma à oferta de crédito responsável.

Conduto, na esteira de diversas condutas do poder público em detrimento do mercado de crédito abusivo, teve, entre seus artigos vetados, o Art. 54 – C, parágrafo primeiro, o qual trazia a proibição da utilização de referência a crédito ‘sem juros’, ‘gratuito’, “sem acréscimo’ ou com ‘taxa zero’ ou a expressão de sentido ou entendimento semelhante”.

Tal informação é relevante, pois ao entrar no texto original da proposta legislativa, denota-se a importância do conteúdo dentro do mercado de consumo, o qual é nítido a aplicação de tais terminologias à oferta de produtos, mas infelizmente não foi este o entendimento do poder executivo.

É comum que idosos possuam smartphones, computadores e acesso à internet, porém, isso não se reverte em estar informado e conectado de fato, pelo contrário, diferente dos nativos digitais, ou seja, aqueles que já nasceram em meio à tecnologia, podendo aqui citar os nascidos a partir da década de 90, as pessoas de idade avançada enfrentam grandes dificuldades para se incluírem ao meio digital, podendo alguns serem considerados “analfabetos digitais”, tamanha a dificuldade que possuem em se relacionar neste ambiente virtualizado e realizado a partir de um aparelho eletrônico conectado à internet.

De outro lado, os fornecedores estão cada vez mais capacitados e integrados ao meio digital, se utilizam de mecanismos como a inteligência artificial, big data, e demais ferramentas de análise de dados para a oferta de produtos e serviços personalizados.

Essa dicotomia presente no ambiente virtual é um campo fértil à realização de condutas contrárias ao direito se não estiverem regulamentadas, principalmente, fiscalizadas pelos órgãos de proteção do consumidor e sendo processadas de forma correta pelo judiciário.

A oferta de crédito ao consumidor é realizada hoje de múltiplas formas, por telefone, e-mail, aplicativo do banco ou financeira e através de contratos que não envolvem, por vezes, sequer a assinatura do consumidor, sendo consolidado tão somente pela confirmação verbal da parte contratante, ou ao simples toque do “aceite” no contrato eletrônico de adesão, essas novas características dos contratos digitais e suas nuances precisam estar no campo de análise dos estudos do consumidor.

A facilidade com que contrata hoje permite uma maior democratização do acesso ao crédito e a bens de consumo, mas, de igual forma, permitem que abusividades estejam cada vez mais nestes instrumentos e a dificuldade de se identificar e tutelar essas abusividades aumentam de igual forma.

Há diversas demandas judiciais e denúncias na mídia acerca de contratações abusivas, incluindo dentre elas, contratos que sequer o consumidor tinha conhecimento do seu conteúdo ou do fornecedor, configurando-se para além de um contrato abusivo, uma conduta criminoso por parte de algumas instituições, situações que com a entrada dos contratos eletrônicos são cada vez mais comuns, visto que a assinatura por escrito deixou de ser uma prática habitual para se tornar uma das opções válidas.

Em meio a esse cenário, tentou-se a partir deste estudo, revisitar a necessidade de compreender institutos consolidados como a validade contratual, os princípios vinculados aos contratos e às obrigações, como a boa-fé, para que sejam compreendidos sob a ótica do mundo virtualizado e de acordo com as novas práticas de mercado, sob pena de cairmos em um positivismo e à força vinculativa dos contratos de forma totalmente equivocada.

A vulnerabilidade intrínseca aos consumidores precisa estar no cerne da relação de consumo, de igual forma o dever de informação e a boa-fé objetiva precisam ser eficazes, seja através de legislações que contemplem as novas práticas e a utilização massiva da tecnologia e em especial a tecnologia da informação, que se utilizam de mecanismos que o consumidor sequer tem prévio conhecimento.

Se queremos estabelecer de fato sociedades justas e igualitárias, um estado democrático de direito, isso não será alcançado se compreendermos que a força vinculativa dos contratos deve prevalecer face às práticas desleais, de uma publicidade enganosa, envoltas em um discurso mercadológico efêmero.

A dignidade da pessoa humana é fundamento máximo da sociedade moderna, devendo ser aplicada de forma objetiva nas relações contratuais, principalmente nos contratos de crédito ao consumo que, envolvendo pessoas idosas, já pagam o alto preço de estarem no último estágio de suas vidas.

## REFERÊNCIAS

- AYROZA, IGOR FEITOSA LACÔRTE, BORGES, LILIANE DE MOURA. Exercício do direito à informação e consumo consciente: contribuições da economia comportamental para o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 119, p. 385-407, set./out. 2018.
- BERGSTEIN, LAÍS, MARTINI, SANDRA REGINA, MUCELIN, GUILHERME. Algoritmos, vieses e tributação. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1-20, set./out. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 01 jan. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 01 jan. 2022.
- CERIONI, CLARA. Aposentados, idosos voltam a ser os chefes da família: com desemprego e expectativa de vida em alta, mais lares no país são sustentados pela renda de idosos. *Folha Uol*, São Paulo, 06 ago, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/aposentados-idosos-voltam-a-ser-os-chefes-da-familia.shtml>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- COELHO, MARIANA CARVALHO VICTOR, AYALA, PATRYCK DE ARAUJO. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 121, p. 7, jan./fev. 2019.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Série CVM comportamental: vieses do consumidor*. Rio de Janeiro: CVM, 2017.
- COSTA, JESSICA HIND RIBEIRO. *A possibilidade de anulação dos contratos de empréstimo consignado a partir da caracterização do superendividamento*. Salvador: UFBA, [202-?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d450f01b90e9cfa5>. Acesso em: 01 jan. 2022.

- EFING, ANTÔNIO CARLOS, CAMPOS, FÁBIO HENRIQUE FERNANDEZ DE. A vulnerabilidade do consumidor em era da ultramodernidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, p. 2-3, jan./fev. 2018.
- FEITOSA, ARNALDO BARROS, SILVA, PABLO ROGERES, SILVA, DANY ROGERS. A influência de vieses cognitivos e motivacionais na tomada de decisão gerencial: evidências empíricas em uma empresa de construção civil brasileira. Blumenau, *Revista de negócios*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set. 2014.
- FERREIRA, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Positivo, 2008.
- FERREIRA, VERA RITA DE MELLO. *Psicologia Econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FERREIRA, VERA RITA DE MELLO. *Psicologia Econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FILETO, ADRIANA. O alarmante endividamento dos idosos no Brasil. *Instituto Defesa Coletiva*, Belo Horizonte, [202-?]. Disponível em: <https://defesacoletiva.org.br/site/texto-adriana-endividamento-idosos/>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- FREITAS, JUAREZ, FREITAS, THOMAS BELLINI FREITAS. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- HAMESTER, GABRIEL FRAGA. *Contratos bancários de crédito: o superendividamento na sociedade do hiperconsumo*. Porto Alegre: Editora Fl. 2019.
- MARQUES, CLAUDIA LIMA. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, RS, n. 22, abr. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72637>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- MARQUES, CLAUDIA LIMA. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, RS, n. 22, abr. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72637>. Acesso em: 31 jan. 2022.
- MARQUES, CLAUDIA LIMA. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MARQUES, CLAUDIA LIMA; Miragem, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEY, M. S.; PIERANTONI, C. R.; LAPÃO, L. V. Sistemas de avaliação profissional e contratualização da gestão na Atenção Primária à Saúde em Portugal. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 104, p. 43-55, jan./mar. 2015.
- OLIVEIRA, ANDRESSA JARLETTI GONÇALVES DE. *Defesa judicial do consumidor bancário*. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014. p. 36.
- PARANÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (13ª Câmara Cível). *Acórdão n. 001374281 APELAÇÃO CÍVEL. Ação declaratória de nulidade contratual c/c repetição de indébito e indenização por danos morais. Contrato de cartão de crédito consignado – saque. Sentença de improcedência. [...] Relatora: Rosana Andriguetto de Carvalho, Curitiba, 24 de abril de 2019. PDF.*
- PASSINHAS, SANDRA. A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor. *In: Actas colóquio práticas comerciais desleais*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/10086573.PORTOALEGRE/Downloads/sandra%20passinhas%20praticas%20comerciais.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022. p. 159.
- PAZ, MARGARIDA. A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as idosas, nas relações de consume. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 62, p. 655-679, 2021.
- PEREIRA, PEDRO TELAHDO. Portugal a envelhecer rapidamente e o endividamento das famílias a aumentar. *Diário de Notícias*, Funchal, 21 abr. 2018. Disponível em: <https://www.dnoticias.pt/2018/4/21/88727-portugal-a-envelhecer-rapidamente-e-o-endividamento-das-familias-a-aumentar/>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- PORTUGAL: 4º país da UE com mais idosos acima dos 65 anos. *Dignus: Revista Técnica de Geriatria e Gerontologia*, Porto, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://www.dignus.pt/2021/03/17/portugal-4-o-pais-da-ue-com-mais-idosos-acima-dos-65-anos/>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- SCHMIDT NETO, ANDRÉ PERIN. *Revisão dos contratos com base no superendividamento: do código de defesa do consumidor ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SCHMITT, CRISTIANO HEINECK. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 286.

# A DIRETIVA DOS CONTEÚDOS DIGITAIS (2019/770) À LUPA: CRÍTICAS ÀS OPÇÕES DE TRANSPOSIÇÃO TOMADAS PELO LEGISLADOR NACIONAL\*

*João Letras\*\**

## **RESUMO**

Em resultado da Estratégia do Mercado Único Digital de 2015 e das preocupações prioritárias emergentes no domínio da Agenda do Consumidor 2012, reforçadas na Nova Agenda do Consumidor 2020, a Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, vem colmatar uma lacuna legislativa quanto à proteção dos consumidores no mundo digital na celebração de contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

Tal diretiva vem proceder a uma harmonização das legislações dos Estados Membros e eliminar os principais obstáculos à expansão do comércio online transfronteiriço e as

.....

\* Congresso "Desenvolvimentos recentes no Direito do Consumidor", 4 de junho de 2022 – Casa da Jurisprudência / Colégio da Trindade

\*\* Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



incertezas que advinham para os profissionais e consumidores no quadro jurídico existente. Com esta nova legislação europeia passam a existir regras claras e uniformes que aumentam a confiança dos consumidores ao celebrarem contratos com profissionais localizados noutros Estados Membros.

Pese embora a relevância de um tão grande passo a nível europeu e que constitui uma grande vitória para os consumidores da União Europeia, a transposição portuguesa ficou muito aquém daquilo que se esperava (e exigia). Escalpelizámos algumas das opções tomadas pelo legislador português vertidas no Decreto-Lei n.º 84/2021.

#### **PALAVRAS-CHAVE:**

Diretiva (UE) 2019/770; Conteúdos digitais; Serviços digitais; Decreto-Lei n.º 84/2021.

#### **ABSTRACT:**

As a result of the 2015 Digital Single Market Strategy and emerging priority concerns in the field of the 2012 Consumer Agenda, reinforced in the New Consumer Agenda 2020, Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 closes a legislative gap regarding the protection of consumers in the digital world when concluding contracts for the supply of digital content and services.

This directive will harmonise the laws of the Member States and remove the main obstacles to the expansion of cross-border online commerce and the uncertainties for professionals and consumers arising from the existing legal framework. With this new European legislation there are now clear and uniform rules that increase consumer confidence when entering contracts with professionals located in other Member States.

Despite the importance of such a major step at European level and a great victory for consumers in the European Union, Portuguese transposition fell far short of what was expected (and required). We outline some of the options taken by the Portuguese legislator in Decreto-Lei 84/2021.

**KEYWORDS:**

Directive (EU) 2019/770; Digital contents; Digital services; Decreto-Lei 84/2021.

**ÍNDICE:**

- I. Introdução: a nova Diretiva
- II. Decreto-Lei n.º 84/2021: o critério de transposição
- III. Aspetos do regime e críticas às opções do legislador europeu e nacional
- IV. Os conteúdos digitais, o esgotamento do princípio da distribuição e a violação dos requisitos objetivos de conformidade. A exceção do art. 8.º, n.º 5
- V. Conclusões

## I. INTRODUÇÃO: A NOVA DIRETIVA

Em resultado da Estratégia do Mercado Único Digital<sup>1</sup> de 2015 e das preocupações prioritárias emergentes no domínio da Agenda do Consumidor 2012<sup>2</sup>, reforçadas na Nova Agenda do Consumidor 2020<sup>3</sup>, a Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019<sup>4</sup>, vem colmatar uma lacuna legislativa quanto à proteção dos consumidores no mundo digital na celebração de contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

Tal diretiva vem proceder a uma harmonização das legislações dos Estados Membros e eliminar os principais obstáculos à expansão do comércio online transfronteiriço e as incertezas que advinham para os profissionais e consumidores no quadro jurídico existente. Com esta nova legislação europeia passam a existir regras claras e uniformes que aumentam a confiança dos consumidores ao celebrarem contratos com profissionais localizados noutros Estados Membros.

Se a proteção do consumidor na aquisição e acesso aos bens e serviços digitais é a pedra angular do novo regime, é a salvaguarda dos direitos de propriedade intelectual do produtor/criador que freia as medidas protecionistas que fundam o direito europeu do consumidor. Os “acordos de licença de utilizador final” permitem ao criador do conteúdo digital intervir diretamente no negócio com o consumidor final, restringindo-lhe a sua utilização e disposição, mantendo-se,

.....  
<sup>1</sup> COM(2015) 192 final

<sup>2</sup> COM(2012) 225 final

<sup>3</sup> COM(2020) 696 final

<sup>4</sup> Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (JO L 136 de 22/05/2019, pp. 1-27).

contudo, o profissional-vendedor responsável perante o consumidor quanto a quaisquer faltas de conformidade.

A complexidade do mundo digital e dos negócios nele celebrados oferece inúmeras dificuldades na adoção das soluções existentes para os contratos de bens analógicos, o que, contudo, não impediu que esta diretiva tenha assumido a dianteira na regulação de um mercado em crescendo, cuja proteção do consumidor era, até então, bastante reduzida.

## **II. DECRETO-LEI N.º 84/2021: O CRITÉRIO DE TRANSPOSIÇÃO**

A Diretiva (UE) 2019/770 foi alvo de transposição para a ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro. Contudo, o legislador nacional optou por transpor num único diploma a Diretiva (UE) 2019/770 e a Diretiva (UE) 2019/771 – que disciplina aspetos dos contratos de compra e venda de bens e que revoga a Diretiva 1999/44/CE, que havia sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril.

Afigura-se ser uma opção lógica, pelo facto de ambas as diretivas tratarem de regular questões sobre a compra e venda de bens, quer analógicos quer digitais, com os inevitáveis pontos de contacto, extraíveis das relações contratuais atualmente existentes. Disso são exemplo, entre outras, as disciplinas aplicáveis aos “bens com elementos digitais” e aos “bens digitais”, cuja compreensão, distinção e harmonização sai beneficiada pelo facto de ambos os regimes se encontrarem regulados num mesmo diploma.

A matéria que diz respeito à Diretiva (UE) 2019/770 encontra-se tratada nos artigos 26.º a 39.º, que constituem o capítulo III do diploma.

### III. ASPETOS DO REGIME E CRÍTICAS ÀS OPÇÕES DO LEGISLADOR EUROPEU E NACIONAL

Detemo-nos agora em alguns aspetos do regime que constituem opções alvo de crítica<sup>5</sup>.

A principal novidade que foi realçada aquando da publicação do Decreto-Lei n.º 84/2021 prende-se com o alargamento dos prazos de responsabilidade do profissional. Porém – cremos que por distração ou mero lapso de revisão – são previstas durações diferentes, quando se trate de um bem material ou analógico, ou se trate de um conteúdo ou serviço digital.

<i>Tipo de bem de consumo</i>	<i>Prazo de responsabilidade do profissional</i>
Bem analógico	3 anos (art. 12.º/1)
Bem com elementos digitais	3 anos – único ato ou série de atos individuais de fornecimento (art. 12.º/2/a)
	Igual à duração do contrato – fornecimento contínuo (art. 12.º/2/b)
Conteúdos ou serviços digitais	2 anos – único ato ou série de atos individuais de fornecimento (art. 32.º/2/a)
	Igual à duração do contrato – fornecimento contínuo (art. 32.º/2/b)

Atendendo ao facto de, quer a Diretiva (UE) 2019/770 (art. 11.º, n.º 2, §2) quer a Diretiva (UE) 2019/771 (art. 10.º, n.º 3), preverem a possibilidade dos Estados Membros determinarem prazos mais longos do que os estabelecidos nos respetivos diplomas para a responsabilidade do profissional (2 anos em ambas as Diretivas), é de estranhar a razão que levou o .....

<sup>5</sup> Para uma análise geral do regime, SANDRA PASSINHAS, "O novo regime da compra e venda de bens de consumo – exegese do novo regime legal", *Revista de Direito Comercial* (04/12/2021), pp. 1463-1528; 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), pp. 194-201; JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais*, Almedina, Coimbra, 2022.

legislador português a dispor de tal faculdade no que diz respeito à compra e venda de bens de consumo e a abster-se de idêntica prática no regime respeitante aos conteúdos ou serviços digitais.

Mais incompreensível se torna tal opção quando, na senda de JORGE MORAIS CARVALHO, os prazos de responsabilidade do profissional nos bens com elementos digitais dizem apenas respeito aos conteúdos ou serviços digitais incorporados nos bens corpóreos. Isto significa que “[p]odemos ter um contrato relativo a um bem com elementos digitais, por incorporar um conteúdo digital e dois serviços digitais de fornecimento contínuo, um estipulado para fornecimento por três anos e o outro sem termo final definido”, aplicando-se “diferentes períodos de responsabilidade”<sup>6</sup>. É o que se retira da leitura do art. 10.º, n.º 2 da Diretiva (UE) 2019/771: “No caso de bens com elementos digitais, caso o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período, o vendedor é também 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. Caso o contrato estipule 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.” (itálico nosso).

Isto significa que um mesmo conteúdo ou serviço digital pode beneficiar de prazos de responsabilidade do profissional distintos, em função de haver sido adquirido incorporado

.....  
<sup>6</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e...*, cit., p. 50.

num bem corpóreo ou adquirido isoladamente e posteriormente integrado no ambiente digital.

Observe-se a título de exemplo, o caso de um consumidor que adquira um computador portátil com o sistema operativo *Windows* pré-instalado, hipótese em que beneficia de um prazo de responsabilidade do profissional de 3 anos para o bem corpóreo "computador portátil" e de 3 anos para o conteúdo digital "*Windows*". Se, ao invés, decidir adquirir o mesmo sistema operativo *Windows*, seja numa loja física, em suporte material (CD-ROM, por exemplo), seja numa loja on-line, apenas beneficia de um prazo de responsabilidade do profissional de 2 anos.

Uma tal diferença de regime não encontra suporte ou justificação na realidade que pretende cobrir. Diga-se até que uma solução deste tipo, para além de negativamente discriminatória dos conteúdos ou serviços digitais adquiridos isoladamente, constitui uma disposição contrária às preocupações ambientais de que as Diretivas (UE) 2019/770 e 2019/771 estão imbuídas. Se, por um lado, se anuncia a preocupação de combater a obsolescência programada – com a previsão de períodos de disponibilização de atualizações pelo profissional – com esta solução dual de regime promove-se uma vantagem na aquisição de bens corpóreos com elementos digitais, ao invés de criar um fator de atração para a rentabilização de bens corpóreos já existentes na esfera do consumidor, cuja utilização pode ser melhorada com a integração de novos conteúdos ou serviços digitais adquiridos isoladamente.

Com efeito, revela-se mais vantajoso para o consumidor português adquirir um computador portátil novo – pois que beneficia de um prazo de 'garantia' de 3 anos para o sistema operativo pré-instalado – do que reutilizar o computador que já possui, instalando um sistema operativo de última

geração, coberto apenas por um prazo de 2 anos de 'garantia'. Poder-se-á, porventura, alegar que a razão para o consumidor substituir o seu equipamento físico não será esse alargamento do prazo de responsabilidade do profissional, mas razões de ordem tecnológica, respeitantes aos componentes do equipamento, que obrigam à sua substituição para que o sistema operativo mais recente possa ser utilizado. Porém, há situações em que o consumidor não necessita de substituir a totalidade do equipamento informático, só o fazendo por força do relevante estímulo que do investimento num equipamento novo pode advir, nomeadamente, do alargamento do prazo de responsabilidade do profissional.

Outra inovação introduzida por este Decreto-Lei é a da determinação de períodos de dispensa do ónus da prova da existência da falta de conformidade no momento do fornecimento não coincidentes com os períodos de responsabilidade do profissional.

Isto significa que, diferentemente do que estabelecia o Decreto-Lei n.º 67/2003, o consumidor tem agora de fazer prova da existência da falta de conformidade no momento do fornecimento quando ainda está a coberto do período de responsabilidade do profissional. Por força desta distinção entre estes períodos, JORGE MORAIS CARVALHO considera que não podemos falar numa verdadeira "garantia legal", conceito que só existe quando os dois períodos são idênticos. O indicado Autor afirma mesmo que um eventual prazo de "garantia" está mais próximo do conceito de período de presunção da anterioridade da desconformidade (ou seja, do período de dispensa do ónus da prova) do que do correspondente ao prazo de responsabilidade do profissional<sup>7</sup>.

.....  
<sup>7</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e...*, cit., pp. 51 e 53.



Esquematiza-se uma tal problemática nos termos que seguem:

<i>Tipo de bem de consumo</i>	<i>Período de dispensa do ónus da prova</i>	<i>Prazo de responsabilidade do profissional</i>
Bem analógico	2 anos (art. 13.º/1)	3 anos (art. 12.º/1)
Bem com elementos digitais	2 anos – único ato ou série de atos individuais de fornecimento (art. 13.º/2)	3 anos – único ato ou série de atos individuais de fornecimento (art. 12.º/2/a)
	3 anos – fornecimento contínuo por período igual ou menor a 3 anos  Igual à duração de contrato – fornecimento contínuo por período superior a 3 anos (art. 14.º)	Igual à duração do contrato – fornecimento contínuo (art. 12.º/2/b)
Conteúdos ou serviços digitais	1 ano – único ato ou série de atos individuais de fornecimento (art. 33.º/2)	2 anos – único ato ou série de atos individuais de fornecimento (art. 32.º/2/a)
	Igual à duração do contrato – fornecimento contínuo (art. 33.º/3)	Igual à duração do contrato – fornecimento contínuo (art. 32.º/2/b)

Ainda que se compreenda a posição defendida pelo mencionado Autor, consideramos que continua a ser correto falar-se de uma “garantia”, mesmo nos casos em que não há coincidência entre os dois períodos. Se naquele período em que o ónus da prova pertence ao consumidor, se torna mais complexo para este provar a existência da falta de conformidade no momento do fornecimento – nas palavras de JORGE MORAIS CARVALHO, uma “prova diabólica”<sup>8</sup> –, não deixa de estar ao seu alcance o exercício de uma série de direitos, seja para a reposição da conformidade do conteúdo ou serviço

.....

<sup>8</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e...*, cit., p. 51.

digital, seja para a redução proporcional do preço ou para a resolução do contrato.

Considerar que só há “garantia” quando há dispensa do ónus da prova é defender que, fora desta, o consumidor não estará protegido pela legislação de direito do consumidor. Ora, não é isso que defendemos. Concordamos que no período em que o ónus da prova cabe ao consumidor, este acaba por ter uma tarefa mais complexa para exercer os direitos de reposição da conformidade, principalmente pelo caráter desigual da informação e qualificações técnicas disponíveis para o profissional e para o consumidor no caso de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais.

Porém, os direitos do consumidor continuam exercitáveis ao longo de todo o período de responsabilidade do profissional, o que constitui solução bem diferente daquela com que se deparará quando extinto tal período, desta feita em que o profissional não estará obrigado a fornecer quaisquer soluções para as faltas de conformidade.

A solução ideal passaria, sem dúvida, pela coincidência de ambos os períodos, por forma a garantir uma proteção efetiva ao consumidor, quer na prova da falta de conformidade – mais fácil para o profissional –, quer no acesso aos meios de reposição da conformidade.

Saliente-se ainda o facto de, nesta questão, não ter sido possível ao legislador português uniformizar o período de dispensa do ónus da prova no caso do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, por se tratar de matéria alvo de harmonização total pela Diretiva (UE) 2019/770 – art. 12.º, n.º 2.

Ainda em matéria de prazos, cuidamos agora de tratar a distinção preconizada pelo legislador português em sede de caducidade do exercício de direitos, consoante se tratem de bens analógicos ou de conteúdos ou serviços digitais, anotando o facto de tal disparidade de tratamento se

mostrar legitimada pela inexistência da obrigação de harmonização total.

No âmbito dos conteúdos ou serviços digitais, o art. 11.º da Diretiva (UE) 2019/770 permite aos Estados Membros instituir prazos de prescrição ou caducidade para o exercício dos direitos, à semelhança do que o art. 10.º da Diretiva (UE) 2019/771 prevê para a compra e venda de bens de consumo.

Ao abrigo de tal possibilidade, dispõe o art. 17.º do Decreto-Lei que, quanto aos bens corpóreos (ou analógicos), “[o]s direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 15.º *caducam decorridos dois anos a contar da data da comunicação da falta de conformidade.*” (itálico nosso). Resulta, assim, previsto um prazo de 2 anos para o exercício do direito de ação na compra e venda de bens de consumo, mantendo-se, para estes bens, a lógica do regime plasmado no Decreto-Lei n.º 67/2003º.

Ao invés, para os conteúdos ou serviços digitais o legislador optou por ser omissivo em matéria de prazos de caducidade do exercício de direitos. Com efeito, o art. 32.º do Decreto-Lei n.º 84/2021 nada estabelece quanto a um prazo adicional de caducidade dos direitos do consumidor<sup>9</sup>.

Estamos em crer que se tratou de (mais) um lapso do legislador nacional. O que é incontornável é o facto de o consumidor ver, uma vez mais e sem explicação plausível, consagradas soluções distintas em matéria de prazos aplicáveis aos conteúdos ou serviços digitais incorporados num bem corpóreo e àqueles que são fornecidos isoladamente. Aos primeiros fixa-se um prazo de caducidade de 2 anos, quer se trate de um ato único de fornecimento ou de um fornecimento contínuo; aos segundos, o prazo de caducidade do direito de ação é igual ao do período de responsabilidade do profis-

.....  
<sup>9</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e...*, cit., p. 66.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 113.

sional, o que pode traduzir-se num prazo mais extenso, desta feita nos casos de fornecimento contínuo superior a 2 anos.

Ainda em matéria de soluções inovadoras, cumprirá salientar a introdução de um regime contraordenacional para o caso de incumprimento de diversas normas do diploma<sup>11</sup>.

A tal propósito, estabelece o art. 48.º que se trata de contraordenação económica grave, nomeadamente, a violação dos n.ºs 4, 5 e 9 do art. 11.º, segundo os quais constitui obrigação do profissional a entrega dos bens na data especificada pelo consumidor, sem demora injustificada e até 30 dias após a celebração do contrato, bem como a de restituição ao consumidor da totalidade do montante pago até 14 dias após a resolução do contrato.

Sucedo, porém, que se para o regime da compra e venda de bens de consumo, existe uma sanção contraordenacional para o incumprimento da entrega do bem, não encontramos correspondência no caso de incumprimento da obrigação de fornecimento do conteúdo ou serviço digital, plasmado no art. 26.º. Tratando-se de obrigação equivalente àquela que existe para os bens analógicos, não se alcança a razão que possa justificar a ausência de sanção contraordenacional para um tal tipo de violação. Tratar-se-á, certamente, de mais um lapso do legislador<sup>12</sup>.

Pese embora todas as críticas até agora apontadas, reconhecemos o facto deste novo regime incluir aspetos fundamentais de uma nova realidade e comportamentos de consumo. A criação de novos conceitos e a sua inclusão e articulação em normas de proteção dos interesses do consumidor são uma clara vitória para os consumidores europeus. Concordamos, porém, com JORGE MORAIS CARVALHO quanto à desnecessidade de terem sido regulados de forma autóno-

.....  
<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>12</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e Venda e...*, cit., p. 104.

ma os regimes da compra e venda de bens e do fornecimento de conteúdos ou serviços digitais<sup>13</sup>.

O que parece ter sido uma opção de transposição “Diretiva-a-Diretiva” redundou numa confusão normativa, em que as soluções por vezes contraditórias e/ou injustificadamente diferenciadas se adivinha venham a aumentar a litigância resultante das relações de consumo. A melhor opção, salvo melhor opinião, passaria por regular sob os mesmos artigos quer a compra e venda de bens de consumo quer os conteúdos ou serviços digitais, sem pôr em causa as especificidades destes últimos, que demandam soluções concretamente adequadas à sua natureza. Assim, muitas das fragilidades da solução legal que temos vindo a destacar teriam sido evitadas ou, pelo menos, minimizadas, com manifesto benefício para um diploma mais coeso e de mais fácil aplicabilidade.

#### **IV. OS CONTEÚDOS DIGITAIS, O ESGOTAMENTO DO PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO E A VIOLAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS DE CONFORMIDADE. A EXCEÇÃO DO ART. 8.º, N.º 5.**

Quando o consumidor celebra um contrato de fornecimento de um conteúdo digital – por exemplo, de fornecimento de um e-book –, assume também posição numa relação em que está em causa a transferência de direitos de autor. O consumidor fica, para além da relação estabelecida com o profissional, vinculado às disposições de um contrato de licenciamento – concluído entre si, na veste de utilizador do conteúdo digital, e o titular do direito de autor –, que abrange um conjunto de obrigações adicionais às do contrato de fornecimento celebrado entre profissional e consumidor: o

.....  
<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 105.

denominado EULA – *end-user license agreement*; em português, acordo de licença de utilizador final<sup>14</sup>.

A utilização pelo consumidor dos conteúdos com direitos de autor está sempre dependente da transferência de direitos para o utilizador através de acordos de licenciamento. Porém, é aí que surgem as maiores limitações à utilização, disposição e transmissão dos conteúdos, que contrastam com o mundo analógico, onde o consumidor não necessita de adquirir quaisquer direitos específicos para fazer uso da obra.

Se, por exemplo, quando obtida a propriedade de um livro físico, o consumidor pode dispor dele como bem entendido, no caso de um livro digital vê as suas possibilidades de utilização altamente restringidas através dos EULAs, acordos que acompanham quaisquer conteúdos ou serviços digitais, reduzindo a proteção do consumidor a uma posição de “pegar ou largar”<sup>15</sup>.

Pese embora tais acordos sejam essenciais para os conteúdos ou serviços digitais, a Diretiva (UE) 2019/770 excluiu-os do seu âmbito de regulação, embora lhes faça referência no art. 10.º: “Se uma restrição resultante de uma violação de quaisquer direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, impedir ou limitar a utilização dos conteúdos ou serviços digitais nos termos dos artigos 7.º e 8.º, os Estados-Membros asseguram que o consumidor tem direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade previstos no artigo 14.º, a menos que o direito nacional determine a nulidade ou a rescisão do contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais nesses casos.” (itálico nosso).

No entanto, o considerando 53 deixa claro que poderá haver lugar ao teste objetivo da conformidade quando tais

.....  
<sup>14</sup> GERALD SPLINDER, “Digital Content Directive And Copyright-related Aspects”, *JIPITEC* 12 (2021), p. 112.

<sup>15</sup> GERALD SPLINDER, ob. cit., p. 115.

restrições previstas nos EULAs fundem desconformidades do conteúdo ou serviço digital: "Tais restrições podem resultar do acordo de licença de utilizador final ao abrigo do qual os conteúdos ou serviços digitais são fornecidos ao consumidor. Tal pode ser o caso quando, por exemplo, o acordo de licença de utilizador final proíbe o consumidor de utilizar certas características relacionadas com a funcionalidade dos conteúdos ou serviços digitais. *Uma restrição desta natureza é suscetível de fazer com que os conteúdos ou serviços digitais infrinjam os requisitos objetivos de conformidade estabelecidos na presente diretiva, se a restrição em causa disser respeito a características geralmente presentes nos conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo que o consumidor pode razoavelmente esperar.* Nesses casos, o consumidor deverá poder reclamar junto do profissional que forneceu os conteúdos ou serviços digitais o ressarcimento previsto na presente diretiva pela falta de conformidade. O profissional só pode eximir-se dessa responsabilidade se preencher as condições de derrogação dos requisitos objetivos de conformidade estabelecidos na presente diretiva, a saber, apenas se o consumidor tiver sido especificamente informado pelo profissional, antes da celebração do contrato, de que uma característica particular dos conteúdos ou serviços digitais se desvia dos requisitos objetivos de conformidade e o consumidor tiver expressamente e em separado aceite esse desvio." (itálico nosso).

Este considerando avança uma explicação clara quanto à composição do teste objetivo da conformidade: a característica em causa deve (1) estar geralmente presente; (2) nos conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo; (3) que o consumidor pode razoavelmente esperar. A verificação cumulativa dos três requisitos permitirá aferir se determinada restrição imposta pelo acordo de licença de utilizador final constitui uma violação dos requisitos objetivos de conformidade.

São, porém, apontadas algumas fragilidades a este teste, designadamente a de ausência de concretização daquilo que são as expectativas do consumidor quanto aos conteúdos ou serviços digitais, bem como a ténue distinção entre critérios objetivos e subjetivos de conformidade, o que pode imbuir o teste de uma subjetividade imanente da manipulação de expectativas do consumidor pelo profissional. A contrário, pode opor-se o facto de o consumidor, fruto da sua experiência com bens analógicos, poder vir a esperar uma disponibilidade constante do conteúdo digital, que lhe permita uma utilização sem limites<sup>16</sup>. É o que indicam estudos recentes, demonstrativos de que há uma expectativa do consumidor em dispor dos conteúdos digitais de forma ilimitada<sup>17</sup>.

A propósito das expectativas razoáveis, encontramos vários autores a defender que os consumidores formam tais expectativas razoáveis quanto à possibilidade de cópia (incluindo cópias de segurança), de utilização em diferentes equipamentos, de partilha com outros utilizadores, de acesso contínuo e de transferência para outra pessoa dos conteúdos digitais adquiridos<sup>18</sup>.

Detendo-nos sobre a possibilidade de transferência ou revenda de conteúdos digitais, somos remetidos para o esgotamento do princípio da distribuição, que surgiu pela via jurisprudencial no início do século XX e que implica a impossibilidade do titular do direito de autor se opor à revenda de uma cópia de uma obra protegida pelo tal direito quando tenha sido licitamente posta em circulação. O direito de autor não pode sobrepor-se ao direito de propriedade do adqui-

.....  
<sup>16</sup> GERALD SPLINDER, ob. cit., pp. 118-119.

<sup>17</sup> LILIA OPRYSK, KARIN SEIN, "Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?", *IIC* 51 (2020), pp. 617 e 619.

<sup>18</sup> Cfr, entre outros, LILIA OPRYSK, KARIN SEIN, ob. cit., pp. 611 ss.; GERALD SPLINDER, ob. cit., pp. 120 ss.



rente sobre a cópia da obra em questão enquanto objeto. Se isto é ponto assente no mundo real das cópias enquanto objetos, muitas dúvidas surgem sobre a respetiva transponibilidade para o mundo digital<sup>19</sup>.

A possibilidade de um consumidor poder revender o livro eletrónico que adquiriu previamente a um profissional encontra limitação nos EULAs, suscitando-se a questão de saber se deve ou não valer o esgotamento do princípio da distribuição, tal como ocorre com os livros físicos, por forma a permitir a revenda de e-books.

O Tribunal de Justiça da União Europeia foi já questionado sobre tal matéria em processos distintos, tendo as respostas dadas sido de conteúdo diverso. No caso “Used Soft”<sup>20</sup>, veio a concluir pela possibilidade de revenda de um software adquirido pelo consumidor, nos mesmo termos que um consumidor poderia fazê-lo quanto a um bem tangível. A este direito do consumidor-proprietário não poderiam opor-se quaisquer direitos de propriedade intelectual que, porventura, tivessem sido previstos no EULA.

Mais recentemente, no caso “Tom Kabinet”<sup>21</sup> considerou que a venda em segunda-mão de livros eletrónicos não cabe no âmbito do direito de distribuição, mas sim no direito de comunicação ao público, o que determina não haja, para os bens digitais, o esgotamento do princípio da distribuição, impondo-se assim limitações à transferência do e-book para um terceiro sujeito.

Uma vez que a Diretiva (UE) 2019/770 não regulou tal questão, a controvérsia apenas assume relevância no âmbito do teste objetivo da conformidade. Se o consumidor demonstrar que tinha uma expectativa razoável e objetiva de uma

<sup>19</sup> Conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR, *Processo C-263/18 – Nederlands Uitgeversverbond contra Tom Kabinet*, pp. 1-2.

<sup>20</sup> *Processo C-128/11 – UsedSoft GmbH contra Oracle International Corp.*

<sup>21</sup> *Processo C-263/18 – Nederlands Uitgeversverbond contra Tom Kabinet.*

utilização livre do conteúdo digital, detém um fundamento de falta de conformidade objetiva, podendo obrigar o profissional a permitir ao consumidor a revenda do conteúdo digital<sup>22</sup>. Estas restrições impostas pelos EULAs – prevaletentes no caso “*Tom Kabinet*” – apenas seriam adequadas se fossem expressamente aceites pelo consumidor, conforme previsto pelo art. 8.º, n.º 5 da Diretiva<sup>23</sup>.

A norma vertida sob tal artigo dispõe que não há lugar a falta de conformidade se, no momento da celebração do contrato, (1) o consumidor tiver sido especificamente informado de que uma característica particular dos conteúdos ou serviços digitais – por exemplo, a possibilidade de revenda do livro eletrónico – se desvia dos requisitos objetivos de conformidade e (2) o consumidor tiver expressa e separadamente aceite esse desvio aquando da celebração do contrato.

Ora, a possibilidade de existência deste tipo de limitações impostas ao consumidor sobre os conteúdos digitais, de que realçámos a proibição de revenda de um livro eletrónico, apenas é lícita se o consumidor houver sido expressa e separadamente informado de tais limitações. Os autores têm sérias dúvidas sobre se os EULAs reúnem esses requisitos, quando a sua linguagem pouco transparente, não refere claramente os direitos que ficam limitados, nem tão pouco consagram uma aceitação expressa e separada do consumidor aquando da celebração do contrato<sup>24</sup>.

## V. CONCLUSÕES

Em jeito de conclusão, tecemos breve súpula das considerações anteriormente feitas.

---

<sup>22</sup> LILIA OPRYSK, KARIN SEIN, ob. cit., p. 619.

<sup>23</sup> GERALD SPLINDER, ob. cit., p. 123.

<sup>24</sup> GERALD SPLINDER, ob. cit., p. 129; LILIA OPRYSK, KARIN SEIN, ob. cit., p. 621.

A Diretiva dos Conteúdos ou Serviços Digitais veio regular – em boa hora – as relações contratuais que se estabelecem no mundo digital e que deixam o consumidor numa posição mais débil e desprotegida que a contraparte. Com esta regulação, há normas próprias para um tal tipo de fornecimento, definidoras de critérios claros de conformidade e que estabelecem os direitos do consumidor no caso de verificação de desconformidade.

Pese embora a relevância de um tão grande passo a nível europeu e que constitui uma grande vitória para os consumidores da União Europeia, a transposição portuguesa ficou muito aquém daquilo que se esperava (e exigia). Aguarda-se, com expectativa, a intervenção corretiva do legislador quanto aos lapsos (crassos) vertidos no diploma, não só pelo facto de desvirtuarem a sua valia, mas porque, a médio prazo, podem gerar sérios problemas e litigância decorrente das relações estabelecidas entre consumidor e profissional.

Realçamos ainda as vastas e complexas questões que surgem da relação entre direito da propriedade intelectual e direito do consumidor, em que a ponderação de interesses pode obrigar a decisões regulatórias diferentes daquelas que existem no mundo analógico. O contributo do Tribunal de Justiça da União Europeia na definição da aplicabilidade aos bens digitais de princípios, interpretações e entendimentos válidos para os bens corpóreos é crucial para que se criem soluções de compromisso entre a proteção dos direitos de autor e a salvaguarda dos interesses dos consumidores.

# VULNERABILIDADES DAS PESSOAS MIGRANTES COMO CONSUMIDORAS: PERSPECTIVAS DE PORTUGAL, BRASIL E ARGENTINA

*Laila Roxina Moliterno Abi Cheble\**

## **RESUMO**

O presente trabalho propõe-se a refletir sobre o reconhecimento das vulnerabilidades ou hipervulnerabilidade das pessoas migrantes em contextos de consumo. Eis que na primeira parte desse trabalho reflete-se sobre o conceito de vulnerabilidade, trazendo ao debate ideias de doutrinadores latinoamericanos quanto europeus. Ademais, apresenta-se a ligação do conceito de vulnerabilidade com o Direito do Consumidor, ao mesmo tempo que se busca salientar a importância do conceito de igualdade para oferecer um tratamento adequado aos consumidores que se encontram

.....

\* Mestre em Direito com ênfase em Direito Europeu e Alemão sob orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques pela Universidade Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS) vinculada ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra. Membro do grupo de pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização. Advogada pela Universidad Nacional de Tucumán.

numa situação de desvantagem (lembrando que vulnerabilidade é contextual). Na segunda parte deste texto faz-se referência tanto à legislação de Portugal quanto à legislação brasileira e argentina (país onde atualmente tramitam projetos de Código de Defesa do Consumidor inspirados no Código de Defesa do Consumidor brasileiro). Nessa perspectiva, destacam-se as principais normativas dos blocos que integram aqueles países: a União Europeia e o Mercosul, respectivamente. Aponta-se a importância de que as pessoas migrantes sejam incluídas numa categoria de vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade. No que tange à forma de abordagem do problema, a pesquisa desenvolvida é qualitativa, de tipo exploratório descritivo.

### **PALAVRAS CHAVE**

Vulnerabilidade(s)- Direito do Consumidor- Igualdade- legislação- Direito Comparado

### **ABSTRACT**

This paper aims to reflect on the recognition of aggravated vulnerability or hypervulnerability of migrants in consumer contexts. In the first part of this article we reflect on the concept of vulnerability, bringing to debate the ideas of both Latin American and European scholars. Moreover, it presents the connection of the concept of vulnerability with Consumer Law, while seeking to highlight the importance of the concept of equality to provide adequate treatment to consumers who are in a disadvantaged situation (remembering that vulnerability is contextual). In the second part, reference is made both to the legislation of Portugal and to the Brazilian and Argentinian legislation (country where draft Consumer Defen-

se Codes inspired by the Brazilian Consumer Defense Code are currently being debated). From this perspective, the main regulations of the blocks which integrate those countries are highlighted: the European Union and Mercosul, respectively. The importance of migrants being included in a category of aggravated vulnerability or hypervulnerability is pointed out. Regarding the form of approach to the problem, the research developed is qualitative, of exploratory and descriptive type.

### **KEYWORDS**

Vulnerability(s)- Consumer Law- Equality- legislation- Comparative Law

### **SUMÁRIO**

Introdução.

I - Vulnerabilidade(s) e o Direito do Consumidor.

- A) Necessidade da aplicação do conceito de igualdade substancial
- B) Pessoas migrantes como consumidoras

II - Tratamento na legislação Portuguesa e Argentina.

- A) Conceito de Consumidor no Direito Português e principais Diretivas da União Europeia
- B) Conceito de Consumidor no Brasil e na Argentina (CDC Brasileiro como inspiração para os Projetos de Código de Defesa do Consumidor argentino). Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

O Direito como uma ciência social que se adequa e atende às questões sociais, tem tido no direito privado, seguindo a analogia de Lima Marques três momentos chaves que guardam ligação com as históricas revoluções acontecidas: a primeira revolução industrial “do carvão e do aço”; a segunda revolução industrial ligada aos modelos de produção em série (taylorismo e fordismo) e a terceira revolução industrial ligada à própria globalização e informatização <sup>1</sup>. Assim, explica a autora que, de forma consoante com a história, o direito tem enfrentado num primeiro momento questões ligadas aos direitos trabalhistas e previdenciários; num segundo momento onde os conflitos entre partes “fortes e fracas” aprofundaram-se, abordaram-se matérias ligadas aos contratos de adesão ou massivos, de informação, e por último, tem-se afrontado “questões culturais” (ligadas ao avanço da globalização) e questionou-se a credibilidade das próprias Instituições democráticas, assim como a confiança depositada nelas, contexto no qual a pulverização das fronteiras e a desterritorialização da produção aproximou o mercado e a sociedade de consumo. Nesse sentido, os avanços em telecomunicações e transportes favorecem os movimentos populacionais.

Outrossim, as fronteiras apresentam-se assim como permeáveis, porosas e os fluxos populacionais tornam-se contínuos. Nessa perspectiva, tanto para os países receptores quanto para os de origem ou de trânsito, a migração posiciona-se como um *facing issue* que preocupa a comunidade internacional. Apresenta-se como uma força aceleradora, diversificadora e politizada que revolucionou a maneira na qual se

.....  
<sup>1</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Introdução ao Direito do Consumidor” in *Manual do Direito do Consumidor*, BENJAMIN, LIMA MARQUES, ROSCOE BESSA (org.), 9º ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2020, p. 55-56 e ss.

definem os Estados-nação e as identidades do grupo”<sup>2</sup>. De acordo com Sayad<sup>3</sup>:

A imigração é, em primeiro lugar, um deslocamento de pessoas no espaço, e antes de mais nada no espaço físico; nisto, encontra-se relacionada, prioritariamente, com as ciências que buscam conhecer a população e o espaço [...] Mas o espaço dos deslocamentos não é apenas um espaço físico, ele é também um espaço qualificado em muitos sentidos, socialmente, economicamente, politicamente, culturalmente.

Assim, deve-se também atender as pessoas migrantes, que têm atravessado aquele descolamento físico e cultural no seu perfil de consumidoras nas sociedades de acolhida pois, consumir apresenta-se às vezes como uma porta de entrada para os grupos de referência. Aliás, seguindo a Sayad os estudos migratórios envolvem a sociedade como um todo pois, não só contemplam a dimensão diacrônica (histórica), mas também sincrônica (presente). Isto, lembrando que as pessoas migrantes serão reconhecidas como tais desde o momento que atravessam as fronteiras de seu país e encontram-se num outro território (não-nacional)<sup>4</sup>.

Vale a pena mencionar, que conforme assinala Bauman o “consumo irrestrito” é sinônimo de sucesso dentro da sociedade de consumo<sup>5</sup>. Sendo assim, o perfil dos migrantes como consumidores adquire especial relevância pois, o Direito do Consumidor materializa a proteção das pessoas humanas,

<sup>2</sup> BORKERT, MAREN, MARTÍN PÉREZ, ALBERTO, SCOTT, SAM & DE TONA, CARLA, *Introducción: Comprender la investigación sobre migraciones (a través de fronteras nacionales y académicas) en Europa*, 2006, Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research, 7(3), Art. 3., disponível em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0114-fqs060339> (15.12.2021)

<sup>3</sup> SAYAD, ABDEMAEK, *Imigração ou os paradoxos da alteridade*, Edusp, São Paulo, 1998, p. 15.

<sup>4</sup> SAYAD, ABDEMAEK, *ob.cit.*, pp. 16 e ss.

<sup>5</sup> BAUMAN, ZYGMUNT, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2015, p. 115 e ss.



dos consumidores no âmbito do Direito Privado, impregnando, assim, de "humanismo" as relações que acontecem no mercado. Em palavras de Pinto Monteiro essa disciplina surge como consequência "da insuficiência" e da dicotomia entre os ramos do direito público/privado<sup>6</sup>.

Ainda por cima, a doutrina concorda em que a primeira enumeração dos direitos do consumidor foi no discurso proferido pelo Presidente dos Estados Unidos John F. Kennedy em 1962, onde salientou-se a importância dos consumidores ao tempo que se reconheceu que: "todos estamos incluídos na definição de consumidor", as eventuais influências do marketing, das publicidades, dos meios massivos de comunicação nos comportamentos, ao tempo que se enumeraram os direitos que deveriam ser garantidos. Esse momento histórico, que guarda correspondência com a pós modernidade, caracterizou-se pelas relações líquidas, pela mercantilização (dos modos de vida, das relações) e pelo consumo exacerbado, ao tempo que tem se reconhecido de forma consoante "novos direitos", ou seja, mecanismos para corrigir situações de desequilíbrio fáticos entre os cidadãos que deveriam ter os mesmos direitos<sup>7</sup>.

Desde uma perspectiva mais sociológica, conforme Garcia Canclini, deve-se aceitar que nosso tempo tem se caracterizado pela heterogeneidade, pelas "fraturas, segmentação"<sup>8</sup> a nível global onde as comunicações transnacionais são fluidas e a informação é determinante e importante para que os consumidores sejam reconhecidos como cidadãos

.....  
<sup>6</sup> PINTO MONTEIRO, ANTONIO, "Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº1 (1999), p. 210 e ss.

<sup>7</sup> AFONSO, LUIZ FERNANDO, "Medicalização do consumo e publicidade abusiva: a proteção difusa dos idosos" in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº17 (2021), pp. 272-274.

<sup>8</sup> GARCIA CANCLINI, NÉSTOR, "El consumo sirve para pensar", in *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*, Grijalbo, México, 1995, pp. 47.

plenos e tenham seus direitos protegidos. Acrescentando, o consumo pode ser definido como aquele *"conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación y los usos de los productos"*, ideia que nos leva a ver o ato de consumo muito além de um simples ato não refletivo senão como um local de "disputas" por aquilo que é produzido em cada sociedade e as formas em que é usado, de significados, interações, desejos, o que representa simbolicamente (status, "rituais", pertença a determinados grupos) e questões ligadas à cidadania (inclusão)"<sup>9</sup>.

Nesse entendimento, o consumo de bens e serviços se dá não só sob uma ótica mercantilista, sendo também como uma forma de interagir, de integrar-se culturalmente, de repensar os desejos e a própria situação no mundo. Eis, a importância das políticas públicas que garantam às pessoas em contextos migratórios sua proteção também no seu perfil como consumidoras.

O consumo de bens, serviços e ideias posicionam-se como uma forma de ingressar nas sociedades, onde as pessoas migrantes procuram formas de inserção nas comunidades sob um estatuto de consumidor. Assim, haverá migrantes que tenham determinado poder de compra ou nível socioeconômico que lhes permitam partilhar interesses comuns na sociedade de acolhida (e como contrapartida outros não terão acesso a esse espaço público).

Remarque-se que o cenário da globalização econômica ajudou a incentivar a decisão de migrar em busca de melhores oportunidades, qualidade de vida, situação que favorece o projeto migratório. Ao mesmo tempo, os processos transnacionais começam a formar-se e a estabelecer-se em comunidades que apresentam exigências de todo o tipo (econômicas, políticas, sociais) e que nos primeiros Estados

<sup>9</sup> GARCIA CANCLINI, NÉSTOR, *ob.cit.*, pp. 43-46.

não têm plenos direitos; as formas de exercer determinado poder e ao mesmo tempo "sentir-se parte de" é através do seu papel de consumidores, em situações do cotidiano.

Este documento está dividido em duas partes principais, nomeadamente: a primeira parte irá refletir sobre conceitos como a(s) vulnerabilidade(s) no direito do consumidor e a necessidade da aplicação do conceito de igualdade formal nas relações de consumo envolvendo migrantes; a segunda parte irá abordar o conceito de consumidor e a regulação (ou não) da vulnerabilidade dos migrantes tanto na legislação portuguesa como brasileiro-argentina, com especial ênfase nos Projetos de Códigos de Defesa do Consumidor argentino inspirado no Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

## I. VULNERABILIDADE(S) E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Lima Marques salienta que, nos tempos pós-modernos, a sociedade de consumo e o crescente individualismo conduzem a uma verdadeira crise sociológica que acarreta um grande desafio para o Direito, de brindar respostas às diferentes problemáticas que mudam diariamente.<sup>10</sup> Jayme, aponta que o *leiv motiv* da pós modernidade são os direitos humanos que tem impregnado todas as ramas do direito, incluindo o direito privado<sup>11</sup>. Dessa forma, o doutrinador destaca que "o direito faz parte da cultural geral" e destaca quatro valores chaves nesses tempos pós modernos: o pluralismo (ligado à autonomia da vontade e diversidade de modos de vida), a comunicação (ligado a um mundo "sem fronteiras" e a "ideia de integração"), a narração (ligada a multiplicidade de normas) e retorno dos sentimentos (ligado à identidade cultural

<sup>10</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 7 ed., RT, São Paulo, 2014. p. 168-169.

<sup>11</sup> JAIME, ERIK, "Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado" in *Revista dos Tribunais* vol. 759 (1999) p. 24 – 40.

e sua defesa).<sup>12</sup>. Afirmações essas que destacam a importância do reconhecimento de novos sujeitos de direitos<sup>13</sup>.

Sendo que o Direito do Consumidor é entendido como uma “disciplina transversal entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante”<sup>14</sup>. Mister doutrina Lima Marques<sup>15</sup> “a atual função social do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual” assim, é necessária conforme aponta uma visão renovada do direito privado que atenda às diferenças ao tempo que as valorize. Nesse entendimento, a referida autora remarca que é um “desafio do direito contemporâneo” incluir no mercado a todas as pessoas, tendo em vista os ideais da modernidade, que nas palavras da autora significa incluí-las com igualdade e fraternidade ao mesmo tempo que as protege com liberdade.

Nessa linha, resulta interessante atender aos apontamentos feitos na encíclica *Fratelli Tutti* (Todos irmãos) do ano 2020 que versa sobre a Fraternidade e a Amizade Social onde o Papa Francisco, reconhecida autoridade em engajamento social e compromisso com os mais vulneráveis assinala “sonhemos como uma única humanidade, como caminhantes da mesma carne humana, como filhos desta mesma terra que nos alberga a todos, cada qual com a riqueza da sua fé ou das suas convicções, cada qual com a própria voz, mas todos

---

<sup>12</sup> JAIME, ERIK, “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna” in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 1 (2003), pp. 105-107, 114.

<sup>13</sup> JAIME, ERIK, “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna”, cit., p. 105-114.

<sup>14</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Introdução ao Direito do Consumidor” , cit., p. 39.

<sup>15</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Introdução ao Direito do Consumidor” , cit. pp. 55-59.

irmãos"<sup>16</sup> eis, a importância da fraternidade e da solidariedade. Lembrando aquele lema da Revolução Francesa, *Liberté, Égalité, Fraternité*, que movimentou homens e mulheres em prol da construção de uma sociedade mais justa, solidária e fraterna, partindo do entendimento de que é preciso atender a situação/contexto em que se encontra cada pessoa para garantir um tratamento adequado, outrossim que não seja desigual nem perpetue discriminações. Ainda mais, ressalta-se no mesmo documento uma realidade inegável, "é verdade que uma tragédia global como a pandemia do covid-19 despertou, por algum tempo, a consciência de sermos uma comunidade mundial que viaja no mesmo barco, onde o mal de um prejudica a todos". Recordamo-nos de que "ninguém se salva sozinho, que só é possível salvar-nos juntos" ressaltando como a pandemia colocou-nos numa situação extrema onde é preciso mais do que nunca salvar-nos juntos<sup>17</sup>.

Por sua parte, Tolentino de Mendonça assinala que o covid-19 "implodiu fronteiras geográficas, políticas, econômicas" e obrigou-nos a pensar a partir de referentes de totalidade. Ao mesmo tempo que assinala: "É verdade que a vulnerabilidade é, antes de tudo, a nossa condição ontológica"<sup>18</sup>.

Nessa linha, manifesta-se Passinhas, ao apontar a vulnerabilidade como "um estado de fraqueza ou fragilidade (*powerlessness*), que resulta de um desequilíbrio que lhe é desfavorável" salienta que "todos os consumidores são potencialmente vulneráveis", acrescentando que é uma "vul-

.....  
<sup>16</sup> SANTO PADRE FRANCISCO. Carta Encíclica Fratelli Tutti do Santo Padre Francisco sobre a Fraternidade e a Amizade Social, Santa Sé, 2020, p.3, disponível em [https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.pdf](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.pdf) (10.12.2021)

<sup>17</sup> SANTO PADRE FRANCISCO, *ob. cit.*, p.9.

