ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Mafalda Miranda Barbosa
Sandra Passinhas
Fernanda Almeida
Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa
Francisco Duarte de Figueiredo Dias
Patrícia Teixeira Fonseca
Ana Rita Rodrigues Contente
Gonçalo Proença Fidalgo
João Fernandes Moreira
Andreza Fernanda Velo Moraes
Júlio Malene

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

1 2 9 0
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

N.º 20 · 2024 - 2025

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

N.º 20 - 2024/2025

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 2025
CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

APRESENTAÇÃO

Mais uma vez o CDC abre as suas portas a trabalhos de investigação na área do direito (e da protecção) do consumidor. É já o número 20 e diz respeito aos anos de 2024 e 2025.

Connosco estão, como habitualmente, juristas distintos, seja da Faculdade e do Curso de Mestrado, seja da Magistratura Judicial, seja, ainda, de quem frequenta ou já frequentou o nosso Curso de Pós-Graduação ou participou nas demais realizações científicas que temos promovido. E também não falta a habitual nota de internacionalização destes Estudos.

Resta-me felicitar os autores destes textos e saudar os leitores que continuam a distinguir-nos com a sua confiança.

Porto de Ovelha, em Dezembro de 2025

O Director dos Estudos de Direito do Consumidor

António Joaquim de Matos Pinto Monteiro

DOUTRINA

Mafalda Miranda Barbosa

NON FUNGIBLE TOKENS (NFT) E TUTELA DO CONSUMIDOR

Sandra Passinhas

O USO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA AVALIAÇÃO DE SOLVABILIDADE – ASPETOS JURÍDICOS

Fernanda Almeida

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS – BREVES NOTAS

Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa

COMPETÊNCIA MATERIAL DOS CENTROS DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: UM ESTUDO DE CASO

Francisco Duarte de Figueiredo Dias

PUBLICIDADE COMPARATIVA E A TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSES DOS CONSUMIDORES E DOS CONCORRENTES

Patrícia Teixeira Fonseca

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NO SETOR DA SAÚDE: A PUBLICIDADE ENGANOSA E AGRESSIVA

Ana Rita Rodrigues Contente

A PUBLICIDADE A BEBIDAS ALCOÓLICAS

Gonçalo Proença Fidalgo

A PUBLICIDADE A JOGOS DE SORTE OU AZAR: DA (IN)ADMISSIBILIDADE AO CASO DO FUTEBOL

João Fernandes Moreira

OS EFEITOS LUSÓFONO E EUROPEÍSTA NA LEGISLAÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM TIMOR-LESTE

Andreza Fernanda Velo Moraes

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA AO CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS: A TUTELA CAUTELAR

Júlio Malene

CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS À DISTÂNCIA E FORA DO ESTABELECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

NON FUNGIBLE TOKENS (NFT) E TUTELA DO CONSUMIDOR

Mafalda Miranda Barbosa[*]

1. Primeiras palavras. Circunscrição temática

Para além dos problemas concretos que os *non fungible tokens* suscitam, anteveem-se outros que poderão emergir. Importa, por isso, revisitar o tema. Este repristinar de uma matéria na qual já tínhamos mergulhado antes justifica-se, também, por outro motivo. Tendo escrito sobre ela numa altura em que ainda não existia o *Regulamento dos Mercados de Criptoativos* (MiCA), mas tão só uma Proposta de Regulamento, não estava ainda devidamente sedimentado o quadro normativo abstratamente mobilizável para fazer face aos problemas a que nos referimos. Impõem-se, assim, novas reflexões. Conscientes da operacionalidade prática dos ativos em questão, estas reflexões devem ser orientadas por uma indagação muito específica: em que medida podemos garantir a proteção dos consumidores a este nível?

* Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Catedrática. Orcid: 0000-0003-0578-4249

2. Os *non fungible tokens* entre o consumo e o investimento

Os *non fungible tokens* são ativos digitais que servem como uma prova da titularidade de um ativo digital ou de um ativo real, funcionando como um código de certificação digital de que o ativo subjacente é original e exclusivo. Caracterizam-se, além disso, pela não fungibilidade do ativo a que se referem. Podemos, assim, confrontar-nos com duas alternativas: i) o ativo subjacente é um ativo digital infungível; ii) o ativo subjacente é um ativo real infungível de natureza material ou imaterial.

Por outro lado, o NFT pode assumir uma função de consumo ou uma função de investimento.

Imagine-se o caso em que A cria um *NFT* de uma música que escreveu e o transmite a B. A aquisição do *token* por parte do segundo pode servir uma de duas finalidades. Em primeiro lugar, pode permitir que B tenha acesso à música, que não existe com acesso aberto. Mas pode, também, ser utilizado como meio de pagamento para adquirir outros bens e serviços ou como reserva de valor. Nessa medida, estaríamos diante de uma *criptoficha de consumo*, no primeiro caso, ou perante uma *criptoficha referenciada a um ativo*, na segunda hipótese. A opção entre uma e outra fica dependente não da intencionalidade subjetiva, mas das especificidades objetivas que o ativo digital apresente. Importa, designadamente, saber se há ou não uma ligação direta entre o serviço ou bem que pode ser acedido com o NFT em causa. Não havendo, este funciona como um meio de pagamento, sem perder a conexão a uma função de investimento, que se pode até tornar uma função primordial. Será, aliás, esse o caso sempre que o ativo subjacente existe fora da realidade digital. Para tanto, exige-se que se verifiquem determinadas condições, a saber: desembolso inicial de capital (investi-

mento); expectativa de ganho futuro; assunção de um risco diretamente ligado ao capital investido.

As NFT podem, assim, ser entendidas como produtos de investimento ou de consumo. Os problemas suscitados num e noutro caso não são necessariamente os mesmos, embora, fruto da não linearidade das categorias e da conformação dos produtos em certos setores de atividade, possam sobrepor-se em alguns casos.

2.1. NON FUNGIBLE TOKENS COMO INSTRUMENTOS FINANCEIROS

Têm-se vindo a questionar em que medida *os non fungible tokens* podem ser vistos como instrumentos financeiros.

Além-fronteiras, a discussão em torno da possibilidade de qualificar alguns NFT como valores mobiliários não é estranha. Definindo-se as *virtual currencies*, em Itália, na sequência da transposição da diretiva AMLD5 (*5th Anti-Money Laundering Directive*)[1], como a representação de um valor que não é usado como meio de troca mas é assumido para finalidades de pagamento, sendo a transferência e armazenamento feitos eletronicamente, nenhum impedimento parece haver à integração das NFT na categoria, devendo outras, segundo os autores, ser entendidas como produtos de investimento, aos quais se impõem diversos deveres, designadamente em matéria de licenciamento. Do mesmo modo, nos termos do *Kreditwesengesetz* (KwG) alemão, os NFT poderão ser qualificados instrumentos financeiros, podendo alguns ser entendidos como produtos de investimento de acordo com o *Kapitalanlagegesetzbuch*.

[1] Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) nº 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão.

Mas, independentemente da resolução desta questão, há determinados problemas que não podem ser ignorados. Repare-se: sempre que o ativo subjacente ao NFT não exista do ponto de vista real ou digital ou não tenha valor de mercado, a criação e aquisição do criptoativos não pode ser senão visto como um ato puramente especulativo. Pense-se na hipótese, já verificada na realidade, de aquisição do *token* de um avatar aleatoriamente gerado por uma plataforma digital ou de um *token* gerado a partir de uma obra de arte que nunca saiu da cabeça do seu criador. O adquirente não pode exercer quaisquer direitos/poderes sobre o ativo subjacente ao *token*, até porque, mesmo que existisse real ou virtualmente, os direitos de propriedade intelectual continuariam a pertencer ao seu criador. Do mesmo modo, não serve para aceder a qualquer serviço ou para satisfazer alguma necessidade, donde se pode concluir que a única forma de o adquirente vir a beneficiar com o *token* é através do e no momento da sua transmissão.

Os esquemas contratuais normalmente estabelecidos nas plataformas de transação de NFT determinam que os investidores sejam renumerados em função das posteriores alienações, de tal forma que aqueles que ingressarem na plataforma mais cedo acabam por conseguir um retorno superior. A solução será, portanto, a atração de novos investidores, muitas vezes através da promessa de obtenção futura de rendimentos anormalmente altos à custa do investimento feito pelos sujeitos que chegarem posteriormente. Em certa medida, e dependendo dos casos concretos, poderemos estar diante de esquemas piramidais que não só colocam em causa os direitos e interesses dos investidores, como encerram em si diversos riscos financeiros, entre os quais o risco de liquidez e, consequentemente, de se criar artificialmente uma bolha especulativa que, em função do nível de investimentos, pode

envolver o perigo de contágio a diversos domínios do sistema económico e financeiro.

2.2. Os investidores como consumidores e a sua tutela ao nível do mercado de NFT

A primeira questão que se deve colocar é, portanto, a de saber em que medida estes investidores podem ser qualificados como consumidores.

I — O problema da equiparação entre os investidores não profissionais e os consumidores tem sido colocado em termos mais amplos[2].

A este propósito, poder-se-ia argumentar que, de um ponto de vista económico, os termos *consumidor* e *investidor* traduzem realidades distintas: enquanto um *consumidor* é alguém que realiza uma despesa (na aquisição de bens ou serviços), um *investidor* é alguém que, abdicando de uma despesa presente, realiza um investimento, esperando obter um rendimento ou um ganho futuro. Mas, também de um ponto de vista jurídico, as duas categorias não são coincidentes, como bem nota Paulo Câmara[3]. Aliás, mesmo para os autores que admitem, em certa medida, uma aplicação analógica aos investidores de alguns aspetos específicos da legislação de proteção dos consumidores, há que lançar mão de uma ponderação casuística, considerando a autonomia do estatuto do investidor[4].

Para poder concluir acerca da admissibilidade de equiparação, para determinados fins e em específicas condições,

[2] Damos por reproduzidas as conclusões firmadas em Mafalda Miranda Barbosa/José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos financeiros*, Gestlegal, 2020, 21 s

[3] Paulo Câmara, *Manual de direito dos valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2018, 222.

[4] Oliveira Ascensão, "A protecção do investidor", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 13-40.

dos investidores (não profissionais) a consumidores, importa, desde logo, ter em conta o conceito jurídico de consumidor.

Em sentido técnico-jurídico, consumidor é todo aquele[5] a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a um uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios[6], o que significa que estamos diante de um *conceito relacional*: o consumidor só o é em face de um profissional que lhe forneça bens, preste serviços ou transmita direitos. Exige-se, por outro lado, que o sujeito afete os bens ou serviços que adquire a

[5] Controversa tem sido a questão de saber se se podem incluir no conceito de consumidor as pessoas coletivas ou apenas as pessoas singulares. Sobre o ponto, cf. João Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (conformidade e segurança)*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2002, 122; Jorge Morais CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, 23 s.; André ALMEIDA, *Direito do consumidor: uma perspetiva favorável à criação do código do consumidor*, Coimbra, 2018, 26 s. *Vide*, igualmente, o artigo 10º Anteprojeto do Código do Consumidor que, restringindo a noção de consumidor às pessoas singulares, acrescenta que uma pessoa coletiva pode vir a beneficiar desse regime se não dispuser dos meios de competência específica para a transação em causa e quando tal se mostre justificado de acordo com a equidade, e o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (3ª secção) de 22 de Novembro de 2001, Proc-nºs. C-541/99 e C-542/99. Cf., igualmente, António Pinto MONTEIRO/Mafalda Miranda BARBOSA, A imposição das obrigações decorrentes do DL nº67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147º, nº4011, 2018, 368-386.

[6] Cf. o artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº24/96). Sobre o ponto, cf. também Paulo DUARTE, "O conceito jurídico de consumidor segundo o artigo 2º, nº1, da Lei de Defesa do Consumidor", *Boletim da Faculdade de Direito*, LXXV, 1999, 649 s., sustentando que «a noção de consumidor apenas tem sentido dentro da grande "região demarcada" da figura dogmática do contrato», defende que "consumidor é todo aquele sujeito jurídico de certo tipo que, em certa posição, participa no procedimento de formação e celebração de um contrato que se caracteriza por polarizar-se, de outro lado, em um outro sujeito que exibe certos atributos e por incidir sobre um objeto que carece de satisfazer particulares exigências"; Jorge Morais CARVALHO, *Manual de direito do consumo*, 23 s., falando de quatro elementos que integram a noção (elemento subjetivo, objetivo, teleológico e relacional).

um uso não profissional. De fora do âmbito de relevância do direito do consumo, genericamente considerado, parece ficar o consumidor em sentido amplo de que falava Calvão da Silva. De facto, Calvão da Silva[7] distinguia entre *consumidor em sentido amplo* — "aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional" — e *consumidor em sentido estrito* — aquele "que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço para uso privado". A doutrina parece ser clara neste ponto. Menezes Cordeiro, por exemplo, salienta que "o consumidor surge como elo final no processo económico; ele adquire o bem ou o serviço sem fins empresariais ou profissionais livres", concluindo que o próprio empresário ou profissional liberal que adquire bens ou serviços fora do âmbito da sua atividade económica ou produtiva "deve ser tratado como consumidor". De facto, se é a nota relacional que, determinando uma desproporção de forças entre as partes numa relação obrigacional, justifica os regimes protetivos que lhe são dispensados, a doutrina tem entendido que, quando o sujeito que adquire bens para um uso não profissional é um especialista naquele tipo de produtos, pode não se justificar a proteção (ou toda a proteção) que o direito do consumidor lhe dispensa. Ao invés, se o sujeito adquire um bem para um uso profissional, sem que tenha quaisquer conhecimentos especiais acerca daquele tipo de produto (v.g. um advogado que adquire, para o seu escritório, um computador), parece que a equidade pode justificar a aplicação do (ou de alguns) regime(s) próprios do direito do consumidor[8].

[7] Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas,* 122.

[8] Esta foi a solução consagrada no Anteprojeto do Código do Consumidor (artigo 11°/2), nos termos do qual as pessoas singulares que atuem para prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua esfera profissional podem vir a beneficiar do regime de proteção do consumidor, desde que se prove que não dispõem de competência específica no tocante ao objeto do negócio e que a solução está de acordo com a equidade.

Acresce que o conceito de consumidor não é uniforme[9]. Embora apresentando notas comuns, os diversos diplomas de proteção do consumidor — impulsionados também pelo enquadramento legislativo comunitário — oferecem-nos noções diversas, a funcionar como conceitos operativos, delimitadores dos âmbitos de relevância das normas que consagram.

Num esforço de sistematização, os diferentes conceitos de consumidor adotados quer pela doutrina quer pelo legislador podem, em regra, ser analisados à luz dos elementos subjetivo (universo de sujeitos que são considerados consumidores), objetivo (campo de aplicação das normas de proteção — bens e serviços), teleológico (finalidade do uso dos bens ou serviços) e relacional - que podem, ou não, estar simultaneamente presentes em cada uma das possíveis definições[10]. Fixando-nos, por facilidade de análise, no conceito vertido citado nº 1 do artigo 2º da Lei de Defesa dos Consumidores, temos 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 atividade económica que vise a obtenção de benefícios".

.....

Ulteriores problemas, no tocante à noção de consumidor, colocam-se a propósito das situações de uso misto.

Para uma crítica a um alargamento desmedido da noção de consumidor, cf. João Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, 144. Cf., também, António Pinto MONTEIRO/Mafalda Miranda BARBOSA, A imposição das obrigações decorrentes do DL nº67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda", 368 s.

[9] V. Jorge Morais CARVALHO, "O conceito de consumidor no direito português", *Estudos de Direito do Consumidor*, 14, 2018, 185-232.

[10] Vejam-se, a este propósito, Ferreira de ALMEIDA, *Direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, 29-31; Jorge Morais CARVALHO, *Os contratos de consumo — Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, 26.

Ora, os instrumentos financeiros e, bem assim, os serviços prestados por intermediário financeiro no contexto da comercialização dos mesmos poderão ser considerados como *bens e serviços* destinados a *uso não profissional*, sendo certo que o intermediário financeiro não poderá deixar de ser considerado *pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*. Assim, os investidores não profissionais poderão, considerando o concreto instrumento financeiro em causa, bem como o serviço concretamente prestado por intermediário financeiro, ser considerados consumidores.

II — Questão mais delicada é a de saber se os investidores não profissionais que adquiram ações de um determinado emitente (*maxime* de um emitente com ações admitidas em mercado regulamentado, como uma bolsa) poderão ser considerados, neste conspecto, como consumidores[11]. Ou, por outras palavras, saber se as ações de uma qualquer sociedade não podem ser reconduzidas a *bens ou direitos destinados a uso não profissional*

As ações, pese embora sejam valores mobiliários[12], representam, antes de mais, a participação social[13] do sócio no capital social da sociedade anónima. Neste sentido, diríamos que uma participação social ou a ação que a representa

[11] Estamos aqui, obviamente, a referir-nos ao acionista enquanto tal e ao concreto negócio de aquisição da participação acionista. Não estamos a considerar a eventual circunstância de, na aquisição das ações, terem os investidores recorrido aos serviços de intermediário(s) financeiro(s), podendo, *quanto a esse contrato e na estrita medida prevista no n.º 3 do artigo 321º do CVM*, ser equiparados a consumidores.

[12] Apenas a partir do momento em que estão representadas por documentos ou por registos em conta (Cf. Alexandre Soveral MARTINS, *Valores Mobiliários [Acções]*, Almedina, Coimbra, 2003, 22).

[13] Na definição de Coutinho de Abreu, a participação social reconduz-se ao "conjunto unitário de direitos e obrigações atuais e potenciais do sócio (enquanto tal)" — Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, Almedina, Coimbra, 2001, 205.

não tem uma função de "uso". Do mesmo modo, também não se reconduz a um bem, nem tão-pouco a um qualquer direito, mas traduz um feixe de direitos e obrigações que corporiza a relação do sócio com a sociedade — relação jurídica complexa, em que o acionista se encontra, simultaneamente, no polo ativo e passivo da relação obrigacional. Com efeito, a ação incorpora, simultânea e incindivelmente, direitos de participação do sócio na vida da sociedade (v.g. o direito a participar nas deliberações sociais, através da presença nas assembleias gerais), direitos de informação sobre a atividade da sociedade, direitos de crédito (v.g. o direito ao dividendo deliberado), bem como obrigações (a obrigação de quinhoar nas perdas, na proporção da participação).

Resulta, contudo, do que acaba de se dizer que a ação não pode, em caso algum, ser reconduzida a um qualquer bem de consumo e que, consequentemente, o investidor-acionista não poderá ser havido como consumidor? Cremos que não.

Com efeito, o investidor que adquira um pequeno lote de ações de uma sociedade cotada (*rectius*, uma sociedade com ações admitidas à cotação em mercado regulamentado) com o mero objetivo de investimento passivo (vertido na perceção de dividendos) e/ou com a mera intenção de revenda por um determinado preço superior, obtendo assim uma mais-valia, conquanto que o não faça a título profissional, está, no fundo, a fazer um investimento análogo à aquisição de um instrumento financeiro representativo de dívida[14]. Com efeito, em tal investimento não vemos o que designaría-

[14] Veja-se, a propósito da equiparação do pequeno acionista a credor da sociedade, José Luís Dias GONÇALVES, "A responsabilidade civil do auditor/revisor oficial de contas perante investidores da sociedade auditada", *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, 1055. Veja-se, também, Mafalda Miranda BARBOSA/José Luís Dias GONÇALVES, *Instrumentos financeiros*, 21 s., que, como referimos, damos neste capítulo por reproduzido.

mos como um *animus participandi* do acionista na vida e da sociedade, em termos de participar e influenciar a formação da vontade social. Pese embora seja inegável que , com a aquisição das ações, o acionista ficou investido em todos os direitos e deveres que integram a posição de sócio de uma sociedade anónima, *maxime* de uma sociedade aberta[15], a verdade é que o concreto investidor-acionista não pretende exercer parte desses direitos, mormente os direitos de participação[16]. Nestes casos, não vemos que o acionista não possa vir a ser, no que respeita ao negócio de aquisição das ações, equiparado a consumidor, *maxime* para efeitos de exercício de direitos reconhecidos no âmbito do Direito do Consumidor. Ponto é, a nosso ver, que o concreto acionista logre provar a aludida ausência de um *animus participandi* na vida da sociedade, ou, se pretendermos, a qualidade de investidor passivo (em termos económicos).

III — Resulta do que ficou dito que não será difícil afirmar-se que, em determinadas situações, o investidor em NFT pode, efetivamente, ser considerado um consumidor. Em rigor, aliás, os *non fungible tokens* podem assumir uma função instrumental no acesso a determinados serviços, donde não faria sentido, uma vez que a posição material do sujeito não se altera substancialmente numas e noutras hipóteses, desqualificá-lo para certos efeitos.

Esta conclusão pode assumir importância extrema. Na verdade, em Portugal, os esquemas piramidais diante de consumidores são considerados uma prática comercial enganosa (em qualquer circunstância), nos termos do artigo 8º/r) DL nº57/2008, sendo como tal desleal, de acordo com o artigo

[15] Sobre o conceito de sociedade aberta, v. Conceição AGUIAR, "Sobre a perda da qualidade de sociedade aberta", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 30, agosto 2008, 79-90, *msxime* 80-84.

[16] Sobre os direitos dos acionistas, *maxime* os *direitos de participação*, v. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, II, 327 s.

6º/c), e, portanto, proibida por força da determinação do artigo 4º. Em decorrência da proibição, o artigo 14º do citado diploma considerava que o negócio era anulável, a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287º CC. Com as alterações introduzidas pelo DL nº109-G/2021, de 10/12, o artigo 14º/1 passa a dispor que o consumidor tem direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato relativamente aos produtos adquiridos por efeito de uma prática comercial desleal. Mas a alteração imposta pela necessidade de transpor o direito comunitário em matéria de proteção do consumidor não obsta a que um juízo de invalidade possa ser, em geral, levado a cabo.

Em causa não está a noção de impossibilidade do objeto, pela constatação da sua inexistência ou pela constatação da inviabilidade de se exercerem poderes sobre a coisa (pense-se, por exemplo, na *tokenização* de uma *sms* ou de um *tweet*), na medida em que o interesse tutelado por via do direito adquirido é meramente financeiro (não se confundindo o direito representado digitalmente com o direito subjacente), mas a natureza puramente especulativa que, implicando uma expectativa que só se poderá concretizar com a integração de outros sujeitos, alocados ao esquema pelo próprio titular do direito, fere os bons costumes. Nessa medida, o negócio pode vir a ser considerado nulo, por força do artigo 280º CC, sobretudo se em causa estiverem relações com consumidores. Mesmo estando em causa um interesse meramente financeiro, se ele surge referido a um *nada*, não sendo possível aferir o risco do investimento, este só é concretizável pelo envolvimento de terceiros, devendo, por isso, considerar-se nulo o negócio.

Atente-se: se os *non fungible tokens* forem vistos como próximos de títulos de crédito, aptos primordialmente à circulação e, portanto, se assumirem como meio de pagamento e

reserva de valor, torna-se clara a autonomia entre o direito incorporado e o direito titulado. Simplesmente, se o direito incorporado não existe enquanto direito real, nem enquanto direito de crédito, porque o ativo de referência não existe ou é irrelevante em termos de mercado, então o *token* não representa um qualquer direito, não sendo mais do que uma mera expectativa, em sentido não jurídico. Na verdade, não titula um direito contra o emitente, nem titula um direito contra os detentores da plataforma, que surge como um simples ambiente de transação dos NFT. Enquanto instrumento de reserva de valor e de pagamento, o *token* assumirá um valor próximo de zero, apenas podendo ver inflacionado o seu valor por força da colaboração de terceiros por si aliciados para a plataforma.

Nas hipóteses de NFT referidos a ativos reais, o esquema piramidal pode perder-se se e na medida em que o valor do referente for condicionante do custo de transação do criptoativos e se e na medida em que o *token*, dependendo dos termos do *smart contract* que incorpora, representar um direito real ou um direito de crédito. Não se afastam, contudo, nestas hipóteses, os riscos que envolvem aqueles. Entre esses riscos contam-se o risco de liquidez (já que os investidores podem não conseguir alienar os criptoativos); risco de perda dos montantes investidos, pela falta de garantias associadas aos ativos digitais em questão. A estes riscos associam-se outros[17]: risco de insuficiência da informação disponibilizada aos investidores; risco de fraude, agravada pela assimetria informacional entre o emitente e o investidor; risco na formação do preço dos criptoativos, que muitas vezes ocorre de forma não transparente, de tal forma que pode não corresponder ao valor real de mercado; risco de volatilidade, com variações súbitas e abruptas de

[17] Cf., a este propósito, a nota informativa emitida pela CMVM, *Perguntas e respostas sobre criptoativos destinadas aos investidores*, https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/Faq/Pages/FAQs-Criptoativos_investidores.aspx

preços; risco de perda do código de acesso aos criptoativos, com a consequente perda total de investimento.

O pendor puramente especulativo dos ativos em questão pode fazer com que, do ponto de vista dos bons costumes, o negócio venha a ser considerado nulo, nos termos do artigo 280º CC.

Tratando-se de *non fungible tokens* com função de consumo, muito utilizados, por exemplo, ao nível dos jogos eletrónicos, a lógica subjacente será diferente. Nessa hipótese, o *token* representará um direito de crédito exercitável em relação à plataforma emitente, no qual pode ser usado, podendo ser ou não transacionado, consoante os termos nele estabelecidos[18]. Serão aqui mobilizáveis as diversas regras de tutela do consumidor de serviços digitais.

Importa, contudo, dar um passo em frente.

3. Os específicos problemas comunicados pelo metaverso

3.1. A miscigenação entre consumo e investimento e os particulares problemas que daí resultam

Esta dupla dimensão de consumo e de investimento parece estar presente no metaverso, o novo espaço virtual que se anuncia, de forma simbiótica. Ora, essa simbiose parece alterar os dados do problema.

O metaverso pretende constituir-se como um espaço tridimensional, que permite ao utilizador a experiência de interagir num ambiente virtual como se fosse um ambiente real. A ideia é que funcione como um espelho do real, reproduzindo o mundo exterior e complementando-o com um mundo imaginário. Cada um assume-se como um avatar, que, podendo ter características próximas às do sujeito ou características comple-

[18] Consoante ficou dito anteriormente, a circulabilidade seria um elemento essencial para ser qualificado ou não como um título de crédito.

tamente diferentes, em função das preferências, interage com outros avatares, em termos pessoais, académicos ou profissionais, através de processos de realidade aumentada e realidade virtual.

Neste mundo criado simbioticamente a partir da combinação dessas duas formas de realidade aumentada e virtual, os *non fungible tokens* assumem um papel importantíssimo. Por um lado, os ambientes assim constituídos com recurso à tecnologia mostram-se plataformas privilegiadas para se negociar com criptoativos. Por outro lado, os *non fungible tokens* afiguram-se fundamentais para aceder aos bens e serviços no quadro da nova realidade virtual aumentada. A aquisição de imóveis ou de peças de luxo que grandes marcas estão a disponibilizar por essa via é um exemplo claro do novo mundo que nos espera. Aliás, tem-se detetado, em algumas partes do globo, uma tendência, em face do elevado custo de vida e das dificuldades financeiras, entre os jovens para adquirirem terrenos no *metaverso* e em outras plataformas similares, como a *decentraland*. Mas mais do que isso: a simples aquisição de um avatar, sem o qual não é possível interagir num metaverso, implica a aquisição de um *non fungible token*.

Tal como em geral, as finalidades subjacentes à aquisição dos *tokens* que têm como referentes ativos virtuais podem ser o consumo (acesso a bens ou serviços; no caso específico das plataformas em questão, o próprio acesso às ferramentas que elas viabilizam) ou o investimento. Sendo a finalidade o puro investimento, antecipar-se-iam as dificuldades a que anteriormente nos referimos. Há, contudo, algumas *nuances* que não podem ser escamoteadas. Em primeiro lugar, as plataformas que se anunciam visam um funcionamento em larga escala, reproduzindo num ambiente computacional a realidade humana e social. Significa isto que a interação entre os avatares que cada um assume afasta a necessidade

de, para se realizar o interesse subjacente ao NFT, conquistar para a plataforma novos utilizadores, dando origem a um esquema piramidal que não seria legítimo. Na verdade, o anúncio que é feito faz acreditar que — concretizando-se o plano de grandes corporações que passaram a investir nesta tecnologia e nestes recursos — o metaverso se constituirá como um espelho da realidade, o que significa que consumo e investimento se tenderão a miscigenar, não sendo possível estabelecer uma fronteira clara entre eles.

Isto remete-nos para um aspeto particularmente importante, a encerrar a segunda nota de que queríamos dar conta. Com efeito, ao gerar-se um efeito espelho, associado ao potencial aditivo destas plataformas, corre-se o risco de os sujeitos deixarem de conseguir distinguir realidade e virtualidade. A aquisição de *non fungible tokens* pode não cumprir qualquer finalidade de satisfação de um interesse do adquirente, que não seja, nesse (não tão maravilhoso) novo mundo, garantir cada vez maiores interações, estando, pelos menos *a priori*, desassociada de uma intencionalidade especulativa.

Colocam-se, portanto, problemas jurídicos de particular relevo. Em primeiro lugar, que direito ou que tipo de direito é, num caso como este, titulado pelo *token*. Trata-se da representação digital da titularidade de um ativo virtual que mais não serve para ser gozado ou fruído pelo próprio, aproximando-nos da compreensão do conteúdo dos direitos reais, mormente do direito de propriedade, sem que, contudo, ele possa ser apto, com o seu regime, a assimilar o âmbito de relevância problemática destas situações. É que, tratando-se de uma coisa incorpórea, não seria viável falar de propriedade a este nível[19]. Estar-se-á, portanto, diante de um mero direito de crédito a ligar o adquirente do *token* à plataforma que viabiliza a sua utilização? E como configurar a relação estabelecida entre o

[19] Veja-se, porém, infra o que se dirá sobre o assunto.

criador do *NFT*, que o aliena, e o seu adquirente, se ela se esgotar naquele momento genético de transmissão do direito?

Do ponto de vista dogmático parece haver barreiras à consideração de uma verdadeira propriedade (ou outro direito real) que tenha como objeto o ativo subjacente ao *non fungible token*. Na verdade, se, nos termos do artigo 1302º CC, apenas podem ser objeto de direitos de propriedade as coisas corpóreas e os animais (depois de desqualificados como coisas), os ativos virtuais subjacentes aos NFT, enquanto criações do espírito, parecem escapar ao qualificativo. Não obstante, talvez seja possível olhar para o avatar e todos os bens a que se acede segundo uma lupa diversa. Por um lado, não é unânime a doutrina no sentido de considerar que os direitos reais não podem ter como objeto coisas incorpóreas[20]. Por outro lado, se em causa está a projeção

[20] Menezes Cordeiro explica que as coisas corpóreas "correspondem a uma autonomização requerida pela natureza", são "delimitáveis e dominá-veis", podendo sofrer "a atuação humana direta, no sentido mais imediato de atuação física" — A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 4ª edição com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2019, 157. Tenha-se, porém, em conta a problemática que envolve a qualificação. Um exemplo paradigmático disso mesmo é a eletricidade entendida pelos autores como uma coisa corpórea, embora imaterial. Cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, ponto 201. A própria circunscrição dos direitos reais às coisas corpóreas não está isenta de dificuldades. Esta parece ser uma orientação do BGB (§ 90), em homenagem ao direito romano, que, contudo, não encontrou paralelo no período jusracionalista, durante o qual a propriedade intelectual seria tratada no quadro do direito de propriedade. Cf. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., Beck, München, 1997, 385 s. E o Código Civil, no artigo 1302º CC, restringe os direitos de propriedade às coisas corpóreas. Contudo, alguns autores entendem que "do artigo 1302 não é legítimo retirar que o direito de propriedade, em geral, só pode ter por objeto coisas corpóreas. É ao intérprete que, considerando o conjunto da ordem jurídica, cabe retirar conclusões quanto aos objetos possíveis do conceito doutrinário geral de propriedade" — Rui Pinto DUARTE, *Curso de direitos reais*, 35. Para o autor, do preceito citado, em articulação com o artigo 1303º, apenas se pode retirar que as regras do CC sobre o direito de propriedade apenas se aplicam subsidiariamente aos direitos de autor e direito de propriedade intelectual. Contudo, como o autor reconhece, embora possa haver direitos reais sobre

de uma imagem toda ela gerada a partir de entradas numa base de dados que garantem a disponibilização daquela no ecrã, isto significa que estamos perante a disponibilização de um software. Ora, como explica Menezes Cordeiro, "alguma doutrina, particularmente sugestionada pelas vantagens em aplicar, ao *software*, o regime próprio do vício sobre a coisa vendida, veio defender que a programação seria uma coisa corpórea, no sentido do §90 do BGB. Subsequentemente, porém, quer a doutrina, quer a jurisprudência se distanciaram de tal orientação: os suportes seriam coisas corpóreas; a própria programação em si seria, antes, uma coisa incorpórea. Todavia, seria possível aplicar-lhe, quando a analogia das situações o justificasse e com as adaptações necessárias, o regime das coisas corpóreas"[21], o que poderia ser o caso no quadro do metaverso.

O problema tem sido, igualmente, colocado em face da tentativa de aplicar o regime da responsabilidade do produtor aos danos causados por entes dotados de inteligência artificial. A este propósito, Calvão da Silva aduz que "a definição de produto, contida no artigo 3º, abrange os suportes materiais em que a obra intelectual se materializa, fixa e comunica, pois são coisas móveis corpóreas, embora inconfundíveis com a obra intelectual em si — bem imaterial

outros direitos (v.g. o penhor de direitos), as disciplinas dos direitos de autor e direitos de propriedade industrial são muito diversas. No sentido da restrição dos direitos reais às coisas corpóreas, cf. Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 38. Em sentido contrário, Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, 190 s.

Problema particularmente interessante passa por saber se se poderá penhorar um NFT.

Sobre o ponto, veja-se, ainda, Wolfgang VOIT/Götz GEWEKE, "Der praktische Fall — Bürgerliches Recht: Der tükische Computervirus", *Juristische Schulung*, 2001, 362; P. BYDLINSKI, "Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anoassungsbedürftig?", *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, 305.

[21] Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 4ª edição (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2019, 172

(…)" e acrescenta que "livros ou outras publicações e programas estandardizados de computador (*computer software*) são, portanto, produtos, no sentido do DL nº383/89"[22]. Já não seria assim nas hipóteses de *software* de utilização única, que seria equiparado pelo autor a um serviço. A posição não deixa, contudo, de ser problemática. Alguma doutrina estrangeira, questionando a possibilidade de se ver no *software* uma coisa corpórea, acaba por rejeitar uma resposta em sentido positivo[23]. Maioritariamente, a programação seria, assim, assimilada a um bem intelectual[24], não podendo ser objeto de direitos reais, mas tão só de direitos de propriedade industrial ou de propriedade intelectual. Simplesmente isso não afasta totalmente a possibilidade de se convocar por analogia, no futuro, o regime da propriedade, desde que se descortine uma efetiva similitude bastante entre os dois mundos.

A alternativa seria olhar para o direito de usar o avatar e todos os componentes que lhe estejam associados do ponto

[22] J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor,* Almedina, Coimbra, 1990, 613; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 172 s.; Andrea BERTOLINI, "Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules", *Law Innovation and Technology*, 5/2, 2013, 214-247, https://ssrn.com/abstract=2410754; Bernhard A. KOCH, "*Product Liability 2.0 — Mere Update or New Version?*", *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things — Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*, Baden-Baden, 2019, 105.

[23] Cf., sobre o ponto, Wolfgang VOIT/Götz GEWEKE, "Der praktische Fall — Bürgerliches Recht: Der tükische Computervirus", *Juristische Schulung*, 2001, 362; P. BYDLINSKI, "Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anoassungsbedürftig?", *Archiv* für die *civilistische Praxis*, 1998, 305. Entre nós, dando conta do problema, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 174.

[24] A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, 175.

Sobre o ponto, num sentido problematizador, veja-se, ainda, Henrique Sousa ANTUNES, "Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital", *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, propondo, a propósito da noção de produto para efeitos de responsabilidade do produtor, uma noção alargada de coisa móvel, nela compreendendo tudo aquilo que divirja de um bem imóvel ou de um serviço, independentemente de o bem ser tangível ou intangível.

de vista prestacional, estabelecendo-se assim uma relação de execução continuada entre o gestor da plataforma e o seu utilizador.

O problema da possibilidade de se configurarem verdadeiros direitos reais a este nível foi equacionado há já algum tempo por autores que discursavam sobre os jogos de realidade virtual e aumentada então tornados populares, nos quais o metaverso que se anuncia se inspira em certa medida[25]. A perspetiva não é exatamente coincidente com a nossa, tanto quanto se orientam pela referência aos *property interests* e aos *property rights*, que, na linguagem anglo-saxónica, têm um alcance diverso do do nosso direito de propriedade. Não deixam, apesar disso, de ser pertinentes as considerações levadas a cabo a esse propósito.

Sustentam alguns autores que para o mundo virtual é central um sistema de propriedade, com as suas características da durabilidade, exclusividade, transmissibilidade de acordo com a vontade do titular, e o seu suporte num sistema monetário que sustenta essas transações, uma vez que a utilização do avatar envolve custos financeiros e que o próprio avatar quererá atrair outros avatares, o que aumentará o seu valor[26]. Acresce que os pretensos interesses de propriedade no mundo virtual contaminam o mundo real, na medida em que os ativos ali adquiridos podem depois ser negociados na realidade do ser.

Estes dados, contudo, não depõem inexoravelmente no sentido da necessidade de se removerem barreiras ao reconhecimento de direitos de propriedade (ou mais amplamente direitos reais) no metaverso. Fundamental é, desde logo, consoante explicitam os autores que estamos a acompanhar, tentar perceber se a propriedade de que se fala no

[25] F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 2003.

[26] F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 38 s.

mundo virtual mantém as mesmas características e o mesmo fundamento da tutela da propriedade no mundo real[27]. E se descritivamente os autores concluem que é possível falar de *property interests* no mundo virtual, há que indagar se normativamente há razões que se oponham a tal.

O périplo traçado pelos autores, com base nesta indagação, é particularmente interessante. Partindo de três perspetivas diversas acerca da propriedade — teoria utilitarista de Bentham, teoria do *labor-desert* de Locke, e teorias personalistas derivadas da filosofia hegeliana —, procuram saber se a propriedade virtual pode ou não ser, fundacionalmente, concebida como uma verdadeira propriedade.

No que respeita às posições utilitaristas[28], assume-se que a atribuição de direitos de propriedade se justifica quando, com eles, se opera o aumento do bem-estar da comunidade. Tal ocorrerá sempre que a atribuição de direitos de exclusivo sobre uma coisa, conduzindo ao aumento da produção de bens desse tipo, se torne socialmente desejável. No caso da propriedade virtual, a criação de um avatar tem pouco ou nenhum interesse para a sociedade como um todo, embora possa ser muito significante para o seu titular. Simplesmente, como de uma perspetiva utilitarista a sociedade é vista como um agregado de indivíduos e estes investem cada vez mais tempo e dinheiro na criação e manipulação de objetos virtuais, parece haver boas razões para se ponderar a atribuição da propriedade com base no valor de transação do utilizador individual. Do mesmo modo, se à luz da perspetiva lockeana a pessoa que dispensou trabalho para tornar uma coisa da natureza em algo valioso deve colher os frutos do seu esforço, porque os avatares surgem e se desenvolvem a partir do esforço dos jogadores, então faz sentido falar de proprieda-

[27] F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 56 s.

[28] F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 57

de ao nível do mundo virtual[29]. E no mesmo sentido parecem depor, segundo os autores, as teorias personalistas inspiradas em Hegel, pois se a propriedade é, nessa conceção, uma extensão da personalidade, alargando a esfera individual de liberdade do sujeito para além do seu corpo, relacionando-se com outros direitos fundamentais, não há qualquer diferença entre o mundo real e o mundo virtual, justificando-se a propriedade a esse nível, até pela identificabilidade entre o ser humano e o seu avatar que vai construindo e enriquecendo[30]. E se esta identificabilidade poderia suscitar algumas questões do ponto de vista da conceptualização de direito reais, os autores prontamente arredam eventuais objeções que possam ser dirigidas ao seu entendimento, relembrando que é possível impor limitações significativas à alienabilidade.

Não cremos, porém, que os argumentos procedam sem mais. O que o excurso de Lastowka e Hunter nos proporciona é a consciência do valor patrimonial inerente aos ativos que possam vir a ser negociados no metaverso, dado que, aliás, a própria realidade torna indesmentível. Mas nada impõe que, na concreta ordenação das relações sociais, ainda que virtuais, se deva optar pela proprietarização. Repare-se, aliás, que, embora a nossa reflexão esteja rodeada de incertezas, porquanto a principal dificuldade de conceção das posições jus-subjetivas em debate se prende com o desconhecimento do amanhã que há de vir, sendo ainda hoje incerto o modo como será organizada cada uma destas plataformas de realidade aumentada e virtual, do mesmo modo que será incerto o modo que o homem se posicionará diante deste novo pedaço de virtualidade simbioticamente combinada com a realidade, dificilmente, pelo que já pode ser descoberto em versões beta, se poderá dizer que o sujeito passará a deter

[29] F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 61

[30] F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 65 s.

um poder de uso, gozo e fruição que implique um poder direto e imediato sobre uma coisa. É que, não se podendo utilizar o avatar sem a colaboração do gestor da plataforma, o direito que o sujeito titular não pode ser senão configurado como um direito obrigacional[31]. Em última instância, tudo depende-

[31] A conclusão baseia-se na própria conceptualização jurídica no que respeita aos direitos reais. Na verdade, se as primeiras formulações do conceito apontavam para a ideia de uma relação entre o homem e uma coisa, configurando o direito como um poder direito e imediato do primeiro sobre a segunda, dispensando-se a cooperação de qualquer outro sujeito; se esta posição foi criticada pelos adeptos de uma corrente personalista, que, sustentando que o direito não poderia ser entendido senão no quadro de uma relação entre sujeitos, enfatizam a possibilidade de o titular afastar toda e qualquer pessoa do gozo e fruição da coisa, fazendo realçar o caráter absoluto do mesmo, parece que o melhor entendimento passa pela adesão a uma perspetiva eclética que distinga um lado externo (a traduzir-se na eficácia *erga omnes*) e um lado interno, a identificar o poder direito e imediato sobre a coisa. Aderindo, igualmente, a esta perspetiva, cf., *inter alia*, Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas — do direito das coisas em geral*, Gestlegal, 2021, 138 s.; Rui Pinto DUARTE, *Curso de direitos reais*, Princípia, 2020, 18 s. (embora com um certo criticismo); Sandra PASSINHAS, *Propriedade e personalidade no direito civil português*, Almedina, 2017, 463 s.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, 2003, 54 s., considerando que o direito real deve ser entendido como o poder de domínio ou soberania de uma pessoa sobre uma coisa, que é exercido de acordo com o estatuto definido por lei, que não é apenas fonte de poderes, mas também de deveres e limitações. Esta ideia de soberania seria fundamental para distinguir os direitos reais de outros direitos (pessoais) de gozo, pois, se é certo que em ambos os casos o titular do direito exercer um poder direito sobre a coisa, apenas no caso dos direitos reais tais poderes prescindiriam da cooperação de um terceiro. O posicionamento haveria, contudo, de concitar críticas por parte de outros autores. Vide, nesse sentido, Rui Pinto DUARTE, *Curso de direitos reais*, 21, considerando que, v.g., no caso dos direitos reais de garantia, o titular não tem um poder direito e imediato sobre a coisa, uma vez que, "o credor hipotecário não detém o bem hipotecado e quando exerce o seu direito tem [...] de o fazer com recurso a tribunal, sem poder, por ato seu, fazer a coisa sua". Henrique Mesquita, anteriormente, haveria de considerar que a soberania, aqui, consistiria exatamente na possibilidade de alienar a coisa, sem colaboração do anterior proprietário — cf. Henrique MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, 73.

Ora, se por referência a muitos direitos podem suscitar-se dúvidas, que até hoje dividem a doutrina, parece-nos que, no caso dos ativos virtuais, é inequívoca a necessária colaboração do titular da plataforma, restando embora a questão de saber se se poderá denotar algum indício de sobera-

rá dos termos das licenças de utilização da plataforma, que definem as condições de acesso ao mundo virtual[32], e bem assim da própria conformação que seja oferecida ao direito de propriedade, o que, para além da dimensão valorativo-fundacional, não pode deixar de fazer apelo a uma vertente dogmático-conceptual que com aquela há de dialogar. Aliás, podemos aqui rememorar o intenso debate que, não há muito tempo, ocupou os juristas a propósito da proteção que deveria ser dispensada ao *software* e à qualificação dos contratos que envolvessem a sua transmissão[33].

nia na possibilidade de alienar os avatares sem necessidade de autorização daquele. Do ponto de vista das posições ecléticas, parece não haver dificuldade de maior na determinação do seu caráter obrigacional.

[32] Refira-se que F. Gregory LASTOWKA/Dan HUNTER, *The laws of the virtual world*, 66 s., alertam para isso mesmo, mas entendem que aí se trata de um problema de titularidade da propriedade virtual e não do reconhecimento da própria propriedade no seio do mundo virtual. Ora, este pormenor não só nos mostra que a perspetiva com que os autores olham para o problema é completamente diversa da nossa, como que, inseridos no horizonte de referência anglo-saxónica, perdem de vista um certo rigor de conceptualização germânica, não detetando que uma coisa é o reconhecimento de interesses patrimoniais e outra é a sua qualificação dogmática, a implicar que a dita "propriedade" pode não ser, afinal, mais do que um direito análogo a um direito de propriedade intelectual.

[33] Sobre o ponto, cf., *inter alia*, Alexandre Dias PEREIRA, "Programas de computador, sistemas informáticos, e comunicações eletrónicas: alguns aspetos jurídico-contratuais", *Revista da Ordem dos Advogados*, 59/3, 1999, 915 s. Reconhecendo-se o inegável valor económico dos programas de computador, sustenta-se, aí, em linha com a legislação europeia, que a proteção do software deve ser encarada sob o prisma dos direitos de propriedade intelectual e que os contratos de cedência do software devem ser vistos como contratos de licença. Na ponderação de muitos destes problemas devemos, contudo, estar hoje cientes dos novos dados normativos que nos são comunicados pelas Diretivas (UE) 770/2019 e 771/2019, transpostas para o nosso ordenamento jurídico pelo DL nº 84/2021, de 18 de outubro, embora aí se excluam do âmbito de relevância objetivo.

A este propósito, veja-se, igualmente, o Ac. TRL 27-1-2022, Proc. nº98/21.8YHLSB.L1-PICRS, relatora Maria da Luz Teles Meneses de Seabra, considerando que "o artigo 1º do DL nº 252/94 de 20/10 confere proteção análoga à proteção conferida às obras literárias, a todos os programas de computador com carácter criativo, independentemente do seu tipo funcional, do seu suporte material e da sua fase de desenvolvimento,

No mais, se não quiséssemos configurar a referida posição jus-subjetiva do adquirente do *token*/avatar como um direito de propriedade sobre uma coisa, mas de fazer emergir um direito do titular do NFT como um novo direito real, teríamos de enfrentar o problema da limitação da autónoma constituição normativa por força do princípio do *numerus clausus*, a implicar uma imprescindível intervenção do legislador na matéria.

Independentemente das respostas concretas que para tais problemas se possam encontrar, a reflexão torna notória uma mutação no modo como podem ser perspetivados os *non fungible tokens* quando mergulhamos no mundo do metaverso. Já não se trata só de representar digitalmente o direito sobre um ativo, mas de ordenar uma comunidade de relações humanas que se processam através de uma realidade virtual e aumentada, já que aqui — ao contrário do que se verifica numa simples plataforma de transação de criptoativos — os *tokens* garantem o efetivo cumprimento dos interesses do seu adquirente[34].

Portanto, se há urgência em o jurista se debruçar reflexivamente sobre tais matérias, quer do ponto de vista contratual — não só para especificar os termos do processo formativo

determinando que para efeitos de proteção se equipara ao programa de computador o material de conceção preliminar daquele programa (nº 3). Se o programa de computador for criado sob encomenda, o artigo 3º do referido DL nº 252/94 de 20/10, em clara derrogação do artigo 14º do CDADC, consagra a regra de que pertencem ao destinatário do programa os direitos a ele relativos, salvo estipulação em contrário".

[34] Curiosamente, os relatos a que podemos já hoje aceder mostram-nos que muitos dos portadores de NFT pertencem a comunidades fechadas de NFT, que transcendem os meros interesses económicos, passando a fazer parte dos seus interesses centrais, ao ponto de muitos se recusarem a alienar os criptoativos que haviam adquirido, por uma questão de lealdade para com a sua comunidade. Segundo os conhecedores da área, estas comunidades seriam dominadas pela ideia de comunitarismo capitalista. Para um relato pormenorizado das comunidades NFT, cf. https://palladiummag.com/2022/01/21/when-the-stagnation-goes-virtual/

do negócio e as vicissitudes que o podem atingir, mas para indagar acerca da validade substancial do negócio no tocante ao seu objeto e por referência às diversas disciplinas jurídicas que integram o ordenamento jurídico —, quer do ponto de vista da conceptualização jurídica, mormente no que respeita à qualificação dos direitos envolvidos, com todas as consequências que tal comporta também do ponto de vista da determinação dos requisitos de validade do objeto, a reflexão a que o jurista é convidado a propósito do metaverso ou de outras experiências similares deve muito mais profunda.

Desde logo, para lá de todos os problemas que os criptoativos envolvem — e que podem, eventualmente, ser contornados através de uma adequada regulação na matéria — não é despiciendo o perigo de se verem agravados os perigos que a web já potencia. De facto, como parece tornar-se claro, o homem vive cada vez mais numa realidade mediatizada pelas grandes tecnológicas que, exercendo o domínio sobre motores de pesquisa e redes sociais, moderam o acesso a notícias e informação, decidindo através da programação algorítmica o que é mais ou menos lido e visto, filtram os conteúdos e influenciam a aceitação dos factos e das narrativas que vão sendo difundidas, ao mesmo tempo que articulam quantidades gigantescas de dados pessoais, muitas vezes utilizados para fins duvidosos e com elevado potencial discriminatório, não só pelo seu conteúdo, como pela articulação que deles é feita e pela predição que a partir deles se estabelece através de sistemas de inteligência artificial.

A combinação entre a realidade virtual e a realidade aumentada encerra em si o potencial de amplificar todos estes perigos — de manipulação, de intromissão na privacidade, de discriminação — na medida em que o sujeito deixa de ter perceção das fronteiras entre o real e o imaginário, ao ponto de o que não existe parecer absolutamente existen-

te. As distorções informacionais agudizar-se-ão, tornando o sujeito mais vulnerável, até porque não só o acesso a dados de vários tipos é mediatizado pelas grandes tecnológicas, como a própria relação entre humanos passará a ser filtrada pelas regras ditadas por aquelas. Acresce que o homem, imergindo na virtualidade, acabará por, necessariamente, perder o referente de sentido da sua humanidade, que não pode dispensar a corporeidade. Muitos, aliás, antecipam que o metaverso poderá contribuir para a sustentabilidade ambiental, na medida em que se diminuirão as necessidades de consumo, tanto quanto os sujeitos passem a adquirir NFT de diversos bens, como roupa, sapatos, e outros objetos. No fundo, a propensão para consumir — alimentada pela necessidade de diferenciação ou afirmação pessoal — é deslocada para o avatar, a um ponto tal que, numa exacerbação da virtualidade, o homem mais não seria do que o sujeito gestor daquele, das suas necessidade e das suas interações, a fazer-nos lembrar um episódio do primeiro filme da trilogia *Matrix*, no qual se vê que a estrutura biológica do ser humano é exclusivamente usada como fonte de alimentação da máquina, no interior da qual aquele passa a habitar, numa clara degradação da sua ontologia e da dimensão axiológica que o predica.

Muitos antecipam, por isso, com preocupação, a aproximação de um mundo distópico, onde o homem perde a sua humanidade, alterando-se a forma de comunicação e a intersubjetividade relacional[35]. Eis, portanto, o ponto em que o

[35] Ginevra DAVIS, "When the Stagnation Goes Virtual", *Palladium — governance futurism*, https://palladiummag.com/2022/01/21/when-the-stagnation-goes-virtual/, evidenciando alguns dos perigos da imersão alienadora nas comunidades de NFT. São suas as palavras: "Extended time in digital worlds necessarily takes time away from the few factors consistently shown to improve human happiness: family, physical health, and time with close friends". E acrescenta que "When the NFT community discusses potential problems with the metaverse, the talk focuses on technical constraints like

jurista não pode deixar de intervir se quiser cumprir a tarefa especificamente humana que lhe compete. De facto, como já várias vezes tivemos oportunidade de referir, o direito não se confunde com um conjunto de normas ordenadoras das relações sociais, ainda que virtualmente estabelecidas.

Castanheira Neves ensina-nos, a propósito das condições de emergência do direito, que, a par da condição mundano-social e da condição humano-existencial, o direito só o é verdadeiramente se der resposta a uma terceira condição, a condição ética[36]. Significa isto que não basta existirem regras que ordenem as relações societárias controvertidas e resolvam a questão da escassez de meios para satisfazer as diversas necessidades humanas. É essencial que as referidas regras sejam alicerçadas num sentido ético-axiológico, o qual se vai a encontrar na ineliminável dignidade ética da pessoa humana, "dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira"[37]. Esta dignidade vamos a reconhecê-la nos capitais polos da pessoalidade de que se cura, a liberdade e a responsabilidade. Continuando a acompanhar Castanheira Neves nesta matéria, podemos afirmar que "o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe (…). Postula ainda a possibilidade da sua realização, quer em si, quer perante os outros. E temos as implicações da liberdade

energy consumption and data storage. In all the discussions I participated in about the coming metaverse, no one ever mentioned how people would reproduce if they were spending all of their time in a virtual world, or how young children would be onboarded to this new reality".

[36] Cf., entre outras referências do autor, Castanheira NEVES, "Pessoa, direito e responsabilidade", *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 154

[37] A. Castanheira NEVES, *Justiça e Direito*, Coimbra, 1976, 59.

e da igualdade. Implicações decerto correlativas, como se sabe, pois se a igualdade se pode dizer a condição social da liberdade, a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade. Só que a liberdade significa sobretudo o assumir-se o homem a si próprio, no originário de si mesmo e no irrecusável da sua responsabilidade, vindo a manifestar-se, portanto, em termos de uma autorrealização responsável. (…) A liberdade, como valor, não é a mera condição empírica e negativa de ausência de impedimentos (…), nem a igualdade a mera parificação formal e abstrata do igualitarismo mecanicista"[38]. A liberdade de que nos fala o filósofo do direito implica, portanto, a integração comunitária e o apelo a um referente de sentido ético-axiológico.

Tudo isto a querer dizer que o sentido da juridicidade só se encontra na síntese entre os valores da liberdade e igualdade, da responsabilidade e da realização participante na comunidade[39], a reclamar o salto para o patamar da axiologia. O direito só o é se e quando convocar a especial *dignitas da pessoa* como fundamento e pilar de sustentação. O direito serve o homem — pessoa, da qual parte e na qual se fundamenta, e, por isso, não pode deixar de encontrar na dignidade inerente a esta categoria ética o referente último de sentido que o colora como direito.

Ora, é este sentido da pessoalidade que parece ser quebrado quando o mundo computacional deixa de ser uma ferramenta para satisfazer necessidades informacionais ou comunicacionais para ser encarado — fruto das potencialidades que oferece — como o meio ambiente de realização do ser humano. É que o homem pessoa está longo do

[38] A. Castanheira NEVES, *Justiça e Direito*, 63

[39] A. Castanheira NEVES, *Justiça e Direito*, 63.

indivíduo isolado, autista, solipsista, forjado no individualismo liberal, mas é o ser em relação, que se dirige ao outro com uma pretensão de respeito e que se descobre na sua integrar dignidade através das exigências de sentido que lhe são comunicadas pelo outro com quem se cruza.

Sem que isto implique uma relativização desta dignidade em nome do possível encontro concreto que se venha a estabelecer.

De facto, a instância de controlo da dignidade que se reivindica há de ser encontrada num conjunto de valores pressupostos, que resultam exatamente das dimensões essenciais do ser, a autonomia e a responsabilidade, que dialeticamente se cruzam, garantindo a aproximação ao outro por meio de uma relação de cuidado.

O homem de que se parte é um ser natural, histórico-social, concretamente situado e condicionado; mas também um ser espiritual, dotado de uma consciência autónoma e crítica, constitutiva de diversos sentidos, cuja vocação é transcender-se a si mesmo, pelo outro, pelo qual é capaz de abdicar das suas vontades mais primárias, e pelo absoluto que lhe oferecer sentidos de validade.

O homem é o único ser capaz de se assumir acima do mundo, superando a situação concreta e pontual de cada momento, ultrapassando a contingência do contexto histórico; e é também o ser espiritual que se determina por valores de bem e de justiça e que se vê realizado na relação com os seus semelhantes e com Deus, que procura na busca do absoluto.

Há, portanto, uma bidimensionalidade no ser humano: a uma dimensão de autossubsistência e de realização material junta-se a dimensão de autodeterminação valorativa.

Ora, são essas dimensões em permanente tensão dialética que são postas em causa pelo mundo digital a que o

homem parece ser condenado pelo triunfo do metaverso, a sua generalização e o seu domínio.

Pensar o contrário implicar laborar num erro: o de pensar que as possibilidades espirituais do homem se podem cumprir em termos genéricos, abstratos, desarreigados da sua corporeidade, a implicar, afinal, a reabilitação da própria gnose. E a ausência da relação interpessoal efetivamente humana, com as suas falhas e as suas conquistas, não mediatizada por um avatar ou pelas escolhas condicionantes das grandes tecnológicas acaba por determinar isso mesmo: a desvinculação da espiritualidade relativamente à corporeidade e, tornando o homem dependente e vulnerável, a alienação manipuladora do ser humano.

Como poderá, então, reagir o direito que o queira verdadeiramente ser?

Do ponto de vista micro-analítico, o jurista não deve hesitar em ser particularmente rigoroso na avaliação da validade dos negócios, não podendo esquecer que entre os fundamentos de nulidade que se podem invocar está a violação da ordem pública, a implicar um atentado contra os princípios normativos em que assenta o sistema; do ponto de vista macro-analítico, impor-se-á uma regulamentação muito específica do metaverso e outras plataformas congéneres, tentando contornar a concretização dos perigos que os mesmos envolvam. Domínios há que são particularmente desafiados a este nível: direito da propriedade intelectual, direito dos contratos, direito da responsabilidade civil, direito da concorrência, direito penal, direito do consumo, direito dos valores mobiliários e dos criptoativos. Mas há que ir mais longe. Por um lado, havendo consciência de que o novo universo será regido pelo seu próprio código computacional, há que garantir o efetivo domínio do direito, chamando a depor

os princípios fundamentais e não permitindo que a opacidade tecnológica oculte regulações eticamente desvaliosas[40].

Mais haveremos de considerar que, se as normas de direito constitucional não podem deixar de ser aplicadas[41], à luz das melhores perspetivas metodológicas, as regras mobilizáveis para disciplinar as relações jurídicas estabelecidas no e através do metaverso devem ser interpretadas à luz dos princípios normativos, de tal forma que, sem pôr em causa a evolução tecnológica, haveremos de entender que, sempre que o metaverso conduza a uma degradação da condição de pessoalidade, o direito deve reagir, bloqueando a validade dos negócios ou a própria atividade em rede. Ora, atentas as dimensões constitutivas do ser humano entendido como pessoa, tal ocorrerá sempre que o homem, fruto da sua imersão na realidade virtual, se deixe de reconhecer como tal (ou porque perde o seu referencial real, deixando de se identificar com o outro, ou porque perde o sentido relacional da existência também real). Significa isto que, ao contrário do que alguns autores sustentam, não são putativos direitos de avatares que devem ser equacionados, porque inexistentes, pela ausência de um polo referencial que o permita, no que a eles diz respeito, mas os direitos de personalidade do homem pessoa que devem ser problematizados.

A este propósito pode tornar-se particularmente importante o reconhecimento de novos direitos. Na verdade, alguns autores alertam para o facto de, com as novas tec-

[40] Sobre o ponto, cf. Joel REIDENBERG, "Lex Informatica: the formulation of information policy rules through technology", *Texas Law Review*, 76, 1997/8, 553 s. Veja-se, igualmente, Nicolas SUZOR, "The role of the rule of law in virtual communities", *Berkeley Technology Law Journal*, 25, 2010, 1817 s., considerando que, se as comunidades virtuais são reguladas pelo direito privado, então essas regras devem ser influenciadas por princípios de *public governance*, sob pena de os valores ínsitos ao direito constitucional poderem ser ameaçados pelas formas de governo privado.

[41] Cf. *supra*.

nologias, emergirem novos riscos que devem determinar a autonomização de específicos direitos da pessoa. Em causa estariam, portanto, os *neuro-direitos* de que falam Astobiza, Ausín, Toboso, Ferrer, Payá e López, na sequência da proposta de Ienca e Roberto Andorno[42]. De facto, as inúmeras potencialidades abertas pela tecnologia, designadamente através da implementação de interfaces cérebro-máquina, comportam perigos, entre os quais o de se perder o verdadeiro sentido da autonomia humana e o de se esvanecer o sentido da liberdade de consciência. Esta, último bastião da liberdade, estaria comprometida, na medida em que a neurotecnologia pode aceder aos nossos estados mentais, para os ler e manipular. Impor-se-ia, portanto, uma barreira ética oferecida pelos novos neuro-direitos: a) direito à liberdade cognitiva: direito a decisões livres no que respeita ao uso de interfaces cérebro-máquina e direito a que o estado, corporações e outros entes não manipulem os estados mentais; b) direito à privacidade mental: direito a proteger as pessoas do acesso não autorizado aos seus dados cerebrais; c) direito à integridade mental: direito à não manipulação da atividade mental por meio da neurotecnologia; d) direito à continuidade da identidade pessoal e da vida mental: proteção contra alterações por terceiros da identidade pessoal e na vida mental. Qualquer um destes direitos faz parte integrante da ampla proteção que a pessoa humana conhece ao nível do direito civil, por via do reconhecimento de um direito geral de personalidade, que mais uma vez deve funcionar como uma guarda avançada da pessoa, também com consequências do ponto de vista da própria disciplina contratual, se e na medida em que o acordo firmado entre as partes ponha em causa dimensões

[42] Aníbal Monasterio ASTOBIZA, Txetxu AUSÍN, Mario TOBOSO, Ricardo Morte FERRER, Manuel Aparicio PAYÁ, Daniel LÓPEZ, "Traducir el pensamiento en acción: Interfaces cerebro-máquina y el problema ético de la agencia", *Revista de Bioética y Derecho*, 2019; 46, 29 s.

essenciais da pessoalidade. Ora, parece ser esse, de facto, uma das possíveis consequências do metaverso que se anuncia.

3.2. A posição do consumidor no metaverso

Assumindo-se nesse novo mundo o sujeito como um consumidor, importa ter presente a importância das normas que regulam quer as plataformas digitais, quer os contratos de aquisição de bens digitais. Designadamente, podem assumir importância extrema as normas específicas respeitantes à compra e venda de bens, serviços e conteúdos digitais, previstas no DL nº84/2021, de 18 de outubro, que transpõe para o ordenamento jurídico nacional as Diretivas (UE) 2019/770 e (UE) 2019/771, dependendo do concreto serviço digital a que se possa aceder com base no non fungible token.

4. O Regulamento MiCA

De acordo com o artigo 2º/2 da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de *criptoativos*[43], ela não seria aplicável aos criptoativos que fossem equiparáveis a instrumentos financeiros na aceção do artigo 4º, nº 1, ponto 15, da Diretiva 2014/65/EU; a moeda eletrónica na aceção do artigo 2º, ponto 2, da Diretiva 2009/110/CE, exceto se for equiparável a criptofichas de moeda eletrónica; a depósitos na aceção do artigo 2º, nº 1, ponto 3, da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho; a depósitos estruturados na aceção do artigo 4º, nº 1, ponto 43, da Diretiva 2014/65/EU; a titularizações na aceção do artigo 2º, ponto 1, do Regulamento (UE) nº 2017/2402 do Parlamento Europeu e do Conselho.

[43] COM(2020) 593 final; 2020/0265 (COD)

O âmbito das exclusões alterou-se com a aprovação final do Regulamento MiCA[44]. Este não é aplicável aos criptoativos abrangidos por outros atos em matéria de serviços financeiros da UE, designadamente os que são considerados instrumentos financeiro; a prestadores de serviços de criptoativos exclusivamente às suas empresas-mãe ou filiais, liquidatários e administradores em processos de insolvência; ao Banco Central Europeu e aos bancos centrais nacionais, ao Banco Europeu de Investimento, ao Fundo Europeu de Estabilidade Financeira, ao Mecanismo Europeu de Estabilidade e às organizações internacionais públicas; bem como a criptoativos que sejam únicos e não permutáveis com outros criptoativos. Significa isto que os *non fungible tokens* não são abrangidos pelo âmbito de relevância do regulamento.

A explicação para esta exclusão consta do considerandum 10, nos termos do qual "o valor desses criptoativos únicos e não fungíveis é imputável às suas características únicas e à utilidade que proporciona ao detentor da criptoficha. O presente regulamento também não deverá aplicar-se aos criptoativos que representem serviços ou ativos físicos únicos e não fungíveis, como garantias de produtos ou bens imóveis. Embora possam ser negociados em mercados e acumulados para efeitos especulativos, os criptoativos únicos e não fungíveis não são facilmente intercambiáveis. Além disso, o valor relativo de cada um desses criptoativos em relação a outro não pode, dado o caráter exclusivo de cada um, ser determinado por comparação com um mercado existente ou um ativo equivalente. Tais características limitam o âmbito de utilização desses criptoativos para efeitos financeiros, restringindo assim os riscos para os detentores e o sistema financeiro, o que justifica a sua exclusão do âmbito de aplicação do presente regulamento".

[44] Regulamento (UE) 2023/1114 relativo aos mercados de criptoativos.

Não obstante, consoante esclarece o considerandum 11, "as partes fracionárias de um criptoativo único e não fungível não deverão ser consideradas únicas e não fungíveis. A emissão de criptoativos sob a forma de criptofichas não fungíveis no âmbito de uma grande série ou coleção deverá ser considerada um indicador da sua fungibilidade". Além disso, "o regulamento deverá também aplicar-se aos criptoativos que, embora pareçam ser únicos e não fungíveis, tenham características efetivas ou características associadas à sua utilização que fazem com que se tornem, de facto, fungíveis ou não únicos".

Significa isto que só em concreto podemos saber, ao certo, se é ou não possível mobilizar o Regulamento (UE) 2023/1114 relativo aos mercados de criptoativos para fazer face a alguns problemas.

O Regulamento (UE) 2023/1114 estabelece regras uniformes para os emitentes de criptoativos que ainda não foram regulamentados por outros atos da União Europeia (UE) em matéria de serviços financeiros e para os prestadores de serviços relacionados com esses criptoativos (prestadores de serviços de criptoativos).

Em causa estão requisitos de transparência e divulgação para a emissão, a oferta pública e a admissão à negociação de criptoativos; regras relativas ao funcionamento, organização e governação dos emitentes e dos prestadores de serviços de criptoativos; normas de proteção dos detentores de criptoativos e dos clientes dos prestadores de serviços; e medidas para prevenir as transações com base em informação privilegiada, a transmissão ilícita de informação privilegiada e a manipulação de mercado.

Neste âmbito, considerando-se que os *criptoativos*, sendo uma das principais aplicações das *distributed ledger technology*, são "representações digitais de valores ou direitos passí-

veis de trazer benefícios significativos tanto aos participantes no mercado como aos consumidores", que podem simplificar os processos de mobilização de capital, aumentar a concorrência, garantir formas de financiamento menos pesadas e mais baratas sobretudo de pequenas e médias empresas, ao mesmo tempo que, se usados como meios de pagamento, podem proporcionar oportunidades de realização de pagamentos mais baratos, mais céleres e mais eficientes, pela eliminação ou limitação dos número de intermediários, distinguem-se três subcategorias, cada uma das quais sujeita a diversos requisitos.

Assim, podemos ser confrontados com as chamadas *criptofichas de consumo*, cuja principal função é garantir o acesso digital a um bem ou serviço, disponíveis por via de *distributed ledger technology*, e que são exclusivamente aceites pelo emitente.

Numa segunda categoria, podemos ser confrontados com as chamadas *criptofichas referenciadas a ativos*, as quais procuram manter um valor estável por referência a várias moedas com curso legal, a uma ou várias mercadorias ou a um ou vários criptoativos, visando frequentemente uma utilização pelos seus detentores como meio de pagamento para adquirir bens e serviços e como reserva de valor.

Por último, deparamo-nos com as *criptofichas de moeda eletrónica*, enquanto criptoativos que se destinam a ser utilizados como meios de pagamento e procuram estabilizar o seu valor por referência a uma moeda fiduciária, isto é, moeda que tem o seu valor garantido por um Estado emissor. Nessa medida, assumem uma função próxima à das moedas eletrónicas, embora delas se distingam em vários aspetos. Designadamente, se os titulares de moeda eletrónica detêm sempre um crédito sobre a instituição e podem resgatar a sua moeda a qualquer momento contra a moeda fiduciária com

curso legal, ao valor nominal dessa moeda, alguns criptoativos que têm por referência uma moeda com curso legal não conferem aos seus detentores um crédito desse tipo sobre os emitentes dos ativos, ou não conferem um crédito ao valor nominal desse moeda ou limitam o período de resgate.

Entre as principais regras que se estabelecem, suscitam-nos especial atenção aquelas que dizem respeito à eventual responsabilidade civil pela transação de criptoativos. Estabelecem-se especiais regras em matéria de informações, do mesmo modo que se consigna que os prestadores de serviços de criptoativos, as instituições de crédito ou as empresas de investimento que atuem como entidades de custódia dos ativos de reserva deverão ser responsáveis pela perda de tais ativos de reserva perante o emitente ou os detentores de criptofichas referenciadas a ativos, salvo se provarem que tal perda resultou de um acontecimento externo fora do seu controlo razoável.

Os oferentes ou as pessoas que solicitam a admissão à negociação de criptoativos que não sejam criptofichas referenciadas a ativos nem criptofichas de moeda eletrónica, bem como os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos que procedam à sua oferta pública ou que solicitem a sua admissão à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos são responsáveis por danos sofridos em resultado de informações incorretas no livrete do criptoativos. Parece ser preocupação do legislador europeu o reforço da tutela no que se refere à compensação dos danos que possa vir a sofrer. Refira-se, aliás, nesta matéria (e de forma não exclusiva para as criptofichas referidas a ativos) que os prestadores de serviços de criptoativos autorizados para a custódia e administração daqueles em nome de terceiros podem ser responsáveis perante os seus clientes pela perda de *tokens* em resultado de uma avaria ou de um ato de pirataria infor-

mática, no limite do valor de mercado dos criptoativos perdidos, exceto se provarem que não houve qualquer contributo da sua parte para a situação que se gerou. Estamos aqui no âmbito de uma responsabilidade reforçada, a implicar importantes questões imputacionais e a evidenciar que dificilmente a causalidade, no quadro da responsabilidade civil, pode continuar a ser vista segundo um esquema causalista próprio da adequação.

O USO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA AVALIAÇÃO DE SOLVABILIDADE – ASPETOS JURÍDICOS*

*Sandra Passinhas***

1. Introdução

Na transformação digital da economia global, é conhecida a permeabilização dos serviços financeiros pela utilização de sistemas de inteligência artificial (IA). A Fintech (*financial technology*) pressupõe a análise de *big data* (*big data analytics*), o uso de algoritmos e de inteligência artificial (incluindo *machine learning* e natural *language processing techniques*), pelas instituições financeiras[1]. Neste sistema, os dados são recolhidos, guardados e tratados em grande quantidade e será depois usados para a tomada de decisões, tornando-as mais rápidas, mais eficazes e de melhor qualidade. Todavia, para não gerarem erros,

* Este artigo foi publicado no livro *Direito Privado e Direito do Consumidor: Desafios da Contemporaneidade: estudos em homenagem ao professor Adalberto de Souza Pasqualotto*.

** Universidade de Coimbra, Professora Associada da Faculdade de Direito e Investigadora Integrada do Instituto Jurídico.

[1] Gian Luciano Boeddu e Jennifer Chien, *Financial Consumer Protection and Fintech: An Overview of New Manifestations of Consumer Risks and Emerging Regulatory Approaches*, Washington, D.C. World Bank Group. http://documents.worldbank.org/curated/en/099735204212299868

os dados devem ser recolhidos adequadamente, não podem ser lacunosos nem corrompidos, e não podem ser enviesados. O próprio processo de tratamento e análise de dados deve ser isento de falhas ou de vieses, sob pena de conduzir, *inter alia*, a discriminações ilícitas e violações de privacidade.

Do ponto de vista do consumidor, ainda que sejam apontadas algumas vantagens ao uso de sistemas de IA, designadamente o contribuir para a inclusão financeira, na medida em que reduz os custos operacionais e melhora a precisão do perfil de risco[2], tornando o acesso a produtos financeiros mais barato[3], os riscos são substanciais. A canalização de novos tipos de informação para a tomada de decisão é preocupante do ponto de vista da proteção dos dados pessoais do consumidor[4]. A avaliação de solvabilidade, tradicionalmente, examinava os proventos do consumidor, a sua história de crédito e recorria a uma análise estatística dos seus portfolios de crédito[5]. Este trabalho, feito pelo próprio financiador ou obtido pelo recurso a ou-

[2] Para uma visão mais alargada, DIOGO MORGADO REBELO, *Inteligência Artificial e* Scoring *no Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 17 e ss; JEANNIE PATERSON, TIM MILLER, HENRIETTA LYONSIN, "Demystifying Consumer-Facing Fintech Accountability for Automated Advice Tools", in Z. BEDNARZ e M. ZALNIERIUTE (eds.), *Money, Power, and AI: Automated Banks and Automated States*, Cambridge University Press, 2023, p. 29 e ss, e GIAN LUCIANO BOEDDU, JENNIFER CHIEN, JENNIFER GRADY CLARE ROSAMUND, e IVOR STUK, *Consumer Risks in Fintech - New Manifestations of Consumer Risks and Emerging Regulatory Approaches: Policy Research Paper*. Finance, Competitiveness and Innovation Global Practice Washington, D.C.: World Bank Group. http://documents.worldbank.org/curated/en/515771621921739154

[3] F. OSTMANN e C. DOROBANTU, *AI in financial services*, The Alan Turing Institute, 2021, pp. 34- 35 - https://doi.org/10.5281/zenodo.4916041.