<sup>18</sup> TOLENTINO DE MENDONÇA, JOSÉ. "Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade (On the Use of the Word Vulnerability)", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* LXII (2021), p.76 e ss.

nerabilidade posicional" pela posição que se ocupa na relação de consumo, resultado alheio à sua vontade<sup>19</sup>.

Aprofundando esse conceito de vulnerabilidade(s) chegamos à noção de vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade explicado por Lima Marques e Miragem, quem, seguindo ao o jurista alemão Erik Jayme, explicam que só na pós-modernidade tomamos consciência de que a igualdade era parte de um grande ou meta relato da modernidade ou seja que esse conceito não tinha correspondência com a realidade onde se encontravam múltiplos fatores que terminavam por posicionar a determinados grupos em situações de desvantagem. Portanto, argumenta-se que é preciso distinguir entre igualdade formal (consagrada na lei) e igualdade substantiva, material ou real, a fim de proteger os sujeitos de direitos que se encontram numa posição desfavorecida ou menos favorável<sup>20</sup>.

Assim, aquelas pessoas que possuam características que os coloquem como sujeitos vulneráveis de direitos ("susceptíveis de serem feridos" de acordo com o próprio termo) são merecedores de uma proteção enriquecida. Cabe, assim, situar entre esses merecedores de uma proteção enriquecida: as crianças e as pessoas idosas devido ao fator idade, pessoas com deficiência ou portadoras de necessidades especiais, pessoas com baixo nível de escolaridade (analfabetos ou analfabetos funcionais), pessoas migrantes (não só pela questão da língua senão mas também pelo desconhecimento do sistema jurídico), dentre outros.

Nesse entendimento, a interseccionalidade como instrumento de análise permite-nos identificar que o "status migratório" posiciona os consumidores estrangeiros numa situação

<sup>19</sup> PASSINHAS, SANDRA, "O lugar da Vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português", in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº15 (2019), p.258.

<sup>20</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA; MIRAGEM, BRUNO, *O novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp.56-57.

de maior desvantagem<sup>21</sup>. Compreender que “as pessoas vivem identidades múltiplas e com várias camadas, que derivam das relações sociais, da história e do funcionamento das estruturas de poder”<sup>22</sup> permite-nos identificar as discriminações e opressões sofridas por este grupo em particular.

Destá forma, podemos visualizar fatores tais como: idade, raça, cor da pele, etnia, estatuto migratório, etc. e apontar as desvantagens enfrentadas pelo grupo sob estudo. Assim, as múltiplas identidades que uma pessoa pode ter, por exemplo: pertencer a comunidade LGTBQ+, a cor da pele, o nível socioeducacional, ser migrante, serão considerados no momento de avaliar efetivamente a vulnerabilidade da pessoa e a efetivação de seus direitos. Isto, toda vez que não há mercado eficiente, sem o respeito aos direitos do consumidor: “é uma exigência civilizatória”<sup>23</sup>.

## **A) NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE IGUALDADE SUBSTANCIAL**

Partindo da premissa de que enquanto o reconhecimento da igualdade (formal) é um dos “fundamentos do direito moderno”, o ramo do direito do consumidor reconhece *prima facie* a “desigualdade fática” retomando a noção de igualdade material ao tempo que identifica a parte forte e fraca da relação negocial, fornecedores e consumidores respectivamente<sup>24</sup>.

.....  
<sup>21</sup> ASSOCIATION FOR WOMEN 'S RIGHTS IN DEVELOPMENT (AWID), *Derechos de las mujeres y cambio económico* N° 9, agosto 2004, disponível em [https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad\\_-\\_una\\_herramienta\\_para\\_la\\_justicia\\_de\\_genero\\_y\\_la\\_justicia\\_economica.pdf](https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf) (1.12.2021).

<sup>22</sup> ASSOCIATION FOR WOMEN 'S RIGHTS IN DEVELOPMENT (AWID), *ob.cit.*, p.2.

<sup>23</sup> MIRAGEM, BRUNO, *Curso de Direito do Consumidor*, 7° ed., Ed Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, pp. 121-122.

<sup>24</sup> MIRAGEM, BRUNO, “Discriminação injusta e o Direito do Consumidor”, in *O Direito do Consumidor no mundo em transformação: Em comemoração aos*

Discriminar segundo a própria etimologia da palavra implica “separar, distinguir” e portanto, não envolve necessariamente um sentido negativo, pois em determinados casos a distinção diferenciadora tem por fim proteger ao mais fraco e vulnerável<sup>25</sup>. Em outras palavras, discriminar significa “traçar uma linha” para diferenciar quais pessoas devem receber um trato diferente com base num “determinado critério, categorias ou quesitos específicos” e não pode ser negado que o Estado, possui o poder de fazer diferenciações dentro de certos limites que deverão ser respeitados, pois todas as pessoas precisam receber um tratamento digno e ter igualdade de oportunidades<sup>26</sup>. Isto, entendendo que os tratamentos diferenciados sempre devem analisar um contexto determinado, pois é “(...)impossível resolver em abstrato todos os paradoxos que a ideia de igualdade gera”<sup>27</sup>.

Outrossim, compreender ao *alter*, ao outro como um igual comporta desafios e esforços do Direito para equiparar a “desigualdade criada pela diferença”, assim enquanto na área do direito público alcançou-se ou procurou-se igualdade por meio da “lei e sua execução pelo Estado (igualdade na lei e perante a lei)” na área do direito privado utilizou-se “o tratamento desigual dos desiguais”<sup>28</sup>. Assim sendo, igualdade envolve uma comparação por sua vez, a vulnerabilidade

---

30 anos de Código de Defesa do Consumidor, BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM (org.), Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p. 203 e ss.

<sup>25</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA; MIRAGEM, BRUNO, *ob.cit.*, p. 114.

<sup>26</sup> SABA, ROBERTO, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI ed., Buenos Aires, 2016, p. 95. ISBN 978-987-629-672-4.

<sup>27</sup> CLERICO, LAURA; RONCONI, LILIANA, ALDAO, MARTIN, “Towards a Reconstruction of Equality Case-Law Trends in Latin America and the Caribbean: On Non-Discrimination, anti-Subordination, Redistribution and Recognition”, *DIREITO GV Law Review* vol. 9 (2013), p. 115-170.

<sup>28</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA; MIRAGEM, BRUNO, *ob.cit.*, p. 48-49.



apresenta-se como uma aplicação da “máxima aristotélica” (tratar igual aos iguais) é constitui a “explicação” das regras<sup>29</sup>.

Sob o mesmo ponto de vista, é importante que a pessoa consumidora seja sempre colocada como “valor máximo do ordenamento” ao tempo que o “consumidor” seja visto só como um perfil da pessoa a quem deve ser garantida sua dignidade em todas as circunstâncias, âmbitos da vida e reparadas as assimetrias nas relações com a “parte forte” da relação<sup>30</sup>.

## **B) PESSOAS MIGRANTES COMO CONSUMIDORAS**

Segundo a própria ONU no relatório *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia* (2001) “1 de cada 50 pessoas é um imigrante, refugiado ou solicitante de asilo morando num estado estrangeiro” e o prognóstico é que para o ano 2050 o número aumente para 250 milhões<sup>31</sup>. Assim, no presente estudo entende-se por pessoas migrantes as não nacionais, aquelas pessoas que se encontram transitória ou definitivamente sob a jurisdição de um Estado diferente ao que “pertencem” independentemente de seu status migratório. Isto é, com independência das causas da migração que podem ser voluntárias (a reunificação familiar, a procura de melhorar as suas condições econômicas, sociais ou culturais etc.) ou involuntárias (o escape da pobreza extrema, violência, riscos a sua vida ou saúde em sentido amplo, quaisquer tipos de abusos, etc.)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA; MIRAGEM, BRUNO, *ob.cit.*, p. 52.

<sup>30</sup> DE CICCIO, CRISTINA, “A pessoa e o mercado”, in *Estudos de Direito do Consumidor* N°8 (2006/2007) , pp. 94-99.

<sup>31</sup> ILO, OIM, OHCHR, “*International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia*”, Switzerland, 2001, disponível em [https://publications.iom.int/system/files/pdf/international\\_migration\\_racism.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/international_migration_racism.pdf) (12.12.2021).

<sup>32</sup> CASTLES, STEPHEN; DE HAAS, HEIN; MILLER, MARK, *The Age of Migration International Population Movements in the Modern World*, 5° ed, Palgrave Mac-

Nas Diretrizes para a Proteção do Consumidor, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) em 2016, adota-se um conceito de “consumidor” que se refere de modo geral a “una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos”<sup>33</sup>. Aliás na parte referida aos princípios gerais explicita-se que as directrizes procuram atender, dentre outros: a) o acesso dos consumidores a bens e serviços essenciais; b) a proteção dos consumidores em situação de vulnerabilidade e desvantagem, onde cabe enquadrar as pessoas migrantes. Em sentido concordante, aponta-se que os estados devem procurar que os consumidores obtenham os maiores benefícios de seus recursos econômicos<sup>34</sup>. Na sequência, dentro da parte dedicada à solução de controvérsias e compensação se acrescenta que os Estados membros devem aumentar mecanismos justos para a resolução de controvérsias<sup>35</sup>.

Mister frisar, que as pessoas não nacionais são normalmente alheias ao sistema jurídico local (vulnerabilidade jurídica ou científica), soma-se assim à sua face como consumidoras as vulnerabilidades: técnica (falta de conhecimentos específicos sobre os bens ou serviços que adquire), fática ou socioeconômica (quando contrata com fornecedores que detectam um monopólio e impõem suas condições) e informacional.<sup>36</sup> Lembrando que as dificuldades linguísticas são importante pois, uma pessoa alfabetizada é aquela que desenvolve a habilidade social justamente de “se comunicar e

millan, U.K., 2014, p.5.

<sup>33</sup> UNCTAD, *Directrices para la Protección del Consumidor* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), Nueva York y Ginebra, 2016, p.6, disponível em [https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf) (01.12.2021)

<sup>34</sup> UNCTAD, *ob.cit.*, p. 11, nº20.

<sup>35</sup> UNCTAD, *ob.cit.*, p. 15, nº37.

<sup>36</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA; MIRAGEM, BRUNO, *ob.cit.*, pp.68-70.

receber comunicações" elementos chaves na sociedade de consumo; onde "comunicar" é tornar comum. Daí que pessoas alfabetizadas conseguem mais facilmente comunicar e entender o que é comunicado"<sup>37</sup>.

Pasqualotto e Soares assinalam a importância em diferenciar os conceitos de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade ("condição de agravamento" da primeira) que não se apresentam como sinônimos. Assim, apontam que o conceito de vulnerabilidade, remete ao local que ocupam os consumidores nas relações mesmas de consumo, "ambiente profícuo", que precisa de cuidados "na busca de relações de consumo justas, tendo em conta que o consumidor deposita confiança no produto ou serviço que será objeto da prestação e legitimamente espera que essa confiança seja atendida pelo fornecedor de modo satisfatório"<sup>38</sup>. Isso, toda vez que ante a hipervulnerabilidade resulta possível "exigir do fornecedor um maior cuidado na formação desse vínculo com o consumidor e na sua execução"<sup>39</sup>.

Ainda mais, assinala-se que a hipervulnerabilidade pode ter origem em "distintas fontes, decorrentes de fatores de duração permanente ou temporária, a considerar condições individuais ou coletivas, com potencialidade de gerar a hipervulnerabilidade"<sup>40</sup> assim diversos fatores biológicos (idade, integridade física e psíquica); fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos (condição financeira, formação educacional); fatores vinculados ao próprio consumo

.....  
<sup>37</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, "Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos" in *Revista de Direito do Consumidor* v. 95 (2014), p. 100

<sup>38</sup> PASQUALOTTO, ADALBERTO; SOARES, FLAVIANA RAMPAZZO, "Consumidor Hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência" in *Revista de Direito do Consumidor* v. 113 (2017), p. 88.

<sup>39</sup> PASQUALOTTO, ADALBERTO; SOARES, FLAVIANA RAMPAZZO, *ob. cit.*, pp. 83-85.

<sup>40</sup> PASQUALOTTO, ADALBERTO; SOARES, FLAVIANA RAMPAZZO, *ob. cit.*, p. 83.

(circunstâncias do consumo e época) assim como o fator geográfico (distância geográfica com o fornecedor)<sup>41</sup>.

Borges e Rocha Alves ensinam que já falar de “estrangeiros” envolve discriminações pois coloca-se ênfase no não-pertencimento e apontam duas vulnerabilidades marcantes dos consumidores migrantes<sup>42</sup>. Nomeadamente, a vulnerabilidade em razão do fator geográfico (distância ou proximidade excessiva com o fornecedor) e a vulnerabilidade em razão dos fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos (que incluem desde a dificuldade de compreender uma língua diferente, sua condição econômica instável, o nível educacional atingido, dentre outros)<sup>43</sup>.

Garbini, Squeff e Santos assinalam que dentro de um esquema capitalista, “consumir é uma necessidade básica do indivíduo, o qual necessita o consumo para sobreviver” assim refletem sobre como o direito ao consumo torna-se um direito fundamental e a sua conseguinte violação constitui “uma violação da dignidade da pessoa humana”<sup>44</sup>. Dessa forma, os autores enfatizam que os direitos humanos das pessoas não poderão ser satisfeitos de forma plena se vivenciam a carência material que impede sua existência de forma digna, portanto todos somos consumidores. Eis, que as pessoas migrantes em geral e os refugiados em particular podem ser considerados como possuidoras de dificuldades linguísticas (que influenciarão no seu direito a ser corretamente informados sobre o produto ou serviço) são alheios à nova realidade cultural na qual encontram-se insertos (o que inclui o sistema

<sup>41</sup> PASQUALOTTO, ADALBERTO; SOARES, FLAVIANA RAMPAZZO, *ob. cit.*, p. 83-85.

<sup>42</sup> BORGES, GUSTAVO, ROCHA ALVES, ISRAEL, “A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil” in *Revista de Direito do Consumidor* v. 120 (2018), pp. 341-362.

<sup>43</sup> BORGES, GUSTAVO, ROCHA ALVES, ISRAEL, *ob. cit.*, pp. 346 e 347.

<sup>44</sup> GARBINI, VANESSA, SQUEFF, TATIANA, SANTOS, THOMAZ, “A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo” in *Revista de Direito do Consumidor* v. 119 (2018), pp. 21 e ss.

jurídico), fragilidade econômica e financeira, fatores esses que acabam por “obstaculizar o consumo de forma isonômica com os demais cidadãos caso não haja uma compensação da flagrante desigualdade na relação”<sup>45</sup>.

Assim, entendendo que as pessoas migrantes encontram-se num contexto vulnerável e que, os Estados democráticos precisam garantir a dignidade de esses sujeitos -o que inclui não sofrer discriminações- analisa-se a sua inclusão como consumidores nos ordenamentos jurídicos: Português e Brasileiro e Argentino.

## **II. TRATAMENTO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRO- -ARGENTINA**

### **A) CONCEITO DE CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS E PRINCIPAIS DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPEIA**

Segundo Morais Carvalho umas das funções do Direito do Consumo português é determinar o âmbito de aplicação dos diplomas, pois não há uma definição unívoca de consumidor, seja no direito português seja no direito internacional. Porém, o autor explica que existem uma série de fatores que permitem identificá-los a partir de quatro elementos, nomeadamente: subjetivo (“pessoas singulares e também coletivas”), objetivo (“a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos”), teleológico (“destinados a uso não profissional”) e relacional.<sup>46</sup>

Dentro das disposições constitucionais portuguesas, consagra-se normas que visam a proteção dos consumidores e assinalam o compromisso estatal na área, a saber: na parte I Título III referido aos “Direitos e deveres económicos, sociais

.....  
<sup>45</sup> GARBINI, VANESSA, SQUEFF, TATIANA, SANTOS, THOMAZ, *ob.cit.*, pp. 26-28.

<sup>46</sup> MORAIS CARVALHO, JORGE, “O conceito de consumidor no Direito Português” in *Estudos de Direito do Consumidor* N° 14 (2018), p.185 e ss.

e culturais” encontra-se o artigo 60.1 que aponta os direitos dos consumidores -de forma mais abrangente- entre os quais destacam-se: a que sejam fornecidos bens e serviços de qualidade, a educação, a um nível adequado de informação, a segurança, direito à proteção de sua saúde, a reparação dos danos ocasionados. Aliás, o artigo 60.3 concede às associações de consumidores e cooperativas de consumo o apoio do Estado. Nessa linha, na parte II dessa Carta Magna referida à “Organização econômica” (dentro do Título I referido a “Princípios gerais”) destaca-se o artigo 81 que visa as incumbências prioritárias do Estado Português no âmbito econômico e social: especificamente no apartado i) garante a defesa dos interesses, direitos dos consumidores assim como a sua legitimação processual. Finalmente, dentro da Parte III da Constituição, referida a “Organização do poder político” no Título IV sobre Governo (Capítulo II Formação e *responsabilidade*) encontra-se o artigo 202 que aponta a responsabilidade dos tribunais de assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos incluindo protegê-los como consumidores.

Lembrando que apenas na revisão constitucional de 1997 “se passou a consignar como incumbência prioritária do Estado “garantir a defesa dos interesses e direitos dos consumidores” conforme foi assinalado por Pinto Monteiro no Seminário do Instituto Ítalo-Ibero-Brasileiro (2021), proteger o consumidor “não é mais do que proteger a pessoa humana, o cidadão, numa relação especial, a relação de consumo”<sup>47</sup>. Eis, conforme doutrina, o reconhecimento da própria dignidade da pessoa humana é o patamar que leva à adoção de “regras especiais”, adequadas para protegê-la nas diver-

.....  
<sup>47</sup> PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, *A protecção do consumidor em Portugal e na União Europeia: o olhar de um europeu*, 2021, disponível em <https://institutoiib.org/protECAo-do-consumidor> (10.12.2021).

sas situações do cotidiano, quer dizer como trabalhador autônomo, como empregado, como consumidor.

Segundo Passinhas<sup>48</sup> o Direito do Consumo Português fiel a “sua matriz europeia” conserva a natureza de um direito de mercado. Porém, é necessário para a edificação de uma “sociedade do bem-estar” os direitos dos consumidores sejam protegidos com base nos valores como a solidariedade<sup>49</sup>. Isso, toda vez que proteger os consumidores não pode ser considerado uma moda senão “uma exigência jurídica e sócio-política da contemporaneidade, um verdadeiro ditame do pensamento jurídico de nossos dias” além de que em virtude da própria “globalização-mundialização” o direito em geral e entre eles o Direito do Consumidor em particular precisam ser renovados pois envolvem o próprio “exercício de uma cidadania ativa”.<sup>50</sup>.

Por sua parte, o diploma Nº 24/96 , Lei de Defesa do Consumidor, no seu artigo 2 define o que deve ser entendido pelo conceito de consumidor de forma geral “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados ao uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios”. Ao tempo que no artigo 1º estabelece o dever geral de proteção do Estado nas relações de consumo. Merece destaque o conceito de “uso não profissional” que se contrapõe à noção de consumidor como “destinatário final” vigente tanto no CDC brasileiro quanto na lei Nº24240 argentina (e nos projetos de CDC).

.....  
<sup>48</sup> PASSINHAS, SANDRA, “O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português” in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº 15 (2019), pp. 257-309.

<sup>49</sup> RUI DE ALARCÃO, “Globalização, Democracia e Direito do Consumidor” in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº8 (2006/2007), p. 24.

<sup>50</sup> RUI DE ALARCÃO, *ob.cit.* pp. 21-24 e ss.

Cunha Rodrigues<sup>51</sup> explica que o Direito do consumidor português deve ser entendido como aquele conjunto de princípios e normas que atravessam a história jurídica e, nesse entendimento aponta que este ramo do direito é um “exemplo” de construtivismo jurídico, ao tempo que o Direito foi fornecendo respostas aos avanços tecnológicos dentro das relações negociais ou em palavras de Pinto Monteiro os avanços no ramo dão conta de um “percurso e de um relativo amadurecimento dos problemas e das soluções”<sup>52</sup>.

Nessa seara, o direito do consumo é um exemplo de “transdisciplinaridade necessária” enquanto às vezes é preciso recorrer à teoria geral dos contratos, da responsabilidade civil ou de outros regulamentos sejam administrativos, comerciais, financeiros, fiscais, dentre outros. A afirmação anterior de forma nenhuma comporta a falta de autonomia da matéria, pelo contrário o direito do consumo “recolhe a sua razão de ser e a sua eficácia do facto de ser estruturalmente inter-sistêmico”<sup>53</sup>. Caracteriza o ramo como um direito pluriforme (pode se traduzir em regras das próprias Diretivas da União Europeia que são transpostas até nas formas de efetuar reclamações), fragmentário (enquanto pode se identificar em diversos diplomas aplicáveis)<sup>54</sup>.

Conforme doutrina Passinhas<sup>55</sup> na legislação portuguesa não tem se legislado sobre as vulnerabilidades agravadas, ou sejam aquelas que podem resultar de questões como a idade (crianças, idosos), a orientação sexual, o gênero, a raça, etnia, ou bem situação socioeconômica (baixa renda, no

<sup>51</sup> RODRIGUEZ, CUNHA, “As novas fronteiras dos problemas de consumo”, in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº1 (1999), pp. 46-47.

<sup>52</sup> PINTO MONTEIRO, ANTONIO, “Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor” in *Estudos de Direito do Consumidor* Nº1 (1999), p.206.

<sup>53</sup> RODRIGUEZ, CUNHA, *ob.cit.*, p.50.

<sup>54</sup> RODRIGUEZ, CUNHA, *ob.cit.*, p.51.

<sup>55</sup> PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, p. 259.



acesso à educação), assinalando as dificuldades que envolve identificar ainda dentro de um mesmo grupo os diferentes sujeitos de direito e enfatizando que a vulnerabilidade deve ser estudada e analisada conforme o contexto dado<sup>56</sup>.

Assim, o conceito do consumidor médio utilizado na União Europeia não implica a exclusão do conceito de vulnerabilidade toda vez que é necessário uma adequada resposta político-legislativa que restabeleça e suspenda desequilíbrios nas relações de consumo<sup>57</sup>.

Por sua parte, o Código Civil português adota princípios e regras que visam proteger e reparar situações de desequilíbrio, ainda que não sejam propriamente no direito do consumidor. Neste ponto, merece destaque os esforços da academia pela unificação dos diplomas que abordam o direito do consumo, ainda sem resultados favoráveis.

Nessa perspectiva, a Lei Nº 93/2017 estabelece o regime jurídico da prevenção, proibição e do combate a práticas discriminatórias em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem (artigo 1º). Ao tempo que salienta o que será considerada discriminação, toda "distinção, exclusão, restrição ou preferência" baseada nas categorias já referidas e que resulte na anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos sociais e culturais (artigo 3º). Assim, questionar o local em que os migrantes são colocados ao não reconhecer a situação diferenciada que os caracteriza como consumidores.

No âmbito da União Europeia destaca-se a Diretiva 2011/83 sobre os direitos dos consumidores, a qual brinda uma definição de consumidor como as pessoas singulares

.....  
<sup>56</sup> PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, p. 260.

<sup>57</sup> PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, pp. 261-262 e ss.

que atuam fora do seu ofício, negócio, artesanato ou profissão, em linha com o estabelecido no direito português.

Mister, frise-se que não se encontram referências a nenhuma presunção de vulnerabilidade a priori dos consumidores em geral nem das pessoas migrantes em particular - como salienta-se no sistema brasileiro e nos projetos de Código de CDC argentinos.

### **B) CONCEITO DE CONSUMIDOR NO BRASIL E NA ARGENTINA (CDC BRASILEIRO COMO INSPIRAÇÃO PARA OS PROJETOS DE CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ARGENTINO)**

A constituição Brasileira já em 1988 no seu artigo 5º XXXII aponta que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” ao tempo que o artigo 170º V estabelece que a ordem econômica do país assegurará a todos uma existência digna observando entre outros princípios a defesa do consumidor. Portanto, a dita Constituição apresenta-se como “a origem da codificação tutelar” dos direitos dos consumidores na República Federativa do Brasil<sup>58</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (CDC), que já comemorou seus 30 anos, apresenta-se como uma legislação de ponta na região Mercosulina e um verdadeiro modelo. Dito código contém no capítulo II princípios gerais que guiam a aplicação do mesmo assim como a formulação de políticas nacionais ao tempo que no capítulo III é dedicado aos direitos que são reconhecidos aos consumidores. Em

.....  
<sup>58</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Um código para todos ou 30 anos de Código de Defesa do Consumidor...”, cit., pp.41 e ss.

palavras de Lima Marques o CDC “é uma lei civilizatória, de ordem pública e função social”<sup>59</sup>.

Já a Constituição Argentina incorporou uma referência explícita os direitos dos consumidores, 5 anos mais tarde que seu par Brasileiro, na reforma constitucional de 1994, facto que outorgou força constitucional ao princípio protetivo do direito do consumidor dentro do capítulo II referido aos “Novos Direitos e garantias” pontualmente no seu artigo 42º. O referido artigo, aponta que “os consumidores e utilizadores de bens e serviços” terão direito à proteção da sua saúde, segurança e interesses econômicos; à informação, à liberdade de escolha; e a receber um tratamento justo e digno (não discriminatório). Aliás, aponta-se que o Estado Argentino deve adotar medidas que garantam esses direitos, brindar educação, a defesa da concorrência, o controle dos monopólios e da qualidade e eficiência dos serviços públicos, assim como a criação de associações de consumidores e utilizadores. Finalmente, o Estado se compromete a estabelecer procedimentos eficazes para a prevenção e resolução de conflitos.

Na sequência, com a sanção do Código Civil y Comercial argentino (Ley 29.664) no ano 2014, tem-se introduzido artigos referentes à matéria, nomeadamente: art. 1092 que define a relação de consumo e o conceito de consumidor (destinatário final), art.1093 que define o contrato de consumo, art. 1094 que estabelece a aplicação da lei mais favorável ao consumidor e o art. 1095 sobre interpretação do contrato de consumo (no sentido mais favorável para o consumidor).

Em palavras de Lorenzetti: o ramo do direito do consumidor atravessa uma “singularidade sistemática”<sup>60</sup> que responde à própria história e à evolução da matéria, lembrando que tem

<sup>59</sup> LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Um código para todos ou 30 anos de Código de Defesa do Consumidor...”, cit., p. 36.

<sup>60</sup> LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Derecho del consumidor en un mundo en transformación” in *O Direito do Consumidor no mundo em transformação*:

nascido como uma “legislação especial” e na atualidade apresenta-se como um “microssistema jurídico” (onde se integram as disposições constitucionais, a lei nº 24.240, lei nº 25.156 de “Defensa de la Competencia”, Lei nº 22.802 de “Lealtad Comercial” e as disposições do Código Civil e Comercial).

A atual lei de Defesa do Consumidor nº 24.240 é de 1993, possui quase trinta anos e uma parte da doutrina tem considerado que era pertinente «reconhecer a tradição e cultura jurídica que tinha gerado” e também brindar soluções aos eventuais problemas na aplicação para que seja efetiva a proteção dos consumidores assim apresentaram-se projetos para reformar a matéria<sup>61</sup>. Essa lei no seu artigo 1 define o consumidor (como o destinatário final) e no artigo 3º define a relação de consumo (vínculo jurídico entre o fornecedor e ou consumidor/ usuário) mas não contém nenhuma referência expressa sobre vulnerabilidades dos consumidores (que se adicionam nos projetos).

O projeto argentino de reforma da Lei de Defesa do Consumidor (expediente S-2576 /2019) continha no seu artigo 1º a definição da relação de consumo, no artigo 2º brindava a definição de consumidor ao tempo que no artigo 3º fazia referência aos consumidores com vulnerabilidade agravada e ratificou que o dever de proteção se acentua ante determinados grupos sociais-merecedores de uma proteção “extra” ou enriquecida. Dito projeto, embora tenha perdido estado parlamentar, assim como as suas discussões acadêmicas e debates nas próprias audiências realizadas no Senado serviram de base para os projetos já de Código de Defesa do Consumidor apresentados no ano de 2020.

.....  
*Em comemoração aos 30 anos de Código de Defesa do Consumidor*, BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM (org.), Thomson Reuters, São Paulo, 2020, pp. 233-234.

<sup>61</sup> HERNANDEZ, CARLOS; JAPAZE, MARÍA BELEN; OSSOLA, FEDERICO; SOZZO, GONZALO E STIGLITZ, GABRIEL, “Antecedentes del Actual Proyecto de Defensa del Consumidor” in *La Ley* Nº 39 (2020), p.1.

Vale a pena salientar que já nesse primeiro projeto conforme Stiglitz<sup>62</sup> O Código de Defesa do Consumidor do Brasil apresentou-se como um modelo até na estrutura: na parte geral com os princípios, diálogo de fontes, políticas e direitos.

Encontram-se atualmente dois projetos na câmara de Deputados o 3143-D-2020 denominado "Código de Defensa del Consumidor"<sup>63</sup> e o 5156-D-2020 denominado "Código de Defensa de las y los Consumidores"<sup>64</sup>. Esses projetos possuem 186 e 187 artigos respectivamente, e seus primeiro tres artigos referem-se às mesmas tematicas: no artigo 1º define-se a relação do consumo, no artigo 2º brinda-se uma definição de consumidor (pessoa humana ou jurídica que adquire bens ou serviços gratuitamente ou por uma contraprestação, como destinatário final, em seu próprio benefício ou em benefício de sua familia ou grupo social), no artigo 3º refere-se aos consumidores hiper-vulneráveis: "seres humanos que, além de sua vulnerabilidade estrutural no mercado, também se encontram em outras situações de vulnerabilidade" entre as

.....  
<sup>62</sup> STIGLITZ, GABRIEL, "El Código brasileiro de defensa del consumidor, como modelo para Argentina" in *O Direito do Consumidor no mundo em transformação: Em comemoração aos 30 anos de Código de Defesa do Consumidor*, BENJAMIN, MARQUES, MIRAGEM (org.), Thomson Reuters, São Paulo, 2020, p. 170.

<sup>63</sup> Esse projeto foi apresentado pelos Deputados do bloco político "Juntos por el Cambio", com as assinaturas dos seguintes deputados: Cornejo, Alfredo (UCR), Mestre, Diego (UCR) Lena, Gabriela (UCR), Cacace, Alejandro (UCR) Cantard, Albor Angel(UCR), Fernandez Langan, Ezequiel(PRO), Latorre, Jimena (UCR). Data de apresentação : 26/06/2020. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>. (25.12.2021)

<sup>64</sup> Esse projeto foi apresentado pelos Deputados do bloco político "Frente de Todos", com as assinaturas dos seguintes deputados do referido bloco: Schwindt, Maria Liliana, Godoy, Lucas Javier, Allende, Walberto Enrique, Cisneros, Carlos Aniba, Soria, Martin, Massetani, Vanesa Laura, Sposito, Ayelen, Gaillard, Ana Carolina, Penacca, Paula Andrea, Alvarez Rodriguez, Maria Cristina Moreau, Cecilia , Landriscini, Susana Graciela, Yedlin, Pablo Raul, Bermejo, Alejandro Daniel. Data de Apresentação: 01/10/2020 Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5156-D-2020.pdf> (25.12.2021)

quais destaca: a idade, sexo, estado de saúde, e ou outras circunstâncias sociais, que tornam especialmente difícil para eles o pleno exercício de seus direitos. Assim, ambos projetos reconhecem a vulnerabilidade e a vulnerabilidade agravada nas relações de consumo.

Por sua parte, se atendermos a situação regional, percebemos que a Resolução 34/2011 do MERCOSUL, que define conceitos básicos para a defesa do Consumidor na região, tem adotado a teoria finalista e indica que é consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela”.

Aliás, a recente Resolução 11/2021 do MERCOSUL, que dispõe sobre a proteção ao consumidor hipervulnerável, no seu artigo 1º estabelece que consideram-se hipervulneráveis as pessoas físicas em situação de desvantagem por diversos motivos como a idade (crianças, adolescentes, pessoas idosas), estado físico ou mental (pessoas com deficiência ou portadoras de necessidades especiais), ou circunstâncias (que incluem os aspectos sociais, econômicos, étnicos e/ou cultural) que acarretem dificuldades para exercer com plenitude seus direitos na relação de consumo. Acrescenta-se que a presunção de hipervulnerabilidade é relativa e é preciso um estudo contextualizado do caso. Seguidamente no artigo 2º frisam-se as possíveis causas de hipervulnerabilidade, dentre as quais encontramos no apartado d) ter a condição de pessoa migrante ou e) ter a condição de pessoa turista.

Assim, tanto na legislação brasileira quanto argentina atual é aceita a noção de vulnerabilidade e reconhece-se um estado de especial fraqueza, onde pode-se situar as pessoas migrantes como consumidoras.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pessoa humana tem múltiplas facetas dentre as quais, ser consumidor merece uma especial atenção. A dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento de todos os direitos humanos sendo assim um imperativo que seja preservada em todas as relações negociais e que os Estados democráticos a garantam. Nessa seara, é interessante atender e retomar os conceitos de vulnerabilidade(s) e vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade para expor essa situação de fraqueza diferenciada que atravessam determinadas pessoas em razão de sua idade, condição socio-econômica e nível educacional onde cabe situar as pessoas migrantes nas relações de consumo.

O respeito pela dignidade e a efetivação dos direitos humanos contribui para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária assim a identificação desse grupo dentro de uma categoria diferenciada permite identificar a situação de fraqueza na que se encontram pois, até pelo fato de “pertencer” às sociedades que os recebem, tornam-se consumidores. Lembrando que é um “desafio do direito contemporâneo” incluir no mercado a todas as pessoas, com base na igualdade e fraternidade.

No direito Português os consumidores gozam de proteção constitucional, enquanto membros da União Europeia e retoma-se o conceito de “consumidor médio” (que utiliza o bem ou produto de forma “não profissional”) porém não há uma referência explícita ao conceito de vulnerabilidade/ vulnerabilidade agravada. De forma contrária, tanto no Direito Brasileiro quanto Argentino é garantida a proteção ao consumidor constitucionalmente, artigos 5º e 42º respectivamente, ao tempo que é aceito o conceito de vulnerabilidade(s) e vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade). Nesses ordenamentos latinoamericanos prima uma visão do consu-

midor como “destinatário final” mais abrangente que a europeia referida à noção de uso não profissional.

Mister mencionar, que o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores implica dentro do privado a aplicação do conceito de igualdade substancial ou material e enquadra-se dentro da chamada “constitucionalização do direito privado”. Neste sentido, os compromissos adquiridos pelos Estados tendem a corrigir a situação de desequilíbrio reconhecida na relação de consumo.





# LEI Nº 14.181/2021: CRÉDITO RESPONSÁVEL E DEVER DE INFORMAÇÃO

*Lissandra de Avila Lopes \**

## **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar o novo paradigma do crédito responsável incluído no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) pela Lei nº 14.181/2021 e o reforço aos deveres de informação prévia e adequada. O agravamento do quadro de endividamento da população e a iminência da crise financeira provocada pela pandemia de COVID-19 impulsionaram a aprovação da “Lei do Superendividamento”. O tratamento do superendividamento inicia pela prevenção e, por esse motivo, a atualização do CDC fortaleceu a importância da informação prévia e adequada desde a oferta, antes da formalização do contrato, especialmente aos consumidores hipervulneráveis. Diante disso, propõe-se a veiculação de informação ao consumidor hipervulnerável de forma que possa ser efetivamente compreendida, o que demanda um esforço da comunidade ju-

\*Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Técnica do Poder Judiciário - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

rídica, do poder público, dos fornecedores de crédito e demais pesquisadores em identificar as formas que seriam mais adequadas à comunicação de informações complexas de acordo com as fragilidades enfrentadas pelos idosos, analfabetos e portadores de deficiência, pautando sua conduta na boa-fé e na cooperação contratual.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Código de Defesa do Consumidor. Lei 14.181/2021. Crédito responsável. Informação. Adequação.

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 Crédito responsável no CDC. 2.1 Breve histórico da tramitação dos projetos de atualização do CDC em relação ao crédito responsável. 2.2 Crédito responsável e prevenção ao superendividamento. 3 Os deveres do fornecedor de crédito e a informação adequada. 3.1 Inovações da Lei nº 14.181/2021 quanto ao dever de informação no crédito ao consumo. 3.2 A informação adequada aos consumidores hipervulneráveis. 4 Considerações finais. 5 Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito, cabendo às leis tão somente proteger essa vontade, desconsiderando a situação econômica e social dos contraentes. Essa concepção voluntarista e liberal prevalecia no Código Civil Brasileiro de 1916. Durante o XX, a proliferação dos contratos de massa, de adesão, de longa duração e o aumento do poder econômico de conglomerados industriais impuseram um novo olhar sobre as relações contratuais, especialmente as de consumo. A Constituição Federal promulgada em 1988, chamada de Constituição Cidadã, no art. 5º, inciso XXXII, determinou ao Estado a promoção legal da defesa do consumidor, incluindo-a no rol de direitos fundamentais. No dia 11 de setembro de 1990, entrou em vigor o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) instituindo a equidade contratual como valor máximo, tendo em vista as novas realidades econômicas, políticas e sociais que se apresentavam. A teoria voluntarista dos contratos foi readaptada para que se restabelecessem o reequilíbrio contratual e a realização da justiça. Nesse novo conceito de contrato promovido pelo Direito do Consumidor a equidade e a ideia de justiça contratual (*Vertragsgerechtigkeit*) vieram a ocupar o centro de gravidade da relação de consumo<sup>1</sup>.

Em 2002, com a entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), introduziram-se no direito privado em geral os mesmos princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC), com destaque para a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Com isso, tanto nas relações contratuais estabelecidas entre um fornecedor e um consumidor, regidas pelo CDC, como naquelas entre iguais pautadas no Código Civil, a função social e a boa-fé do contrato

<sup>1</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor - Ed. 2019. Revista dos Tribunais. Página RB-1.10.

assumiram o papel de condutores das fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Essa renovação teórica do contrato em prol da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais configura a chamada socialização da teoria contratual, na qual há um intervencionismo estatal nos contratos e nos seus paradigmas, por meio de ingerências legislativas com a finalidade assegurar a justiça e a equidade contratual<sup>2</sup>.

Neste século XXI, nota-se uma dualidade entre a renovação teórica contratual, pautada na boa-fé e na função social, e o cenário da pós-modernidade, marcado pelo individualismo e massificação do consumo. O crédito, inicialmente fomentado como o combustível da economia do país, passou a ser amplamente concedido de forma irresponsável e sem informação adequada, dando causa ao endividamento da população, especialmente os mais vulneráveis. Essa facilitação do acesso ao crédito aliada ao assédio dos consumidores para contraírem dívidas que sabidamente não terão condições de adimplir é justamente um reflexo do individualismo e da massificação do consumo, que promovem o imediatismo e a tomada de decisões inconsequentes.

O panorama apresentado já vinha sendo observado, desde o início dos anos 2000, com preocupação quanto à gravidade do consumo desenfreado de crédito e o crescente endividamento que vinha se formando no país. A partir da década de 2010 esse fenômeno do endividamento foi sendo agravado e deu ensejo ao projeto de lei de atualização do CDC com relação ao superendividamento. Com a apreensão gerada pela crise econômica decorrente da pandemia de COVID19, que acarretou perda de empregos, fechamento de empresas, redução de salários e aumento dos preços

.....  
<sup>2</sup> Idem.

em geral, o referido projeto de lei ganhou impulsividade e, no ano de 2021, culminou com a publicação da Lei 14.181.

Diante disso, este artigo se propõe a analisar a atualização do CDC, pela Lei nº 14.181/2021, no tocante ao crédito responsável e à prevenção ao superendividamento a partir dos deveres de informação. Com base na pesquisa bibliográfica, na primeira parte será contextualizada a proposta e tramitação do PL 283/2012, que trata do superendividamento, até sua conversão na Lei 14.181/2021, seguindo-se com as considerações sobre a nova diretriz do crédito responsável introduzida no CDC. Na segunda parte, será dado maior enfoque aos deveres de informação específicos ao consumidor que busca obter crédito e, por fim, analisada a necessidade de adequação da informação ao consumidor quando observada as diversas situações de hipervulnerabilidade. O trabalho encerra-se com as considerações sobre os aspectos abordados.

## 2. CRÉDITO RESPONSÁVEL NO CDC

Os contratos de consumo, dentre os quais se incluem os de crédito, não são apenas instrumentos de circulação de riquezas; na sociedade de atual, o ato de consumir é um meio inclusão social e, por conseguinte, também é um direito fundamental. Claudia Lima Marques, citando Ian Ramsay, leciona que a ideia de desequilíbrio de forças nas tratativas e execução dos contratos foi a catalisadora do desenvolvimento de um direito protetivo do consumidor, e que, hoje, esse catalisador é o desequilíbrio informativo<sup>3</sup>. Com base nessa constatação, diante do aumento do endividamento dos brasileiros<sup>4</sup>

<sup>3</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, 2019. Página RB-1.11

<sup>4</sup> Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, em "Nota sobre a pandemia Covid-19, os contratos de consumo e o superendividamento dos consumidores: a necessidade de atualização do CDC", constante do livro "Contratos de Serviços em Tempos Digitais", página RB-4.1, apontam o cenário do

e de uma iminente crise econômica decorrente da situação pandêmica, instaurou-se um contexto socioeconômico que clamava por uma urgente aprovação do projeto de lei de atualização do CDC em matéria de superendividamento.

Nesse cenário, a publicação Lei nº 14.181/2021 atualizou o CDC para nele incluir os meios de prevenção e tratamento do superendividamento, tendo a “finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana”<sup>5</sup>.

## **2.1. BREVE HISTÓRICO DA TRAMITAÇÃO DOS PROJETOS DE ATUALIZAÇÃO DO CDC EM RELAÇÃO AO CRÉDITO RESPONSÁVEL**

O quadro de endividamento dos brasileiros e a preocupação com o agravamento dessa situação, sobretudo pelo assédio e facilitação de acesso ao consumo de crédito de má qualidade, com juros abusivos, não são recentes. Ainda no ano de 2004, o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD- UFRGS), em coo-

.....  
endividamento nacional e o agravamento dessa situação em decorrência da pandemia de COVID19: “Segundo a Caixa Econômica Federal, mais de 2 milhões de consumidores suspenderam seus contratos de financiamento imobiliário por 120, talvez 180 dias. Com a MP 396, tivemos 12 milhões de contratos de trabalho suspensos ou reduzidos. No primeiro semestre de 2020, temos mais 3,9 milhões de desempregados novos no auxílio-desemprego e, possivelmente, temos de 13,1% a 16% da população total desempregada, fora a informalidade atingindo 38 milhões! A ajuda emergencial do ‘corona-voucher’ foi distribuída para 53.4 milhões,72 atingindo 38,7% dos domicílios brasileiros! E o Instituto Locomotiva informa que, em maio, 91 milhões de pessoas deixaram de pagar uma de suas contas. Como vemos, se tínhamos 30 milhões de superendividados, segundo o IDEC, antes da Pandemia, agora o número deve ser maior.”.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.

peração com a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, deu início, por meio do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”, a pesquisas acadêmicas com a finalidade de apurar a existência de consumidores superendividados.

Enquanto o projeto se desenvolvia na esfera acadêmica, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, proferiu o julgamento da ADIN 2591 – também chamada “ADIN dos bancos” –, reconhecendo a aplicação plena do CDC aos serviços bancários, de crédito e de seguro<sup>6</sup>. Naquele mesmo ano também foram publicadas as primeiras pesquisas empíricas sobre superendividamento e crédito<sup>7</sup>. Os resultados das primeiras pesquisas já ilustravam as consequências de uma democratização do crédito desacompanhada de uma regulamentação específica.

Em 2010, o Ministério da Justiça estabeleceu na UFRGS o Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor para reunir os dados empíricos sobre os projetos-piloto

<sup>6</sup> A decisão da ADI 2591, foi objeto de embargos de declaração, restando assim decidida: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. (...) 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. (ADI 2591 ED, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/2006, DJ 13-04-2007 PP-00083 EMENT VOL-02271-01 PP-00055)”

<sup>7</sup> MARQUES, C. L. Mudanças principiológicas e no Título I do CDC. In: BENJAMIN, A. H. (Ed.). . Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-5.1.



instaurados no Brasil e os estudos sobre os modelos de enfrentamento do superendividamento dos consumidores<sup>8</sup>. O movimento ganhou o apoio do IDEC<sup>9</sup> e seguiram-se as ações com representantes de diversos órgãos e pesquisadores.

No mesmo ano, a Presidência do Senado Federal criou uma Comissão de Juristas para atualização do CDC. Essa Comissão atuou de dezembro de 2010 a março de 2012, tendo como tema principal a prevenção do superendividamento, sob a presidência do eminente Min. Antônio Herman Benjamin e relatoria da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cláudia Lima Marques. Durante sua atuação, foram realizadas oito audiências públicas nas cidades do Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Cuiabá, Recife, Porto Alegre, Belém São Paulo, além da audiência pública conjunta da Câmara de Deputados e Senado Federal em Brasília<sup>10</sup>. Ao final dos trabalhos da Comissão foram elaborados três projetos de lei iniciados no Senado Federal: PL 281/2012<sup>11</sup>, que regulamenta o comércio eletrônico; PL 282/2012<sup>12</sup>, que

<sup>8</sup> MARQUES, C. L. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre, In MARQUES, C. L.; CAVALLAZZI, R. L.; DE LIMA, C. C. Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>9</sup> O IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – é uma associação de consumidores sem fins lucrativos independente de empresas, partidos e governos, fundada em 1987 por um grupo de voluntários com a missão de orientar, conscientizar, defender a ética na relação de consumo e lutar pelos direitos de consumidores. Fonte: <https://idec.org.br/quem-somos>.

<sup>10</sup> BENJAMIN, A. H. et al. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento: o processo democrático com ampla participação e a escolha dos modelos legislativos. In: BENJAMIN, A. H. et al. (Ed.). Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-4.1.

<sup>11</sup> O PL 281/2012 foi aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados em 04 de novembro de 2015, recebendo o nº PL 3514/2015, onde ainda permanece em tramitação. Informações disponíveis em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em 17/jan./2022.

<sup>12</sup> O PL 282/2012 foi arquivado pelo Senado Federal ao final da legislatura, em 26 de dezembro de 2014. Informações disponibilizadas no site do Con-

aperfeiçoa a disciplina das ações coletivas; e PL 283/2012 (que disciplina o crédito ao consumidor e dispõe sobre o superendividamento). Será abordado, neste trabalho, apenas o PL 283/2012.

Encaminhado, em 04 de novembro de 2015, pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados, o PL 283/2012 recebeu nova numeração, passando a tramitar sob nº 3515/2015. Com a pandemia de COVID19, e a imposição das medidas de isolamento social, a situação financeira das famílias brasileiras se agravou a níveis preocupantes em razão do aumento do desemprego, da quebra de pequenas empresas, da redução de jornada de trabalho e salários. Além disso, em razão da pandemia, muitas famílias vivenciaram o aumento de despesas extraordinárias com saúde, uma vez que, para muitos, a mera aquisição de produtos de higiene e de proteção, como álcool e máscaras apropriadas, já representa um percentual significativo da renda mensal.

Antevendo um aumento considerável no nível de endividamento dessas famílias, diversos parlamentares, nos meses de maio e junho de 2020, apresentaram requerimentos<sup>13</sup> para que se imprimisse urgência na tramitação do PL 3515/2015 e que o mesmo fosse imediatamente submetido à ordem do dia. As justificativas dos requerimentos pautavam-se na “preocupação quanto à grave crise econômica e financeira que vem castigando nosso país como reflexo da crise sanitária provocada pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19), especialmente em relação ao agravamento do grau de superendividamen-

.....  
gresso Nacional, no seguinte link: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106771>. Acesso em 17/jan./2022

<sup>13</sup> Requerimentos de urgência nº 1168/2020, 1334/2020, 1489/2020, 1542/2020, 1543/2020, 1613/2020, 1651/2020, 1679/2020 e 2259/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>.

to dos consumidores brasileiros"<sup>14</sup>, que levou a contratações de crédito de forma desesperada e sem planejamento.

O PL 3515/2015 finalmente foi submetido a plenário em 11 de maio de 2021 e, no dia seguinte, remetido ao Senado Federal, onde recebeu nova numeração: PL 1805/2021. Em 09 de junho de 2021 o PL Substitutivo nº 1805/2021 foi aprovado e submetido à sanção presidencial dois dias depois, em 11 de junho. No Poder Executivo, o PL 1805/2021 foi aprovado, com veto parcial<sup>15</sup> da proposta, e em 1º de julho de 2021 convertido na Lei nº 14.181. Apesar das tentativas de derrubada dos vetos (veto nº 35/2021), todos foram mantidos na Sanção Conjunta do Congresso Nacional realizada em 27 de setembro de 2021.

Não obstante os vetos a alguns de seus dispositivos, a Lei nº 14.181/2021 não perdeu o caráter inovador e contém em seu bojo um conjunto de princípios e paradigmas que representam verdadeiro marco na implementação de medidas de prevenção e tratamento do superendividamento para promover a equidade contratual e prevenir a exclusão social do consumidor superendividado de boa-fé. Visando manter a coerência do sistema, a Lei 14.181/2021 subdividiu a abordagem legal do superendividamento pelo CDC em dois capítulos com finalidades distintas: o capítulo VI-A, tratando da prevenção e tratamento do superendividamento, e o capítulo V, que aborda a conciliação no superendividamento.

A construção do modelo de prevenção, que é o objeto deste trabalho, e de tratamento do superendividamento foi fortemente influenciada por outros sistemas normativos, dentre eles as Diretivas Europeias e as transposições de seus paí-

.....  
<sup>14</sup> Informação disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1895178&filename=Tramitacao-PL+3515/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1895178&filename=Tramitacao-PL+3515/2015). Acesso em 17/jan./2022.

<sup>15</sup> Foram vetados aos seguintes dispositivos: do PL 1805/2021: inciso XIX do art.51; inciso I e parágrafo único do art. 54-C, I; e, art. 54-E.

ses-membros. Os métodos de direito comparado têm fundamental contribuição no desenvolvimento do direito privado brasileiro<sup>16</sup>, mas esta inspiração no direito estrangeiro não se confunde com o mero transplante de normas de outros sistemas jurídicos ao nacional; os modelos de referência foram repensados para a realidade brasileira com suas especificidades. Desta forma, o aprimoramento do direito brasileiro se deu com base no direito comparado que, como ensina Bruno Miragem, possui diversas utilidades: permite o aprofundar o conhecimento sobre suas próprias características (função educativa); auxilia na construção de modelos jurídicos que ofereçam soluções adequadas a problemas da realidade nacional (função criadora ou reformadora); e, nas situações que envolvem relações vinculadas a mais de um sistema jurídico, possibilita a correta qualificação para determinar qual lei aplicável (função de interpretação e aplicação do direito). O autor também destaca que “a previsão da defesa do consumidor no texto constitucional, da Constituição de 1988, observa a influência das constituições portuguesa de 1976 (art. 81, alínea m) e espanhola de 1978 (art. 51), marcadas por normas expressivas da intervenção do Estado no domínio econômico e pela previsão de catálogo de direitos sociais e econômicos”<sup>17</sup>.

Da mesma forma, a elaboração do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor teve, igualmente, influência das diversas diretivas europeias sobre cláusulas abusivas, vendas a

---

<sup>16</sup> Historicamente, o direito privado brasileiro esteve por mais de três séculos sem codificar suas próprias leis civis, utilizando-se das Ordenações Filipinas de 1603, passando, em 1916 diretamente para o Código Civil. Orlando Gomes, em “Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro” ainda destaca que “as Ordenações compiladas para o reino de Portugal tiveram vida mais longa e influência mais decisiva no Brasil”.

<sup>17</sup> MIRAGEM, B. A contribuição essencial do Direito Comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 1000/2019, p. 157–190, 2019.

domicílio, publicidade enganosa, entre outras. Com a recente atualização do CDC pela Lei nº 14.181/2021 não foi diferente.

Em matéria de crédito responsável e superendividamento, a norma brasileira foi inspirada “no sucesso de normas como as do *Code de la consommation* da França, do *Codice dei consumi*, da Itália, das Diretivas Europeias, em especial a nr. 2008/48/CE e nr. 2011/83/UE de 25 de outubro de 2011, as recentes mudanças nas leis de defesa do consumidor da Argentina, da Colômbia, da Venezuela, do México, do Québec e Otawa (Canadá), no *Credit Card Act* e Regulamento Z dos Estados Unidos da América, no *Fair Credit Act*, do Reino Unido, no *National Credit Act*, da África do Sul, no *National Consumer Credit Act* da Austrália, nas leis sobre crédito da Bélgica e da Suíça, na Lei Modelo da *Consumers International* e no projeto unificado de Código Civil da Argentina e na Declaração de Salvador sobre a prevenção do superendividamento dos consumidores, Comitê Técnico nr. 7 do Mercosul”<sup>18</sup>. A própria ideia de superendividamento, subdividindo-o em passivo e ativo, e este último subdividido em de boa-fé e de má-fé, foi concebida com base na doutrina europeia, especialmente a francesa<sup>19</sup>.

.....  
<sup>18</sup> BENJAMIN, A. H. et al. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento: o processo democrático com ampla participação e a escolha dos modelos legislativos. In: BENJAMIN, A. H. et al. (Ed.). . Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-4.1.

<sup>19</sup> Na lição de Cláudia Lima Marques “superendividamento passivo, se o consumidor não contribuiu ativamente para o aparecimento da crise de solvência e de liquidez, e superendividamento ativo, quando o consumidor abusa do crédito e “consome” demasiadamente acima das possibilidades de seu orçamento, e, assim, não teria, mesmo em condições normais, como fazer frente às dívidas assumidas. Nessas leis geralmente encontram alguma solução (mais tempo para pagar suas dívidas em um “plano de repagamento” ou até mesmo o perdão das dívidas, daqueles consumidores de boa-fé, que contrataram podendo e pensando em pagar. A esses que sofrem um “acidente da vida” (divórcio, separação, morte na família, doença, acidentes, desemprego, redução de carga horária ou de salário, nascimento de

Assim, a Lei nº 14.181/2021 foi iluminada pelo direito comparado, pautada nos princípios da boa-fé e da lealdade, adotou como modelos principais a Diretiva Europeia e a Lei Sul-Africana sobre inclusão bancária<sup>20</sup>, mas “sempre tendo em vista as condições próprias e *sui generis* do mercado e da sociedade brasileira, para poder elaborar estas atualizações”<sup>21</sup>.

## 2.2. CRÉDITO RESPONSÁVEL E PREVENÇÃO AO SUPERENDIVIDAMENTO

O princípio do crédito responsável é a grande mudança do CDC pela Lei nº 14.181/2021, pois nele inseriu três novas diretrizes: a) a diretriz do crédito responsável; b) a diretriz da boa-fé e preservação do mínimo existencial; e, c) a diretriz da conciliação global. As diretrizes são as linhas de conduta para que o CDC alcance os objetivos de prevenir e tratar os casos de superendividamento para evitar a exclusão social do consumidor.

.....

filhos, volta de filhos para a casa paterna etc.) chamamos de superendividados passivos, pois seu estado nada tem a ver com “culpa”, pobreza ou falta de capacidade de lidar com a sociedade de consumo e o crédito fácil. E existem aqueles poucos que abusam do crédito, consomem desenfreadamente, acima de suas condições econômicas ou de patrimônio. A esses que abusam do crédito chamamos de superendividados “ativos”, que podem ser conscientes ou inconscientes, de boa ou de má-fé subjetiva ao contratar, que podem ou não encontrar solução de seus problemas na lei.” (BENJAMIN, A. H. et al. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento: o processo democrático com ampla participação e a escolha dos modelos legislativos. In: BENJAMIN, A. H. et al. (Ed.). . Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-4.2)

<sup>20</sup> BENJAMIN, A. H. et al. A atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento: o processo democrático com ampla participação e a escolha dos modelos legislativos. In: BENJAMIN, A. H. et al. (Ed.). . Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-4.2.