[4] Idem, pp. 34-40. Ainda, G. LIANG. e L. LU, "Algorithmic credit scoring in banking corporations: emerging risks and regulatory perspectives", *Comp. Law.* 2025, 46(10), 333-338; NIKITA AGGARWAL, "The norms of algorithmic creditscoring", *Cambridge Law Journal* 2021, 80(1), 42-73, e Z. ZBEDNARZ e L. PRZHEDETSKY, 'AI Opacity in the Financial Industry and How to Break It', in Z. BEDNARZ e M. ZALNIERIUTE (eds.), *ob. cit*, pp. 70- 72.; M. HURLEY e J. ADEBAYO, "Credit scoring in the Era of Big Data", *Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 18, 2016, pp. 157-183.

[5] Sobre técnicas obscuras pioneiras, que viriam a dar origem à aprovação pelo Congresso americano, em 1970, do Fair Credit Reporting Act

tros agentes, como mediadores ou agências de *credit scoring*, socorria-se de informação diversa, quantitativa e/ou qualitativa. Com o surgimento da Fintech, a informação dos consumidores pode ser obtida de diversas fontes: nas plataformas eletrónicas, nas suas listas de contactos, localizações de GPS, históricos de pagamentos[6], atividade de comércio eletrónico, interações nas redes sociais, uso de telemóvel, ou até do tempo que o utilizador levou a preencher o pedido de crédito, ou dos erros ortográficos neles detetados. Em segundo lugar, o preço diferenciado, a exclusão financeira, a discriminação resultante do perfil de risco, são, consabidamente, danos que podem resultar do próprio desenho do modelo de IA, resultantes da alimentação do sistema com dados incorretos ou enviesados, ou de associações inesperadas realizadas pelo próprio sistema[7]. Não se pode também obnubilar a cada vez maior dificuldade do consumidor em compreender a razão de ser de uma decisão de crédito e, *et pour cause*, em contestá-la.

O uso de sistemas de IA para a avaliação de solvabilidade do consumidor influencia todo o processo de aprovação do empréstimo, a determinação da taxa de juro e a fixação das condições do empréstimo, trazendo novos desafios aos direitos do consumidor[8].

(FCRA), vide FRANK PASQUALE, *The Black Box Society*, Oxford University Press, 2016, pp. 22 e ss.

[6] MEIKE KAMP, BARBARA KÖRFER e MARTIN MEINTS, "Profiling of Customers and Consumers", in MIREILLE HILDEBRAND e SERGE GUTWIRTH, *Profiling The European Citizen – Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer, 2008, pp. 202 e ss, fazem uma análise da utilização de programas de fidelidade dos consumidores para recolher e processar dados para *marketing* e *credit score*.

[7] Vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e SANDRA PASSINHAS, "Definição de perfis e não discriminação dos consumidores", in JOÃO LOUREIRO, *Estudos em Homenagem ao Doutor Vieira de Andrade*, vol. I. Coimbra, Almedina, 2023, pp. 363-382, também publicado em RJL 4041 pp. 368 e ss.

[8] MEIKE KAMP, BARBARA KÖRFER e MARTIN MEINTS, *ob.cit.*, p. 206. Vide R. BINNS e M. VEALE, "Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR", *International Data Privacy Law*, Volume 11, 2021, p. 321, que definem os sistemas de perfilamento multinível como aqueles em

Neste texto, analisaremos a legislação que tem sido adotada para enfrentar os riscos colocados pelos sistemas de IA, especialmente quando avaliam a solvabilidade do consumidor através da definição de perfis. Começaremos por uma análise perfunctória da legislação portuguesa para apurar os parâmetros normativos do que deve ser uma adequada avaliação de solvabilidade do consumidor, designadamente pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho[9], que regula o crédito ao consumo, e o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho[10], que prevê o regime dos contratos de crédito relativos a imóveis. Prosseguiremos com a tutela conferida ao consumidor contra a definição de perfis pelo Regulamento IA[11] e pelo RGPD[12]. O Regulamento IA, que visa a melhoria do funcionamento do

que a intervenção humana ou a participação na decisão podem ser estratificadas por estádios ou por resultados específicos da decisão.

[9] Que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores, *JO L 133 de 22.5.2008, pp. 66-92.*

[10] Que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação, *JO L 60 de 28.2.2014, pp. 34–85. Sobre este regime, Sandra Passinhas,* "O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação", *Estudos de Direito do Consumidor* 14 (2018), pp. 415-487, disponível em https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_14_completo.pdf.

[11] Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento da Inteligência Artificial [Regulamento IA]), PE/24/2024/REV/1, JO L, 2024/1689, 12.7.2024. O Regulamento é aplicável a partir de 2 de agosto de 2026. No entanto, tendo em conta o risco inaceitável associado à utilização da IA de determinadas formas, as proibições bem como as disposições gerais do Regulamento aplicam-se desde 2 de fevereiro de 2025. Para uma análise do processo legislativo, vide, Ikos Nikolinakos Th., *EU Policy and Legal Framework for Artificial Intelligence, Robotics and Related technologies – The IA Act*. Springer, 2023, pp. 23 e ss.

[12] 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 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados [RGPD]), JO L 119 de 4.5.2016, pp. 1-88.

mercado interno mediante a previsão de um regime jurídico uniforme, para o desenvolvimento, a colocação no mercado, a colocação em serviço e a utilização de sistemas de IA na União Europeia, classificou os sistemas de IA que visam avaliar a *capacidade de solvabilidade de pessoas singulares ou estabelecer a sua classificação de crédito* como sistemas de risco elevado. O RGPD, que visa a proteção dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas relativamente à privacidade e proteção de dados pessoais, o alinhamento das regras de tratamento de dados em toda a UE e a facilitação da livre circulação de dados pessoais, eliminando obstáculos e apoiando o mercado único digital, reforçou as condições de licitude das decisões automatizadas, entre as quais, com destaque para o tema que nos ocupa, a definição de perfis. O consumidor europeu tem, hoje, um direito a que lhe seja explicado, através de informações pertinentes e de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, o procedimento e os princípios concretamente aplicados para explorar, por via automatizada, os seus dados pessoais, com vista a obter um determinado resultado, como um perfil de solvência. Os dois diplomas constituem um ponto de partida para uma utilização de sistemas de IA mais seguros e fiáveis e na relação com os consumidores.

2. Parâmetros normativos da avaliação de solvabilidade do devedor

O apuramento da capacidade do devedor para o cumprimento das suas obrigações é hoje uma obrigação imposta às entidades financeiras pela legislação portuguesa aplicável à concessão de crédito aos consumidores. O mutuante só deve celebrar um contrato de crédito com o consumidor quando o resultado da avaliação de solvabilidade indicar

que é provável que as obrigações decorrentes do contrato de crédito sejam cumpridas, tal como exigido no contrato.

O Decreto-Lei n.º 133/2009, que regula o crédito ao consumo, prescreve, no seu artigo 10.º[13], que, antes da celebração do contrato de crédito, ou de um posterior aumento do montante total do crédito, o credor deve avaliar a solvabilidade do consumidor com base em informações suficientes[14], obtidas junto do próprio consumidor que solicita o crédito e, se necessário, através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados[15]. O credor pode, complementarmente, proceder a essa avaliação através da consulta da lista pública de execuções[16], ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores[17].

Caso o pedido de crédito seja rejeitado com fundamento nestas consultas[18], o credor deve informar o consumidor ime-

[13] Que transpõe o artigo 8.º da Diretiva Crédito ao Consumo. Em geral, vide GRAVATO MORAIS, *Crédito aos Consumidores*, Almedina, 2009, pp. 55 e ss, e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 8.ª ed., 2022, pp. 557 e ss.

[14] As Orientações da Autoridade Bancária Europeia, de 29 de maio de 2020, sobre a concessão e a monitorização de empréstimos, fornecem orientações sobre as categorias de dados que podem ser utilizadas no tratamento de dados para efeitos de avaliação da solvabilidade, que incluem provas de rendimentos ou outras fontes de reembolso e informações sobre ativos e passivos financeiros ou sobre outros compromissos financeiros.

[15] Na formulação do preceito resultante do Decreto-Lei 72-A/2010, de 17 de junho.

[16] A que se refere o Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro.

[17] Na redação posterior ao já referido Decreto-Lei n.º 72-A/2010. Sublinhe-se que as informações prestadas pelas entidades gestoras de bases de dados, utilizadas em Portugal para avaliar a solvabilidade dos consumidores, destinam-se aos credores, que devem assegurar a proteção dos dados relativos às pessoas singulares, de acordo com o RGPD, sendo-lhes vedada a sua transmissão a terceiros.

[18] O artigo 11.º, sobre o acesso a base de dados, prescreve que as entidades gestoras de bases de dados utilizadas em Portugal para avaliar a solvabilidade dos consumidores asseguram, em condições de reciprocidade, o

diata, gratuita e justificadamente desse facto, bem como dos elementos constantes das bases de dados consultadas (exceto se a prestação destas informações for proibida pelo direito europeu ou nacional, ou se for contrária a objetivos de ordem pública ou de segurança pública)[19].

No que diz respeito aos contratos de crédito relativos a imóveis, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017 prevê, igualmente, no seu artigo 16.º que, antes da celebração do contrato de crédito ou de um aumento do montante total do crédito, o mutuante deve avaliar a solvabilidade do consumidor, baseando-se em informação necessária, suficiente e proporcional sobre os rendimentos e as despesas do consumidor e outras circunstâncias financeiras e económicas que lhe digam respeito.

Embora o valor do imóvel seja um elemento importante na determinação do montante do crédito que pode ser concedido a um consumidor no âmbito de um contrato de crédito com garantia associada, a avaliação da solvabilidade não deve basear-se predominantemente no valor do imóvel de habitação (que pode exceder o montante do crédito ou permitir pressupor que se irá valorizar), a não ser que a finalidade

acesso não discriminatório de credores que atuem noutros Estados membros a essas bases de dados, e o Banco de Portugal deve assegurar o acesso de credores que atuem noutros Estados membros à base de dados da Central de Responsabilidades de Crédito, nos termos previstos no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro.

[19] No âmbito do crédito ao consumo, merece destaque a já aprovada Diretiva Crédito ao Consumo II (Diretiva (UE) 2023/2225 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023, sobre os contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 2008/48/CE, JO L, 2023/2225, 30.10.2023), ainda não transposta para o direito português, que prevê a obrigação de avaliar, rigorosamente, a solvabilidade do consumidor no seu artigo 18.º, mas assume como teleologia da norma o interesse do consumidor, "*a fim de evitar práticas de concessão de empréstimos irresponsáveis e o sobreendividamento*". Destaque-se ainda que, após a sua transposição, as informações obtidas a partir de redes sociais não podem ser usadas para avaliação de solvabilidade.

do contrato de crédito seja a construção ou a realização de obras no imóvel de habitação.

À semelhança do que vimos para o crédito ao consumo, o mutuante deve proceder à consulta das bases de dados de responsabilidades de créditos, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar a avaliação de solvabilidade, sendo o consumidor previamente informado dessa consulta, em conformidade com a legislação relativa à proteção de dados pessoais. Pode, complementarmente, proceder à consulta da lista pública de execuções ou de outras bases de dados consideradas úteis para a avaliação da solvabilidade dos consumidores. Também como prescrito para o crédito ao consumo, se o pedido de crédito for rejeitado com fundamento nos dados constantes naquelas bases de dados, o mutuante deve informar o consumidor imediata, gratuita e justificadamente desse facto e dos elementos constantes da respetiva base de dados (salvo se a prestação destas informações for proibida por lei ou for contrária a objetivos de ordem pública ou de segurança pública).

3. A AVALIAÇÃO DE SOLVABILIDADE COM BASE EM SISTEMAS DE IA

O quadro normativo vigente em Portugal dá, pois, guarida, à recolha de informação necessária, suficiente e proporcional para a análise da capacidade do devedor para o cumprimento do crédito. A utilização de sistemas de IA para o apuramento da solvabilidade do consumidor, antes da celebração de um empréstimo ou do aumento do seu montante, permite ao profissional uma precisa avaliação do risco e a prevenção contra fraudes, evitando, em defesa do consumidor, a concessão irresponsável de crédito.

Uma avaliação ancorada em elementos tão distintos, como os parâmetros contratuais (número de contas, núme-

ro de cartões de crédito, garantias, duração das relações contratuais com o mutuário, gestão dos contratos, saldo das contas, saldo a descoberto, rotatividade de contas), critérios financeiros (garantias, imóveis, capital, salários, encargos, insolvências, pedidos de crédito pessoal, pedidos de crédito) e caraterísticas demográficas (endereço, idade, sexo, número de filhos, estatuto familiar, educação, profissão, entidade empregadora, nacionalidade, religião, automóvel)[20], comporta, inevitavelmente, riscos sérios para o consumidor[21].

Sendo o perfilamento baseado sobretudo em classificações e divisões, a discriminação, mesmo inadvertida, é um risco, diríamos, inevitável[22]. O *scoring* assenta no pressuposto de que a classificação de uma pessoa numa categoria de pessoas com características comparáveis, que se comportaram de uma determinada maneira, permite prever um comportamento futuro semelhante. Nesta medida, existe o risco de a pessoa ser classificada com base nas caraterísticas de um grupo e não nas suas caraterísticas individuais e méritos (despersonalização). Por exemplo, se estiver apurado que as pessoas que vivam num certo bairro têm 20% mais de hipótese de incumprimento do seu crédito do que a pessoa média, esta caraterística é válida para os membros do grupo, isto é, as pessoas escolhidas de forma aleatória desse grupo que vive no bairro, mas não para um concreto indivíduo em especial[23]. Acresce que para um exercício de perfilamento

[20] MEIKE KAMP, BARBARA KÖRFER e MARTIN MEINTS, *ob. cit.*, p. 207.

[21] Sobre a proteção dos dados inferidos, vide BART CUSTERS, 'Profiling as Inferred Data. Amplifier Effects and Positive Feedback Loops', in EMRE BAYAMLIOGLU, et al.. Being Profiled: Cogitas Ergo Sum 10 Years of "Profiling the European Citizen". Amesterdão: Colofon, 2018, pp. 112 e ss.

[22] Seguimos de perto, BART SCHERMER. "Risks of Profiling and the Limits of Data Protection Law", in BART CUSTERS et al. *Discrimination and Privacy in the Information Society*. Springer, 2013, pp. 138 e ss.

[23] O perfilamento de grupo não tem apenas efeitos negativos nos indivíduos, mas também pode gerar estigmatização dos membros do grupo e prejudicar a coesão social (por exemplo, se as pessoas acreditarem que os

ser eficiente e eficaz, tem de abarcar apenas um número limitado de categorias, gerando tratamentos estereotipados e incapazes de refletir acuradamente todas as nuances da personalidade do indivíduo[24].

O perfilamento agrava, em geral, a situação de vulnerabilidade do indivíduo[25]. Reforça, desde logo, a assimetria situacional no mercado: a posição do processador de dados é continuamente reforçada com o aumento de dados à sua disposição enquanto o titular dos dados se mantém na mesma posição, alvo cada vez mais fácil de práticas comerciais abusivas e preços discriminatórios. Por outro lado, os falsos positivos ou negativos - um problema efetivo na decisão automatizada, sem intervenção humana - sujeitam o indivíduo ao ónus de provar que o perfil traçado sobre si não é correto. Por último, um perfil, correto ou incorreto, tornado público é suscetível de causar danos reputacionais ao titular[26].

.....

indivíduos de um determinado grupo incorrem mais frequentemente em situações de incumprimento).

[24] ANDREA ROMEI e SALVATORE RUGGIERI, 'Discrimination Data Analysis: A Multi-Disciplinary Bibliography', in BART CUSTER et al., *Discrimination and Privacy in the Information Society*, cit., p. 122, oferecem três estratégias, não excludentes entre si, para a prevenção da discriminação: controlo da distorção no momento de treino; a modificação do processo de aprendizagem classificativa do algoritmo, através da integração de critérios antidiscriminação; um pós-tratamento do modelo classificativo, após a sua obtenção, para corrigir o critério de decisão.

[25] Vide, em geral, SANDRA PASSINHAS, "O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor Português", *Estudos de Direito do Consumidor* 15 (2019), pp. 255-311, https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_15_completo.pdf

[26] O que não é exclusivo do tratamento automatizado. Vide os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de março de 2022 (2708/20.5T8GDM.P1) e de 10 de março de 2025 (1229/23.9T8PTM.P1), no sentido de a comunicação de informação incorreta à Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal ser suscetível de ofender a honra e o bom nome da pessoa visada, porquanto pode pôr em causa a confiança que nela pode ser depositada para cumprir as suas obrigações, e o Acórdão do STJ, de 17 de janeiro de 2023 (1855/19.0T8LSB.L1.S1), todos consultados em www.dgsi.pt Com mais dificuldades, em Itália, vide, na jurisprudência da Corte di Cassazione, a Sentença de 25 de janeiro de 2017, n.º 1931, com ligeira inflexão

O legislador europeu tem procurado responder à necessidade de balizar as vantagens da eficiência decisional proporcionada pelo uso de sistemas de IA e os riscos assinalados[27]. Com particular interesse para o nosso tema, e apenas nesse âmbito, analisaremos, no próximo ponto, o Regulamento IA, que visa assegurar a segurança, confiança e compromisso ético dos sistemas de IA, numa lógica de promoção da inovação e de incentivo à adoção de IA, tendo classificado como sistemas de IA de risco elevado os concebidos ou utilizados para a classificação de crédito ou a solvabilidade das pessoas singulares, com as consequências daí decorrentes. Ainda que não totalmente aplicável, no momento em que escrevemos este texto, na medida em que estabelece uma regulamentação organizacional sistémica, trataremos dele em primeiro lugar. Seguidamente, analisaremos os remédios oferecidos pelo RGPD para, num quadro de utilização lícita de sistemas de IA para a avaliação de solvabilidade do devedor, atenuar os riscos assinalados acima[28].

na Sentença n.º 6167-2020 de 05-03-2020. Sobre o regime brasileiro para os bancos de dados e cadastros de consumo, vide BRUNO MIRAGEM, Curso de Direito do Consumidor, 9.ª ed., Editora Forense, 2024, pp. 350 e ss, e LEONARDO ROSCOE BESSA, "Bancos de Dados e Cadastros de Consumo ", em ANTONIO HERMANN BENJAMIM, CLÁUDIA LIMA MARQUES e LEONARDO ROSCOE BESSA, *Manual de Direito do Consumidor*, 8.ª ed., 2017, pp. 355 e ss.

[27] Sobre a aplicação complementar dos vários diplomas, T. RODRIGUEZ DE LAS HERRAS BALLELL, "AI in the Financial Sector. Policy Challenges and Regulatory Needs", in Z. BEDNARZ e M. ZALNIERIUTE (eds.), *ob. cit.*, p. 18. Ainda J. GOETCHEBUER 'AI and Creditworthiness Assessments: The Tale of Credit Scoring and Consumer Protection. A Story with a Happy Ending?', in J. DE BRUYNE e C. ANLEENHOVE (eds.), *Artificial Intelligence and the Law*, 2.ª ed., Intersentia, 2023, pp. 478 e ss.

[28] Chamando a atenção para o facto de o perfilamento, mais do que uma mera questão de proteção de dados, ser um problema ao nível dos efeitos daí resultantes, designadamente da discriminação possível, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pp. 370 ss. Ainda R. GELLERT et al "A Comparative Analysis of Anti-Discrimination and Data Protection Legislations", in BART CUSTERS et al (coord.), *Discrimination and Privacy in the Information Society – Data Mining and Profiling in Large Databases*, cit., pp. 61 ss.

4. A avaliação de solvabilidade à luz do Regulamento IA

O artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento IA, oferece uma definição precisa do que deve ser considerado um sistema de IA: um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, que apresenta capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que possam influenciar ambientes físicos ou virtuais. É, assumidamente, uma definição estritamente alinhada com o trabalho das organizações internacionais ativas no domínio da IA[29], a fim de assegurar a segurança jurídica, facilitar a convergência internacional e uma ampla aceitação, ao mesmo tempo que oferece flexibilidade suficiente para se adaptar a rápidas evoluções tecnológicas neste domínio.

As soluções normativas do Regulamento seguem uma abordagem *baseada no risco*, isto é, a combinação da probabilidade de ocorrência de danos com a gravidade desses danos (artigo 3.º, n.º 2), de que resultou uma estratificação em sistemas de IA de risco inaceitável, de risco elevado e de risco limitado[30].

Os sistemas de *risco limitado* geram para os prestadores responsáveis pela implantação uma mera obrigação de informação. A título exemplificativo, o n.º 1 do artigo 50.º prescreve que: "os prestadores devem assegurar que os sistemas de IA destinados a interagir diretamente com pessoas singulares sejam concebidos e desenvolvidos de maneira que as

[29] O alinhamento com o trabalho internacional é explicitamente assumido, em especial com os princípios, não vinculativos, das Orientações Éticas para uma IA de Confiança, elaboradas em 2019 pelo Grupo de Peritos de Alto Nível em IA, nomeado pela Comissão.

[30] Ficam de fora do Regulamento IA aqueles sistemas que apresentem um risco negligenciável.

pessoas singulares em causa sejam informadas de que estão a interagir com um sistema de IA, salvo se tal for óbvio do ponto de vista de uma pessoa singular razoavelmente informada, atenta e advertida, tendo em conta as circunstâncias e o contexto de utilização", e o n.º 5 do mesmo preceito determina que: "as informações a que se referem os n.ºs 1 a 4 são prestadas às pessoas singulares em causa de forma clara e percetível o mais tardar aquando da primeira interação ou exposição. As informações devem estar em conformidade com os requisitos de acessibilidade aplicáveis".

No outro extremo, são de *risco inaceitável* e, portanto, proibidos, todos os sistemas de IA considerados uma clara ameaça à segurança, aos meios de subsistência e aos direitos das pessoas. O artigo 5.º do Regulamento IA estabelece a lista de práticas proibidas, de que destacamos, para o tema que tratamos, a colocação no mercado, a colocação em serviço ou a utilização de sistemas de IA para avaliação ou classificação de pessoas singulares ou grupos de pessoas durante um certo período com base no seu comportamento social ou em características de personalidade ou pessoais, conhecidas, inferidas ou previsíveis, em que a classificação social conduza ao tratamento prejudicial ou desfavorável de certas pessoas singulares ou grupos de pessoas em contextos sociais não relacionados com os contextos nos quais os dados foram originalmente gerados ou recolhidos, ou injustificado ou desproporcionado face ao seu comportamento social ou à gravidade do mesmo (alínea c) do artigo 5.º).

Num nível intermédio, encontramos os *sistemas de risco elevado*, aqueles suscetíveis de eventualmente repercutirem, negativamente, nos direitos fundamentais, designadamente o direito à dignidade do ser humano, o respeito da vida privada e familiar, a proteção de dados pessoais, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de reunião e de

associação, o direito à não discriminação, o direito à educação, a defesa dos consumidores, os direitos dos trabalhadores, os direitos das pessoas com deficiência, a igualdade de género, os direitos de propriedade intelectual, o direito à ação e a um tribunal imparcial, o direito à defesa e a presunção de inocência, e o direito a uma boa administração.

O Anexo III, n.º 5, alínea b) aplicável por força do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento IA, classifica como de risco elevado os sistemas de IA concebidos para serem utilizados para avaliar a *capacidade de solvabilidade de pessoas singulares ou estabelecer a sua classificação de crédito* (exceto os utilizados para efeitos de deteção de fraude financeira). Como se lê no Considerando 58, "os sistemas de IA utilizados para avaliar a classificação de crédito ou a solvabilidade de pessoas singulares deverão ser classificados como sistemas de IA de risco elevado, uma vez que determinam o acesso dessas pessoas a recursos financeiros ou a serviços essenciais, como o alojamento, a eletricidade e os serviços de telecomunicações". Considera-se, ainda, que os sistemas de IA utilizados para essas finalidades podem conduzir à discriminação entre pessoas ou grupos e, assim, por um lado, perpetuar padrões históricos de discriminação, como em razão da origem étnica ou racial, do género, da deficiência, da idade ou da orientação sexual, ou, por outro lado, criar novas formas de impacto discriminatório.

Os sistemas de IA de risco elevado só deverão ser colocados no mercado da União, colocados em serviço ou utilizados se cumprirem determinados *requisitos obrigatórios*, que visam assegurar que os sistemas de IA de risco elevado não representem riscos inaceitáveis. Destes requisitos destacamos: a sujeição a sistemas adequados de avaliação e atenuação dos riscos (artigo 9.º); uma elevada qualidade dos conjuntos de dados que alimentam o sistema para minimizar os riscos

e os resultados discriminatórios (artigo 10.º); o registo da atividade para assegurar a rastreabilidade dos resultados (artigo 12.º); a elaboração de documentação pormenorizada que forneça todas as informações necessárias sobre o sistema e a sua finalidade para que as autoridades possam avaliar a sua conformidade (artigo 11.º); a disponibilização de informações claras e adequadas ao responsável pela implantação (artigo 13.º); medidas de supervisão humana adequadas para minimizar os riscos (artigo 14.º); e a oferta de um elevado nível de robustez, segurança e exatidão (artigo 15.º).

O artigo 26.º do Regulamento IA elenca as obrigações dos responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado, isto é, a pessoa singular ou coletiva, autoridade pública, agência ou outro organismo que utilize um sistema de IA sob a sua própria autoridade[31]. Devem, em primeiro lugar, tomar medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir que utilizam esses sistemas, e controlam a sua utilização, de acordo com as instruções que os acompanham, e devem atribuir a supervisão humana a pessoas singulares que possuam as competências, a formação e a autoridade necessárias, bem como fornecer-lhes todo o apoio necessário. Estas obrigações não excluem outras obrigações do responsável pela implantação, previstas no direito da União ou no direito nacional, e também não prejudicam a liberdade do responsável pela implantação para organizar os seus próprios recursos e atividades para efeitos de aplicação das medidas de supervisão humana indicadas pelo prestador. Na medida em que o responsável pela implantação exercer controlo sobre os dados de entrada, deve assegurar que aqueles sejam pertinentes e suficientemente representativos tendo em vista a finalidade prevista do sistema de IA de risco elevado.

[31] Salvo se o sistema de IA for utilizado no âmbito de uma atividade pessoal de caráter não profissional (cfr. artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento IA).

Para os responsáveis pela implantação que sejam instituições financeiras sujeitas a requisitos em matéria de governação, mecanismos ou processos internos nos termos do direito da União no domínio dos serviços financeiros, considera-se que esta obrigação de controlo é satisfeita mediante o cumprimento dessas regras.

Os responsáveis pela implantação estão, ainda, sujeitos a vários deveres de informação: informam os prestadores, em conformidade com o artigo 72.º, para o acompanhamento pós-comercialização do sistema; se tiverem motivos para considerar que a utilização do sistema de IA de risco elevado de acordo com as instruções pode conduzir a que aquele represente um risco na aceção do artigo 79.º, n.º 1, devem informar, sem demora injustificada, o prestador ou distribuidor e a autoridade de fiscalização do mercado competente e suspender a utilização do sistema; sempre que identifiquem um incidente grave, devem também informar imediatamente desse incidente, em primeiro lugar, o prestador e, em seguida, o importador ou distribuidor e as autoridades de fiscalização do mercado competentes.

Cabe-lhes ainda manter os registos gerados automaticamente pelo sistema de IA de risco elevado, desde que esses registos estejam sob o seu controlo, por um período adequado à finalidade prevista do sistema de IA, de pelo menos seis meses, salvo disposição em contrário no direito da União ou no direito nacional aplicável, em especial no direito da União em matéria de proteção de dados pessoais. Os responsáveis pela implantação que sejam instituições financeiras devem manter os registos como parte da documentação conservada nos termos do direito da União aplicável.

Na perspetiva do consumidor, são particularmente relevantes para o nosso tema os artigos 26.º e 86.º do Regulamento IA, que estabelecem um dever de informação e um dever de explicação *sobre as decisões individuais*, respetivamente.

O artigo 26.º, n.º 11, estabelece que os responsáveis pela implantação de sistemas de IA de risco elevado, que tomam decisões ou ajudam a tomar decisões relacionadas com pessoas singulares, devem *informar as pessoas singulares de que estão sujeitas à utilização do sistema de IA de risco elevado*. Por seu lado, o artigo 86.º estabelece, no seu n.º 1, que qualquer pessoa afetada sujeita a uma decisão tomada pelo responsável pela implantação com base nos resultados de um sistema de IA de risco elevado enumerado no anexo III[32], e que produza efeitos jurídicos ou analogamente afete num grau significativo essa pessoa, de forma que considere ter repercussões negativas na sua saúde, segurança ou direitos fundamentais, tem o direito de obter do responsável pela implantação *explicações claras e pertinentes sobre o papel do sistema de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada*. Essas explicações deverão ser claras e pertinentes e constituir uma base sobre a qual as pessoas afetadas possam exercer os seus direitos.

Os artigos 26.º e 86.º, que estabelecem o direito à informação e o direito à obtenção de explicações, às pessoas singulares, são preceitos subsidiários, que não deverão aplicar-se à utilização de sistemas de IA para os quais decorram do direito da União ou do direito nacional exceções ou restrições e deverão aplicar-se apenas na medida em que os direitos em causa não estejam já previstos no direito da União. São preceitos que, nessa medida, complementam[33],

[32] Com exceção dos sistemas enumerados no ponto 2 desse anexo [infraestruturas críticas: sistemas de IA concebidos para serem utilizados como componentes de segurança na gestão e no controlo de infraestruturas digitais críticas, do trânsito rodoviário ou das redes de abastecimento de água, gás, aquecimento ou eletricidade]

[33] Considerando 171. Na doutrina, A Cuypers, M. Nisevic e J. de Bruyne, "Explainable AI: Can the AI Act and the GDPR go out for a date?", 2024 *International Joint Conference on Neural Networks* (IJCNN), p. 5.

pois, a tutela já anteriormente consagrada no RGPD, e que veremos de seguida.

5. A PROTEÇÃO CONTRA A DEFINIÇÃO DE PERFIS À LUZ DO RGPD

A *definição de perfis* é definida pelo artigo 4.º, n.º 4, do RGPD, como qualquer forma de *tratamento automatizado* de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

À luz do RGPD, perante uma definição de perfis, e verificados determinados requisitos, o titular dos dados tem direito a não ficar sujeito a nenhuma *decisão* tomada exclusivamente com base naquele tratamento automatizado, bem como direitos de informação e de acesso reforçados[34].

O artigo 22.º prescreve, logo no seu n.º 1, que o titular dos dados tem o direito de *não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado*, incluindo a definição de perfis, *que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar*. Só assim não será, nos termos do n.º 2, nos casos em que a decisão: seja autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados (alínea b)); seja necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento (alínea a)); seja baseada no consentimento explícito do titular dos

[34] Vide, mais desenvolvidamente, com indicação bibliográfica, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pp. 365 e ss.

dados (alínea c))[35]. Nas situações a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento deve aplicar medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão[36] (cfr. artigo 22.º, nº 3).

O RGPD consagra, ainda, direitos de informação reforçados para o titular dos dados, designadamente o *direito a ser informado* sobre a existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, e a receber *informações úteis relativas à lógica subjacente* ao tratamento automatizado, *bem como a importância e as consequências previstas desse tratamento para o titular dos dados* (cfr. artigo 13, n.º 2, alínea f), para as informações a facultar quando os dados pessoais são recolhidos junto do titular, e o artigo 14, n.º 2, alínea g), para as informações a facultar quando os dados pessoais não sejam recolhidos junto do titular)[37].

[35] As decisões a que se refere o n.º 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9.º, n.º 1 (dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa), a não ser que o n.º 2, alínea a) (consentimento) ou g), do mesmo artigo (interesse público) sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

[36] Para uma visão mais geral, D. KAMARINOU, C. MILLARD, C., J. SINGH, "Machine Learning with Personal Data", e R. Taylor 'No Privacy Without Transparency', ambos em R. LEENS. et al., *Data Protection and Privacy – The Age of Intelligent Machines*. Hart: 2017, p. 61 e 89 e ss, respetivamente; MARIA LILLÀ MONTAGNANI e CAROLINA PAULESU, "Towards an Ecosystem for Consumer Protection in the Context of AI-based Credit Scoring", *European Business Law Review* 33, no. 4 (2022): 557-580; DIOGO MORGADO REBELO, *ob. cit.*, pp. 265 e ss.

[37] M. BRKAN e G. BONNET, "Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: Of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas", 11 *Eur. J. Risk Reg*. 18 e ss.

Por último, o artigo 15, n.º 1, alínea h), estabelece que o titular dos dados tem o direito *de aceder* aos seus dados pessoais e à informação sobre a existência de decisões automatizadas e, nesses casos, a informações úteis relativas à lógica subjacente ao tratamento dos dados, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados.

A extensão da proteção conferida por estes preceitos foi analisada em jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, através dos Acórdãos SCHUFA[38] e Dun & Bradstreet (D&M)[39]. No Acórdão SCHUFA, o TJUE esclareceu que a determinação de um valor de probabilidade, estabelecido por uma sociedade que fornece informações comerciais e, posteriormente, comunicado a um banco, aí desempenhando um papel determinante na concessão de um crédito, deve ser qualificada, em si mesma, como uma *decisão* que produz, em relação ao titular dos dados, efeitos na sua esfera jurídica ou que o afeta significativamente de forma similar, na aceção do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD.

No Acórdão D&M, o Tribunal esclareceu que no caso de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, o titular dos dados pode exigir do responsável pelo tratamento, a título de *informações úteis relativas à lógica subjacente* desse tratamento, que este lhe explique, através de informações pertinentes e de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, o procedimento e os princípios concretamente aplicados para explorar, por via automatizada, os dados pessoais relativos a essa pessoa com vista a obter um determinado resultado, como um perfil de solvência. Decidiu ainda que, na hipótese de o responsável pelo tratamento

[38] Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de dezembro de 2023, SHUFA Holding (Scoring), Caso C-634/21 (ECLI:EU:C:2023:957).

[39] Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de março de 2025, Dun & Bradstreet Austria, C-203/22 (ECLI:EU:C:2025:117).

considerar que as informações a prestar ao titular dos dados contêm dados de terceiros protegidos pelo RGPD ou relativos a segredo comercial[40], cabe ao órgão jurisdicional *ponderar, com pleno conhecimento de causa e no respeito pelo princípio da proporcionalidade, os interesses em presença.*

A importância desta jurisprudência requer e justifica que a analisemos mais detalhadamente.

a) O CASO SCHUFA

A SCHUFA é uma sociedade privada que fornece aos seus parceiros contratuais informações sobre a solvabilidade de terceiros, nomeadamente de consumidores, estabelecendo, com base em procedimentos matemáticos e estatísticos, um prognóstico sobre a probabilidade de um comportamento futuro de uma pessoa ("*score*"), como o reembolso de um empréstimo, a partir de certas características dessa pessoa[41].

Na origem do processo junto do tribunal nacional esteve a recusa de uma instituição financeira a conceder um empréstimo a uma particular (OQ), após a SCHUFA ter apurado e transmitido informações negativas a seu respeito. Confrontada com a recusa do empréstimo, OQ pediu à SCHUFA que a informasse sobre os seus dados pessoais registados e que apagasse os

[40] Na aceção do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, JO L 157 de 15.6.2016, pp. 1–18.

[41] Para uma compreensão do sistema SCHUFA, vide A. SATTLER, 'From Personality to Property', in M. BAKHOUM et al, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law – Towards a Holistic Approach?* Springer; 2018, p. 38 e ss. Para a compreensão dos efeitos do Acórdão, Paal/Schulz, "Art. 22 DS-GVO und KI-VO: Zum Recht der automatisierten Entscheidungsfindungen im Lichte des EuGHSCHUFA- Urteils", *ZfDR* 2025, pp. 89 ss; M. BECKHUSEN, "Das Scoring-Verfahren der SCHUFA - Wirkungsbereich des Datenschutzrechts", *BKR* 2005, pp. 335 ss, e J. TAEGER, "Externes Scoring als „automatisierte Entscheidung im Einzelfall" über eine Kreditgewährung", *BKR* 2024, pp. 41 ss.

pretensamente errados, mas, em resposta, a SCHUFA apenas a informou do nível do seu *score* e expôs, em linhas gerais, as modalidades de cálculo. Invocando o segredo comercial, a SCHUFA recusou-se a divulgar as informações consideradas para o cálculo a que procedeu, bem como a respetiva ponderação. Alegou, ainda, que se limitava a enviar informações aos seus parceiros contratuais e que as decisões contratuais propriamente ditas eram tomadas por estes últimos, no caso concreto a instituição financeira que recusou o empréstimo. A sua atividade constituía, pois, um mero ato preparatório, não uma decisão final subsumível no artigo 22.º e, consequentemente, não estava obrigada aos deveres de informação e de acesso reforçados previstos nos artigos 13.º, 14.º e 15.º do RGPD.

O órgão jurisdicional nacional, o *Verwaltungsgericht Wiesbaden* (Tribunal Administrativo de Wiesbaden), decidiu suspender a instância e perguntar ao Tribunal de Justiça se à luz do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, a determinação de um valor de probabilidade, baseado em dados pessoais relativos a uma pessoa sobre a capacidade desta para cumprir as suas obrigações de pagamento no futuro constitui uma decisão individual automatizada, quando o estabelecimento, a execução ou a cessação de uma relação contratual com essa pessoa, pelo terceiro ao qual o referido valor de probabilidade é comunicado, dependa, de *maneira determinante*, desse valor de probabilidade.

Na sua resposta, o TJUE, relembrando que a interpretação de uma disposição do direito da União exige que se tenham em conta não só o seu teor literal mas também o contexto em que se insere, bem como os objetivos e a finalidade que prossegue o ato de que faz parte, começou por distinguir os três requisitos cumulativos para a aplicabilidade daquela disposição - (i) uma decisão, (ii) tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de

perfis, (iii) que deva produzir efeitos jurídicos na esfera jurídica do titular dos dados ou afetá-lo significativamente de forma similar-, que tratou separadamente.

No que respeita ao primeiro requisito, relativo à existência de uma *decisão*, o TJUE começou por sublinhar que o RGPD não oferece um conceito de decisão. No entanto, resulta da letra do artigo 22.º, n.º 1, uma remissão não só para atos que produzem efeitos jurídicos na esfera jurídica do titular dos dados, mas também para atos que o afetam significativamente de forma similar. Este amplo alcance é confirmado pelo considerando 71 do Regulamento, que refere, a título de exemplo, a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem intervenção humana. Neste contexto, decidiu, pois, o Tribunal, que o conceito de decisão é suscetível de incluir vários atos que possam afetar o titular dos dados de múltiplas maneiras, sendo, portanto, *suficientemente amplo para incluir o resultado do cálculo da solvabilidade de uma pessoa* sob a forma de um valor de probabilidade relativo à capacidade dessa pessoa para cumprir as suas obrigações de pagamento no futuro.

No que respeita, em segundo lugar, ao requisito de que a decisão, na aceção do artigo 22.º, n.º 1, deva ser *tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado*, incluindo a definição de perfis, como já havia sublinhado o advogado-geral Priit Pikamäe no n.º 33 das suas conclusões, o Tribunal considerou isento de controvérsia que uma atividade como a da SCHUFA corresponde ao conceito de "definição de perfis" que figura no artigo 4.º, n.º 4, do RGPD e, portanto, que este requisito estava preenchido no caso *sub judice*.

Quanto ao terceiro requisito, de que a decisão deva produzir efeitos na esfera jurídica do titular dos dados ou afetálo significativamente de forma similar, resultava do próprio teor da primeira questão prejudicial colocada ao Tribunal que a

ação do terceiro ao qual o valor de probabilidade é transmitido se baseia *essencialmente* nesse valor, isto é, no caso de um pedido de empréstimo submetido por um consumidor a um banco, um valor de probabilidade insuficiente implicava, em quase todos os casos, a recusa deste último em conceder o empréstimo solicitado.

Concluiu, pois, o TJUE que, nas circunstâncias em que o valor de probabilidade, estabelecido por uma sociedade que fornece informações comerciais e comunicado a um banco, desempenha um *papel determinante na concessão de um crédito*, a determinação desse valor deve ser qualificada, em si mesma, como uma *decisão* que produz, em relação ao titular dos dados, efeitos na sua esfera jurídica ou que o afeta significativamente de forma similar, na aceção do artigo 22.º, n.º 1, do RGPD.

O TJUE corroborou esta interpretação pelo *contexto* em que se insere o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, bem como pelos objetivos e pela finalidade que este Regulamento prossegue.

Em primeiro lugar, e como havia observado o Advogado-Geral Priit Pikamäe, o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, ao conferir ao titular dos dados o "direito" de não ser objeto de uma decisão tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, estabelece uma *proibição de princípio*. Como decorre de uma leitura conjugada do artigo 22.º, n.º 2, do RGPD, e do considerando 71, a adoção de uma decisão com base exclusivamente num tratamento automatizado só é autorizada nos casos previstos no artigo 22.º, n.º 2, como vimos, se essa decisão for autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito (alínea b)), for necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento (alínea

a), ou se for baseada no consentimento explícito do titular dos dados (alínea c)).

Em segundo lugar, o TJUE relembrou que os requisitos, mais exigentes, quanto à licitude de uma tomada de decisão automatizada, bem como às obrigações de informação adicionais do responsável pelo tratamento e aos correspondentes direitos de acesso adicionais do titular dos dados, explicam-se pela finalidade que o artigo 22.º do RGPD prossegue, que consiste em *proteger as pessoas contra os riscos específicos para os seus direitos e liberdades decorrentes do tratamento automatizado de dados pessoais, incluindo a definição de perfis* (sublinhado nosso). Com efeito, esse tratamento implica, como resulta do considerando 71 do RGPD, a avaliação de aspetos pessoais relativos à pessoa singular afetada por esse tratamento, especialmente a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações dessa pessoa. Estes riscos específicos são, segundo este considerando, suscetíveis de lesar os legítimos interesses e os direitos do titular dos dados, nomeadamente tendo em conta os potenciais efeitos discriminatórios contra pessoas singulares em razão da sua origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, filiação sindical, estado genético ou de saúde ou orientação sexual. Por conseguinte, importa, ainda segundo o referido considerando, *prever garantias adequadas e assegurar um tratamento equitativo e transparente no que diz respeito ao titular dos dados*, nomeadamente através da *utilização de procedimentos matemáticos ou estatísticos adequados à definição de perfis e da aplicação de medidas técnicas e organizativas que garantam que o risco de erros é minimizado* (sublinhado nosso).

Por último, sublinhou-se que o alcance amplo do conceito de decisão adotado pelo Tribunal reforça a proteção efetiva visada pelo artigo 22.º do RGPD. De facto, uma interpretação restritiva desta disposição, em que a determinação do valor de probabilidade (no caso, pela SCHUFA) devesse ser considerada um simples ato preparatório e só o ato adotado pelo terceiro pudesse, sendo caso disso, ser qualificado de decisão, eludiria os requisitos específicos previstos no artigo 22.º, n.ºs 2 a 4, do RGPD, apesar de este procedimento assentar num tratamento automatizado e produzir efeitos que afetam significativamente o titular dos dados, uma vez que a ação da instituição financeira se baseia de maneira determinante nesse valor. Além disso, como salientou o advogado-geral Priit Pikamäe no n.º 48 das suas conclusões, o titular dos dados não poderia fazer valer, junto da sociedade que fornece informações comerciais e que determina o valor de probabilidade que lhe diz respeito, o seu direito de acesso às informações específicas a que se refere o artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD. Ainda que se admitisse que o ato adotado pela instituição financeira estivesse, por sua vez, abrangido pelo artigo 22.º, n.º 1, aquela não poderia fornecer essas informações específicas, uma vez que geralmente não dispõe delas.

Ao estabelecer que o artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, deve ser interpretado no sentido de que a determinação automatizada, por uma sociedade que fornece informações comerciais, de um valor de probabilidade baseado em dados pessoais relativos a uma pessoa sobre a capacidade desta para cumprir as suas obrigações de pagamento no futuro constitui uma decisão individual automatizada, quando o estabelecimento, a execução ou a cessação de uma relação contratual pelo terceiro, ao qual o referido valor de probabilidade é comunicado, depende de maneira determinante desse valor de probabilidade, o Tribunal delimitou um elemento essen-

cial na avaliação de solvabilidade e, dessa forma, reforçou a posição dos consumidores. O facto de a determinação de um valor de probabilidade estar abrangida pelo artigo 22.º, n.º 1, do RGPD, tem como consequência a sua proibição, a menos que seja aplicável uma das exceções que figuram no artigo 22.º, n.º 2, e sejam respeitados os requisitos específicos previstos no artigo 22.º, n.ºs 3 e 4. No que respeita, mais especificamente, ao artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do RGPD, impõe-se ao direito nacional que autorize a adoção de uma decisão individual automatizada a previsão de medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados. À luz do considerando 71 do RGPD, tais medidas devem incluir, concretamente, a obrigação de o responsável pelo tratamento utilizar procedimentos matemáticos ou estatísticos adequados, aplicar medidas técnicas e organizativas que garantam que o risco de erros seja minimizado e os erros sejam corrigidos, bem como proteger os dados pessoais para que sejam tidos em conta os potenciais riscos para os interesses e direitos do titular dos dados e a fim de prevenir, por exemplo, efeitos discriminatórios contra o mesmo. Estas medidas incluem, relembremos, pelo menos, o direito do titular dos dados de obter uma intervenção humana da parte do responsável pelo tratamento, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão tomada a seu respeito[42].

[42] A ponderação dos direitos e interesses em causa deve ser feita casuisticamente. Como se lê no Acórdão, qualquer tratamento de dados pessoais deve, por um lado, ser conforme com os princípios relativos ao tratamento de dados estabelecidos no artigo 5.º do RGPD e, por outro, à luz, especialmente, do princípio da licitude do tratamento, previsto no n.º 1, alínea a), deste artigo, cumprir um dos requisitos de licitude do tratamento enumerados no artigo 6.º.

b) O caso D&B

Uma operadora de telecomunicações móveis recusou a CK a celebração ou a prorrogação de um contrato, que implicava o pagamento mensal do montante de dez euros, com o fundamento de que, segundo uma avaliação automatizada de crédito, a que a D&B procedeu, aquela não dispunha de solvência financeira suficiente. CK recorreu à autoridade austríaca para a proteção de dados, que ordenou à D&B que prestasse a CK informações úteis relativas à lógica subjacente àquela decisão automatizada. A D&B recorreu da decisão dessa autoridade para o *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal, Áustria), alegando que, por razões de segredo comercial protegido, não tinha de prestar a CK informações adicionais àquelas que já lhe tinham sido prestadas.

Por Decisão de 23 de outubro de 2019, o tribunal austríaco declarou que a D&B tinha violado o artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD (que, perante a existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, confere ao titular dos dados o direito a receber informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados), ao não prestar a CK informações úteis relativas à lógica subjacente à decisão automatizada sobre os seus dados pessoais ou, pelo menos, ao não fundamentar suficientemente a alegada impossibilidade em que se encontrava de prestar essas informações. O Tribunal salientou, designadamente, que a D&B, ao comunicar que, para obter esse *score*, tinham sido "agregados de forma equivalente" certos dados sociodemográficos de CK, não lhe deu explicações suficientes que lhe permitissem compreender de que modo tinha sido feito, a seu respeito, o prognóstico sobre a probabilidade do seu comportamento futuro ("*score*").

Prosseguindo o processo, com várias vicissitudes, o tribunal austríaco suspendeu a instância e fez ao TJUE várias questões prejudiciais.

Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou qual o âmbito do direito do titular a exigir, do responsável pelo tratamento, as informações úteis relativas à lógica subjacente ao tratamento dos dados, ao abrigo do artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD. A esta pergunta o TJUE respondeu que aquele preceito deve ser interpretado no sentido de que o titular dos dados pode exigir do responsável pelo tratamento que este lhe explique, através de informações pertinentes e de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, o procedimento e os princípios concretamente aplicados para explorar, por via automatizada, os dados pessoais relativos a essa pessoa com vista a obter um determinado resultado, como um perfil de solvência.

Para chegar a esta interpretação, Tribunal teve, igualmente em conta, não só o conteúdo literal do preceito, mas também o contexto e os objetivos do RGPD.

No que respeita, em primeiro lugar, à *redação do artigo 15.º, n.º 1*, alínea h), do RGPD, o TJUE começou por salientar que, por um lado, as aceções do conceito de "informações úteis" divergem nas diferentes versões linguísticas, uma vez que algumas privilegiam, à semelhança da versão em língua francesa, a funcionalidade ("*nuttige*" em língua neerlandesa, "úteis" em língua portuguesa) ou a pertinência ("*pertinente*" em língua romena) das informações a fornecer, ao passo que outras insistem mais na sua importância ("*significativa*" em língua espanhola e "*istotne*" em língua polaca). Por último, tanto na versão em língua alemã como na versão em língua inglesa, o termo escolhido (respetivamente, "*aussagekräftig*" e "*meaningful*") pode ser entendido tanto no sentido de que faz referência à boa inteligibilidade das referidas informações

como no sentido de que se reporta a uma determinada qualidade destas. A diversidade de aceções adotadas pelas diferentes versões linguísticas, segundo o TJUE, deve ser entendida no sentido de uma *complementaridade dos significados expostos*, que importa ter em conta para a interpretação do conceito de informações úteis relativas à lógica subjacente ao tratamento. Por outro lado, face à sua formulação geral, a referência, nesta disposição, à *lógica subjacente* às decisões automatizadas, que constitui o objeto das referidas informações úteis, é suscetível de abranger uma vasta panóplia de lógicas de exploração de dados pessoais e de outros dados para obter, por via automatizada, um determinado resultado. Esta interpretação é corroborada por certas versões linguísticas que utilizam termos que visam, de forma complementar, diferentes aspetos da aceção comum do conceito de lógica (por exemplo, nas versões em língua checa e polaca, é feita referência, respetivamente, aos termos "*postupu*" e a "*zasady*", que podem ser traduzidos por "processo" e "princípios"). Estas considerações permitem ao TJUE considerar que a redação do artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD visa *qualquer informação pertinente relativa ao procedimento e aos princípios da exploração,* por via automatizada, de dados pessoais com o intuito de obter deles um determinado resultado.

No que respeita, em seguida, ao *contexto* em que se insere o conceito de "informações úteis relativas à lógica subjacente", o TJUE sublinhou, em primeiro lugar, que essas informações são apenas uma parte das informações visadas pelo direito de acesso previsto naquele artigo, uma vez que este também se refere às *informações relativas à importância e às consequências previstas do tratamento em causa para o titular dos dados*. O Tribunal considerou que, ainda que estas últimas informações — que para serem úteis e compreensíveis, devem ser acompanhadas de

"exemplos reais e tangíveis"[43] — não tivessem sido objeto das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, deveriam ser tidas em conta enquanto elemento contextual do conceito de "informações úteis relativas à lógica subjacente".

Em segundo lugar, o TJUE relembrou que o conceito de "informações úteis relativas à lógica subjacente" figura igualmente no artigo 13.º, n.º 2, alínea f), e no artigo 14.º, n.º 2, alínea g), do RGPD, e que já havia declarado que, no caso de decisões automatizadas, o direito de acesso a essas informações, consagrado no seu artigo 15.º, n.º 1, alínea h), se inclui no mesmo conjunto dos deveres de informação adicionais que se impõem ao responsável pelo tratamento por força daqueles preceitos.

Em terceiro lugar, como havia exposto, o Advogado-geral Jean Richard de la Tour nos n.ºs 58 a 60 das conclusões, o TJUE teve em conta, no âmbito da interpretação *contextual* dos direitos de acesso previstos em caso de decisões automatizadas, jurisprudência anterior relativa aos requisitos que o responsável pelo tratamento deve respeitar por força do artigo 15.º, n.º 3, do RGPD, designadamente, o facto de o requisito de transparência das informações comunicadas, previsto no artigo 12.º, n.º 1, do RGPD, se aplicar a todos os dados e informações referidos no artigo 15.º, incluindo os relacionados com as decisões automatizadas. Para assegurar que o titular dos dados tem a plena compreensão das informações que lhe são fornecidas pelo responsável pelo tratamento, o artigo 12.º, n.º 1, obriga este último a tomar as medidas adequadas, nomeadamente, para fornecer ao seu titular esses dados e

[43] Vide as Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, adotadas em 3 de outubro de 2017 pelo grupo de trabalho instituído ao abrigo do artigo 29.º da Diretiva 95/46, com a última redação revista e adotada em 6 de fevereiro de 2018.

informações de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples[44].

Por último, no que respeita às *finalidades* do RGPD, o Tribunal recordou que o objetivo deste regulamento consiste, nomeadamente, em garantir um elevado nível de proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, em particular do seu direito à proteção dos dados pessoais, consagrado no artigo 16.º TFUE e garantido, enquanto direito fundamental, pelo artigo 8.º da CDFUE, que completa o direito à vida privada garantido pelo artigo 7.º da mesma. Por outro lado, como esclarece o seu considerando 11, o RGPD tem por finalidade o reforço e a especificação dos direitos dos titulares dos dados. Quanto ao direito de acesso previsto no artigo 15.º do RGPD, este direito deve permitir ao titular dos dados verificar que os dados pessoais que lhe dizem respeito são exatos e que são tratados de forma lícita. Esse direito de acesso é necessário para que o titular dos dados exerça, se for caso disso, o seu direito à retificação, o seu direito ao apagamento dos dados ("direito a ser esquecido") e o seu direito à limitação do tratamento, que lhe são reconhecidos, respetivamente, pelos artigos 16.º, 17.º e 18.º do RGDP, o seu direito de oposição ao tratamento dos seus dados pessoais, previsto no artigo 21.º do RGPD, assim como o seu direito de recurso e o direito à reparação, previstos, respetivamente, nos artigos 79.º e 82.º do RGPD.

Em especial, no contexto específico da adoção de uma decisão que se baseia exclusivamente num tratamento automatizado, a finalidade principal do direito de o titular dos dados obter as informações previstas no artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD, consiste em lhe permitir exercer de forma eficaz os direitos que lhe são reconhecidos pelo artigo 22.º, n.º 3, a

[44] Convocando a jurisprudência do Acórdão de 4 de maio de 2023, Österreichische Datenschutzbehörde e CRIF, C487/21, EU:C:2023:369, n.º 38.

saber, os de *manifestar o seu ponto de vista* sobre essa decisão e de a *contestar*. Com efeito, na ponderação do Acórdão, se as pessoas afetadas por uma decisão automatizada, incluindo a definição de perfis, não estivessem em condições de compreender as razões que conduziram a essa decisão antes de exprimirem o seu ponto de vista ou de a contestarem, esses direitos não poderiam, por esse facto, cumprir plenamente a sua finalidade de as proteger contra os riscos específicos para os seus direitos e liberdades decorrentes do tratamento automatizado dos seus dados pessoais. Como havia salientado o advogado-geral Jean Richard de la Tour no n.º 67 das conclusões, o TJUE considerou que o artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD, oferece ao titular dos dados um verdadeiro *direito à explicação* sobre o funcionamento do mecanismo subjacente à decisão automatizada de que essa pessoa foi objeto e sobre o resultado a que essa decisão conduziu, ou, dito de outro modo, o direito de obter informações úteis relativas à lógica subjacente a decisões automatizadas, deve ser entendido como um *direito à explicação* sobre o procedimento e os princípios concretamente aplicados para explorar, por via automatizada, os dados pessoais do titular dos dados com vista a obter um determinado resultado, como um perfil de solvência.

Para permitir ao titular dos dados exercer eficazmente os direitos que lhe são reconhecidos pelo RGPD e, em especial, o seu artigo 22.º, n.º 3, essa explicação deve ser fornecida através de informações pertinentes e de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso. Não cumpre estes requisitos a simples comunicação de uma fórmula matemática complexa, como um algoritmo, nem a descrição detalhada de todas as etapas das decisões automatizadas, uma vez que nenhuma dessas modalidades constitui uma explicação suficientemente concisa e inteligível. Com efeito, como resulta

das Orientações da Autoridade Bancária Europeia, de 29 de maio de 2020, o responsável pelo tratamento deverá encontrar formas simples de comunicar ao titular dos dados os motivos da decisão automatizada ou os critérios aplicados para a tomada da decisão. Por outro lado, o RGPD obriga a que o referido responsável forneça informações úteis relativas à lógica subjacente a essa decisão, "e não necessariamente uma explicação complexa sobre os algoritmos utilizados ou a divulgação do algoritmo na íntegra". Assim, as "informações úteis relativas à lógica subjacente" às decisões automatizadas, devem descrever o procedimento e os princípios concretamente aplicados, de tal modo que o titular dos dados *possa compreender quais dos seus dados pessoais foram utilizados e de que forma no momento da decisão automatizada em causa, sem que a complexidade das operações a realizar no âmbito de uma decisão automatizada possa exonerar o responsável pelo tratamento do seu dever de explicação*. No que respeita especificamente a uma definição de perfis como a que estava em causa no processo principal, o TJUE considerou que o órgão jurisdicional de reenvio poderia, nomeadamente, considerar suficientemente transparente e inteligível o facto de informar o titular dos dados de como uma variação ao nível dos dados pessoais tidos em conta teria conduzido a um resultado diferente[45].

Um segundo leque de questões feito ao TJUE prendia indagar como o artigo 15.º, n.º 1, alínea h), do RGPD, deve ser interpretado na hipótese de o responsável pelo tratamento considerar que as informações a prestar ao titular dos dados contêm dados de terceiros protegidos por este regulamento ou relativos a segredo comercial, na aceção da Diretiva (UE) 2016/943. O Tribunal relembrou que, segundo jurisprudência

[45] A D&B está, igualmente, obrigada a explicar de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso o procedimento e os princípios em aplicação dos quais o resultado da definição de perfis "real" foi obtido.

anterior, um órgão jurisdicional nacional pode considerar que os dados pessoais das partes ou de terceiros lhe devem ser apresentados a fim de poder *ponderar, com pleno conhecimento de causa e no respeito pelo princípio da proporcionalidade, os interesses em presença*. Esta apreciação pode, se for caso disso, levá-lo a autorizar a divulgação completa ou parcial à parte contrária dos dados pessoais que lhe foram comunicados, se considerar que essa divulgação não vai além do necessário para garantir o gozo efetivo dos direitos que os particulares retiram do artigo 47.º da Carta, o que se traduz numa determinação casuística do alcance do direito de acesso do titular dos dados aos dados pessoais que lhe digam respeito.

6. Conclusão

Os desafios colocados pelo uso de sistemas de inteligência artificial para a avaliação da solvabilidade do consumidor, especialmente ao nível dos direitos fundamentais, são de ordem vária e têm sido objeto de atenção pelo legislador europeu. Os efeitos nefastos deste instrumento foram mitigados, em primeiro lugar, pelo RGPD, que enfrentou a questão da definição automatizada de perfis com um direito do consumidor a não estar sujeito a decisões automatizadas que o afetem na sua esfera jurídica (com as exceções previstas na lei) e um reforço nos direitos de informação e de acesso ao titular dos dados. Posteriormente, o Regulamento IA desenvolveu uma abordagem organizacional aos sistemas de IA de risco elevado, onde incluiu os sistemas de avaliação de solvabilidade. A utilização destes sistemas está sujeita a um vasto leque de requisitos e gera obrigações específicas para o responsável pela implantação. Do lado dos consumidores, reforçou-se, perante decisões individuais, o direito à informação e à explicação da lógica subjacente ao sistema de IA.

É inegável, pois, que ambos os diplomas se constituem como garantes de uma utilização mais segura e fiável de sistemas de IA na relação com os consumidores.

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS – BREVES NOTAS

Fernanda Almeida[*]

Sumário

I-Introdução. II-O art. 437.º do Código Civil no tempo e no espaço. II. 1. A autonomia privada e alteração das circunstâncias. 2. O direito comparado.2.1. França.2.2. Itália.2.3. Inglaterra.2.4. Alemanha.2.5. Brasil. 3. Em Portugal. 3.1. O Código de Seabra e o Anteprojeto. 3.2. O regime dos atuais 437.º a 439.º. 3.2.1. A formulação do normativo. 3.2.2. Os requisitos de aplicação. 3.2.3. Contratos a que se aplica o regime: a) Contratos com dilação temporal entre a sua celebração e a prestação a que se vinculou o devedor; b) Contratos bilaterais, unilaterais e bilaterais imperfeitos; c) Contratos aleatórios. 3.2.4. Os meios de reação. 4. Interpretação conforme à Constituição. III. Aplicação jurisprudencial do instituto. 1. Jurisprudência pós-revolução. 1.1. Tribunal Constitucional. 1.2. Tribunais comuns.

I – Introdução

A Revolução que teve lugar no nosso país, a 25 de abril de 1974, pôs fim a um regime ditatorial e instaurou a demo-

* Juiza Desembargadora no Tribunal da Relação de Coimbra.

cracia, provocando significativas mudanças sociais, económicas, políticas e legislativas.

Do ponto de vista legislativo, a maior e mais profunda alteração foi trazida pela Constituição da República Portuguesa, de 1976, com reflexos também no campo do direito privado, o que ocorreu não apenas na modificação das conceções e ideário ético-constitucional que determinou, desde logo, a revisão de normativos importantes como os que dizem respeito, por ex., à filiação e ao papel da mulher na sociedade e na vida familiar, mas também na concretização prático-judiciária de institutos e preceitos que provinham do Código Civil (CC) de 1966[1].

A refração da Constituição na legislação jus-privatística e na aplicação casuística desta decorreu, em grande parte, da consagração de um extenso capítulo de direitos fundamentais, entre os quais, o direito à liberdade, mas também dos direitos económicos sociais e culturais, dos quais destacamos o direito de propriedade (art. 62.º)[2].

A Constituição estabeleceu normas gerais relativas à forma como deve ser interpretado e aplicado o regime dos direitos fundamentais, garantindo a sua aplicação direta entre os particulares (horizontalmente) e não apenas entre estes e o Estado (art. 18.º/1), ao contrário do que supunha a teoria liberal clássica, afirmando a este respeito Gomes Canotilho e Vital Moreira[3] que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis porque «a) concebem-se e valem

[1] Mais pormenores em JOSÉ DE MATOS CORREIA, *A Constituição Portuguesa de 1976 e o Código Civil de 1966, Algumas notas*. S. 2, n. 17 (2017). Lusíada. Direito, 95-120 [em linha]. atual [consultado a 12.1.2025]. Disponível em http://hdl.handle.net/11067/4601

[2] "A *Constituição* contém, na verdade, uma «*força geradora*» de *direito privado* (…), como refere CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito* Civil, 3.ª Ed. Coimbra Editora, Ld.ª. Coimbra. 1998, 72.

[3] *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 382.

constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*) …», valendo os seus preceitos de forma horizontal imediata e direta[4].

E foi mais, longe, já na versão originária. O mesmo art. 18.º estabelecia o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, onde avulta o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* com o significado de garantir que os meios legais restritivos e os fins obtidos se devem situar na "justa medida", não subsistindo dúvida que o n.º 1 do art. 18.º "conjugado com o princípio da constitucionalidade e do controlo difuso da constitucionalidade pelos tribunais, constituem poderosos instrumentos de transmissão ao direito privado das valorações e dos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias" e sendo que tal aplicação se torna mais pertinente no caso em que as normas de direito privado "contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais a concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados"[5], embora "o *forte pendor* ideológico coletivista do *texto originário*

[4] Também para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias, A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974*. AAFDL, Lisboa, 1987, 94(2). Separata dos estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, 64, nota 111, uma das fontes de concretização dos conceitos indeterminados e das denominadas cláusulas gerais estaria nos direitos fundamentais. Do mesmo modo, P. MOTA PINTO, em *A Constituição de 1976 e o Direito Civil e Processual Civil*, *in* olhar o *Constitucionalismo Português nos 40 anos da Constituição de 1976*, ANDRÁS SAJÓ *et. alt.*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017, 141, refere o seguinte: «a aplicação à actividade de entidades privadas deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de direito privado, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de "interpretação conforme aos direitos fundamentais"».

[5] *Ibidem*, p. 141.

da Constituição de 1976 se não [tenha refletido] em alterações relevantes, no domínio do direito privado"[6].

Relevante é também a receção imediata, via Constituição, de normas aplicáveis do direito internacional, nomeadamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16.º original da CRP), com destaque para os arts. 17.º/1 e 29.º/2 (que reconhecem a propriedade e concede restrições aos direitos fundamentais, enquanto justas, morais e respeitadoras da ordem pública). O próprio princípio da dignidade humana (art. 1.º) não deixa de ser convocado por alguns como critério de interpretação e execução dos contratos privados[7].

A atmosfera revolucionária e as sequelas que desta resultaram colocaram, pois, vastos problemas em diferentes setores do direito civil, mormente no que respeita à área das Obrigações, mais concretamente no que tange à apreciação dos programas negociais firmados à luz de uma ideologia tradicional e conservadora cuja execução perdurou para lá

[6] *Ibidem*, p. 151.

[7] Neste sentido, sobretudo para os contratos comerciais, MÁRIA PATAKYOVÁ, MÁRIA T. PATAKYOVÁ, BARBORA GRAMBLIČKOVÁ, *HUMAN DIGNITY UNDER THE "REBUS SIC STANTIBUS" DOCTRINE*. BRATISLAVA LAW REVIEW. Disponível em (PDF) Human dignity under the "Rebus Sic Stantibus" doctrine [em linha], 2017, 64 e ss. atual. [consult. 17.1.2025]: *O que aconteceria se o desempenho pessoal fosse contra a dignidade humana? (…) e se a prestação só violar a dignidade humana no decurso do contrato? Para ser mais específico, e se a parte executante começasse a ser abusada pelo ordenante com tal gravidade que seria contra a dignidade humana continuar com a prestação pessoal em jogo? (…) O direito privado baseia-se na autonomia da vontade, pelo que as restrições baseadas na proteção dos direitos humanos estão em contradição com as primeiras. No entanto, a própria autonomia da vontade decorre da doutrina dos direitos humanos, pelo que o embate entre elas não é inevitável. O que pode causar um problema é a aplicação exagerada dos direitos humanos nas relações privadas. Embora a proteção dos direitos humanos seja aplicável. (…) A aplicação horizontal dos direitos humanos está relacionada com as obrigações positivas do Estado. Aplicada à nossa questão de investigação, a dignidade humana como base dos direitos humanos não pode ser ignorada nas relações privadas, sob pena de o Estado ser indiretamente responsável pela violação dos direitos humanos. A interpretação do direito privado deve resultar favorável à proteção da dignidade humana.*

da própria revolução, alterando de forma radical ou, pelo menos, de forma significativa, a posição dos contratantes relativamente ao interesse que visavam mediante a vinculação contratual gizada *ab initio*.

A questão que aqui achamos pertinente tratar respeita ao equilíbrio entre as velhas doutrinas dos *pacta sunt servanda*, tributárias dos pressupostos ideológicos do séc. XVIII (mas remontando a épocas anteriores), por um lado, e a da cláusula *rebus sic stantibus*[8], por outro, ou, se se quiser, entre a segurança jurídico-contratual e a justiça casuística, em casos de flutuações externas anormais não compreendidas nas finalidades negociais tidas por pressupostas[9]. Neste trabalho, propomo-nos, assim, considerar as peculiaridades da interpretação e aplicação dos arts. 437.º a 439.º do CC – relativos à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias[10] — considerando, em primeiro lugar, a história do preceito e a sua inserção no espaço português e à luz do direito comparado, para depois se traçarem as suas características e efeitos essenciais, nomeadamente por con-

[8] *Rebus sic stantibus* é a forma sintética da fórmula latina *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*. A sua origem remonta a fragmentos do Digesto, no entanto, a maioria dos autores entende que sua formulação se deveu ao contributo dos canonistas da Idade Média.

[9] Isto porque "a interpretação criativa impõe-se perante o fenómeno, há muito pacífico, do *envelhecimento* dos códigos civis. Pensados para sociedades diferentes daquelas em que vieram a vigorar, as grandes codificações cedo mostraram insuficiências e disfunções que o tempo não parou de agravar", de modo que "a alteração das circunstâncias traduz, por definição, uma das formas de adaptar estruturas envelhecidas a novos circunstancialismos; ela deixa adivinhar uma contradição enérgica de princípios capaz de gerar algo semelhante a uma lacuna; ela utiliza, por fim, dentro das directrizes que a lei dá a seu propósito, múltiplos conceitos indeterminados", António Menezes Cordeiro, *Da Alteração das Circunstâncias*, *cit*., 7 e 9.

[10] Sobre a evolução do instituto e seu regime, quer através do tempo (mesmo após o CC de 66), quer em direito comparado, podem ver-se, entre outros, António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé em Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1997. Tese de Doutoramento, 903-927.

traposição com outros normativos, terminando por verificar a sua aplicação no âmbito jurisprudencial, mormente após a Revolução de 1974.

II – O Art. 437.º CC no tempo e no espaço

1. A autonomia privada e alteração das circunstâncias

O normativo em causa (437.º CC) disciplina a fase de execução dos contratos quando se verifica uma alteração anormal ou extraordinária das condições externas que se encontravam reunidas na época da contratação, mas que se modificaram de tal forma que o cumprimento de uma ou mais obrigações acaba por redundar em flagrante violação da justiça contratual.

Sabemos que o contrato se ergue sob a égide da autonomia privada[11] e a tutela desta era, na perspetiva liberal, o ponto alto do direito dos contratos, entendidos estes como sendo o produto de vontades livres e iguais[12].

De modo que "No seguimento duma evolução secular que parte do voluntarismo (e lança raízes logo no séc. XIII), entra-se numa época caracterizada pela ahistoricidade. O indivíduo, por sua razão, constrói em pura abstracção uma ordem universal. O fundamento do negócio só pode ser encontrado na vontade, pois é produto da "autonomia da vontade". E se

[11] "A autonomia privada tem a sua manifestação mais expressiva nos negócios jurídicos bilaterais, ou *contratos,* enquanto *liberdade contratual.* Como a designação revela, refere-se especificamente a estes negócios jurídicos. (…) A autonomia da vontade encontra, nesse domínio dos contratos obrigacionais, a sua *mais ampla dimensão*". Carlos da Mota Pinto, Teoria Geral de Direito Civil, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra Editora, Coimbra 2005, 105.

[12] Cfr. António Pinto Monteiro, *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade* em obra coletiva com o mesmo título, com Coord. de António Pinto Monteiro. Instituto da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015, 11.

o fundamento é a vontade, a variação dos pressupostos torna-se irrelevante. Só vícios da vontade podem pôr em causa aquilo que a soberania da vontade, justamente, determinou. (…). *Pacta sunt servanda* passa a ser a chave da validade e eficácia dos contratos. Os negócios, tal como as leis ou os tratados, produzem efeitos porque foram queridos. Deixa de interessar o conteúdo dos contratos, ou o objecto da vontade, ou a matéria regulada, fora de específicas e contadas previsões legais."[13].

Mas esta visão da liberdade contratual haveria de mudar.

2. O Direito Comparado

2.1 – França

No resto da Europa, com exceção da França - que recusava, no direito privado (já não no campo administrativo) a modificação do circunstancialismo que havia rodeado a celebração dos contratos – o panorama não foi diferente do acima descrito.

No direito privado, continuava a velha máxima dos *pacta sunt servanda*, pois "o início do século XIX foi marcado pelo florescimento do liberalismo económico. Parte dos países europeus, particularmente a França com Código de Napoleão (1804), buscou desenvolver um corpo legislativo com pretensões de esgotar o âmbito de regulação jurídica da conduta humana. O contrato, instrumento hábil a permitir a circulação de riquezas e imprescindível aos interesses burgueses, passa por um processo de blindagem que o torna praticamente invulnerável a pretensões de desfazimento. A autonomia da

[13] José de Oliveira Ascensão, *Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"*, Revista da Ordem dos Advogados. Ano 65, Vol. III, Lisboa, 2005, disponível em José de Oliveira Ascensão, *Onerosidade excessiva por "alteração das circunstâncias"* - Ordem dos Advogados. [em linha] atual (consult. em 12.1.2025).

vontade, corolário do liberalismo econômico, permitia que sujeitos de direito limitassem sua esfera de liberdade assumindo obrigações, tendo, em contrapartida, direitos a serem exercidos. Operado o consentimento no sentido da celebração do contrato, passavam a atuar de modo avassalador os princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos. Praticamente nada poderia modificar ou dissolver o acordo de vontades por mais injustas que fossem as cláusulas nele contidas, a não ser a própria autonomia da vontade, manifestando-se sob a forma de distrato, ou situações excepcionais previstas em lei que permitiam ao juiz desfazê-lo. Fora da lei só havia o arbítrio. (…) A justiça, enquanto valor ético-social, ficou relegada a plano inferior"[14].

Para obviar a estes escolhos, começou, então, por se fazer apelo ao conceito de força maior para, depois, se invocar o conceito de imprevisibilidade.

Imprevisibilidade refere-se a uma alteração das circunstâncias económicas que, embora não impeça as partes de cumprirem as suas obrigações contratuais, tem como resultado a redução significativa da rentabilidade do desempenho contratual para uma das partes – ou mesmo gerar um custo de execução para essa parte -, que na realidade perde dinheiro para executar o contrato.

Por isso, o atual art. 1195 do Code Civil dispõe:

Se uma alteração de circunstâncias imprevisível no momento da celebração do contrato tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte que não aceitou assumir o risco, esta última pode solicitar uma renegociação do

[14] WAGNER MOTA ALVES DE SOUZA - *A Cláusula Rebus Sic Stantibus, a Teoria da Pressuposição e a Teoria da Base do Negócio Jurídico em face da Doutrina Nemo Potest Venire contra Factum Proprium – O Primado da Coerência e as Situações de Certeza Subjetiva*, Salvador-Bahia. 2005. [em linha] Disponível em Wagner Mota Alves de Souza - Artigo.pdf. atual. [consult. em 14.1.2025].

contrato ao seu cocontratante. Continua a cumprir as suas obrigações durante a renegociação.

Em caso de recusa ou insucesso da renegociação, as partes podem acordar em rescindir o contrato, na data e nas condições que determinarem, ou solicitar ao juiz, de comum acordo, que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo num prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, rever o contrato ou rescindi-lo, na data e nas condições por ele fixadas (tradução nossa).