<sup>21</sup> Idem.

A partir da diretriz do crédito responsável reconhece-se que o problema do superendividamento não decorre unicamente de fatores individuais do consumidor, como falta de planejamento financeiro, impulsividade ou algum imprevisto da vida; atribui-se também aos fornecedores a responsabilidade de assumirem um comportamento ético que colabore para verificar, junto com o contratante, as possibilidades de adimplemento da dívida sem que o mínimo existencial seja comprometido durante a vigência do contrato. Para além disso, há diversas pesquisas sobre os aspectos comportamentais do consumo, segundo as quais os casos de impulsividade na aquisição de bens e serviços são resultados de um marketing perverso, de abusos e assédio ao consumo, que levam a contratações reiteradas e inconscientes.

A inclusão da diretriz do crédito responsável configura, assim, a revalorização do microsistema do CDC, que visa à proteção da parte vulnerável da relação de consumo, atenção cada vez mais necessária em tempos de “liberdade econômica” e de digitalização das negociações. Para Cláudia Lima Marques, citando Ian Ramsay, com a diretriz do crédito responsável os “consumidores são tratados de forma igualitária, honesta, transparente e leal durante todos os estágios da sua relação com os fornecedores financeiros”<sup>22</sup>.

Essa diretriz do crédito responsável adotada, pela Lei nº 14.181/2021, foi influenciada pelo Direito estrangeiro, especialmente em Diretivas Europeias e na lei sul-africana sobre inclusão bancária. Nesse sentido, Diretiva 2014/17/UE, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação segue sendo uma inspiração na implementação de meios para a concessão do crédito responsável, tendo

.....  
<sup>22</sup> MARQUES. Mudanças principiológicas e no Título I do CDC. In: BENJAMIN, A. H. et al. (Ed.). . Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-5.7.

em vista as importantes contribuições de suas considerações iniciais, que no item 3 assim dispõe:

“(3) A crise financeira 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 os seus empréstimos, daí resultando um aumento das situações de incumprimento e de venda coerciva do imóvel. Nesta conformidade, o G20 solicitou a colaboração do Conselho de Estabilidade Financeira para estabelecer princípios sobre normas idóneas em matéria de concessão de crédito para imóveis de habitação. Ainda que 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. Portanto, convém assegurar que o enquadramento regulamentar da União nesta área seja robusto e coerente com os princípios internacionais e utilize adequadamente o leque de instrumentos existentes, o que poderá incluir o recurso ao rácio entre o valor do empréstimo e o valor da garantia, ao rácio entre o valor do empréstimo e o rendimento, ao rácio entre o rendimento e o endividamento ou a outros rácios semelhantes, com níveis mínimos abaixo dos quais nenhum crédito seria considerado aceitável, ou outras medidas compensatórias para as situações em que os riscos subjacentes sejam maiores para os consumidores ou em que as referidas medidas sejam necessárias para prevenir o endividamento excessivo das famílias. Face aos problemas revelados pela crise financeira e tendo em vista garantir a existência de um mercado interno



eficiente e competitivo que contribua para a estabilidade financeira, a Comissão, na sua comunicação de 4 de março de 2009 intitulada «Impulsionar a retoma europeia», propôs medidas relativas aos contratos de crédito para imóveis de habitação, nomeadamente um enquadramento fidedigno para a intermediação de crédito, na perspetiva da criação de mercados responsáveis e de confiança para o futuro e do restabelecimento da confiança dos consumidores. Na sua comunicação de 13 de abril de 2011 intitulada «Ato para o Mercado Único – Doze alavancas para estimular o crescimento e reforçar a confiança mútua», a Comissão reafirmou o seu empenho num mercado interno eficiente e competitivo.”

Para que a negociação do crédito seja conduzida pelas diretrizes do crédito responsável, da boa-fé e preservação do mínimo existencial e da conciliação global, a Lei nº 14.181/2021 também criou o campo fértil para a introdução dez paradigmas ao CDC, a seguir elencados:

“1) O paradigma da preservação do ‘mínimo existencial’ e do ‘patrimônio mínimo’: o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana;

2) O paradigma da ‘informação obrigatória’ e do ‘crédito responsável’: o respeito à lealdade e à transparência no mercado de crédito de consumo;

3) O paradigma da quebra positiva do contrato de crédito ou sanção pelo descumprimento dos deveres de informação e boa-fé: o cumprimento eficaz das regras e a sanção redução judicial dos juros;

4) O paradigma do combate ao ‘assédio de consumo’ e à falta de reflexão: combate às novas práticas abusivas;

5) O paradigma da correção dos erros e combate às fraudes na concessão e cobrança de crédito: introdução do direito ao ‘charge back’;

6) O paradigma da conexão dos contratos de consumo e de crédito: complementação ao Art. 52 do CDC;

7) O paradigma do 'tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento': sistema binário, com a valorização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a necessidade de um processo por superendividamento;

8) Paradigma da 'proteção especial do consumidor pessoa natural' e reforço na 'ordem pública econômica de proteção': a consequente superação da Súmula 381 do STJ;

9) Paradigma da boa-fé e da cooperação na repactuação da dívida: a exceção da ruína e a revisão judicial das dívidas de consumo;

10) Paradigma da (re)educação financeira com o plano de pagamento e da novação-plano: a re-inclusão do consumidor e o combate à exclusão social"<sup>23</sup>.

Todos os dez paradigmas contribuem significativamente para o fortalecimento dos deveres de cooperação e de boa-fé com parceiro contratual e, por conseguinte, para que o crédito seja concedido de modo responsável a fim de prevenir os casos de superendividamento e de exclusão social do consumidor. Tais paradigmas reforçam não apenas a diretriz do crédito responsável, mas também a da boa-fé e preservação do mínimo existencial e a da conciliação global, as quais, conjuntamente, possibilitam a inclusão social e viabilizam a concretização da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto constitucionalmente<sup>24</sup>. O CDC consolida, assim, a ordem pública constitucional de proteção dos consumidores, a qual é

<sup>23</sup> Idem, p. RB-5.1.

<sup>24</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;"

indispensável para a dignidade humana na sociedade capitalista e de consumo, sendo verdadeira lei de função social consubstanciada numa dimensão constitucional-protetiva, ou seja, promove a função social do crédito ao consumidor<sup>25</sup>.

Destaca-se o pioneirismo do CDC em consolidar a proteção do mais fraco no direito privado brasileiro numa época em que ainda vigia o Código Civil de 1916, de cunho essencialmente patrimonialista. Atualmente, com a vigência do Código Civil de 2002, as relações civis, até mesmo entre empresários, são pautadas nas diretrizes da socialidade e eticidade, com mais razão ainda deve-se empreender esforços no reforço da dimensão ético-inclusiva e solidarista do CDC, assim como à dimensão da confiança e efetividade e da dimensão constitucional.

A seguir, a atenção será dada aos deveres de informação na formação do contrato de crédito, que consubstanciam o crédito responsável, bem como à adequação da informação, que é indispensável para a concretude da dimensão da confiança e efetividade, da dimensão constitucional e, evidentemente, da dimensão ético-inclusiva, que engloba os esforços na proteção especial aos consumidores e, notadamente, aos hipervulneráveis, como os idosos, analfabetos e portadores de deficiência.

### **3. OS DEVERES DO FORNECEDOR DE CRÉDITO E A INFORMAÇÃO ADEQUADA**

O CDC tem como finalidade reequilibrar as relações de consumo e, para isso, a proteção do consumidor, que é parte mais fraca da relação contratual, é inerente ao próprio siste-

.....

<sup>25</sup> MARQUES. Breve introdução à Lei nº 14.181/2021 e anova noção de superendividamento do consumidor. In: BENJAMIN, A. H. et al. (Ed.). . Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-2.1.

ma da lei especial. Para alcançar essa finalidade, no que se refere à concessão de crédito ao consumo, a Lei 14.181/2021 incluiu dois novos capítulos no CDC: um sobre a prevenção e tratamento do superendividamento (capítulo VI-A), com parâmetros para um crédito responsável; e, outro sobre a conciliação no superendividamento (capítulo V), que trata da conciliação em bloco e incentivando a cultura do pagamento.

Com isso, a *ratio legis* do CDC foi reforçada pela Lei nº 14.181/2021, visando valorizar o momento da formação do contrato de consumo com o fornecimento de informação adequada, de modo que o consumidor exerça sua vontade com autonomia real ou "racional"<sup>26</sup>, para uma relação harmoniosa entre fornecedor e consumidor, bem como promover meios de superação da cultura da dívida e de exclusão social<sup>27</sup>.

Nesta segunda parte deste artigo será dado enfoque às informações obrigatórias que devem constar nas ofertas e contratações de crédito ao consumidor, as quais surgem como uma revalorização dos deveres anexos da boa-fé pré-contratual, impondo o respeito à lealdade e à transparência desde a formação do contrato.

### **3.1. INOVAÇÕES DA LEI Nº 14.181/2021 QUANTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO NO CRÉDITO AO CONSUMO**

A boa-fé é o princípio máximo orientador do sistema jurídico de defesa do consumidor. No que se refere à prevenção e tratamento do superendividamento esse princípio vem ainda mais reforçado. Ainda que a boa-fé seja presumida para os consumidores, a proteção especial conferida ao superendividado alcança apenas o consumidor de boa-fé; é o que

<sup>26</sup> "Autonomia racional" é a expressão utilizada por Nicole Chardin e citada por Cláudia Lima Marques em MARQUES, Contratos no Código de Defesa do Consumidor - Ed. 2019, página RB-4.1.

<sup>27</sup> Idem.

dispõe Capítulo VI-A do CDC no inaugural art. 54-A, § 3º, o qual exclui expressamente de seu âmbito o consumidor que contrai compromissos financeiros mediante fraude ou má-fé, seja por meio de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento, além daqueles que e superendividaram para aquisição de serviços de luxo de alto valor. Trata-se de dispositivo que visa prevenir o risco moral ("moral hazard"), com vistas a garantir a efetiva proteção do consumidor de boa-fé, a qual é sempre presumida.

O dever de informação permeia todo o CDC, mas no tocante à concessão de crédito, a Lei nº 14.181/2021, no art. 54-B, impôs ao fornecedor o cumprimento de deveres específicos de informação do custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem, da taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento, do montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias, do nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor e do direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, além dos deveres gerais que constam expressamente no art. 52, os quais se referem ao preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional, ao montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, aos acréscimos legalmente previstos, ao número e periodicidade das prestações e à soma total a pagar, com e sem financiamento<sup>28</sup>. Tanto o art. 54-B, como o art. 52, trazem duas importantes diretrizes para a informação que é veiculada ao consumidor: esta deve ser prévia e adequada.

O reforço da necessidade da informação ser prévia, ou seja, transmitida ao consumidor antes da contratação, no

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília-DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm).

momento da oferta, assumiu relevância mais destacada com o veto ao art. 54-E, que constava do PL 1805/2021. A proposta de redação ao § 2º do art. 54-E permitia ao consumidor desistir imotivadamente da contratação de crédito consignado no prazo de 7 dias, a contar da data da celebração ou do recebimento da cópia do contrato. Tratava-se de proposta de dispositivo de lei que se aproximava do artigo 14.º da Diretiva n.º 2008/48/CE<sup>29</sup> e do disposto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 133/2009<sup>30</sup>, que transpõe para a ordem jurídica interna de Portugal aquela Diretiva relativa a contratos de crédito aos consumidores. Tanto o Decreto-lei português, como a Diretiva europeia preveem o prazo de 14 (quatorze) dias para o consumidor exercer o direito e retração do contrato de crédito sem indicar qualquer motivo.

No direito do consumidor brasileiro, a intenção de introduzir possibilidade semelhante, no § 2º do art. 54-E da Lei nº 14.181/2021, foi aprovada tanto no Senado Federal, como na Câmara dos Deputados, e contava com o consenso entre a FEBRABAN e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. No entanto, a proposta foi vetada por arrastamento em razão do veto ao caput do dispositivo, sem que sequer fosse detidamente analisado o direito de desistência. No veto, a justificativa se ateve somente à restrição ao limite de margem de crédito consignado<sup>31</sup>, não havendo manifestação expressa do Executivo sobre a possibilidade de desistência

.....  
<sup>29</sup> UNIÃO EUROPEIA. DIRECTIVA 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0048>.

<sup>30</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 133/2009. Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/133-2009-494264>

<sup>31</sup> Razões do veto disponíveis no aite do Senado Federal: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8986440&ts=1638887861119&disposition=inline>

da contratação, o que proporcionaria melhor reflexão do consumidor e permitiria a reversão de empréstimos tomados em decorrência de assédio ao consumo ou fraudes.

Porém, mesmo com o veto ao art. 54-E, o direito de arrependimento do consumidor, nos casos em que o contrato for celebrado fora do estabelecimento comercial, pode ser exercido no prazo de 7 (sete) dias, com base no art. 49 do CDC, que trata dos contratos em geral de consumo. Assim, considerando que as transações bancárias estão cada vez mais digitalizadas, e que não se vislumbra óbice para que o consumidor possa exercer o direito de arrependimento quando o crédito for contratado fora do estabelecimento financeiro, mesmo com o veto, persiste a possibilidade de desistência, ainda que somente nos contratos à distância. A aprovação do § 2º do art. 54-E, no entanto, indubitavelmente traria maiores benefícios especialmente aos excluídos digitalmente.

O art. 54-B também reforça a necessidade da adequação da informação ao consumidor. Informação adequada é aquela que considera o seu público-alvo e as necessidades específicas para a compreensão do que se quer informar. Assim, ainda que o art. 54-B apresente um rol de elementos que devem ser obrigatoriamente informados, havendo necessidade reforçar ou suplementar algum elemento do contrato, em razão das capacidades intelectuais do consumidor, o fornecedor tem a obrigação de fazê-lo com base nos princípios da boa-fé e da cooperação. Portanto, além das informações deverem constar de forma clara e resumida no contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor, o fornecedor deve verificar se o tomador do crédito, de fato, tem condições de compreender aquilo que lhe está sendo comunicado.

A Lei nº 14.181/2021 também inovou ao elencar no art. 54-C as práticas irresponsáveis na concessão do crédito e

que configuram falhas do dever de informação. São os casos de: (inc. II) indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor, que induz o consumidor deduzir que análise da solvabilidade seria um entrave praticado por outras instituições; (inc. III) ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo, pois tem o condão de ludibriar o consumidor para que este venha a contratar crédito menos vantajoso; (inc. IV) assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; e (inc. V) condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

Conforme mencionado, o dever de informação do fornecedor não se restringe às disposições do texto da lei e estas podem ser ampliadas com fundamento no princípio geral de boa-fé. É o caso, por exemplo, do art. 54-F, que embora não traga textualmente o dever de informar o consumidor de que, nos contratos coligados, a resolução do contrato principal implica a resolução do contrato de crédito que lhe seja conexo, trata-se de informação de suma importância e que, se não veiculada pelos agentes financeiros, podem ser utilizadas como meio de persuasão para que o contratante permaneça vinculado a contrato que não é de seu interesse devido a uma falta de informação adequada. Nesse mote, o art. 54-G, especialmente nos §§ 1º e 2º, fortalecem ainda mais o dever de informação, elucidando que as informações prévias e adequadas não se confundem com a mera entrega da cópia do contrato.



Por outro lado, tão nociva quanto a falta de informação, é a informação falaciosa ou obscura. O assédio ao consumidor para contratar um crédito de forma impulsiva, inconsequente ou indesejada, geralmente está envolto em um contexto de informações falaciosas ou exageradas, de explicitação de situações irreais ou do aproveitamento de fragilidades e medos, com a finalidade de interferir na correta compreensão do que está realmente sendo ofertado e contratado. Condutas desse viés geralmente são direcionadas àqueles com maiores dificuldades de compreender as circunstâncias que lhe estão sendo apresentadas e de identificar os abusos perpetrados.

Por isso, o art. 54-D, dispõe que o consumidor deverá ser informado e esclarecido adequadamente de acordo com sua idade. Trata-se de nítida e necessária preocupação do legislador com o idoso, que é um hipervulnerável, seja em razão das fragilidades e dificuldades de leitura, audição e compreensão decorrentes do envelhecimento do corpo, seja em razão de dificuldades intelectuais, especialmente se considerarmos o alto índice de analfabetismo funcional e tecnológico da população idosa no Brasil. Essas individualidades dos consumidores hipervulneráveis devem ser considerada quando do fornecimento da informação relativa à negociação de crédito

### **3.2. A INFORMAÇÃO ADEQUADA AOS CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS**

O consumo massificado e o individualismo da atualidade caracterizam a chamada sociedade pós-moderna e provocam uma mudança na maneira de pensar o Direito. Na sociedade de consumo atual, como afirma António Pinto Monteiro, "tornou-se imperioso reagir de *modo específico e organizado* contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo por *denominador comum* a defesa do consumidor,

isto é, a defesa de quem é *vítima* de tais práticas ou técnicas, de quem está à mercê, pela sua situação de *dependência* ou de *debilidade* (económica, técnica, jurídica, cultural ou outra), da organização económica da sociedade<sup>32</sup>. Assim, o contrato, que tradicionalmente é o meio de circulação de riquezas na sociedade, transformou-se também no instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, os incisos XIX e XXXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 elevam o direito à informação, assim como a defesa do consumidor, à categoria de direitos fundamentais.

O contrato é o instrumento de defesa do consumidor e de proteção do direito de informação. Neste quadro, o fornecimento de informações adequadas ao consumidor em todas as fases dos contratos de consumo, da pré à pós-contratual, é um direito fundamental garantido constitucionalmente. Na fase pré-contratual dos contratos de crédito ao consumo, o fornecimento da informação adequada não é apenas um dever de conduta da boa-fé objetiva, mas é o meio de possibilitar que o paradigma do crédito responsável seja o condutor da negociação e o meio para a prevenção ao superendividamento.

Porém, ainda que seja fundamental, o contrato não é a única fonte de informação do consumidor. Em uma sociedade desigual como a brasileira, com profundas disparidades económicas e intelectuais, a mera entrega de cópia do contrato ao consumidor, com um amontoado de informações financeiras em linguagem jurídica ou económica em nada contribuem para a compreensão da pessoa física vulnerável. Pelo contrário, muitas vezes desestimulam a busca por mais informações.

A massificação do acesso ao crédito e as práticas abusivas que envolvem este tipo de contratação têm como público-alvo especialmente a população idosa e analfabe-

.....  
<sup>32</sup> MONTEIRO, A. P. A proteção do consumidor em Portugal e na Europa. Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 38-39, p. 185, [s.d.].

ta. Tratam-se dos consumidores hipervulneráveis, aqueles a quem a vulnerabilidade informacional é agravada, os que mais sofrem com a massificação do consumo, e que merecem maior atenção do Estado Social, especialmente com o aumento da população idosa no Brasil. A projeção do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) é de que, em 10 anos, o percentual de idosos no Brasil aumente, dos 14,66% atuais, para 19,16% em 2031<sup>33</sup>. Nesse cenário, tem havido uma ampliação da participação do idoso em todas as esferas da vida social, e em especial, no mercado de consumo. Aliado a isso, há também o fator renda fixa, atrativo para que o crédito consignado seja fornecido com garantia de pagamento ao fornecedor, mas muitas vezes comprometendo o mínimo existencial numa fase da vida em que o custo de vida, notadamente em relação à saúde, tem um aumento considerável. Como menciona Luiz Fernando Afonso, “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 no afã de vender o seu produto, abusam do seu direito em detrimento dos consumidores idosos”<sup>34</sup>.

Assim, cada vez mais tem sido necessário repensar o que configura a adequação da informação quando voltada ao público hipervulnerável, especialmente os idosos, analfabe-

.....  
<sup>33</sup> Projeção disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>

<sup>34</sup> AFONSO, L. F. Medicalização do consumo e publicidade abusiva. Colóquio. Estudos de Direito do Consumidor. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 17, p. 267-306.

tos e portadores de deficiência, e quais os meios de implementá-la, com fiscalização e regulação do modo de prestá-la a fim de que seja adequadamente recebida e compreendida pelo consumidor. Informação adequada, como escreve Renata Pozzi Kretzmann, é aquela inteligível, compreensível, que pode ser captada pelo consumidor de maneira eficaz, fácil de ser identificada e bem compreendida pelos destinatários da mensagem<sup>35</sup>. Quando direcionada aos hipervulneráveis, deve considerar suas condições pessoais. Como afirma Fernanda Nunes Barbosa “aqui a obrigação se desdobra no ‘como informar’ [...] esse dever também atinge aquelas informações que, por excessivas, não cumprem a sua obrigação de ‘bem informar’, uma vez que a quantidade de informação não significa que ela tenha sido adequadamente prestada”<sup>36</sup>.

No âmbito da União Europeia, como refere Teresa Moreira<sup>37</sup>, Agenda do Consumidor Europeu, adotada em 2012 para o período até 2020, reconheceu a necessidade de iniciativas que enfrentassem os desafios relacionados à digitalização da vida quotidiana e às necessidades específicas dos consumidores vulneráveis. No Brasil, a com o relevante índice de analfabetismo da população idosa, as iniciativas para enfrentar o desafio da informação adequada, especialmente em face da digitalização do sistema financeiro, se mostram ainda mais necessárias e urgentes.

Todavia, como destaca Sandra Passinhas, o agrupamento das vulnerabilidades para conferir-lhes o mesmo tratamento importa em muitas limitações, citando como exemplo a vul-

<sup>35</sup> KRETZMANN, Renata Pozzi. Informações nas relações de consumo. O dever de informar o consumidor e suas relações jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019, p. 46.

<sup>36</sup> BARBOSA, F. N. Informação: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>37</sup> MOREIRA, T. Novos desafios para a contratação à distância - a perspectiva da defesa do consumidor. Colóquio. O novo regime da contratação a distância. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra p. 19-36, 2015.

nerabilidade dos idosos e portadores de deficiência: “a diversidade das condições socioeconómicas (em especial, rendimento disponível e classe social), da literacia e até da própria idade (66 anos ou 96 anos) são senho das dificuldades que acabámos de apontar. O mesmo vale para a enfermidade física ou mental: consumidores com deficiência podem sentir dificuldades distintas no acesso à informação ou em encontrar bens ou serviços adequados às suas necessidades. A vulnerabilidade agravada é especialmente contextualizada, depende muito do concreto consumidor individual e da sua situação específica”<sup>38</sup>.

Desse modo, ante a diversidade do grupo dos hipervulneráveis e dentro do grupo dos idosos, dos analfabetos e dos portadores de deficiência, a solução para que a informação seja prestada de forma adequada não é única. Pelo contrário, demanda um esforço conjunto de diversos setores da sociedade para que sejam encontradas soluções conjuntas que, ao serem identificadas as fragilidades específicas, propiciem a adequada comunicação e compreensão do que está informado e das condições e consequências do contrato de crédito.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na sociedade atual de hiperconsumo, tudo pode ser vendido a crédito, inclusive o próprio crédito, e sua obtenção diretamente nas instituições financeiras, no comércio varejo ou por meio de aplicativos, muitas vezes acaba sendo realizada de forma impulsiva, devido às ofertas agressivas e sem a adequada informação, colocando o consumidor, especialmente o hipervulnerável, como idosos, analfabetos e portadores de

.....

<sup>38</sup> PASSINHAS, S. O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português. Estudos de Direito do Consumidor, n. 15, p. 260, 2019.

deficiência, numa desvantagem ainda mais acentuada em relação ao fornecedor.

A comunicação é o valor máximo da pós-modernidade e o método de legitimação da justiça, assim como o consentimento do indivíduo, para ser legitimado, deve ser informado e esclarecido<sup>39</sup>. Para isso, a informação precisa ser passada ao consumidor de forma clara e em linguagem acessível. Esse é um desafio a ser enfrentado e analisado conjuntamente com a comunidade, e que demanda um maior interesse social em formular meios de se fornecer uma informação complexa, do ponto de vista matemático e financeiro, de forma clara e acessível especialmente à população idosa, analfabeta e portadora de deficiência, o que demanda um comprometimento das instituições de crédito em investir em equipe especializada e em programas, design, layout e outros meios, digitais ou não, de linguagem fácil e didática e, ao mesmo tempo, que contenham as informações necessárias ao consumidor. Além disso, a identificação de fragilidades específicas deve ocorrer já no atendimento ao consumidor, encontrando-se meios para saná-las.

Tão prejudicial quanto a falta de informação, é a informação inadequada, aquela distorcida na intenção de ludibriar a parte da relação jurídica, em especial nos contratos de crédito, que já está em extrema desvantagem. Trata-se de espúria má-fé e que não deve ser tolerada no sistema de proteção ao direito do consumidor. Assim, mesmo diante da complexidade das relações atuais, a equidade nos contratos de consumo requer um esforço conjunto de políticas públicas inclusivas, especialmente no campo digital, e informativa, com intensa participação das instituições financeiras em identificar as fragilidades do consumidor e os casos de hiper-

<sup>39</sup> MARQUES, C. L. A proteção do consumidor quando da formação do contrato. In: Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. RB-1.11.

vulnerabilidade, adequando a comunicação para que seja efetivamente informativa. Trata-se de um grande desafio a ser enfrentado pela comunidade jurídica, pelo poder público, pelos fornecedores de crédito e demais pesquisadores em identificar as formas que seriam mais adequadas à comunicação de informações complexas, especialmente nos contratos de crédito, em atenção às fragilidades enfrentadas pelos idosos, analfabetos e portadores de deficiência, na busca da equidade contratual e pautando sua conduta na boa-fé e na cooperação contratual.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO, L. F. Medicalização do consumo e publicidade abusiva. Colóquio. *Estudos de Direito do Consumidor*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 17, p. 267-306.
- BARBOSA, F. N. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BENJAMIN, A. H. et al. *Comentários à Lei 14.181/2021: A Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília-DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em 23 jan. 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.181-de-1-de-julho-de-2021-329476499>. Acesso em 23 jan. 2022.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informações nas relações de consumo. O dever de informar o consumidor e suas relações jurídicas*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro eletrônico]



- MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. "Nota sobre a pandemia Covid-19, os contratos de consumo e o superendividamento dos consumidores: a necessidade de atualização do CDC". In: MARQUES, C. L. et al. (Eds.). *Contratos de Serviços em tempos digitais - Contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b. p. RB-4.1-4.6.
- MARQUES, C. L.; DE LIMA, C. C.; VIAL, S. "Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor". In: *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. v. 1, p. 107-144.
- MARQUES, C. L.; CAVALLAZZI, R. L.; DE LIMA, C. C. *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [livro eletrônico]
- MIRAGEM, B. *A contribuição essencial do Direito Comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 1000/2019, p. 157-190, 2019.
- MIRAGEM, B. "Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo". In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC*. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020.
- MOREIRA, T. "Novos desafios para a contratação à distância - a perspectiva da defesa do consumidor". *Colóquio. O novo regime da contratação a distância*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra p. 19-36, 2015.
- MONTEIRO, A. P. "A proteção do consumidor em Portugal e na Europa". *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, n. 38-39, p. 183-194, [s.d.].
- PASSINHAS, S. "O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português". *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 15, p. 257-311, 2019.
- PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 133/2009*. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de

Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/133-2009-494264>

SANTOS, A. C.; FRADE, C.; OLIVEIRA, M. "Perspetivas interdisciplinares sobre consumo e crédito". *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 101, p. 03–08, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *DIRECTIVA 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0048>.



# PUBLICIDADE INFANTIL NÃO SINALIZADA NO *YOUTUBE*: *UNBOXING* E OUTRAS EXPRESSÕES DO *MARKETING* DE INFLUÊNCIA

*Mariana Pais Albuquerque* \*

## **SUMÁRIO**

I. Introdução. II. A questão da idade mínima para direcionamento da publicidade. III. O critério etário e publicidade infantil. IV. Popularidade de influenciadores brasileiros entre crianças portuguesas: legislação aplicável. V. A publicidade infantil não sinalizada e o ordenamento português. VI. Considerações Finais.

## **RESUMO**

O crescimento e a popularização das plataformas digitais, em especial o YouTube, propiciaram a ampliação da publicidade veiculada por esses meios. Influenciadores digitais pas-

.....  
\* Advogada no Rio de Janeiro. Inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e na Ordem dos Advogados Portugueses. Pós-graduada em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. email: mpaisalbuquerque@gmail.com.

saram a desempenhar papel relevante na difusão da publicidade, inclusive a infantil, pela via do *marketing* de influência. Esse tipo de comunicação caracteriza-se pela ambiguidade, dificultando a identificação da publicidade, especialmente pelas crianças. O propósito deste trabalho é analisar a questão da publicidade infantil não sinalizada veiculada no *Youtube* diante da legislação vigente, expondo ainda possíveis efeitos nocivos da publicidade sobre as crianças.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Publicidade infantil. Influenciadores digitais. Plataformas digitais. *Marketing* de influência.

### **ABSTRACT**

The growth and popularization of digital platforms, especially YouTube, led to the expansion of advertising conveyed by these means. Digital influencers began to play a relevant role in the dissemination of advertising, including children's advertising, through influencer marketing. This type of communication is characterized by ambiguity, making it difficult to identify advertising, especially for children. The purpose of this work is to analyze the issue of unmarked children's advertising broadcast on Youtube in the face of current legislation, also exposing possible harmful effects of advertising on children.

### **KEYWORDS**

Children's advertising. Digital Influencers. Digital platforms. Influencer Marketing.

## I. INTRODUÇÃO

Com a popularização do acesso às tecnologias digitais, ocorrida no final do século XX, a publicidade passou a ocupar também esses novos espaços de difusão. O espaço antes preenchido por televisão e rádio é hoje dividido com plataformas digitais, acessíveis *online*.

Somam-se a esse panorama as mudanças de hábitos decorrentes da pandemia de COVID-19, dentre as quais se destaca o maior tempo que as pessoas passaram a permanecer em suas casas, executando as mais diversas tarefas de forma remota. Pais e cuidadores, sem prévio aviso, passaram a acompanhar as crianças em aulas *online*, o que naturalmente não lhes dispensava de cumprir as demais tarefas a seu cargo.

Assim, criou-se um ambiente propício para que os menores passassem mais tempo em frente a ecrãs<sup>1</sup>, quer assistindo a aulas remotamente, quer fazendo uso de plataformas digitais como forma de entretenimento e acesso à informação, enquanto os adultos se dedicavam ao trabalho ou à administração da casa.

Muito embora a pandemia tenha aumentado o tempo de exposição das crianças aos ecrãs, mesmo antes desse período a publicidade já assumia presença massiva nas platafor-

.....  
<sup>1</sup> Nesse sentido, ver SCHMIDT, S.C.E., ANEDDA, B., BURCHARTZ, A., "Physical activity and screen time of children and adolescents before and during the COVID-19 lockdown in Germany: a natural experiment", Scientific Reports 10.1 (2020). Acerca da associação entre níveis mais elevados de utilização de ecrãs e o agravamento de sintomas de saúde mental, irritabilidade, ansiedade e hiperatividade, conferir XUEDI LI; LEIGH M. VANDERLOO; CHARLES D. G. KEOWN-STONEMAN, "Screen use, mental health symptoms in children during pandemic", JAMA Network Open (2021). Ainda sobre os efeitos do aumento do tempo de uso de ecrãs em crianças, confira-se CRISTINA PONTE E SUSANA BATISTA, "EU Kids Online Portugal", disponível em <http://fabricadesites.fcsh.unl.pt/eukidsonline/wp-content/uploads/sites/36/2019/03/RELATO%CC%81RIO-FINAL-EU-KIDS-ONLINE.docx.pdf> (29.01.2022).

mas digitais, especialmente por meio de anúncios inseridos nos conteúdos produzidos pelos chamados influenciadores digitais, os quais passaram a desempenhar, de certa forma, o papel de mensageiros dos anúncios veiculados por esses meios.

No presente trabalho, será utilizado como referência o caso do *YouTube*, por ser a maior plataforma de partilha de vídeos do mundo<sup>2</sup>, e também a mais utilizada por influenciadores para veicular conteúdo direcionado ao público infantil<sup>3</sup>. Pesquisa realizada em 2019 apurou que vídeos direcionados a esse público foram visualizados mais vezes do que os não tinham essa destinação específica<sup>4</sup>. E, para se ter uma ideia da expressividade dos números, em 2017, as crianças já representavam um terço dos usuários de internet em todo o mundo<sup>5</sup>.

Mas, o que se entende por “influenciador digital”, ou simplesmente “influenciador”? Objetivamente, trata-se de pessoas do meio digital com potencial de influenciar pessoas por meio do conteúdo produzido, sendo assim fonte de informação e influência para os consumidores que os seguem<sup>6</sup>. Esse protagonismo dos influenciadores – também denomina-

<sup>2</sup> O *YouTube* conta com 2 bilhões de usuários mensais no mundo, disponível em <https://criancaeconsumo.org.br/noticias/YouTube-pagara-multa-por-coletar-dados-e-segmentar-anuncios-para-criancas/> (23.03.2022).

<sup>3</sup> Muito embora o *YouTube* estabeleça que a idade mínima para uso da plataforma é de 18 anos, ou no mínimo 13 anos, caso autorizado pelo responsável, na prática, observa-se que tais restrições são comumente descumpridas. Nesse sentido, veja-se ANA RITA ARAÚJO CORREIA, *Problemas jurídicos das plataformas eletrônicas de partilha de vídeos: a criação de conteúdos no YouTube e seus limites*, Universidade do Porto, 2019, p. 22.

<sup>4</sup> Disponível em <https://www.pewresearch.org/internet/2019/07/25/a-week-in-the-life-of-popular-YouTube-channels/> (30.03.2022).

<sup>5</sup> Conforme *The State of the World's Children 2017 – Children in the Digital World*, do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), disponível em <https://www.unicef.org/reports/state-worlds-children-2017> (23.03.2022). Em sentido semelhante, ANA RITA ARAÚJO CORREIA, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> Extraído do *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, da Direção-Geral do Consumidor, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx> (29.01.2022).

dos *youtubers*, *influencers* ou, ainda, “criadores de conteúdo” –, no âmbito da difusão da publicidade, pode ser atribuído à relação de confiança que estabelecem com seus respectivos públicos.

Ademais, nos vídeos veiculados pelos influenciadores, cria-se uma atmosfera que se aproxima de uma conversa informal entre consumidores sobre determinado produto, entremeada com o conteúdo de entretenimento, o que dificulta sua identificação como publicidade, mesmo pelo público adulto.

Nesse sentido, Gilles LIPOVETSKY (2007)<sup>7</sup> afirma que, na era digital, a publicidade evoluiu para o que ele chama de “hiperpublicidade”, que, em síntese, é uma publicidade que não parece publicidade, e que tenta dialogar com o consumidor ao mesmo tempo em que estimula seus desejos de consumo.

Essa forma de publicidade é denominada “*marketing* de influência”, ou “*marketing* digital”, e consiste em um processo em que *líderes de opinião* veiculam publicações patrocinadas, as quais são inseridas no conteúdo de entretenimento que originalmente produzem, de forma a criar uma ponte entre as marcas e os públicos que influenciam.

Nos chamados vídeos de *unboxing* (em tradução livre: “desembalar”), expressão do *marketing* de influência, influenciadores abrem pacotes de novos produtos e expressam opinião sobre eles. Ocorre que essa “opinião” pode ou não ser espontânea, ou, em outros termos, pode ou não ter conteúdo publicitário. A questão se coloca justamente quando o conteúdo publicitário não é sinalizado como tal. A prática, como se verá, viola diversos dispositivos legais, afrontando direitos dos menores como consumidores, além de terem potencial de causar consideráveis problemas em outras esferas.

.....  
<sup>7</sup> GILLES LIPOVETSKY. “A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo”, in *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*, Vol. IV, n. 14, TAMARA AMOROSO GONÇALVES, pp. 121 e ss.



Como mencionado, o *unboxing* consiste no ato de desembalar determinado produto em frente às câmeras, expressando-se opinião sobre o mesmo, o que significa que o *unboxing* contém em si o chamado *review*<sup>8</sup>, ou resenha. O *review* consiste em expor ao espectador as funcionalidades de determinado produto, seu modo de funcionamento, qualidades e – em especial no caso de comunicação não publicitária – também defeitos, de forma a apresentar o bem ao público. O inverso, contudo, não é verdadeiro: comumente se observam *reviews* de produtos veiculadas por influenciadores desacompanhadas do *unboxing*.

Tanto no caso do *unboxing* como no do *review*, adota-se uma atmosfera informal, que, no caso do conteúdo especificamente direcionado ao público infantil, se aproxima consideravelmente a uma conversa que uma criança teria com um amiguinho sobre um objeto que acabou de ganhar. E, nesse discurso aparentemente descompromissado, a criança é levada a desejar o produto que está sendo mostrado. Adicione-se a esses fatores, ainda, o fato de que o custo desse tipo de publicidade é relativamente baixo, o que tem atraído ainda mais os anunciantes a investir nessa modalidade.

Aliás, mesmo quando devidamente sinalizada, a publicidade já exerce grande poder de influência sobre o comportamento das pessoas, sejam crianças ou adultos<sup>9</sup>. Assim, a ausência de identificação, especialmente quando aliada à ambiguidade do *marketing* digital, maximiza a influência da publicidade sobre o comportamento dos consumidores.

.....  
<sup>8</sup> STUBB, C., & COLLIANDER, J. apud LAURA RAQUEL TEIXEIRA MARQUES, *Reviews patrocinadas e não patrocinadas por influenciadores de moda e beleza no YouTube e Instagram: Percepções e intenções de compra dos consumidores em Portugal*, Universidade de Lisboa, 2020, pp. 1-2.

<sup>9</sup> Sobre a criação de esterótipos pela publicidade e sua influência na sociedade, em especial sobre os mais jovens, confira-se ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., pp. 9-10.

Ora, se a ambiguidade publicitária já é perigosa para um adulto – dada a tendência de se absorver o conteúdo da publicidade com escrutínio menos rigoroso, quando comparado com outras formas de difusão da comunicação publicitária –, o risco é, sem dúvidas, bem maior para as crianças.

Acerca da matéria, a Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou o Comentário Geral n.º 25 para proteger menores no espaço digital<sup>10</sup>. O documento recomenda aos Estados Partes que façam do melhor interesse da criança uma consideração primordial ao regularem a publicidade e o *marketing* dirigido e acessível às crianças, o que inclui a identificação clara do conteúdo comercial das publicações, bem como treinamento e aconselhamento de pais, educadores e cuidadores sobre o uso apropriado de dispositivos digitais. Embora reconheça a crescente importância do ambiente digital na concretização dos direitos das crianças, o estudo ressalta que tal exposição dos menores ao ambiente *online* também acarreta riscos para a violação ou abuso de tais direitos.

Os efeitos nocivos da publicidade infantil levantam debates acerca da pertinência de uma possível vedação, em especial no caso de crianças de determinada faixa etária. Os argumentos comumente levantados em sentido contrário à vedação centram-se especialmente em suposta violação à liberdade de expressão, livre iniciativa e livre concorrência<sup>11</sup>. Ocorre que a livre expressão, a livre iniciativa e a livre concor-

<sup>10</sup> Comentário geral n.º 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, do Comitê dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU), disponível em <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf> (29.01.2022).

<sup>11</sup> Para uma exposição mais aprofundada dos possíveis argumentos a favor e contra a vedação da publicidade infantil, ver YASMINE UEQUED PITOL, *A publicidade infantil na sociedade de consumo: uma análise empírica da publicidade e de sua (in)conformidade com o direito brasileiro*, Universidade LaSalle, (Canoas), 2017, pp. 87 e ss.

rência não constituem fins em si mesmos, devendo antes se conformar ao respeito ao Direito do Consumidor e à observância dos direitos fundamentais das crianças.

Em outros termos, deve-se ter presente que o objetivo da publicidade é, em verdade, persuadir os consumidores a adquirir os bens e serviços anunciados. O objetivo da comunicação publicitária é, portanto, econômico, e não meramente informativo ou artístico<sup>12</sup>. Diante dessas considerações, e tendo claro ainda que não há direito absoluto, “[...] sobrevém que, em caso de conflito envolvendo, de um lado, a suposta proteção conferida à publicidade pela liberdade de expressão e, de outro, os direitos das crianças, deve-se considerar a absoluta prioridade com a qual foram distinguidos estes últimos”<sup>13</sup>.

Independentemente da posição que se adote, certo é que a ausência de regulação e controle em concreto da exposição das crianças à publicidade poderiam trazer consequências extremamente nocivas a esses indivíduos em formação<sup>14</sup>.

Por esse motivo, a legislação estabelece parâmetros e limites à publicidade infantil – os quais, entretanto, nem sempre serão observados. O conhecimento das balizas impostas pela legislação possibilita a tomada de medidas para seu cumprimento, potenciando assim a proteção, em alguma medida, dos menores contra os efeitos nocivos da publicidade.

Indispensável, ainda, que pais, educadores e cuidadores conversem com as crianças sobre o que estão a ver, para que consigam, tão cedo quanto possível, identificar o conteúdo como publicidade, e dessa maneira comecem a pensar de forma crítica sobre as intenções desse tipo de comunicação.

---

<sup>12</sup> YASMINE UEQUED PITOL, ob. cit., pp. 91.

<sup>13</sup> TÂNIA DA SILVA PEREIRA, apud YASMINE UEQUED PITOL, ob. cit., pp. 91.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., p. 11.

## II. A QUESTÃO DA IDADE MÍNIMA PARA DIRECIONAMENTO DA PUBLICIDADE

A legislação portuguesa, como se verá, não veda genericamente a publicidade especificamente dirigida a crianças, nem o faz em relação a menores de determinada faixa etária. Tal vedação tampouco existe na legislação comunitária.

Não se ignora que as crianças são seres em desenvolvimento, integrados em sociedades de consumo, o que envolve necessária e naturalmente alguma exposição à publicidade, ainda que não especificamente a elas dirigida. Tal constatação, no entanto, não é impeditivo a que se estabeleça um limite mínimo de idade, abaixo do qual o direcionamento específico da publicidade não seja permitido.

Vale dizer, em uma sociedade de consumo, os menores das mais tenras idades já serão forçosamente expostos à publicidade em alguma medida. Isso não implica, necessariamente, em permitir que a publicidade se dirija a esse público de forma direta.

A potencial nocividade de se fazer publicidade voltada para menores reside no fato de a criança não possuir arcabouço cognitivo suficiente para entender completamente o conceito de publicidade e suas intenções<sup>15</sup>.

Nessa linha de considerações, afirma LÚCIA SOUZA D'AQUINO que “[...] somente aos 12 anos de idade as crianças desenvolvem um entendimento mais completo do objetivo da propaganda. A deficiência de julgamento e de experiência é inerente à condição da criança, uma vez que ela é sensí-

.....

<sup>15</sup> Em razão dessas características, a criança é considerada consumidor extremamente vulnerável, merecendo uma maior proteção por parte do direito. ROBERTA DENSA, apud ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., p. 17. Sobre a hipervulnerabilidade da criança como consumidora, veja-se também CLÁUDIA LIMA MARQUES, apud FABIANA D'ANDREA RAMOS e LISIANE ZANATTA, “Fundamentos principiológicos para a proibição de publicidade dirigida à criança no Brasil”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 195.

vel a estímulos do meio ambiente. Segundo o consenso atual da neurologia, o desenvolvimento das sinapses excitatórias ocorre antes das sinapses inibitórias, facilitando as escolhas por impulso em idade precoce"<sup>16</sup>.

Em parecer do Comitê Econômico e Social Europeu intitulado "Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças"<sup>17</sup>, de autoria de JORGE PEGADO LIZ, são apontadas diversas conclusões de relevo para a questão, dentre as quais se destacam: (i) a comunicação comercial dirigida a crianças pode estimular hábitos de consumo pautados pelo excesso, tornando o consumo um fator determinante para a inclusão social, e assim, potencialmente conduzir ao consumismo<sup>18</sup> e ao endividamento; (ii) a exposição de crianças a certos anúncios conduz a pedidos de compra aos pais<sup>19</sup>, o que pode gerar conflitos familiares principalmente nas famílias de estatuto socioeconômico mais baixo, seja por incapacidade financeira ou menor abertura ao diálogo; (iii) o consumismo incentivado pela publicidade tem ainda por consequência a adesão por grande número de crianças e jovens a determinadas marcas, o que funciona como fator de exclusão dos menores que a elas não têm acesso – fenômeno chamado de "bullying de marca" –, podendo acarretar situações de grande infelicidade pessoal e comportamentos desviantes, os quais podem estar na origem da entrada na criminalidade, pela via do furto ou roubo<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> LÚCIA SOUZA D'AQUINO, "A publicidade abusiva dirigida ao público infantil", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 106 (2016), pp. 5 e ss.

<sup>17</sup> JORGE PEGADO LIZ, *Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre "Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças" (parecer de iniciativa)*, Bruxelas, 2012, disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2012.351.01.0006.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2012%3A351%3AFULL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2012.351.01.0006.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2012%3A351%3AFULL) (29.01.2022).

<sup>18</sup> No mesmo sentido, LÚCIA SOUZA D'AQUINO, ob. cit., pp. 5 e ss.

<sup>19</sup> Ainda nesse sentido, LÚCIA SOUZA D'AQUINO, ob. cit., pp. 11 e ss.

<sup>20</sup> Podem-se citar, ainda, outras possíveis consequências danosas da publicidade infantil, tais como a erotização precoce, transtornos alimentares e alcoolismo. Nesse sentido, ver *Por que a publicidade faz mal para as crian-*

Com base em tais conclusões, o aludido parecer recomenda, dentre outras medidas, que (i) seja adotada, a nível comunitário, idade mínima para a publicidade dirigida a crianças; (ii) seja dada ênfase na formação das crianças, desde a mais tenra idade, sobre a correta utilização das tecnologias da informação e interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo-se tais matérias nos *curricula* escolares; (iii) cidadãos em geral, e especialmente famílias e docentes recebam capacitação para acompanharem as crianças na apreensão da comunicação publicitária.

JORGE PEGADO LIZ<sup>21</sup>, após tecer duras críticas à ausência de um quadro legal para a publicidade infantil a nível comunitário<sup>22</sup>, defende que seja estabelecida a idade mínima justamente de 12 anos como limite mínimo para o direcionamento da publicidade infantil, nos seguintes termos: “a idade dos 12 anos parece recolher o parecer da grande maioria das posições dos vários interessados, sendo já praticada em alguns estados-membros e em países fora da Europa. É também aspecto a merecer um tratamento harmonizado no domínio comunitário”<sup>23</sup>.

Em conclusão ao presente estudo, será proposta a vedação da publicidade dirigida especificamente a crianças me-

ças, Instituto Alana, disponível em <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf> (30.03.2022).

<sup>21</sup> JORGE PEGADO LIZ, “O enquadramento legal da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor”, in *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo*, vol. IV, n. 14 (2018), pp. 107.

<sup>22</sup> JORGE PEGADO LIZ, ob. cit., pp. 85 e ss. O autor ressalva, entretanto, dois textos legais comunitários das referidas críticas, quais sejam, a Diretiva 2010/13/EU, de 10 de março de 2010 (Serviços de Comunicação Social Audiovisual), e a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005 (Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno).

<sup>23</sup> JORGE PEGADO LIZ, ob. cit., pp. 85 e ss.

nores de 12 anos<sup>24</sup>, dado que somente a partir dessa idade adquirem discernimento suficiente para distinguir a publicidade dos demais conteúdos, viabilizando assim a imprescindível educação para os *media*. Antes disso, considera-se que o discernimento das crianças é tão incompleto que praticamente inviabiliza que sejam adequadamente protegidas dos efeitos deletérios da publicidade que lhes é especificamente dirigida.

### III. O CRITÉRIO ETÁRIO E PUBLICIDADE INFANTIL

A legislação portuguesa não adota um critério legislativo geral que diferencie crianças de jovens em razão da idade. O mesmo ocorre com o quadro do direito comunitário, no qual inexistente “[...] definição única e formal de ‘criança’ nos tratados, na legislação derivada ou na jurisprudência”<sup>25</sup>.

Fora do âmbito da União Europeia, entretanto, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança dispõe, em seu artigo 1.º, que “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”, sendo este, segundo a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa, o parâmetro jurídico “[...] utilizado na Europa para definir o conceito de criança”<sup>26</sup>.

As referências à “publicidade infantil” feitas no presente estudo consideram a publicidade direcionada especifica-

.....  
<sup>24</sup> Sobre a questão, ver LÚCIA SOUZA D’AQUINO, apud YASMINE UEQUED PITOL, “Breve reflexão sobre a publicidade infantil e a necessária efetividade da proteção da criança no mercado de consumo”, in *Revista Jurídica Luso-brasileira*, nº 4 (2018), p. 1954.

<sup>25</sup> *Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança*, Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa, Luxemburgo, disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/handbook\\_rights\\_child\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf) (30.03.2022).

<sup>26</sup> *Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança*, Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa, Luxemburgo, disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/handbook\\_rights\\_child\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf) (30.03.2022).

mente a indivíduos com idade inferior a 18 anos completos, o que vai ao encontro do conceito de maioridade civil vigente em Portugal (artigo 130.º, Código Civil – CC).

De igual forma, as referências feitas a “crianças” e a “menores” neste trabalho abrangem indivíduos menores de 18 anos, por não terem sido observadas distinções relevantes na disciplina da matéria, que diferenciasssem indivíduos dentro dessa mesma faixa etária.

#### **IV. POPULARIDADE DE INFLUENCIADORES BRASILEIROS ENTRE CRIANÇAS PORTUGUESAS: LEGISLAÇÃO APLICÁVEL**

Com alguma frequência, observa-se que os vídeos direcionados ao público infantil veiculam publicidade não sinalizada pela via do *unboxing*<sup>27</sup>. O enorme volume de conteúdo disponibilizado constantemente nas plataformas digitais – apenas no *YouTube*, são carregadas cerca de 300 horas de vídeos por minuto<sup>28</sup> – dificulta o combate à prática, o que é agravado pelo fato de que nem sempre<sup>29</sup> pais e cuidadores acompanham ativamente as crianças enquanto usam a *internet*<sup>30</sup>.

No Brasil, há notícia de diversos casos em que o *unboxing* não sinalizado foi alvo de ações judiciais destinadas a coibir a prática<sup>31</sup>. Considera-se relevante notar o caso brasileiro, vez

<sup>27</sup> LIVIA CATTARUZZI, disponível em <https://criancaeconsumo.org.br/noticias/unboxing-criancas-fora-da-caixa/> (30.03.2022).

<sup>28</sup> Disponível em <http://web.tecnico.ulisboa.pt/~ist178552/wordpress/estatisticas/> (29.01.2022).

<sup>29</sup> A propósito, confira-se VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, apud YASMINE UEQUED PITOL, ob. cit., p. 1958.

<sup>30</sup> Nesse sentido, veja-se *Crescendo entre ecrãs: usos de meios eletrônicos por crianças (3-8 anos)*, da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), disponível em <https://www.erc.pt/documentos/Crescendoentreecras/mobile/index.html#p=69> (29.01.2022).

<sup>31</sup> Disponível em <https://juristas.com.br/2019/01/03/mpsp-pede-que-videos-de-YouTubers-mirins-sejam-retirados-do-ar-por-propaganda-velada/> (29.01.2022).



que o consumo, pelas crianças portuguesas, de conteúdo produzido no Brasil, por influenciadores brasileiros<sup>32</sup>, é bastante expressivo.

Tanto é assim que recentemente foi noticiado, inicialmente em Portugal<sup>33</sup> e posteriormente no Brasil<sup>34</sup>, fenômeno observado por pais e educadores, no qual crianças portuguesas passaram a reproduzir o sotaque e palavras próprias do Português do Brasil. Conforme a reportagem publicada no jornal Diário de Notícias, educadores notaram tal fato “sobretudo depois do confinamento, à conta de muitas horas de exposição a conteúdos feitos por *youtubers* brasileiros”<sup>35</sup>, um dos quais mantém um canal com mais de 37 milhões de seguidores<sup>36</sup>.

Verifica-se, portanto, que a questão não observa fronteiras, vez que o conteúdo produzido em determinado país muitas vezes é consumido por crianças de países estrangeiros, em especial quando há identidade de idiomas. Nessas situações, a legislação aplicável é a do local de acesso ao conteúdo<sup>37</sup>, cabendo à plataforma proceder à eventual remoção daquele que violar a legislação local<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Para um panorama sobre casos de *unboxing* veiculados por influenciadores portugueses, ver ANA CATARINA MAIA RIBEIRO, *O mundo dos YouTube Influencers em Portugal – Uma perspetiva culturalista*, Universidade Lusófona do Porto, 2019, p. 124.

<sup>33</sup> PAULA SOFIA LUZ, disponível em <https://www.dn.pt/sociedade/ha-criancas-portuguesas-que-so-falam-brasileiro-14292845.html> (29.01.2022).

<sup>34</sup> SÉRGIO RODRIGUES, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/sergio-rodrigues/2021/11/miudos-que-falam-brasileiro-em-portugal.shtml> (29.01.2022).

<sup>35</sup> PAULA SOFIA LUZ, disponível em <https://www.dn.pt/sociedade/ha-criancas-portuguesas-que-so-falam-brasileiro-14292845.html> (29.01.2022).

<sup>36</sup> Em março de 2022, o número de inscritos no canal Luccas Toon, do influenciador brasileiro Luccas Neto, era de 37,1 milhões, disponível em [https://www.YouTube.com/channel/UC\\_gV70G\\_Y51LTa3qhu8KiEA](https://www.YouTube.com/channel/UC_gV70G_Y51LTa3qhu8KiEA) (29.03.2022).

<sup>37</sup> Nesse sentido, veja-se o artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei 7/2004, de 7 de janeiro (Lei do Comércio Eletrónico).

<sup>38</sup> Nesse sentido, o próprio Relatório de transparência do YouTube afirma que “se o conteúdo violar a legislação local, bloquearemos localmente o material identificado como ilegal. Essa é a mesma abordagem que ado-

Consoante será demonstrado, a publicidade não sinalizada é vedada pelo ordenamento português, razão pela qual, caso verificada a ocorrência da prática em vídeos disponibilizados no país, é cabível a solicitação de remoção de conteúdo. A responsabilidade civil decorrente de eventuais danos causados pela publicidade não sinalizada, de igual forma, segue a legislação portuguesa pertinente ao tema.

## V. A PUBLICIDADE INFANTIL NÃO SINALIZADA E O ORDENAMENTO PORTUGUÊS

A Constituição da República Portuguesa (CRP) protege direitos dos consumidores, dentre os quais o direito à proteção dos interesses econômicos, à formação e educação para o consumo e à informação (artigo 60.º, n.º 1, CRP). No plano infraconstitucional, tais direitos encontram-se consagrados nos artigos 6.º a 9.º, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor – LDC)<sup>39</sup>.

O artigo 26.º, n.º 1, da CRP garante o direito ao desenvolvimento da personalidade, que abrange o direito a crescer<sup>40</sup> e livremente eleger um modo de vida<sup>41</sup>.

.....  
tamos com outras solicitações oficiais de remoção de conteúdo", disponível em [https://transparencyreport.google.com/netzdg/YouTube?hl=pt\\_BR](https://transparencyreport.google.com/netzdg/YouTube?hl=pt_BR) (29.01.2022). Segundo os "Termos de Utilização" do *YouTube*, "se residir no Espaço Económico Europeu ou na Suíça, o presente Contrato e a sua relação com o *YouTube* ao abrigo do presente Contrato serão regidos pelas leis do seu país de residência e quaisquer processos legais poderão ser intentados perante os seus tribunais locais", disponível em [https://www.YouTube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt&utm\\_source=blog&utm\\_campaign=rc\\_blogpost](https://www.YouTube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt&utm_source=blog&utm_campaign=rc_blogpost) (29.03.2022).