2.2 – Itália

Em Itália, com o código de 1942, estabeleceu-se, no art. 1467.º (ainda hoje vigente), o seguinte:

Nos contratos de execução continuada ou periódica ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tiver tornado excessivamente onerosa em virtude da ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte devedora dessa prestação poderá requerer a resolução do contrato, com os efeitos previstos no art. 1458.º. A resolução não pode ser requerida se a natureza onerosa superveniente se enquadrar no risco normal do contrato. A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la, propondo-se alterar os termos do contrato de forma justa (tradução nossa)[15].

Aludindo a acontecimentos *imprevisíveis*, a conceção ora exposta parte ainda da cláusula *rebus sic stantibus*, limitando-a às situações mais prementes, não bastando uma modificação profunda da situação de facto, mas exigindo-se que

[15] Explica Menezes Cordeiro, *Da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, p.16: "A lei italiana seguiu, de certo modo, uma via própria. Não utilizou os quadros da velha *clausula rebus sic stantibus* do Direito Comum, nem os da imprevisão administrativa francesa, nem as múltiplas construções que, a partir de meados do séc. XIX, viriam da Alemanha. Recorreu, antes, a uma ideia formal dita *onerosidade excessiva*".

seja imprevisível. De modo que, mesmo a ocorrer um caso de excessiva onerosidade, se a mesma podia razoavelmente prever-se, não existem fundamentos para a revisão ou resolução do contrato[16].

2.3 – Inglaterra

O ordenamento jurídico inglês integra-se no sistema de *Common Law*, pelo que se verifica que o impacto e admissibilidade da modificação e extinção de vínculos contratuais não tem o mesmo peso que no sistema romano-germânico. A alteração de circunstâncias tem efeitos muito mais restritos e excecionais em Inglaterra por vigorar um princípio de "sanctity of contracts", numa clara preferência por que as partes intervenientes sejam diligentes e cautelosas na feitura dos contratos.

A tentativa dos juízes da *Common Law* para encontrar uma "fair solution" para os casos de alteração das circunstâncias foi a de lançar mãos de termos temperados como "implied term" e "frustration"[17].

Dário Moura Vicente[18] faz uma breve referência a um caso judicial inglês, o caso *Taylor v. Caldwell*, de 1863, do *High Court of Justice*, que acabou por ser o paradigma deste instituto. Discutia-se a situação do arrendamento de um imóvel

[16] Sobre a teoria da imprevisão podem ver-se Adriano Vaz Serra, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*. BMJ n.º 68, julho, Ministério da Justiça, [S.L.] (1957), 305-307, Luís Carvalho Fernandes, *cit*, 30 e ss. Relativamente à não aceitação deste critério, entre outros autores (mencionados por P. Mota Pinto em *O contrato como instrumento de gestão do risco de alteração das circunstâncias*, 75, nota 9), Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 6.ª Ed. Almedina, Coimbra, 1994, 265.

[17] Para a evolução do sistema inglês, com exemplos jurisprudenciais, pode ver-se David Hughes Parry, The *Sanctity of Contracts in English Law*. London, 6.ª Ed., Stevens & Sons Ltd. 1959, 142 e ss. Disponível em 5JSocyPubTchrsLns142.pdf [em linha] atual. Consult. Em 15.1.2025.

[18] *Direito Comparado*, Vol. II – Obrigações, 1.ª Ed., Almedina Editora, Coimbra, 2017, 246-247.

destinado à realização de concertos que veio a arder num incêndio, tendo depois os arrendatários arguido a responsabilidade dos proprietários pelos danos que impossibilitaram o cumprimento do contrato. Decidiu o tribunal que, sendo o imóvel a base essencial de execução e cumprimento das obrigações estabelecidas, e sem ter existido qualquer culpa aparente de cada uma das partes, ambas as partes deveriam ser exoneradas das adstrições provenientes do vínculo em causa[19].

A rigidez e excecionalidade em que é admitida a exoneração de prestação, destaca-se no conceito de *hardship*[20], aí bastante utilizado.

2.4 – Alemanha

Na doutrina alemã, o passo decisivo para a sistematização da alteração das circunstâncias foi dado por Windscheid, a partir de 1850, com a doutrina da *pressuposição*, "sendo esta a convicção, consciente ou inconsciente, da verificação no futuro de uma dada circunstância ou estado de coisas, convicção determinante da realização de um contrato, pois de outro modo não se teria celebrado o negócio ou só teria tido lugar a sua realização noutros termos"[21].

[19] Aludiremos, adiante, ao caso *Krell v Henry*.

[20] Que veremos mais adiante.

[21] Formulação de C. Mota Pinto, Teoria Geral, *cit.*, 597, onde acrescenta: "As partes – ou apenas uma delas – tiveram como certa a verificação de um dado acontecimento ou estado de coisas e, por isso, contrataram. Se lhes ocorresse a possibilidade de falhar tal circunstância pressuposta, não teriam contratado sem inserir no negócio uma cláusula correspondente (p. ex. uma cláusula condicional). Daí que a pressuposição tenha sido caracterizada com uma *condição não desenvolvida ou não explicitada* ou como uma *reserva virtual*" e de P. Mota Pinto, *O contrato como instrumento*, *cit.*, 75. Sobre a pressuposição de Windscheid, pode também ver-se a descrição de Karl Larenz em *Base del Negocio Juridico y Cumplimento de los Contratos*. Trad. de Carlos Fernández Rodrigues. Editora Comares, Granada, 2003, 18.

Para este jurista alemão, a pressuposição "correspondia à relação de dependência estabelecida, pelo declarante, entre a declaração negocial e certos eventos ou estados de coisas. A sua eficácia emergiria de ser cognoscível pela outra parte"[22].

Em crítica, Otto Lenel (1849-1935) focou-se, em especial, no facto de o declaratário não ter manifestado o seu acordo à pressuposição, logo, ele não poderia ficar-lhe submetido. Chega-se a uma situação injusta de especial instabilidade (por meio da facilitação da resolução do contrato[23]), numa ocorrência que bloqueou a sua consagração no BGB.

Por isso, o tema veio a ser retomado por Oertmann, em 1921, em consequência dos efeitos da Primeira Guerra Mundial e da crise inflacionária alemã dos anos 20 do século passado, o que fez através da monografia denominada "base do negócio" (*Geschäftsgrundlage*), que definiu como a representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte, no seu significado, ou a representação comum às várias partes da existência ou do surgimento futuro de certas circunstâncias sobre cuja base se firma a vontade negocial.

Ao contrário da pressuposição de Windscheid, que se contentava com representações básicas de uma das partes, cognoscíveis pela outra, a base do negócio é atendível

[22] MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé…, cit.*, 970. Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, Vol. II

[23] Em casos como os que são exemplificados por ANTUNES VARELA, em *Direito das Obrigações*, Vol. II. Forense. Rio de Janeiro. 1977, 90: O dono da fábrica encomendou uma grande partida de algodão, convencido de que o barco com a matéria-prima adquirida a uma outra firma se afundara na viagem. O empregado bancário alugou casa de veraneio, em Itaparica, para o mês de janeiro, persuadido de que gozaria nesse mês as férias a que tem direito. O tio legou todos os bens a um dos dois sobrinhos, convencido de que o outro morreu num acidente de viação.

apenas quando reconhecida por ambas as partes. Com isso, preveniu-se a instabilidade imputada à pressuposição.

A base do negócio teve êxito ao ponto de, na doutrina alemã, designar o próprio instituto da alteração das circunstâncias.

Segundo Oertmann, seria mister que, havendo de contar com o interesse da outra parte, a base da decisão de um dos contraentes seja tal que possa ser eficaz em relação ao outro, isto é, que este "reconhecesse como importantes, sem as contradizer, as representações da outra parte sobre a existência, presente ou futura, de certas circunstâncias consideradas como basilares"[24].

Nos desenvolvimentos subsequentes, a doutrina da base do negócio assentou na contraposição entre leituras objetivas e subjetivas. A base objetiva traduz o conjunto de elementos fácticos sobre que repousa o negócio jurídico, aquando da sua celebração e que são de tal modo evidentes que, sobre eles, nem chega a haver declarações expressas porque ambas as partes os têm por assentes. A base objetiva comporta duas dimensões: a do equilíbrio das prestações, tal como foi fixado pelas partes e o fim do contrato. Se o equilíbrio for gravemente perturbado ou o fim inviabilizado, a base do negócio está comprometida. O contrato cessa ou deve ser modificado. A base subjetiva exprime os pressupostos compartilhados por ambas as partes e cuja manutenção foi, por ambas, considerada necessária para o acordo fechado[25].

Na sequência do desenvolvimento da teoria da base do negócio jurídico surge a tese unitária de Lehmann que mescla elementos objetivos e subjetivos. Segundo esta teoria torna-se imperioso para formação da base negocial: 1) que as

[24] Palavras de ENNECCERUS-LEHMANN, citado por Vaz Serra, em *Resolução ou modificação dos contratos…*, *cit.*, 311.

[25] Cfr. anotação 7 ao art. 437.º do *Código Civil Comentado. II – Das Obrigações*, Coord. de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Almedina. Lisboa. 2021. ISBN 978-972-40-9901-9, 273.

circunstâncias existentes ao tempo da celebração do contrato sejam conhecidas; 2) a não inclusão do evento como condição em razão da certeza subjetiva acerca da sua existência ou inexistência; 3) que a contraparte, verificada a incerteza da ocorrência de certos factos, tivesse aceite a representação mental ou devesse aceitá-la se procedesse de boa-fé, aqui se abrangendo os famosos "coronation cases"[26].

Não obstante, o BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*) alemão, de 2002, consagrou no § 313 (rutura da base negocial)[27], não distinguindo (como não o faz o art. 437.º CC) entre a base do negócio subjetiva (a representada psicologicamente pelas partes) e a base negocial objetiva (a que se funda no contexto externo)

A bipartição objetiva/subjetiva da base do negócio teve êxito, designadamente após a sua adoção por Larenz[28], por Manuel de Andrade[29] e por Antunes Varela, embora este últi-

[26] Decididos no caso *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740 72 LJKB 794; 52 WR 246; [1900-3] All ER Rep 20; 89 LT 328; 19 TLR 711, decisão disponível em *All Answers ltd, 'Krell v Henry* [1903]' (Lawteacher.net, January 2025) <https://www.lawteacher.net/cases/krell-v-henry.php?vref=1> [em linha] atual, consultado em 27.1.2025.

[27] Com o seguinte conteúdo (tradução livre): *(1) Se as circunstâncias que se tornaram a base do contrato se alterarem significativamente após a celebração do contrato e as partes não o tivessem celebrado ou o tivessem celebrado com um conteúdo diferente se tivessem previsto essa alteração, pode ser exigida uma adaptação do contrato na medida em que, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a repartição contratual ou legal do risco, não se possa razoavelmente esperar que uma das partes cumpra o contrato inalterado. (2). É equivalente a uma mudança das circunstâncias se as condições essenciais que se tornaram a base do contrato se revelarem erradas. (3). Se a adaptação do contrato não for possível ou não puder ser razoavelmente esperada por uma das partes, a parte desfavorecida pode rescindir o contrato. Nas obrigações continuadas, o direito de rescisão é substituído pelo direito de retratação*.

[28] Obra já citada, onde o autor analisa a teoria da base negocial sob os prismas objetivo e subjetivo.

[29] *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II. Almedina, Coimbra, 1960. 246. Manuel de Andrade aceitou a resolução ou modificação do contrato, mesmo que se não verificassem os requisitos da teoria da base negocial, na

mo critique a tese de Lehmann por achar forçada uma aceitação da subordinação da eficácia do negócio motivada pela presunção de boa-fé, uma vez que, no momento da celebração do contrato, as partes atuam na mais ampla liberdade garantida pela autorregulação da vontade. Assim, não agiria de má-fé quem recusasse a eficácia do negócio perante eventos incertos[30]. Para António Menezes Cordeiro a *base do negócio* é uma fórmula vazia, utilizada em contextos diversos e possibilitando respostas distintas, sendo preferível a referência à *alteração das circunstâncias*[31].

Este fora já o ponto de partida de Adriano Vaz Serra, no seu Anteprojeto[32], no qual o autor não deixa de fazer referência à boa-fé enquanto critério de aferição da exigência de cumprimento do contrato perante a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar.

O recurso direto à boa-fé – que já vinha da jurisprudência alemã anterior ao atual BGB – é criticado por António Menezes Cordeiro[33] por se tratar do recurso a uma "simbologia altamente abstracta e pouco significativa", sendo preferível aludir à equidade, como forma de o tribunal "cotejar, no caso concreto, os efeitos da alteração das circunstâncias nas esferas do credor e do devedor e, como consequência da aplicação das regras sumárias de justiça distributiva, distorcidas de modo a conseguir um máximo de utilidade – ou um mínimo de sacrifício".

formulação de Lehmann, e desde que a boa-fé o exija e exista o que Larenz apelida de *turbação da equivalência – vide* CARLOS DA MOTA PINTO *Teoria Geral*, *cit.*, 601-602.

[30] WAGNER MOTA ALVES DE SOUZA, *cit.*, 18.

[31] *Da alteração das circunstâncias*, *cit.*, 30 e Da Boa fé…, *cit.*, 1050.

[32] Cfr. *Resolução ou modificação dos contratos…cit.*, 380 a 384.

[33] *Da Boa Fé… cit.*, 1011 e 1012.

2.5 – Brasil

No Brasil, no Código Civil de 2002, também se regula a alteração das circunstâncias resultantes de factos supervenientes (arts. 317. e 478. a 480.), não se referindo à base do negócio, mas à onerosidade excessiva resultante de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis.

O Código não alude à matéria do risco, a qual não pode deixar de se considerar implícita, pois "não é extraordinário o que está dentro dos riscos normais do contrato. Por outro lado, não se deve confundir esta matéria com a temática comum do risco, que repercute outros pontos de vista. Uma coisa é a repartição do risco, outra a problemática da relevância dos acontecimentos extraordinários. É verdade que se o contrato é aleatório a parte aceitou o risco. Mas a alteração das circunstâncias pode ser relevante mesmo no domínio dos contratos aleatórios, porque o que estiver para lá do risco tipicamente implicado no contrato pode ser atingido. Assim, quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Há em todo o caso a alteração anormal das circunstâncias que é o fundamento deste instituto.

E, na sequência desta ideia, também os contratos gratuitos, ou mistos com liberalidade, podem ser atingidos. O que interessa é que a equação económica do negócio, tal como foi querida pelas partes, seja quebrada"[34].

3. Em Portugal

3.1 – O código de Seabra e o Anteprojeto

No código de Seabra, de 1867, não se previa uma norma idêntica à do atual art. 437.º, embora aí se surpreendessem

[34] José de Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual…cit.*, 14.

normativos tendentes a estes efeitos, ou seja, à autorização da revogação de atos por modificação das circunstâncias (arts. 741.º, 860.º/4, 901.º, 1401.º, 1482.º, entre outros)[35].

Foi uma preocupação de justiça material e social que, superando uma visão positivista e legalista do direito, veio permitir a consagração de princípios e cláusulas gerais como a boa-fé (arts. 227.º, 239.º e 762.º/2 CC), o abuso do direito (art. 334.º), a ordem pública (art. 280.º) e a alteração das circunstâncias (art. 473.º), etc…

O Anteprojeto Vaz Serra, já mencionado, foi antecedido por um estudo assente, no essencial, no Direito Comparado. No n.º 1/2 e 2 surgem os antecedentes do atual 437.º:

1. Se se alterarem as circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, e daí resulta o desaparecimento da base do contrato, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé, vista, no seu conjunto, a situação do caso, e tidas em conta os usos de negócios, exigir o cumprimento dele, pode a parte, que é vítima da alteração das circunstâncias, obter a resolução ou a modificação do mesmo contrato. 2. A parte, contra a qual se pretenda a resolução do contrato, pode requerer que, em vez dele, contrato seja modificado.

A 1.ª Revisão adotou o preceito de Vaz Serra (393.º/1), com novidades significativas: abandonou a referência à "base do negócio"; referiu "alteração anormal"; mencionou "critérios de razoabilidade"; excluiu a resolução quando a ocorrência esteja coberta pelos "riscos próprios do contrato" (393.º/2).

A 2.ª Revisão adotou a redação que, sem alterações, passou ao Projeto (437.º) e ao Código promulgado.

[35] Esclarece LUÍS CARVALHO FERNANDES que não foi estranho ao Código de Seabra o fenómeno do declínio que, desde os fins do séc. XVIII, a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, sofreu, pesando ainda a influência do *Code Civil* francês, *in A teoria da imprevisão no direito civil português*. Reimpressão com nota de atualização. Quid Juris, Sociedade Editora. Lisboa, 2001, 249.

Segundo Menezes Cordeiro[36], afigura-se ter havido uma influência do art. 388.º do Código Civil grego, designadamente na referência à boa-fé.

3.2 – O regime dos atuais arts. 437.º a 439.º do CC

3.2.1 – A formulação do normativo

O atual art. 437.º do CC acolheu a teoria da base do negócio, expressão também empregue no art. 252.º/2 a propósito do erro sobre a base do negócio como modalidade do erro sobre os motivos (anterior ou contemporâneo à celebração do contrato e, por isso, minando a validade o mesmo).

Porém, "apesar da diferença de formulação, "base do negócio" e "circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar" (ou de negociar) significam exatamente o mesmo. Ambas correspondem à expressão alemã *Geschäftsgrundlage*. São aquelas circunstâncias que comummente levaram as partes a contratar, e a contratar assim."[37]. Oliveira Ascensão considera que a remissão do art.

[36] *Código Civil Comentado*, *cit.*, 274.

[37] J. Oliveira Ascensão, *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 7, n. 25. Padma. Rio de Janeiro, 2006, 93–118, jan./mar. ISBN 9771518201005. Também disponível em: bing.com/ck/a?!&&p=af5f5cf42d236805c407b5e84a2cfea2c10a847e294761758db471e216791c83JmltdHM9MTczNzkzNjAwMA&ptn=3&ver=2&hsh=4&fclid=2c8cc6ba-d293-648b-07ba-d233d3f46578&psq=Alteração+das+Circunstâncias+e+Justiça+Contratual+no+Novo+Código+Civil+oliveira+ascensão&u=a1aHR0cHM6Ly9yZXZpc3RhY2VqLmNqZi5qdXMuYnIvY2VqL2luZGV4LnBocC9yZXZjZWovYXJ0aWNsZS92aWV3LzYwNSM6fjp0ZXh0PVRyYXRhJTIwZGElMjBhbHRlcmElQzMlQTclQzMlQTNvJTIwZGFzJTIwY2lyY3Vuc3QlQzMlQTJuY2lhcyUyMGUlMjBzZXVzJTIwZWZlaXRvcyxoaXN0JUMzJUIzcmljYSUyMGUlMjBubyUyMCVDMyVBMm1iaXRvJTIwZG8lMjBub3ZvJTIwQyVDMyVCM2RpZ28lMjBDaXZpbC4&ntb=1 [em linha] atual. Consult. em 12.1.2025. No ac. do STJ, de 8.5.1986, comentado por Pinto Monteiro, estava em causa uma compra e venda de um terreno por particulares ao Município, terreno que integraria outros mais com destino à edificação de um parque de campismo, não tendo depois sido aprovada a declaração de utilidade de todos os terrenos. Os vendedores pretenderam

252.º/2 vai referenciada não só aos pressupostos, mas aos próprios efeitos jurídicos estatuídos no art. 437.º[38].

3.2.2 – Os requisitos de aplicação

A fim de evitar a erosão quase total da estabilidade contratual, P. Mota Pinto[39] enuncia cinco requisitos, descritos no art. 437.º/1, para que funcionem a resolução ou alteração dos contratos em função da alteração das circunstâncias:

anulação do contrato com base em erro, o que lhe foi deferido, entendendo aquele jurista que, não estaríamos perante erro sobre o objeto, mas sim de recurso ao art. 437.º, apesar de o contrato estar cumprido, porque o fim contratual apenas no futuro deveria realizar-se – RLJ, 131.º, 3891, 187-194, 3892, 221-224 e 3930, 280 a 288.

[38] No mesmo sentido, Manuel Pita, *Código Civil Anotado*, Vol. I. 2.ª Ed. Almedina. [S.L.], 2019, ISBN 9789724079073, ps. 338-339. Diferente, A. Pinto Monteiro, em anotação ao acórdão do STJ, de 2.2.1971, Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra, 1998, Ano 131, n.º 3891, p. 189, onde considera o seguinte: "o n.º 2 do art. 252.º do Cód. Civil estabelece que no caso de erro do declarante sobre as circunstâncias que constituem a base negocial é aplicável, ao erro do declarante, o disposto sobre a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias vigentes no momento em que o negócio foi concluído; ou seja, haverá lugar à anulabilidade do contrato, nos termos em que no art. 437.º se dispõe a necessidade de que a exigência da obrigação à parte lesada afecte gravemente os princípios da boa fé contratual e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. Quer dizer, a remissão que no art. 252.º, n.º 2, se faz para o art. 437.º tem o sentido de indicar, apenas, os pressupostos ou requisitos necessários para a relevância do erro sobre as circunstâncias que constituem a parte do negócio, e não já a forma que reveste essa relevância (anulabilidade ou resolução)". Igualmente, Paulo Mota Pinto, Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico. Coimbra: Edições Almedina (1995), ISBN 9789724008912, p. 353, nota 357. Inocêncio Galvão Telles, Manual dos Contratos em Geral. Coimbra: Coimbra Editora, 4.º Ed. 2002, p. 343. Assim também Ana Filipa Morais Antunes e doutrina que cita em Comentário ao Código, Parte Geral. Lisboa.: Universidade Católica Editora. 2014. ISBN9789725404232, ps. 604-605. Ainda anotação 6. ao art. 252.º, em Código Civil Comentado, I-Parte Geral, Coord. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Almedina. 2020. ISBN 9789724084534, p. 744. Este parece-nos ser o entendimento maioritário, ao qual aderimos, por corresponder à letra e ao sentido do art. 252.º.

[39] *O contrato como instrumento…*, *cit.*, p. 79.

1 – que estejam em causa circunstâncias que integrem a base do negócio;

2 – as quais tenham sofrido uma alteração anormal depois da conclusão do negócio;

3 – alteração que lesou de forma grave uma das partes[40];

[40] NUNO PINTO OLIVEIRA, em *A Alteração das Circunstâncias 55 Anos depois*. Revista Julgar. Lisboa: Edições Almedina, n.º 44 (2021). ISBN, 16446853, ps. 187 e ss. enuncia os seguintes critérios para que a lesão seja considerada grave: *a) Os critérios convocados para apreciar a gravidade da alteração são sobretudo dois. O primeiro atende à perspectiva das partes — o juízo de valor sobre a gravidade da alteração deveria fazer-se atendendo à vontade das partes —; o segundo relaciona a perspectiva das partes com a perspectiva do sistema — o juízo de valor sobre a gravidade de alteração deveria fazer-se atendendo aos princípios e aos valores do sistema. Em consonância com o primeiro critério, deveria averiguar-se se a alteração foi grave perguntando pela vontade das partes. O facto de não haver uma vontade real, por não terem as partes previsto a alteração das circunstâncias, faria com que devesse perguntar-se pela sua vontade conjectural ou hipotética: caso as partes tivessem previsto a alteração, teriam querido concluir algum contrato? caso tivessem querido concluir um contrato, teriam querido concluí-lo nos mesmos termos? Em consonância com o segundo critério, deveria averiguar-se se a alteração foi grave perguntando pelas valorações de sistema, contidas em fórmulas como boa fé, como razoabilidade ou desrazoabilidade. (…) b) entendemos que o art. 437.º do Código Civil português deverá interpretar-se no sentido de exigir que a lesão seja tão grave que a parte prejudicada não teria concluído o mesmo contrato, ou em todo o caso não teria concluído o mesmo contrato nos mesmos termos. Em primeira linha, deve atender-se a um critério predominantemente subjectivo; deve atender-se à situação concreta das partes e reconstruir-se, a partir dos indícios facultados pelas partes, a sua vontade conjectural ou hipotética. Em segunda linha, caso não haja indícios facultados, deve atender-se a um critério predominantemente objectivo; deve atender-se à situação abstracta de partes racionais e razoáveis — "deve considerar-se, como ponto de referência, a situação de partes racionais e razoáveis, em circunstâncias análogas (comparáveis)". (…) Entre os critérios relevantes para determinar se foram, ou não, ultrapassados os limites do risco e os limites do sacrifício encontrar-se-iam, p. ex., a distribuição contratual e legal do risco, a previsibilidade e a responsabilidade. O juízo sobre se o cumprimento excede, ou não, os limites do risco e do sacrifício seria ainda um juízo particular. O juízo sobre se o cumprimento é, ou não, inexigível seria já um juízo global. O aplicador só poderia ponderar a adaptação ou a resolução se, consideradas todas circunstâncias relevantes para o contrato, concluísse que a vinculação ao contrato é inexigível à parte prejudicada.*

4 – não estando coberta pelos riscos próprios do contrato[41] e de tal modo que a "exigência das obrigações assumidas", mantendo-se o contrato *qua tale*, afete gravemente os princípios da boa-fé[42]. O normativo não faz referência à base

[41] Incluindo-se também aqui as normas que regulamentam o risco, como por ex. a do art. 1040.º, relativa à redução da renda ou aluguer. Cfr. VASCO LOBO XAVIER, Alteração das circunstâncias e risco (arts. 437.º e 796.º do Código Civil), CJ VIII (1983) 5, 17-23 (19 ss.), sufragado por CARLOS MOTA PINTO, idem, 21-23; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 12.ª ed., 342-343. Trata-se aqui da *Res domino suo perit*: um complemento da regra anterior, presente em vários preceitos gerais: 796.º/1, o risco corre pelo adquirente de um direito real, mesmo antes da entrega da coisa e salvo o disposto no 796.º/2; nas obrigações genéricas, funciona o 540.º: até à concentração, o risco não se transfere para o adquirente.

[42] A boa-fé é vista como um "pseudo-critério" por J. OLIVEIRA ASCENSÃO, Onerosidade Excessiva por "alteração das circunstâncias", *cit.*, ponto 7. Já MANUEL DE ANDRADE, em Direito das Obrigações, Vol. I, ed. 1958, ps. 242-243, e Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, ed. de 1996, p. 407, entendia que a referência da lei à boa-fé substituía a referência à vontade hipotética ou conjetural das partes porque poderia acontecer que a vontade presumível das partes, mesmo que apurada segundo o critério da boa-fé, aponte no sentido de não aceitação de uma cláusula condicionante, no momento da celebração do contrato, mas, ainda assim, a boa-fé impunha os remédios atualmente permitidos pelo art. 437.º. Para NUNO PINTO OLIVEIRA, A Alteração das circunstâncias 55 anos depois, *cit.*, ps.195-196: "entre os conceitos indeterminados de *afectação da boa fé*, de *exigibilidade* e de *inexigibilidade*, de *razoabilidade* e de *desrazoabilidade* e o conceito indeterminado de *riscos próprios do contrato* há uma *remissão recíproca*. O cumprimento do contrato só *afecta a boa fé*, só se torna *inexigível* à parte lesada, desde que a alteração ou que a lesão não esteja *coberta pelos riscos próprios do contrato* e, inversamente, a alteração ou a lesão só não estará *coberta pelos riscos próprios do contrato* desde que *afecte a boa fé*, em termos de tornar o cumprimento *inexigível* à parte lesada (…). Também para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *cit.*, p. 280, esta delimitação negativa (*riscos próprios do contrato*) já decorre dos ditames da boa-fé. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, no seu trabalho intitulado *A Boa Fé como Norma de Validade*, *in* Ars IVdicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado. Organizado por Figueiredo Dias, José Gomes Canotilho e José de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora (2008). ISBN9789723216981, ps. 667 e ss., explica que o conteúdo dos contratos deve ser valorado à luz dos ditames da boa fé, "de modo que não há desequilíbrio que justifique a ineficácia que não seja, ao mesmo tempo, de per si, uma manifestação de contrariedade à boa fé, pela elementar razão de que aquela valoração é guiada pelos padrões normativos da boa fé". Mais desenvolvido na Tese

negocial objetiva ou subjetiva, de acordo com a formulação de Larenz[43]. Porém, entende P. Mota Pinto[44], que ambas merecem tratamento à luz do regime atual, atendendo-se não só ao contexto exterior (mormente à *ordem pública*), mas sobretudo à alteração das circunstâncias que ultrapasse a vontade hipotética das partes.

Além disso, o art. 437.º, tal como postularam os autores germânicos, refere-se ainda à grave afetação dos princípios da boa-fé, não como regra de conduta das partes[45], mas como

de Doutoramento de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O Problema do Contrato, As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Livraria Almedina. 2003. ISBN 9724011763, ps. 562 e ss.

[43] Citado por A. VARELA, no Parecer *Resolução ou modificação do Contrato por Alteração das Circunstâncias.* Coletânea de Jurisprudência. Coimbra. Ano VII, Tomo 2 – 1982, p. 9: Conforme escreve Larenz: «Os contratos, muitas vezes, não pensam na perduração daquelas circunstâncias que eles têm plenamente seguras, como por exemplo, a estabilidade da moeda (*die bestehende Gesetzgebung*) ou o sistema económico (*das Wirtschaftssystem*)" (…). Num contrato "pressupõe-se, geralmente, muito mais do que aquilo de que as partes têm consciência. Para que o contrato possa preencher o seu escopo, por exemplo, como contrato de troca, ou para que possa realizar o fim aceite por ambas as partes, cuja falta tem como consequência que o contrato se torne sem sentido, sem fim ou sem objeto». Estas circunstâncias seriam, para Larenz, a base negocial objetiva.

[44] *O Contrato como instrumento…*, *cit.*, ps. 80 e 81.

[45] OLIVEIRA ASCENSÃO, Onerosidade Excessiva…, *cit.*, notas 7 e 8: (…) *não basta qualquer alteração extraordinária para desencadear a aplicação do instituto. Pode uma alteração ser extraordinária e não revestir gravidade que o justifique. Um facto superveniente (como um sismo) representa uma alteração extraordinária, mas pode, para a concreta relação, não apresentar particular gravidade. (…). É este afinal o conteúdo útil do art. 437/1, ao prever que a exigência das obrigações afecte gravemente os princípios da boa fé. A "exigência" e a "boa fé" vêm a despropósito, como vimos, mas a "gravidade" não. Só uma alteração significativa, grave, portanto, leva a reconsiderar os termos do contrato. A alteração anormal é, não só a alteração extraordinária e imprevisível, como também uma alteração que afecta gravemente, manifestamente, a equação negocialmente estabelecida. Este factor permite-nos ainda distinguir a alteração das circunstâncias prevista no art. 437 de outras situações em que a lei dá igualmente relevo a uma alteração, mas sem exigir o mesmo carácter extraordinário e grave. Tomemos o art. 567/2 CC, relativo à indemnização em renda: "Quando sofram alteração sensível as circunstâncias em que assentou, quer o estabelecimento da*

injustiça do contrato ou profunda alteração da equivalência das prestações ou do equilíbrio do contrato em consequência de eventos imprevistos, como a inflação, as guerras, as revoluções, a alteração da legislação (atente-se, *v.g.* no caso mais recente da pandemia de Covid-19), etc…[46].

renda, quer o seu montante ou duração, quer a dispensa ou imposição de garantias, a qualquer das partes é permitido exigir a correspondente modificação da sentença ou acordo". Aqui a lei exige apenas uma alteração sensível. É algo menos que a "alteração anormal" do art. 437, porque não tem de ser extraordinária nem grave. O contexto em que surge, que é relativo à fixação da indemnização a cargo do responsável, permite que a alteração das circunstâncias releve a um nível muito menos exigente, que a lei exprime através do recurso ao qualificativo sensível. Não basta toda e qualquer alteração, mas também não tem de representar a alteração anormal que desencadeia a aplicação do art. 437. Com isto se desenha a figura da onerosidade excessiva, como a resultante da alteração anormal.

[46] Veja-se, contudo, CARLOS MOTA PINTO, 4.ªed., por A. PINTO MONTEIRO e P. MOTA PINTO, *cit.*, ps. 125-126: (…) *a boa fé reporta-se a um estado subjectivo, tem em vista a situação de quem julga actuar em conformidade com o direito, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior. Neste sentido, tradicional, a lei recorre a boa fé em inúmeras situações. Assim, p. ex., no artigo 243.°, n.° 2, ao dizer que «a boa fé consiste na ignorância da simulação»; no artigo 291.°, n.° 3, ao considerar de boa fé o terceiro que «desconhecia, sem culpa, o vicio do negocio nulo ou anulável»; no artigo 612.° ao entender por ma fé «a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor, no artigo 1260.°, n.° 1, ao dizer que a posse e de boa fé «quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem» (relevante para determinar os prazos para se poder adquirir por usucapião, nos termos dos arts. 1294.° e segs.); etc. Em muitos outros casos, porém, a lei recorre a boa fé em sentido objectivo (…) Aplicado aos contratos, o princípio da boa fé em sentido objectivo constitui uma regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir de modo honesto, correcto e leal, não só impedindo assim comportamentos desleais como impondo deveres de colaboração entre eles. É neste sentido que o artigo 227.°, n.° 1, fala das «regras da boa fé»; que o artigo 239.° apela aos «ditames da boa fé» na integração do negócio jurídico; que o artigo 334.° menciona os «limites impostos pela boa fé» como critério do abuso do direito; que o artigo 437.°, n.° 1, consagra o «princípio da boa fé» como exigência a ponderar em caso de alteração anormal das circunstancias* (…). É também enfática a posição de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Autonomia Privada e Justiça Contratual. Duas Questões, nos 50 anos do Código Civil*, *in* Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, Coord. de Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá. Lisboa: Universidade Católica Editora. (2017). ISBN 9789725405741, ps. 249 e ss., onde o autor coloca ênfase no sentido de justiça subjacente ao regime ora em

É ainda possível estabelecer a distinção entre *grandes alterações das circunstâncias*, *grande base do negócio* e *pequena base do negócio*, não tendo esta distinção cabimento no âmbito de aplicação do art. 437.º CC.

Na *grande alteração das circunstâncias* (que compreendem fatores externos de vulto: guerras, hiperinflação, crises económicas globais e graves[47]), as situações verificadas integram a "base do negócio subjetiva", obtendo mais facilmente arrimo no regime que, vimos vendo, e desde que não vão para além do risco próprio do contrato, tendo em conta o tipo de contrato que está em causa, as cláusulas que o compõem e as normas legais relativas ao risco[48]. Para

causa:" é legítimo vender-se a corda ao suicida, mesmo argumentando-se que se informou do perigo que corria? E, ainda, se porventura foi ele quem tomou a iniciativa e pediu essa corda. Supomos que nenhuma ordem jurídica o pode permitir, pelo menos enquanto não estiver disposta a sacrificar o seu compromisso com o valor da Justiça [referia-se ao caso dos *swaps* de taxas de juro de que daremos nota mais adiante]. Por isso, alude a normas como as dos arts. 282.º/1, relativa ao negócio usurário, 1146.º que respeita à usura de juros (quando sejam estabelecidos juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real) e ao próprio 280.º/2, que considera nulo um contrato contrário à ordem pública e aos bons costumes, à redutibilidade da cláusula penal manifestamente excessiva (art. 812.º), concluindo que "não há autonomia sem justiça, nem vice-versa". O tema da ordem pública no domínio dos contratos já havia sido tratado pelo autor em artigo com esse título, *in* Ars IVdicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado. Organizado por Figueiredo Dias, José Gomes Canotilho e José de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora (2008). ISBN9789723216981, ps. 255 e ss.

47 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da Alteração das Circunstâncias, A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a…, *cit*, p 71, considera um caso paradigmático das *grandes alterações das circunstâncias*, os acontecimentos subsequentes a 25 de abril de 1974, destacando a cautela da jurisprudência, após esse período, o que veremos *infra*.

48 NUNO PINTO OLIVEIRA, em *A Alteração das Circunstâncias 55 Anos depois*. Revista Julgar. Lisboa: Edições Almedina, n.º 44 (2021). ISBN, 16446853, ps. 181-182, acrescenta mais um requisito, o de que a alteração seja exterior à parte prejudicada: *Wolf / Neuner retiram o requisito da exterioridade da referência do § 313 do Código Civil alemão aos critérios contratuais e legais de distribuição do risco. Entre os critérios relevantes estaria a responsabilidade da parte prejudicada. "Se uma das partes causa a perturbação, através*

alguma doutrina, a aplicação do disposto neste normativo reconduzir-se-ia, afinal, a um problema de interpretação ou de integração do contrato[49], embora deva considerar-se que

de um comportamento livre, [...] deve suportar os danos ou os prejuízos daí decorrentes». Embora o art.º 437.º do Código Civil português não contenha uma referência expressa aos critérios da distribuição contratual ou legal do risco, o requisito da exterioridade pode retirar-se de três elementos: (i) da referência do art.º 437.º, n.º 1, do Código Civil português a uma alteração anormal, imprevista e imprevisível; (ii) da referência do art.º 437.º, n.º 1, a uma alteração que faça com que o cumprimento do contrato, nos termos iniciais ou originários, seja inexigível à parte prejudicada, por ser contrária à boa fé; e (iii) do art.º 438.º do Código Civil.

[49] Assim NUNO PINTO OLIVEIRA, em *A Alteração das circunstâncias 55 anos depois*, *cit.*: "O *princípio da prioridade das regras contratuais sobre as regras legais* significa que as perturbações da base do negócio não podem ser consideradas na medida em que realizem um risco que, de acordo com o conteúdo e com o fim do contrato, deveria ser suportado pela parte prejudicada (= pela parte que pretende prevalecer-se dos efeitos da alteração); ainda que pudessem ser consideradas, por não realizarem um risco que, de acordo com o contrato, devesse ser suportado pela parte prejudicada, deveriam ser imputadas de acordo com as *regras legais específicas* — compreendendo as regras deduzidas da lei por interpretação e as regras deduzidas da lei por integração de lacunas (p. ex., por analogia, particular ou geral)". E, ainda, em *Sobre o Regime Processual da Alteração das circunstâncias, in* Liber Amicorum Benedita Mac Crorie, Vol. II. Braga: UMinho Editora. 2022. ISBN digital 978-989-8974-87-7, ps. 311-312, disponível em https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.17. [em linha] atual. Consult. Em 15.1.2025: «(…) *estamos convencidos de que o caso será mais claro e mais simples desde que o artigo 437º seja reconstruído como concretização ou especificação do artigo 239º. O princípio ou valor da autonomia privada ficará adequada e suficientemente protegido desde que se admita — como nós admitimos — que o problema da alteração das circunstâncias é, em última instância, um problema de interpretação complementadora, de interpretação integradora ou de integração do contrato e desde que se reconheça — como nós reconhecemos — que, dentro do sistema da integração do contrato, deve respeitar-se um determinado limite. "A integração negocial", dizia, p. ex., Manuel de Andrade, "tem de manter-se num certo sentido, dentro do domínio negocial traçado pelas partes"*». De igual modo, CATARINA MONTEIRO PIRES, Revista O Direito, 145.º (2013), I –II. Lisboa: JURIDIREITO – Edições Jurídicas, Lda., ISBN 978-041-33-4372-7, ps. 181-206: "O regime jurídico da alteração das circunstâncias possui a amplitude e a flexibilidade necessárias à adequada regulação de diversas relações obrigacionais, incluindo as de caráter duradouro, não ficando, além disso, excluída a intervenção prévia de outros mecanismos, como a interpretação e a integração do contrato, tendo em vista o apuramento da regulação projetada pelas partes".

se trata aqui do critério do "risco da realidade"[50]. De tal forma assim seria que poderia mesmo considerar-se que as partes não poderiam, por acordo voluntário, afastar o regime em apreço, assente numa conceção objetiva de justiça, sendo este imperativo[51], subsidiário[52] e inderrogável[53].

Um outro fator de delimitação negativa ou requisito negativo na aplicação do art. 437.º CC diz respeito à mora do contraente que dele pretende valer-se. De acordo com o art. 438.º, a resolução ou modificação ficam excluídas se, no momento em que ocorre a alteração das circunstâncias, o contraente lesado estava em mora.

Na doutrina e na jurisprudência, entende-se estar aqui previsto o atraso culposo do devedor[54], tal como sucede para os casos da perda ou deterioração do bem vendido (art. 807.º que consagra a *perpetuatio obligationis*)[55].

[50] P. Mota Pinto, *O contrato como instrumento…*, *cit*., p. 90. António Menezes Cordeiro, na sua Tese de Doutoramento, já citada, alude a *interpretação complementadora*, que critica, afastando, de igual forma, a integração porquanto esta pressupõe uma lacuna no contrato, o que aqui não sucede, ps. 1075- 1080.

[51] Diferente P. Mota Pinto, *O Contrato como Instrumento*, *cit.*, ps. 91 a 104, considerando que o art. 437.º pode ser afastado pelas partes se regularem contratualmente a distribuição do risco.

[52] Havendo quem considere que este instituto só opera depois de se recorrer às teorias do risco, da proteção da confiança e da interpretação contratual, *vide* as referências de António Pinto Monteiro, na nota 8 de p. 322, *Erro e Teoria da Imprevisão*, *in* Estudos de Direito do Consumidor. Coimbra: Almedina. Centro de Direito do Consumo da FDUC, n.º 6 (2004). ISBN 9786164603752 e ainda, Mota Pinto, *Ibidem*, ps. 92 a 95: além do afastamento contratual pelas partes do instituto aqui em causa (cláusulas condicionais, cláusulas resolutivas, cláusulas de adaptação ou de indexação, a aplicação subsidiária do regime resulta do próprio regime do risco do art. 796.º/1).

[53] *Vide* Carneiro da Frada, *Autonomia Privada e Justiça Contratual*, *cit.*, ps. 241-243.

[54] Vaz Serra, *Resolução ou Modificação*, *cit*., ps. 330 e 380.

[55] Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, Ld.ª, 4.ª Ed., 1987, p. 415. *Vide*, ainda, Carvalho Fernandes, *cit.*, p. 292. Sobre a não abrangência pelo instituto das alterações incluídos nos *riscos próprios do contrato*, A. Varela em Parecer, *cit.*, p. 10, refere tra-

No tocante ao credor, se faltar a sua colaboração para o cumprimento da obrigação do devedor, só um comportamento censurável (art. 813.º) daquele permitirá a aplicação do art. 408.º em seu prejuízo.

No caso do art. 830.º/3, excecionalmente, o faltoso pode beneficiar da execução específica, mesmo após se ter constituído em mora.

Quando se trate de contratos de execução periódica, a mora deverá aferir-se em relação a cada prestação do devedor. Nos contratos de execução continuada (como, por ex., a empreitada), a solução será mais complexa, podendo mesmo ser casuística. Contudo, se a alteração ocorre numa altura em que a data da execução já tenha sido ultrapassada, a mora do empreiteiro não lhe permite o recurso ao 437.º, mas se a alteração tem lugar, mesmo existindo atrasos na execução, por mora do empreiteiro, mas antes de esgotado o prazo final, já lhe assiste direito a este regime[56].

3.2.3 – Contratos a que se aplica o regime

a) Contratos com dilação temporal entre a sua celebração e a prestação a que se vinculou o devedor.

A lei não refere explicitamente que contratos são abrangidos pelo regime da alteração anormal das circunstâncias. Vaz Serra, já em 1957[57], entendia que os efeitos da alteração das circunstâncias não poderiam aplicar-se aos contratos

tar-se de uma obrigação razoável porque é inerente a todo o contrato de longa duração, ou de execução diferida, como a empreitada, um risco de modificação dos elementos que interessam às prestações (flutuação de preços, salários, outras alterações de mercado), pelo que as alterações que ocorrem entre a data da celebração do contrato e a sua completa execução estão já dentro da álea normal do negócio. Em certos contratos, como os especulativos, só seria relevante uma alteração *desmedida*.

[56] Assim, Carvalho Fernandes, *cit.*, p. 293-294.

[57] *Da Resolução ou Modificação…*, *cit.*, p. 326.

de execução imediata, posto que nestes as prestações são cumpridas de imediato, razão pela qual o que se imporia era que a prestação deva ser cumprida no futuro ou seja, que o contrato tenha *dependentiam de futuro*. Por isso, só estariam aqui em causa contratos de prestação periódica ou continuada ou uma obrigação de execução diferida[58].

A lei também não distingue entre contratos a longo prazo (por ex., renda perpétua) e contratos a breve prazo, mas nos primeiros será mais difícil as partes conseguirem demonstrar que não fosse previsível uma radical mudança económica. Quando a execução do contrato é estabelecida para mais breve trecho, essa demonstração torna-se mais viável.

A maior parte da doutrina entende também que este regime se não estende aos contratos já cumpridos[59]. Porém, com alguns autores[60] e na esteira de Larenz, concordamos que, excecionalmente, podem ser abrangidos estes negócios.

b) Contratos bilaterais, unilaterais e bilaterais imperfeitos

Os primeiros são aqueles em que há duas ou mais declarações de vontade que se destinam a um resultado unitário.

[58] Assim também Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, *cit*., p. 282.

[59] Ver doutrina citada por Galvão Telles, Manual dos Contratos, *cit*., p. 349, embora este autor e Ferrer Correia e Lobo Xavier, *Contrato de empreitada e cláusulas de revisão: interpretação e erro; a alteração das circunstâncias e aplicação do art. 473.º do Código Civil.* Revista de Direito e Economia. Coimbra: Almedina. Ano IV, n.º 1, janeiro/julho de 1978, p. 127, admita a sua aplicação excecional nestas situações.

[60] Carlos Mota Pinto, Teoria Geral, *cit.*, p. 603, Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, *cit.*, p. 283, e Galvão Telles, Manual dos Contratos, *cit.*, ps. 349-350, este último autor fornece o exemplo de um empreiteiro que pretendia aumentar o preço relativamente ao anteriormente acordado. A obra estava já iniciada, quando se verificou um forte aumento da inflação. O empreiteiro apressou-se a concluir os trabalhos para se furtar a tal perturbação. Terminada a obra, pediu em tribunal a elevação do preço em conformidade, invocando a alteração das circunstâncias, o que lhe foi deferido.

Nos unilaterais há uma só declaração de vontade, ou várias paralelas, formando um só grupo.

Nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos imperfeitos, uma das partes assume uma obrigação, mas a outra apenas realiza uma prestação em circunstâncias eventuais (como no mandato ou no depósito gratuitos)[61].

Em todos estes negócios jurídicos é possível o regime da alteração das circunstâncias[62].

c) Contratos aleatórios

Questão mais discutida é a que respeita aos chamados contratos aleatórios.

O contrato comutativo é aquele em que, uma das partes, além de receber prestação equivalente à sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência, como ocorre na compra e venda. Ou seja, há prestação e contraprestação certas.

Nos contratos aleatórios, as partes arriscam-se a uma prestação inexistente ou desproporcional, como por exemplo, nos seguros, nos empréstimos, jogo ou aposta, no contrato do art. 880.º/2 (*emptio spei*) e no *swap* de taxa de juro. Simplificando, é o contrato de decisões futuras onde há uma incerteza na contraprestação[63].

Ao contrário do que sucede em Itália, o nosso código não exclui expressamente estes contratos do regime aqui em causa.

Para Vaz Serra, esta categoria de contratos não deveria excluir-se quando a alteração excedesse apreciavelmente

[61] Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. I. [S.L.]. Almedina, 16.ª Ed. (2022). ISBN 978-989-40-0285-7, p. 199.

[62] C. da Mota Pinto, Teoria Geral, *cit*., p. 603.

[63] Vide Menezes Leitão, *cit.*, ps. 202-203.

todas as flutuações previsíveis na data do contrato[64], devendo deixar-se à jurisprudência a decisão casuística. Porém, parte da doutrina manifestava-se contrária a tal entendimento[65].

Atualmente, a maioria da doutrina parece aceitar a não aplicação do regime da alteração das circunstâncias quando o risco se encontra abrangido pela finalidade do contrato aleatório, apenas a admitindo quando as alterações são absolutamente imprevisíveis. Já quando o contrato tem fins especulativos, as partes sabem que podem retirar dos contratos lucros ou perdas.

Carneira da Frada[66] introduz aqui a noção de contrato injusto, aquele cujas partes deveriam abster-se de celebrar, estabelecendo como limites os previstos no art. 280.º CC, algo quase semelhante às cláusulas contratuais gerais e aos contratos de adesão, recorrendo também à boa-fé para fundar o dever de não celebrar um contrato iníquo ou excessivamente perigoso, que exponha as partes ou uma delas a um risco excessivo, fazendo também apelo aos negócios usurários, à usura de taxas de juros (arts. 282.º/2 e 1146.º) e à redutibilidade da cláusula penal (art. 812.º)[67].

[64] *Resolução ou modificação, cit.*, ps. 333-335 e 381. No mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, Direitos das Obrigações, *cit*., p. 283. Extensas referências doutrinárias podem ver-se em NUNO PINTO OLIVEIRA, *A Alteração das Circunstâncias*, cit., p. 161, nota 19.

[65] Como P. DE LIMA e VARELA, Código Civil Anotado, Vol. I, *cit.*, p. 413, nota b).

[66] *Autonomia Privada…*, *cit*, p. 248-253.

[67] Também ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, em 1984, no trabalho intitulado Inflação e Direito Civil. Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia. Coimbra, p. 10, realçava que o direito não pode desinteressar-se pela justiça do contrato, embora o princípio nominalista previsto no art. 550.º não permita, em princípio, a atualização das prestações pecuniárias em consequência da valorização ou desvalorização da moeda. Porém, se a parte lesada invocar a imprevisão desse acontecimento, só se justificará a revisão do contrato quando ocorra uma imprevista queda ou ruína da moeda, ou de uma súbita e anormal alteração do índice de desvalorização monetária que afete gravemente a base negocial (p. 21).

O jurista aludiu aqui ao conhecido caso dos *swap*[68], de taxa de juro, em "bola de neve", estabelecidos entre o Banco Santander e Empresas de Transporte Portuguesas. A possibilidade de alegar uma alteração anormal das circunstâncias para resolver ou modificar o contrato tem sido muito debatida na doutrina e na jurisprudência, havendo quem a exclua liminarmente[69] e quem, por outro lado, a considere

[68] Sobre este contrato podem ver-se, por ex., MARIA CLARA CALHEIROS, O Contrato de Swap. Stvdia Ivridica, Vol. 51, Coimbra Editora, 2000. ISBN 9723209632; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Instrumentos Financeiros. [S.L.]. Almedina, 2009. ISBN 9789724037035.

[69] Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, *cit*, ps. 1106-1108; ANA PRATA, anotação ao art. 437.º, *in* Ana Prata (coord.), *Código Civil anotado*, vol. I — *Artigos 1.º a 1250.º*, Livraria Almedina, 2017, ps. 558-560 (559-560); HENRIQUE SOUSA ANTUNES, anotação ao art. 437.º, *Código Civil anotado*, 151-169 (157); JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral,* vol. II — *Acções e factos jurídicos,* Coimbra Editora, Coimbra, 1999, págs. 418-419; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral,* vol. III — *Relações e situações jurídicas,* Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 200-201; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral,* 4.ª ed., Coimbra Editora, 2002, pág. 347 (nota n.º 318; JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Swap de taxa de juro: inaplicabilidade do regime da alteração das circunstâncias", in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143.º (Maio / Junho de 2014), págs. 348-373; JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Contratos bancários e alteração das circunstâncias", in: *Revista online Banca, Bolsa e Seguros*, vol. 1 (2014), págs. 153-174, in: WWW: < http://www.fd.uc.pt/bbs/pdfs/revista/rev_1_bbs.pdf >; PAULO MOTA PINTO, "O contrato como instrumento de gestão do risco de 'alteração das circunstâncias'", in: António Pinto Monteiro (Coord.), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, págs. 69-110 (95-104)¸ PAULO MOTA PINTO, "Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar", in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143.º, n.º 3987 (Julho / Agosto de 2014), págs. 391-413, e ano 144.º, n.º 3988 (Setembro / Outubro de 2014), págs. 14-56, onde o autor refere o seguinte: "(…) no contrato de *swap* o risco a que as partes se expõem é em grande medida *exógeno* (…) Mas (…) do contrato resulta a exposição a *riscos novos*, ou numa *medida superior* ou *não correspondente* à exógena ao contrato (já existente ou previsível no futuro), a verdade é que no contrato de *swap* de taxas de juro *não existirá praticamente nunca em ambas as partes uma intenção de aposta*, isto é, uma pura intenção especulativa (n.º 3988, p. 21). Mais adiante:" a inclusão da inexistência de uma crise como a crise financeira de 2008, como elemento integrante da "base do negócio" de um contrato de *swap* de taxa de juro, sempre tem que ser

em situações em que se ultrapassa largamente o risco assumido pelas partes.

Por nós, propendemos a aceitar a relevância da descida das taxas de juros, nos contratos de *swap* de taxas de juro, como, aliás, tem sido também entendido, pelo menos, por alguma jurisprudência[70].

3.2.4 – Os meios de reação

Estabelecidos os pressupostos do art. 437.º, o lesado tem direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade, podendo o lesado, segundo afirmam Almeida Costa[71] e Carvalho Fernandes[72], optar por uma ou outra das soluções, embora, de acordo com o segundo autor, também devesse levar-se em consideração o interesse da contraparte.

alegada e provada em concreto, para cada contrato (...)"- p. 51, pelo que apesar de se tratar aqui de um contrato aleatório, sendo-lhe co-natural um elemento especulativo, não pode afirmar-se que a descida da Euribor depois da crise de 2008, nos 15 anos em que a mesma já apresentou variações mais profundas, seja um acontecimento anormal e imprevisível. Um dos argumentos em que se baseia reside no facto de os nossos tribunais terem vindo a recusar em larga medida a aplicação o instituto, mesmo após a revolução de 74.

[70] A primeira jurisprudência portuguesa nesta matéria foi conhecida no Acórdão do RG de 31.1.2013 (Proc. 1387/11.5TBBCL.G1, Conceição Bucho). Em causa a celebração de um contrato de *swap* de taxa de juro durante o período da crise financeira, com o objetivo de delimitar a subida das taxas de juro. A partir do ano de 2009, verificou-se no mercado uma acentuada descida das taxas de juro, abaixo dos 3,95%, pelo que foram debitados à sociedade demandante as inerentes prestações. Decidiu o tribunal que a crise económica e financeira e consequente descida repentina das taxas de juro constitui uma situação excecional e anormal no sistema financeiro que tornou o contrato profundamente desequilibrado e contrário à boa-fé e aplicou o regime do 437º do CC, concluindo pela resolução do contrato. Em recurso, o Acórdão do STJ de 10.10.2013 (Proc. 1387/11.5TBBCL.G1. S1, Granja Fonseca) confirmou o acórdão de segunda instância. Também no Acórdão da RL 8.5.2014 (Proc. 531/11.7TVLSB, Ilídio Sacarrão Martins, aplicou a estes contratos o art. 437.º CC.

[71] Direito das Obrigações, cit., p. 286.

[72] A Teoria da Imprevisão..., cit., p. 294.

A posição dominante carateriza-se, porém, pela preferência por uma solução de modificação/adaptação do contrato. Neste sentido pronunciaram-se vários autores, como Carneiro da Frada[73], António Menezes Cordeiro[74] e Oliveira Ascensão[75].

Para Catarina Monteiro Pires[76], porém, "nas situações em que tanto a modificação quanto a resolução sejam abstratamente convocáveis, entendemos que o artigo 437.º, n.º 2, só concede à parte não afetada a faculdade de se opor ao pedido de resolução, declarando aceitar a modificação do contrato, se esta solução for concretamente exigível a ambas as partes. A modificação e a liquidação são ambas consequências da inexigibilidade de manutenção do vínculo originário e, ainda que em certos casos se possa intuir que a primeira constitui um meio de correção da «alteração das circunstâncias» mais próximo do contrato originário, esta suposição carecerá de confirmação no caso concreto. (…)

A determinação do meio de reação adequado e proporcional só pode realizar-se perante o circunstancialismo concreto e aquilo que, *in casu*, seja exigível a cada uma das partes".

Por nós, entendemos que, sendo o art. 437.º um remédio excecional que contende com a liberdade contratual e com o princípio da conservação dos contratos, sendo possível a modificação é por aí que deve começar a solução (mesmo que a parte tenha pedido a resolução) e, só não se vislum-

[73] *Crise Mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósitos vs. contratos de Gestão de Carteiras*. ROA, 2009, Dossier: Crise de 2007/2010, ps. 633 e ss. Disponível em {cff74a79-cd48-48be-afe5-abf13c42a66f}.pdf [em linha]. Atual. Consultado em 14.1.2025.

[74] Da Boa Fé…, *cit.*, p. 1105.

[75] Onerosidade Excessiva por …, *cit.*, ponto 9.

[76] *Efeitos da alteração das circunstâncias*. Revista o Direito, 145.º (2013), I-II. Almedina, disponível em f504354989241.pdf [em linha] atual. Consult. Em 20.1.2025, p. 185.

brando exequível tal remédio, se ponderará a resolução do contrato.

Aliás, este nosso entendimento está em consonância com as ideias subjacentes às cláusulas de *hardship*[77] e com o chamado *dever de negociar*.

As cláusulas de *hardship* estipulam o dever de renegociar o contrato uma vez verificado um acontecimento com o qual as partes razoavelmente não poderiam contar no momento da respetiva celebração e sendo tal acontecimento gerador de um desequilíbrio, de tal modo que uma das prestações se torna inútil ou excessivamente onerosa. O objetivo destas cláusulas é tornar possível a execução do contrato, evitando a sua resolução ou a injustiça para uma das partes de ter de suportar o rigor excessivo (*hardship*) do mesmo.

As cláusulas de *hardship* distinguem-se das cláusulas de força maior: enquanto as últimas dispõem sobre as consequências da impossibilidade superveniente e definitiva da prestação, conduzindo à extinção da obrigação e à exoneração do devedor em relação aos danos sofridos pelo credor, as

[77] Além das cláusulas de *hardship*, é ainda frequente as partes incluírem uma cláusula de distribuição de riscos, sobretudo nos contratos de fusão ou aquisição de empresas. Trata-se das chamadas *Material Adverse Clauses* (MAC). Tais cláusulas estabelecem um direito de desvinculação extrajudicial sem custos, verificado que seja determinado evento desfavorável, no período compreendido entre a celebração do contrato de compra e venda de participações sociais (*signing*) e a efetiva transmissão das mesmas (*closing*). As cláusulas MAC não preveem, em regra, uma modificação do contrato, mas a desvinculação do contrato não configura uma resolução típica, com os efeitos característicos da resolução consagrada no artigo 432.º CC. Com a estipulação destas cláusulas, o adquirente pretende acautelar-se dos riscos que não constituem objeto típico de *representações e garantias*, caindo fora da álea que estas tendem a assegurar. *Vide* Catarina Monteiro Pires, *Cláusulas de Preço Fixo, de Ajustamento de Preço e de Alteração Material Adversa ("MAC") e Cláusulas de Força maior — revisitando problemas de riscos de desequilíbrio e de maiores despesas em tempos virulentos*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa. Ano 80. jan.-jun. 2020. ISSN 0870-8118, ps. 73-93. Disponível em Layout 1. [em linha]. Atual. Consult. a 14.1.2025.

primeiras pressupõem que o cumprimento da prestação é ainda possível, apesar de demasiado oneroso.

Estas cláusulas são produto da autonomia privada, pelo que os contraentes podem definir hipóteses de onerosidade excessiva que normalmente recairiam na esfera de riscos do devedor - isto é, as partes podem estipular um dever de renegociar mesmo relativamente a eventos supervenientes que não seriam abrangidos pelo artigo 437.º CC, já que pertenceriam aos riscos próprios do contrato.

Desdobram-se em dois momentos: primeiro, procura-se indicar quando surge ou se concretiza o dever de renegociar e, depois, quando se especifica o procedimento a adotar para a revisão do contrato e as consequências do seu incumprimento[78].

Por outro lado, embora na lei se não estabeleça a prévia obrigação das partes renegociarem os termos do contrato, em caso de alteração das circunstâncias, há entre nós quem tenha defendido a existência desse dever como emergente da boa-fé[79], existindo mesmo uma *tendência firme*, no plano pré-legislativo internacional (PECL e UNIDROIT) para considerar a via renegociatória como primeiro mecanismo[80].

[78] Cfr. A. PINTO MONTEIRO, *O contrato de gestão do risco*, *cit.*, p. 15.

[79] MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil, II (Parte Geral – Negócio jurídico). [S.L.]. Almedina, 4.ª Ed., 2014. ISBN 9724055299, p. 778.

[80] Cfr. PEREIRA COELHO, *Alteração das circunstâncias e dever de renegociação – algumas observações*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra: Gestlegal, ano 152, n.º 4037 (nov.-dez. de 2022), p. 131. Favoráveis à solução da renegociação, que extrai da boa-fé e do abuso do direito, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *cit*., ps. 158 e 159, onde o autor cita, em abono da sua tese, vários outros autores. Sobre a alteração das circunstâncias nos instrumentos de harmonização do direito privado europeu, pode ver-se, por ex., Renato Lovato Neto e Maria Raquel Guimarães, *Times they are a-changin': De novo sobre a alteração superveniente das circunstâncias no direito privado português, no direito europeu e nos instrumentos europeus e internacionais de harmonização do direito privado*, in Ars Iuris Salmanticensis. ESTUDIOS, Vol. 4, jun. 2016. ISSN: 2340-5155, ps. 170-186.

Quando a intervenção do tribunal seja solicitada, o tribunal decide segundo juízos de equidade (437.º/1).

No caso da resolução, o critério não será difícil de operar.

Porém, no que toca à modificação do conteúdo contratual opera-se em terreno mais incerto, pois a *equidade* "não deriva de formulações aritméticas e pode exigir uma repartição dos riscos contratuais distinta de uma pura igualdade formal de perdas. A modificação em apreço não equivale a restabelecer a relação entre o valor da prestação e o valor da contraprestação à data do contrato e, por isso, não deve ficar excluída a possibilidade de um dos contraentes ser «onerado» em maior medida com o resultado da aplicação do artigo 437.º, desde que a tanto conduzam os critérios de justiça que presidem a este preceito"[81].

Por isso, Menezes Cordeiro propõe[82] que na *reductio ad aequitatem* se atenda, primeiro, à vontade das partes (real ou conjetural) e às margens de lucro e de risco que assumiram inicialmente, de modo que não deve decidir-se uma revisão de contrato que permita todos o lucros que o devedor inicialmente previa, mas apenas se lhe diminua o prejuízo excessivo.

Fora disso, deve adotar-se a ideia de Kegel, de simples bom-senso, e que consiste em repartir os danos pelos contraentes.

4 – Interpretação conforme à Constituição

Começámos, na introdução, por aludir às alterações introduzidas pela Const., sobretudo no campo dos direitos fundamentais (e remissão para instrumentos de direito internacional como a DUDH).

Pensamos que a interpretação e a aplicação do regime que permite a revisão ou a resolução dos contratos em virtude da alteração anormal das circunstâncias supervenientes

[81] *Da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, ps. 78 a 83.

[82] *Da Alteração das Circunstâncias*, *cit.*, ps. 78 a 83.

são tributárias dos princípios e suas concretizações ínsitas no Texto Fundamental.

Fora de dúvida estar hoje ultrapassado o modelo formal de contrato e o seu enclausuramento rígido no âmbito da autonomia das partes e da liberdade contratual de sabor liberal.

Há, desde há muito e cada vez mais, fatores materiais, externos aos sujeitos negociais que reclamam por uma racionalidade distinta e legitimam um "controlo da razoabilidade e do equilíbrio dos termos contratuais"[83].

O modelo social da sociedade dita *burguesa* deixou de representar a realidade política e normativa e, no âmbito do direito privado, as posições jurídico-subjetivas ganharam tutela constitucional, sobretudo ali, onde as normas jurídico-privadas se revelam um campo aberto, com inerente necessidade de recurso a princípios normativos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados (como se vê no art. 437.º CC), todos a exigirem uma aplicação casuística mais criativa, ou, como já se disse, *uma adaptação de estruturas envelhecidas a novos condicionalismos*.

De modo que «dando como assente que o funcionamento, com sentido, da autonomia privada, pressupõe, na esfera contratual, a autodeterminação de ambas as partes e que esta é afectada quando há, entre elas, uma situação de disparidade de poder negocial, o ordenamento procura combater as consequências disfuncionais do seu exercício. Nessas soluções, a autodeterminação desempenha o papel de pressuposto negativo da intervenção: constatada a inoperância funcional da autonomia privada, por falta de autodeterminação em medida bastante, o ordenamento institui medidas de tutela compensatórias, a favor do contraente em

[83] JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Controlo do Conteúdo dos Contratos: Uma Nova Dimensão da Boa Fé*. Revista Da Faculdade De Direito UFPR, n.º 42 (2025), em https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184. [em linha] atual. Consultado a 19.1.2025. Ps. 5-34.

situação de inferioridade. (…) Estabelecem-se, assim, em certas zonas e modalidades do tráfico negocial, mais apertados limites à liberdade contratual do que os vigentes no regime comum. (…) Esta orientação, bem sedimentada no moderno sistema de direito civil, encontra também suporte e enquadramento constitucional, designadamente na concepção de CANARIS dos direitos fundamentais. (…) Nesta óptica, relevam as condições materiais de exercício da autonomia, pelo que, em face de um conteúdo significativamente oneroso para uma das partes, o juiz não pode decidir, sem mais, pela sua execução tal como acordado, confortando-se com o entendimento de que "contrato é contrato[84]"».

Assim, tem de se fazer apelo, desde logo, ao princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso como critério de controlo e ponderação de posições privadas, mas também a direitos fundamentais ou análogos, como o de propriedade (art. 62.º Const.), o qual "corresponde a qualquer posição ativa de conteúdo patrimonial e não apenas ao direito real com a mesma designação"[85], embora o Tribunal Constitucional decida raramente acerca da questão da aplicação horizontal dos direitos fundamentais[86].

Contudo, não vemos como não deixar de considerar que a referência a expressões e conceitos como "alteração anormal", "equidade" e "boa-fé", no confronto entre duas ou mais posições subjetivas privadas, impõe também uma interpretação conforme a Const., mormente no que tange à proporcionalidade e proibição do excesso que exige o maior equilíbrio possível entre prestações, ainda que com respeito pelo desequilíbrio inicial pretendido pelas partes, e à proprie-

[84] *Ibidem*, ps. 10-11.

[85] JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Código Civil e Constituição, in* 50 Anos do Código Civil, Coord de António Pinto Monteiro. Coimbra: Almedina. 2019. ISBN 9789724080062, ps. 459-473.

[86] Cfr. P. MOTA PINTO, Olhar o Constitucionalismo Português, *cit*., p. 143-161.

dade e sua consideração no campo das ablações patrimoniais que resultam da alteração das circunstâncias.

III – Aplicação jurisprudencial da modificação ou resolução por alteração das circunstâncias

1. A Jurisprudência pós-revolução

1.1 – Tribunal Constitucional

A proibição do excesso, decorrente do princípio da proporcionalidade foi assim definida no Acórdão do TC n.º 651/2009, do Plenário, ponto 5: «*o princípio* [da proporcionalidade ou da proibição do excesso] *decorre antes do mais das próprias exigências do Estado de direito a que se refere o artigo 2º. da Constituição, por ser consequência dos valores de segurança nele inscritos. Tendo assim a proibição do excesso uma sede material que se revela bem mais vasta do que aquela que é coberta pelas suas referências textuais explícitas, natural é que ela possa ser invocada como parâmetro constitucional em outras situações, que não apenas as referentes, nomeadamente, às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. É que o princípio vale, não apenas como limite constitucional das ações do legislador, mas como limite das atuações de todos os poderes públicos* (…). *Como os direitos fundamentais desempenham, no nosso ordenamento jurídico, também uma importante função valorativa ou objetiva, por certo que o princípio poderá ser invocado como instrumento de ponderação sempre que estiverem em causa valores jus fundamentais que entre si, objetivamente, conflituem. Ponto é, no entanto, que se tenha demonstrado previamente que, ainda nessas situações, o legislador, não agindo no âmbito da sua liberdade de conformação política, se encontrava constitucionalmente vinculado a decidir de um certo modo, e não de outro, o conflito entre os bens ou valores em colisão.*»

Já o direito de propriedade (direito de natureza análogo aos direitos, liberdades e garantias – art. 17.º Const.) deve entender-se, como já mencionado, não apenas limitado ao universo das coisas, mas também referido a outros direitos de valor patrimonial, nomeadamente os direitos de crédito.

O entendimento do TC tem evoluído nesta matéria.

Numa primeira fase, observa-se que a equiparação é afirmada sem qualquer restrição – cfr., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 25/85 e 236/86. Mas, logo após, o TC começou a cingir a natureza análoga ao "núcleo garantístico essencial" do direito de propriedade privada. Assim sucedeu, outrossim, no Acórdão n.º 404/87, que julgou a conformidade constitucional do regime de aquisição forçada da propriedade pelo colono-rendeiro. Também nos Acórdãos n.ºs 194/89 e 195/89 pode-se ler: «Certo que o direito à propriedade privada não é elencado pela Constituição portuguesa entre os chamados "direitos, liberdades e garantias", mas deve entender-se que é um direito fundamental a estes análogo, e sujeito, por consequência, e por força do artigo 17.º da Constituição, ao respectivo regime jurídico (incluindo aí a reserva parlamentar), se não, porventura em todos os aspectos do seu estatuto e regulamentação, ao menos naqueles (como é agora o caso) que são verdadeiramente significativos e determinantes da sua caracterização como garantia constitucional.»

Todavia a evolução posterior foi no sentido de delimitar de modo mais apertado as dimensões e relevo do direito de propriedade em confronto com outros ditos.

A primeira concretização dessa consequência deu-se com o Acórdão n.º 1/84, que recaiu sobre o direito de remição coativa de colónia, um regime fundiário, com analogia com o direito de superfície ou a enfiteuse, de desmembramento da propriedade do solo e da propriedade das benfeitorias nele realizadas pelo cultivador, privativo da Região Autóno-

ma da Madeira. O juízo de constitucionalidade da unificação das duas propriedades, nas mãos do colono, foi reiterado nos Acórdãos n.ºs 14/84 e 404/87.

Já na questão decidida pelo Acórdão n. º159/2007, estava em causa o direito, outorgado ao rendeiro, de "remir o contrato, tornando-se dono da terra pelo pagamento do preço que for fixado pela comissão arbitral", nas situações em que "as terras foram dadas de arrendamento no estado de incultas ou de mato e se tornaram produtivas mediante o trabalho e investimento do rendeiro". O Tribunal pronunciou-se pela constitucionalidade, afirmando: «A Lei Fundamental não impede a existência de outras limitações ou restrições ao direito de propriedade (incluindo actos "ablativos") para além das que resultam da expropriação e da requisição. O que a Constituição proíbe é, desde logo, a ablação do direito de propriedade, sem que os actos que a consubstanciam estejam suficientemente ancorados em outras normas ou princípios constitucionais dos quais resulte a necessidade de ablação da propriedade».

1.2 – Jurisprudência dos tribunais comuns

A Revolução de 1974 representou uma mudança significativa no contexto português. Contudo, a aplicação do artigo 437.º requer uma análise cuidadosa para determinar se as alterações decorrentes de tal evento configuram uma "alteração anormal das circunstâncias" que justifique a modificação ou resolução de um contrato, pelo que e a jurisprudência tem sido prudente[87], avaliando caso a caso, e considerando os princípios da boa-fé e os riscos inerentes ao contrato, especialmente após uma Revolução e uma Const. que modificaram radicalmente a ideologia política e legisla-

[87] O que tem sido aplaudido por alguma doutrina, como P. Mota Pinto, *Contrato de swap*…, cit., ps. 47 e ss. e A. Menezes Cordeiro.

tiva, bem como a realidade histórica (vejam-se os casos do contratos de mútuos ou de compra para aquisição de ações que perderam o seu valor, a descolonização, as nacionalizações[88] e os *saneamentos*).

Embora não existam muitos acórdãos diretamente relacionados com a aplicação do artigo 437.º no contexto da Revolução de 1974, a jurisprudência posterior oferece *insights* sobre a interpretação deste artigo em situações de mudanças significativas.

Logo em 75, antes da atual Const. ter entrado em vigor, o STJ considerou não relevante uma baixa de 34% do preço da cortiça. No contrato de compra e venda, também se desprezou uma subida de 300% a 400% do valor do bem prometido[89].

Porém, em 1977, no Proc. n.º 066462. da 1.ª Secção (Cível) do STJ (Arala Chaves), publicado no BMJ, n.º 263, Ano,1977, p. 257, considerou-se que num contrato em que uma das partes se obrigou a pagar a outra uma bonificação tendo em conta um determinado fornecimento para indústria, a falta de matéria-prima para a laboração inclui-se, generalizadamente, nos paradigmas de alterações anormais de circunstâncias.

Já no ac. proferido, ainda nesse ano, no proc. 066907 (Acácio Carvalho), ECLI:PT:STJ:1977:066907.A3 www.dgsi.pt Fonte: STJ (DGSI), BMJ n.º 272 ANO, 1978. P.193, inverteu-se o raciocínio, entendendo-se que alteração da ordem política, jurídica, social e económica, com usurpação de administração pelos empregados, não constitui causa liberatória da responsabilidade do devedor e também não integra,

[88] RLJ, 113, 1980-1981, n.º 3677, p. 306 e ss.

Sobre um caso concreto, decidido em Coimbra, em que estava em causa a desvalorização de ações de uma empresa de transportes, em consequência da sua nacionalização, pode ver-se o Parecer de Lobo Xavier e C. Mota Pinto, *Alteração das Circunstâncias e Risco*, CJ, ano VIII, Tomo V, 193, ps. 17-29.

[89] Decisões citadas por P. Mota Pinto, *Ibidem*, p, 48.

para os efeitos do artigo 437.ºCC, o conceito de "alteração anormal das circunstâncias que serviram de base ao negócio firmado", assente que a obrigação de natureza pecuniária emergiu diretamente da relação cartular estabelecida com a emissão de quatro letras em janeiro e fevereiro de 1975.

De igual modo, no ac. do STJ, proferido em 1978, no proc. 066908 (Abel de Campos), ECLI:PT:STJ:1978:066908.02 www.dgsi.pt Fonte: STJ (DGSI), sumariou-se: "Perante um negócio jurídico que se traduziu num simples mútuo, garantido por uma livrança, com prazo certo de pagamento, não pode entender-se terem ambas as partes contratado, tomando como base do negócio a estabilidade das condições então existentes para a indústria e comércio, nomeadamente a construção civil, de molde a ficar implícita a importância basilar desse condicionalismo e, assim, poder a sua alteração anómala vir a influenciar a forma do seu cumprimento. Assim, contraída a obrigação antes de 25 de Abril de 1974, não é de aplicar o dispositivo do artigo 437 do Código Civil, apenas em consequência das alterações de ordem económica que vieram a resultar da modificação política então ocorrida.