<sup>39</sup> ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., pp. 12.

<sup>40</sup> Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu acórdão em que reconhece que "a todos, incluindo os menores, é reconhecido o direito constitucional ao desenvolvimento da personalidade – artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa". Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de fevereiro de 2004, processo 7958/2003-1, <http://www.dgsi.pt>.

<sup>41</sup> ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., pp. 20.

O artigo 70.º do CC dispõe que a lei protege os indivíduos contra ofensas à sua integridade física ou moral, consagrando assim a tutela geral da personalidade. Conforme PAULO MOTA PINTO, “a consagração de uma tutela geral de personalidade [...] constitui, assim, meio de garantir o livre desenvolvimento da personalidade”<sup>42</sup>.

A infância e a adolescência são as fases da vida em que se constrói a personalidade<sup>43</sup>. Nessa etapa, os indivíduos buscam seguir padrões de comportamento dos grupos de que participam ou gostariam de participar. Nesse ponto, ficam claras as possíveis consequências nocivas da publicidade infantil. Aqueles indivíduos que não tiverem condições de adquirir os produtos que desejam podem sofrer considerável abalo psíquico e desvios comportamentais.

A correta identificação da publicidade é medida que pode atenuar tais efeitos deletérios, uma vez que os menores que já consigam distingui-la dos demais conteúdos mais facilmente poderão formar uma visão crítica sobre esse tipo de comunicação. A correta identificação da publicidade, portanto, concretiza o direito à informação dos consumidores, potenciando assim o livre desenvolvimento da personalidade<sup>44</sup>.

A proteção à infância e à juventude encontra-se consagrada nos artigos 69.º e 70.º da CRP, que preveem o direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado, com vistas ao seu desenvolvimento integral, assim como o direito dos jovens à efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais.

---

<sup>42</sup> PAULO MOTA PINTO apud FELIPE ARADY MIRANDA, “O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 10 (2000), pp. 11205.

<sup>43</sup> Nesse sentido, ANA CATARINA MAIA RIBEIRO, ob. cit., pp. 55.

<sup>44</sup> Segundo FELIPE ARADY MIRANDA, “não se pode garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autónoma”, ob. cit., pp. 11175.

Especificamente acerca da publicidade, a CRP proíbe a publicidade oculta, indireta ou dolosa (artigo 60.º, n.º 2, CRP).

No âmbito infraconstitucional, o artigo 7.º, n.º 4, da LDC, determina que a publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores.

Conforme artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, do Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro), considera-se publicidade “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”<sup>45</sup>.

Preconiza o artigo 1.º que o Código da Publicidade se aplica a quaisquer formas de publicidade, independentemente do suporte utilizado para sua difusão. Destarte, suas disposições são aplicáveis também à publicidade *online*, o que inclui vídeos produzidos por influenciadores digitais, independentemente da faixa etária a que se destinem.

O artigo 8.º do Código da Publicidade consagra o chamado princípio da identificabilidade, segundo o qual “a publicidade tem que ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”.

A tutela ao direito à informação do consumidor assenta-se no desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, já que este é, via de regra, melhor apetrechado e apoia-se em estruturas empresariais. Ademais, os fornecedores conhecem os produtos que colocam no mercado, ao passo que os

.....  
<sup>45</sup> A teor do mesmo dispositivo, considera-se ainda publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública que tenha por objetivo, direto ou indireto, promover o fornecimento de bens ou serviços.

consumidores se encontram, à partida, na posição passiva de meros receptores, justamente porque desinformados<sup>46</sup>.

Assim, o direito à informação revela-se um dos principais meios de proteção dos consumidores contra práticas nocivas de mercado, sendo um dos pilares das políticas de defesa dos consumidores e um dos temas mais relevantes do Direito do Consumidor da atualidade<sup>47</sup>. Quando se trata de publicidade, aplica-se a mesma lógica, vez que anunciantes e demais intervenientes na veiculação desse tipo de comunicação encontram-se, via de regra, em posição privilegiada quando comparada à do consumidor.

Tal obrigatoriedade de identificação submete as várias formas de *marketing* de influência veiculado em plataformas digitais, seja ou não destinado ao público infantil. Ocorre que, ainda que se tenha presente o conceito dado pelo artigo 3.º do Código da Publicidade, pode surgir alguma dificuldade prática em se identificar se determinado conteúdo é ou não publicidade, dada a ambiguidade inerente a esse tipo de *marketing*.

Em caso de dúvida, deve-se verificar a natureza da relação entre o influenciador e a marca (ou anunciante) em questão. Caso exista relação comercial entre eles, entendida esta como “qualquer ligação entre uma marca e um influenciador que inclua compensação financeira ou outro tipo de benefícios”<sup>48</sup>, trata-se de publicidade, a atrair o regramento aplicável.

.....  
<sup>46</sup> LUIS MIGUEL SIMÃO DA SILVA CALDAS, “Direito à informação no âmbito do direito do consumo – o caso específico das cláusulas contratuais gerais”, in *Julgaz*, n.º 21, 2013, pp. 02 (29.01.2022).

<sup>47</sup> LUIS MIGUEL SIMÃO DA SILVA CALDAS, ob. cit., pp. 03.

<sup>48</sup> *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, da Direção-Geral do Consumidor, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx> (29.01.2022).

Nesse sentido, o “Guia informativo sobre regras e boas práticas na comunicação comercial no meio digital”<sup>49</sup>, editado pela Direção-Geral do Consumidor (DGC), esclarece que a publicação será considerada comercial não apenas quando implique o pagamento de um valor monetário da marca ao influenciador, como também quando inclua “[...] a oferta de produtos com ou sem quaisquer condições, como seja, presente, brindes, amostras, serviços, convites para viagens, eventos, refeições, estadias, experiências, descontos, sorteios, empréstimo de artigos ou outros benefícios, mesmo que não exista uma compensação financeira”, e ainda quando “o conteúdo promove produtos ou serviços específicos e contém links ou códigos de desconto”<sup>50</sup>.

Em casos tais, há relação comercial entre influenciador e anunciante – entendido como a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do Código da Publicidade – e, em consequência, “essa relação tem de ser sempre identificada de forma clara e inequívoca, no início da publicação”, de forma a “garantir que o consumidor perceba imediatamente que está perante um conteúdo comercial”<sup>51</sup>.

Por conseguinte, a ausência de identificação do conteúdo caracteriza a publicação como publicidade oculta ou dissimulada, prática expressamente vedada pelo artigo

<sup>49</sup> *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, da Direção-Geral do Consumidor, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx> (29.01.2022).

<sup>50</sup> *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, da Direção-Geral do Consumidor, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx> (29.01.2022).

<sup>51</sup> *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, da Direção-Geral do Consumidor, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx> (29.01.2022).

9.º do Código da Publicidade. O dispositivo, em seu n.º 1, enuncia que *“é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”*.

Em se tratando de *marketing* de influência dirigido ao público infantil, estão presentes a um só tempo a ambiguidade da mensagem publicitária e o reduzido entendimento da mensagem, dada a falta de maturidade das crianças, o que vem maximizar os possíveis efeitos danosos da ausência de identificação.

O artigo 10.º do Código da Publicidade enuncia o princípio da veracidade, segundo o qual *“a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”*, sendo que as afirmações relativas aos bens e produtos publicitados devem ser exatas e comprováveis, isto é, passíveis de prova perante as instâncias competentes. E, como manifestação do referido princípio, o artigo 11.º proíbe *“toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”*, vedando comunicação publicitária total ou parcialmente falsa e, ainda, aquela que induza ou seja suscetível de induzir em erro o destinatário do anúncio.

Já o artigo 14.º dispõe que a publicidade especialmente dirigida a menores *“deve ter sempre em conta sua vulnerabilidade psicológica”*.

Restrição relevante imposta pelo Código da Publicidade encontra-se disposta no artigo 15.º, o qual prevê que *“a publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente, sendo admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designada-*

mente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão”.

Parece factível invocar o dispositivo em comento para coibir casos de *unboxing* que não se amoldem aos requisitos nele previstos. Sublinha-se a potencial dificuldade prática em se comprovar que o depoimento do influenciador é “genuíno”, tal como exige o dispositivo, pois, em tais casos, o suposto testemunho do influenciador dificilmente será totalmente livre, visto que sua razão de ser é justamente a relação comercial entre ele e o anunciante.

Em importante alteração, a Lei n.º 30/2019, de 23 de Abril, veio modificar o Código da Publicidade da Publicidade – mediante inclusão dos artigos 20.º-A e 20.º-B, e modificação dos artigos 34.º e 40.º – para introduzir “restrições à publicidade dirigida a menores de 16 anos de géneros alimentícios e bebidas que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados”. As alterações têm por base “[...] limites que seguem as recomendações da Organização Mundial da Saúde e a legislação da União Europeia, bem como a mais recente evidência científica”<sup>52</sup>.

Quanto à responsabilidade civil por infrações ao Código da Publicidade, o artigo 30.º, n.º 1 estabelece que são solidariamente responsáveis por prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas, anunciantes, profissionais, agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respectivos concessionários<sup>53</sup>. Consoante o n.º 2 do mesmo

<sup>52</sup> Disponível em <https://www.dgs.pt/em-destaque/definido-o-perfil-dos-alimentos-e-bebidas-com-publicidade-restrita-a-menores-de-16-anos.aspx> (29.01.2022).

<sup>53</sup> Prevê o artigo 36.º do Código da Publicidade que “São punidos como agentes das contraordenações previstas no presente diploma o anunciante,



dispositivo, os anunciantes eximem-se da responsabilidade caso provem não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

Indaga-se, assim, se tal solidariedade abrangeria anunciante, influenciador e plataforma digital em que disponibilizada a publicidade ilícita.

Quanto a essa questão, a Lei do Comércio Eletrónico (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro<sup>54</sup>) estabelece, em seu artigo 12.º, a “ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviço”, donde a princípio poderia se extrair que “[...] não há responsabilidade dos prestadores de serviço em rede sobre as informações que transmitem ou armazenam”<sup>55</sup>.

Por outro lado, o artigo 16.º, n.º 1, do mesmo diploma dispõe que o prestador do serviço de armazenagem em servidor “[...] só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”. Estabelece ainda o n.º 2 do mesmo artigo que “há responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação”.

Mais adiante, no entanto, a Lei do Comércio Eletrónico prevê que “nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, devem ser claramente identi-

.....  
o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a actividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respectivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”.

<sup>54</sup> O referido Decreto-Lei transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

<sup>55</sup> ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., pp. 30.

cados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum: a) a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva" (artigo 21.º, a). Parece, portanto, razoável entender que cabe ao *YouTube* zelar para que os vídeos que disponibiliza sejam devidamente identificados quando veicularem publicidade.

Analisando-se as mencionadas disposições da Lei do Comércio Eletrônico, parece haver argumentos em ambas as direções, isto é, tanto a favor como contra a possibilidade de responsabilização da plataforma pelo conteúdo ilícito disponibilizado.

Entende-se, contudo, que não seria legítimo eximir a plataforma digital de responsabilidade pelo conteúdo ilícito veiculado, ao menos no contexto específico da publicidade<sup>56</sup>.

Em que pesem as disposições contidas nos artigos 12.º e 16.º da Lei do Comércio Eletrônico, que parecem isentar as plataformas de responsabilidade, não se pode negar vigência ao artigo 30.º, n.º 1, do Código da Publicidade, que estabelece a responsabilidade solidária das "agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a actividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados". Cabe ressaltar que, em matéria de publicidade, o Código da Publicidade pode ser considerado lei especial em relação à Lei do Comércio Eletrônico, de forma que não há que se falar em revogação do primeiro pelo segundo (artigo 7.º, n.º 3, CC).

Entende-se, portanto, que o anunciante, influenciador e plataforma são solidariamente responsáveis pelo conteúdo publicitário divulgado<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> No mesmo sentido, ANA RITA ARAÚJO CORREIA, ob. cit., p. 34.

<sup>57</sup> Quanto aos influenciadores, entende-se que possuem papel equiparável às agências de publicidade, dado que promovem a veiculação da comunicação comercial. Também no sentido da possibilidade de responsabilização dos influenciadores, *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, da

Acrescente-se que o artigo 34.º do Código da Publicidade estabelece que infracções ao disposto no referido diploma constituem contra-ordenações, puníveis com as coimas que estabelece<sup>58</sup>.

Cabe ainda analisar a questão sob a ótica das práticas comerciais desleais. Prevista, a nível comunitário, na Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, e transposta para o ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (Lei das Práticas Comerciais Desleais – LCPD), o diploma dispõe sobre as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, ocorridas antes, durante ou depois de uma transação comercial relativa a bens ou serviços.

A LCPD considera prática comercial “qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor” (artigo 3.º, d). A definição, bastante abrangente, é expressa ao englobar a publicidade. Cabe indagar, portanto, se a publicidade não sinalizada, veiculada pela via do *unboxing*, pode vir a configurar prática comercial desleal.

Nesse sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM entende que a alínea z)<sup>59</sup> do artigo 8.º da LPCD consagra expressamente a publicidade dissimulada veiculada por influenciadores como prática comercial desleal, afirmando que “a finalidade pro-

.....  
Direção-Geral do Consumidor, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx> (29.01.2022), p. 5.

<sup>58</sup> Embora o Código da Publicidade da Publicidade traga os valores das coimas em escudos, o Decreto-Lei n.º 323/01 de 17 de dezembro veio converter, em todos os diplomas legais, os valores expressos em escudos para euros.

<sup>59</sup> A anterior alínea ab) do artigo 8.º da LPCD foi redesignada pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, passando a estar prevista na alínea z), sem alteração de texto.

mocional da comunicação comercial dissimula-se através do apelo a sentimentos, aproveitando relações de proximidade com os destinatários, nomeadamente quando os anúncios retratam situações quotidianas dos influenciadores digitais, onde se integram determinados produtos ou serviços. A hipótese tem hoje consagração expressa na alínea ab) do artigo 8.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância 'alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor'<sup>60</sup>.

Dado que o *marketing* de influência se caracteriza justamente pela ambiguidade da mensagem publicitária, não é difícil imaginar situações em que o influenciador, ao deixar de sinalizar devidamente a publicidade, passe a impressão de que não está a agir para os fins relacionados com sua atividade comercial, tal como prevê o dispositivo.

De igual forma, é bastante factível a hipótese de o influenciador se apresentar falsamente como consumidor. Imagine-se, por exemplo, um caso de *review* não devidamente sinalizado como publicidade. O próprio formato de *review* traz consigo a ideia de que o influenciador utilizou o produto, de modo a lhe ser possível emitir opinião sobre o mesmo. Assim, ainda que o uso tenha ocorrido apenas no momento da gravação do vídeo divulgado, entende-se ser suficiente para transmitir a aparência de que se trata de um real consumidor do produto em questão.

Ainda quanto ao referido artigo 8.º da LPCD — no qual se insere a mencionada alínea z) —, cumpre referir que o dispositivo transpõe a chamada “lista negra” disposta no Anexo I da diretiva comunitária, a qual estabelece um conjunto de

<sup>60</sup> ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação”, in *Estudos de direito do consumidor*, n.º 14 (2018), pp. 44 e 45.

práticas comerciais que são consideradas desleais em qualquer circunstância.

Em termos práticos, caso determinada prática não se encontre prevista na “lista negra”, cabe ao intérprete verificar se a mesma pode ser qualificada como enganosa ou agressiva<sup>61</sup>, nos termos dos artigos 7.º, 9.º e 11.º da LPCD, e, se a resposta for negativa, cabe ainda verificar se se enquadra na definição constante do artigo 5.º.

No caso das práticas previstas na “lista negra”, não tem de ser estabelecido “[...] em concreto, nenhum vínculo causal entre a prática e a distorção do comportamento do consumidor”<sup>62</sup>, uma vez que a referida lista visa proteger todos os consumidores, e não o dito consumidor médio.

Especificamente quanto à publicidade dirigida ao público infantil, o artigo 6.º, a), LPCD, proíbe especificamente “as práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo claramente identificável de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção”.

Nesses casos, para fins de avaliação do impacto da prática comercial, devem ser consideradas as características da pessoa média desse grupo, e não o consumidor médio de forma geral<sup>63</sup> – destoando assim, da diretriz geral do diploma<sup>64</sup>.

.....  
<sup>61</sup> Nesse sentido, SANDRA PASSINHAS, “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, in *Estudos de direito do consumidor*, n.º 13 (2017), p. 133.

<sup>62</sup> SANDRA PASSINHAS, ob. cit., p. 33.

<sup>63</sup> Nesse sentido: LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B29c2d451-b398-486b-9842-a5cad254e869%7D.pdf>, p. 429 (29.01.2022).

<sup>64</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 427.

Para que o referido artigo 6.º, a) seja aplicável, entretanto, exige-se que o grupo de consumidores seja perfeitamente identificável, bem assim que o profissional pudesse razoavelmente ter previsto a distorção no comportamento daquele grupo<sup>65</sup>.

Uma vez configurada a prática comercial desleal, há margem para aplicação de diversas sanções. Assim como o Código da Publicidade, a LPCD qualifica as práticas comerciais desleais como contraordenações (artigo 21.º). Ademais, considera anuláveis os contratos celebrados mediante tais práticas, determinando que as mesmas podem gerar a responsabilidade civil do infrator por danos ao consumidor (artigo 15.º).

## VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o ordenamento português não proíba genericamente a publicidade dirigida ao público infantil, não restam dúvidas, à luz da legislação vigente, de que esta deve ser devidamente sinalizada.

Em conclusão ao presente estudo, entende-se que seria desejável a vedação da publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos, dada a ausência de discernimento suficiente sequer para distinguirem a publicidade do restante conteúdo. Tal solução já é adotada em outros países<sup>66</sup> e entende-se estar alinhada com a proteção dos direitos fundamentais das crianças, visto que submetê-las à publicidade antes mesmo que adquiram discernimento suficiente para distingui-la parece desconsiderar os riscos que essa prática oferece ao desenvolvimento das crianças.

<sup>65</sup> SANDRA PASSINHAS, ob. cit., pp. 169-170.

<sup>66</sup> Para um panorama das vedações relativas à veiculação de publicidade infantil em diferentes países, ver *Por que a publicidade faz mal para as crianças*, Instituto Alana, disponível em <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf> (30.03.2022)

Tais riscos não são poucos, nem de pouca relevância: “*bullying* de marca”, exclusão social, consumismo, conflitos familiares, sensação de infelicidade extrema e possibilidade de entrada na criminalidade por meio do furto ou roubo são alguns deles. Submeter crianças a tais riscos parece atentar contra sua própria dignidade e direitos fundamentais mais básicos, já que nem mesmo a educação para os *media* pode ser efetiva quando se trata de indivíduos em estágio tão inicial de compreensão de aspectos da realidade que os cerca, quanto mais da publicidade, seus possíveis efeitos nocivos, e a forma de se proteger deles.

Tal quadro é ainda agravado quando se trata do *unboxing* e demais modalidades do *marketing* de influência, uma vez que nesses casos a comunicação publicitária é propositadamente ambígua, misturada a elementos de entretenimento, sendo de difícil identificação até mesmo por adultos. Vale dizer, caso não identificado como publicidade, o *marketing* de influência tem grande potencial de ser ainda mais nocivo às crianças do que as demais formas de comunicação publicitária, uma vez que há grandes chances de que mesmo as crianças que já consigam distinguir a publicidade do restante conteúdo não logrem fazê-lo nesse caso, dada a ambiguidade envolvida nesse tipo de comunicação.

À parte de tal conclusão, entende-se de expressiva importância a tomada de medidas contra a publicidade infantil não sinalizada, a qual, como demonstrado, já é proibida em Portugal. Nesse sentido, o Código da Publicidade determina que toda publicidade deve ser identificada como tal, independentemente do suporte utilizado.

Já o regime das práticas comerciais desleais parece fornecer elementos suficientes para que se considere a publicidade *online* não sinalizada, veiculada por influenciadores,

como prática comercial desleal, e portanto sujeita às sanções inerentes a esse regime.

Em ambos os casos – violação ao Código da Publicidade da Publicidade e também à LPCD –, as condutas lesivas dos direitos dos consumidores configuram contraordenações, puníveis com coimas e sanções acessórias, passíveis de gerar responsabilidade civil tanto do influenciador, como do anunciante e da plataforma digital por eventuais danos causados aos consumidores. Acrescente-se ainda que, no regime do Código da Publicidade, tal responsabilidade é também solidária. Vale lembrar, ainda, que é possível solicitar extrajudicialmente à plataforma que veicular o conteúdo ilícito, a sua imediata remoção, sem prejuízo das demais medidas judiciais cabíveis.

Em vista do exposto, conclui-se que a questão do combate à publicidade infantil não sinalizada e veiculada pela via do *marketing* digital, é, antes de mais, uma questão de proteção da dignidade humana e direitos fundamentais básicos das crianças, sendo desejável a conscientização da sociedade quanto a seus efeitos deletérios. Tal conscientização, acredita-se, pode funcionar como um passo na direção de uma maior e mais efetiva aplicação da legislação já existente, propiciando assim seu desenvolvimento em condições mais condizentes com a observância de seus direitos.





# O CONCEITO DE “CONSUMIDOR MÉDIO” NO DIREITO EUROPEU DO CONSUMIDOR\*

*Sara Fernandes Garcia\*\**

## **SUMÁRIO**

1. Considerações introdutórias. 2. O “consumidor médio” no regime das práticas comerciais desleais”. 3. A generalização do conceito 4. O “consumidor médio” na jurisprudência do TJUE. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas. Lista de jurisprudência.

## **RESUMO**

O presente estudo incide sobre a definição de “consumidor médio” no Direito europeu do consumidor, e, em especial, no âmbito do regime das práticas comerciais desleais, através da apresentação dos seus elementos constitutivos, à luz da densificação operada pela jurisprudência do TJUE.

.....

\* A versão original deste artigo foi apresentada para avaliação, no âmbito da Pós-Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que decorreu de janeiro a junho de 2021.

\*\* Licenciada e Mestre em Direito Público pela NOVA School of Law. Pós-Graduada em Direito dos Contratos e do Consumo pelo Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Árbitra no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve (CIMAAL) e no Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (CASA). Investigadora no NOVA Consumer Lab. E-mail: saragarcia.150@gmail.com

## **PALAVRAS-CHAVE**

consumidor médio; Direito europeu do consumidor; práticas comerciais desleais

## **ABSTRACT**

The present study focuses on the definition of “average consumer” in european consumer law, and in particular in the context of the unfair commercial practices regime, by presenting its constitutive elements in light of the densification operated by the jurisprudence of the CJEU.

## **KEYWORDS**

average consumer; european consumer law; unfair commercial practices

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Com vista a assegurar o funcionamento do mercado interno como um espaço de livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais (artigo 26.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia), a União deve adotar disposições legislativas que garantam um elevado nível de proteção dos consumidores (artigo 114.º e artigo 169.º do TFUE).

A criação de um quadro normativo comum de proteção dos consumidores desenvolve-se, em primeira linha, como um instrumento ao serviço da integração económica, visando atenuar os potenciais desequilíbrios concorrenciais e reforçar a confiança nas transações comerciais<sup>1</sup>. Esta funcionalização à construção do mercado único é um traço identitário de origem que invariavelmente acompanha as escolhas do legislador.

Neste contexto, na Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais (PCD) das empresas face aos consumidores no mercado interno, elege-se o "consumidor médio" como padrão para aferir a suscetibilidade de uma prática comercial distorcer o comportamento económico do consumidor visado.

Esta solução assenta na importação de um critério de referência, usado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), na resolução de questões de natureza concorrenciais, prestando-se a amplas críticas, desde logo pelo seu carácter desajustado em face da necessidade

---

<sup>1</sup> GERAINT HOWELLS, "The Scope of European Consumer Law", *European Review of Contract Law* 3 (2005), p. 370, "Certainly it inhibits the development of an autonomous consumer protection policy and when consumer policy comes up against internal market policy the impression is that the consumer interest is overwhelmed by the imperative of opening up European markets".

corretiva dos desequilíbrios contratuais<sup>2</sup>, que serve de suporte axiológico ao Direito do Consumo.

Volvidos alguns anos desde a codificação, o “consumidor médio” reemerge, na Proposta de Regulamento Serviços Digitais, apresentada no final de 2020, com uma vocação similar – a de servir de padrão de referência para aferir a suscetibilidade de indução em erro – circunstância que convida a uma revisitação do conceito.

No presente ensaio, propomos um estudo da definição de “consumidor médio” no âmbito do regime das práticas comerciais desleais, com a apresentação dos seus elementos constitutivos, de acordo com a densificação operada pelo TJUE, culminando com uma análise crítica do conceito.

## 2. O “CONSUMIDOR MÉDIO” NO REGIME DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

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, é uma diretiva-quadro, de harmonização máxima, que assenta em três níveis de proteção<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2019, p. 46, refere-se à “(...) necessidade de proteção do consumidor, em virtude da existência de uma relação desequilibrada entre consumidor e profissional, por se pressupor que este último dispõe, por um lado, de mais e melhor informação – não só técnica, mas também jurídica – no que respeita ao negócio em causa, e por outro lado, de uma capacidade financeira superior”. Neste sentido. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 38.

<sup>3</sup> A Diretiva pretende abarcar, num só instrumento normativo, toda a matéria relativa às práticas comerciais desleais, sendo que o próprio conceito de prática comercial é muito amplo, englobando atos que ocorram antes, durante ou depois de uma transação comercial. GERAINT HOWELLS *et alii*, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, Department of Trade and Industry, 2005, p. 1, “The Directive

O regime contempla uma cláusula geral com uma proibição genérica relativamente a práticas comerciais desleais, duas cláusulas concretizadoras que integram as duas modalidades de práticas mais comuns – as práticas comerciais enganosas (por ação ou omissão) e as práticas comerciais agressivas – e um elenco fechado de práticas proibidas em qualquer circunstância<sup>4</sup>.

O artigo 5.º, n.º 2, que estabelece a cláusula geral do regime, determina que uma prática comercial é considerada desleal uma vez preenchidos dois requisitos cumulativos. Assim, é necessário que seja contrária às exigências relativas à diligência profissional e, simultaneamente, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

Para este efeito, entende-se que haverá *distorção do comportamento económico do consumidor* quando a utilização de uma prática comercial prejudique sensivelmente a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, conforme resulta do artigo 2.º, e).

Destarte, não basta que a prática exerça uma mera influência na atuação do consumidor. Exige-se, antes, que interfira substancialmente no seu processo formativo da vontade,

.....  
is designed to fill in the gaps left by the various sector-specific harmonization measures and forms a major contribution to the internal market".

<sup>4</sup> Criticando a utilização de cláusulas gerais, FERNANDO GÓMEZ POMAR, "The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective", *Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2006), p. 14. "The drafter and promoters (...) are confident, perhaps too confident, in the use of general clauses (...) capable of being adapted to the case-specific circumstances by the interpreter".

afetando, ou o elemento intelectual – através da transmissão de informação errada (*ação enganosa*) ou da ocultação de dados essenciais (*omissão enganosa*) – ou o elemento volitivo, afetando a sua liberdade de decisão (*prática agressiva*)<sup>5</sup>.

O conceito de “consumidor médio” surge, neste domínio, como modelo de referência, aplicável no âmbito da cláusula geral e das cláusulas relativas às práticas enganosas e agressivas<sup>6</sup>.

Assim, perante uma prática potencialmente desleal, o intérprete-aplicador deve averiguar se esta é capaz de distorcer não o comportamento do consumidor, destinatário individual da atuação, na situação concreta, mas antes o comportamento de um consumidor médio colocado nessa posição<sup>7</sup>.

.....  
<sup>5</sup> Cfr. SARA FERNANDES GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pela Regime Português*, polic., Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014, p. 64. Também neste sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O regime das práticas comerciais desleais (no contexto mais amplo do ordenamento jurídico): o diálogo com os regimes específicos de proteção do consumidor e com o regime dos vícios da vontade”, *Estudos de Direito do Consumidor* 13 (2017), p. 75-77.

<sup>6</sup> A Diretiva das Práticas Comerciais Desleais foi transposta para a ordem jurídica interna, através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Acontece que, enquanto na Diretiva o conceito de consumidor médio se enquadra na cláusula geral, na versão portuguesa, encontramos a matéria regulada, no artigo 6.º, a), no âmbito das práticas comerciais desleais em especial, num patamar autónomo, o que nos parece uma transposição infeliz. No mesmo sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2012, p. 210 “(...) parece-nos que estas práticas ainda se integram no primeiro nível, o das práticas comerciais desleais em geral, uma vez que não se especifica uma categoria de práticas, mas apenas se determina uma atenuação dos requisitos em função dos seus destinatários”. Em sentido contrário, ASSUNÇÃO CRISTAS, “Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE”, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2007, p. 146.

<sup>7</sup> A técnica que consiste em recorrer a um padrão deontico, para comparar o comportamento adotado pelo sujeito, no caso concreto, com a conduta esperada, é já sobejamente conhecida no Direito Civil. A título de

Na Diretiva das PCD procede-se, assim, a uma dupla delimitação subjetiva do seu âmbito de aplicação. Por um lado, o artigo 3.º, n.º 1 circunscreve o regime à típica relação de consumo, de acordo com os conceitos de "consumidor" e "profissional" consagrados no artigo 2.º, a) e b). Por outro, através do recurso ao padrão metrológico de mediania na aplicação das cláusulas, restringe o escopo do regime, protegendo somente os agentes que apresentam as características do consumidor médio<sup>8</sup>.

Assim, fora deste padrão normativo ficam os mais ingénuos, distraídos e incautos, ou seja, os consumidores que tendencialmente são mais suscetíveis de sofrer distorções comportamentais em virtude de uma prática comercial desleal e que, em abstrato, careceriam de um nível de proteção reforçado<sup>9</sup>.

No entanto, o regime procura temperar esta rigidez com uma norma orientada para salvaguardar a posição dos consumidores particularmente vulneráveis a certas práticas ou produtos, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade<sup>10</sup>.

.....  
 exemplo, o artigo 487.º, n.º 2 do Código Civil determina que, para efeito de responsabilidade extracontratual, a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

<sup>8</sup> Nesse sentido, MATEJA DJUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 25, "The Directive contains two definitions of a consumer whose function and purpose materially differ. The first definition explains what kind of person is considered a subject for whom protection is provided under the legal regime established by the Directive, ie the scope of application of the Directive *rationae personae*. The second definition clarifies what a consumer is, as a benchmark of the UCPD, for the assessment of the fairness of a commercial practice".

<sup>9</sup> JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual...*, cit., p. 139, preconiza que "Os consumidores com menos competência e cuidado não são protegidos de forma adequada (...), por não ter sido tido em conta o seu comportamento económico face à prática comercial, o que revela a insuficiência do conceito para proteção de uma parte significativa das pessoas".

<sup>10</sup> De acordo com as Orientações sobre a aplicação da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, SWD (2016) 163 final, de 25.5.2016, o elenco é meramente indicativo.



Conforme resulta do artigo 5.º, n.º 3, nestes casos, as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Para o efeito, exige-se, primeiramente, que o grupo seja perfeitamente identificável e que o profissional pudesse razoavelmente ter previsto a possibilidade de distorção do comportamento económico, o que torna a aplicação desta norma particularmente custosa, em comparação com o regime geral<sup>11</sup>.

A inclusão do conceito de “consumidor médio” não foi uma opção pacífica no processo legislativo que conduziu à aprovação da Diretiva<sup>12</sup>. Numa fase inicial, na proposta apresentada pela Comissão, o “consumidor médio” chegou mesmo a constar do elenco das definições<sup>13</sup>. Porém, após discussão, a definição acabou por ser eliminada do articulado e passou

<sup>11</sup> Cfr. BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Un-fair Commercial Practices Directive*, Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 5, Springer, 2015, p. 25.

<sup>12</sup> De acordo com o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, COM(2003) 356 final – 2003/0134, de 30.4.2004, ponto 3.6, este órgão consultivo receava que o uso do conceito implicasse que a política de defesa do consumidor perdesse a sua natureza protetora e que, sem prejuízo para a atenção especial que a proposta dedicava aos grupos mais vulneráveis, existia o risco de os consumidores menos informados ou os que tivessem um nível de ensino mais baixo ficassem desprotegidos.

<sup>13</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, COM (2003) 356 final, de 18.6.2003, p. 10, ponto 35, “O artigo inclui ainda uma noção de «consumidor médio», que remete para um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, estabelecida como referência pelo TJUE”, com o fito de “(...) garantir que no momento da avaliação do impacto de uma prática comercial que se destine a um determinado grupo de consumidores, as características da pessoa média deste grupo sejam tomadas em consideração na avaliação do impacto da prática em questão”.

a figurar dos considerandos. Tal opção foi, depois, justificada pela Comissão que indicou temer que a cristalização normativa do conceito pudesse impedir a sua posterior evolução<sup>14</sup>.

Assim, como enuncia o considerando 18, "de acordo com o princípio da proporcionalidade, e a fim de possibilitar a aplicação efetiva das proteções previstas na mesma, a presente diretiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais".

Clarifica-se ainda que "o critério do consumidor médio não é estatístico" e que "os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso".

De acordo com a Comissão, a codificação do conceito visou proporcionar aos tribunais e autoridades nacionais critérios comuns para aumentar a segurança jurídica e reduzir a possibilidade de avaliações divergentes<sup>15</sup>.

Ainda que o critério deva basear-se no princípio da proporcionalidade, de molde a assegurar um elevado nível de

<sup>14</sup> Comunicação ao Parlamento Europeu relativa à posição comum do Conselho sobre a adoção de uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, COM (2004) 753 final, de 16.11.2004, p. 3.

<sup>15</sup> Criticando a opção do legislador, MARÍA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER, "O Consumidor de referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Comissão Organizadora: Rui Pinto Duarte, Marta Tavares de Almeida, Assunção Cristas, José Lebre de Freitas, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, p. 547.

defesa dos consumidores, cumprindo o desiderato do artigo 114.º do TFUE, é necessário interpretá-lo tendo em conta a construção do mercado único. Nesse sentido, a Comissão esclarece que as medidas nacionais que proibam afirmações que induzam apenas em erro um consumidor muito crédulo, ingénuo ou apressado são encaradas como entraves à liberdade de concorrência<sup>16</sup>.

Ora, no âmbito da avaliação legislativa sobre a aplicação da Diretiva das PCD, divulgada em 2017 – *Fitness Check of EU consumer and marketing law* – a utilização prática do conceito de “consumidor médio” foi um dos aspetos abordados, espelhando uma grande diversidade de experiências<sup>17</sup>.

O relatório apresentado dá conta de que, em alguns Estados-Membros (Áustria, Bulgária, Alemanha, Itália, Letónia, Lituânia, Países Baixos e Suécia), o critério do “consumidor médio” teve bom acolhimento e não foram relatados problemas na sua aplicação por parte das autoridades administrativas e dos tribunais<sup>18</sup>.

.....  
<sup>16</sup> De acordo com as Orientações sobre a aplicação da Diretiva relativa às práticas comerciais desleais, SWD (2016) 163 final, de 25.5.2016.

<sup>17</sup> Para além da Diretiva das PCD, o *Fitness Check* incidiu sobre a Diretiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, sobre a 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, sobre a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de fevereiro de 1998 relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, sobre a Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa e sobre a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores. O estudo de avaliação abrangeu os 28 Estados-Membros, assegurando uma representação equilibrada das autoridades, empresas e associações de consumidores.

<sup>18</sup> *Cfr. Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law – Final Report – Part 1*, p. 40 (tradução nossa).

De resto, destaca-se que o recurso ao conceito, em consonância com a jurisprudência do TJUE, contribuiu mesmo, em alguns casos, para alterar o modelo de referência usado na interpretação da legislação nacional, ultrapassando critérios mais rígidos, anteriormente vigentes<sup>19</sup>.

Não obstante, verificou-se que noutros ordenamentos jurídicos (Croácia, Estónia, Dinamarca, Grécia, Malta), as autoridades e os tribunais não estão familiarizados com o conceito, existindo poucos exemplos de jurisprudência ou de decisões administrativas relevantes nesse domínio, com recurso ao critério<sup>20</sup>.

Os resultados da consulta pública evidenciam, ainda, opiniões muito divergentes quanto à avaliação geral da adequação da referência, sendo que a maioria das organizações empresariais tende a concordar com a sua utilização e a generalidade das autoridades públicas e associações de consumidores se revelam contrárias ao conceito, assumindo preferência pela sua revisão<sup>21</sup>.

.....  
<sup>19</sup> De acordo com o *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law – Final Report – Part 1*, p. 41, tradicionalmente, no Direito polaco, os consumidores médios eram frequentemente vistos como não cuidadosos e esquecidos, a lei austríaca também protegia os consumidores descuidados e, na Alemanha, historicamente, o modelo de consumo aplicado baseava-se num consumidor acrítico e superficial, sendo que, se 10-15% dos consumidores fossem induzidos em erro, isto era considerado suficiente para considerar uma prática comercial como enganosa (*tradução nossa*).

<sup>20</sup> *Cfr. Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law – Final Report – Part 1*, p. 41, o relatório nacional francês concluiu que alguns entrevistados indicaram que o conceito é aplicado no país de uma forma flexível e bastante protetora, enquanto outros entrevistados, sobretudo organizações de consumidores, consideram que a aplicação tem sido bastante rígida (*tradução nossa*).

<sup>21</sup> *Cfr. Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law – Final Report – Part 1*, p. 41. Enquanto a maioria das organizações empresariais (70%) ou "tendia a discordar" ou "discordava fortemente" da afirmação de que "a noção de "consumidor médio" deveria ser revista/atualizada", a maioria das autoridades públicas (68%) e associações de consumidores (70%) ou "concordava fortemente" ou "tendia a concordar" com a necessidade de uma revisão (*tradução nossa*).

No caso particular da Dinamarca, a organização de consumidores *Danish Consumer Council* criticou fortemente o uso do conceito, considerando que o consumidor médio na vida real não está razoavelmente bem informado nem é medianamente observador e circunspecto, até porque enfrenta, regularmente, restrições de tempo. Nesse sentido, defendeu que muitas regras de proteção do consumidor beneficiam principalmente os consumidores “mais fortes” e não os consumidores mais vulneráveis que precisam efetivamente de ser salvaguardados, sugerindo que deve ser aplicado um padrão mais protetor<sup>22</sup>.

Entre nós, a utilização do conceito também gera controvérsia<sup>23</sup>. De resto, perante litígios relativos a bens baratos e de consumo em massa, a jurisprudência nacional tem definido o “consumidor médio” como *apressado* e *distraindo*, tendo em conta o grupo populacional visado, o que dificilmente se coaduna com o nível de exigência consagrado pelo TJUE<sup>24</sup>.

Mesmo reconhecendo as críticas ao conceito, no âmbito das recomendações do relatório opta-se claramente pela sua manutenção, concluindo que a referência do “consumidor médio” permite, na prática, um grau significativo de flexibilidade na sua aplicação, o que pode revelar-se benéfico para os consumidores<sup>25</sup>.

.....  
<sup>22</sup> Cfr. *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law – Final Report – Part 1*, p. 41 (tradução nossa). Na mesma senda, algumas associações de consumidores da República Checa, Itália, Malta, Países Baixos, Polónia, Eslovénia também manifestaram preocupações quanto ao conceito e o BEUC coloca em causa que este seja apropriado para servir de padrão de proteção do consumidor.

<sup>23</sup> JORGE PEGADO LIZ, “A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* 44 (2005), p. 77, considera o conceito de consumidor médio uma utopia e alerta para o risco de basear a política de proteção dos consumidores numa ficção.

<sup>24</sup> Cfr. *Study to Support the Fitness Check of EU Consumer law – Country Report – Portugal*, p. 937.

<sup>25</sup> Cfr. *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law – Final Report – Part 1*, p. (tradução nossa). Em contrapartida, a referência do

De resto, na recente revisão do regime das práticas comerciais desleais, o critério do "consumidor médio" não foi objeto de atualização<sup>26</sup>.

### 3. A GENERALIZAÇÃO DO CONCEITO

No regime das PCD, o "consumidor médio" surgiu, pela primeira vez, como um critério sistematizado. A noção foi, posteriormente, incorporada, em previsões isoladas, no artigo 35.º, n.º 1 do Regulamento n.º 169/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os géneros alimentícios, e no artigo 5.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1924/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos.

Recentemente, no quadro da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais), que altera a Diretiva sobre o comércio eletrónico<sup>27</sup>, o concei-

.....  
consumidor vulnerável é considerada de relevância limitada, na prática, e não há provas de que esta disposição tenha beneficiado os consumidores. Os tribunais nacionais e as autoridades de execução tendem a aplicar o critério do consumidor médio e há também poucas indicações de que novas categorias de consumidores vulneráveis não listadas na Diretiva (tais como pobres/endividados) tenham sido reconhecidas pela prática administrativa ou pela jurisprudência.

<sup>26</sup> A Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, veio alterar a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores – Diretiva *Omnibus*.

<sup>27</sup> Apresentada a 15 de dezembro de 2020 juntamente com a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), integrando o pacote legislativo relativos aos serviços digitais (*Digital Services Package*). No dia 5 de julho de 2022, o Parlamento Europeu procedeu à votação final do Regulamento Serviços Digitais e do Regulamento

to voltou a ser usado no artigo 5.º, n.º 3, como critério para aferir se o modo como a informação é apresentada, numa plataforma em linha, é suscetível de induzir em erro relativamente à identidade do profissional, levando o consumidor a acreditar, de forma equivocada, que o produto ou serviço é fornecido pelo serviço de *hosting* e não pelo cocontratante, num contrato celebrado à distância<sup>28</sup>.

Considerando que artigo 2.º, que se ocupa das definições do Regulamento, não fornece um conceito de “consumidor médio”, é de presumir que este deve ser preenchido com base nos critérios fornecidos pela jurisprudência do TJUE, com as dificuldades hermenêuticas que já se antecipam a esta distância<sup>29</sup>.

.....  
Mercados Digitais, na sequência de um acordo alcançado entre o Parlamento e o Conselho em 23 de abril e 24 de março. O Regulamento Serviços Digitais foi aprovado por 539 votos a favor, 54 votos contra e 30 abstenções. O Regulamento Mercados Digitais foi aprovado por 588 votos a favor, 11 votos contra e 31 abstenções.

<sup>28</sup> Trata-se, conforme postula o considerando 23, de assegurar a proteção efetiva dos consumidores, numa lógica de tutela da aparência, fazendo com que as plataformas em linha que permitam aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, deixem de beneficiar da isenção de responsabilidade quando apresentem as informações pertinentes relacionadas com as transações de uma forma que induza os consumidores a acreditarem que as informações foram fornecidas pelas mesmas ou por destinatários do serviço que atuem sob a sua autoridade ou controlo, e que conheçam ou controlam as informações, mesmo que, na realidade, tal não seja o caso.

<sup>29</sup> Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, FRANCISCO ARGAL LIMA e MARTIM FARINHA, “Introduction to the Digital Services Act – Content Moderation and Consumer Protection”, *Revista de Direito e Tecnologia* 3 (2021), p. 100, antecipando problemas na aplicação da norma: “The second problematic element in this very important rule is the effective materialisation of the concept of “average and reasonably well-informed consumer”, which leads to some legal uncertainty. Although there is already some CJEU case law on the matter, the boundaries are very blurred. Relying on this concept for this purpose, which is so relevant, seems that it might not be the best solution”. O BEUC, na posição assumida relativamente à proposta, em 2021, pronunciou-se no sentido da eliminação do conceito por não o considerar apropriado neste contexto. “This term is not a suitable benchmark to delineate the availability of protection, particularly

#### 4. O "CONSUMIDOR MÉDIO" NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

Como já se adiantou, o "consumidor médio", é, na sua génese, uma construção jurisprudencial, desenvolvida pelo TJUE.

Numa fase inicial, no quadro do fortalecimento do mercado único, as contendas incidiam, essencialmente, sobre a determinação do carácter legítimo e/ou proporcional de uma restrição à liberdade de circulação e na determinação da natureza enganosa de uma denominação, marca ou indicação publicitária suscetíveis de induzir em erro<sup>30</sup>.

A densificação jurisprudencial aponta para uma conceção baseada em níveis medianos de informação, atenção e cuidado a observar pelo consumidor na sua atuação no mercado. O Tribunal manda, ainda, atender ao objeto em causa, considerando que os níveis de atenção e de diligência são variáveis em função do bem ou serviço a adquirir, e ainda aos fatores linguísticos, sociais e culturais que rodeiam o consumidor, sendo que, na prática, acaba por desconsiderar a sua relevância em prol da harmonização das condições de mercado.

##### A) CONSUMIDOR RAZOAVELMENTE INFORMADO, ATENTO E CUIDADOSO

No Acórdão *Nissan*<sup>31</sup>, um importador de automóveis em França, que não era o distribuidor exclusivo da Nissan, promoveu, através de um anúncio publicitário na imprensa, a

.....  
when it comes to the online environment and sophisticated use of technologies and interface design in digital services that all consumers are exposed to and often have difficulties with. (...). the benchmark of the reasonably well-informed consumer is not appropriate in the scenario at stake and would not ensure effective protection". Disponível para consulta em [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2021-032\\_the\\_digital\\_services\\_act\\_proposal.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2021-032_the_digital_services_act_proposal.pdf)

<sup>30</sup> Cfr. SANDRA PASSINHAS, "O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português", *Estudos de Direito do Consumidor* 15 (2019), p. 267

<sup>31</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de janeiro de 1992, Processo C-373/90.



venda de veículos desta marca com a menção “compre o seu veículo novo mais barato”.

Apesar de não terem ainda circulado na estrada, os carros já tinham sido registados para fins de importação. Na verdade, o preço de venda era inferior ao praticado pelos concessionários locais da Nissan, em virtude de estarem equipados com um menor número de acessórios em comparação com os mesmos modelos vendidos pelo distribuidor oficial. Colocava-se a questão de saber se um consumidor poderia ser induzido em erro por este anúncio.

O TJUE considerou que a publicidade, no caso vertente, não devia ser considerada enganosa por não ser suscetível de induzir em erro, visto que a maioria dos consumidores se informa sobre as características de um automóvel antes de efetuar uma compra e fá-lo normalmente em comparação com outras ofertas no mercado<sup>32</sup>.

Ademais, o TJUE não excluiu que, pelo menos em certas circunstâncias particulares, um órgão jurisdicional nacional possa decidir em conformidade com o seu direito nacional, ordenar um exame pericial ou encomendar uma sondagem de opinião, destinada a esclarecê-lo quanto ao carácter eventualmente enganoso de uma indicação publicitária.

No Acórdão Mars<sup>33</sup>, o TJUE usou, pela primeira vez, de forma expressa, a noção de “consumidor normalmente informado” num litígio também relativo a publicidade enganosa.

.....

<sup>32</sup> Nas suas conclusões, o Advogado-Geral salientou que o consumidor é levado a “fazer uma comparação cuidadosa dos preços em oferta e a consultar o vendedor, por vezes muito meticulosamente, sobre os acessórios com que o veículo está equipado”. De resto, vai mais longe, ao enunciar o princípio “*vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*”, segundo o qual a lei vem em auxílio daqueles que são vigilantes relativamente aos seus direitos, precisamente para justificar que a proteção deve ser conferida ao consumidor que envida esforços para se informar quanto aos aspetos relevantes e não a um consumidor preguiçoso.

<sup>33</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de junho de 1995, Processo C-470/93.

No âmbito de uma campanha publicitária de curta duração, foram comercializadas, na Alemanha, gelados da marca *Mars* com a indicação na embalagem de "+10%", dando conta de que o produto tinha sido aumentado. No entanto, essa indicação ocupava mais de 10% do total da embalagem, pelo que se pretendia aferir se esta representação visual inexata da quantidade adicionada podia criar nos consumidores a impressão de que o volume ou o peso do produto tinham sido aumentados em termos consideráveis<sup>34</sup>.

Quanto a este aspeto, preconizou o Advogado-Geral que não ficou demonstrado que um consumidor com níveis normais de cuidado pudesse ser induzido em erro pela conceção da embalagem, apontando, assim, para o critério do cuidado normal.

Na mesma linha, a Comissão defendeu que "(...) deve também ser claro para um consumidor cuidadoso que um certo exagero é inerente a qualquer promoção de um produto".

Ainda que, nesta fase, não tenha acolhido a tese do cuidado normal, optando por uma formulação mais protetora, o TJUE concluiu que se deve presumir "(...) que os consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade do produto e a importância desse aumento"<sup>35</sup>.

.....

<sup>34</sup> KAI PETER PURNHAGEN e ERICA VAN HARPEN, "Can Bonus Packs Mislead Consumers? An Empirical Assessment of the ECJ's *Mars* Judgment and its Potential Impact on EU Marketing Regulation", *Wageningen Working Papers Series in Law and Governance* 7 (2014), p. 1, realizaram um estudo, a propósito deste caso. "Results of our experiment show that consumers overestimate the extra volume when confronted with an oversized indication compared to control conditions, which is first empirical evidence that this practice is potentially deceptive".

<sup>35</sup> De resto, conclui que "uma proibição de colocação em circulação num EM de produtos que contenham as mesmas menções publicitárias que as legalmente utilizadas noutros EM é de natureza a entrar o comércio

No Acórdão *Gut Springenheide*<sup>36</sup>, estava em causa saber se a indicação nas embalagens de ovos informando que as galinhas eram alimentadas com seis cereais<sup>37</sup> podia induzir os consumidores em erro, sugerindo que o produto tinha qualidades especiais<sup>38</sup>.

A empresa que comercializa os ovos previamente embalados, disponibilizava uma nota informativa, incluída em cada caixa, que exaltava as qualidades dos ovos produzidos com essa alimentação. No entanto, a alimentação das galinhas não contemplava somente grãos dos seis cereais e incluía ainda outros ingredientes<sup>39</sup>, pelo que caberia indagar se os consumidores estariam a ser enganados por esta indicação no folheto.

O órgão jurisdicional de reenvio alemão questionava se, para este efeito, se devia atender ao consumidor médio esclarecido ou ao consumidor casual, de molde a estabelecer o conteúdo da expectativa efetiva, e se se pode determinar a percentagem a partir da qual um grupo de consumidores serve para estabelecer uma expectativa de referência<sup>40</sup>.

.....  
intracomunitário, porque obriga o importador a proceder a uma apresentação diferente dos seus produtos em função do local de comercialização e, por conseguinte, a suportar as despesas suplementares de acondicionamento e publicidade".

<sup>36</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de julho de 1998, Processo C-210/96.

<sup>37</sup> A nota indicava "*6-Korn-10 frische Eier*" [10 ovos frescos – 6 cereais].

<sup>38</sup> O artigo 10.º do Regulamento (CEE) n.º 1907/90 do Conselho, de 26 de junho de 1990, relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos, no seu n.º 2, alínea e), autorizava que nas embalagens constassem indicações destinadas a promover as vendas, desde que não fossem suscetíveis de induzir o comprador em erro.

<sup>39</sup> De acordo com a empresa, as seis espécies de cereais em questão entravam na composição da alimentação das galinhas na percentagem de 60%.

<sup>40</sup> O Advogado-Geral assinalou que, ao contrário de um consumidor médio, "que recebe atentamente a informação sobre o produto à venda e, por conseguinte, a caracterização global dos produtos", um consumidor casual "só toma um conhecimento superficial e acrítico das afirmações publicitárias, sem se preocupar com a veracidade do conteúdo de tais afirmações".

Neste caso, o TJUE considerou que para avaliar o carácter enganoso da prática devia atender-se "à presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido". Elevou-se, assim, a bitola. Ao modelo de informação consagrado em *Mars* adicionou-se a exigência de uma análise crítica dos dados recolhidos, através da adoção de uma postura perspicaz e cautelosa.

Nessa ocasião, o Tribunal reconheceu ainda que "o direito comunitário não obsta a que, se tiver especiais dificuldades para avaliar o carácter enganoso da indicação em questão, (...) o órgão jurisdicional possa recorrer, nas condições previstas pelo direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecer a sua apreciação".

Negando, à partida, que o conceito seja estatístico, o TJUE não deixa, contudo, de fazer referência à possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais levarem a cabo estudos, com vista a encontrar o nível mediano de informação, atenção e prudência que caracteriza o grupo de consumidores destinatários da prática comercial, com o propósito de introduzir objetividade na análise.

## **B) O OBJETO DO CONTRATO**

No Acórdão *Lloyd Schuhfabrik Meyer*<sup>41</sup>, que incidiu sobre uma questão de utilização de uma marca comercial e a possibilidade de os consumidores a confundirem com outra marca já existente no setor do calçado, o TJUE clarificou que o nível de atenção do consumidor não é um elemento cons-

.....  
Nesse sentido, "o consumidor superficial não presta atenção suficiente às indicações que constam num produto, mas, pelo contrário, é suscetível de se deixar influenciar pela cor da embalagem, o desenho que figura nela, ou os slogans (...)".

<sup>41</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1999, Processo C-342/97.

tante, mas sim uma componente variável que depende da categoria dos bens e serviços, objeto do contrato.

No âmbito da compra de sapatos, o tribunal enfatizou que "(...) é suposto que o consumidor médio da categoria de produtos em causa esteja normalmente informado e razoavelmente atento e advertido". Sustentou, porém, que "(...) há que tomar em conta a circunstância de que o consumidor médio raramente tem a possibilidade de proceder a uma comparação direta entre as diferentes marcas, devendo confiar na imagem não perfeita que conservou na memória" e que, neste âmbito, "importa igualmente tomar em consideração o facto de que o nível de atenção do consumidor médio é suscetível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa".

Como ficou demonstrado, as aquisições de bens e serviços não são todas iguais. Com efeito, na compra de bens da vida corrente, de valor reduzido e grande consumo, os consumidores tendem a ser mais precipitados e apressados, prestando menos atenção à informação disponível<sup>42</sup>.

.....

<sup>42</sup> Num processo que recaía sobre o registo de uma marca tridimensional sob a forma de pastilha retangular com incrustação, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias declarou que "tratando-se de produtos de consumo quotidiano, o nível de atenção do consumidor médio em relação à forma e ao desenho das pastilhas para máquinas de lavar roupa não é elevado – Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 19 de setembro de 2001, Processos T-128/00 e T-129/00 – *Procter & Gamble*. Na mesma senda, num processo relativo à forma de apresentação de salsichas, viria a considerar que "relativamente aos produtos de consumo quotidiano, que se vendem a um preço relativamente baixo, o nível de atenção do consumidor médio relativamente ao seu aspeto exterior é, por conseguinte, pouco elevado". – Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 5 de maio de 2009, Processo T-449/07 – *Rotter*. Já num conflito, no qual a recorrente era uma empresa especializada na construção, administração e gestão de bens imóveis e que prestava serviços a utilizadores profissionais ou privados, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias concluiu que, tendo em conta "a especificidade e o preço elevado das transações que geralmente implicam, estes serviços destinam-se em qualquer caso a um público informado, cujo

A introdução deste elemento para efeitos de verificação do nível de cuidado esperado, parece, apesar de tudo, introduzir alguma maleabilidade ao conceito, permitindo adaptar o patamar mínimo exigível ao consumidor, de acordo com o objeto do contrato.

### **c) FATORES LINGUÍSTICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

O mercado único conta, atualmente, com mais de 500 milhões de potenciais consumidores. Trata-se, naturalmente, de um grupo heterogéneo, que espelha o mosaico de culturas, línguas e tradições que compõe a União. Reconhecendo essa diversidade, o conceito de "consumidor médio" deve, ainda, ser interpretado tendo em conta os elementos de ordem linguística, social e cultural que o possam afetar.

No Acórdão *Clinique*<sup>43</sup>, estava em causa uma norma do Direito alemão que vedava a utilização dessa denominação para a comercialização de produtos cosméticos com base no facto de o nome ser semelhante ao vocábulo alemão para designar "hospital", o que poderia induzir os consumidores em erro sobre o artigo.