No ac. do STJ, de 17.1.1980, comentado por Vaz Serra[90], estava em causa uma demanda pelo dono da obra contra o empreiteiro, pedindo a entrega do imóvel construído e indemnização pelo atraso, tendo este último reconvencionado pedindo a modificação do contrato por alteração das circunstâncias em virtude do aumento dos preços, ocorrida após o 25 de abril, o que lhe foi negado, considerou Vaz Serra tratar-se a empreitada de um contrato aleatório, devendo o tribunal ter abordado a questão por via da integração dos contratos (art. 239.º) e determinar o que quereriam as partes se tivessem previsto a alteração das circunstâncias.

[90] RLJ, 113, 1980-1981, n.º 3677, p. 306 e ss.

No ac. STJ, Proc. 068423, de 10.04.1980 (Daniel Ferreira), considerou-se que o encerramento da Bolsa de Valores, após o 25 de Abril de 1974, se acarretou prejuízos para muitos lesados, foram eles decorrentes de condições gerais então verificadas, que não do contrato celebrado em que se ofereceram ações como caução ou garantia de créditos concedidos em conta corrente.

Mais recentemente, os tribunais manifestam tendência para uma maior admissibilidade do instituto, como pode ver-se, por exemplo, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.3.2006 (Revista n.º 447/06, Nuno Cameira): Este acórdão destaca que o artigo 437.º admite a resolução ou modificação do contrato em termos genéricos, permitindo que, em cada caso concreto, se avalie, à luz da boa-fé e da base do negócio, a possibilidade de aplicação do artigo.

Relativamente à crise financeira de 2008-2009 e ao caso dos contratos de *swap*, admitindo a sua resolução com base na alteração das circunstâncias, pode ver-se, entre outros, o ac. STJ, de 10.10.2013, Proc. n.º 1387/11.5TBBCL.G1.S1(Granja da Fonseca)[91].

A propósito da crise pandémica existem múltiplos exemplos. Veja-se o ac. STJ, de 18.6.2024, Proc. 2916/20.9T8PDL.L1. S1[92] (Ana Paula Lobo), que considerou resolvido um contrato de promessa de cessão de quotas, celebrado em agosto de 2019, relativamente a empresa que detinha licença de exploração turística para observação de cetáceos, nos Açores, sendo tal atividade destinada ao turismo, setor em franco crescimento no momento da celebração do contrato. Com a pandemia, os donos da empresa foram obrigados a encerrá-la e a despedir os trabalhadores, tendo o seu

[91] Em dgsi.pt.

[92] Também em dgsi.pt.

volume de negócios diminuído em 90%. A resolução fundou-se o disposto no art. 437.º CC[93].

[93] Finalmente, pela peculiaridade da matéria (devolução do valor pago por viagem de avião de que os passageiros não puderam usufruir por, entretanto e por força da pandemia, terem sido proibidas as atividades letivas em que se inseria a viagem), gostaríamos de citar o ac. RP, de 8.5.2023, Proc. 15604/21.0T8PRT.P1 (Fernanda Almeida), igualmente em dgsi.pt.

COMPETÊNCIA MATERIAL DOS CENTROS DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: UM ESTUDO DE CASO

Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa[*]

Os centros de arbitragem de conflitos de consumo que integram a rede de arbitragem de consumo assumem-se, cada vez mais, como uma verdadeira alternativa aos tribunais judiciais para a resolução de litígios entre consumidores e profissionais. Obedecendo a uma lógica de *multi-step dispute resolution*, em que a mediação surge como fase prévia, seguida da conciliação e da arbitragem[1], os procedimentos de resolução alternativa de litígios de consumo caracterizam-se pela sua eficácia, simplicidade, acessibilidade e celeridade (art. 10.º da Lei RALC) e notabilizam-se pela promoção de uma justiça especializada (art. 7.º da Lei RALC), encontrando-se os responsáveis por cada um dos procedimentos adstritos às incontornáveis exigências de independência e imparcialidade (art. 8.º da Lei RALC) e à obrigação de cumprir e fazer

* Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutorando em Direito, Ramo Ciências Jurídico-Processuais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[1] JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2019, p. 130.

cumprir o princípio da igualdade substancial das partes, que se manifesta, nomeadamente, nos princípios do contraditório e da igualdade de armas (art. 12.º da Lei RALC).

Neste conspecto, e considerando o alcance que a arbitragem "necessária" (*rectius*, arbitragem potestativa), dependente tão só de opção expressa dos consumidores, conhece hodiernamente[2], os casos em que dúvidas se suscitam acerca da competência material acompanham a tendência de crescimento do número de processos que, ano após ano, dão entrada nos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados[3].

Ora, com este *artigo*, propomo-nos trazer para reflexão uma situação real, com as necessárias adaptações e expurgada de dados nominativos, com que fomos confrontados no âmbito da nossa atividade de juiz-árbitro de conflitos de consumo[4], descrevendo o raciocínio lógico que percorremos para a adoção de uma pronúncia sobre a questão da competência material do centro de arbitragem, certos de que a hipótese que se exporá *infra* se situa numa "zona cinzenta", de fronteira, e, como tal, requer especial ponderação.

Circunscrevendo a nossa atenção ao perímetro das alegações relevantes das partes para a análise da questão de que nos propomos ocupar *hic et nunc*, temos, então, o quadro que vai descrito em seguida.

Na sua reclamação de consumo, a demandante "A" aduziu que, em 03.09.2021, quando se encontrava a realizar compras no estabelecimento da reclamada "B", S.A. sito no

[2] Art. 15.º, n.º 1 da LSPE e art. 14.º, n.ºs 2 e 3 da LDC.

[3] A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do DL n.º 425/86, de 27 de dezembro. No ano de 2024, os centros de arbitragem de conflitos de consumo resolveram 8.665 litígios de consumo através dos procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem – cf. https://www.consumidor.gov.pt/comunicacao1/noticias1/detalhe-da-noticia?uri=10534&page=1.

[4] No âmbito do Proc. n.º 566/2023/MB/BS, que correu termos pelo TRIAVE.

centro comercial "X", sofreu uma aparatosa queda devido a água que existia no chão, perto das arcas congeladoras; na sequência desse evento, os funcionários da reclamada logo lhe prestaram auxílio e aconselharam a deslocar-se às urgências do hospital, onde lhe foi diagnosticado traumatismo da região lombar, o que a obrigou a usar colete de imobilização e tomar medicação; de acordo com atestado de doença passado pelo seu médico, apresentava "dor dorsolombar intensa" na sequência da queda; tratava-se de pessoa com 75 anos de idade e teve de recorrer ao apoio domiciliário de Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS) para realização de alimentação, higiene pessoal e da casa. Pedia que o Tribunal julgasse a ação procedente, condenando a reclamada ao pagamento das despesas médicas, medicamentosas, fisiátricas e com apoio domiciliário, presentes e futuras, em que incorreu e teria de incorrer por causa do alegado facto ilícito do lesante.

Por seu turno, na sua resposta em fase de mediação, a reclamada "B", S.A. deduziu defesa por exceção e por impugnação, sendo que, por exceção, invocou a incompetência material do centro de arbitragem, atento o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 4.º do Regulamento interno do centro (doravante, "Regulamento")[5], por considerar que em causa estava "uma reclamação de efetivação de eventual responsabilidade civil extracontratual decorrente da alegada queda da cliente na Loja da Reclamada da qual, segundo a mesma, subsistiram danos patrimoniais que pretende ver reparados", "nada tendo que ver com a relação de consumo que se preparava para estabelecer quando se deslocou ao hipermercado". E concluiu, pedindo que o Tribunal julgasse procedente a ex-

[5] Embora com algumas dissemelhanças entre si, os regulamentos internos dos centros de arbitragem de competência genérica seguem, em larga medida, o Regulamento Harmonizado elaborado pela DGC e pela DGPJ, disponível em https://www.consumidor.gov.pt/upload/processos/i006707.pdf.

ceção dilatória de incompetência material, absolvendo a reclamada da instância ou, se assim não entendesse, julgasse a ação improcedente, por não provada, absolvendo a demandada do pedido.

Quid juris em relação à alegada incompetência material do centro de arbitragem?

De acordo com os arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento, o centro de arbitragem é competente para a resolução de "conflitos de consumo" – tal como definidos no n.º 2 daquele art. 4.º – originados "por contratos de consumo celebrados dentro do respetivo âmbito geográfico" ou "por contratações à distância ou fora do estabelecimento comercial", nos casos em que o consumidor resida na área geográfica do centro.

Ora, como bem assinalam JORGE MORAIS CARVALHO e JOANA CAMPOS CARVALHO[6], "(…) para responder à questão de saber quando é que estamos perante um litígio de consumo, é necessário perceber qual é o conceito relevante de consumidor", o qual podemos e devemos extrair do "diploma central no que respeita à regulação das relações de consumo" – a Lei de Defesa do Consumidor.

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 2.º da LDC, "[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". Foi este conceito de consumidor e, por decorrência, de relação de consumo, que inspirou a definição de "conflito de consumo" constante do n.º 2 do art. 4.º do Regulamento.

[6] JORGE MORAIS CARVALHO, JOANA CAMPOS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo", in *RED – Revista Eletrónica de Direito*, fevereiro de 2016 – n.º 1, pp. 11-13, *maxime* p. 11, acessível em https://cij.up.pt//client/files/0000000001/3_642.pdf.

Em termos próximos, o n.º 1 do art. 2.º da Lei RALC, que estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, postula que "[a] presente lei é aplicável aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL), quando os mesmos sejam iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços e respeitem a *obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços*, celebrados entre fornecedor de bens ou prestador de serviços estabelecidos e consumidores residentes em Portugal e na União Europeia" [itálico nosso].

Apreciando analiticamente o elemento objetivo do conceito técnico-jurídico de consumidor[7] e seguindo de perto o ensinamento de JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA e JOANA CAMPOS CARVALHO, "não existe qualquer fundamento objetivo que permita a aplicação de regras e princípios diferentes aos mesmos procedimentos de RALC apenas em função do tipo contratual em causa. Tal interpretação poderia, aliás, conduzir a um efeito contrário ao pretendido pela Diretiva RALC[8], reduzindo a confiança dos consumidores no mercado interno em consequência da disparidade de regras aplicáveis aos mesmos procedimentos", justificando-se, como tal, uma "interpretação extensiva" da norma do n.º 1 do art. 2.º da Lei RALC, "que alargue o seu âmbito de aplicação aos restantes tipos contratuais", à semelhança do que decorre da norma do n.º 1 do art. 2.º da

[7] Sobre a estruturação do conceito técnico-jurídico de consumidor assente em quatro elementos – subjetivo, objetivo, teleológico e relacional –, *vide* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 29-36.

[8] Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo.

LDC[9]. No que respeita, em particular, aos serviços públicos essenciais e ao regime de "arbitragem necessária" previsto na norma do n.º 1 do art. 15.º da LSPE, JORGE MORAIS CARVALHO e JOANA CAMPOS CARVALHO defendem que a resolução, por via de arbitragem, de um conflito de consumo não depende, necessariamente, da existência de um contrato entre as partes, *podendo o litígio de consumo resultar de uma relação pré-contratual ou para-contratual*[10], e exemplificam: no caso do serviço de fornecimento de energia elétrica, a norma do n.º 1 do art. 15.º da LSPE permite ao consumidor submeter um litígio à jurisdição arbitral sem dependência de declaração negocial da entidade demandada, quer esta última seja o comercializador (com quem celebrou um contrato), quer seja o distribuidor [com quem não celebrou qualquer contrato, mas *com quem mantem* "*uma relação reconhecida como tal por via legal e regulamentar*" (itálico nosso), o que resulta, nomeadamente, do preceito plasmado na norma do n.º 1 do art. 9.**º** do RQSSEG[11]][12].

Em especial, apesar de a letra das normas do n.º 1 do art. 2.º da LDC e do n.º 1 do art. 2.º da Lei RALC parecer pressupor a conclusão de um contrato para o reconhecimento da qualidade de consumidor a uma pessoa física – e, por essa via, da existência de uma relação jurídica de consumo –, mal se compreenderia o acolhimento de uma interpretação que, assim, desconsiderasse a fase pré-contratual, tão marcada, entre nós, pela previsão, entre outras obrigações, de exigentes e vastos deveres de informação que impendem sobre o

[9] JORGE MORAIS CARVALHO, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, pp. 28-29.

[10] Neste sentido, o Ac. do TRG de 23.09.2021, Proc. n.º 41/21.4YRGMR (Sandra Melo), acessível em https://www.dgsi.pt/.

[11] Aprovado pelo Regulamento n.º 826/2023, de 28 de julho, da ERSE.

[12] JORGE MORAIS CARVALHO, JOANA CAMPOS CARVALHO, "Problemas Jurídicos da Arbitragem e da Mediação de Consumo", p. 12.

profissional (e que, correspetivamente, constituem direitos do consumidor)[13], e até mesmo o não menos relevante momento do primeiro contacto negocial que, nas relações *business--to-consumer* ("B2C"), é promovido, amiúde, por via de mensagem publicitária ou outra comunicação comercial.

Note-se que, para efeitos do DL n.º 57/2008, de 26 de março[14] (para o qual remete o n.º 1 do art. 11.º do Código da Publicidade[15]), entende-se por «prática comercial» "qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, *incluindo a publicidade e a promoção comercial*, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um

[13] Assim, desde logo, na própria LDC, sob o n.º 1 do art. 8.º, prescreve-se que "[o] fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto" de um conjunto de elementos que, a seguir, se enunciam. Ainda na mesma Lei, na regra do n.º 1 do art. 9.º, estabelece-se que "[o] consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos", uma solução normativa de Direito do Consumo inspirada no disposto pelo n.º 1 do art. 227.º do CC [sublinhados nossos].

Extravasando o domínio estrito da LDC e percorrendo algumas dos diplomas que regulam, em especial, as relações de consumo, em função do modo de contratação ou do tipo contratual em causa, também identificamos abundantes previsões que conferem especial tutela ao consumidor em momento pretérito à conclusão do acordo negocial. Sem pretensão de exaustividade, destacamos os arts. 4.º, 4.º-A e 5.º do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, o art. 28.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, os arts. 5.º e 6.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, os arts. 18.º a 23.º do DL n.º 72/2008, de 16 de abril, o art. 120.º da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, os arts. 6.º a 8.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho, os arts. 8.º a 10.º e 12.º a 14.º do DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e, claro, com especial relevância, o DL n.º 57/2008, de 26 de março.

[14] 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. Os itálicos apostos nas transcrições de normas que se seguem são nossos.

[15] Aprovado pelo DL n.º 330/90, de 23 de outubro, diploma que também estabelece, sob os arts. 6.º e 12.º, o princípio do respeito pelos direitos do consumidor como um dos princípios fundamentais que rege a publicidade.

bem ou serviço ao consumidor" [art. 3.º, al. d)], a qual pode ocorrer "*antes, durante ou após uma transação comercial* relativa a um bem ou serviço" (art. 1.º, n.º 1), sendo que a «decisão de transação» exprime, por sua vez, a "decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber *se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente*, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir" [art. 3.º, al. k)], reportando-se o segmento em itálico ao *iter negotii*, seja à *fase negociatória*, que se inicia com os primeiros contactos estabelecidos entre as partes e se estende até ao momento da conclusão do acordo de vontades – os "preliminares" a que se refere o n.º 1 do art. 227.º do CC –, seja à *fase decisória*, correspondente, esta, à redação do clausulado e à celebração do vínculo negocial – a "formação" do contrato, mais uma vez na terminologia empregue no n.º 1 do art. 227.º do CC[16].

Neste sentido, a Comunicação da Comissão "Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno"[17], frisa que "[a] própria redação do artigo 2.º, alínea k) [da Diretiva n.º 2005/29/CE[18]], sugere que a definição deve ser interpretada de forma lata e que o conceito de decisão de transação deve abranger um amplo conjunto de decisões tomadas pelo consumidor em relação a um pro-

[16] PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 420-427; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000, Coimbra, Almedina, 2012, p. 269.

[17] Comunicação da Comissão 2021/C 526/01, de 29.12.2021, acessível em https://eur-lex.europa.eu/.

[18] Transcrita, *ipsis verbis*, no art. 3.º, al. k) do DL n.º 57/2008, de 26 de março.

duto"[19], algo que também vem sendo afirmado pela jurisprudência do TJUE, de que é exemplo o Ac. de 19.12.2013 (*Trento Sviluppo srl e Centrale Adriatica Soc. coop. arl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), §§35-36 e 38[20]: "este conceito [decisão de transação] inclui não apenas a decisão de adquirir ou não um produto, mas igualmente a que apresenta uma relação direta com esta, nomeadamente a de entrar na loja" (§36). Conclui, assim, a Comunicação da Comissão que "(…) o conceito de decisão de transação também engloba as decisões prévias e posteriores à compra", as quais "(…) poderão resultar em atos que não têm quaisquer consequências jurídicas ao abrigo do direito nacional dos contratos e podem ser tomadas em qualquer altura entre o momento em que o consumidor é inicialmente exposto ao *marketing* e o fim da vida do produto ou a utilização final do serviço". Ainda de acordo com a Comunicação, são exemplos de decisões de transação prévias à compra "[a] decisão de deslocação a uma loja ou ponto de venda em consequência de uma oferta comercial", "[a] decisão de aceitar uma apresentação comercial realizada por um profissional" e "[a] decisão de visitar um sítio *Web* em consequência de uma oferta comercial" e constituem decisões de transação posteriores à compra "[a] decisão de retratação [*rectius*, arrependimento] ou rescisão [rectius, resolução] de um contrato de prestação de serviços" e "[a] decisão de trocar para outro prestador de serviços".

Já revelando a sua adesão a uma noção ampla de relação de consumo, que não se cingia à execução do contrato de consumo, recorde-se que a *Comissão do Código do Consumidor* propunha, sob o n.º 1 do art. 10.º do Anteproje-

[19] Comunicação da Comissão 2021/C 526/01, de 29.12.2021, p. 31, de onde também se extraíram as próximas passagens que, sem outra indicação, se encontram reproduzidas no mesmo parágrafo em corpo de texto.

[20] Proferido no Proc. C-281/12 e acessível em https://curia.europa.eu/.

to[21], que o elemento objetivo se reconduzisse ao "estabelecimento de relações jurídicas", tenham sido elas conducentes ou não à conclusão de um contrato. Partilhando desta opção por uma compreensão lata do que seja uma situação de consumo atributiva da qualidade de consumidor, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA sugere que por consumidor se entenda "(…) todo aquele, que assuma um *contacto negocial* ou uma *ligação especial* com um profissional"[22].

Idêntico caminho tem sido prosseguido pela jurisprudência nos nossos tribunais superiores, novamente a propósito da definição do que seja um litígio de consumo no âmbito de um serviço público essencial, para efeitos da "arbitragem necessária" prevista no n.º 1 do art. 15.º da LSPE.

Assim, em Ac. do TRC de 17.11.2015[23], estando em causa um litígio que envolvia uma empresa concessionária do serviço público de abastecimento de água e o proprietário de um imóvel, por conta do pagamento de uma obrigação pecuniária emergente da instalação de um ramal de ligação à rede pública reclamado pela primeira ao segundo, declarou-se que "[a] Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei n.º 23/96, de 26/7) não é aplicável somente à fase do fornecimento de tais serviços e que pressupõe a prévia celebração de um contrato formal entre a concessionária e o utilizador de tais serviços, mas a *toda a relação que se estabelece entre ambos, abrangendo a fase pré-contratual e os serviços*

[21] Anteprojeto do Código do Consumidor de 2006, elaborado por Comissão presidida pelo Professor Doutor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, disponível em http://www.oa.pt/upl/%7B074a0e26-88f3-4958-b06b-a07ecb04a19d%7D.pdf. Assim também no Projeto do Código do Consumidor de 2008, elaborado pela mesma Comissão, disponível em https://cdc.fd.uc.pt/wp-content/uploads/2024/03/ProjectodoCodigodoConsumidor-Junho2008.pdf, nos termos do n.º 1 do seu art. 3.º.

[22] NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda – Vol. I – Introdução. Formação do contrato*, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 174.

[23] Proferido no Proc. n.º 87/15.1YRCBR (Maria João Areias) e acessível em https://www.dgsi.pt/.

prestados pela concessionária com vista ao estabelecimento das condições necessárias à celebração do contrato de fornecimento e à disponibilização de um sistema de abastecimento" [itálico nosso]. De igual modo, mais recentemente, em Ac. do TRP de 01.07.2019[24], a respeito de idêntico litígio que, desta feita, respeitava ao pagamento de preço referente ao serviço de drenagem de águas residuais para a rede pública de saneamento, voltou a asseverar-se que "[a] proteção do utente ou utilizador visada pela LSPE não se restringe, contudo, à fase do fornecimento propriamente dita, que supõe a prévia celebração de um contrato entre o utente e a concessionária, mas a *toda a relação que se estabelece entre aquele e a concessionária com vista à prestação do serviço público em causa, abrangendo a fase pré-negocial e o estabelecimento das condições necessárias à celebração do contrato e à prestação do serviço*" [itálico nosso].

Isto posto, revertendo à situação que serve de mote a esta reflexão, como vimos, a reclamada defendeu, em primeiro lugar, que a tutela reparatória peticionada pela demandante, a ser concedida, sê-lo-ia nos termos da responsabilidade civil extracontratual enquanto fonte de obrigações (arts. 483.º e ss. do CC).

Ora, considerando a relação material controvertida, tal como configurada pela demandante, na reclamação de consumo e sem deslocarmos a nossa análise para o plano do mérito da causa – como é devido para aferir a competência dos tribunais em razão da matéria –, entendemos que a situação objeto da demanda arbitral não tem necessariamente de se subsumir à responsabilidade civil extracontratual por alegada violação de norma, legal ou regulamentar, destinada à proteção de interesses alheios, cujo círculo de interesses

[24] Proferido no Proc. n.º 204/18.0YRPRT (Miguel Baldaia de Morais) e acessível em https://www.dgsi.pt/.

privados pela mesma tutelados abarca o interesse lesado – no caso, nomeadamente, o preceito do art. 6.º do Anexo ao DL n.º 243/86, de 20 de agosto[25], que reza assim: "[t]odos os locais de trabalho, zonas de passagens, instalações comuns e ainda os seus equipamentos devem estar conveniente e permanentemente conservados e higienizados".

Afinal, não pode ignorar-se que é hoje indiscutível a ideia segundo a qual a relação obrigacional deve ser perspetivada como uma realidade complexa, em que, ao lado dos *deveres de prestação* – deveres principais (ou primários) e deveres secundários (*Leistungspflichten*) –, florescem os *deveres laterais (ou acessórios) de conduta* (*Nebenpflichten*), os quais, "não respeitando directamente, nem à perfeição, nem à perfeita (correcta) realização da prestação debitória (principal), interessam todavia ao regular desenvolvimento da relação obrigacional, nos termos em que ela deve processar-se entre os contraentes que agem honestamente e de boa-fé nas suas relações recíprocas"[26], na medida em que visam assegurar a substância ou integralidade da prestação, proteger os contraentes na sua pessoa (esfera física e moral) e património contra quaisquer riscos que possam decorrer da celebração do contrato, bem como tutelar terceiros que tenham um especial contacto com a relação obrigacional em causa (contrato com eficácia de proteção para terceiros).

Estes deveres acessórios de conduta, de fonte legal (*ex lege*), projetam-se ao longo de toda a vida de uma relação obrigacional, desde logo, antes da constituição do dever de prestar, através do instituto da responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo* (art. 227.º do CC), mas também durante a execução da relação de prestação (art. 762.º, n.º

[25] Aprova o Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritório e Serviços.

[26] JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 42, nota 8.

2 do CC) e mesmo até após a extinção da obrigação, por via da responsabilidade pós-contratual ou culpa *post pactum finitum*, e são habitualmente agrupados em *deveres de lealdade*, *deveres de informação ou esclarecimento* e *deveres de proteção ou segurança*. A violação destes deveres não pode motivar uma ação de cumprimento, mas pode fundar uma pretensão indemnizatória para reparação dos danos causados ao credor.

Por conseguinte, deve concluir-se que «o *cumprimento contratual* não se centra apenas e unicamente na *prestação final* e na sua realização integral, mas abrange igualmente *os deveres contratuais legalmente impostos*, os quais devem ser conjugados com os designados *deveres acessórios*, como sejam os anteriormente enunciados a partir da boa fé objetiva, de modo a manter a integridade e a finalidade do programa contratual. E isto nas fases preliminares, durante a sua vigência ou mesmo na fase pós-contratual. Daí que o regime contemporâneo do incumprimento tenha sido alargado à *violação dos deveres gerais contratuais*, como de resto sucede no actual Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), através da sua Reforma de 2001, conferindo o direito a indemnização pelos danos decorrentes da violação dos deveres (*Pflichtverletzung*) – no seu § 280 (1) passou a estipular-se que (…): "Se o devedor violar um dever decorrente da obrigação [relação obrigacional], o credor pode exigir uma indemnização pelos danos causados [dela decorrentes]. Tal não sucederá se o devedor não for responsável pela violação desse dever"»[27].

Em caso de violação dos deveres acessórios de conduta (alheios à relação de prestação), a responsabilidade pela sua infração não cabe na responsabilidade delitual ou ex-

[27] Ac. do TRP de 07.02.2019, Proc. n.º 1561/16.8T8PVZ.P1 (Joaquim Correia Gomes), acessível em https://www.dgsi.pt/.

tracontratual propriamente dita, nem integra a responsabilidade contratual, mas, configurando uma *terceira via* ou de *responsabilidade intermédia*, ordenada à tutela da relação obrigacional (constituída por deveres de prestar, de acordo com o disposto no art. 397.º do CC), segue, tendencialmente (e sem prejuízo das necessárias adaptações), o regime dos arts. 798.º a 800.º do CC[28].

Neste seguimento, e retomando o *hard case* que nos propusemos discutir neste artigo, mostra-se possível configurar, pelo menos em abstrato, uma violação de deveres de proteção ou segurança, os quais tendem a concretizar-se em situações de "vulnerabilidade pré-negocial", de que é exemplo o célebre caso do linóleo (*linoleum case*), de 1911, julgado pelo *Reichsgericht*, o supremo tribunal do *Reich* alemão até 1945[29], caso que, aliás, encerra pontos de contacto com a situação narrada pela demandante na sua reclamação de consumo.

No nosso caso, sem prejuízo de a senhora e o estabelecimento comercial (este, através do seu funcionário) não terem chegado a concluir um contrato (de consumo) – o que, nos estabelecimentos que funcionam em "sistema de autosserviço", de que são exemplo os supermercados e os hipermercados (além dos postos de abastecimento de combustíveis), depende da operação material de recolha (ou de utilização) do bem na loja do profissional e posterior apresentação na caixa para pagamento, momento em que o consumidor emite a declaração (tácita) de aceitação da proposta ao público (v. arts. 217.º, n.º 1, 230.º, n.º 3 e 234.º, todos

[28] MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Os deveres ditos "acessórios" e o arrendamento», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, janeiro – março de 2013, n.º 1, pp. 267-290, em especial, pp. 278-279.

[29] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de "situação económica difícil"», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), número 3, pp. 487-535, em especial p. 509.

do CC)[30] –, o contacto negocial que os sujeitos mantiveram fez surgir uma relação jurídica preparatória do contrato ("*es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien*") – v., hoje, § 311 (2), n.º 1 do BGB –, da qual emanam obrigações jurídicas, nomeadamente deveres de cuidado com a vida, a integridade física e a propriedade da contraparte [v., hoje, § 241 (2) do BGB], nomeadamente para o profissional.

Falece, assim, o primeiro fundamento esgrimido pela reclamada "B", S.A. para sustentar a incompetência material do centro de arbitragem (e do tribunal arbitral de consumo que, no seu seio, se constitui). E o que dizer em relação ao segundo argumento aduzido pela mesma reclamada, o qual, recorde-se, radica na ideia de que a situação objeto da demanda nada tem a ver com a relação de consumo que a reclamante se preparava para estabelecer quando se deslocou ao hipermercado do centro comercial "X"?

Aqui, diversamente, por confronto com a jurisprudência das Relações acima exposta (cf. art. 8.º, n.º 3 do CC), cremos que, de facto, no caso vertente, a atuação da reclamada "B", S.A. sob escrutínio não se insere no âmbito da relação de consumo que, alegadamente, não fora o infeliz incidente, os pleiteantes iriam, previsivelmente, celebrar. Em causa não está, como naqueloutros litígios que as Relações de Coimbra e do Porto apreciaram, o estabelecimento das condições necessárias de que depende inelutavelmente (ou *sine qua non*) a celebração de contrato de consumo ou, sequer, uma ação ou omissão da reclamada "B", S.A. que influiu ou contribuiu, nalguma medida, para o comportamento económico da reclamante.

[30] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I – Conceitos, Fontes, Formação*, 7.ª ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2022, p. 117; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, p. 90.

Por outras palavras, inexiste a estreita conexão com o contrato de consumo que as partes perspetivavam celebrar que, mesmo para os defensores da interpretação extensiva das normas do n.º 1 do art. 2.º da LDC, do n.º 1 do art. 2.º da Lei RALC e dos n.ºs 1 e 2 do art. 4.º do Regulamento, não pode deixar de se verificar, sob pena de se desenvolver e aplicar o resultado de um exercício de hermenêutica jurídica que não se salvaguarda o mínimo de correspondência com a letra da lei (em violação da norma do art. 9.º, n.º 2 do CC) e, dessa forma, se desconsiderar a regra de interpretação *contra arbitratis* que deve observar-se, em caso de dúvida acerca da existência e extensão da convenção de arbitragem (voluntária ou potestativa), na delimitação do âmbito material da competência do "tribunal arbitral necessário", atento o efeito negativo que lhe está associado (provocar a falta de jurisdição das estruturas tradicionais de realização da justiça para julgar o litígio)..

Assim, e em conclusão, entendemos que, de acordo com o disposto pelo n.º 1 do art. 2.º da Lei RALC, na hipótese prática de que partimos, não se encontra configurado um "litígio de consumo", nos termos e para os efeitos do art. 4.º do Regulamento, pelo que seria de julgar verificada exceção dilatória de incompetência material do centro de arbitragem, com a consequente absolvição da reclamada da instância [arts. 278.º, n.º 1, al. a), 279.º, 576.º, n.ºs 1 e 2 e 577.º, al. a) do CPC] e o encerramento do processo [art. 44.º, n.º 1, 2.ª parte e n.º 2, al. c) da LAV e art. 4.º, n.º 4 do Regulamento].

Siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art(s).	Artigo(s)
CC	Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 10/2024, de 8 de janeiro)
Cf.	Confira/conforme
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 3/2023, de 16 de janeiro)
DGC	Direção-Geral do Consumidor
DGPJ	Direção-Geral da Política de Justiça
DL	Decreto-Lei
ed.	edição
ERSE	Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro)
LDC	Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 28/2023, de 4 de julho)
Lei RALC	Lei da Resolução Alternativa de Litígios (Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro)
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.	página
pp.	páginas
Proc.	Processo
RQSSEG	Regulamento da Qualidade de Serviço dos Setores Elétrico e do Gás
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRIAVE	Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.	*vide*

PUBLICIDADE COMPARATIVA E A TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSES DOS CONSUMIDORES E DOS CONCORRENTES*

COMPARATIVE ADVERTISING AND THE PROTECTION OF THE RIGHTS AND INTERESTS OF CONSUMERS AND TRADERS

Francisco Duarte de Figueiredo Dias

Resumo

A publicidade é um ramo que apresenta um mundo de diferentes possibilidades. Uma delas trata-se da publicidade comparativa, através da qual quem publicita compara os seus bens ou serviços com os de um concorrente.

Pese embora esteja prevista na lei já há vários anos, quer em Portugal, quer noutros países, a verdade é que a sua aplicação continua a não ser vista com bons olhos por parte de

* *Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil.*

Dissertação orientada pela Senhora Doutora Sandra Passinhas.

vários operadores de mercado, gerando vários litígios junto de órgãos reguladores e jurisprudenciais.

Por entendermos que a sua aplicação ainda não é consensual, entendemos realizar esta dissertação com vista a uma análise profunda do regime, desde o seu surgimento e à evolução na sua regulação, mas também tendo em conta a legislação atual e as condições de licitude. Além disso, vimos ainda as suas diversas classificações, assim como as soluções legais existentes noutros países.

Numa segunda parte, analisámos igualmente variadas decisões de entidades reguladoras e jurisprudenciais, quer nacionais, quer estrangeiras, com vista a perceber como o regime é aplicado consoante diferentes casos e se essa aplicação é feita de forma correta.

Numa terceira parte, atentámos ainda nas vantagens e desvantagens da sua utilização, quer para os concorrentes, quer para os consumidores, assim como a tutela diferenciada dos seus interesses que existe atualmente em Portugal, de forma a perceber se os seus interesses e direitos estão garantidos e quais é que são priorizados.

Por fim, com toda esta análise, concluímos no sentido de perceber se esta é uma prática que faça sentido continuar a existir ou não.

Palavras-chave

Concorrentes, consumidores, publicidade, publicidade comparativa, profissionais.

Abstract

Advertising is a branch that presents a world of different possibilities. One of those possibilities is comparative advertising, through which the advertiser compares their goods or services with those of a competitor.

Although it has been legally recognised for several years, both in Portugal and in other countries, the truth is that its application continues to be frowned upon by several market operators, frequently giving rise to several disputes before regulatory and jurisprudential authorities.

As we understand that its application is not yet consensual, we understand that we should carry out this dissertation with a view to an in-depth analysis of the regime, since its historical emergence and the evolution of its regulation, but also taking into account the current legislation and the conditions of legality. Additionally, various classifications of comparative advertising were discussed, as well as different legal solutions adopted in other countries.

In the second part, this study reviewed various decisions by regulatory and jurisprudential entities, whether national or foreign, offering insight into how the practice is interpreted and enforced in different contexts.

In the third part, attention was given to the advantages and disadvantages of its use, both for traders and consumers, as well as the differentiated protection of their interests that currently exists in Portugal, in order to understand whether their rights and interests are safeguarded and which ones are prioritized.

Finally, based on all this analysis, we concluded with a reflection on whether this is a practice that should continue to exist or not.

Keywords

Advertising, comparative advertising, competitors, consumers, traders.

Siglas e abreviaturas

AA.	Autoras
ARP	Auto Regulação Publicitária
cf.	conforme
cit.	citado anteriormente
DL	Decreto-lei
DLPCD	Decreto-lei das práticas comerciais desleais das empresas na sua relação com os consumidores (DL n.º 57/2008, de 26 de março)
DPCD	Diretiva das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno (Diretiva n.º 2005/29 CE, de 11 de maio)
ed.	edição
et al.	e outros
idem	o mesmo autor e a mesma página que na nota de rodapé anterior, exceto se assinalada uma página distinta
n.º	número
ob. cit.	obra anteriormente citada
p.	página
p.e.	por exemplo
pp.	páginas
RR.	Réus
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
UWG	*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Lei contra a concorrência desleal)
vol.	volume
vs.	*versus* (contra)

Introdução

A indústria da publicidade tem uma grande importância em Portugal, tendo representado, em 2022, um investimento de cerca de 530 milhões de euros[1], sendo a maioria desse investimento feito através da televisão[2].

Desta indústria, surgem diversas formas de fazer publicidade. Uma delas é a chamada publicidade comparativa, através da qual, sucintamente e como o nome indica, quem publicita compara o seu produto ou serviço com o de um concorrente, utilizando diferentes fatores, como, por exemplo, a eficácia ou o preço.

Com grande tradição nos países anglo-saxónicos, sobretudo nos Estados Unidos da América, de onde surgem as comparações publicitárias mais famosas, a publicidade comparativa tem um percurso mais tímido no contexto português e até europeu, mas nem por isso deixa de ter o seu impacto.

Embora prevista na lei há vários anos, a sua utilização continua a não ser consensual no seio dos operadores de mercado. Prova disso são os litígios que envolvem a sua prática, quer junto das entidades reguladoras, quer junto dos órgãos jurisprudenciais. Certos operadores de mercado veem-se, inclusive, na obrigação de lançar comunicados em que validam decisões relativas a esta matéria[3].

[1] Segundo dados recolhidos por Eduardo Cintra Torres. Cf. Eduardo Cintra Torres, *História da Publicidade em Portugal – Com Estudo de Caso do Grupo CUF*, 1.ª ed., Cascais : Princípia, 2023, p. 1071.

[2] O correspondente a 51,2%, mais concretamente.

[3] Veja-se o exemplo deste comunicado da cadeia de distribuição alimentar Pingo Doce: https://www.pingodoce.pt/esclarecimento-sobre-a-campanha-publicitaria-do-lidl/ (06/04/2025). O comunicado deu conta de uma decisão da Auto Regulação Publicitária e da Direção-Geral do Consumidor que validou uma queixa apresentada pela entidade contra uma cadeia de distribuição alimentar concorrente por uma campanha de publicidade comparativa em que o seu nome foi utilizado.

Assim, pese embora a sua validação legislativa e até jurisprudencial, interessou-nos avaliar a situação corrente nesta matéria, não só em relação à legislação, analisando as condições previstas para a licitude da publicidade comparativa, como também em relação à sua aplicação no seio dos órgãos reguladores e jurisprudenciais nacionais e comunitários.