O TJUE considerou que o uso do nome "*Clinique*" não é suscetível de induzir em erro os consumidores, uma vez que os produtos em causa são vendidos em lojas dedicadas à

.....  
grau de atenção é superior ao que caracteriza o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, nos atos de aquisição de bens e de serviços de consumo corrente". A este respeito, o Tribunal declarou que "o nível de atenção do público pertinente é suscetível de variar em função da categoria de produtos ou serviços propostos, e os consumidores podem constituir um público muito atento, na medida em que, como no caso em apreço, os seus compromissos possam ser relativamente importantes e os serviços prestados relativamente técnicos" – Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 13 de junho de 2007, Processo T-441/05 – *IVG Immobilien AG*.

<sup>43</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de fevereiro de 1995, Processo C-315/92.

venda exclusiva de cosméticos e não de produtos médicos. Apesar do facto de tal comercialização poder ser ambígua e enganadora do ponto de vista linguístico, o facto de os produtos serem vendidos em determinados tipos de lojas proporciona clareza suficiente para o “consumidor médio”<sup>44</sup>.

Concluiu, assim, que os produtos eram comercializados nos outros Estados-Membros aparentemente sem induzirem em erro os consumidores e que a conotação hospitalar ou médica do termo não bastava para dar a esta denominação um efeito enganador suscetível de justificar esta proibição.

O TJUE acabou por seguir a mesma visão restritiva no Acórdão *Lifting*<sup>45</sup>, que opunha duas empresas de cosméticos. À época, a *Lancaster* comercializava um creme, usando o termo *lifting* na sua denominação. A concorrente *Estée Lauder* alegava que essa expressão dava ao consumidor a ideia de que o produto teria efeitos semelhantes a uma cirurgia de *lifting* na pele, em particular quanto à duração dos seus efeitos.

Ora, também aqui o Tribunal concluiu que o emprego do termo “*lifting*”, expressão em língua inglesa, não seria suscetível de enganar um “consumidor médio”, pelo que rejeitou a justificação alemã para a proibição de comercialização do produto com base em particularidades linguísticas.

Em resposta à questão colocada no pedido prejudicial, esclareceu, ainda, que devia ser o tribunal nacional a determinar qual a percentagem “suficientemente significativa” de consumidores induzidos em erro para identificar a prática como enganosa.

.....  
<sup>44</sup> O Advogado-Geral defendeu que uma mesma mensagem publicitária pode ser permitida num Estado-Membro e proibida noutra, uma vez que pode induzir o consumidor em erro em função das suas características linguísticas, sociais e culturais específicas.

<sup>45</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de janeiro de 2000, Processo C-220/98.

Ainda que assinalando a relevância das diferenças linguísticas, culturais e sociais no mercado interno, o TJUE acabou por optar por uma interpretação estrita destes elementos, em nome da necessidade de proteção das liberdades económicas e da eliminação das barreiras comerciais.

#### **D) A APLICAÇÃO DO CRITÉRIO NO REGIME DAS PCD**

Chamado a pronunciar-se, em sede de pedidos de reenvio prejudicial, sobre a interpretação das normas do regime das PCD, o TJUE já teve oportunidade de aflorar o critério do "consumidor médio", em várias ocasiões<sup>46</sup>.

No caso *Ving Sverige*<sup>47</sup>, uma agência de viagens sueca anunciou, num jornal diário, em letras grandes, viagens a Nova Iorque a partir de 7820 coroas, entre setembro e dezembro de 2008. Por baixo do texto principal, figuravam outras informações, em caracteres mais pequenos, incluindo os contactos da empresa<sup>48</sup>.

.....

<sup>46</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de maio de 2011, Processo C-122/10 (*Ving Sverige*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de março de 2012, Processo C-453/10 (*Pereničová*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de outubro de 2012, Processo C-428/11 (*Purely Creative*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de dezembro de 2013, Processo C-281/12 (*Trento Sviluppo*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de abril de 2015, Processo C-388/13 (*UPC*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de setembro de 2016, Processo C-310/15 (*Sony*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de outubro de 2016, Processo C-611/14 (*Canal Digital*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de fevereiro de 2017, Processo C-562/15 (*Carrefour*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 2018, Processo C-632/16 (*Dyson*), Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2018, Processo C-54/17 (*Wind Tre*). Para uma análise dos casos, HANNA SCHEBESTA e KAI PETER PURNHAGEN, "Island or Ocean: Empirical Evidence on the Average Consumer Concept in the UCPD", *European Review of Private Law* 2 (2020), pp. 300-303.

<sup>47</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de maio de 2011, Processo C-122/10.

<sup>48</sup> A mensagem tinha a seguinte informação: "Voo a partir de Arlanda com a British Airways e duas noites no Hotel Bedford – Preço por pessoa em quarto duplo, incluindo taxas de aeroporto. Noite suplementar a partir de 1 320 coroas. Oferta válida para viagens selecionadas Set. – Dez. Número



O Provedor do Consumidor sueco considerou que esta comunicação comercial configurava um convite a contratar, contendo uma omissão enganosa, na medida em que as informações sobre as características principais da viagem, nomeadamente o seu preço, eram insuficientes ou não existiam.

O TJUE discordou desta abordagem e defendeu que “pode bastar indicar apenas certas características principais do produto, se o profissional remeter, quanto ao resto, para o seu sítio Internet, desde que neste se encontrem as informações substanciais relativas às características principais do produto, ao preço e aos restantes requisitos em conformidade com as exigências do artigo 7.º, cabendo ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, caso a caso, tendo em consideração o contexto do convite a contratar, o meio de comunicação utilizado bem como a natureza e as características do produto, se a menção de certas características principais do produto, só por si, permite ao consumidor tomar, com conhecimento de causa, uma decisão comercial”.

Em suma, permite-se a prática se o consumidor puder obter mais informações por outra via. De certa forma, esta admissão pressupõe que o “consumidor médio” não ficará, em princípio, satisfeito com os dados apresentados e que procurará ativamente informação adicional, antes de tomar uma decisão de transação.

No Acórdão *Canal Digital*<sup>49</sup>, estava em causa saber se os anúncios publicitários de uma empresa de subscrição de pacotes televisivos poderiam ser enquadrados como enganosos por não fazerem referência ao preço total a pagar pelo consumidor, não explicitando o custo do “serviço de cartão” semestral.

.....

limitado de lugares”, e em baixo, à esquerda do anúncio, “Vingflex.se. Tel: 0771-995995”.

<sup>49</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de outubro de 2016, Processo C-611/14.

Neste caso, o TJUE considerou que "deve ser considerada enganosa uma prática comercial que consiste em fracionar o preço de um produto em vários elementos e destacar um deles, quando essa prática seja suscetível, por um lado, de causar no consumidor médio a impressão errada de que lhe é proposto um preço vantajoso e, por outro, de o conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do processo principal". Enfatizou que "os constrangimentos de tempo a que podem estar sujeitos certos meios de comunicação, como os anúncios publicitários televisivos, não podem ser tomados em consideração para a apreciação do carácter enganoso de uma prática comercial".

A este propósito, importa notar que em ambos os casos o eventual engano incide sobre o mesmo elemento essencial: o preço. Se em *Ving Sverige* surge como um preço mínimo, em *Canal Digital* apresenta-se, nos anúncios, com um preço fracionado. Porém, em ambas as situações, a informação sobre o preço não é disponibilizada de forma clara e completa ao consumidor. No caso *Ving Sverige*, o TJUE parece presumir que o "consumidor médio" iria, de forma autónoma, procurar obter mais informações sobre o preço total da viagem antes de tomar qualquer decisão. Já no caso *Canal Digital*, o TJUE afigura-se menos exigente com o consumidor, o que permite identificar oscilações na jurisprudência, quanto a este aspeto.

### **E) EM BUSCA DE UM MODELO MAIS REALISTA?**

De um modo geral, a jurisprudência do TJUE impõe ao "consumidor médio" uma postura proativa no mercado. De acordo com este modelo, não basta que o consumidor aceda à informação disponibilizada. Deve, antes, proceder a uma análise crítica dos dados, apresentando-se como um

agente racional, que atua com prudência e circunspeção, numa conceção mais próxima do *homo economicus*, em detrimento do consumidor real<sup>50</sup>.

Este paradigma assenta numa ideia utópica de consumidor ideal, naturalmente preocupado e atento, que atua sempre de modo sagaz, diligente e com sentido crítico em face da informação recolhida<sup>51</sup>, ignorando os efeitos dos eventuais enviesamentos cognitivos que possa sofrer, na sua atuação no mercado<sup>52</sup>.

Recentemente, no Acórdão *Teekanne*<sup>53</sup>, no âmbito da interpretação de normas relativas à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios, o TJUE abriu a porta para um entendimento menos normativo e rígido quanto ao conceito de “consumidor médio”<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> BRAM BENJAMIN DUIVENVOORDE, *ob. cit.*, p. 64, “These sometimes unrealistic expectations seem to be the result of the balancing of interests of consumer protection and the free movement of goods, the result of which emphasises that the consumer is generally expected to take care of him or herself, and that extensive state intervention is not easy to justify”.

<sup>51</sup> Cfr. ROSSELLA INCARDONA e CRISTINA PONCIBÒ, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *Journal of Consumer Policy* 1, 2007, p. 35, “Generally, consumers do not have the time and resources at their disposal to acquire and process sufficient information for rational decision-making. It is impossible for consumers to devote all their intellectual, psychological, and physical resources as well as their time to the gathering and processing of information merely so that their choices can meet an abstract economic notion”.

<sup>52</sup> A este propósito, importa referir o efeito de ancoragem que descreve a tendência humana para se basear de forma intensa (ancorar) numa característica ou parte da informação recebida, aquando do processo de tomada de decisão.

<sup>53</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho de 2014, Processo C-195/14.

<sup>54</sup> HANNA SCHEBESTA e KAI PETER PURNHAGEN, “An Average Consumer Concept of Bits and Pieces - Empirical Evidence on the Court of Justice of the European Union’s Concept of the Average Consumer in The UCPD”, *Wageningen Working Papers in Law and Governance* 2 (2019).

Neste caso, uma empresa alemã comercializava uma infusão de frutos<sup>55</sup>, cuja embalagem continha imagens de framboesas e de flores de baunilha, quando, na realidade, não incluía esses ingredientes na sua composição<sup>56</sup>.

A empresa foi acusada de, através dos elementos que figuram na embalagem, induzir o consumidor em erro sobre a composição da infusão, considerando que, em face dos dados disponíveis, o consumidor poderia esperar que a referida infusão contivesse constituintes de baunilha e de framboesa ou, pelo menos, aromas naturais extraídos destas.

Chamado a pronunciar-se em última instância, o Tribunal Federal de Justiça perguntou ao TJUE se a rotulagem de um género alimentício podia induzir o consumidor em erro quando sugere que o produto contém um ingrediente que, na realidade, não está presente e a única forma de o consumidor constatar essa ausência consiste na leitura da lista dos ingredientes.

De acordo com o TJUE, o órgão jurisdicional de reenvio deverá verificar, através do exame dos diferentes elementos que compõem a rotulagem da infusão, se um "consumidor médio", normalmente informado e razoavelmente atento e avisado pode ser induzido em erro quanto à presença de componentes de framboesa e de flor de baunilha ou de aromas obtidos a partir desses ingredientes.

Nessa apreciação, o tribunal deve, nomeadamente, ter em conta os termos e as imagens utilizadas, bem como a localização, a dimensão, a cor, o tipo de caracteres, o idioma, a sintaxe e a pontuação dos diversos elementos que figuram na embalagem da infusão de frutos. O TJUE defende, assim,

.....  
<sup>55</sup> A infusão de frutos tinha a denominação "Felix Himbeer-Vanille Abenteuer" ("Felix aventura de framboesa-baunilha").

<sup>56</sup> A lista dos ingredientes reproduzida num dos lados da embalagem indicava: "Hibisco, maçã, folhas de amora doce, casca de laranja, roseira brava, aroma natural com sabor a baunilha, casca de limão, aroma natural com sabor a framboesa, amoras, morango, mirtilo, sabugueiro".

que a rotulagem de um género alimentício deve ser vista no seu todo.

Esta decisão constitui, em certa medida, um sinal positivo, rumo a uma abordagem mais próxima da realidade, permitindo ultrapassar a ficção de que o consumidor deve ler a lista completa de ingredientes, para evitar ser induzido em erro<sup>57</sup>, como se esse fosse o comportamento expetável e razoável num contexto de mercado<sup>58</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da construção do mercado único, as expetativas e perceções dos consumidores foram usadas pelas empresas ou pelos Estados-Membros como argumentos para sustentar eventuais práticas proibitivas ou restrições na comercialização de produtos. Nesse contexto, a intervenção do TJUE foi no sentido de abolir bloqueios de concorrência, com vista a ampliar a liberdade de escolha dos consumidores relativamente aos produtos e serviços<sup>59</sup>.

.....  
<sup>57</sup> No Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de abril de 2000, Processo C-465/98 – *Darbo*, o TJUE tinha considerado que existem certos dados básicos que, por serem de senso comum, devem ser conhecidos de todos os consumidores. A *Darbo* produzia e vendia um doce de morango que continha alguns vestígios de substâncias químicas. Procurava saber-se se, tendo em conta esta composição, a expressão "natural" no nome do doce podia induzir os consumidores em erro. À época, o TJUE preconizou que "os consumidores, cuja decisão de comprar é determinada pela composição dos produtos que têm a intenção de adquirir, leem em primeiro lugar a lista dos ingredientes". De resto, defendia que é de conhecimento geral que um produto, mesmo sendo natural, pode conter resíduos de substâncias químicas, tratando-se de um assunto relativamente pacífico e apreensível pelo senso comum.

<sup>58</sup> HANNA SCHEBESTA e KAI PETER PURNHAGEN, "The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality In CJEU's Case Law? Reflections on Teekanne", *Wageningen Working Paper Law and Governance* 3 (2016), p. 15, "(...) the Court considered that a list of ingredients is not always sufficient in order to correct other elements of the labelling which triggered an erroneous or misleading impression with the consumer in the first place".

<sup>59</sup> Para um resumo da evolução da jurisprudência do TJUE, SANDRA PAS-SINHAS, "A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma

Destarte, o conceito de "consumidor médio" foi inicialmente concretizado no âmbito de conflitos de concorrência ou de propriedade industrial entre empresas. Estes litígios, obedecem, pela sua natureza, a uma lógica substancialmente distinta daquela que subjaz aos conflitos de consumo.

No âmbito do Direito Europeu do Consumo, a concepção do "consumidor médio" foi codificada no regime das PCD e – ao que tudo indica – constará do futuro Regulamento Serviços Digitais, numa previsão isolada que diz respeito à responsabilidade dos serviços de *hosting*.

No que concerne à interpretação do regime das PCD, verificamos que as posições sobre os níveis de informação, atenção e cuidados esperados do "consumidor médio" vão oscilando, refletindo a tensão dialética latente entre, por um lado, a necessidade de assegurar um elevado nível de proteção aos consumidores e, por outro, a prossecução da realização do mercado único.

Creemos, no entanto, que o recurso a este padrão continua a relevar-se desadequado, em face da necessidade de atenuar as assimetrias existentes no âmbito das relações de consumo e de conferir proteção reforçada aos contraentes que tendencialmente estão em situação de maior debilidade – os consumidores.

Com efeito, ainda que, em abstrato, possa contribuir para elevar o patamar de exigência, estimulando os consumidores a adotarem uma postura mais atenta e avisada, o critério do "consumidor médio" assenta em pressupostos irrealistas, presumindo que estamos perante um agente racional, sensato, diligente e precavido, quando tal nem sempre se afigura viável, em virtude da escassez de tempo e de recursos para

.....  
tutela positiva do consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor* 13 (2017), pp. 107-211.

analisar a informação e dos vieses cognitivos que poderá sofrer no processo de formação da vontade.

Neste contexto, urge ultrapassar esse modelo utópico e pensar nos desafios que se colocam ao consumidor de “carne e osso”, no desenho de políticas de defesa do consumidor, do futuro. Nesse domínio particular, a psicologia comportamental poderá fornecer contributos relevantes quanto aos fenómenos que influenciam a formação da decisão do consumidor, servindo de auxílio para esboçar um modelo de consumidor mais próximo da realidade<sup>60</sup>.

.....

<sup>60</sup> ELENI TZOULIA, “Imprints of Behavioural Research in EU Consumer Protection Legislation: The ‘Average Consumer Test’ in the Unfair Commercial Practices Directive”, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvC)* 6 (2017), p. 262, “In order to implement the average consumer test correctly, national courts are expected to follow the methodology and consider the findings of behavioural science. The latter sets the criteria according to which the consumer’s environment, emotions, beliefs and weaknesses control his/her economic behaviour”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005
- BARBOSA, Mafalda Miranda, "O regime das práticas comerciais desleais (no contexto mais amplo do ordenamento jurídico): o diálogo com os regimes específicos de proteção do consumidor e com o regime dos vícios da vontade", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, 2017, pp. 67-105
- DUIVENVOORDE, Bram Benjamin, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 5, Springer, 2015
- CARVALHO, Jorge Morais, "Introduction to the Digital Services Act – Content Moderation and Consumer Protection", in *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 3, 2021, pp. 71-104 (Com FRANCISCO ARGÁ LIMA e MARTIM FARINHA)
- \_\_\_\_\_, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2019
- \_\_\_\_\_, *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2012
- CRISTAS, Assunção, "Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE", in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 141-162
- DJUROVIC, Mateja, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016
- GARCIA, Sara Fernandes, *As práticas comerciais desleais: uma visita guiada pelo regime português*, polic., Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014
- HOWELLS, Geraint, *An Analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, Department of Trade and Industry, 2005 (com CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, DEBORAH PARRY e ANNETTE NORDHAUSEN SCHOLES)



- \_\_\_\_\_ "The Scope of European Consumer Law", in *European Review of Contract Law*, n.º 3, 2005, pp. 360-372
- GÓMEZ, Fernando Pomar, "The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective", in *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, Barcelona, 2006
- KRÜGER, María Antonieta Gálvez, "O Consumidor de referência para avaliar a Deslealdade da Publicidade e de outras Práticas Comerciais", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Comissão Organizadora: Rui Pinto Duarte, Marta Tavares de Almeida, Assunção Cristas, José Lebre de Freitas, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 521-547
- LIZ, Jorge Pegado, "A «Lealdade» no Comércio ou as Desventuras de uma Iniciativa Comunitária (Análise Crítica da Directiva 2005/29/CE)", in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, pp. 17-93
- PASSINHAS, Sandra, "O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 15, 2019, pp. 257-309
- \_\_\_\_\_ "A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, 2017, pp. 107-211
- INCARDONA, Rossella, "The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution", in *Journal of Consumer Policy Issue*, Vol. 30, n.º 1, 2007, pp. 21-38 (com CRISTINA PONCIBÓ)
- PURNHAGEN, Kai Peter, "Can Bonus Packs Mislead Consumers? An Empirical Assessment of the ECJ's Mars Judgment and its Potential Impact on EU Marketing Regulation", in *Wageningen Working Papers Series in Law and Governance*, n.º 7, 2014 (com ERICA VAN HERPEN)
- SCHEBESTA, Hanna, "Island or Ocean: Empirical Evidence on the Average Consumer Concept in the UCPD", in *European Review of Private Law*, n.º 2, 2020, pp. 293-310 (com KAI PETER PURNHAGEN)
- \_\_\_\_\_ "An Average Consumer Concept of Bits and Pieces - Empirical Evidence on the Court of Justice of the European Union's Concept of the Average Consumer in The UCPD" in *Wageningen Working Papers*

*in Law and Governance*, n.º 2, 2019 (com KAI PETER PURNHAGEN)

\_\_\_\_\_ "The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality In CJEU's Case Law? Reflections on Teekanne" in *Wageningen Working Paper Law and Governance*, n.º 3, 2016 (com KAI PETER PURNHAGEN)

TZOULIA, Eleni – "Imprints of Behavioural Research in EU Consumer Protection Legislation: The 'Average Consumer Test' in the Unfair Commercial Practices Directive", in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvC)*, n.º 6, 2017, pp. 257-262.

## LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

### Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de janeiro de 1992, Processo C-373/90  
– Acórdão *Nissan*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de junho de 1995, Processo C-470/93  
– Acórdão *Mars*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de julho de 1998, Processo C-210/96  
– Acórdão *Gut Springenheide*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1999, Processo C-342/97  
– Acórdão *Lloyd Schuhfabrik Meyer*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de fevereiro de 1995, Processo C-315/92  
– Acórdão *Clinique*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de janeiro de 2000, Processo C-220/98  
– Acórdão *Lifting*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de abril de 2000, Processo C-465/98  
– Acórdão *Darbo*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de maio de 2011, Processo C-122/10  
– Acórdão *Ving Sverige*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de março de 2012, Processo C-453/10  
– Acórdão *Pereničová*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de outubro de 2012, Processo C-428/11  
– Acórdão *Purely Creative*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de dezembro de 2013, Processo  
C-281/12 – Acórdão *Trento Sviluppo*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho de 2014, Processo C-195/14  
– Acórdão *Teekanne*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de abril de 2015, Processo C-388/13  
– Acórdão *UPC*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de outubro de 2016, Processo C-611/14  
– Acórdão *Canal Digital*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de setembro de 2016, Processo C-310/15  
– Acórdão *Sony*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de outubro de 2016, Processo C-611/14  
– Acórdão *Canal Digital*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de fevereiro de 2017, Processo C-562/15  
– Acórdão *Carrefour*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 2018, Processo C-632/16  
– Acórdão *Dyson*;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de setembro de 2018, Processo C-54/17  
– Acórdão *Wind Tre*.

### **Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias**

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de  
19 de setembro de 2001, Processos T-128/00 e T-129/00 – Acórdão  
*Procter & Gamble*;

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de  
13 de junho de 2007, Processo T-441/05 – Acórdão *IVG Immobilien AG*;

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de 5  
de maio de 2009, Processo T-449/07 – Acórdão *Rotter*.

# ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TJUE DE 11 DE MARÇO DE 2020 – PROCESSO C-511/17

*Vanessa Vale Cunha* \*

## I. EXPOSIÇÃO DO CASO

O Acórdão do TJUE *sub judice* tem por base um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Budapeste-Capital junto do TJUE. O pedido do Tribunal de Budapeste surge no âmbito de um litígio que opõe *Gyorgyné Lintner* ao *UnitCredit Bank* a respeito do carácter abusivo de determinadas cláusulas que constam de um mútuo hipotecário em divisa estrangeira. Com efeito, o objeto do pedido de decisão prejudicial prende-se com a interpretação do artigo 6.º n.º 1 da Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

O contrato celebrado entre as partes (em 13 de dezembro de 2007) continha determinadas cláusulas que conferem ao *UnitCredit Bank* o direito de o alterar unilateralmente. *G. Lintner* (em 18 de julho de 2012) intentou uma ação de declaração de invalidade, com efeito retroativo das referidas cláusulas.

.....

\* Licenciada em Direito pela Universidade do Porto (2016-2020); Mestre em Direito forense e arbitragem pela NOVA School of Law (2020-2022); Pós-Graduada em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2022).

sulas, baseando-se essa ação, designadamente, na Diretiva 93/13/CEE. Ação que foi julgada improcedente.

Inconformado, G. Lintner recorreu para o Tribunal Superior de Budapeste-Capital tendo a instância superior anulado o Acórdão. Justificou a sua decisão afirmando que, segundo a sua compreensão da Diretiva – maxime do artigo 6.º n.º 1 – e da jurisprudência a ela relativa, uma aplicação eficaz da mesma só é possível se o juiz nacional examinar oficiosamente a totalidade das cláusulas do contrato.

Descidos os autos ao Tribunal de Budapeste-Capital, este interroga-se essencialmente sobre duas questões. Por um lado, sobre a questão de saber em que medida deve proceder oficiosamente ao exame do carácter abusivo de cada cláusula de um contrato em que apenas determinadas cláusulas são objeto da ação intentada pelo consumidor. E, por outro, em que medida está vinculado, no âmbito desse exame, aos pedidos do demandante. Consequentemente, decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE estas questões prejudiciais.

O TJUE é, assim, chamado a pronunciar-se quanto à interpretação do artigo 6.º n.º 1. Nomeadamente, saber se a referida norma deve ser interpretada no sentido de que um juiz nacional está obrigado a apreciar oficiosa e individualmente todas as outras cláusulas contratuais que não foram impugnadas pelo consumidor, a fim de verificar se podem ser consideradas abusivas.

No fundo, pergunta-se: está o juiz obrigado a proceder oficiosamente – numa ação intentada por um consumidor e destinada a obter a declaração do carácter abusivo de determinadas cláusulas constantes de um contrato que este último celebrou com um profissional – ao exame de todas as restantes cláusulas do contrato para efeitos de apreciar o eventual carácter abusivo da cláusula que está na base do pedido?

## II. FUNDAMENTAÇÃO DO TJUE

No caso, *G. Lintner* visava apenas obter a declaração do carácter abusivo das cláusulas contratuais que conferiam ao *UniCredit Bank* a faculdade de alterar unilateralmente o contrato de mútuo em causa.

Começou por afirmar a Alta Instância Europeia que o sistema de proteção que subjaz à Diretiva 93/13/CEE assenta na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita ao poder de negociação e ao nível de informação. Com facilidade, tal situação leva o consumidor a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o respetivo conteúdo<sup>1</sup>. Razão pela qual o artigo 6.º n.º 1 da Diretiva prevê que as cláusulas abusivas não vinculam o consumidor. Trata-se, pois, de uma disposição imperativa que se destina a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e as obrigações dos contratantes por um equilíbrio real suscetível de restabelecer a igualdade entre as partes.

Desta forma, considera o Tribunal de Justiça que o juiz nacional deve ter a sua ação concertada essencialmente em dois momentos. Num primeiro momento, apenas poderá apreciar oficiosamente uma cláusula não impugnada pelo demandante, se dispuser dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito. Se os tiver, sanará, deste modo, o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional. Mas, se não dispuser de todos esses elementos, não está em condições de proceder ao exame oficioso das cláusulas.

Num segundo momento, a ponderação do juiz deve respeitar os limites do objeto do litígio, entendido como o resul-

<sup>1</sup> Vide, neste sentido, o Acórdão do TJUE de 17 de maio de 2018, *Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, processo C-147/16, EU:C:2018:320, disponível em [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

tado que uma parte prossegue com as suas pretensões, interpretadas à luz dos pedidos e fundamentos apresentados. Com efeito, não pode ignorar ou exceder os limites do objeto do litígio tal como as partes o configuraram nas suas pretensões, interpretadas à luz dos fundamentos que invocaram. Por conseguinte, o juiz nacional não está obrigado a ampliar esse litígio para além dos pedidos e dos fundamentos apresentados. Isto é, não está obrigado a analisar "individualmente, quanto ao seu carácter eventualmente abusivo, todas as outras cláusulas de um contrato das quais apenas algumas são objeto da ação intentada" perante o Tribunal.

Contudo, o Tribunal sublinha que, "para que o consumidor possa beneficiar plenamente da proteção que a Diretiva 93/13/CEE lhe confere e não seja posto em causa o efeito útil dessa proteção, o juiz nacional não deve fazer uma leitura formalista das pretensões que lhe são submetidas". Pelo contrário, deve interpretar e ponderar o seu conteúdo à luz dos fundamentos invocados e que lhes servem de base. Destarte, incumbe ao juiz nacional adotar, se necessário officiosamente, "as medidas de instrução para completar esse processo, pedindo às partes, no respeito do contraditório, os esclarecimentos e os documentos necessários para o efeito".

Está, assim, o juiz nacional obrigado a adotar officiosamente medidas de instrução, "desde que os elementos de direito e de facto que já figuram no referido processo suscitem sérias dúvidas quanto ao carácter abusivo de determinadas cláusulas que, embora não tenham sido impugnadas pelo consumidor, estão relacionadas com o objeto do litígio e que, por conseguinte, a realização do exame officioso que incumbe a esse juiz exija que tais medidas de instrução sejam tomadas."

Em suma, entende o TJUE que o exame officioso obrigatório operado pelo juiz nacional, quando chamado a pronunciar-se por força da Diretiva 93/13, está limitado, inicialmente, às

cláusulas contratuais cujo carácter abusivo pode ser determinado com base nos elementos de direito e de facto que figuram nos autos. Depois, não pode ignorar ou exceder os limites do objeto do litígio tal como as partes o configuraram, aumentando ou diminuindo o pedido. Mas também não pode ficar inerte, devendo adotar medidas de instrução – o que de resto vai de encontro ao princípio do contraditório – facultando às partes a possibilidade de se pronunciarem, fornecendo os elementos e documentos necessários para o exame.

Face ao exposto, e segundo o entendimento do TJUE, a Diretiva – mormente o artigo 6.º n.º1 - deve ser interpretada “no sentido de que um juiz nacional, chamado a pronunciar-se sobre uma ação intentada por um consumidor e destinada a obter a declaração do carácter abusivo de determinadas cláusulas constantes de um contrato que este último celebrou com um profissional, não está obrigado a apreciar oficiosamente e individualmente todas as outras cláusulas contratuais, que não foram impugnadas pelo dito consumidor, a fim de verificar se as mesmas podem ser consideradas abusivas, mas apenas as que estão relacionadas com o objeto do litígio, tal como este foi delimitado pelas partes, desde que o juiz nacional disponha dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito, completados, eventualmente, por medidas de instrução”.

O TJUE recordou ainda que, em conformidade com o artigo 4.º n.º 1, da Diretiva 93/13, o juiz nacional, para fazer uma apreciação sobre o carácter eventualmente abusivo de uma cláusula contratual que serve de base ao pedido que lhe foi submetido, deve ter em conta todas as outras cláusulas do contrato em apreço. De facto, “Esta obrigação de ter em conta todas as outras cláusulas do contrato celebrado entre um profissional e um consumidor explica-se pelo facto de que o exame da cláusula impugnada deve ter em conta todos



os elementos suscetíveis de serem pertinentes para compreender essa cláusula no seu contexto, na medida em que, em função do conteúdo desse contrato, pode ser necessário, para efeitos da apreciação do caráter abusivo da referida cláusula, avaliar o efeito cumulativo de todas as cláusulas do referido contrato”.

Todavia, a Alta Instância Europeia deixa bem claro que “daí não decorre que o juiz nacional esteja obrigado a examinar oficiosamente essas outras cláusulas contratuais de maneira autónoma quanto ao seu caráter eventualmente abusivo, no âmbito da apreciação que efetua com base no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13”. E remata, afirmando que “embora seja verdade que, para apreciar o caráter abusivo da cláusula contratual que serve de base às pretensões de um consumidor, se deva ter em conta todas as outras cláusulas do contrato celebrado entre um profissional e esse consumidor, essa tomada em consideração não implica, enquanto tal, uma obrigação, para o juiz nacional chamado a pronunciar-se, de examinar oficiosamente o caráter eventualmente abusivo de todas essas cláusulas”.

Conclui o TJUE, após toda a argumentação supra exposta, que no caso *sub judice*, considerando o Tribunal de Budapeste-Capital que as cláusulas não impugnadas por G. Lintner não estão relacionadas com o objeto do litígio no processo principal, então “a obrigação de exame oficioso resultante da Diretiva 93/13 não se estende às referidas cláusulas, sem prejuízo das verificações que o órgão jurisdicional de reenvio deverá, sendo caso disso, efetuar no que respeita ao objeto preciso do referido litígio, tendo em conta os pedidos e os fundamentos invocados por G. Lintner”.

### III. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Ao longo do séc. XX assistiu-se a uma crescente preocupação com a defesa do consumidor na linha de evolutiva do direito contemporâneo, *maxime* do direito privado. Mas, apesar disso, a revolução industrial e comercial trouxe consigo o nascimento da sociedade do consumo: da sociedade de risco, de abundância e de abusos. Com efeito, acentuou-se a situação de desequilíbrio entre o consumidor e o profissional. Multiplicaram-se as fontes de riscos e surgiram problemas novos: os contratos de adesão, a responsabilidade do produtor pelos defeitos dos produtos que coloca em circulação, a publicidade e o “marketing”, o crédito ao consumo e o endividamento dos consumidores, os contratos celebrados à distância, as viagens organizadas, entre outros<sup>2</sup>.

Desde então, assiste-se em toda a Europa a uma intervenção legislativa profunda e extensa tendo como denominador comum a proteção do consumidor. Este, pela sua situação de dependência ou de debilidade (económica, técnica, jurídica, cultural ou outra), encontra-se numa posição de vulnerabilidade face à organização económica da sociedade<sup>3</sup>. O Direito Europeu do Consumidor tem, então, como principal objetivo a aproximação e a harmonização das ordens jurídicas nacionais com a ordem jurídica comunitária em matéria de proteção do consumidor. O reforço da defesa dos consu-

.....  
<sup>2</sup> ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, O novo regime da contratação à distância, *in Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2015, pp. 11-18.

<sup>3</sup> Nas palavras de Sandra Passinhas, “A vulnerabilidade do consumidor é um estado de fraqueza ou fragilidade (powerlessness), que resulta de um desequilíbrio que lhe é desfavorável, seja na exposição a mensagens e a práticas comerciais, seja nas mais ou menos intensas interações de mercado.” – cfr. SANDRA PASSINHAS, O lugar da vulnerabilidade do direito do consumidor português, *in Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, dezembro 2019, p. 258.

midores constitui um dos princípios do Tratado da União Europeia (artigo 3.º, alínea f)).

Além disso, importa referir que o Direito Europeu do Consumidor, surge configurado como um direito de mercado<sup>4</sup>, ou seja, operacionalizado à construção e funcionamento do mercado interno. O artigo 4.º n.º 2 do TFUE, determina que a União Europeia dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros nos domínios do mercado interno (alínea a)) e da defesa dos consumidores (alínea f)). Por seu turno, o artigo 169.º n.º 1 TFUE estabelece que a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribui para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos mesmos, bem como para a promoção do seu direito à informação, educação e organização para a defesa dos seus interesses<sup>5</sup>.

Mas, importa também referir que o Direito do Consumidor não visa apenas a proteção do próprio consumidor. Tem também por finalidade a regulação do mercado e a proteção de uma certa ordem económica integrando, por isso, o conceito de ordem pública<sup>6</sup>. Assim, o princípio da proteção do consumidor integra a ordem pública comunitária, entendida como um conjunto de princípios comuns fundamentais

.....

<sup>4</sup> Cfr. SANDRA PASSINHAS, "O fundamento da proteção conformada num modelo de mercado cinge-se, pois, na situação de desvantagem posicional em que, no mercado, se considera encontrar o consumidor face ao profissional: o desequilíbrio quanto à informação, a poder negocial, à segurança, ao acesso à justiça e à representação." - SANDRA PASSINHAS, *op. cit.*, p. 267. No mesmo sentido vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Alameda, Coimbra, 2005, pp. 44 e ss.

<sup>5</sup> Vide, neste sentido, SANDRA PASSINHAS, *op. cit.*, pp. 263 e 264.

<sup>6</sup> LUÍS FILIPE SOUSA, Cláusulas abusivas na jurisprudência Europeia – Aparentamentos, e-book, *Direito do Consumo*, Centro de Estudos Judiciários, dezembro de 2014, pp. 9 a 26.

dos Estados Membros que surgem indexados às necessidades comuns do conjunto comunitário<sup>7</sup>.

Cada Estado Membro tem as suas fontes de Direito do Consumidor. Duas dessas fontes serão os Regulamentos e Diretivas Europeias. Quanto a estas últimas, estabelece o parágrafo 3.º do artigo 288.º do TFUE que “A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Em princípio, as Diretivas são fonte de indireta de Direito do Consumidor, visto que carecem de transposição para o direito interno.

Todavia, em certos casos, será de admitir o chamado efeito direto<sup>8</sup>. No caso das Diretivas, para que se admita o efeito direto<sup>9</sup> será necessário que se trate de uma norma incondicional e suficientemente precisa e que tenha decorrido o prazo de transposição da diretiva ou esta ser transposta erradamente ou de modo insuficiente<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> LUÍS FILIPE SOUSA, *Breve itinerário pelo direito comunitário do consumo, in Sub Judge – Justiça e Sociedade*, n.º 36, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 57-59.

<sup>8</sup> Segundo Luís Filipe Sousa, o “efeito directo designa a faculdade que assiste aos particulares de invocar a aplicação pelos tribunais nacionais de normas que, contendo direitos, apresentam determinadas características que possibilitam tal invocação (característica da norma em si, a qual pode correr nas normas das directivas)”. Contudo, para que os particulares possam lançar mão desta faculdade tem-se entendido que é necessário que se verifiquem dois requisitos. Com efeito, uma Diretiva terá efeito direto quando as suas disposições forem incondicionais e suficientemente claras e precisas e quando o Estado-Membro da UE não tiver transposto a diretiva no prazo previsto. – cfr. LUÍS FILIPE SOUSA, *op. cit.*, pp. 62 e 63.

<sup>9</sup> Importa distinguir efeito direto da aplicabilidade direta. Esta última significa que determinados atos entram em vigor na ordem jurídica interna, sem necessidade de qualquer ato de transposição por parte dos Estados Membros (será o caso dos Regulamentos). – cfr. LUÍS FILIPE SOUSA, *op. cit.*, pp. 62 e 63.

<sup>10</sup> Neste sentido, discorre Miguel Gorjão Henriques, em anotação ao artigo 288.º, no sentido de que “A directiva gera para o Estado, a partir da sua vigência a nível da UE, uma vinculação imediata. Se o EM estava obrigado a transpor a Directiva e não o faz (no prazo por esta fixado), coloca-se numa situação de incumprimento, sancionável contenciosamente (art. 258.º TFUE) e não pode, segundo o TJUE, prevalecer-se (beneficiando) perante os par-

De qualquer modo, e atendendo ao princípio da interpretação conforme, o órgão jurisdicional nacional do Estado-Membro está obrigado a interpretar a respetiva Lei nacional, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da Diretiva, para atingir o resultado prescrito no referido artigo 288º do TFUE. A interpretação conforme apenas deve atuar quando o sentido da norma nacional for ambíguo, operando-se, entre os vários sentidos possíveis ou viáveis, uma interpretação que seja conforme ao Direito Europeu.

O Tribunal de Justiça tem admitido que, embora a transposição de uma Diretiva não exija necessariamente uma atuação legislativa de cada Estado-Membro, é indispensável que o direito nacional garanta a plena aplicação das Diretivas emanadas pela União Europeia. Ou seja, é necessário que as normas adotadas pelo Direito nacional sejam suficientemente claras e precisas, por forma a que os destinatários possam conhecer a plenitude dos seus direitos. Só desta forma estarão em condições de as poder invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais, caso se mostre necessário. E, obviamente, esta última condição é particularmente importante quando a Diretiva em causa visa conceder direitos aos nacionais de outros Estados-Membros, como o caso da Diretiva 93/13/CEE atinente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores<sup>11</sup>.

Ora, quando um órgão jurisdicional nacional se depara com uma situação em que é questionável a conformidade

.....  
ticulares do seu próprio incumprimento (é um afloramento do princípio do estoppel). Pelo que, se a Directiva não transposta (ou incorretamente transposta) reunir as condições de que depende o efeito directo de qualquer norma da UE, o particular poderá invocá-la jurisdicionalmente contra o Estado inadimplente, obtendo o benefício da sua aplicação ou desaplicação das normas nacionais que a esta se oponham." – cfr. MANUEL LOPES PORTO / GONÇALO ANASTÁCIO (Coord.), Tratado de Lisboa: anotado e comentado, Coimbra, Almedina, 2012, p. 1031.

<sup>11</sup> LUÍS FILIPE SOUSA, *op. cit.*, pp. 60 e 61.

do direito nacional com o direito comunitário, o artigo 234.º do TUE prevê a formulação de um pedido de decisão prejudicial. Contudo, importa não esquecer que o TJUE é um intermediário nos processos de reenvio prejudicial. Isto é: “a questão é colocada pelo juiz nacional ao Tribunal de Justiça, a interpretação é dada por este último e a aplicação da decisão prejudicial ao caso concreto será feita novamente pelo órgão jurisdicional nacional”<sup>12</sup>. De facto, a competência do TJUE abrange a interpretação das disposições constantes nas Diretivas e a avaliação sobre os critérios que o juiz nacional pode ou deve aplicar no exame de uma cláusula contratual. Deste modo, “após munir o tribunal nacional dos critérios de interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça deixa ao tribunal nacional uma margem de apreciação a exercer de acordo como o direito nacional”<sup>13</sup>.

Esta competência e as especificidades relativas à apreciação dos pedidos de reenvio prejudicial encontram-se plasmadas no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Assim, diz-nos esta norma que:

“O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.”

.....  
<sup>12</sup> LUÍSA LOURENÇO, O Reenvio prejudicial para o TJUE e os pareceres consultivos do Tribunal EFTA, *in* *Julgar*, n.º 35, Lisboa, Almedina, 2018, p. 191.

<sup>13</sup> LUÍS FILIPE SOUSA, Cláusulas abusivas na jurisprudência Europeia – Apontamentos, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, dezembro de 2014, doc. eletrónico disponível em <https://elearning.cej.mj.pt/mod/folder/view.php?id=6758>, p. 3.

Adicionalmente, os números 2 a 4 deste artigo estabelecem que:

“Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.”

Assim sendo, a possibilidade de pedido de decisão prejudicial prevista no artigo supratranscrito consubstancia, nada mais nada menos do que “um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a resolução dos litígios que são chamados a decidir”<sup>14</sup>. Deste modo, trabalha-se no sentido de garantir uma maior

.....  
<sup>14</sup> LUÍS FILIPE SOUSA, *op. cit.*, p. 3.

uniformidade dos efeitos jurídicos<sup>15</sup> das normas de direito da União Europeia em todo o seu território<sup>16</sup>.

Por fim, importa notar que o TJUE, admitindo que o reenvio se destina a “evitar divergências na interpretação do direito comunitário, cuja aplicação cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais” acrescentou, no Acórdão de 16 de janeiro de 1974, processo C-166/73 (*Rheinmühlen Düsseldorf contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*) que este instrumento assegura essa aplicação, “ao facultar ao juiz nacional um meio para eliminar as dificuldades que a exigência de dar ao direito comunitário o seu pleno efeito no âmbito dos sistemas jurisdicionais dos Estados-Membros poderia suscitar”.<sup>17</sup>

#### IV. COMENTÁRIOS CRÍTICOS COM BASE NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Feitas estas considerações introdutórias, importa agora analisar a argumentação utilizada pelo TJUE no Acórdão em apreço.

É verdade que, entre as partes de um contrato não negociado (contrato de adesão) se gera uma situação de desequilíbrio, essencialmente por dois motivos. Primeiro porque entre o profissional e o consumidor existe uma desigualdade no que concerne ao acesso à informação. E, em segundo lugar, por causa da desigualdade no poder de negociação<sup>18</sup>.

.....

<sup>15</sup> Assegura, também, a igualdade jurídica de todos os cidadãos europeus e, por conseguinte, o desenvolvimento harmonioso do Direito da União e a sua aplicação efetiva – cfr. LUÍSA LOURENÇO, *op. cit.*, p. 191.

<sup>16</sup> LUÍSA LOURENÇO, *op. cit.*, p. 189. Acrescenta ainda a autora que o pedido de decisão prejudicial é, “por excelência, um instrumento de diálogo e complementaridade entre os diferentes estratos da organização judiciária” – cfr. LUÍSA LOURENÇO, *op. cit.*, pp. 190 e 191.

<sup>17</sup> Acórdão do TJUE de 16 de janeiro de 1974, processo C-166/73, (*Rheinmühlen Düsseldorf contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*), disponível em [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

<sup>18</sup> Neste sentido, já o Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2000 nos processos C-240/98, C-241/98, C-243/98 e C-244/98, disponível em



Daí que o artigo 3.º n.º 1 da Diretiva 1993/13/CEE determine que “uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”. Concretiza o n.º 2 do artigo 3.º o conceito de cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação inicial:

Considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão.

Ora, a proteção do consumidor é feita quer pelo controlo de inclusão, quer pelo controlo de conteúdo das cláusulas. Através do controlo de inclusão das cláusulas contratuais não negociadas, o direito europeu protege o aderente contra as cláusulas contratuais desconhecidas<sup>19</sup>. Com efeito, por via do dever de transparência plasmado no artigo 5.º da Diretiva, estabelece-se que:

.....

<https://eur-lex.europa.eu/>, afirmava que “o sistema de protecção implementado pela directiva repousa na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas”. No mesmo sentido, vide o Acórdão do TJUE de 30 de maio de 2013, processo C-488/11, também disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>19</sup> Estabelece, assim, o artigo 5.º o *principio in dubio contra stipulatorem* – cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA, Cláusulas abusivas em contratos com os consumidores. A Diretiva 1993/13/CE, de 5 de abril de 1993, e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Volume III, Coimbra, Almedina, 2013, p. 587.

No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor.

Já através do controlo de conteúdo, é possível avaliar o carácter abusivo das cláusulas quer através dos critérios gerais da “boa-fé” e do “desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor”, quer através das listas de cláusulas proibidas. Na primeira hipótese, os critérios gerais de controlo decorrem da coordenação do já enunciado artigo 3.º n.º 1 com o artigo 4.º n.º 1 da Diretiva. Quanto às listas, prevê a Diretiva um anexo com uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas (artigo 3.º n.º 3).

Ora, o artigo 3.º n.º 1 da Diretiva enuncia de forma abstrata os elementos que conferem um carácter abusivo a uma cláusula contratual que não foi objeto de negociação individual. E, complementando e concretizando, estabelece o n.º 1 do artigo 4.º o carácter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.

Assim, os artigos 3.º n.º 1 e 4.º da Diretiva devem ser interpretados no sentido de que “O exame do carácter eventualmente abusivo de uma cláusula de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor implica determinar se ela cria, em detrimento do consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes contratuais. Esse exame deve ser efetuado tendo em conta as regras

nacionais que, na falta de acordo entre as partes, são aplicáveis, os meios de que o consumidor dispõe, ao abrigo da regulamentação nacional, para pôr termo à utilização desse tipo de cláusulas, a natureza dos bens ou dos serviços objeto do contrato em causa e todas as circunstâncias que rodeiam a sua celebração<sup>20</sup>.

No caso *sub júdice*, argumentou o TJUE que, para apreciar o carácter abusivo da cláusula contratual que serve de base às pretensões de um consumidor, se deve ter em conta todas as outras cláusulas do contrato celebrado entre um profissional e esse consumidor – que, de resto, é o que se pode ler na parte final do artigo 4.º n.º 1 da Diretiva. Porém, defende o Tribunal que, para efeitos do artigo 6.º n.º 1 da Diretiva, tal tomada de consideração não implica, enquanto tal, uma obrigação, para o juiz nacional chamado a pronunciar-se, de examinar oficiosamente o carácter eventualmente abusivo de todas essas cláusulas.

Concordamos inteiramente com a posição assumida pelo Tribunal quanto a esta relação entre o teor do artigo 4.º n.º 1 e do artigo 6.º n.º 1 Diretiva. Se não repare-se: é o próprio artigo 4.º n.º 1 que utiliza a forma verbal “poderá” para elencar algumas características a ter em conta na avaliação do carácter abusivo da cláusula. A letra da lei não impõe, de forma nenhuma, a obrigatoriedade do Tribunal, chamado a apreciar o carácter abusivo de determinadas cláusulas impugnadas por um consumidor, de examinar oficiosamente o carácter eventualmente abusivo de todas essas cláusulas. Estabelece, antes, a possibilidade de se tomarem em consideração “todas as outras cláusulas do contrato” para avaliar o carácter abusivo de uma determinada cláusula do contrato.

.....  
<sup>20</sup> Acórdão TJUE de 26 de janeiro de 2017, Processo C-421/14, disponível em [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

Ora, prescreve o artigo 6.º n.º 1 da referida Diretiva que:

Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.

Deve recordar-se – tal como fez o TJUE no seu Acórdão – que o sistema implementado pela Diretiva repousa na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação esta que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o conteúdo destas.

É neste sentido que se considera a possibilidade de conhecimento officioso pelo juiz das cláusulas abusivas. Caso contrário, “O artigo 6.º da Directiva 1993/13/CE, que obriga os Estados-Membros a preverem que as cláusulas abusivas não vinculam os consumidores, não estaria cumprido se os consumidores se vissem na obrigação de suscitar eles mesmos a questão do carácter abusivo dessas cláusulas”<sup>21</sup>.

Ademais, estabelece o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 que “Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.” Com efeito, pode-se afirmar que “A possibilidade de o órgão jurisdicional nacional

.....  
<sup>21</sup> SANDRA PASSINHAS, *op. cit.*, p. 262, nota de rodapé 10.

apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual constitui o meio adequado para atingir o objetivo visado no artigo 7.º<sup>22</sup>.

A faculdade do juiz de apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula não negociada é um meio adequado para realizar, simultaneamente, os objetivos previstos nos artigos 6.º e 7.º da Diretiva. Por um lado, cumpre o objetivo previsto no artigo 6.º na medida em que impede que o consumidor fique vinculado às cláusulas contratuais abusivas. Por outro, cumpre o objetivo do artigo 7.º ao dissuadir os profissionais da utilização das cláusulas contratuais abusivas ao impedir que o consumidor lhes fique vinculado<sup>23</sup>.

É certo que – conforme referiu o TJUE – “a situação de desequilíbrio entre o consumidor e o profissional pode ser compensada por uma intervenção positiva, exterior às partes no contrato”<sup>24</sup>. Destarte, o TJUE afirma com toda a clareza que o juiz nacional deve apreciar oficiosamente as cláusulas contratuais cujo carácter abusivo pode ser determinado com base nos elementos de facto e de direito que figuram nos autos.

Já nos Acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2009, processo C-243/08 e de 9 de Novembro de 2010, processo C-137/08, o TJUE distinguia a faculdade do juiz se pronunciar sobre a natureza eventualmente abusiva de uma cláusula contratual, da obrigação deste examinar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula não impugnada pelo demandante, desde que disponha dos elementos de facto

.....  
<sup>22</sup> GABRIELA CUNHA RODRIGUES, A injunção à luz das recentes alterações legislativas e das reflexões do Grupo de Trabalho constituído por Despacho de 24.5.2018, *in Julgar Online*, dezembro 2019, p. 5.

<sup>23</sup> NUNO PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 601.

<sup>24</sup> Posição de, de resto, vem sido assumida por vária jurisprudência do TJUE. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do TJUE 9 de novembro de 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, processo C-137/08 e o Acórdão do TJUE de 17 de maio de 2018, *Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, processo C-147/16.

e de direito necessários para o efeito. Concluiu o Tribunal nos referidos casos que “o papel que o direito comunitário atribui assim ao órgão jurisdicional nacional no domínio em causa não se limita à simples faculdade de se pronunciar sobre a natureza eventualmente abusiva de uma cláusula contratual, abrangendo também a obrigação de examinar officiosamente essa questão, desde que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para o efeito, inclusive quando se interroga sobre a sua própria competência territorial”. Argumento igualmente utilizado no caso em apreço.

Contudo, argumentou o TJUE – e bem – no caso *sub júdice* que este exame officioso operado pelo juiz deve respeitar os limites do objeto do litígio, entendido como o resultado que uma parte prossegue com as suas pretensões e interpretadas à luz dos pedidos e fundamentos apresentados pelas partes.

Ora, com a propositura da ação, “o autor formula o pedido, determinando formalmente pela providência requerida e materialmente pela afirmação de uma situação jurídica, dum efeito querido ou de um efeito jurídico, e fundado, de acordo com a imposição da substanciação, numa causa de pedir, assim conformando o objeto do processo.”<sup>25</sup> Trata-se, pois, de uma manifestação do princípio do dispositivo: as partes têm a disponibilidade da tutela jurisdicional<sup>26</sup>.

Quando uma parte formula um pedido, este tem de ser fundamentado, isto é, tem que assentar numa causa de pedir. A causa de pedir desempenha, pois, uma função de fundamentação do pedido: o autor fundamenta o pedido numa certa causa de pedir, que fornece o porquê do pedido. E, além disso, é a causa de pedir que fixa os limites de cognição do tribunal (5.º n.º 1 do CPC). O autor está vincula-

.....  
<sup>25</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª edição, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 165.

<sup>26</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, p. 159.

do ao ónus de alegar, de forma substanciada, os factos que integram a causa de pedir.

Assim, tendo presente que o pedido (explanado na petição inicial) tem por destinatário o tribunal e a contraparte, “o acto da parte deve ser interpretado de acordo com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório – o tribunal e/ou a contraparte – possa deduzir do comportamento da parte (art.º 236 n.º 1 do Código Civil). Em caso de dúvida séria sobre o sentido da declaração, o tribunal está vinculado ao dever de procurar esclarecimento junto da parte (artigo 7.º, n.º 2, do CPC)”<sup>27</sup>.

O Tribunal (ao abrigo do princípio da cooperação inter-subjetiva – artigo 7.º n.º 1 CPC) está vinculado a um dever de colaboração com as partes. Um dos desdobramentos deste princípio traduz-se no dever de consulta. Por conseguinte, o juiz tem o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (artigo 3.º n.º 3 do CPC). Este dever – que se mantém durante toda a tramitação da ação — tem como principal finalidade evitar as chamadas decisões-surpresa, ou seja, as decisões sobre matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes<sup>28</sup>.

É neste sentido que o princípio do contraditório é entendido “como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do

.....  
<sup>27</sup> Acórdão do TRC de 02-06-2015, processo n.º 5202/12.4TBLRA.C1, pesquisável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>28</sup> Cfr. posição assumida no Acórdão do TRC de 02-06-2015, processo n.º 5202/12.4TBLRA.C1, pesquisável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão<sup>29</sup>.

Deste modo, o princípio do contraditório traduz-se na exigência de facultar às partes (antes da elaboração da sentença) oportunidade para discutir todas as questões de Direito. Esta manifestação do princípio do contraditório torna-se ainda mais importante quando estão em causa matérias (de direito material ou processual) das quais o juiz pode conhecer oficiosamente.

Até porque, uma decisão surpresa afeta um valor particularmente relevante da decisão judicial: a previsibilidade da decisão. De facto, “a decisão do tribunal deve corresponder aquilo que é alegado e discutido durante o processo, não devendo as partes ser surpreendidas com uma decisão que, embora baseada numa matéria de conhecimento oficioso, aprecia uma questão que nenhuma das partes alegou ou discutiu<sup>30</sup>. Se o juiz decidir basear a sua decisão em factos sobre os quais as partes não se pronunciaram, “seja mediante o conhecimento do mérito da causa, seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição<sup>31</sup>. É, assim, necessário, em virtude deste princípio dar às partes a possibilidade de se pronunciarem quanto a questões de direito novas, isto é, ainda não discutidas no processo.

A nossa posição não pode ser outra se não a de concordância com aquilo que o TJUE afirmou quanto a esta questão: o poder de conhecimento oficioso do juiz tem sempre como limite último a delimitação do objeto do litígio.

Mas, se é verdade que o juiz nacional não deve ultrapassar os limites do objeto do litígio, também não deve fazer uma leitu-

<sup>29</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, pp. 126 e 127.

<sup>30</sup> Acórdão do TRC de 2-06-2015, processo n.º 5202/12.4TBLRA.C1, pesquisável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>31</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, p. 135.



ra formalista e simplória. Segundo o TJUE deve, “pelo contrário, apreender o seu conteúdo à luz dos fundamentos invocados”.

As razões justificativas da atribuição ao juiz nacional do dever de adotar medidas de instrução para determinar se a cláusula contratual não negociada, cuja invalidade é colocada à sua apreciação, estende-se para qualquer outra cláusula não negociada presente no contrato de adesão. Com efeito, “O princípio de que o juiz nacional pode e deve, officiosamente, adoptar medidas de instrução - 1.º - para determinar se uma cláusula foi, ou não, objecto de negociação individual, “enquadra(ndo)-se no âmbito de aplicação da directiva” e, - 2.º em caso afirmativo, para determinar se uma cláusula que não foi objecto de negociação individual é, ou não, abusiva, só pode ser um princípio geral”<sup>32</sup>.

Jurisprudência constante do Tribunal de Justiça – argumento igualmente adotado pelo TJUE no Acórdão em apreço – tem admitido que incumbe ao juiz nacional adotar officiosamente medidas de instrução para determinar se uma cláusula que figura no contrato que é objeto do litígio que lhe submetido, e que foi celebrado entre um profissional e um consumidor, é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13<sup>33</sup>. Remata a Alta Instância que o órgão jurisdicional nacional deve tomar, “se necessário officiosamente, as medidas de instrução para completar esse processo, pedindo às partes, no respeito do contraditório, os esclarecimentos e os documentos necessários para o efeito”.

Quanto a uma eventual extemporaneidade, muito embora o Acórdão em análise não o refira expressamente, o juiz pode e deve conhecer do carácter abusivo da cláusula a todo o tempo, uma vez que a introdução de limites temporais

<sup>32</sup> NUNO PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 604.

<sup>33</sup> Vide, neste sentido, o Acórdão do TJUE de 9 de novembro de 2010, VB Pénzügyi Lízing, processo C-137/08 e o Acórdão do TJUE de 7 de novembro de 2019, Profi Credit Polska, processos C-419/18 e C-483/18.

(por exemplo, prazos de caducidade) “tornariam impossível ou, pelo menos, excessivamente difícil a atuação ou o exercício dos direitos dos consumidores atribuídos ou reconhecidos pela directiva”<sup>34</sup>. Com efeito, para privarem os consumidores da proteção que a Directiva lhes confere, os profissionais teriam apenas que aguardar que os prazos expirassem.

No entanto, e segundo Nuno Pinto Oliveira, “o princípio de que o juiz nacional pode e deve conhecer do carácter abusivo da cláusula a todo o tempo, no âmbito de uma (qualquer) acção ou no âmbito de um (qualquer) recurso, tem, conseqüentemente, um limite: as modalidades de aplicação do princípio da autoridade do caso julgado definidas pela ordem jurídica interna dos Estados-Membros”<sup>35</sup>.

Em suma, no caso em apreço, *G. Lintner* visava apenas obter a declaração do carácter abusivo das cláusulas contratuais que conferiam ao *UniCredit Bank* a faculdade de alterar unilateralmente o contrato de mútuo em causa no processo principal. As cláusulas do contrato relativas ao certificado notarial, aos fundamentos da rescisão e a determinadas despesas a cargo de *G. Lintner*, não foram impugnadas no processo principal na sua acção inicial.

Assim, à luz do entendimento do TJUE, se o órgão jurisdicional nacional entender que as cláusulas que não foram impugnadas por *G. Lintner* não estão relacionadas com o objeto do litígio no processo principal, então não terá que as examinar oficiosamente, por não dispor dos elementos de facto e de direito necessários para o fazer. Isto é, o Tribunal pode entender que as cláusulas que permitem ao *UniCredit Bank* alterar unilateralmente o contrato, não dependem de modo algum de uma decisão relativa a essas outras cláusulas constantes do contrato. Destarte, nesta situação, a obrigação de exame

.....  
<sup>34</sup> NUNO PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 606.

<sup>35</sup> NUNO PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 608-610.

oficioso resultante da Diretiva 93/13 não se estende às referidas cláusulas, sem prejuízo das verificações que o órgão jurisdicional de reenvio deverá, sendo caso disso, efetuar no que respeita ao objeto preciso do referido litígio, tendo em conta os pedidos e os fundamentos invocados por *G. Lintner*.

Posição que, no nosso entendimento, está em perfeita harmonia com os princípios do pedido, da cooperação e do contraditório. Enaltece-se, ainda, a ideia de que o juiz nacional deve adotar uma postura ativa no processo. Postura essa que se concretiza através da adoção de medidas de instrução que permitam – mesmo quando o carácter abusivo de cláusulas não seja impugnado pelo consumidor – inferir à luz dos fundamentos invocados pela parte da eventual relação com o objetivo do litígio, estando assim, obrigado pela Diretiva a conhecê-las oficiosamente.

Mas também pode suceder que, com base nos elementos de facto e de direito ou outros comunicados na sequência de medidas de instrução tomadas oficiosamente, o juiz nacional conclua que determinada cláusula revista carácter abusivo. Isto é, depois de ter apreciado oficiosamente, constatar que a cláusula está abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva e que reveste carácter abusivo. Regra geral, entende o TJUE – e bem – que este está obrigado a informar as partes e convidá-las a discuti-la – respeitando, assim o contraditório – de acordo as regras processuais nacionais.

Como última nota – e que o TJUE fez também questão de recordar – importa ainda não esquecer que, nos termos do artigo 8.º da Diretiva 93/13, “os Estados-Membros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor”. Por conseguinte, os Estados-Membros são livres de prever, no seu direito interno, um exame oficioso mais amplo do

que aquele que os seus órgãos jurisdicionais devem efetuar por força desta diretiva.

## V. NOTAS CONCLUSIVAS

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no Acórdão que redigiu no âmbito do processo C-511/17, trouxe novos desenvolvimentos à interpretação da Diretiva 93/13/CEE e ao regime das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, em particular no que toca a contratos de mútuo hipotecário em divisa estrangeira.

Como vimos, a competência do TJUE abrange a interpretação das disposições constantes nas Diretivas e a avaliação sobre os critérios que o juiz nacional pode ou deve aplicar no exame de uma cláusula contratual. A tarefa primordial do TJUE nesta matéria, é munir os Tribunais dos Estados Membros com critérios de interpretação do Direito Comunitário – onde as Diretivas fazem parte. Restará uma margem de apreciação ao juiz nacional que deverá ponderar de acordo com o direito nacional.

Munido de orientações interpretativas, o juiz nacional ponderará face às circunstâncias do caso concreto. Mas não basta uma postura de inércia. Para poder conhecer oficiosamente do eventual carácter abusivo de uma cláusula não impugnada pelo consumidor o juiz tem, desde logo, de perceber se tem os elementos de facto e de direito que permitam fazer esse exame.

Dir-se-á, até, em nosso entendimento, que o juiz nacional tem que assumir uma postura ativa neste tipo de ações, devendo adotar todas as medidas de instrução necessárias à boa resolução da causa. Mesmo quando os elementos de facto e de direito carreados nos autos suscitem sérias dúvidas quanto ao carácter abusivo de cláusulas não impugnadas pelo consumidor – e obviamente relacionadas com o objeto

do litígio – mas não seja possível tecer apreciações definitivas, incumbe ao juiz nacional adotar, se necessário oficiosamente, as medidas que afigure necessárias para completar esse processo. Nomeadamente, pedindo às partes, em respeito pelo princípio do contraditório e da cooperação intersubjetiva, os esclarecimentos e os documentos necessários para o efeito.

Concluimos, pois, embora a posição do TJUE se revele inovadora face ao papel do juiz, é necessário que os Estados Membros concretizem esta orientação jurisprudencial europeia. Aliás, não é por acaso que um dos cinco domínios prioritários da Nova Agenda do Consumidor (2020-2025) estipulados pela União visa a aplicação e reparação dos direitos dos consumidores. A pedra de toque da conjugação do artigo 4.º n.º 1 e do artigo 6.º n.º 1 da Diretiva 93/13/CEE prende-se com a capacidade do juiz não ampliar o objeto do litígio oficiosamente (para assim analisar todas as outras cláusulas do contrato) mas da sua capacidade de ponderar e avaliar a situação concreta em função dos meios carreados nos autos. E, se necessário, diligenciar para obter, junto das partes, outros meios e documentos necessários à boa resolução da causa.

## **BIBLIOGRAFIA FINAL**

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª edição, Coimbra, GestLegal, 2017
- PORTO, MANUEL LOPES / ANASTÁCIO, GONÇALO (COORD.), *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, Coimbra, Almedina, 2012
- LOURENÇO, LUÍSA, O Reenvio prejudicial para o TJUE e os pareceres consultivos do Tribunal EFTA, in *Julgar*, n.º 35, Lisboa, Almedina, 2018, pp. 187-205
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, O novo regime da contratação à distância, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2015, pp. 11-18
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, Cláusulas abusivas em contratos com os consumidores. A Diretiva 1993/13/CE, de 5 de abril de 1993, e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Volume III, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 581-610
- PASSINHAS, SANDRA, O lugar da vulnerabilidade do direito do consumidor português, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º15, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, dezembro 2019, pp. 205-308
- RODRIGUES, GABRIELA CUNHA, A injunção à luz das recentes alterações legislativas e das reflexões do Grupo de Trabalho constituído por Despacho de 24.5.2018, in *Julgar Online*, 2019, pp. 1-24
- SOUSA, LUÍS FILIPE, Breve itinerário pelo direito comunitário do consumo, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 36, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 57-66
- SOUSA, LUÍS FILIPE, Cláusulas abusivas na jurisprudência Europeia – Apontamentos, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, dezembro de 2014, doc. eletrónico disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/mod/folder/view.php?id=6758>

### Índice de Jurisprudência Nacional

Acórdão do TRC de 02-06-2015, processo n.º 5202/12.4TBLRA.C1, pesquisável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

### Índice de Jurisprudência Europeia

Acórdão do TJUE de 16 de janeiro de 1974, *Rheinmühlen Düsseldorf contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, processo C-166/73

Acórdão do TJUE de 17 de maio de 2018, *Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, processo C-147/16

Acórdão do TJUE de 17 de maio de 2018, *Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, processo C-147/16

Acórdão do TJUE de 26 de janeiro de 2017, *Banco Primus SA contra Jesús Gutiérrez García*, processo C-421/14

Acórdão do TJUE de 27 de Junho de 2000, processos C-240/98, C-241/98, C-243/98 e C-244/98

Acórdão do TJUE de 30 de maio de 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito contra Jahani BV*, processo C-488/11

Acórdão do TJUE de 7 de novembro de 2019, *Profi Credit Polska*, processos C-419/18 e C-483/18

Acórdão do TJUE de 9 de novembro de 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, processo C-137/08

# O CONTROLO DE CLÁUSULAS GERAIS ABUSIVAS NA INJUNÇÃO E NA EXECUÇÃO: PRINCIPAIS DESAFIOS

*Vera Leal Ramos\**

## **RESUMO**

A massificação do comércio jurídico a que temos assistido nas últimas décadas tem levantado sérios desafios ao Direito, em concreto ao Direito das Obrigações e do Consumo.

Mas dificuldades se têm colocado também ao Direito Processual Civil: se tem vindo a ser entendimento maioritário entre nós de que se almeja um processo ágil, rápido e eficaz, também é certo que urge a necessidade de proteção do consumidor nas sociedades modernas e, sobretudo, nos casos em que lhe não é dado qualquer poder de conformação do contrato que pretende celebrar, com os perigos evidentes que tal acarreta.

Na presente investigação, propomo-nos analisar especificamente a (im)possibilidade de controlo das cláusulas gerais abusivas quer na injunção, quer na execução.

---

\* Advogada. Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente no Instituto Politécnico de Leiria



Procuraremos perceber se e em que medida o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronunciou sobre a temática para, de seguida, analisarmos se tais orientações foram inteiramente acolhidas pelo direito nacional ou se, ao invés, haverá ainda caminho por percorrer.

Por último, procuraremos perceber se conseguimos encontrar resposta nos princípios gerais do processo civil – em concreto, no princípio da gestão processual – para as dificuldades que possam ainda obstar a uma maior tutela do consumidor nesta matéria.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito do Consumo; Consumidor; Injunção; Execução; Cláusulas Contratuais Gerais; Princípio do Pedido; Gestão Processual.

## **ABSTRACT**

The massification of legal commerce that we have witnessed in recent decades has raised serious challenges to Law, specially to Contract Law and Consumer Law.

But difficulties have also been presented to Civil Procedural Law: if there has been a majority understanding among us that an agile, fast and effective process is desired, it is also true that there is an urgent need for consumer protection in modern societies and, above all, in cases where it is not given to the consumer any power to shape the contract it intends to conclude, with the obvious dangers that this entails.

In the present investigation, we intend to specifically analyze the (im)possibility of controlling the abusive general clauses, either in the injunction or in the execution.

We will try to understand if and to what extent the Court of Justice of the European Union has ruled on the subject, and then we will analyze whether such guidelines were fully accepted by national law or if, on the contrary, there is still some way to go.

Finally, we will try to understand if we can find an answer in the general principles of civil procedure - in particular, the principle of procedural management - for the difficulties that may still prevent greater consumer protection in this matter.

## **KEYWORDS**

Consumer Law; Consumer; Injunction; Execution; General Contractual Clauses; Procedural Management.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
Cfr.	Conforme
Ed.	Edição
<i>Ibid.</i>	Ibidem (mesma obra)
<i>Id.</i>	Idem (mesmo autor)
Nr.	Número
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
P. / PP.	Página / Páginas
Proc.	Processo
RPCE	Regime Processual Civil Experimental
ss.	Seguintes
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

## INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil<sup>1</sup>, desde cedo se fizeram sentir reflexões críticas a seu respeito e começou a surgir entre os diferentes quadrantes de operadores judiciários um sentimento de necessidade de reponderação de algumas soluções legais<sup>2</sup>.

Razão pela qual foi aplaudida a decisão da Senhora Ministra da Justiça à época, ao determinar, através de Despacho datado de 24-05-2018, a constituição de um Grupo de Trabalho<sup>3</sup> que teria a seu cargo a revisão do Código de Processo Civil, mantendo “o propósito de assegurar a eficiência e agilidade do processo civil e de garantir a sua conformidade com os princípios estruturantes do contraditório e da igualdade das partes e, em geral, com os princípios do processo equitativo”.

Entre outras, o Grupo de Trabalho tinha como missão “reformular o regime da injunção e da respetiva oposição, de modo a assegurar o controlo oficioso de cláusulas contratuais abusivas e o efeito preclusivo de fundamentos oponíveis à pretensão do credor em caso de execução fundada no título

.....

<sup>1</sup> Aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Resultava clara na Exposição de Motivos do diploma a necessidade de “uma nova cultura judiciária, envolvendo todos os participantes no processo, para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreios adjetivos”.

<sup>2</sup> Lembramos que, no entanto, o Código de Processo Civil já sofreu algumas (mas não substanciais) alterações, introduzidas pelos seguintes diplomas: a Lei nº122/2015, de 01 de setembro; a Lei nº 40-A/2016, de 22 de dezembro; a Lei nº 8/2017, de 03 de março; o DL nº 68/2017, de 16 de junho; e a Lei nº 114/2017, de 29 de dezembro.

<sup>3</sup> Constituído por Miguel Teixeira de Sousa (Professor Catedrático); Carlos Lopes do Rego (Juiz Conselheiro); António Abrantes Gerales (Juiz Conselheiro); Pedro de Lima Pinheiro Torres (Advogado); e Ricardo Serra Correia (Notário).

formado no procedimento de injunção, à luz dos constrangimentos decorrentes da jurisprudência constitucional”<sup>4</sup>.

Com o surgimento de jurisprudência constitucional e europeia a tomar posições importantes nesta matéria, há muito que se impunham alterações nos regimes da injunção e da execução, “num terreno minado pelo risco da inconstitucionalidade”<sup>5</sup>.

## **1. O CONTROLO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS ABUSIVAS NO PROCEDIMENTO DE INJUNÇÃO E NA EXECUÇÃO**

### **1.1. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS – BREVE ENQUADRAMENTO**

A liberdade contratual, enquanto corolário do princípio da autonomia privada e previsto no artigo 405º do Código Civil, é um dos princípios básicos do direito e que continua a servir de base à teoria dos contratos.

Nas palavras de Antunes Varela, “a liberdade contratual consiste na faculdade que as partes têm, dentro dos limites da lei, de fixar, de acordo com a sua vontade, o conteúdo dos contratos que realizarem, celebrar contratos diferentes dos prescritos no Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”<sup>6</sup>.

No entanto, a massificação do comércio jurídico a que se vem assistindo nas últimas décadas proporcionou a uniformização de contratos por parte das grandes empresas, recor-

.....  
<sup>4</sup> RODRIGUES, Gabriela da Cunha (2019), *A injunção à luz das recentes alterações legislativas e das reflexões do Grupo de Trabalho constituído por Despacho de 24.5.2018*, pp. 2-3, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191216-ARTIGO-JULGAR-A-injunção-à-luz-das-recentes-alterações-legislativas-Gabriela-Cunha-Rodrigues.pdf>

<sup>5</sup> *Ibid.*, *A injunção à luz das recentes*, ob. cit., p. 3.

<sup>6</sup> VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES (2010), *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, pp. 230-231. Coimbra: Editora Almedina.

rendo estas à formulação de cláusulas contratuais gerais<sup>7</sup>. São então cláusulas contratuais gerais aquelas que se caracterizam pela sua natureza rígida e pela sua generalidade, sendo elaboradas sem prévia negociação individual e em que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam, respetivamente, a subscrever ou a aceitar.

A falta de regulação europeia não impediu que os Estados-Membros fossem legislando sobre o tema das cláusulas contratuais gerais: em Portugal, o quadro jurídico normativo das cláusulas gerais foi regulado pela primeira vez pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro<sup>8</sup>.

Em 1993, a Comunidade Europeia adotou a Diretiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, Diretiva essa que implicou alterações, mais ou menos profundas, nas legislações de todos os Estados-Membros.

Acontece que a generalização do recurso às cláusulas contratuais gerais aumentou seriamente os perigos envolvidos neste tipo de contratação: é frequente que as empresas, fazendo-se valer da posição de força que

<sup>7</sup> Nas palavras de António Pinto Monteiro, o contrato de adesão constitui “uma prática irreversível e ineliminável, destinada a satisfazer interesses objetivamente justificados da empresa”. MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo DL nº 446/85*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 46, pp. 741, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B4b377310-3dae-4b91-9440-769c735ba4b2%7D.pdf>;

<sup>8</sup> Para maior desenvolvimento sobre o regime das cláusulas contratuais gerais, veja-se, a título de exemplo, COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes (1986), *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao DL nº 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Editora Almedina; e MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais*, *ob. cit.*, pp. 733 e ss.; *Id.*, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 111 e ss., disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>.

ocupam no mercado e do desequilíbrio existente em relação à contraparte, recorram à introdução de cláusulas abusivas<sup>9</sup>.

De acordo com a Diretiva 93/13/CEE, no seu artigo 3º, nº 1, é considerada abusiva a cláusula contratual que, a despeito da exigência de boa-fé, dê origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor<sup>10</sup>. Determina ainda a Diretiva que as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculam o consumidor, mas o contrato deve continuar a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas<sup>11</sup>.

Na sequência da transposição da Diretiva, quando uma cláusula contratual concreta corresponde aos critérios legalmente estabelecidos para tal, são muitas as legislações europeias que consideram a cláusula abusiva, concluindo-se pela ineficácia da mesma<sup>12</sup>.

Entre nós, a cláusula é proibida: nos termos do artigo 15º do DL nº 446/85, são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé.

Nas palavras de Jorge Morais Carvalho, “recorre-se a um princípio fundamental transversal a todo o direito privado, plasmado num conceito indeterminado, para assim se ultrapassar a dificuldade de previsão, em abstrato, de todos os

.....  
<sup>9</sup> Sobre os riscos associados ao esquema contratual das cláusulas gerais, veja-se BARBOSA, Mafalda Miranda (2021), *Considerações Acerca do Tamanho da Letra: A Propósito da Recente Alteração ao DL nº 446/85, de 25 de outubro*, em Estudos de Direito do Consumidor, nº 17, pp. 309 e ss.

<sup>10</sup> Constando em anexo à Diretiva uma lista exemplificativa e não exaustiva de cláusulas abusivas.

<sup>11</sup> Cfr. Art. 6º, nº 1 da Diretiva.

<sup>12</sup> Para maior detalhe sobre a evolução do direito dos diferentes Estados-Membros no que às cláusulas contratuais gerais e abusivas diz respeito, veja-se ALMEIDA, Carlos Ferreira (2005), *Direito do Consumo*, pp. 146-154. Coimbra: Editora Almedina

casos em que o conteúdo de uma cláusula pode ser desequilibrado"<sup>13</sup>, estando aqui em causa a boa-fé objetiva.

O artigo 16º do DL nº 446/85 consagra critérios com a finalidade de concretizar o conceito de boa-fé, e os artigos 18º a 22º do mesmo diploma contêm listas não exaustivas de cláusulas proibidas.

Sendo uma cláusula considerada proibida, a sua consequência é a nulidade (artigo 12º) nos termos gerais. Por outras palavras, quer isto dizer que haverá de recorrer ao regime consagrado no Código Civil: de acordo com o disposto no artigo 286º, a nulidade é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal. De realçar também que a declaração de nulidade produz efeitos retroativos, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente (artigo 289º do Código Civil)<sup>14</sup>.

Na presente investigação propomo-nos refletir sobre o controlo (ou a falta dele) das cláusulas gerais abusivas no âmbito do procedimento de injunção e na ação executiva, quando o contrato em causa seja celebrado com um consumidor.

## **1.2. A INJUNÇÃO, A EXECUÇÃO E O (DES)CONTROLO DAS CLÁUSULAS GERAIS ABUSIVAS**

O processo de injunção e a ação especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias (doravante AECOP) encontram-se plasmados no DL n.º 269/98, de 01 de setembro,

<sup>13</sup> CARVALHO, Jorge Morais (2017), *Teoria Geral do Contrato de Consumo*, 4ª ed., p. 131. Coimbra: Editora Almedina

<sup>14</sup> Para uma exposição clara sobre as diferenças entre os regimes da ineficácia e da nulidade, veja-se PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., pp. 615 e ss. Coimbra: Coimbra Editora



e surgiram com a finalidade de colocar à disposição dos credores um instrumento processual célere e eficaz.

Por se tratar de um procedimento totalmente desjudicializado, o controlo do carácter abusivo de uma cláusula contratual geral apenas poderá ocorrer por iniciativa do requerido, mediante a dedução de oposição<sup>15</sup>, caso em que o procedimento irá à distribuição<sup>16</sup> e converter-se-á em ação especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias<sup>17</sup>.

A secretaria apenas pode recusar o requerimento nas hipóteses previstas no artigo 11º, enquanto o secretário apenas poderá recusar a aposição de fórmula executória no caso de o pedido não se ajustar ao montante ou à finalidade do procedimento (artigo 14º, nº 3). Fica, portanto, fora do leque de opções o controlo ex officio de cláusulas abusivas, até porque, como se disse, no processo civil português o procedimento de injunção é inteiramente desjudicializado.

Na falta de dedução de oposição pelo requerido, o secretário apõe fórmula executória ao requerimento de injunção, passando a valer como título executivo e podendo o requerente lançar mão da respetiva ação executiva, seguindo esta a forma sumária (cfr. artigo 550º, nº 2, al. b) do CPC).

Acontece que, conforme já tivemos oportunidade de referir, o artigo 6º, nº 1 da Diretiva 93/13/CEE determina: “Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.

.....  
<sup>15</sup> Cfr. artigo 15º do regime anexo ao DL nº 269/98.

<sup>16</sup> Artigo 16º.

<sup>17</sup> Artigo 17º.

Já o artigo 7º, nº 1 da Diretiva 93/13/CEE estabelece: “Os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional”, sendo que, consideramos, o meio adequado a atingir este fim passará necessariamente pela possibilidade de controlo oficioso por parte do tribunal das cláusulas abusivas.

Justamente neste sentido e por estarem por detrás destas normas interesses de ordem pública e de imperatividade não só de proteção do consumidor, mas de regulação do próprio mercado, o TJUE tem vindo repetidamente a proferir decisões sublinhadoras da necessidade de controlo oficioso por parte do tribunal nacional do carácter abusivo de uma cláusula contratual que se encontre abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva, desde que tenha ao seu dispor elementos de facto e de direito para tal<sup>18</sup>.

Aliás, o TJUE reitera que é de tal forma imperativa a possibilidade de o juiz conhecer do carácter abusivo das cláusulas que considera opor-se a Diretiva 93/13/CEE do Conselho a uma regulamentação interna que, numa ação intentada por um profissional contra um consumidor e emergente de um contrato entre eles, impede o juiz nacional de, findo um prazo de caducidade, conhecer, oficiosamente ou por exceção suscitada pelo consumidor, do carácter abusivo de uma cláusula inserida no referido contrato<sup>19</sup>.

.....  
<sup>18</sup> Já no ano de 2000, o TJUE referia o dever de o juiz poder apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula no âmbito de um contrato celebrado com consumidores. Cfr. Ac. do TJUE de 27/06/2000, proc. Nº C-240/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*.

<sup>19</sup> Ac. do TJUE de 21/11/2002, proc. Nº C-473/00, *Cofidis*

Destacamos ainda o Ac. do TJUE proferido em 2016<sup>20</sup>, ao decidir que a Diretiva 93/13/CEE se opõe a uma legislação nacional que não permite ao tribunal que conhece do pedido de execução de uma injunção de pagamento apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contida num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, quando a autoridade que aprecia o pedido de injunção de pagamento não é competente para proceder a tal apreciação<sup>21</sup>.

Daqui teremos forçosamente de concluir pela necessidade de se possibilitar o controlo oficioso do carácter abusivo da cláusula contratual quer no procedimento de injunção, quer, quando tal não se haja verificado, no processo de execução.

Ora, o CPC de 2013 não assegurava este controlo oficioso nem no procedimento de injunção, nem no processo de execução. No caso de o executado deduzir embargos à execução tendo como fundamento o carácter abusivo de alguma(s) cláusula(s) do contrato que constitui a fonte do crédito exequendo, também não se encontra prevista no processo civil português a garantia de suspensão da execução sem prestação de caução por parte do embargante, por não se

.....  
<sup>20</sup> Ac. do TJUE de 18/02/2016, proc. N.º C-49/14, *Finanmadrid E.F.C./Albán Zambrano et al.*

<sup>21</sup> Neste sentido, veja-se o Ac. do TJUE de 14/06/2012, proc. N.º C-618/10, *Banco Español de Crédito*. No entanto, de realçar que, segundo este Acórdão, não é permitido ao tribunal nacional, quando declare a nulidade de uma cláusula abusiva constante de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, integrar o referido contrato, modificando o conteúdo da cláusula. Já no Ac. do TJUE de 18/11/2021, proc. N.º C-212/20, *A. S.A.*, se defende que os artigos 5.º e 6.º da Diretiva 93/13 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a que o juiz nacional, que declarou o carácter abusivo de uma cláusula de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, proceda à interpretação dessa cláusula para atenuar o seu carácter abusivo, ainda que essa interpretação corresponda à vontade comum das partes no contrato.

encontrar prevista nas restantes hipóteses plasmadas no art. 733º, nº 1, al. b) e c) do CPC<sup>22</sup>.

Por estes motivos (e não só), tornou-se então imperativo proceder a uma alteração ao regime que se encontrava consagrado no CPC. Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 202/XII, de 09.05.2019, pretendia-se reforçar a tutela do consumidor contra cláusulas contratuais gerais abusivas, alinhando-se o processo de execução com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores.

Mas terá efetivamente sido assim?

A primeira alteração introduzida pela Lei nº 117/2019, de 13 de setembro, a que cumpre dar destaque prende-se com a alteração à al. n) do art. 10º do regime anexo ao DL nº 269/98, onde passou a constar que, logo no requerimento inicial de injunção, o requerente deve “Indicar, tratando-se de contrato celebrado com consumidor, se o mesmo comporta cláusulas contratuais gerais, sob pena de ser considerado litigante de má-fé”.

Por outro lado, não só para segurança dos credores, mas porque implica a formação de um título executivo, é expectável que a falta de dedução de oposição à injunção tenha certos efeitos preclusivos. No entanto, por forma a garantir a possibilidade de defesa dos consumidores, outra das alterações contempladas pela Lei nº 117/2019 prende-se com o dis-

.....  
<sup>22</sup> A propósito do tema, veja-se também o Ac. do TJUE de 14/03/2013, proc. Nº C-415/11, *Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*. A respeito desde último acórdão, Miguel Teixeira de Sousa considera que “é possível concluir, de modo indireto, que a invocação pelo executado do carácter abusivo da cláusula contratual no processo de execução (...) deve implicar a suspensão da execução, sem qualquer contrapartida por parte do executado”. SOUSA, Miguel Teixeira de (2016), *O que é necessário rever na legislação processual civil*, p. 6, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B9e826f00-3798-40ce-b771-bd6b58e16107%7D.pdf>. Também a propósito da possibilidade de suspensão do processo de execução, veja-se o Ac. do TJUE de 17/07/2014, proc. Nº C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*

posto na al. c) do artigo 14º-A, nº 2 do anexo ao DL nº 269/98, onde se determina que a preclusão dos meios de defesa do requerido não compreende “a invocação da existência de cláusulas contratuais gerais ilegais ou abusivas”<sup>23</sup>.

Relevante para o tema mostra-se também a introdução no CPC do art. 855º-A, segundo o qual “Quando a execução respeite a obrigação emergente de contrato com cláusulas contratuais gerais, deve o requerimento executivo ser acompanhado de cópia ou original do contrato celebrado entre as partes, se for entregue por via eletrónica ou em papel, respetivamente, sob pena de recusa do requerimento”.

A solução que o legislador português encontrou foi então a de transferir o controlo oficioso das cláusulas abusivas para a fase liminar do processo de execução sumário: primeiramente, criando a obrigação para o requerente de indicar desde logo no requerimento inicial de injunção i) que se trata de contrato celebrado com consumidor; ii) de que o contrato comporta cláusulas contratuais gerais; e, em segundo lugar, ao determinar o dever de o exequente fazer acompanhar o requerimento executivo do contrato celebrado entre as partes.

No entanto, não podemos deixar de questionar se a consagração destes preceitos conferirá ao consumidor tutela suficiente, se tivermos em conta que a execução fundada em requerimento de injunção, por seguir a forma sumária, não é precedida de citação prévia<sup>24</sup>, podendo de imediato dar-se início às diligências de consultas prévias e de penhoras<sup>25</sup>.

.....  
<sup>23</sup> Sobre os efeitos preclusivos da falta de dedução de oposição e sobre a efetiva notificação do requerido se tem pronunciado o Tribunal Constitucional, designadamente nos Ac. Nº 388/2013, de 24.09.2013; Ac. Nº 264/2015, de 12.05.2015; e Ac. nº 99/2019, de 12.02.2019. Esta jurisprudência também enformou algumas das alterações introduzidas pelas Lei nº 117/2019.

<sup>24</sup> Arts. 550º, nº 2, al. b) e 855º CPC

<sup>25</sup> Cfr. Art. 855º, nº 3 do CPC.

Por outro lado, não se previu a hipótese de suspensão da execução quando o embargante deduza embargos com fundamento no carácter abusivo das cláusulas contratuais em que se funda o título executivo, o que não podemos deixar de condenar.

A este propósito importa olhar para o Ac. de 13.09.2018 do TJUE<sup>26</sup>, onde se defende que “existe um risco não negligenciável de que os consumidores em causa não deduzam a oposição exigida quer devido ao prazo particularmente curto previsto para o efeito, quer porque podem ser dissuadidos de se defenderem tendo em conta os custos que uma ação judicial implica relativamente ao montante da dívida contestada, quer porque ignoram ou não se apercebem do alcance dos seus direitos, ou ainda devido ao conteúdo limitado do requerimento de injunção apresentado pelos profissionais e, portanto, ao carácter incompleto das informações ao seu dispor”.

Esta posição não pode deixar de colher a nossa concordância, uma vez que a vida prática nos tem mostrado que efetivamente assim o é: os cidadãos não raras vezes ainda desconhecem o sentido ou a finalidade do procedimento de injunção, ou sequer as consequências que acarreta a não dedução de oposição. Pelo que apenas em sede de execução procuram aconselhar-se e invocar a sua defesa, muitas vezes já com grande parte (se não mesmo a totalidade) dos seus bens penhorados.

E a prestação de garantia, para a generalidade dos cidadãos, é um encargo simplesmente inoportável, além de penalizador face a uma contraparte que, dispondo de outros meios e recursos, e sem dar ao consumidor a possibilidade de conformar o conteúdo do contrato, nele inseriu cláusulas - que muitas vezes sabe serem - abusivas.

.....  
<sup>26</sup> Proc. N° C-176/17, *Profi Credit Polska*

Sendo certo que não defendemos uma visão paternalista do Direito ou a supressão do princípio da autorresponsabilidade das partes, consideramos que importa procurar equilibrar os famosos pratos da balança da justiça quando encontramos uma posição de desequilíbrio tão acentuada como a que ora nos deparamos.

Gabriela da Cunha Rodrigues defende<sup>27</sup>, a este respeito, que podemos socorrer-nos do disposto no artigo 855º, nº 2, al. b) do CPC para imputar ao agente de execução o dever de suscitar a intervenção do juiz sempre que considere plausível a existência de cláusulas contratuais abusivas<sup>28</sup>.

Não podemos concordar com a posição sustentada pela Autora: não podemos fazer depender o nível de tutela do consumidor da perceção do agente de execução. Muito menos consideramos que seja o agente de execução a figura indicada para proceder a tal crivo, a esta triagem inicial. Tem aliás o TJUE deixado bem patente na sua jurisprudência que o tribunal é a instituição competente para aferir da existência de cláusulas abusivas.

Portanto, do exposto resulta que, não havendo oposição à injunção, apenas em sede de execução (e já em fase avançada) será aferida a (in)existência de cláusulas abusivas.

As alterações introduzidas pela Lei nº 117/2019, sem prejuízo de constituírem um reforço da protecção dos consumidores

.....  
<sup>27</sup> RODRIGUES, Gabriela da Cunha, *A injunção à luz das recentes*, ob. cit., pp. 7 e ss.

<sup>28</sup> De realçar que, na Proposta de Lei nº 202/XII que antecedeu a Lei nº 117/2019, previa-se a alteração ao referido normativo legal para que passasse a contemplar como dever do agente de execução "b) Suscitar a intervenção do juiz (...) quando se lhe afigure plausível a ocorrência de alguma das situações previstas nos nºs 2 e 4 do artigo 726º, incluindo, quando se trate de contrato celebrado com consumidor que contenha cláusulas contratuais gerais, a ilegalidade ou o carácter abusivo de alguma destas cláusulas", não tendo tal solução não foi acolhida.

no que respeita à matéria das cláusulas contratuais abusivas, pecam por parcas.

Consideramos que o legislador deveria ter tomado em maior atenção a jurisprudência do TJUE e haveria de ter consagrado mecanismos que permitissem o controlo *ex officio* ainda em sede de injunção da existência de cláusulas abusivas; por outro lado, pecou por não consagrar a hipótese de suspensão da execução em caso de dedução de embargos quando o embargante haja invocado o carácter abusivo das cláusulas contratuais.

## **2. O PRINCÍPIO DO PEDIDO E A CONJUGAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL – UM POSSÍVEL CAMINHO?**

Já tivemos oportunidade de refletir sobre a bondade das alterações efetuadas pelo legislador português com a Lei nº 117/2019.

Todavia, aqui chegados, não podemos deixar de nos questionar se conseguiremos encontrar solução diferente recorrendo aos princípios gerais do processo civil.

Interessa-nos olhar em particular para o princípio do pedido: este princípio significa, numa primeira dimensão, que o tribunal apenas possa decidir uma causa se tal lhe for pedido pelas partes (art. 3º, n.º 1); por outro lado, o juiz encontra-se impedido de condenar em *quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso do pedido* (art. 609º, n.º 1), sob pena de nulidade da sentença (art. 615º, n.º 1, al. e)<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Não é assim no âmbito do processo laboral, determinando o art. 74º CPT que *O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.* Também no âmbito dos processos de jurisdição voluntária sempre resultou clara a gestão material que o juiz pode e deve levar a cargo: ao juiz é atribuída a missão de, face às soluções que se afiguram possíveis, encontrar aquela que melhor se adequa e soluciona



Este é um princípio que tem já uma longa tradição no ordenamento jurídico português<sup>30</sup> e é um dos princípios basilares do processo civil, sendo estas as razões que consideramos levarem a que os vários aplicadores do direito (advogados, juízes, o próprio legislador) tenham alguma dificuldade em equacionar sequer a sua flexibilização.

Ora, nós já tivemos oportunidade de tecer algumas considerações sobre o princípio da gestão processual<sup>31</sup>, que surge pela primeira vez expressamente consagrado no Código de Processo Civil com a Lei nº 41/2013<sup>32</sup>, não sendo agora nossa intenção proceder a um estudo intensivo do mesmo.

.....  
o caso concreto (e não unicamente pugnar pela aplicação do Direito). É o caso de fixação pelo juiz do prazo para o cumprimento de uma obrigação (art. 1026º) ou autorização do tribunal para venda de um bem pertencente a um menor (art. 1014º).

<sup>30</sup> Também o TJUE já se pronunciou sobre o princípio do pedido no âmbito do tema que ora nos compete. No Ac. de 11/03/2020, proc. Nº C-511/17, *Lintner*, considerou o TJUE que O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no sentido de que um juiz nacional, chamado a pronunciar-se sobre uma ação intentada por um consumidor e destinada a obter a declaração do carácter abusivo de determinadas cláusulas constantes de um contrato que este último celebrou com um profissional, não está obrigado a apreciar oficiosamente e individualmente todas as outras cláusulas contratuais, que não foram impugnadas pelo dito consumidor, a fim de verificar se as mesmas podem ser consideradas abusivas, mas apenas as que estão relacionadas com o objeto do litígio, tal como este foi delimitado pelas partes, desde que o juiz nacional disponha dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito, completos, eventualmente, por medidas de instrução.

<sup>31</sup> RAMOS, Vera Leal (2017), *O princípio da gestão processual: vertente formal e material do princípio*, disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85946/1/Tese%20Completa.pdf>

<sup>32</sup> Não podemos deixar de fazer notar a nossa discordância com a opção do legislador português por, pese embora ter sistematicamente colocado a gestão processual na seção dos princípios, ter optado deliberadamente por utilizar a expressão "dever" e não "princípio": consideramos tratar-se verdadeiramente de um princípio, princípio esse que deverá conformar todo o processo judicial.

No entanto, cumpre referir que o princípio da gestão processual sempre foi visto com muita desconfiança pela generalidade dos operadores judiciários, não tendo ainda sido explorado até àquela que consideramos ser a sua máxima amplitude<sup>33</sup>.

A este propósito, Miguel Mesquita abertamente questiona: "Que faz o juiz gestor? Exerce influência. Mas exerce influência como e sobre o quê? Sobre a instância e sobre o respetivo procedimento? Sobre o objeto da ação, ou seja, sobre o pedido e sobre a causa de pedir?"<sup>34</sup>.

Na esteira do Autor, pensamos que o princípio da gestão processual comporta duas vertentes: a vertente formal e a vertente material.

No que à vertente formal diz respeito, entendemos que o princípio da gestão engloba o princípio da adequação formal, previsto no artº 547 do CPC: adequar formalmente o processo é uma das formas de gerir o processo<sup>35</sup>.

.....

<sup>33</sup> Para o Conselho Superior de Magistratura, a gestão processual é uma "ferramenta multiusos que dota o processo de uma elevada plasticidade", cfr. p. 17 do Parecer emitido em dezembro de 2012 e disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt). Em sentido contrário, Lebre de Freitas, referindo-se ao RPCE, que "nunca entendi, nesse regime, a autonomia desse princípio perante o da direção do processo pelo juiz e o da adequação formal, tendendo a considerar a sua consagração como uma mera fuga em frente, só explicável pela inércia habitual dos magistrados no uso de poderes que já anteriormente tinham." (cfr. FREITAS, José Lebre de, *Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2013, ano 73, vol. I, jan-mar, p. 28. Já Isabel Alexandre vê a gestão processual como "uma espécie de tema da moda, que não se sabe exatamente o que é, para que serve e por que motivo entrou na discussão" (cfr. ALEXANDRE, Isabel, *O dever de gestão processual do juiz na Proposta de Lei relativa ao novo Código de Processo Civil*, 2013, p. 4. Disponível em <http://www.cej.mj.pt>).

<sup>34</sup> MESQUITA, Miguel, *Princípio da Gestão Processual: O "Santo Graal" do Novo Processo Civil?*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, nov-dez/2015, p. 82.

<sup>35</sup> Estabelece o art. 547º do CPC que "o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo". Face ao conteúdo da norma, não se vislumbram os

Na verdade, e seguindo de perto Paulo Ramos de Faria, entendemos que "a gestão processual é um instituto jurídico abrangente e complexo"<sup>36</sup>, traduzindo-se no poder-dever de o juiz praticar - ou, entenda-se, convidar as partes a praticar - todos os atos necessários à obtenção de uma decisão justa, célere e que se mostre apta a resolver definitivamente o litígio entre as partes<sup>37</sup>.

No âmbito da gestão processual formal cabem então determinados poderes, como sejam a direção formal do processo (nomeadamente providenciar pela sanação dos vícios formais supráveis), ou proceder à agilização e adequação do processo, pois que o processo é, por natureza, dinâmico.

Deve então o juiz providenciar pelo andamento regular e célere dos autos, diligenciando pela observância de todos os atos que considere serem necessários, bem como rejeitar

.....  
motivos que levaram o legislador a optar por consagrar separadamente os dois princípios, em vez de incluir a adequação formal na gestão processual. Não era assim no Regime Processual Experimental (v. art. 2º, al. a)) onde se prescrevia que o julgador, ao abrigo do dever de gestão processual, devia "adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir".

<sup>36</sup> FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Processo Civil*, Vol. I, p. 46. Coimbra: Almedina, 2014. Entende o Autor que o art. 6º, n.º 1 comporta quatro deveres para o juiz: um dever genérico de direção e de impulso do processo; e três deveres dali decorrentes, como sejam o dever de iniciativa; o dever de recusa de atos impertinentes ou dilatatórios; e o dever de adoção dos mecanismos de simplificação e agilização do processo.

<sup>37</sup> Realçamos que a gestão formal implica também uma mudança no comportamento dos advogados. Já em 1982, Judith Resnik afirmava que "o controlo judicial de processos presumivelmente força os advogados a preparar e gerir os casos dos seus clientes mais rápida e eficientemente" (RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pp. 416-417). Tradução livre do original: "Judicial control of lawsuits presumably forces attorneys to prepare and manage their clients' cases more rapidly and efficiently".

quaisquer requerimentos apresentados pelas partes que revelem ter um fim meramente dilatatório<sup>38</sup> <sup>39</sup>.

Mas há ainda uma outra dimensão da gestão processual que cumpre destacar: na esteira de Miguel Mesquita, entendemos que a gestão processual comporta também uma vertente material que, igualmente à semelhança do que acontece no ordenamento processual alemão (em concreto do § 139 ZPO), poderá também ter influência no pedido.

Entende Miguel Mesquita que, não obstante o exposto, o juiz, vendo-se perante um pedido formulado pelo autor que seja de algum modo irracional ou impossível, pode ao abrigo da gestão processual questioná-lo acerca de uma eventual alteração ao mesmo, alteração essa que de igual modo assegure o direito por si arrogado em juízo e que se mostre mais adequada à resolução do litígio<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Não é demais relembrar que, sendo apresentados requerimentos que claramente tenham como finalidade prejudicar o processo, sendo visivelmente dilatatórios, poderemos estar perante a violação do dever de boa-fé processual (art. 8º CPC), tendo lugar a condenação da parte violadora do seu dever em litigante de má-fé, com o pagamento de multa e indemnização (art. 542º, n.º 1, al. d) CPC).

<sup>39</sup> Exemplificando, na vertente formal cabe então a prática de atos como: o dever de o juiz promover pela remoção de um obstáculo que esteja a causar séria dificuldade à parte em obter documento ou informação (art. 7º, n.º 4); o dever de marcação das diligências mediante acordo prévio com os mandatários das partes (art. 151º, n.º 1); o poder de determinar oficiosamente a apensação de ações (art. 267º, n.º 4); bem como o poder de o juiz proferir o despacho saneador por escrito quando a complexidade das questões a decidir assim o exijam (art. 595º, n.º 2).

<sup>40</sup> Miguel Mesquita é então o primeiro Autor em Portugal (tanto quanto é do nosso conhecimento) a defender abertamente a gestão material do processo, sobretudo no que à possível interferência do juiz no pedido diz respeito. Note-se que o Autor já se havia pronunciado em defesa da flexibilização do princípio do pedido (*vide* MESQUITA, Miguel (2013) *do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, nov-dez/2013, pp. 129-151. Ferreira de Almeida também acolhe a posição adotada: pronunciando-se sobre a possibilidade de o juiz exercer influência no coração do processo, adere à orientação apresentada por Miguel Mesquita por considerar fundamentar-se em "argumentação que reputamos de

Aqui chegados, terminado este breve parêntesis e voltando ao tema que nos incumbe analisar, não podemos deixar de questionar se, tendo em consideração as limitações que ainda encontramos quanto ao controlo das cláusulas gerais abusivas no âmbito do procedimento de injunção e na execução, o juiz não poderá lançar mão da gestão processual para obviar alguns dos obstáculos que já tivemos oportunidade de enumerar.

Conforme já tivemos oportunidade de analisar, está agora prevista no art. 10º, al. n) do regime anexo ao DL nº 269/98 a obrigação de o requerente, aquando da apresentação do requerimento de injunção, indicar, tratando-se de contrato celebrado com consumidor, se o mesmo contém cláusulas contratuais gerais; bem como a necessidade plasmada no art. 855º-A do CPC de, em tal caso, aquando da entrega do requerimento executivo, fazê-lo acompanhar de cópia ou original do contrato celebrado entre as partes.

Posto isto, não poderá o juiz, fazendo uso dos seus poderes de gestão processual, dar indicações ao secretário judicial chamando a si todos os processos que deem entrada nestes termos? Tal dar-lhe-ia a possibilidade de proceder a uma análise imediata aos autos, pese embora conferindo, naturalmente, a faculdade às partes de se pronunciarem (assim se

.....  
convicente". ALMEIDA, Francisco Ferreira (2015), *Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 372. Coimbra: Almedina. 2015 No entanto, doutrina há que rejeita perentoriamente esta possibilidade, como é o caso de Lopes do Rego, que sustenta: "não se prevê expressamente – como decorrência da cooperação do tribunal com as partes – a existência de um genérico dever de prevenção e esclarecimento das partes sobre quaisquer insuficiências e deficiências das peças processuais que apresentem em juízo, de modo a caber ao juiz sugerir-lhes os comportamentos processuais que repare mais adequados, incluindo – como sucede no sistema jurídico alemão – a própria alteração das pretensões deduzidas". LOPES DO REGO, Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., 2004, Coimbra: Almedina, p. 265.

dando cumprimento ao princípio do contraditório<sup>41</sup>). Note-se que tal conduta será no interesse de todos os intervenientes processuais, inclusivamente do credor e do agente de execução, pois evitar-se-ão atos desnecessários, não se permitindo avançar em demasia com um processo que, já estaria condenado à partida, por no contrato celebrado constarem cláusulas abusivas e que serão de conhecimento oficioso, em qualquer fase do processo em que se encontre.

Naturalmente que não menorizamos a importância da tramitação processual estar legalmente prevista<sup>42</sup>: a existência de uma forma legalmente pré-definida é verdadeiramente indispensável, porquanto há uma série de atos que devem ser praticados e devem sê-lo numa determinada ordem, atempadamente e mediante a sua previsão legal. Se assim não fosse, naturalmente que a disputa das partes seria completamente desordenada e desregrada, sem quaisquer limites ou sequer quaisquer garantias asseguradas às partes

.....

<sup>41</sup> Note-se que o próprio TJUE não nega a importância do princípio do contraditório. Neste âmbito, importa destacar o Ac. do TJUE de 21/02/2013, proc. N° C-472/11, *Banif Plus Bank*, tendo o órgão jurisdicional europeu tendo decidido que os artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, devem ser interpretados no sentido de que o juiz nacional que reconheceu oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual não é obrigado, para poder tirar as consequências desse reconhecimento, a esperar que o consumidor, informado dos seus direitos, emita uma declaração no sentido de que a referida cláusula seja anulada. Todavia, o princípio do contraditório impõe, regra geral, ao juiz nacional que reconheceu oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual que informe disso as partes no litígio e lhes dê a possibilidade de debater esse aspeto, com observância do contraditório, segundo as formas previstas a esse respeito pelas normas processuais nacionais.

<sup>42</sup> Nos dias que correm, no direito processual civil português está consagrada uma única forma de processo e, como tal, estabelecida uma só tramitação processual, independentemente do valor ou da complexidade da causa. Cfr. art. 548º CPC.

(como sejam a certeza e a segurança jurídicas<sup>43</sup>)<sup>44</sup>. O procedimento mostra-se ainda essencial para que os resultados dali decorrentes sejam controlados externamente, nomeadamente através da interposição de recurso.

Não é, portanto, de todo nossa intenção desvirtuar a importância de uma tramitação processual legalmente estabelecida. Não obstante, tem sido evidente que os cidadãos não confiam nem têm como legítimo “um sistema distante, embrulhado no seu próprio formalismo, no seu ritual opaco”<sup>45</sup>. Por outro lado, a experiência tem vindo a revelar que o processo cuja marcha dependa unicamente do impulso das partes propende a arrastar-se no tempo, em claro detrimento da celeridade e da eficácia processuais.

Consideramos por esta razão ser premente alcançar um equilíbrio entre evitar que a forma processual se torne um obstáculo ao conhecimento do mérito da causa e salvaguardar o facto de a forma ser resultante de uma exigência de

.....  
<sup>43</sup> Acerca do princípio da segurança e da segurança jurídicas, realçamos o Ac. do Tribunal Constitucional (Ac. N.º 556/2003, Gil Galvão, DR, II Série, 7.1.2004, pp. 171-177), onde defende que encontramos no princípio do Estado de direito democrático “postulada uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas. Por isso, a norma que, por sua natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva aqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado de direito democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica”.

<sup>44</sup> Concordamos com Paulo Ramos de Faria que “são, pois, de rejeitar quaisquer respostas extremadas”, respostas essas que defendem “não existir qualquer guião processual firme que sirva de suporte à ação, cabendo ao juiz, a coberto de um poder-dever de gestão processual, munido de todos os subsídios que a sua imaginação consiga abarcar (...), escolher (ou inventar) à la carte os atos que irão integrar cada ação concreta, o seu conteúdo e a sua sequência, que depois comunicará às partes”. FARIA, Paulo Ramos de, *Primeiras Notas, ob. cit.*, p. 460.

<sup>45</sup> GOUVEIA, Mariana França (2013), *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual in* Revista de Ordem dos Advogados, Ano 73, p. 55, disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt).

certeza e de segurança jurídicas, representando o respeito pelos direitos das partes<sup>46</sup>.

Igualmente na jurisprudência têm sido reconhecidos os interesses públicos subjacentes à justiça e ao correto funcionamento dos tribunais, e a necessidade de proteção das partes mais fracas (nomeadamente por não se encontrarem em situação de igualdade no que diz respeito aos recursos a que têm acesso), razão pela qual “muitas correções vêm sendo introduzidas ao funcionamento do princípio dispositivo, com vista à prevalência da justiça substantiva sobre a justiça adjetiva”<sup>47</sup>.

Quanto a nós, consideramos que, se por um lado é certo que os tribunais são órgãos de soberania, também não é menos verdade que têm como finalidade, acima de tudo, servir os cidadãos. Ora, os cidadãos rejeitam uma Justiça rígida, que privilegie as regras formais e que não tenha como finalidade primordial e última a efetiva resolução do conflito existente entre as partes<sup>48</sup>.

E é com esta ideia em mente que equacionamos se não seria possível o juiz de execução dar instruções ao oficial de justiça para que todos os processos de execução em que sejam invocadas cláusulas contratuais gerais lhe sejam imediatamente apresentados assim que deem entrada, para a sua imediata apreciação.

Almejamos então uma Justiça que, não descurando a proteção das garantias processuais das partes, se preocupe

<sup>46</sup> Sobre o tema, veja-se GAJARDONI, Fernando da Fonseca (2007), *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pp. 96-103. A este propósito conclui o Autor que “A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos” (p. 102).

<sup>47</sup> Ac. TRG de 19-06-2014 (Isabel Rocha), proc. n.º 3553/12.7TBCL.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>48</sup> Também neste sentido veja-se GOUVEIA, Mariana França, *Os poderes do juiz cível na ação declarativa*, ob. cit., p. 63: “As pessoas não se reveem numa justiça formal e, em consequência, não aderem às suas decisões”.



em obter uma decisão útil e eficaz para a disputa entre pessoas que se encontram desavindas e que submeteram o seu litígio à apreciação do tribunal. Ora, estando assegurado o respeito pelos direitos das partes e pelos princípios mestres do processo civil, não se nos afigura qualquer razão válida que obste a que tenhamos um juiz ativo, dinâmico, gestor e conhecedor do processo, que leve a cabo uma flexibilização dos referidos princípios quando tal se mostre adequado e útil para a solução do litígio concreto.

Daí que nos identifiquemos por inteiro com Mariana França Gouveia quando afirma que “Não há donos do processo, nem há senhores da verdade. Há pessoas, com problemas, com litígios normais decorrentes das relações humanas. É preciso resolvê-los, eficazmente”<sup>49</sup>. E por assim ser, claro está que importará chamar a vertente material do princípio da gestão, porquanto “o juiz que dirige materialmente o processo atua claramente em favor da justiça processual”<sup>50</sup>.

Entendemos que a gestão material é um meio colocado ao dispor do juiz essencial para a obtenção da justa-composição do litígio, para que, numa posição supra partes e de terceiro imparcial, possa gerir ativamente o processo com o objetivo de, sempre em colaboração com as partes, proferir uma decisão material justa e útil.

Se olharmos, a título de exemplo, para o Acórdão proferido pelo TJUE a 04/06/2020, proc. N.º C-495/19, *Kancelaria Medius*, em que decidiu o douto órgão jurisdicional europeu que o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no

.....  
<sup>49</sup> GOUVEIA, Mariana França (2007), *Os poderes do juiz cível na ação declarativa*, in *Julgar*, n.º 1, p. 65.

<sup>50</sup> DEL CLARO, Roberto (2009), *Direção Material do Processo*, Tese (Doutorado em Direito), São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 177.

sentido de que se opõe à interpretação de uma disposição nacional que impede o órgão jurisdicional a quem foi submetida uma ação, intentada por um profissional contra um consumidor e abrangida pelo âmbito de aplicação dessa diretiva, e que se pronuncia à revelia, não tendo esse consumidor comparecido na audiência para a qual foi convocado, de adotar as medidas de instrução necessárias para apreciar oficiosamente o carácter abusivo das cláusulas contratuais em que o profissional baseou o seu pedido, quando esse tribunal tenha dúvidas quanto ao carácter abusivo dessas cláusulas, na aceção da referida diretiva.

Note-se a relevância desta decisão: mesmo estando o réu revel, o juiz nacional mantém o dever de apreciar oficiosamente o carácter abusivo de cláusulas contratuais gerais (vertente material da gestão processual), para tal devendo adotar as medidas de instrução necessárias (vertente formal da gestão processual).

No caso de caso semelhante ocorrer em Portugal, seria imprescindível para o juiz nacional, seguindo a orientação do TJUE, lançar mão do princípio da gestão processual nas suas diversas vertentes para uma boa resolução do litígio.

Importa também olhar para o Ac. do TJUE de 29/04/2021, proc. N° C-19/20, *Bank BPH*, em que decidiu que o artigo 6º, n° 1, da Diretiva 93/13, lido em conjugação com o artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que cabe ao juiz nacional, que constata o carácter abusivo de uma cláusula de um contrato celebrado por um profissional com um consumidor, informar este último, ao abrigo das regras processuais nacionais e na sequência de um debate contraditório, das consequências jurídicas que podem decorrer da invalidação desse contrato, independentemente do facto de o consumidor ser representado por um mandatário profissional.

Não podemos, por isso, deixar de nos deixar de inspirar na posição defendida por Miguel Mesquita, não só no que à vertente formal do princípio diz respeito, mas também no que toca à possibilidade de o juiz lançar mão da gestão material no processo, nas suas diferentes dimensões e consoante se mostre acertado face aos contornos do litígio concreto que lhe é apresentado, em nome da economia processual e da efetividade das decisões judiciais, mas sempre mantendo como trave-mestra o respeito pelo princípio do contraditório e num diálogo constante com as partes. Espera-se então do juiz dos tempos modernos que tenha uma abordagem ao processo não dogmática, livre de ideias pré-concebidas e formatadas, o que requererá uma grande preparação dos magistrados para o exercício de tais poderes<sup>51</sup>.

Terminado este parêntesis – que já vai extenso mas que reputamos de necessário –, concluímos que, na nossa humilde opinião, o legislador português não terá acolhido inteiramente a jurisprudência do TJUE, havendo espaço para melhorias e reforço da tutela conferida aos consumidores nesta matéria. Todavia, não descurando a relevância do princípio do pedido no processo civil português e que este é – e deverá continuar a ser – uma das traves-mestras do processo, entendemos também que o juiz, lançando mão dos poderes que o princípio da gestão processual lhe confere, poderá encontrar um caminho para ultrapassar os obstáculos que se lhe possam aparecer, em nome da celeridade e da eficácia pro-

<sup>51</sup> Não se pretende com isto afirmar que a gestão processual poderá ser exercida sem observância de quaisquer limites, muito pelo contrário! Entendemos que a acentuação de poderes implica necessariamente a correspondente acentuação da responsabilidade de quem neles é investido. Sobre os limites ao exercício da gestão processual, veja-se RAMOS, Vera Leal, *O princípio*, ob. cit., pp. 65-69. Neste sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa (1984), *Os poderes do Juiz na Direção e na Instrução do Processo*, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, p. 113 afirma que “Quem se investe de poderes responde pela omissão em exercê-los na medida necessária, e responde de igual modo pelo exercício abusivo ou simplesmente inepto”.

cessuais, nomeadamente chamando a si o processo de execução numa fase embrionária e que lhe permita desde logo aferir da existência (ou não) de cláusulas gerais abusivas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

E assim nos aproximamos do fim desta tão prazerosa viagem e num tema que nos é tão querido.

Aqui chegados, é imperativo concluir que foram positivas as alterações introduzidas pela Lei nº 117/2019, no âmbito do controlo de cláusulas contratuais gerais abusivas, tendo, efetivamente, implicado um reforço da tutela dos consumidores nesta matéria.

No entanto, consideramos que poderia e deveria o legislador português aproveitar a oportunidade e ido bem mais longe, designadamente prevendo mecanismos que permitissem o controlo oficioso das cláusulas contratuais ainda no procedimento de injunção, bem como permitindo que a invocação da existência de cláusulas abusivas em sede de embargos à execução suspendesse o processo executivo, sem necessidade de prestação de caução.

Concluímos, no entanto, que poderemos encontrar nos princípios gerais do processo civil, designadamente no princípio da gestão processual, resposta para que sejam ultrapassados determinados obstáculos, sendo, no entanto, imperativo termos magistrados capacitados e conscientes para uma utilização acertada dos poderes que a gestão processual lhes confere.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRE, Isabel, *O dever de gestão processual do juiz na Proposta de Lei relativa ao novo Código de Processo Civil*, 2013, p. 4. Disponível em <http://www.cej.mj.pt>
- ALMEIDA, Carlos Ferreira (2005), *Direito do Consumo*. Coimbra: Editora Almedina
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2021), *Considerações Acerca do Tamanho da Letra: A Propósito da Recente Alteração ao DL nº 446/85, de 25 de outubro*, em *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 17, pp. 307-330.
- CARVALHO, Jorge Morais (2017), *Teoria Geral do Contrato de Consumo*, 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina
- COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes (1986), *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao DL nº 446/85, de 25 de outubro*. Coimbra: Editora Almedina
- DEL CLARO, Roberto (2009), *Direção Material do Processo*, Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Processo Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2014
- FREITAS, José Lebre de, *Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2013, ano 73, vol. I, jan-mar, p. 28.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca (2007), *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- GOUVEIA, Mariana França (2013), *O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual* in *Revista de Ordem dos Advogados*, Ano 73, disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt)
- GOUVEIRA, Mariana França (2007), *Os poderes do juiz cível na ação declarativa*, in *Julgar*, n.º 1, pp. 47-65
- MESQUITA, Miguel (2013), *do Pedido à Luz do Moderno Processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 08/07/2010*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, nov-dez/2013, pp. 129-151

- MESQUITA, Miguel, *Princípio da Gestão Processual: O "Santo Graal" do Novo Processo Civil?*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, nov-dez/2015, pp. 78-108
- MONTEIRO, António Pinto (2002), *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 111 e ss., disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/>
- MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Adesão: o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais instituído pelo DL n.º 446/85*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 46, pp. 733 e ss., disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B4b377310-3dae-4b91-9440-769c735ba4b2%7D.pdf>
- MOREIRA, José Carlos Barbosa (1984), *Os poderes do Juiz na Direção e na Instrução do Processo*, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora
- RAMOS, Vera Leal (2017), *O princípio da gestão processual: vertente formal e material do princípio*, disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85946/1/Tese%20Completa.pdf>
- RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, Faculty Scholarship Series. Paper 951, 1982, pp. 376-448.
- RODRIGUES, Gabriela da Cunha (2019), *A injunção à luz das recentes alterações legislativas e das reflexões do Grupo de Trabalho constituído por Despacho de 24.5.2018*, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191216-ARTIGO-JULGAR-A-injunção-à-luz-das-recentes-alterações-legislativas-Gabriela-Cunha-Rodrigues.pdf>
- SOUSA, Miguel Teixeira de (2016), *O que é necessário rever na legislação processual civil?*, p. 6, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B9e826f-00-3798-40ce-b771-bd6b58e16107%7D.pdf>
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES (2010), *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição. Coimbra: Editora Almedina

## JURISPRUDÊNCIA

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIRA

- Ac. de 27/06/2000, proc. Nº C-240/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*.
- Ac. de 21/11/2002, proc. Nº C-473/00, *Cofidis*
- Ac. de 14/06/2012, proc. Nº C-618/10, *Banco Español de Crédito*
- Ac. de 21/02/2013, proc. Nº C-472/11, *Banif Plus Bank*
- Ac. de 14/03/2013, proc. Nº C-415/11, *Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*
- Ac. de 17/07/2014, proc. Nº C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*
- Ac. de 18/02/2016, proc. Nº C-49/14, *Finanmadrid E.F.C./Albán Zambrano et al*
- Ac. de 13/09/2018, proc. Nº C-176/17, *Profi Credit Polska*
- Ac. de 11/03/2020, proc. Nº C-511/17, *Lintner*
- Ac. de 04/06/2020, proc. Nº C-495/19, *Kancelaria Medius*
- Ac. de 29/04/2021, proc. Nº C-19/20, *Bank BPH*
- Ac. de 18/11/2021, proc. Nº C-212/20, *A. S.A.*

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Ac. Nº 556/2003, de 12/11/2003, proc. Nº 188/2003
- Ac. Nº 388/2013, de 24/09/2013, proc. Nº 185/2013
- Ac. Nº 264/2015, de 12/05/2015, proc. Nº 208/2015
- Ac. Nº 99/2019, de 14/03/2019, proc. Nº 541/2018

### TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- Ac. de 19/06/2014, proc. n.º 3553/12.7TBBCL.G, Relator: Isabel Rocha

# 2



**ENCONTRO NACIONAL DE  
ÁRBITROS DO CONSUMO**  
30 SET 2022 · 10h00 · SALA 9

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

**10h00** RECEÇÃO E CREDENCIAÇÃO DOS PARTICIPANTES (com oferta de café)

**10h15** SESSÃO DE ABERTURA

Senhor Secretário de Estado Adjunto e da Justiça, Dr. Jorge Costa

**INÍCIO DOS TRABALHOS**

**MESA 1 - COMPRA E VENDA DE BENS DE CONSUMO**

Conceito de consumidor/Usu profissional

A qualificação do condomínio como consumidor face à nova redação do DL 84/2021

**MESA 2 - SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**

Controlo do registo de consumos anormais de eletricidade

Competência material dos tribunais arbitrais

Serviço postal - encomenda que não chega ao destino

Invocação da exceção dilatória dos CACC quando se encontra pendente processo de execução fiscal para cobrança coerciva a consumidores de valores devidos no âmbito de SPes

**13h00** ALMOÇO

**14h30** RECOMEÇO DOS TRABALHOS (com coffee break a meio da tarde)

**MESA 3 - QUESTÕES PROCESSUAIS**

(In) competência nas questões relativas a serviços de saúde

(In) competência nas questões relativas a cobrança e pagamento de taxas de portagem

(In) competência nas questões relativas a aparelhos auditivos - são dispositivos médicos para efeitos da Lei 144/2015?

Qualificação de um processo como "vexatório"

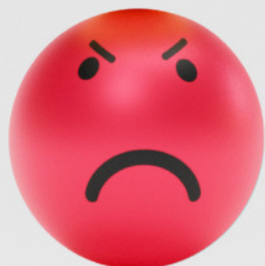
Razão de ser do artigo 14.º, n.º 5 do Regulamento Harmonizado: o prazo de 48h para apresentar contestação visa salvaguardar o conhecimento da contestação pelo árbitro ou pelo consumidor?

Alteração do pedido

Consideração sobre as negociações (malogradas) em fase de mediação

**17h00** SESSÃO DE ENCERRAMENTO

Senhora Secretária de Estado do Turismo, Comércio e Serviços, Eng. Rita Marques







## 2.º ENCONTRO NACIONAL DE ÁRBITROS DO CONSUMO - UM RELATO

*Ana Margarida Novais \**

### **NOTA INTRODUTÓRIA**

O Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) acolheu, no dia 30 de Setembro de 2022, o II Encontro Nacional de Árbitros de Consumo (ENAC). Depois de seis anos do primeiro ENAC, e libertados dos constrangimentos da pandemia, alinhava-se o momento ideal (e necessário) para a promoção de um segundo Encontro. Assim foi.

A FDUC abriu as portas aos agentes da Arbitragem do Consumo em Portugal, numa organização conjunta com a Direcção-Geral do Consumidor e a Direcção-Geral da Política da Justiça. Contou com a presença e preciosa participação dos Senhores Directores dos Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo e de um número muito significativo de árbitros de consumo de todo o país (doravante, juízes-árbitros).

---

\* Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas, Menção em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Contou também com a importante presença de representantes de várias entidades competentes para questões de consumo: a Sr.ª Directora-Geral do Consumidor (DGC), Dr.ª Ana Catarina Fonseca; a Sr.ª Directora-Geral da Política da Justiça (DGPJ), Dr.ª Lídia Jacob; a, à altura, Directora de Serviços de Comunicação ao Consumidor, Dr.ª Sónia Lapa de Passos; a Directora de Serviços do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (RAL) da DGPJ, Dr.ª Marta San-Bento; a, à altura, Sr.ª Secretária de Estado do Turismo, Comércio e Serviços, Eng.ª Rita Marques.

O debate, coordenado pela Sr.ª Professora Doutora Sandra Passinhas, esperava-se frutífero e colaborante. Mas suplantou as expectativas: num espírito colaborativo e informal, não se deteve numa “mesa redonda”, tendo antes e verdadeiramente uma dinâmica participativa, de pendor muito prático, de debate e partilha de experiências e de opiniões sobre temas que hoje dominam os Centros de Arbitragem do Consumo.

As convicções dos participantes foram mediadas por outras perspectivas. O debate ganhou especial robustez com a preciosa intervenção da Professora Doutora Sandra Passinhas: moderando activamente a discussão, confrontou os presentes com questões práticas (algumas de interessante controvérsia), desafiando a ponderação e a argumentação, e resumiu conclusões.

Os temas foram dados a conhecer antes do Encontro e, em todos os casos, foram acompanhados de materiais de apoio e referência. Neste pressuposto, privilegiou-se a discussão das considerações práticas dos participantes e o debate interpretativo e comunicante das (várias) resoluções.

Levou-se a debate o seguinte:

- 1) Compra e venda de bens de consumo
  - 1.1) Conceito de consumidor/uso profissional;
  - 1.2) A qualificação do condomínio como consumidor face à nova redacção do DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro (“Direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais”);
- 2) Serviços públicos essenciais (SPE)
  - 2.1) Controlo do registo de consumos anormais de electricidade;
  - 2.2) Competência material dos tribunais arbitrais em caso de apropriação indevida de energia (AIE);
  - 2.3) Invocação da excepção dilatória dos CACC quando se encontra pendente processo de execução fiscal para cobrança coerciva a consumidores de valores devidos no âmbito de SPE;
- 3) Questões processuais
  - 3.1) (In)competência nas questões relativas a aparelhos auditivos — são dispositivos médicos para efeitos da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro?
  - 3.2) Qualificação de um processo como “supérfluo ou vexatório”;
  - 3.3) A razão de ser do artigo 14.º, n.º 5, do Regulamento Harmonizado — o prazo de 48 horas para apresentar contestação visa garantir o conhecimento atempado da contestação. Mas salvaguarda o árbitro ou o consumidor?
  - 3.4) Alteração do pedido.

Vejam-se os pontos acima elencados como matriz temática do debate e do texto que agora iniciamos. A transcrição que empreendemos revelou-se, desde logo, essencial: pela

importância do que se discutiu, não poderiam as ideias que elevaram o debate ficar retidas naquele espaço-tempo. Pois que este texto servirá esse desiderato: eternizar como relato os casos práticos levantados pelos Srs. participantes, resumindo argumentos, inquietações, dúvidas e problemas suscitados.

O texto seguirá uma metodologia que, assim cremos, permitirá aos destinatários retirarem-lhe o máximo proveito: se pendor do texto não poderia ser outro que não o que foi levado pelo debate — problemas concretos, soluções práticas, técnicas de actuação comuns ou incomuns —, teremos a preocupação de, quando o tema exigir, mediar a exposição com algumas considerações teóricas — também elas levantadas pelos argumentos e posições dos intervenientes — que enquadrem o caso depois descrito e debatido. Descreveremos, pois, o caso prático posto à consideração dos presentes, e reproduziremos as principais ponderações práticas que se elevaram, relatando as várias posições, argumentos e contra-argumentos.

## **SESSÃO DE ABERTURA**

Saudando os presentes, começou-se este II Encontro Nacional de Árbitros do Consumo com palavras da Sr.<sup>a</sup> Directora-Geral da Política da Justiça, Dr.<sup>a</sup> Lídia Jacob<sup>1</sup>. Com elevado apreço pela iniciativa, realçou a importância da discussão de temas e problemas de Direito do Consumidor. Neste sentido, destacou a organizadora Doutora Sandra Passinhas que, representando a Academia com o brio que lhe é conhecido, mostra como é importante a partilha de conhecimento entre os vários agentes, proporcionando o debate destas ideias em

.....

<sup>1</sup> A Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) do Ministério da Justiça actua no âmbito da política de justiça e planeamento estratégico, dos meios de resolução alternativa de litígios, das relações internacionais e da informação estatística na área da Justiça.

ambiente frutífero. A produção científica, temos de concordar, enriquece-se com o conhecimento dos desafios actuais e com a partilha e o confronto de ideias, convicções e realidades praticadas.

Congratulando os participantes, a Sr.ª Directora-Geral destacou a importância dos temas previstos para o debate. Com a emergência actual das soluções de teletrabalho, realidade hoje dominante na vida das organizações, o tema do “conceito de consumidor e uso profissional” (um dos eleitos para debate naquele Encontro) torna-se um foco importante de discussão e reflexão: será que o destino dado a um bem adquirido — uso exclusivamente profissional, ou exclusivamente pessoal, ou simultaneamente pessoal e profissional — consegue ser concretamente (razoavelmente) delimitado em contexto de teletrabalho?

Destacando o interesse do tema, também alvo de debate, da “competência dos Centros de Arbitragem para Conflitos do Consumo”, Lídia Jacob não deixou de distinguir a importância dos Srs. Directores dos Centros de Arbitragem, que, segundo ela, “protagonizam a missão”. Permitem uma resolução célere, desburocratizada, próxima e atenta das questões potencialmente violadoras de Direitos dos Consumidores. Reiterou a Rede de Arbitragem de Conflitos de Consumo como estrutura fundamental para a coordenação dos temas do Consumo e destacou o projecto RAL+, plataforma informática que está a ser desenvolvida pelo Ministério da Justiça e que promete aproximar os meios RAL dos cidadãos e, internamente, agilizar e criar condições de maior eficiência dos trabalhos.

Deixou assente a importância de todos os agentes especialmente reunidos no Encontro — os que praticam a Arbitragem do Consumo, os que coordenam os Centros de Arbitragem, as entidades que salvaguardam os Direitos dos

Consumidores e permitem a resolução alternativa dos seus litígios — e manifestou abertura para um contacto directo e atento entre eles e a DGPJ.

Tomou a palavra a Sr.ª Dr.ª Ana Catarina Fonseca, Directora-Geral do Consumidor. Da importância do Encontro e da partilha de ideias que nele se proporciona, passando pelo agradecimento à equipa da DGC ali presente (Dr.ª Sónia Passos e Dr.ª Paula Delgado), a Sr.ª Directora expôs aos presentes que está a desenvolver-se um projecto de formação para juizes-árbitros (actuais e futuros), e reforçou a pertinência em conhecer a opinião dos presentes sobre os temas que melhor se enquadrariam nas sessões de formação.

Seguiram-se os trabalhos com o tema “A compra e venda de bens de consumo”.

## **1) COMPRA E VENDA DE BENS DE CONSUMO**

### **1.1) CONCEITO DE CONSUMIDOR/USO PROFISSIONAL — AS BOTAS DO GUARDA PRISIONAL**

O DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro (“Direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais”)<sup>2</sup> transpõe *ipsis verbis* o conceito de “consumidor” que encontramos na Directiva de 2019: diz-se que é consumidor “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, actue com *finals que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial*,

.....  
<sup>2</sup> “Regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Directivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770”. Vejam-se as definições presentes no art. 2.º do DL n.º 84/2021 (em especial as alíneas c) “bens”, d) “bens imóveis”, e) “bens reconicionados”, h) “conteúdo digital” e r) “serviço digital”).

*industrial, artesanal ou profissional*" (alínea g) do art. 2.º do DL — em total ressonância com a Directiva de 2019)<sup>3</sup>.

Com a entrada em vigor do DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro, opera a revogação do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril ("Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativa"). Este diploma definia como "consumidor aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho" (art. 1.º-B — que, reiteramos, foi revogado pelo DL n.º 84/2021).

O n.º 1 do art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com versão mais recente dada pelo DL n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro) diz que se "considera consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios".

O n.º 1 do art. 10.º do Anteprojecto do Código do Consumidor<sup>4</sup> propunha que se considerasse consumidor "a pes-

<sup>3</sup> Sandra Passinhas salientou que, em relação à Directiva anterior (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), a actual formulação é apenas aparentemente mais estreita. Dizia a anterior Directiva que entende-se por "consumidor: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional". Na verdade, a actual definição, acrescentando "actividade industrial, artesanal", e preferir dizer "fins que não se incluam no âmbito", em vez de dizer "actue com objectivos alheios", poderá parecer mais redutora, mas, defende Sandra Passinhas, continua a ir ao encontro da anterior definição.

<sup>4</sup> Falamos do Anteprojecto do Código do Consumidor que esteve em discussão pública de 15 de Março a 15 de Julho de 2006, e que, como sabemos, não viu ainda concretização legislativa. O Sr. Prof. Doutor António Pinto Monteiro presidiu à Comissão encarregue da elaboração do Código



soa singular que actue para a prossecução de  *fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional*, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional". Esta definição mostra-se mais completa por assentir que "o consumidor é um conceito relacional, de alguém que se relaciona com um profissional para fins privados" (como lembra o Sr. Professor Doutor António Pinto Monteiro<sup>5</sup>).

Discorremos as várias definições de "consumidor" — aplicáveis ou já não — mas destacamos a linha que as une: será consumidor aquele que destine os bens, conteúdos, serviços ou direitos que adquiriu a um uso não profissional<sup>6</sup>.

.....  
do Consumidor. O Professor faz um resumo das propostas apresentadas e conclui com a "enorme vantagem de reunir num único diploma centenas de normas dispersas por uma multiplicidade de leis e decretos-leis. No Anteprojecto português são 16 os diplomas legais que o Código substitui integralmente: serão integralmente revogadas 3 leis e 13 decretos-leis! Parece-nos que assim se facilitará o conhecimento e a compreensão das regras jurídicas e se beneficiará a sua aplicação prática e o próprio acesso ao direito" (António Pinto MONTEIRO, "Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, págs. 253 e ss e 258). Resta-nos, hoje, continuar esta esperança.

<sup>5</sup> IDEM, p. 254. Vd. tb. SILVA, CALVÃO DA, *Compra e Venda de Coisas De-feituosas*, 5.ª edição, Almedina, 2018, pág. 114 e ss.. "A *ratio essendi* do direito do consumo: proteger os mais fracos, os particulares ou não profissionais, contra os mais poderosos, os profissionais, pois «entre o fraco e o forte é a lei que liberta e a liberdade que oprime (Lacordaire)»". E, mais adiante, lembra este Autor: "Situa-se a Directiva, portanto, no núcleo duro da dita relação de consumo — relação final entre profissionais e consumidores — em coerência com a aceção mais estrita que guindou a protecção do consumidor a princípio do pensamento moderno e impôs o chamado direito do consumo como direito de protecção social dos consumidores-pessoas perante profissionais ou empresas".

<sup>6</sup> O Dr. Fernando Viana — Director do CIAB, Centro de informação, mediação e Arbitragem de consumo (Tribunal Arbitral de Consumo) — acrescentou o problema de podermos estar perante uma pretensão "do melhor de dois mundos, em que, por um lado, é profissional para ter benefícios fiscais, mas, por outro, quer ser considerado consumidor (...)"

Os limites conceptuais do “consumidor” — directamente opostos ao que se considera como “uso profissional” — serão sempre um tema a desenvolver e discutir. Do debate ficou claro que a indeterminação do conceito de “consumidor” exige uma atenta e ponderada flexibilidade exegética. Assim se fez com o problema das botas do guarda-prisional.

Apresentou-se o seguinte caso<sup>7</sup>: pedia-se a restituição do valor pago por umas botas adquiridas à demandada. O reclamante já conhecia a marca e a qualidade das botas, mas rapidamente, e sem lhes ter dado uma utilização anormal ou que pudesse comprometer a sua integridade, deparou-se com defeitos que impediam uma utilização cabal. O reclamante comprou as botas para substituir as que possuía da mesma marca, mas de modelo anterior: “utilizava nos seus turnos no estabelecimento prisional onde trabalha cerca de dois dias por cada semana”; “no total dos cerca de 3 meses entre a aquisição e a devolução usou-as o equivalente a um mês”. O caso seguiu para Arbitragem após tentativa de conciliação frustrada.

A dúvida que se colocou no CACRC e que se reproduziu aos presentes deteve-se no uso dado pelo reclamante às botas: tendo usado no âmbito da sua profissão de guarda-prisional, poderá considerar-se como “consumidor”?

De notar que o reclamante alegava usar as botas em vários contextos — pessoal e profissional (elemento da farda que usava no exercício das suas funções) — e que comprou com o seu dinheiro. Evocando o art. 49.º do DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro, podemos considerar o uso das botas em contexto laboral como “predominante” no contexto global do contrato, rejeitando, assim, a protecção como “consumidor” ao guarda-prisional?

<sup>7</sup> O caso que transcrevemos foi relatado pela Sr.ª Dr.ª Ana Paula Providência, Directora do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra (CACRC).

A decisão arbitral considerou a relação jurídica como relação de consumo: “a aquisição das botas pelo demandante não se insere num processo produtivo gerador de valor”, “é ele (o reclamante) o ponto final da cadeia de valor económico sintetizada nas botas adquiridas”<sup>8</sup>. A decisão também fundamentou que a actividade de guarda-prisonal não parece inserir-se nas características profissionalizantes inscritas no artigo: “pessoas que exercem com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”<sup>9</sup>.

O debate começou com a consideração do chamado “uso misto de bens, conteúdos ou serviços digitais”, isto é, casos em que a aquisição de certo “bem, conteúdo ou serviço digitais” não se reconduz por completo a um uso não profissional. “A verificação de um uso profissional dos bens, conteúdos ou serviços digitais pelo consumidor, desde que a finalidade comercial não seja predominante no contexto global do contrato, não obsta à aplicação do regime previsto no presente decreto-lei”, art. 49.º do DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

Indagou-se o conceito indeterminado “predominante” — terão as botas do guarda prisional uma finalidade predominantemente pessoal? — e discutiram-se, aqui e ali, alguns critérios que poderão auxiliar (ou até responder) na delimitação, no caso concreto, de quem é “consumidor”:

.....  
<sup>8</sup> Disse-se na decisão arbitral.

<sup>9</sup> “Não é uma actividade económica — antes uma actividade de administração da justiça, na garantia das condições de segurança na execução de penas de prisão — por outro lado, não tem como objectivo a obtenção de benefícios (leia-se «benefícios económicos») — nem pelos funcionários guardas prisionais, nem pela própria instituição, cujas atribuições são de interesse público e não têm cariz económico”. Retirado da fundamentação da decisão arbitral.

- 1) a intenção da compra — tendo comprado para uso não profissional, poderá impor-se o problema da utilização do bem em contexto de teletrabalho;
- 2) o(s) tempo(s) de utilização das botas — horas de trabalho vs horas pessoais;
- 3) o modo de aquisição das botas — comprou com o seu dinheiro? Assumiria a responsabilidade da reparação ou substituição das botas?;
- 4) adquirindo e utilizando as botas (também) em contexto laboral, importará para a ponderação saber qual o vínculo laboral? Concordou-se que um trabalhador por conta própria que adquire e use nestes termos poderá estar mais longe de se considerar um “consumidor”<sup>10</sup>.

O limite da prevalência do não-profissional será determinado pelo caso concreto. Aliás, conjecturou-se a ideia de que, considerando a totalidade do contrato, será “consumidor” se o reduto do contrato indicar “finalidades domésticas”. Deu-se o exemplo de uma aquisição por um “consumidor” também ele “produtor”: se a essência do contrato, destriçada, for a relação contratual enquanto “consumidor”, sem que se retire qualquer tendência para uma relação contratual com um

.....  
<sup>10</sup> A Sr.ª Doutora Sandra Passinhas alertou a sala para o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia que, aceitando um conceito de consumidor verdadeiramente alargado, considerou que certo jogador de póquer *online*, sem qualquer actividade declarada, e que despendia de 7 horas do seu dia naquele “hobby”, seria considerado consumidor: apesar dos conhecimentos que detinha e que iam sendo engrandecidos todos os dias, “não declarou oficialmente essa actividade nem ofereceu essa actividade a terceiros enquanto serviço remunerado” e, por isso, “não perde a qualidade de «consumidor» na acepção desta disposição, mesmo que essa pessoa jogue esse jogo durante um grande número de horas por dia, possua conhecimentos alargados e obtenha ganhos significativos provenientes desse jogo” — retirado do Ac. TJUE (Sexta Secção), de 10 de Dezembro de 2020, no Processo C774/19, A. B., B. B. contra Personal Exchange International Limited (ECLI:EU:C:2020:1015)

“produtor”, não temos como não considerar e reconhecer o espectro de “consumidor” e rejeitar o de “produtor”.

Auscultando a sala, detectaram-se duas posições (de equivalente proporção). Uma que admitia cumpridos os requisitos do conceito (“uso não profissional”) se assumirmos (e consentirmos provado) que a compra das botas, apesar de constituírem elemento da farda, tem uma finalidade “predominantemente” pessoal — invocando e aplicando o art. 49.º do DL — e se se provar que o comprador “não retira qualquer benefício económico” com o bem adquirido. Proteger o reclamante como consumidor poderá também, como fundamentou a decisão arbitral, atender aos “dois mundos que o artigo invoca” (expressão retirada da fundamentação): “o mundo dos profissionais, ou seja o daquelas pessoas que exercem com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, daquele outro que é o dos não profissionais”<sup>11</sup>. Neste sentido, concluir que o guarda-prisional comprou as botas com o seu dinheiro e que não retira qualquer benefício económico com a aquisição parece poder indiciar a razoabilidade de considerá-lo consumidor.

Noutro pólo, ouviu-se na sala que o guarda-prisional não poderia considerar-se “consumidor” por não se verificar provado o uso “predominantemente” não profissional das botas. Defendeu-se, como dissemos, que não se retiram do caso factos que indiciem o “uso misto” das botas: ao que se apurou, o guarda-prisional comprou e usa as botas em contexto profissional<sup>12</sup>. E que, mais além, não poderia gozar da protec-

<sup>11</sup> Retirado da fundamentação da decisão arbitral.

<sup>12</sup> O Sr. Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa notou que não se retira da matéria de facto provada o uso não profissional das botas: diz-se que não fez delas uso anormal, “não andou com elas à chuva, nas obras, na caça, etc.”, e que utilizou “durante cerca de dois dias por cada semana”. Para o Juiz-Árbitro, atendendo à matéria de facto provada, não poderia considerar-se “consumidor”, porque não se prova o uso misto das botas (muito menos o uso “predominantemente” pessoal).

ção como consumidor porque a compra consubstancia, em si, uma compra para o exercício de funções: só compraria aquelas botas porque é guarda prisional; há uma causalidade inegável entre a aquisição das botas e a profissão.

Mas o debate foi além disto. Ficou enriquecido pelos testemunhos de alguns participantes que demonstraram alguma preocupação por um problema que dizem “sistémico”: quando se mobiliza toda a “máquina” arbitral e, no fim, na audiência de julgamento, surge a constatação e decisão de que não há relação de consumo entre o reclamante e a demandada. “Foi dada entrada da reclamação, foi aceite por juristas, houve mediação, e só no fim, na audiência, é que o reclamante teve uma decisão negativa” — decisão de que não é consumidor, de que não gozará daquela RAL. Ouviu-se por alguns presentes que ao comprometer-se, como naqueles casos, a celeridade da RAL, descredibiliza-se todo o sistema.

Noutra perspectiva, partilharam-se práticas que reflectem o “funcionamento do sistema”. O Sr. Director do TRIAVE<sup>13</sup> respondeu que o serviço jurídico disponibilizado pelos Centros de Arbitragem tende a garantir uma triagem eficaz dos casos que não competem seguir para a Arbitragem. Ainda assim, quando há dúvidas acerca da competência material do Tribunal Arbitral, o reclamante é devidamente informado: não rejeitando a entrada da reclamação em caso de dúvida (no caso, dúvida acerca da qualidade de “consumidor” do reclamante), mas só quando é absolutamente óbvio, não se descredibiliza o sistema porque “o consumidor seria avisado das dúvidas e de que poderia vir a ter uma resposta de incompetência material por parte do juiz-árbitro”.

Partilhou-se também a ideia de que casos há (comuns até) em que só em audiência de julgamento, com prova apura-

.....  
<sup>13</sup> Dr. Pedro Pires de Sousa, Director do TRIAVE, Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa.

da, é que se percebe se o reclamante é ou não consumidor. Também se salientou a hipótese de o processo seguir para a Arbitragem com uma triagem positiva pelo departamento jurídico do Centro de Arbitragem (de que se trata de uma relação de consumo) e de o juiz-árbitro entender não tratar-se de um consumidor. A autonomia do juiz-árbitro sobrepõe-se, certamente, aos eventuais transtornos que o processo, ali chegado, possa causar.

Concluiu-se a discussão com uma ideia incontrovertida para toda a sala: a qualificação pelo juiz-árbitro do “consumidor” ou da preponderância de elementos que indiquem o “uso profissional” deve ser extensivamente fundamentada. “Devem socorrer-se dos mais ínfimos pormenores”, atendendo a factos “onde se exige muito cuidado” na apreciação<sup>14</sup>. Também por isto, salientou-se, o julgador deve ao longo de todo o processo manter uma atitude interventiva, activa, pedindo esclarecimentos ao requerente e, porventura, atenuando a possível e comum incapacidade do consumidor se exprimir<sup>15</sup>.

A Sr.<sup>a</sup> Prof.<sup>a</sup> Sandra Passinhas ressaltou, a este propósito, o chamado “Acórdão Faber”<sup>16</sup> que conclui pela exigência de um papel activo do juiz ao dizer que “o órgão jurisdicional nacional chamado a pronunciar-se sobre um litígio relativo a um contrato susceptível de ser abrangido pelo âmbito de apli-

.....  
<sup>14</sup> Palavras do Sr. Juiz Conselheiro João Trindade.

<sup>15</sup> Aliás, o Sr. Juiz-Árbitro Marcelino Abreu fez lembrar que, muitas vezes, os reclamantes constroem o processo enquanto consumidores mas, por perguntas dos juizes-árbitros, consegue perceber-se o cariz profissionalizante da relação jurídica relatada e acaba ali o processo. Deu os seguintes exemplos: um requerente que dizia “ter tido muitos prejuízos” por usar a casa “para alojamento local”; e de um requerente revendedor de telemóveis — comprava vários telemóveis, vendia-os à distância e pedia a devolução dos que não houvesse vendido. Pelas várias perguntas do Juiz-Árbitro consegue perceber-se quando o requerente — que “pode ter a resposta preparada para uma primeira pergunta, mas na segunda não passa” — não pode ser considerado consumidor.

<sup>16</sup> Ac. TJUE de 4 de Junho de 2015, ECLI:EU:C:2015:357.

cação desta Directiva está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal *ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento*, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor na acepção da mesma Directiva, ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade"<sup>17</sup>. A Professora concluiu o raciocínio dizendo que a imediação típica do procedimento arbitral consegue permitir com relativa facilidade pedidos de esclarecimentos: podem e devem os juízes-árbitros garantir a condição de “consumidor” do reclamante fazendo perguntas que a indiciem e que os convença.

## **1.2) A QUALIFICAÇÃO DO CONDOMÍNIO COMO CONSUMIDOR FACE À NOVA REDACÇÃO DO DL N.º 84/2021, DE 18 DE OUTUBRO**

O DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro, já atrás mencionado, introduz na ordem jurídica portuguesa os “direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais” em consonância com as directrizes europeias<sup>18</sup>.

Da noção de consumidor que o legislador aqui assumiu destaca-se, para o problema que agora nos ocupa, a delimitação do consumidor como “pessoa singular” — “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam

<sup>17</sup> Retirado das conclusões do Acórdão com itálico nosso. A Directiva a que se refere o Acórdão é a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999.

<sup>18</sup> Vd. 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, OJ L 136, 22.5.2019, p. 28-50, e a 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, OJ L 136, 22.5.2019, p. 1-27.



no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional", alínea g) do art. 2.º.

De notar que o legislador de 2021 altera o conceito de "consumidor" aceite desde 2003. O DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, dizia que é consumidor "aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho" (alínea a) do art. 1.º-B<sup>19</sup>).

Nesta base legislativa, o Acórdão do STJ de 10 de Dezembro de 2019<sup>20</sup> decidira que "o condomínio deve ser considerado como um consumidor desde que uma das fracções seja destinada a uso privado. A relação entre empreiteiro e comprador deve considerar-se como uma relação de consumo desde que o empreiteiro conhecesse, ou devesse conhecer, o fim do dono da obra de dividir o edifício em fracções autónomas e de vender cada uma das fracções autónomas a consumidores"<sup>21</sup>.

Podemos agora, tendo o DL n.º 84/2021 como referência, considerar o condomínio como "consumidor"? Esta foi a questão colocada aos participantes.

Sandra Passinhas convocou a intervenção dos Srs. Conselheiros presentes no Encontro. Como responderiam os Tri-

.....  
<sup>19</sup> Veja-se a remissão para a Lei de Defesa do Consumidor (agora alterada pelo DL n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro). Não se distinguia (nem a actual versão distingue) a "pessoa singular". Fala-se no consumidor como "todo aquele a quem sejam fornecidos (...)", art. 2.º/1 deste Decreto-Lei.

<sup>20</sup> Ac. STJ, de 10 de Dezembro de 2019 (Processo: 4288/16.718FNC.L1.S2), Relator: Nuno Pinto Oliveira, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>21</sup> Retirado do texto do Acórdão. Conclui-se também que "Em relação aos defeitos das partes comuns do edifício, o prazo de garantia do art. 5.º, n.º 1, do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril deverá contar-se a partir da constituição da administração do condomínio. Em relação aos defeitos das partes próprias, das fracções autónomas, o prazo deverá contar-se a partir da entrega da coisa ao primeiro adquirente — ao primeiro comprador/consumidor — de cada uma das fracções".

bunais Judiciais ao problema de uma conceptualização do consumidor alargada ao condomínio? Como vimos, o STJ antes do actual DL assentiu a possibilidade. Poderá a letra da actual norma (“pessoas singulares”) ceder à interpretação extensiva do condomínio?

Parece-nos relevante recordar as considerações do Prof. Doutor António Pinto Monteiro no artigo publicado no n.º 7 da Revista de Estudos de Direito do Consumidor<sup>22</sup>. O Anteprojecto do Código do Consumidor considerava consumidor “a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional”, art. 10.º/1 do Anteprojecto.

Ainda assim, alerta o ilustre jurista, “o legislador sabe que há casos em que se pode justificar que algumas pessoas colectivas beneficiem da mesma protecção. Essa é a razão por que o art. 11.º, n.º 1, do Anteprojecto permite que em certos casos, reunidos determinados pressupostos, possa estender-se às pessoas colectivas o regime que em princípio está reservado ao consumidor”. E lembra que “as pessoas colectivas não são consumidores, mas, em certos casos, se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e que a solução está de acordo com a equidade, podem beneficiar do regime que a lei reserva ao consumidor” (p. 254).

A discussão não culminou numa conclusão concreta: ficou patente em toda a sala que num caso em que se discutisse a aplicação do regime ou a protecção do condomínio como “consumidor” a decisão não seria fácil. Mas não chocaria ver uma decisão criativa que o considerasse como

.....  
<sup>22</sup> Estudo já citado. Lembramos que o estudo foi publicado ainda sob a alçada do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril.

consumidor. Parece haver espaço para assim se decidir por razões de equidade.

Podemos concluir com a seguinte ideia: uma análise cuidada do negócio realizado pelo condomínio poderá facilitar a ponderação e uma resolução equitativa. Como transcritores do que foi discutido no evento, não nos cabe, aqui neste texto, alongar em ponderações casuísticas onde se exigiria convocar a equidade. Mas, e a título de exemplo, lembramos o raciocínio do STJ no Acórdão já citado de 2019 que culminou na decisão de que “a compra de um extintor para as partes comuns do edifício seria sempre uma compra de bens de consumo, desde que pelo menos uma das fracções fosse destinada à habitação”<sup>23</sup>. O Tribunal fundamentou esta posição avocando a condição “relacional” do conceito de “consumidor” e a noção de condomínio: “o art. 1420.º, n.º 1, do Código Civil, diz que ‘cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício’. Os negócios jurídicos — p. ex., os contratos de compra e venda ou de empreitada — relacionados com as partes comuns do edifício deveriam ser considerados como negócios jurídicos de consumo desde que o proprietário, ou desde que algum dos proprietários, das partes comuns devesse ser qualificado como consumidor”. E assim “o condomínio poderia representar os interesses relativos a essas partes em representação do (ou dos) condómino(s)”<sup>24</sup>.

Parece conveniente convocar e lembrar os arts. 1424.º e ss. do Código Civil<sup>25</sup>. Neles vemos como o legislador responde ao pagamento de “encargos de conservação e fruição” e “encargos com as inovações”. “Salvo disposição em contrário, as despesas necessárias à conservação e fruição das par-

.....  
<sup>23</sup> Retirado da fundamentação do Acórdão.

<sup>24</sup> Retirado da fundamentação do Acórdão.

<sup>25</sup> Note-se o aditamento do art. 1424.º-A pela Lei n.º 8/2022, de 10 de Janeiro.

tes comuns do edifício e relativas ao pagamento de serviços de interesse comum são da responsabilidade dos condóminos proprietários das fracções no momento das respectivas deliberações, sendo por estes pagas em proporção do valor das suas fracções”, n.º 1 do art. 1424.º. E, por exemplo, “as despesas relativas às partes comuns do prédio que sirvam exclusivamente algum dos condóminos ficam a cargo dos que delas se servem”, n.º 3 do art. 1424.º. Poderá induzir-se destas disposições a ideia de que, enquanto “despesa necessária à conservação e fruição das partes comuns do edifício”, uma aquisição de “bens, conteúdos ou serviços digitais” pelo condomínio *qua tale*, isto é, pelos condóminos na proporção das suas fracções consegue subsumir-se numa “relação de consumo”? Poderá a hipótese da norma — “pessoa singular que adquira (...)” — ceder perante a confirmação de uma estrutura contratual que reconhece a intenção de uso pessoal e a contribuição — ainda que fraccionada — de um conjunto de pessoas (não profissionais) para “despesas relativas às partes comuns”?

Qualquer que seja a resposta — privilegiar o argumento literal (apenas “pessoas singulares” poderão ser “consumidores”) ou privilegiar os elementos nucleares da relação jurídica em causa (discernindo os elementos do contrato, o carácter “relacional” entre os sujeitos, o “uso não profissional” do “bem, conteúdo ou serviço digital”...) —, espera-se que lhe precedam ponderações sérias (e audazes!).

## **2) SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS (SPE)**

### **2.1) CONTROLO DO REGISTO DE CONSUMOS ANORMAIS DE ELECTRICIDADE**

Iniciou-se o segundo grupo de temas (os Serviços Públicos Essenciais) com o problema do controlo do registo de consumos anormais de electricidade. Foi tempo de discutir ques-

tões essencialmente técnicas. Pensaram-se conceitos, ex-puseram-se procedimentos, partilharam-se perspectivas. Por uma maior facilidade expositiva, resumiremos aqui algumas das ideias e conceitos debatidos que deram mote para a discussão — vertida no próximo capítulo — sobre a competência material dos CACC em casos de apropriação indevida de energia (AIE).

Começamos pela lei. A discussão teve como base o recente Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de Janeiro, que define o que é a “apropriação indevida de energia”<sup>26</sup>. “1 — A apropriação indevida de energia (AIE) ocorre quando há captação de energia eléctrica em violação das regras legais ou regulamentares aplicáveis e independentemente da vigência de contrato e sob quaisquer modalidades de acesso ou utilização”, n.º 1 do art. 250.<sup>º27</sup>.

“3 — Os benefícios resultantes de AIE presumem-se imputáveis ao titular do contrato do ponto da instalação de produção, armazenamento ou consumo, sempre que exista, ou subsidiariamente ao seu proprietário, em função da energia injectada ou consumida e dos períodos de utilização do local

.....  
<sup>26</sup> “Estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Eléctrico Nacional, transpondo a Directiva (UE) 2019/944 e a Directiva (UE) 2018/2001”.

<sup>27</sup> “Constituem, designadamente, indícios da ocorrência de AIE os seguintes: a) A captação de energia eléctrica dissociada de equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo; b) A viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo de energia eléctrica, incluindo os respectivos sistemas de comunicação de dados; c) A alteração dos dispositivos de segurança dos equipamentos referidos nas alíneas anteriores, nomeadamente, através da quebra de selos, violação de fechos ou de fechaduras, ou ainda de incidente de cibersegurança; ou d) Situações fraudulentas nas actividades de produção, armazenamento, comercialização, consumo, agregação e outras prestações de serviços análogas, nomeadamente o falsamento de valores de energia medidos através da viciação da medição ou de outras práticas fraudulentas”, n.º 2 do art. 250.º do DL.

Ressaltamos o advérbio *designadamente*, pois que outros factos que não os elencados poderão indiciar uma AIE.

de ligação com a rede de transporte ou distribuição”, n.º 3 do art. 250.º daquele DL. Presunção ilidível “mediante prova da não facturação da injeção ou, no que respeita ao consumo ou recepção, da não utilização da instalação por aquele a quem tenha sido imputada, acrescida da: a) Existência de utilizador a quem possa ser imputado benefício resultante de AIE; ou b) Inexistência de qualquer utilizador possível”, n.º 4 do art. 250.º<sup>28</sup>.

Suscitou-se no debate a seguinte ideia: se o controlo é feito trimestralmente, por técnicos especializados, e os desvios ou anormalidades de consumos de energia são hoje facilmente apreendidos e detectados — até pelo DL n.º 15/2022, de 14 de Janeiro (vd. Secção XIV “Equipamentos e contagem”, arts. 91.º e ss.) —, não deverá exigir-se que o técnico que empreende a leitura dos consumos reporte, também, os vícios que entender verificados naquele contador? Sugeriu-se a impropriedade de uma cobrança ao consumidor de 3 anos de consumo hipotético — “o Regulamento da ERSE, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, determina que, no caso de haver apropriação indevida de energia, o cálculo é feito segundo os consumos dos últimos 3 anos” — quando “não há

.....  
<sup>28</sup> Vd. também os arts. 257.º e ss. do DL. “No caso de instalações de produção, armazenamento ou consumo que, nos termos legais, estejam dotadas de técnico responsável, este é solidariamente responsável pelos valores devidos pelo beneficiário, sempre que aquele conhecesse ou devesse conhecer a situação de AIE e não tenha adoptado as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, incluindo a denúncia da situação ao operador de rede”. E nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 260: “1 - Nos casos de deferimento do pedido de reapreciação, fundado em inexistência de AIE, ou nos casos de imputabilidade subjectiva incorrecta do beneficiário, os custos de interrupção e de restabelecimento são suportados pelo operador de rede, que procede ao reembolso dos valores já pagos, acrescidos de juros calculados à taxa legal aplicável por cada dia, desde a realização do pagamento, ou é paga pelo operador de rede uma compensação ao interessado pela interrupção correspondente ao valor diário, nos termos definidos pela ERSE. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, o interessado pode exigir uma indemnização por danos sofridos, nos termos gerais. (...)”.

elementos de prova para que possa facturar para além dos 3 meses<sup>29,30</sup>.

Colocou-se outra questão. Se a AIE pode manifestar-se em diferentes constatações — vd. *designadamente* as hipóteses levantadas pela lei (n.º 2 do art. 250.º do DL), com destaque para a “b) A viciação, por qualquer meio, do funcionamento normal dos equipamentos de medição ou de controlo de potência ou consumo de energia eléctrica, incluindo os respectivos sistemas de comunicação de dados” —, torna-se essencial a discussão do “antes”: “o problema coloca-se

.....

<sup>29</sup> Apreensões manifestadas pelo Sr. Juiz Conselheiro Gil Roque. Vd. essencialmente alínea n), do n.º 3 do art. 136.º do DL n.º 15/2022, de 14 de Janeiro: “3 - Constituem deveres do comercializador, nomeadamente, os seguintes: (...) n) Emitir facturação discriminada contendo os elementos necessários a uma completa, clara e adequada compreensão dos valores facturados, nos termos do disposto no anexo VII do presente decreto-lei e do qual é parte integrante, e nos regulamentos aplicáveis, designadamente no Regulamento de Relações Comerciais”. O anexo VII [a que se refere a alínea n) do n.º 3 do artigo 136.º] determina que “1 - As facturas a apresentar pelos comercializadores devem conter os elementos necessários a uma completa e acessível compreensão dos valores totais e desagregados facturados, designadamente os seguintes: a) Potência contratada, incluindo o preço; b) Datas e meios para a comunicação de leituras; c) Consumos reais e estimados; d) Preço da energia activa; e) Tarifas de energia; f) Tarifa de acesso às redes, total e desagregada; g) Tarifas de comercialização; h) Período de facturação; i) Taxas discriminadas; j) Impostos discriminados; k) Condições, prazos e meios de pagamento; e l) Consequências pelo não pagamento (...) 4 - Os consumidores que disponham de contadores inteligentes devem ter acesso a informações complementares sobre o seu histórico de consumo que lhes permitam efectuar verificações pormenorizadas, tais como: a) Dados cumulativos referentes, pelo menos, aos três anos anteriores ou ao período decorrido desde o segundo mês de vigência do contrato de fornecimento, se esse período for inferior; e b) Dados pormenorizados correspondentes aos períodos de utilização diária, semanal, mensal e anual, disponibilizados ao consumidor através de sítio na Internet ou da interface do contador, em relação aos dois anos anteriores, ou ao período decorrido desde o início do contrato de fornecimento, se esse período for inferior”.

<sup>30</sup> Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de Dezembro, disponível em [www.dre.pt](http://www.dre.pt), “Regulamento das Relações Comerciais dos Sectores Eléctrico e do Gás”, arts. 28.º e ss..

antes, na produção de prova”, assim o disse o Sr. Juiz-Árbitro César Pires.

Destacou-se a dificuldade em perceber o que causa aquelas leituras: uma deficiência do aparelho ou um consumo anormal e fraudulento. Uma anomalia no contador pode ou não ser idónea a uma manipulação de leituras. Nem todas serão e, por isso, “não deverá dar-se esse salto, deverá percorrer-se esse passo e proceder à verificação”<sup>31</sup>.

Depois, a dificuldade em, muitas vezes, compreender (até) a própria leitura — dificuldade exponenciada pelos actuais os sistemas de telecontagem ou “contadores inteligentes” de que resultam, disse-se, listagens com valores infundáveis e, tantas vezes, quase indecifráveis. O Sr. Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa notou a dificuldade da leitura de variações abruptas de energia tendo como base os dados obtidos na telecontagem. “Vi-me obrigado a transportar toda a informação para Excel e construir gráficos para verificar se havia ou não variações abruptas”, disse. Os dados apresentados pela telecontagem representam os valores diários. Para uma verificação exigente das variações abruptas, tendo em conta a altura do ano em causa, viu como necessária aquela tarefa *infográfica* (e hercúlea, dizemos nós)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Palavras do Sr. Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa.

<sup>32</sup> Vd. Portaria n.º 231/2013, de 22 de Julho. “Aprova os requisitos técnicos e funcionais dos contadores inteligentes”. Transcrevemos o Anexo 1 — “Funcionalidades dos contadores inteligentes: 1 - Informação de medida e registo: a) Leitura remota da energia consumida (leituras diárias, mensais e por solicitação); b) Leitura remota de electricidade fornecida à rede ao abrigo dos regimes legais aplicáveis à produção descentralizada de energia eléctrica, tais como a miniprodução e a microprodução; c) Medição da energia eléctrica activa nos dois sentidos e medição de energia eléctrica reactiva nos quatro quadrantes (consumo e emissão para a rede); d) Capacidade para suportar a aplicação de sistemas tarifários avançados (alteração remota das parametrizações tarifárias); e) Agregação das medidas em pelo menos seis períodos programáveis, para dois sistemas tarifários em simultâneo (operador de rede de distribuição e comercializador); f) Realização de contagens com desagregação de pelo menos 15 minutos; g) Registo e leitu-



Mas ressaltou-se a dúvida: serão os juízes-árbitros competentes para essa análise? “O árbitro não está para tirar conclusões; está para verificar se o facto está ou não assente mediante a prova produzida”, defendeu o Sr. Juiz-Árbitro César Pires.

Por um lado, salientaram-se os protocolos dos CACC com a ERSE, de financiamento, apoio técnico, peritagem, e de formação contínua, e lembrou-se o disposto na Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro<sup>33</sup>: “4 — As entidades de RAL devem ainda comunicar anualmente à Direcção-Geral do Consumidor as seguintes informações: (...) e) Problemas sistemáticos ou importantes que ocorram frequentemente e que conduzam a litígios entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços, podendo esta informação ser acompanhada de recomendações sobre o modo como esses problemas podem ser evitados ou resolvidos no futuro, a fim de melhorar as práticas dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços e de facilitar o intercâmbio de informações e das melhores práticas”, alínea e) do n.º 4 do art. 16.<sup>34</sup>.

.....  
ra remota de potência máxima (período de 15 minutos); h) Medição, registo e disponibilização (*ad hoc* ou periódica) de grandezas (potência, corrente, tensão, factor de potência) num determinado momento; i) Registo e leitura remota de eventos; j) Registo e leitura remota de informação sobre interrupções de fornecimento da rede eléctrica.

2 - Operação remota do contador: (...) 3 - Qualidade de serviço: (...) 4 - Informação no ecrã do contador: (...) 5 - Interface local para comunicação de dados; (...) 7 - Garantia de protecção e confidencialidade dos dados. 8 - Registo de tentativas de violação do contador e de fraude. 9 - Limitação temporária de fornecimento de electricidade por definição de valor limite. 10 - Alerta de consumo excessivo no contador que seja passível de parametrização. 11 - Nível de resolução (metrologia) pelo menos igual ao actual. 12 - Reserva de memória (para dados e código) e de capacidade de processamento do contador de modo a prever a possibilidade de evolução futura”.

<sup>33</sup> Também designada como Lei RAL, “transpõe a Directiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo” e foi recentemente alterada pelo DL n.º 9/2021, de 29 de Janeiro.

<sup>34</sup> Contribuição da Dr.ª Sónia Passos (RALC) e corroborada pela Sr.ª Directora-Geral do Consumidor, Ana Catarina Fonseca.

Por outro, perguntou-se: o que podemos exigir ao consumidor? É certo que lhe é legítimo pedir uma “verificação extraordinária do equipamento”: “1 — Os equipamentos de medição podem ser sujeitos a uma verificação extraordinária, sempre que qualquer das partes suspeite ou detecte defeito no seu funcionamento”, n.º 1 do art. 197.º do Regulamento 1129/2020, de 30 de Dezembro<sup>35</sup>. Mas será exigido que o faça (suportando o seu custo)?

Sugeriu-se que, havendo necessidade de esclarecimento do Tribunal, deve promover-se um “impulso oficioso da verificação extraordinária da anomalia”. Resposta oferecida pelo Sr. Juiz Conselheiro João Trindade. Sugeriu-se também a consideração do ónus da entidade fornecedora de SPE de provar a viabilidade do aparelho, que está a fornecer adequadamente os serviços contratados e que as leituras foram bem recolhidas — desde logo pelo artigo 11.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho. Facilita-se ao utente/consumidor um acesso a uma justiça alternativa — um acesso mais amplo por se tratar de SPE.

O tema alavancou o problema seguinte.

## **2.2) COMPETÊNCIA MATERIAL DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS EM CASO DE APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE ENERGIA (AIE)**

O debate continuou na linha em que seguia: o que é uma apropriação indevida de energia (AIE); os benefícios resultantes de AIE presumem-se imputáveis ao titular do contrato

<sup>35</sup> Nos termos do artigo 197.º do Regulamento 1129/2020, de 30 de Dezembro (DR, II Série, de 30 de Dezembro de 2020, pp. 69-233): “2 — A verificação extraordinária deve realizar-se em laboratório acreditado, nos termos da legislação em vigor sobre controlo metrológico e do Guia de Medição, Leitura e Disponibilização de Dados. 3 — Os encargos com a verificação extraordinária dos equipamentos de medição são da responsabilidade das seguintes entidades: a) Da entidade que solicitou a verificação extraordinária, nos casos em que a verificação efectuada ao equipamento vier a comprovar que o mesmo funciona dentro dos limites de tolerância definidos; b) Do proprietário do equipamento, nas restantes situações”.

(consumidor); presunção ilidível; indemnização em caso de AIE (art. 256.º do DL n.º 15/2022, de 14 de Janeiro); a responsabilidade solidária do técnico “pelos valores devidos pelo beneficiário, sempre que aquele conhecesse ou devesse conhecer a situação de AIE e não tenha adoptado as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, incluindo a denúncia da situação ao operador de rede” (art. 257.º do DL); a responsabilidade do operador de rede “nos casos de deferimento do pedido de reapreciação, fundado em inexistência de AIE, ou nos casos de imputabilidade subjectiva incorrecta do beneficiário (...)” (n.º 1 do art. 260.º do DL)<sup>36</sup>.

Seguiu-se a análise do art. 261.º do DL, com a epígrafe “Participação às entidades competentes”. Diz que “1 — Sempre que existam indícios da prática de um crime, o operador de rede *deve participar ao Ministério Público* os factos de que tenha tomado conhecimento no desempenho das suas funções. 2 — Quando existam indícios de que um técnico de electricidade tenha intervindo ou consentido, de algum modo, para permitir a prática de acto de AIE, o operador de rede deve dar conhecimento desse facto à DGEG e ao Ministério Público. 3 — Sempre que numa instalação dotada de técnico responsável seja detectada a prática de um acto de AIE, o operador de rede deve informar a DGEG e o Ministério Público. 4 — A DGEG pode solicitar ao operador de rede todos os elementos que tenha por relevantes, nomeadamente

.....

<sup>36</sup> Vd. ademais que o artigo 259.º do DL n.º 15/2022, de 14 de Janeiro, facilita a comunicação de uma AIE: “2 — Quando, na sequência da realização de uma inspecção, o respectivo operador de rede identifique uma situação de AIE, este fica autorizado, sem necessidade de qualquer consentimento particular ou acto judicial ou administrativo, a retirar e manter à sua guarda os equipamentos utilizados, por forma a eliminar a situação ilícita e promover a segurança das instalações. 3 — Sempre que a ENSE - Entidade Nacional para o Sector Energético, E.P.E., no exercício das suas atribuições, adquirir notícia de eventual verificação de AIE, deve dar de imediato conhecimento dos factos apurados ao operador de rede competente para os efeitos previstos no presente decreto-lei”.

para efeitos de procedimento sancionatório contra os técnicos responsáveis”<sup>37</sup>. Tratando-se, como se trata, de um crime de furto, o “operador de rede” deverá apresentar queixa — vd. art. 203.º do Código Penal<sup>38</sup>.

Contrapôs-se com o art. 262.º do DL: “1 — *Considera-se conflito de consumo* o litígio existente entre uma pessoa singular e o operador de rede sobre a existência de AIE e o seu beneficiário. 2 — Sem prejuízo do direito de recurso aos tribunais, a pessoa singular a quem seja imputado o benefício por AIE pode, por sua opção expressa, *submeter o litígio à apreciação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo* legalmente autorizados, inclusive no que respeita ao montante pecuniário a pagar”.

Ora, não ignorando o n.º 4 do art. 4.º do Regulamento Harmonizado que diz que “4 — O Centro não pode aceitar nem decidir litígios em que estejam indiciados delitos de natureza criminal ou que estejam excluídos do âmbito de aplicação da Lei RAL”<sup>39</sup>, e que o recente DL n.º 15/2022, de 14 de Janeiro admite a Arbitragem do Consumo “inclusive no que respeita ao montante pecuniário a pagar”, como compreender o *alcance* da competência material dos Tribunais Arbitrais — pela nova formulação — considerando que uma AIE consubstancia um crime de furto?

Os participantes do Encontro pronunciaram-se. Disse-se que os CACC são competentes para decidir estes casos — em concreto no que toca à pretensão do consumidor que poderá dizer “eu não devo este valor, porque não me apropriei indevi-

.....  
<sup>37</sup> O Sr. Juiz Conselheiro Gil Roque interveio e disse que deveria haver uma directriz que impedisse a ERSE de exigir o pagamento ao consumidor enquanto não participasse a suspeita de AIE ao MP.

<sup>38</sup> Art. 203.º do Código Penal: “1 — Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel ou animal alheios, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 — A tentativa é punível. 3 — O procedimento criminal depende de queixa”.

<sup>39</sup> E que “os tribunais judiciais são os órgãos competentes para decidir as causas penais e aplicar penas e medidas de segurança criminais”, art. 8.º do Código de Processo Penal.

damente da energia. O contador está na rua"<sup>40</sup>; ou “embora possa ser responsável, não é este o montante a pagar”<sup>41</sup>.

O Sr. Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa defendeu que responder ao problema da competência material dos tribunais arbitrais para AIE implica notar que existe (ou não deixa de existir) relação de consumo: “o facto de o litígio configurado pelo reclamante apresentar elementos indiciadores da prática de qualquer delito criminal não prejudica a natureza jurídico-consumerística da relação material controvertida, apresentada sob a forma de acção de simples apreciação negativa, como forma de reacção, tão-só, à situação de incerteza acerca do alegado direito de crédito indemnizatório de que a reclamada se arroga, a qual não se confunde nem fica desprovida de autonomia pela eventual implicação jurídico-penal que a alegada conduta do demandante também possa encerrar”<sup>42</sup>. Disse — desta vez no Encontro — que o ponto de partida é o que é dito pelo reclamante (pedido e causa de pedir) e que o litígio arbitral se cinge no pedido de declaração de que nada deve, pelo que é irrelevante a questão penal. “O legislador quis dissipar as dúvidas e levar a que os CACC se declarem competentes”.

Mas também se afirmou que “o titular da acção penal é o MP”. “Eu enquanto árbitro considero que não está no âmbito

.....  
<sup>40</sup> Hipótese levantadas pelo Sr. Juiz Conselheiro João Trindade.

<sup>41</sup> Hipótese levantada pelo Dr. Fernando Viana (CIAB). Aqui haverá um reconhecimento de uma AIE.

<sup>42</sup> Carlos Filipe COSTA, “Regulamento Harmonizado Centros de Arbitragem de conflito de consumo — proposta de revisão”, *Data Venia*, Ano 10, n.º 13, pp. 325-382, disponível em [https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao13/datavenia13\\_p325\\_382.pdf](https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao13/datavenia13_p325_382.pdf) (trecho na p. 345). “O que temos perante nós é que factos que integram a causa de pedir nesta acção são os mesmos que integram o objecto do julgamento penal, embora com consequências diferentes dada a diferente função e natureza dos dois tipos de processo. Num pretende-se efectivar a responsabilidade civil com um pedido de indemnização e noutra pretende-se efectivar a responsabilidade penal com a aplicação de uma pena. (...) Não quer isto dizer que os processos sejam mutuamente indiferentes, mas apenas que um não é causa prejudicial do outro” (p. 349 e 350).

das minhas funções pronunciar-me se aquele facto é um facto ilícito e típico", pelo que se exige a suspensão do processo até que verificados os pressupostos de um pedido de indemnização cível em separado<sup>43</sup>.

Replicou-se com uma ideia de *pragmatismo*: "temos de ser pragmáticos; estamos no âmbito da Defesa do Consumidor e a realidade é que raramente se assiste a queixa-crime pela E-REDES<sup>44</sup> e que os CACC têm os instrumentos para os consumidores verem os seus problemas resolvidos o mais rápido possível"<sup>45</sup>.

Propondo uma perspectiva diferente, Sandra Passinhas rematou o debate. A Professora considerou essencial distinguir duas hipóteses: um processo arbitral que coincida com a queixa de AEI e um processo arbitral sem que tenha havido queixa<sup>46</sup>. Demonstrou com clareza que vê como incompetente o Tribunal Arbitral até que terminado o período de queixa. Só após os seis meses que medeiam a notícia do crime e a dedução de acusação, e sem que haja queixa, é que, acredita a Professora, poderão os CACC decidir sobre a AEI — ou, melhor, só depois de esgotado o direito de queixa poderão os CACC conhecer e decidir o litígio (de consumo) que (ainda) penda entre reclamante e reclamado.

Defendeu, aliás, que o problema se coloca antes: "a questão não é saber se o DL dá competência; não a pode dar porque estes litígios de direito criminal não são arbitráveis"<sup>47</sup>.

.....  
<sup>43</sup> Palavras do Sr. Juiz-Árbitro César Pires.

<sup>44</sup> Principal operador da rede de distribuição de energia eléctrica em Portugal Continental das redes de alta, média e baixa tensão.

<sup>45</sup> Dito pelo Sr. Juiz Conselheiro João Trindade.

<sup>46</sup> N.º 1 do art. 115.º do Código Penal: "1 - O direito de queixa extingue-se no prazo de seis meses a contar da data em que o titular tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, ou a partir da morte do ofendido, ou da data em que ele se tiver tornado incapaz".

<sup>47</sup> Conclusões da Sr.ª Doutora Sandra Passinhas que lembrou também que "os tribunais judiciais são os órgãos competentes para decidir as causas penais (...)", art. 8.º do Código de Processo Penal.

Deixou uma nota de “cautela” aos juízes-árbitros presentes no tratamento destas questões: não assumir com ligeireza a competência dos CACC antes de terminados os seis meses de queixa, pois que, considerando esse período, a decisão (arbitral) que se seguir estará no âmbito da responsabilidade civil.

### **2.3) INVOCAÇÃO DA EXCEPÇÃO DILATÓRIA DOS CACC QUANDO SE ENCONTRA PENDENTE PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA COERCIVA A CONSUMIDORES DE VALORES DEVIDOS NO ÂMBITO DE SPE**

O Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, com a recente alteração da Lei n.º 114/2019, de 12 de Setembro, dispõe, no art. 4.º, n.º 4, alínea e) que: “4 - Estão igualmente excluídas do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal: (...) e) A apreciação de litígios emergentes das relações de consumo relativas à prestação de serviços públicos essenciais, incluindo a respectiva cobrança coerciva”.

Colocou-se o seguinte problema aos presentes: provando que há um litígio de consumo (no âmbito de serviços públicos essenciais), o Tribunal Administrativo e Fiscal deverá, pela formulação de 2019, declarar-se incompetente. Mas, até então, se o consumidor recorrer aos tribunais arbitrais, poderá ser confrontado com uma excepção dilatória de litispendência.

Foi essencialmente notado o problema (grave) de informação aos consumidores: é parca e insuficiente e pode levar à inércia dos consumidores perante acções promovidas por Entidades Gestoras. Uma inércia que, manifestou-se o receio, poderá resultar no imediato pagamento da quantia dita devida e na não promoção de uma resolução alternativa de litígios proporcionada pelos Tribunais Arbitrais — uma justiça célere, efectiva, qualificada e tendencialmente gratuita.

A discussão sobre o tema culminou com esta constatação: ainda há um grande desconhecimento sobre a Resolução Alternativa de Litígios e deve haver um esforço conjunto — também dos Centros de Arbitragem e da Academia — para incentivar o recurso aos Centros de Arbitragem. Aqui pronunciaram-se Lúcia Jacob, Directora-Geral da Política da Justiça, e Ana Catarina Fonseca, Directora-Geral do Consumidor. Concordaram que a comunicação deve ser circular, “no terreno e todos em conjunto”, e que a informação que passe seja efectiva e contínua. Informaram os presentes de um projecto (a concretizar-se ao longo do ano) para “informar e empoderar os consumidores e colaboradores económicos sobre a legislação de defesa do consumidor e Resolução Alternativa de Litígios”.

### **3) QUESTÕES PROCESSUAIS**

#### **3.1) (IN)COMPETÊNCIA NAS QUESTÕES RELATIVAS A APARELHOS AUDITIVOS — SÃO DISPOSITIVOS MÉDICOS PARA EFEITOS DA LEI N.º 144/2015, DE 8 DE SETEMBRO?**

O problema ocupa vários árbitros do consumo e implicou uma reflexão interessante<sup>48</sup>.

A premissa é dada pela alínea b), do n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro (doravante Lei RAL). Diz que: “2 — Encontram-se excluídos do âmbito de aplicação da presente lei: (...) b) Os serviços de saúde prestados aos doentes por profissionais do sector para avaliar, manter ou reabilitar o seu estado de saúde, incluindo a prescrição, a

.....  
<sup>48</sup> Foi enviado previamente aos participantes do evento algumas decisões arbitrais que versaram sobre o problema.



dispensa e o fornecimento de medicamentos e *dispositivos médicos*<sup>49</sup>.

De notar também o n.º 3 do art. 2.º do Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2017: “não são considerados *dispositivos feitos por medida* os dispositivos fabricados em série que careçam de adaptação para satisfazerem as necessidades específicas de qualquer utilizador profissional, nem os dispositivos fabricados em série por processos de fabrico industriais de acordo com a prescrição médica de qualquer pessoa autorizada”<sup>50</sup>.

O debate deteve-se nos chamados “aparelhos auditivos”. Primeiro, salientou-se a diferença entre estes e os chamados “amplificadores auditivos”. Os “aparelhos auditivos” são dispositivos adaptados a cada tipo diferente de surdez, aumentando apenas as frequências sonoras nas quais a pessoa apresenta insuficiência, e são prescritos por um otorrinolaringologista que avalia a necessidade e utilidade no uso. Já os “amplificadores auditivos” não gozam na comunidade médica de eficácia cientificamente comprovada e não requerem indicação médica. São standardizados e aumentam os sons de forma igual.

.....

<sup>49</sup> O n.º 1 do art. 2.º do Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2017, completa a definição. Considera “1 — «Dispositivo médico», qualquer instrumento, aparelho, equipamento, *software*, implante, reagente, material ou outro artigo, destinado pelo fabricante a ser utilizado, isolada ou conjuntamente, em seres humanos, para um ou mais dos seguintes fins médicos específicos: a) diagnóstico, prevenção, monitorização, previsão, prognóstico, tratamento ou atenuação de uma doença; b) diagnóstico, monitorização, tratamento, atenuação ou compensação de uma lesão ou de uma deficiência; c) estudo, substituição ou alteração da anatomia ou de um processo ou estado fisiológico ou patológico; d) fornecimento de informações por meio de exame *in vitro* de amostras provenientes do corpo humano, incluindo dádivas de órgãos, sangue e tecidos, e cujo principal efeito pretendido no corpo humano não seja alcançado por meios farmacológicos, imunológicos ou metabólicos, embora a sua função possa ser apoiada por esses meios”.

<sup>50</sup> Última parte do n.º 3 do art. 1.º do Regulamento.

Colocando em análise o disposto no Regulamento e as orientações do INFARMED<sup>51</sup>, concluiu-se que os “aparelhos auditivos” são dispositivos médicos mas não os “amplificadores auditivos”. Mas concluiu-se também que, *a contrario*, um “aparelho auditivo” só será “dispositivo médico” se feito “por medida” — “dispositivo fabricado especificamente de acordo com a prescrição médica de qualquer pessoa autorizada pelo direito nacional em virtude das suas qualificações profissionais em que, sob a sua responsabilidade, se indiquem características de concepção específicas e que se destine a ser utilizado apenas num doente determinado, tendo exclusivamente em vista satisfazer o seu quadro clínico e necessidades próprias”<sup>52</sup>. Neste sentido, notou-se a importância, além dos elementos que o definem enquanto “dispositivo feito por medida”, da intervenção de um profissional de saúde (audiologista)<sup>53</sup>.

A Dr.ª Andreia Ribeiro, TRIAVE, lembrou um litígio de que tomou conhecimento e que se resumiu na apreciação da qualidade de um aparelho auditivo. Tratava-se de um verdadeiro aparelho auditivo, feito à medida da reclamante, que não cumpria com os critérios mínimos esperados. A questão não era sobre o contrato mas tão-só sobre a qualidade do apare-

.....  
<sup>51</sup> Orientações consultadas em <https://www.infarmed.pt/web/infarmed/perguntas-frequentes-area-transversal/dm>.

<sup>52</sup> Primeira parte do n.º 3 do art. 1.º do Regulamento (UE) 2017/745 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2017. O INFARMED exemplifica os conceitos: não são dispositivos médicos feitos por medida, por exemplo, “os óculos, lentes de contacto que têm marcação CE e são prescritos para um determinado doente; são produzidos em série e, posteriormente, adaptados para se adequar às necessidades daquele doente”. São dispositivos médicos feitos por medida, por exemplo, “aparelhos dentários, próteses, aparelhos auditivos; são, na maior parte dos casos, dispositivos únicos”. Vd. [https://www.infarmed.pt/web/infarmed/entidades/dispositivos-medicos/colocacao-no-mercado/orientacoes\\_dms\\_medida](https://www.infarmed.pt/web/infarmed/entidades/dispositivos-medicos/colocacao-no-mercado/orientacoes_dms_medida).

<sup>53</sup> Fez-se notar, no entanto, a dificuldade em definir com exactidão este critério subjectivo. Quem são os “profissionais de saúde”?

lho auditivo. Neste sentido, pronunciou-se pela incompetência do Tribunal Arbitral<sup>54</sup>.

Voltando à Lei RAL, foi comentado o seguinte trecho: “os serviços de saúde prestados aos doentes”. Pedro Pires de Sousa receou que os aparelhos auditivos (tão facilmente comercializados, muitas vezes com manifestações de agressividade e engodo) dificilmente poderão inserir-se na norma. Argumentou com o exemplo de uma venda ao domicílio de um “aparelho auditivo” que, disse, extravasa a premissa da norma: tratar-se de um “serviço de saúde prestado a um doente”. “Estão a vender um aparelho, não estão a prestar serviços de saúde a doentes”, concluiu.

Mas é um “terreno pantanoso”, disse-se.

Se é verdade que o Regulamento consegue integrar os aparelhos auditivos no conceito de “dispositivo médico”, também é verdade que (ideia que imperou no resto do debate) tal conceptualização não deve (necessariamente) excluir o Direito do Consumidor, ou mais concretamente, a possibilidade de um adquirente de um aparelho auditivo poder recorrer aos CACC, enquanto consumidor, e dirimir conflitos com a entidade vendedora<sup>55</sup>.

Mesmo que considerados “dispositivos médicos”, uma análise casuística da reclamação — o pedido e a causa de pedir — e do próprio contrato — primou pela clareza e transparência? Quais as expectativas e desconformidades apon-

.....  
<sup>54</sup> Pelo contrário, o Sr. Juiz-Árbitro Marcelino Abreu, perante um caso semelhante — colocou-se em causa a viabilidade e qualidade de uma prótese dentária e não o “serviço” —, entendeu como competente o Tribunal Arbitral.

<sup>55</sup> O Sr. Juiz-Árbitro César Pires fez a importante adenda: poderá haver casos em que dos contratos (em análise no Tribunal Arbitral) constem cláusulas contratuais gerais que remetem para a Arbitragem o tratamento e decisão de litígios. Se assim for, como já acontecera ao Sr. Juiz-Árbitro, deverá o Tribunal Arbitral declarar-se competente. Chamou-lhe uma “arbitragem involuntária, onde o consumidor não está a iniciar, está a aderir”.

tadas? — poderá levar a uma decisão de competência: se o litígio em causa remeter para a relação de consumo entre utente (comprador de aparelho auditivo) e empresa prestadora. Se não versar a verificação, validação, aferição do funcionamento, qualidade ou anomalias do aparelho auditivo. A pedra de toque — a *litigiosidade* em causa — poderá resumir-se numa verdadeira relação de consumo: não tanto o “serviço de saúde”, como actuação, como um exercício de cuidado, como prestação, mas antes uma verdadeira troca comercial entre “pessoa singular que (...) actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” — o *consumidor*, na acepção da alínea g) do DL n.º 84/2021, de 18 de Outubro — e o *profissional*<sup>56,57</sup>.

Se do litígio apresentado se aferir como controvertidos estes elementos contratuais, a competência material dos CACC não parece ser de descurar. Aliás, situação particularmente patente se da reclamação se retirar indícios de prática comercial desleal — problema que contende com a “formação do contrato”, defendeu Sandra Passinhas, e “é independente do objecto do contrato”<sup>58,59</sup>.

.....

<sup>56</sup> Alínea o) do art. 2.º daquele DL. “o) «Profissional», Uma pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que actue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei”.

<sup>57</sup> Salientou-se também a dificuldade em distinguir a origem do conflito: se advém do “acto médico” ou se do próprio produto. Se a não conformidade se reportar à “relação comercial teremos uma relação de consumo, se for sobre o acto médico o Tribunal Arbitral não terá competência para avaliar a arte médica”, defendeu a Dr.ª Juíza-Árbitro Sara Lopes Ferreira.

<sup>58</sup> Sobre as práticas comerciais desleais, vd. o DL n.º 57/2008, de 26 de Março (recentemente alterado pelo DL n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro).

<sup>59</sup> Destacamos o raciocínio empreendido pelo Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira em decisão arbitral previamente disponibilizada aos participantes: se a *ratio* da norma (a limitação material dos CACC) se compreende “perante a enorme rele-

Na verdade, o debate (que se movera em “terreno pantanoso”) confluía num confortável consenso: concordou-se que conflitos relativos a aparelhos auditivos revelam, frequentemente, práticas comerciais desleais. Partilharam-se exemplos (conhecidos ou receados) de práticas desleais na venda de actos ou serviços de saúde<sup>60</sup>. Expressaram-se inquietações: a compra de aparelhos auditivos é tipicamente associada a consumidores especialmente vulneráveis<sup>61</sup>. Notou-se que

.....  
vância e o melindre da prestação por profissionais de saúde aos doentes dos cuidados de que os mesmos carecem e para que aqueles estão especialmente habilitados”, concluiu-se que “a norma não tem aqui cabimento algum, porquanto não está posta em crise qualquer prestação de cuidados por profissionais de saúde, designadamente respeitante a fornecimento de dispositivos médicos: o reclamante estrutura a pretensão que aduz no alegado incumprimento pela reclamada das obrigações inerentes ao contrato entre ambos celebrado, mediante o qual esta se limitou a vender-lhe dois aparelhos auditivos. Resulta do teor da reclamação que tal fornecimento foi concretizado sem qualquer avaliação ou prescrição prestadas por profissionais de saúde, o que veio a ser corroborado pela reclamada ao assumir que a venda foi apenas precedida do audiograma a que o reclamante foi submetido, realizado por um técnico de audiologia ao seu serviço”. Assim, decidiu-se, “ponderando o pedido e respectiva causa de pedir, tal como estruturados pelo demandante, [que] este Tribunal é absolutamente competente, em razão da matéria, para conhecer da reclamação em apreço”.

<sup>60</sup> Lembramos alguns pontos destacados pelo legislador (DL n.º 238/2015, de 14 de Outubro) como práticas proibidas de publicidade em saúde. N.º 1, alíneas b) e g) — “b) Aconselhem ou incitem à aquisição de actos e serviços de saúde, sem atender aos requisitos da necessidade, às reais propriedades dos mesmos ou a necessidade de avaliação ou de diagnóstico individual prévio”; “g) Proponham a aquisição de actos e serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um acto ou serviço diferente, recusarem posteriormente o fornecimento aos utentes do acto ou do serviço publicitado”; n.º 2, alínea b) — “b) Sejam susceptíveis de induzir o utente ao consumo desnecessário, nocivo ou sem diagnóstico ou avaliação prévios por profissional habilitado”; todos do art. 7.º daquele DL. Vd. também os arts. 5.º e ss. do DL n.º 57/2008, de 26 de Março.

<sup>61</sup> A decisão arbitral acima citada formulou considerações sobre a *hipossuficiência* “como um *plus* de vulnerabilidade”. Por exemplo, disse-se que “é por isso que tem sido salientada a necessidade de se distinguir entre a vulnerabilidade, como princípio, e a hipervulnerabilidade — que alguns designam por hipossuficiência —, característica pessoal, restrita a consumido-

não só as vendas “porta-a-porta” consubstanciam uma venda potencialmente (mas comum) agressiva, mas também as vendas em estabelecimentos especializados. Partilharam-se casos de evidente prática comercial enganosa, insuficiente quanto à informação prestada ao utente, como quanto à satisfação de expectativas<sup>62</sup>.

### 3.2) QUALIFICAÇÃO DE UM PROCESSO COMO “SUPÉRFLUO OU VEXATÓRIO”

A Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro diz no art. 11.º, n.º 1, alínea b), que “As entidades de RAL podem manter ou aprovar regras processuais que lhes permitam recusar o tratamento de um litígio quando: (...) b) O litígio seja supérfluo ou vexatório”<sup>63</sup>.

O debate ficou-se, essencialmente, pela questão da recusa de um litígio por supérfluo. Contou-se, todavia, um caso de re-

.....  
 res que vêm a sua presumida vulnerabilidade agravada por uma condição particular de carência cultural e/ou material, como sucede quando os seus parcos conhecimentos, a idade avançada, a saúde frágil, a posição social ou óbices de outra índole não lhes permitam avaliar adequadamente o produto ou serviço que estão a adquirir ou os transformam em presas fáceis de publicidade abusiva ou enganosa, aparentes facilidades propagadas por agentes que prometem crédito rápido, gratuito, ou seja o que for, entre outras práticas comerciais mais ou menos desleais e/ou agressivas” (retirado da decisão).

<sup>62</sup> Preocupações expostas pela Dr.ª Anabela Barbatto, à altura Directora do CICAP — Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto. Muitas vezes, partilhou, o consumidor não é devidamente informado das condições do contrato e não se lhe garante um acompanhamento pós-venda. Outras vezes, até, “começam por comprar um amplificador mas depois convencem-nos a comprar um aparelho auditivo muito mais caro”, palavras da Dr.ª Sónia Passos.

<sup>63</sup> Diferente da questão da competência em razão do valor. Sobre isto, o Sr. Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa sugere que se altere o art. 6.º do Regulamento Harmonizado para “O Centro pode apreciar e decidir litígios de consumo, desde que de valor não superior à alçada da Relação, com excepção dos litígios de consumo sujeitos a Arbitragem necessária no âmbito da Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, os quais não obedecem a limitação de valor” (vd. p. 353 do est. cit.).

cusa por litígio vexatório: constava da reclamação comentários “agressivos, com impropérios” relativos ao demandado<sup>64</sup>.

O problema foi colocado aos participantes: haverá entre os consumidores que sujeitam litígios à Arbitragem a tendência de abusar de um serviço gratuito? Sandra Passinhas notou que a Arbitragem do Consumo implica, tradicionalmente, litígios de pequeno valor. Mas quão pequeno poderá ser para se poder “recusar o tratamento de um litígio”? Os Centros de Arbitragem costumam aplicar esta norma?

Entre a troca de experiências vivenciadas, os juízes-árbitros e os Srs. Directores dos Centros de Arbitragem presentes no evento disseram quase unanimemente que “é difícil recusar um litígio”. Sendo certo que a lei permite a recusa de tratamento de um litígio quando se verifique supérfluo, de valor irrisório, concordou-se que a vida prática de hoje dos Centros de Arbitragem não tem exigido tal resposta.

Sendo certo que são raros os casos de tão baixo valor, também surgiu do debate a ideia de que a superfluidade da reclamação não deverá impedir o tratamento e decisão pelos Centros de Arbitragem, “não devendo haver limite (mínimo) de valor”<sup>65</sup>. Advogou-se que o sistema não parece permitir que consumidores o procurem para o manobrar e vergar perante os seus interesses já que a própria Lei RAL exige que “o consumidor tenha tentado previamente contactar o fornecedor de bens ou prestador de serviços em questão para expor a sua reclamação e procurar resolver o assunto”, alínea a), do n.º 1, do art. 11.º, e, não se verificando, poderá

.....  
<sup>64</sup> O caso foi narrado pela Dr.ª Anabela Barbatto (CICAP). O caso não chegou a seguir para mediação, tendo ficado barrado pelo jurista que o recebeu e analisou. Neste ponto de vista, o Sr. Juiz-Árbitro César Pires lembrou que a hipótese pode ver-se aumentada: casos em que o profissional recorre aos Tribunais reportando reclamações difamatórias apresentadas por certo consumidor, de tal modo graves e difundidas, que prejudicaram a imagem do estabelecimento.

<sup>65</sup> Posição defendida pelo Dr. Pedro Pires de Sousa, Director do TRIAVE.

também implicar a recusa de tratamento do litígio. Se, depois disto, o consumidor recorre aos Centros de Arbitragem, deve ter resposta e decisão que termine o litígio.

Discutiu-se, também, o problema de quando “grandes entidades que retiram pouco a cada consumidor”, isto é, grandes empresas que, em diferentes relações de consumo, vão cobrando ilegalmente pequenas quantias a mais das que lhes caberia. Se poderá colocar-se a superfluidade da reclamação de um consumidor, quando vista num plano geral — associado a uma fiscalização deficiente — poderá impor-se outra resposta. Nestes casos, um litígio de valor supérfluo poderá reflectir e reproduzir várias irregularidades não levadas à Arbitragem.

Discutiu-se a ideia de recusar certo litígio “supérfluo” por não versar ou não constituir qualquer violação a um direito fundamental. A superfluidade do valor requerido poderá colocar-se neste patamar de equidade: ponderar a não recusa por, reconhecendo a superfluidade do pedido, considerar e relevar os valores ou direitos subjacentes<sup>66</sup>.

O tema deu-se como encerrado com a nota de que a promoção de um processo supérfluo ou vexatório poderá culminar para o consumidor numa litigância de má-fé. Poderá suscitar-se no próprio processo arbitral por via de um pedido reconvençional? A Sr.ª Juíza-Árbitro Sara Garcia demonstrou apreensão pela hipótese, mas recusou a competência da Arbitragem e deu-a como matéria preferencial dos Tribunais Judiciais<sup>67</sup>.

.....  
<sup>66</sup> Em contraponto, discutiu-se a razoabilidade da aceitação de uma reclamação por defeito de um “kit covid”, também de valor irrisório. Neste caso, ainda que o valor reclamado seja supérfluo, a reclamação ultrapassa-o: detém e representa valores de Saúde Pública.

<sup>67</sup> Sobre a reconvenção (em geral) em processo arbitral, damos conta do que foi dito no Workshop “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, organizado pelo Centro de Direito do Consumo da FDUC em 20 de Novembro de 2020, com conclusões sintetizadas por Maria José Capelo e



### **3.3) A RAZÃO DE SER DO ARTIGO 14.º, N.º 5, DO REGULAMENTO HARMONIZADO — O PRAZO DE 48 HORAS PARA APRESENTAR CONTESTAÇÃO VISA GARANTIR O CONHECIMENTO ATEMPADO DA CONTESTAÇÃO. MAS VISA SALVAGUARDAR O ÁRBITRO OU O CONSUMIDOR?**

O art. 14.º, n.º 5 do Regulamento Harmonizado<sup>68</sup> reza que “a parte reclamada pode apresentar contestação escrita até 48 horas antes da hora marcada para a audiência ou .....

Ana Francisca Dias no artigo com o mesmo nome publicado em *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 17, 2021, CDC, FDUC (pp. 331-361).

Demonstrou-se abertura para admitir um pedido reconvenicional no processo arbitral por referência a alguns princípios norteadores da Arbitragem de conflitos de consumo (pp. 353 e 354). Por um lado, pelo princípio da unidireccionalidade, interpretado no sentido de 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” (pp. 353 e 354). Por outro lado, também os princípios da economia processual e da igualdade parecem levar a que se aceite a reconvenção: “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”. Conclusões expostas pela Dr.ª Joana Campos Carvalho naquele Workshop. Ao problema de um processo arbitral com reconvenção sem que o consumidor se apresente representado por advogado ou solicitador respondeu que “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” (p. 355).

Também neste sentido vai o Sr. Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa no artigo “Regulamento Harmonizado (...)”, est. cit. (vd. essencialmente pp. 363 a 365).

<sup>68</sup> Falamos do Regulamento Harmonizado de Arbitragem, Centros de Arbitragem de Competência Genérica, disponível no site da DGC. “As entidades agregadas na rede de Arbitragem de consumo devem utilizar o sistema de informação comum e adoptar procedimentos harmonizados nas actividades de informação, mediação, conciliação e Arbitragem de litígios de consumo mencionadas no n.º 1, incluindo o regulamento harmonizado elabo-

oralmente na própria audiência, devendo as partes produzir toda a prova que considerem relevante”<sup>69</sup>.

Os participantes foram confrontados com a *ratio* deste artigo: surge para assegurar o conhecimento atempado da contestação, mas quem visa proteger? A *ratio* voltar-se-á para o juiz-árbitro ou para o consumidor-reclamante? A questão foi colocada pelo Sr. Director do TRIAVE, Dr. Pedro Pires de Sousa<sup>70</sup>.

De notar que, “durante anos, os regulamentos dos CACC permitiram que a contestação escrita pudesse ser apresentada na data da própria audiência, alinhados pelas determinações regulamentares dos dois primeiros centros de Arbitragem de conflitos de consumo, de Lisboa e Porto, bem como pelo respectivo enquadramento num sistema de resolução de conflitos que se queria — e continua a querer-se — rápido e flexível a nível procedimental”<sup>71</sup>.

O Regulamento Harmonizado veio, em 2016, determinar o prazo das 48 horas anteriores à audiência<sup>72</sup>. “A razão de .....  
rado pela Direcção-Geral do Consumidor e pela Direcção-Geral da Política de Justiça”, art. 4.º, n.º 3 da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro (Lei RAL).

<sup>69</sup> “Nos prazos convencionados pelas partes ou fixados pelo tribunal arbitral, o demandante apresenta a sua petição, em que enuncia o seu pedido e os factos em que este se baseia, e o demandado apresenta a sua contestação, em que explana a sua defesa relativamente àqueles, salvo se tiver sido outra a convenção das partes quanto aos elementos a figurar naquelas peças escritas. As partes podem fazer acompanhar as referidas peças escritas de quaisquer documentos que julguem pertinentes e mencionar nelas documentos ou outros meios de prova que venham a apresentar”, n.º 2 do art. 33.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro (LAV).

<sup>70</sup> Pedro Pires de Sousa gentilmente cedeu aos participantes um documento comparativo das várias práticas dos Centros de Arbitragem e onde retirou algumas conclusões e posições. Referir-nos-emos a algumas ideias plasmadas neste documento, assim como às ideias debatidas no evento.

<sup>71</sup> Retirado do documento redigido por Pedro Pires de Sousa.

<sup>72</sup> “O prazo estipulado para a apresentação da contestação escrita — ser esta efectuada até 48 horas antes da hora marcada para a realização do julgamento arbitral precedido de tentativa de conciliação — deveria, numa próxima alteração regulamentar, ser substituído por ‘até dois dias úteis antes da data da realização de audiência’”, retirado do documento e aceite pelos participantes.

ser do prazo para apresentação da contestação escrita não admitir que esta seja apresentada na data do próprio julgamento arbitral prendeu-se, essencialmente, com a potencial impossibilidade — considerando o facto de o TRIAVE ter um tribunal arbitral itinerante — de dar conhecimento desta ao juiz-árbitro aquando da audiência, para que, nomeadamente, permitisse que fosse, nessa altura, entregue e explicada ao reclamante”, defendeu Pedro Pires de Sousa.

O Sr. Director do TRIAVE, apostando na intenção de salvaguardar o juiz-árbitro, defendeu que “a intenção regulamentar não foi, naturalmente, admitir um sistema em que os consumidores poderão ter ou não conhecimento da contestação da reclamada antes da audiência arbitral de forma aleatória, deixando exclusivamente nas mãos desta última essa possibilidade consoante o tempo que demorar a apresentar a contestação. O propósito foi, justamente, o conhecimento atempado daquela peça processual por parte do árbitro, de forma a que a contestação da reclamada possa ser entregue — presencialmente ou por email se a audiência for à distância — e explicada ao consumidor aquando da realização da audiência arbitral”.

Lembrou também que “com a evolução tecnológica as contestações deixaram de ser apresentadas em suporte papel aquando da audiência e enviadas por *email* e, há uns anos, muitas das salas cedidas pelos municípios para se realizarem os julgamentos não tinham acesso à internet. Se uma contestação fosse enviada por *email* na própria data da audiência era, muitas vezes, praticamente impossível dar conhecimento atempado ao árbitro desta peça processual”<sup>73</sup>.

.....  
<sup>73</sup> Pedro Pires de Sousa concluiu que, aceitando-se a antecedência de 48 horas como protecção do consumidor-reclamante, a dilação seria insuficiente para pudesse ter um conhecimento efectivo da contestação, desrazoabilidade agravada se se tratasse de um consumidor especialmente vulnerável — “que não têm *email*, os quais, portanto, ao contrário daqueles

Noutra perspectiva, salientamos a proposta de redacção deste n.º 5 do art. 14.º do Regulamento Harmonizado manifestada no já citado artigo do Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa<sup>74</sup>. Sugere que passe a redigir-se “5 — A parte reclamada pode apresentar contestação escrita até 10 dias da data marcada para a audiência”<sup>75</sup>, reforçando “o princípio do processo equitativo (art. 12.º, n.º 1 da Lei RALC), nos seus corolários de igualdade (eliminando a possibilidade de apresentação de contestação oral — e conhecimento, pelo reclamante, da posição assumida em autos de Arbitragem pela reclamada — apenas na própria audiência — n.º 5 — e tendo presente, nesta dimensão, que, não raras vezes, a parte reclamante se apresenta em audiência arbitral desacompanhada de advogado ou solicitador que a represente em juízo — ao contrário da parte reclamada —, em virtude da diminuta utilidade económica do pedido formulado no processo arbitral, que fica aquém do previsível valor dos honorários devidos ao profissional forense) e de defesa e contraditório (art. 12.º, n.º 1, al. a) da Lei RALC e art. 30.º, n.º 1, als. b) e c) da LAV)”. Com a alteração proposta, fomentar-se-ia, “também, a celeridade processual (art. 10.º, n.ºs 5 e 6 da Lei RALC), que é marca d’água da Arbitragem em geral — e da Arbitragem de conflitos de consumo em especial —, afastando a necessidade de suspensão da audiência arbitral para a parte reclamante dispor do necessário tempo de reflexão e de análise e, em consciência, se poder pronunciar sobre a defesa por excepção (apresentando resposta) ou a matéria de reconvenção

.....  
 que o usam, apenas poderiam ter conhecimento da contestação, na maioria das vezes, aquando da realização da audiência”.

<sup>74</sup> “Regulamento Harmonizado (...)”, est. cit. (pp. 355 e ss.).

<sup>75</sup> Sugere que se retirem os trechos “48 horas antes da hora” e “ou oralmente na própria audiência, devendo as partes produzir toda a prova que considerem relevante”.

(apresentando réplica) deduzida na contestação (de que é imediatamente notificada)" (vd. pp. 356 a 369)<sup>76</sup>.

Também o Sr. Juiz-Árbitro César Pires contribuiu para este debate com a partilha de que, nas suas arbitragens, privilegia o princípio da economia processual: solicita que a demandada deixe a contestação em formato papel, mesmo que a tenha lido na audiência (contestação oral), e garante o contraditório, explicando-a para uma defesa cabal pelo consumidor e permitindo que responda às excepções da contestação.

O debate rapidamente tomou um novo rumo (e até outra proporção): falar do Regulamento Harmonizado deu o mote para expor várias preocupações pela dissemelhança procedimental que se vive hoje na Arbitragem do Consumo.

Sabemos que a arbitragem prima pela flexibilidade processual. Proporcionando aos que a procuram uma resposta rápida e eficaz, garante soluções *mediadas*, ajustadas ao caso concreto. Esta base teleológica justifica a flexibilidade de procedimentos que se lhe associa. "Os meios de RAL em matéria de consumo, e a Arbitragem em particular, surgem como um importante meio de promoção do acesso ao direito e à justiça por parte dos consumidores. Esta adequabilidade resulta quer da celeridade na resolução do litígio, consequência da simplificação do formalismo processual e da fixação de prazos curtos para ser proferida a sentença, quer da maior economia em virtude não apenas da celeridade, mas tam-

.....

<sup>76</sup> Carlos Filipe Costa não deixa de salientar "a hipótese de a parte reclamante exercer os seus direitos de defesa e contraditório oralmente, na própria audiência arbitral, ditando para acta, se se sentir mais confortável com tal alternativa (...) e determinando a apresentação, pelas partes, de toda a prova documental disponível (i.e., de que as partes já disponham) e de que pretendam fazer uso, com a reclamação de consumo (apresentada em fase de Arbitragem) e a contestação" (pp. 359 a 361).

bém da redução ou mesmo da ausência de custos<sup>77</sup>. Contextualizemos o panorama legal do processo arbitral:

- Conforme estabelece o n.º 2, do art. 30.º, da LAV: “As partes podem, até à aceitação do primeiro árbitro, acordar sobre as regras do processo a observar na Arbitragem, com respeito pelos princípios fundamentais consignados no número anterior do presente artigo e pelas demais normas imperativas constantes desta lei<sup>78</sup>;

- Nos termos do n.º 3, do art. 30.º, da LAV: “Não existindo tal acordo das partes e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, 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”;

- Preceituam as alíneas h) e i), do n.º 1, do art. 9.º, da Lei RAL: “As entidades de RAL devem assegurar a divulgação nos seus sítios electrónicos na Internet e devem prestar a qualquer pessoa que o solicite, por escrito ou por qualquer outro meio que considerem adequado, informação clara e facilmente inteligível sobre: (...) h) As regras processuais aplicáveis à reso-

<sup>77</sup> Ana Margarida Rodrigues Ferreira da SILVA, “A Arbitragem de consumo nos ordenamentos jurídicos português e espanhol. Estudo comparado”, Tese de Doutoramento apresentada no âmbito do programa de doutoramento “Gestión y Resolución de Conflictos. Menores, Familia y Justicia Terapéutica”, sob orientação dos Professores Doutores Pablo Grande Seara e Jorge Morais Carvalho, Universidade de Vigo, 2020, pp. 84 e 85.

<sup>78</sup> Salientamos a referência aos princípios fundamentais a serem verificados em qualquer processo arbitral: “O processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais: a) O demandado é citado para se defender; b) As partes são tratadas com igualdade e deve ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final; c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório, salvas as excepções previstas na presente lei”, n.º 1 do art. 30.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, Lei de Arbitragem Voluntária (LAV).

lução dos litígios (...); i) As regras que a entidade de RAL pode adoptar como base para a resolução de litígios, bem como informação sobre os efeitos jurídicos do resultado do procedimento de RAL<sup>79</sup>;

- Recordamos ainda que, segundo o art. 4.º, n.º 1 da Lei RAL, “a harmonização dos procedimentos seguidos nas actividades de informação, mediação, conciliação e Arbitragem de litígios de consumo, pelos centros de Arbitragem de conflitos de consumo” é o objectivo primordial da rede de Arbitragem de consumo.

O debate ficou enriquecido pela partilha da prática processual dos vários Centros de Arbitragem representados no evento. Se, por um lado, se disse que “o processo segue para Arbitragem mesmo que sem contestação”, por outro, manifestaram-se diferentes respostas quanto à cadência de procedimentos nos vários Centros de Arbitragem<sup>80</sup>.

Ouviu-se: quando há contestação em sede de mediação mas não em audiência arbitral, o que dizer da confidencialidade da mediação?

Destacando-se a confidencialidade da mediação — corolário assente para todos os presentes —, foi discutido seu o pendor procedimental. Com várias respostas: “há uma separação clara entre a mediação e a Arbitragem”. Foi dito pelo Sr. Director do TRIAVE, Dr. Pedro Pires de Sousa. “Os procedimentos são estanques” e, nesse sentido, defendeu a distinção clara entre a fase de mediação e a fase de Arbitragem, ao ponto de o consumidor, conhecendo a *contestação* na mediação (ou, defendeu que melhor, a *resposta* da deman-

<sup>79</sup> Ver tb. art. 16.º/1/c) da Lei RAL.

<sup>80</sup> Já havia sido referido em Maria José CAPELO e Ana Francisca DIAS, “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, est. cit. (pp. 342 e 343): “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”.

dada em fase de mediação), ser novamente confrontado com uma *contestação* na audiência arbitral: o juiz-árbitro não terá conhecimento do que se passou na mediação<sup>81</sup>.

Pelo contrário, o Sr. Director do CIAB, Dr. Fernando Viana, exprimiu-se no sentido de que “o processo é único”. Notou que no CIAB funciona uma mediação *presencial*, onde “as partes assinam um protocolo de mediação com uma cláusula de confidencialidade”. Tal cláusula funciona naquele momento “mas não passa disso”. Defendeu que há um princípio de economia processual (“tudo aquilo que vem ao processo é aproveitado”), e privilegia-se a celeridade e o descarte de actos inúteis. A ideia de que “o processo é único” resume-se numa transparência apenas denegada pelos termos a que as partes chegaram na mediação (presencial).

Reforçou-se a necessidade de informar as partes (tanto o reclamante como a demandada) sobre a confidencialidade da mediação. As partes devem saber (de antemão) que, não logrando acordo na mediação, a audiência arbitral (e o juiz-árbitro por consequência) não invadirá a confidencialidade dos termos discutidos na mediação, pelo que, em completa transparência, devem (voltar a) apresentar a reclamação e a contestação<sup>82</sup>.

.....  
<sup>81</sup> Respeitando o Regulamento Harmonizado, a reclamação que se apresenta em sede de audiência arbitral é a mesma ou poderá dela constar algumas alterações de pedido ou de factos. Assim disse Pedro Pires de Sousa. A reclamada é citada (outra vez) e é feita “uma instrução para a Arbitragem”: juntam-se como que “em anexo” os documentos, a prova testemunhal.

<sup>82</sup> A Dr.<sup>a</sup> Marta San-Bento (DGPJ) demonstrou inquietação pela diferenciação da fase de mediação aceite pelo CIAB: “a mediação é só uma; não há qualquer suporte na lei que permita distinguir uma fase presencial de outra fase que seja”. Já o Sr. Juiz-Árbitro César Pires receou que se eventualmente o processo fosse único significaria que o juiz-árbitro — a contactar com o processo em fase tardia, a de julgamento — não estaria a cumprir por completo o princípio do contraditório (art. 30.º, n.º 1, alínea c) da LAV) por não poder atender a tudo o que se disse quando não tinha a direcção efectiva do processo arbitral.



Outras questões se levantaram neste debate sobre o(s) procedimento(s) nos Centros de Arbitragem. Destacamos a reclamação do consumidor que muitas vezes se mostra incompleta ou ininteligível. Os formulários para reclamação de consumo que os Centros de Arbitragem disponibilizam são, muitas vezes, preenchidos sem rigor quanto aos factos e quanto à 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”<sup>83</sup>.

Dito isto, foram repetidamente lamentadas (por alguns presentes) as dissemelhanças de procedimentos entre os Centros de Arbitragem. Reconhecendo as vantagens da flexibilidade e liberdade processual que se assume na Ar-

.....  
<sup>83</sup> Também salientado em Maria José CAPELO e Ana Francisca DIAS, “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, est. cit. (p. 341). De notar que “o procedimento de resolução alternativa de litígios de consumo inicia-se 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 recepção 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”, est. cit. p. 342.

Garante-se o aperfeiçoamento da reclamação também no momento pós-mediação: “os juristas do centro de Arbitragem elaboram uma petição inicial para que o litígio seja submetido a decisão do tribunal arbitral”. Assim, “na fase da Arbitragem, o processo arbitral já chega ao conhecimento do juiz-árbitro praticamente expurgado de imperfeições”. Est. cit. (pp. 342 e 343).

bitragem, exprimiu-se apreensão pela estanquidade dos momentos processuais que alguns Centros de Arbitragem parecem privilegiar. “Não parece correcto cada Centro de Arbitragem trabalhar cada um de uma forma”, disse o Sr. Juiz Conselheiro João Trindade. Defendeu ser fundamental que se uniformize procedimentos. Quanto à mediação, partilhou que em Coimbra (CACRC)<sup>84</sup> “tudo o que cai no processo é fundamental”: “o juiz-árbitro que analisa a matéria de facto deve ter em conta o estado de alma, a espontaneidade e a “ingenuidade” do consumidor”<sup>85</sup>. A tentativa de conciliação que se almeja antes do julgamento e que se vê frustrada repete-se na própria audiência.

Assumir e respeitar a confidencialidade da mediação não parece implicar a *compartimentação* dos momentos processuais: as partes são as mesmas — mesmo que se requeira a apresentação de reclamação e contestação perante o juiz-árbitro; já vivenciaram o processo — mesmo que sem acordo. Há uma fluidez que não se quebra com a audiência arbitral, onde o juiz-árbitro se inteira, pela primeira vez, com o processo. Tanto não parece razoável isolar os vários momentos processuais — como actos únicos e intransponíveis —, como parece ser preferível assumir-se a audiência arbitral como um culminar de um caminho: contactando agora com o processo, o juiz-árbitro reconhece as partes, identifica fragilidades, elucida os termos da reclamação e da contestação, afere a pertinência do pedido (reproduziremos no ponto seguinte algumas questões sobre alterações do pedido) e tenta a conciliação<sup>86</sup>.

.....  
<sup>84</sup> CACRC — Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região de Coimbra.

<sup>85</sup> De referir que o Sr. Conselheiro vê com apreensão a ideia de que as reclamações dos consumidores sejam aprimoradas pelos juristas dos Centros de Arbitragem.

<sup>86</sup> Resumido pelo Sr. Juiz Conselheiro João Trindade.

### 3.4) ALTERAÇÃO DO PEDIDO

Cumpra lembrar o disposto na Lei de Arbitragem Voluntária: “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”, n.º 3 do art. 33.º da LAV.

Foi salientada a ambiguidade da norma: a Sr.ª Juíza-Árbitro Sara Garcia disse não estar clara a intenção do legislador. Deverá considerar-se como critério a existência de um facto superveniente ou bastar-se-á por um conhecimento *a posteriori*? Ou, até, deverá colocar-se o critério num atraso “justificável” (interpretação *a contrario* da norma)? Sara Garcia reportou alguma dificuldade em aceitar uma alteração do pedido não baseada num facto superveniente ou que o consumidor tenha tido conhecimento *a posteriori*, partilhando com os presentes que já foi confrontada com um reclamante que “respondia à contestação enviando sucessivamente requerimentos em que acrescentava factos, alterava o pedido de acordo com o que era dito na contestação”.

Podemos contrapor o “ambíguo” n.º 3 do art. 33.º da LAV com o disposto no Código de Processo Civil<sup>87</sup>. Se o primeiro admite, sem convenção em contrário, uma alteração da petição ou da contestação “no decurso do processo arbitral”, “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”, os arts. 264.º e 265.º do CPC especificam: mesmo que haja acordo entre as partes, o pedido e a causa de pedir só poderão ser alterados se a .....

<sup>87</sup> Sobre a aplicação subsidiária do CPC, vd. por todos Maria José CAPELO e Ana Francisca DIAS, “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, est. cit. (pp. 335 a 339).

alteração não “perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito” (art. 264.º do CPC); não havendo acordo, só poderá admitir-se a alteração do pedido se for uma redução ou, sendo uma ampliação, se “for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo” (“até ao encerramento da discussão em 1.ª instância”) — n.º 2 do art. 265.º do CPC<sup>88</sup>.

O tema não tomou grande dificuldade ou divergência entre os presentes. Foi salientado o princípio da estabilidade da instância a servir, também, a instância arbitral<sup>89</sup>. A Sr.ª Juíza-Árbitro Sara Lopes Ferreira mostrou-se favorável a um papel activo do juiz-árbitro na audiência: deverá perguntar ao requerente se mantém os fundamentos e se delimita o objecto como o delimitara, “sob pena de nunca mais se fixar o objecto do processo arbitral (não há fase de saneamento)”. Seria, pois, a audiência de Arbitragem, nos primeiros momentos, o limite para uma alteração do pedido, porque fixar-se-ia aí (no início da audiência) o objecto arbitral<sup>90</sup>.

Atendendo às características do processo arbitral — tão distintas e aliciantes para a resolução (alternativa) de litígios — parece ser conveniente assentir alguma flexibilidade também na instância arbitral. Sendo certo que a LAV estabelece

.....  
<sup>88</sup> Sobre a alteração da causa de pedir, vd. o n.º 1 do art. 265.º “1 — Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada em consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor, devendo a alteração ou ampliação ser feita no prazo de 10 dias a contar da aceitação”, e o já citado art. 264.º.

<sup>89</sup> Diz o art. 260.º do CPC que: “Citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas na lei”.

<sup>90</sup> O Sr. Juiz-Árbitro César Pires demonstrou alguma apreensão quanto ao momento até ao qual se poderá permitir uma alteração do pedido. Havendo remissão do Regulamento do Centro de Arbitragem para o CPC, “não há como contornar essa possibilidade e o CPC deverá ser aplicado”. Mas havendo apenas menção da aplicação subsidiária da Lei RAL e da LAV, poderá aplicar-se o CPC?

o critério de um “atraso sem justificação bastante” para a recusa da alteração da petição/contestação, parece ser a todos favorável garantir um processo *equilibrado*: não tanto, num tom preclusivo e “estável”, fixando a instância num determinado momento processual, mas antes garantindo que as partes estão cientes do objecto que levam ao processo e do que se lhes contrapõe, ponderando, em ambiente participativo e cooperativo, “a adequação da tramitação do processo arbitral às especificidades da causa”<sup>91</sup>.

Aí, concordamos, deverá haver uma intervenção do juiz-árbitro nesse sentido: compreendendo os motivos da alteração (factos supervenientes, lapso no requerimento, ou outros) e a sua extensão (não manifestamente diferente do apresentado no pedido inicial), deverá ponderar a gravidade do atraso e a inconveniência para a fase processual (se bem que, admitamos, a fase de audiência e a liberdade procedimental que se associa à Arbitragem parecem garantir uma alteração do pedido pacífica e informada). Tal ponderação deverá ser sempre acompanhada das mais elevadas garantias do contraditório e igualdade entre as partes (art. 30.º, n.º 1 da LAV)<sup>92</sup>.

## SESSÃO DE ENCERRAMENTO

A encerrar o II Encontro Nacional de Árbitros do Consumo, a Senhora Secretária de Estado do Turismo, Comércio e Servi-

.....  
<sup>91</sup> Vd., Maria José CAPELO e Ana Francisca DIAS, “Arbitragem de Conflitos do Consumo: Questões Práticas”, est. cit. (p. 348). Aliás, lembramos, a LAV admite que o juiz-árbitro fixe as regras processuais aplicáveis à Arbitragem (vd. art. 30.º, n.º 3 da LAV).

<sup>92</sup> Vd. IDEM, pp. 339 e ss.: “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” (p. 346). Aceitando esta flexibilidade (casuística), admite-se “a possibilidade de admissão de novos factos e de novos pedidos até ao momento da decisão arbitral, durante toda a audiência de Arbitragem”. “É nesse sentido que também parece apontar a LAV no seu n.º 3 do artigo 33.º” (p. 346, *itálico* nosso).

ços, Eng. Rita Marques, saudou os participantes com palavras de apreço e de esperança.

Salientou a importância de iniciativas como o ENAC, onde se privilegia um contacto próximo e profícuo entre Centros de Arbitragem e se discute temas cada vez mais importantes, harmonizando entendimentos e boas práticas.

Colocou-se — com sentido de responsabilidade e de empenho pessoal — como interlocutora nas questões de consumo: permitiu-se escutar e dialogar com os agentes que permitem e garantem os Direitos dos Consumidores. Disse que, mais do que nunca, “o consumidor deve sentir-se acompanhado neste diálogo com a incerteza”, e é responsabilidade de todos “instigar a confiança dos consumidores”.

Não deixou de salientar que reconhece as dificuldades dos Centros de Arbitragem, não só as de financiamento, como também a sua percepção social que parece ser ainda insuficiente. Portugal assume-se perante os pares europeus como líder na resposta e garantia dos Direitos dos Consumidores. Apesar do reconhecimento europeu e dos trinta e dois anos de serviço, a verdade é que nem todos conhecem os vários meios de Resolução Alternativa de Litígios. A Sr.ª Secretária de Estado salientou a necessidade de mobilização das autarquias e das empresas “numa reunião de interesses que faça sentido”.

A Sessão de Encerramento contou também com palavras do Sr. Director da FDUC, o Professor Doutor Jónatas Machado. Saudando a iniciativa e a organização (na pessoa da Sr.ª Prof.ª Sandra Passinhas), lembrou a relevância dos Direitos dos Consumidores no quadro da União Europeia. A vulnerabilidade de alguns consumidores, as técnicas manipulatórias da máquina publicitária, o apelo desmesurado ao consumo mostram o elevado interesse dos temas em debate e a responsabilidade social dos Centros de Arbitragem — “*consumer rights are human rights*”, lembrou.

Reiterou a necessidade do estreitamento das relações e do diálogo entre a Universidade e a Sociedade Civil. As aprendizagens são recíprocas e a Faculdade de Direito mostra-se, como sempre, uma anfitriã atenta, disponível e aberta para a importante partilha entre a teoria e a prática.