A dita avaliação, contudo, não dispensou um excurso pela antecâmara do regime, isto é, como surgiu em vários países, com díspares entendimentos em relação à sua licitude, contrapondo ordenamentos jurídicos em que a prática sempre foi aceite e até incentivada e outros que se mostraram mais relutantes em relação à sua licitude.

Além disso, focámo-nos, na última parte desta dissertação, em avaliar a proteção diferenciada de uma campanha de publicidade comparativa em relação aos consumidores e aos concorrentes, sobretudo após a transposição da Diretiva relativa às práticas comerciais das empresas para com os consumidores, avaliando se a dita transposição foi corretamente executada no ordenamento jurídico português e se tal proteção é satisfatória para a tutela dos direitos e interesses dos consumidores e dos concorrentes, sugerindo eventuais alterações a aplicar. Analisámos ainda qual o interesse que primordialmente justifica a existência do regime – se o dos consumidores ou o dos profissionais.

Por fim, reunida toda a informação, concluímos no sentido de considerar se faz sentido ou não a publicidade comparativa continuar a ser lícita nos dias de hoje.

I – Antecedentes, regime, classificações e direito comparado

1. Antecedentes

Estudiosos da história da publicidade apontam como data provável para o surgimento da publicidade comparativa o século V antes de Cristo, quando, na Grécia Antiga, o ceramista Entimide afirmou que o seu produto era superior ao do seu concorrente Eufronio[4].

Mais próximo dos tempos atuais, embora hoje seja uma prática aceite na generalidade dos países, a adoção da publicidade comparativa, embora bem recebida e incentivada nos Estados Unidos da América, conforme veremos, não foi vista com tão bons olhos no continente europeu, tendo gerado divisões. Enquanto determinados países europeus aceitavam a prática, outros, em sentido inverso, recusavam-na, ou liminarmente ou ressalvando pouquíssimas exceções, conforme demonstraremos nos seguintes exemplos.

1.1. Ordenamentos jurídicos primordialmente contra a prática da publicidade comparativa

Na Alemanha, o Supremo Tribunal do Reich, já desde os anos 20, considerava a publicidade comparativa como um exemplo de concorrência desleal[5], apoiando-se no que es-

[4] Carlos Lema Devesa, "La pubblicità comparativa nell'Unione Europea", *in Revista di Diritto Industriale*, Giuseppe Sena, Vincenzo Franceschelli (ed.), Milão : Guiffrè Editore, vol. 1, ano LXIII, 2014, p. 6.

[5] Carlos Fernández-Nóvoa, *Estudios de derecho de la publicidad: Homenaxe da Faculdade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra*, Santiago de Compostela : Servicio de Publicacións e Intercambio Centifico da Universidade de Santiago de Compostela, 1989, p. 209.

tava previsto no § 1 da UWG[6], classificando assim a prática como contrária à cláusula dos bons costumes[7].

Em 1961, o *Bundesgerichtshof*[8], num acórdão de 14 de julho, contra a jurisprudência até à data, entendeu que a comparação publicitária não seria contrária à cláusula dos bons costumes, isto é, não seria ilícita, no caso e no limite em que fosse espontaneamente solicitada pelo cliente, pois assim iria ao encontro do interesse deste em ser elucidado acerca dos produtos ou serviços comparados[9]. Com este passo dado, mais tarde, foram sendo admitidas outras exceções à regra, permitindo-se a publicidade comparativa quando a comparação servisse para defesa do anunciante, quando servisse para demonstrar uma evolução, quando se baseasse num motivo justificado[10], quando em causa estivesse uma situação de legítima defesa, quando se comparassem métodos industriais e sistemas de distribuição, ou quando servisse para a explicitação de um método técnico ou económico[11]. Contudo, em termos legislativos, só mesmo no ano de 2000, fruto da transposição das diretivas comuni-

[6] *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, isto é, a Lei contra a concorrência desleal. Cf. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa, em especial na Internet", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, Coimbra : Centro do Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 37.

[7] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 210.

[8] Trata-se do Tribunal Federal alemão, o mais alto tribunal em matéria de jurisdição civil e criminal, cf. BUNDESGERICHTSHOF, disponível em: https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/homeBGH_node.html (21/03/2025).

[9] ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa, em especial...", *cit.*, p. 37.

[10] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 210.

[11] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa e concorrência desleal", *in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, JORGE MIRANDA, *et al.* (coord.), vol. I, Coimbra : Edições Almedina, 2005, pp. 853 e 854.

tárias, é que a publicidade comparativa foi permitida pela legislação alemã, mais concretamente pelo § 6.º do UWG[12].

Também no século passado, em França, a jurisprudência entendia, como regra, que qualquer comparação entre produtos ou empresas seria contrária aos usos comerciais[13], representando, por isso, um ato de denegrição, mesmo quando a comparação se apoiasse em pressupostos verdadeiros. Em 1984, o *Conseil national de la consommation*[14] entendia mesmo que não era desejável introduzir a publicidade comparativa no país, considerando que traria mais desvantagens do que vantagens, uma vez que, segundo este conselho, não estaria disponível às pequenas e médias empresas, devido ao seu custo, e favoreceria, em consequência, as empresas de maior dimensão[15].

Em termos jurisprudenciais, mais restritiva do que a jurisprudência alemã, a jurisprudência francesa contemplava apenas uma exceção ao regime geral: a publicidade comparativa baseada no chamado direito à crítica[16]. Só em 22 de julho de 1986 o *Cour de cassation*[17] viria a dar um contributo de

[12] NIKLAS PLUTTE, "Vergleichende Werbung: Rechtliche Übersicht mit Tipps & Beispielen", *in Kanzlei Putte*, disponível em: https://www.ra-plutte.de/vergleichende-werbung/ (05/12/2024).

[13] Por usos comerciais ou profissionais, em francês *usages professionels*, entendia-se a referência a abusos na utilização de determinadas práticas comerciais prejudiciais aos consumidores e à coletividade. Cf. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa, em especial…", *cit.*, p. 39.

[14] Conselho nacional do consumo, organismo criado em 1983, presidido pelo ministro que tutela a matéria do consumo, com vista a criar consensos entre os representantes dos consumidores e dos concorrentes no que toca à referida matéria. Cf. INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, 2023, disponível em: https://www.inc-conso.fr/content/conseil-national-de-la-consommation-0 (28/05/2025).

[15] GENEVIÈVE MORIN, "Avantages et dangers de la publicité comparative», *in Problèmes economiques*, n.º 2247, Paris : La Documentation Française, 30 de outubro de 1991, ISSN: 0032-9304, pp. 1 e 2.

[16] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 209.

[17] Supremo Tribunal de Justiça francês.

grande importância nesta matéria, ao deixar de entender a publicidade comparativa como uma prática comercial desleal, por contribuir para a transparência do mercado[18].

Já em termos legislativos, só em 1992, com a aprovação do *Code de la consommation*, através da Lei n.º 92-60, de 18 de janeiro de 1992, é que se permitiu a comparação de bens identificados pelos respetivos sinais distintivos, legislação validada pelo Tribunal Constitucional francês no que toca ao direito constitucional da propriedade relativa a marcas[19]. Tal alteração da legislação francesa desempenhou um papel muito importante no que toca à inclusão posterior da matéria da publicidade comparativa na diretiva referente à publicidade enganosa[20].

Na mesma altura, na Bélgica, no seio da jurisprudência local, o entendimento era de que a publicidade comparativa representava uma prática de concorrência desleal, mesmo quando se apoiasse em alegações verdadeiras[21]. Excetuavam-se, para a jurisprudência, três situações: quando a publicidade em questão fosse realizada como forma de defesa do anunciante, quando fosse realizada a pedido de um cliente ou quando se apoiasse no chamado direito à crítica, como, de resto, permitia a jurisprudência francesa.

Já a legislação belga em matéria de prática comerciais, de 1971, entendia a prática da publicidade comparativa como ilícita[22]. Nos anos 90, a Bélgica era, aliás, o único país

[18] Alexandre L. Dias Pereira, "Publicidade comparativa, em especial...", *cit.*, p. 39.

[19] *Idem*, pp. 39 e 40.

[20] Ulf Bernitz, "The EC Directive on Comparative Advertising and its Implementation in the Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property", *in Scandivanian Studies in Law*, vol. 42, Estocolmo : Stockholm University Law Faculty, abril de 2022, p. 13, disponível em: https://www.scandinavianlaw.se/pdf/42-1.pdf (23/03/2025).

[21] Carlos Fernández-Nóvoa, *ob. cit.*, p. 208.

[22] *Idem*, p. 209.

que proibia expressamente a publicidade comparativa na sua legislação[23] a par do Luxemburgo[24]. Tal só viria a mudar com a transposição da diretiva referente à publicidade comparativa para ambos os ordenamentos jurídicos. Ainda assim, nos dias de hoje, continua a existir alguma relutância por parte dos juízes belgas em aceitar a publicidade comparativa como um instrumento publicitário lícito[25].

Em Espanha, em 1967, o *Tribunal Arbitral del Jurado Central de Publicidad* considerou ilícita a publicidade comparativa, entendendo que a mesma infringia o artigo 10.º do *Estatuto de la Publicidad*, que previa que a atividade publicitária que provocasse a confusão entre bens e serviços seria classificada como concorrência desleal[26]. A jurisprudência entendia igualmente que tal prática ia contra os bons usos comerciais e que, além de desprestigiar o concorrente, lesava a sua reputação junto dos consumidores[27]. Em variadas decisões, consideraram mesmo que a comparação publicitária era sinónima de um ato de denegrição[28]. Só no ano de 1977 o *Jurado Central de Publicidad,* inovadoramente, admitiu de forma diferente, considerando que não se poderia proibir a prática, porque seria contrária aos direitos dos consumidores,

[23] Na chamada *Loi sur les practiques du commerce* de 1991. Cf. ANXO TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 117.

[24] JENNA D. BALLER, "The Law of Comparative Advertising in the United States and around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Clients", *in The International Lawyer*, vol. 29, n.º 4, 1995, p. 932, disponível em: https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til (25/03/2025).

[25] ANNICK MOTTET; BASTIAAN BRUYNDONCKX, *et al.*, "Law and Practice", *in Advertising & Marketing 2021*, Bruxelas : Lydian, p. 12, disponível em: https://www.lydian.be/sites/default/files/files/2021-10/Chambers%20Advertising%20%26%20Marketing%202021%20Global%20Practice%20Guide.pdf (26/03/2025).

[26] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, pp. 211 e 212.

[27] *Idem*, pp. 212 e 213.

[28] *Idem*, p. 213.

à verdade e à liberdade de criação e, tão-somente, porque não existia nenhuma disposição legislativa que proibisse a publicidade comparativa[29].

Em Itália, a legislação, mais concretamente o artigo 15.º do Código da Publicidade, considerava lícita a utilização de práticas comparativas *indiretas*, mas apenas nos casos em que se quisessem comparar os aspetos técnicos e económicos e demonstrar as vantagens reais da atividade e do produto publicitado. Com esta previsão legislativa, a jurisprudência entendia que a comparação *direta* era ilícita[30], salvo quando assentasse na legítima defesa, no direito de crítica ou quando fosse feita a pedido dos consumidores e, mais tarde, quando fosse necessária tendo em conta a estrutura de mercado ou quando comparasse preços de produtos similares[31].

1.2. Ordenamentos jurídicos primordialmente favoráveis à prática da publicidade comparativa

De entre uma maioria europeia com uma posição conservadora em relação à prática da publicidade comparativa, salvaguarda-se uma das exceções – a Suíça – que apresentou uma posição favorável à publicidade comparativa.

No seio da jurisprudência, já se considerava lícita a comparação objetiva, desde que assentasse em factos verdadeiros. Contudo, a jurisprudência recomendava que se evitassem as menções que desacreditassem o concorrente e/ou os seus produtos ou serviços, o que, na prática, segundo alguns autores, restringia a adoção da publicidade comparativa ao

[29] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 214.

[30] Alexandre L. Dias Pereira, "Publicidade comparativa, em especial...", *cit.*, p. 38.

[31] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa...", *cit.*, p. 853.

ponto de levar a uma solução próxima à dos estados em que a prática era proibida[32].

Legislativamente, contudo, foram dados grandes passos muito antes de outros ordenamentos jurídicos europeus. Basta verificar que já o UWG de 1943 admitia a publicidade comparativa, tendo sido consagrada como regra no UWG de 1986, contrariando, por isso, os outros ordenamentos jurídicos europeus, que definiam como regra a sua ilicitude, excecionando depois determinadas e raras situações em que se admitia a sua licitude[33]. Além desta inversão paradigmática, esta edição de UWG foi ainda de extrema importância para o regime da publicidade comparativa, por ter sido a primeira a prever condições para a sua licitude: ter de ser realizada com exatidão, a proibição de ser parasitária, não poder ser enganosa e não poder ser desnecessariamente ofensiva[34].

No seio europeu, a prática era igualmente permitida, sob rigorosas condições, no Reino Unido, na Irlanda, nos Países Baixos, na Dinamarca, na Suécia, na Noruega e na Finlândia[35-36].

Fora do continente europeu, nos Estados Unidos da América, tidos como berço da publicidade comparativa[37], já se aceitava a sua prática muito antes do que no continente europeu, com base no princípio da liberdade económica ul-

[32] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 210.

[33] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit.*, pp. 852 e 853.

[34] *Idem*, p. 853.

[35] Nestes países, de entre toda a atividade publicitária, a publicidade comparativa representava, em 1984, nomeadamente, 2% no Reino Unido e na Dinamarca, menos de 10% nos Países Baixos, na Irlanda e na Suíça, menos de 5% na Suécia e uma percentagem praticamente nula na Finlândia e na Noruega. Tais cifras eram apresentadas igualmente como argumento para o *Conseil national de la consommation* se posicionar contra a publicidade comparativa, entendendo que a sua relevância era escassa. Cf. GENEVIÈVE MORIN, *ob. cit.*, p. 2.

[36] *Idem*, p. 2.

[37] Um berço mais recente, se considerarmos o surgimento na Grécia Antiga como o verdadeiro momento de surgimento da publicidade comparativa.

traliberal[38]. O *Lanham Act*[39], de 1946, no seu § 43, já admitia o recurso à publicidade comparativa, desde que não fosse falsa ou enganosa, reconduzindo-se todos os tipos de publicidade comparativa a este parágrafo[40]. O mesmo parágrafo previa ainda uma ação de responsabilidade civil, aplicável sempre que uma determinada prática de publicidade comparativa representasse um ato de concorrência desleal[41].

Além disso, nos Estados Unidos, foi sempre aceite a referência explícita a outras marcas, contrariamente à ideia primordial no contexto europeu[42], tendo essa mesma referência à marca concorrente sido incentivada pela *Federal Trade Comission* como uma forma de providenciar informações ao consumidor que de outra forma não seriam do seu conhecimento[43-44].

A forma norte-americana de ver a publicidade comparativa como uma prática legítima espelha-se ainda hoje na percentagem de publicidade que é comparativa em relação à publicidade dita comum: 7% nos Estados Unidos contra menos de 3% nos países europeus, em média[45].

[38] Betty Luther, "La publicite comparative, la guerre de pubs", *in L'Incubateur*, 2023, disponível em: https://www.lincubateur-fwi.com/article/la-guerre-des-pubs-ou-publicit%C3%A9-comparative (21/03/2025).

[39] Ato que protege o registo das marcas. Cf. Legal Information Institute of the Cornell Law School, disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/lanham_act (31/01/2025).

[40] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 864.

[41] *Idem*, p. 865.

[42] *Idem*, pp. 864 e 865.

[43] Dhruv Grewal; Sukumar Kavanoor, *et al.*, "Comparative versus Noncomparative Advertising: A Meta-Analysis", *in Journal of Marketing*, volume 61, n.º 4, outubro de 1997, p. 1, disponível em: https://doi.org/10.1177/002224299706100401 (07/03/2025).

[44] Até então, era mais comum referir-se a outra marca como a "marca X" ou "marca líder de mercado". Cf. Charlotte J. Romano, "Comparative advertising in the United States and in France", *in Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 25, n.º 2 inverno, 2005, pp. 377 e 378, disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1603&context=njilb (21/03/2025).

[45] Segundo dados recolhidos por Betty Luther, *ob. cit.*

1.3. No seio da União Europeia

Enquanto diferentes opiniões divergiam nos diferentes estados europeus, no seio da na altura nomeada Comunidade Económica Europeia e no respetivo direito comunitário, davam-se passos a favor da prática. Basta verificar o segundo anteprojeto da diretiva com vista à uniformização das normas relativas às práticas comerciais desleais, em que já se previa a licitude da publicidade comparativa no seu artigo 6.º, o que veio a ser transporto para o projeto final dessa diretiva, que definiu como lícita a publicidade comparativa que comparasse dados essenciais e comprováveis e que não fosse enganosa nem ilícita[46]. Contudo, contrariamente à expectativa, a publicidade comparativa não foi incluída na diretiva de 1984 referente à publicidade enganosa.

Tal inclusão só veio a acontecer anos mais tarde, na diretiva de 1997, depois de uma proposta da Comissão de 1991, que visava a harmonização completa do regime da publicidade comparativa em todos os Estados-membros da já União Europeia[47]. Na proposta, identificava-se a publicidade comparativa como uma forma legítima de informar os consumidores dos seus respetivos interesses[48], assim como um meio de estimular a concorrência no mercado interno[49-50].

[46] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*,, p. 211.

[47] Alexandre Libório Dias Pereira, "Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2005, p. 13, disponível em: https://estudogeralíneauc.pt/handle/10316/28796 (07/01/2025).

[48] Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 7.

[49] Alexandre Libório Dias Pereira, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 13.

[50] Remetemos a regulação mais detalhada nas diretivas da União Europeia e a sua evolução para no capítulo 3.2.

1.4. Ordenamento jurídico português

Já em Portugal, até à regulação da publicidade na sua generalidade num diploma legal, o recurso à publicidade comparativa não era habitual[51].

Não havendo uma específica regulação[52], tendo em conta o artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial, na sua redação de 1940, surgiam opiniões opostas em relação à licitude desta forma publicitária, havendo quem a considerasse lícita na sua generalidade, havendo quem só a considerasse lícita em determinadas situações, isto é, caso fosse objetiva e tivesse um intuito esclarecedor, e havendo quem a considerasse lícita quando não contivesse "falsas afirmações", proibidas no § 2.º do mesmo artigo[53]. Havia, contudo, quem, com base no mesmo artigo, a recusasse, tendo em conta a doutrina da repressão da denegrição. Assim, mesmo quando assentasse em pressupostos verdadeiros, a publicidade comparativa era vista por estes como um ato de descrédito[54].

Não foi, no entanto, como veremos, necessária a entrada de Portugal na então Comunidade Económica Europeia para que a publicidade comparativa fosse regulada, tendo sido autorizado o seu uso legislativamente, pela primeira vez, com o Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro, que regulava o regime da publicidade, antes, portanto, da entrada do país no projeto comunitário. Tal regime colocou, aliás, Portugal no mesmo patamar do Reino Unido no que toca aos paí-

[51] José Oliveira Ascensão, "Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros", *in Separata da Revista da Banca*, n.º 45, janeiro/junho de 1998, p. 27.

[52] O que só veio a acontecer em 1980, com DL n.º 421/80, de 30 de setembro, conforme analisaremos no capítulo 3.1.

[53] Alexandre Libório Dias Pereira, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 6.

[54] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 866.

ses europeus com a legislação mais permissiva no que toca à publicidade comparativa[55].

2. Legislação no Código da Publicidade: noção, ofertas especiais e ónus da prova da veracidade

A publicidade comparativa encontra a sua previsão no artigo 16.º do Código da Publicidade[56].

A sua noção encontra-se no primeiro número desse mesmo artigo, que classifica como comparativa "a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente", definição esta que, embora não esteja isenta de críticas, foi adotada na maioria dos estados que fazem parte da União Europeia[57-58]. Contudo, como veremos[59], esta definição tão ampla não foi sempre consensual e bem aceite no seio da doutrina.

Ao abrigo desta noção, não se aplicará o regime o regime da publicidade comparativa quando não seja possível identificar qual o concorrente visado por um determinado anúncio[60].

---

[55] Jenna D. Baller, *ob. cit*., 1995, p. 936.

[56] DL n.º 330/90, de 23 de outubro, conforme disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis (06/01/2025).

[57] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual de Direito da Publicidade*, 2.ª ed., Petrony Editora, 2023, ISBN: 9789726853299, p. 85.

[58] Uma das exceções é Espanha, cujo regime jurídico referente à publicidade e à concorrência desleal não define a publicidade comparativa, integrando-a no artigo 10.º com a epígrafe "*Actos de comparación*". Cf. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-21162 (05/12/2024).

[59] No capítulo 3.2.

[60] Entendimento diferente do expresso pela Auto Regulação Publicitária no caso *APIAM vs. SMAS Oeiras e Amadora*, que considerou existir comparação publicitária quando havia alusão a certas classes de produtos. Cf. Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…, cit.*, p. 85.

No n.º 2 do mesmo artigo, são enunciadas uma série de condições que este tipo de publicidade deve cumprir de forma a não ser ilícita[61].

Nos dois números seguintes, regula-se uma categoria específica deste género publicitário: o das ofertas especiais. Assim, caso um determinado anúncio publicitário se refira a uma oferta especial, ao abrigo dos números 3 e 4 do artigo 16.º, a oferta deverá ser delimitada temporalmente, com uma data de início e de término da mesma, devendo igualmente ser feita uma ressalva caso tal oferta esteja dependente da disponibilidade dos produtos ou serviços, conforme previsto na parte final do n.º 3 do artigo 16.º.

O artigo encerra-se com um parágrafo referente ao ónus da prova da veracidade deste género publicitário, cabendo este, segundo o n.º 5 do artigo 16.º, ao anunciante. Este número representa a consagração do princípio da veracidade, de resto aplicável a todo o regime da publicidade, por conta do artigo 10.º, n.º 2 do Código da Publicidade[62].

3. Evolução da regulação do regime

Até à previsão do regime agora em vigor, foram feitas diversas alterações no que toca à regulação da publicidade comparativa, quer no seio da União Europeia, quer em Portugal, ainda antes da entrada do país na União. Analisaremos, de seguida, essa respetiva cronologia e as razões que levaram a essas alterações.

[61] Debruçar-nos-emos mais aprofundadamente sobre essas condições no capítulo 5.

[62] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 870.

3.1. Em Portugal

A primeira vez em que a publicidade, ainda que genericamente[63], foi regulada em Portugal foi com o DL n.º 421/80, de 30 de setembro[64], que estabeleceu normas relativas à atividade publicitária. Este decreto-lei autorizava, no seu artigo 18.º, o recurso à publicidade comparativa, desde que cumpridas as cinco condições nela previstas: duas positivas – ter de ter de ser rigorosamente objetiva (alínea *a)*) e ter de esclarecer ou defender o consumidor, não o podendo induzir em erro quanto ao valor do produto (alínea *b)*) – e três negativas – não estabelecer confusão entre produtos ou marcas concorrentes (alínea *c)*), não levar à concorrência desleal ou à denegrição do produto alvo da comparação (alínea *d)*) e não utilizar produtos com níveis e custos ou de épocas diferentes (alínea *e)*)[65].

Seguidamente, com o DL n.º 303/83, de 28 de junho[66], que visou a redefinição dos princípios legais orientadores da atividade publicitária, acrescenta-se uma definição, no nosso entender, simplista, para a publicidade comparativa: tratava-se da publicidade que se socorresse de comparações, implícitas ou explícitas. Quanto às condições, continuavam a prever-se cinco alíneas; contudo, o elenco foi renovado. Em relação ao anterior decreto-lei, são retirados os requisitos positivos. Como novidade, acrescenta-se a proibição de induzir o consumidor em erro quanto à qualidade e preço do serviço

[63] José Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 27.

[64] Mais tarde do que em países como a Bélgica, cuja regulação da publicidade comparativa remonta ao ano de 1971. Neste caso, a lei belga relativa às práticas comerciais proibia a comparação publicitária em qualquer circunstância. Cf. Carlos Fernández-Nóvoa, *ob. cit.*, p. 209.

[65] Conforme disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/421-1980-461621 (05/12/2024).

[66] Conforme disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/303-452567 (05/12/2024).

ou bem publicitado (alínea *a)*) e a proibição de utilizar mensagens que, além de não serem comprováveis ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2[67], pudessem influenciar a escolha do público através do seu tom hiperbólico ou superlativo (alínea *c)*). Previa-se ainda a proibição de incorrer, de uma forma geral, em práticas de concorrência desleal (alínea *e)*).

Com a publicação do Código da Publicidade, no DL n.º 330/90, de 23 de outubro, a publicidade comparativa passou a estar regulada no artigo 16.º e a apresentar uma redação mais reduzida e simplificada do que na versão anterior do regime, com apenas dois números: o primeiro, que referia a proibição da publicidade que utilizasse comparações que não estivessem apoiadas em características dos bens ou serviços tidas como afins, essenciais e objetivamente demonstráveis, e o segundo, com uma novidade: a regulação, pela primeira vez, do ónus da prova da verdade da comparação publicitária, atribuindo esse ónus ao anunciante.

Oito anos depois, com a publicação da Diretiva n.º 97/55/CE, dedicada à publicidade comparativa, o regime nacional da publicidade comparativa foi fortemente alterado, com o DL n.º 275/98, de 8 de setembro[68], que transpôs o definido na diretiva suprarreferida[69].

Em relação à versão anterior, manteve-se a menção ao ónus da prova da veracidade, agora no n.º 5 do artigo.

[67] Que previa, a propósito do princípio da veracidade, que "as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados deverão ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes".

[68] Conforme disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=lei_velhas&nversao=6&so_miolo= (05/12/2024).

[69] Segundo JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, o legislador limitou-se a quase transcrever a redação da diretiva, mantendo somente do regime anterior, no seu n.º 5, a regra relativa ao ónus da prova, que continuou a caber ao anunciante. Cf. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, pp. 27 e 28.

De resto, assinalaram-se grandes alterações na redação do artigo. Uma delas foi a introdução, no n.º 1 do artigo, de uma definição mais completa para a publicidade comparativa, que se mantém até aos dias de hoje[70]. No que toca às condições a cumprir, passou-se da versão mais reduzida do elenco, com somente dois requisitos a respeitar, para a mais longa, com oito alíneas de condições para a licitude da publicidade comparativa, enunciadas no n.º 2 do artigo[71]. Além destas alterações no que toca ao elenco de condições, foram acrescentados os números 3 e 4 relativos às ofertas especiais[72], prevendo, respetivamente, que se assinale o termo da oferta especial e, se assim for, se tal oferta depende da disponibilidade dos produtos ou serviços, e também que se sinalizem a data de início da dita oferta, caso a mesma ainda não começado, e outras condições particulares com ela relacionadas.

A versão do artigo 16.º introduzida em 1998 mantém-se quase inalterada até aos dias de hoje. A única e última alteração posterior ao artigo 16.º veio a ser feita pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, dedicado às práticas comerciais desleais das empresas na relação com os consumidores, que transpôs a Diretiva n.º 2005/29/CE. Com essa alteração, foi apenas acrescentada à redação da alínea *d)* do n.º 2 a referência aos profissionais[73].

[70] Veja-se o capítulo anterior.

[71] Tratadas no capítulo 5.

[72] Veja-se o capítulo anterior.

[73] Assim, a redação da alínea *d)* passa a ser "Não gere confusão no mercado *entre os profissionais*, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente", sendo o segmento a itálico o que foi acrescentado pela alteração feita pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março. *Profissional* deve ser entendido conforme a definição na alínea *b)* do artigo 3.º do DL referido.

O DL acima referido veio, no entanto, aditar um novo artigo ao Código da Publicidade, de extrema importância: o artigo 43.º, com a epígrafe "Comunicação dirigida exclusivamente a profissionais". Na redação desse artigo, é referido que a publicidade comparativa se aplica somente à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores, passando, consecutivamente, a aplicar-se o artigo 16.º apenas quando em causa estejam relações entre profissionais[74-75].

3.2. Na União Europeia

A primeira tentativa de regular a publicidade comparativa em termos comunitários adveio do na altura Conselho das Comunidades Europeias, que previa na proposta para a regulação da publicidade enganosa, no seu artigo 4.º, a licitude da publicidade comparativa quando a comparação, com base em elementos verificáveis e essenciais, não fosse enganosa nem desleal. Contudo, tal proposta gerou uma grande polémica[76], não tendo sido transposta para o texto definitivo da Diretiva do Conselho n.º 84/450/CEE, de 10 de setembro[77], relativa à aproximação das legislações dos vários Estados-membros da na altura Comunidade Económica Europeia em matéria de publicidade enganosa. De qualquer forma, a diretiva em questão não deixou de se pronunciar sobre a matéria, referindo a necessidade de tratar da publicidade comparativa e de harmonizar as disposições relativas

[74] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…, cit.*, p. 86.

[75] Debruçar-nos-emos mais aprofundadamente sobre esta alteração e a respetiva proteção dos interesses dos consumidores na parte III da dissertação, no seu capítulo 2.

[76] M. Nogueira Serens, "A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?", *in Separata do Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXXVIII, Coimbra : Universidade de Coimbra, 1994, p. 24.

[77] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31984L0450 (08/01/2025).

à prática no seio comunitário, tendo remetido esses anseios para uma fase posterior[78].

Essa diferida alteração viria a acontecer, anos depois, na Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro[79], que alterou a diretiva anterior para incluir matéria referente à publicidade comparativa. Tal alteração não foi, contudo, consensual, tendo tido os votos contra da Alemanha, que considerava prioritária a adoção de uma diretiva mais generalista sobre a concorrência desleal, e da Suécia, que se mostrou contra a pretensão francesa de inclusão de uma condição referente à denominação de origem – a chamada cláusula *Champagne*[80].

A inclusão da publicidade comparativa na diretiva referente à publicidade enganosa foi justificada, segundo o *considerando* 2, com o objetivo de harmonizar o regime da publicidade comparativa e as respetivas condições de aplicação nos vários Estados-membros, sobre as quais se verificavam grandes disparidades nas diferentes regulações estatais, conforme mencionado no *considerando* 3. Referia-se ainda, no *considerando* 23, que tal harmonização seria indispensável para o bom funcionamento do mercado interno.

Além da harmonização do regime, eram atribuídas variadas vantagens à publicidade comparativa: nomeadamente, permitiria demonstrar, de forma objetiva, as vantagens dos diferentes produtos comparados, assim como estimularia a

[78] Sendo referido: "considerando que é do interesse do público em geral, dos consumidores e das pessoas que estão em concorrência no exercício de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal no mercado comum, harmonizar, numa primeira fase , as disposições nacionais em matéria de protecção contra a publicidade enganosa e, numa segunda fase, tratar da publicidade desleal bem como, em caso de necessidade, da publicidade comparativa, com base em propostas adequadas da Comissão;".

[79] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0055 (08/01/2025).

80 Ulf Bernitz, *ob. cit.* p. 14.

concorrência entre os fornecedores de bens e serviços, tendo em vista o interesse dos consumidores (conforme o *considerando* 2), que estão igualmente protegidos pelo artigo 38.º do título IV da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[81]. Além disso, seria um meio legítimo de informar os consumidores, não constituindo, cumpridas as condições, publicidade enganosa, conforme descrito no *considerando* 5.

De forma a conservar o seu caráter vantajoso, assinalava-se ainda a necessidade de existir uma definição para a publicidade comparativa, definição essa que foi introduzida no artigo 2.º, definindo-se como "a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente"[82].

Esta definição teve algumas diferenças em relação à presente na proposta da diretiva, de 28 de maio de 1991, que identificava como publicidade comparativa a publicidade que identificasse, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços *da mesma natureza* oferecidos por um concorrente. Na versão final, acabou por ser retirado o segmento que assinalámos a itálico, eventualmente por conta das críticas que assinalavam a questão da natureza dos bens ou serviços comparados como um requisito de licitude e não como um elemento constitutivo da publicidade comparativa, não devendo, por essa razão, constar da sua definição[83].

Mesmo tendo sido retirado esse segmento, a definição final não deixou de ser alvo de críticas. Alguns autores entendiam, nomeadamente, que esta definição não seria suficientemen-

[81] Que se tornou vinculativa com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009. Segundo a Carta, deve ser assegurado um nível de proteção elevado dos consumidores através das políticas da União Europeia. Cf. CRISTINA CALDEIRA, *A especial relação do direito da publicidade com os direitos dos consumidores*, RODRIGO CUNHA (coord.), 1.ª ed., Lisboa : Edições IADE, 2013, ISBN: 978-989-8473-09-7, p. 34.

[82] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 261.

[83] *Idem*, p. 260.

te delimitadora, uma vez que incluía não apenas os casos de publicidade que tecnicamente se classificariam como publicidade comparativa, mas também todos os casos da chamada publicidade alusiva (*bezugnegmende Werbung*, na doutrina alemã)[84], da publicidade adesiva e da publicidade de tom pessoal[85-86]. Terá sido, contudo, esta a intenção do legislador europeu, já que, no considerando 6, referia a intenção de ter uma noção que abarcasse todos os tipos de publicidade comparativa[87].

Outra das críticas apontadas à definição prende-se com a sua redação, pois a referência a *um concorrente* parece não incluir hipóteses em que se refira, numa determinada campanha publicitária com a utilização de publicidade comparativa, *vários concorrentes*, devendo ser feita uma interpretação corretiva da definição para abarcar também essas hipóteses[88].

O texto da diretiva teve uma forte inspiração no texto da legislação do *Code de la consommation* francês nesta matéria[89]. Desta forma, tal como na legislação francesa, entendeu-se essencial a fixação de uma série de condições, que incluíssem critérios comparativos objetivos, de forma a impedir que a publicidade comparativa distorcesse a concorrência e causasse prejuízo aos concorrentes e aos consumidores (conforme previsto no *considerando* 7). Tal aconteceu com o aditamento do artigo 3.º-A, que enunciava oito alíneas com diferentes condições permissivas do exercício da publicidade

[84] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 257.

[85] SILVANA NEWMAN RODRÍGUEZ, "La protección de los competidores en Europa: Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (versión codificada)", *in Scientia Ivridica – Revista de direito comparado português e brasileiro*, tomo LX, n.º 325, Braga : Universidade do Minho (Escola de Direito), janeiro/abril de 2011, ISSN: 0870-8185, p. 20.

[86] Analisaremos estas classificações no capítulo 6.

[87] No mesmo sentido, SILVANA NEWMAN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 20.

[88] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 261.

[89] ULF BERNITZ, *ob. cit.* p. 14.

comparativa[90], elenco esse que se mantém até aos dias de hoje sem grandes alterações.

Outras das novidades de assinalar introduzidas pela diretiva foi a inclusão de um parágrafo referente às ofertas especiais, no mesmo artigo 3.º-A.

Acrescentou-se ainda o ónus de os Estados-membros garantirem os meios apropriados e eficazes para garantir o cumprimento da regulação referente à publicidade comparativa, tendo em conta o interesse não só dos consumidores, como também dos concorrentes e do público na sua generalidade. Tais meios de tutela podem incluir ações judiciais para esse efeito e/ou a existência de uma autoridade administrativa que trate de queixas relativas a esta matéria ou que instaure os procedimentos judicialmente adequados (conforme previsto no n.º 1 do artigo 4.º da diretiva).

Outro ónus foi atribuído ao anunciante, cabendo-lhe a este provar os elementos que constam da publicidade comparativa, conforme definido na alínea *a)* do artigo 6.º.

No n.º 2 do artigo 7.º, é retirada a possibilidade de os Estados-membros adotarem disposições que assegurem uma proteção mais ampla dos consumidores, "das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral em matéria de publicidade enganosa" no que toca à publicidade comparativa, "no que que se refere exclusivamente à comparação". Com esta última referência que destacámos, entendemos que foi retirada a possibilidade de os Estados-membros, no que toca aos critérios para a licitude da publicidade comparativa, terem outros critérios diferentes dos definidos nesta diretiva.

[90] Tais requisitos coincidiam primordialmente com os definidos em sede de legislação nacional, com ligeiras diferenças ao nível da redação. Assim, de forma a evitar a repetição dessas mesmas condições, remete-se a apresentação do elenco de condições para o capítulo *Condições*, onde se enunciarão e analisarão detalhadamente cada um dos requisitos para a licitude da publicidade comparativa.

A Comissão comprometeu-se ainda a criar um mecanismo eficaz para o tratamento das reclamações transfronteiriças em matéria de publicidade comparativa.

A transposição desta diretiva para o ordenamento jurídico português foi efetuada no ano seguinte, através do DL 278/98, de 9 de setembro[91].

O regime definido na Diretiva 97/55/CE só viria a ser (pouquíssimo) alterado pela Diretiva 2006/114/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro[92]. A única alteração a assinalar é no elenco de condições, que, embora se mantenha como anteriormente, foi alvo de uma reorganização na sua ordenação, além de ter sido acrescentada a referência aos artigos 6.º e 7.º da diretiva dedicada às práticas comerciais desleais à alínea *a)* do artigo 4.º, relativa à publicidade enganosa.

Tal diretiva referente às práticas comerciais desleais – a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio[93] – incluiu a publicidade comparativa como uma das práticas comerciais enganosas, quando criar confusão com os produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente, conforme previsto no artigo 6.º, n.º 2, alínea *a)*.

4. Elementos constitutivos e indícios

À primeira vista, assinalam-se dois elementos que constituem qualquer anúncio no qual se utilize a publicidade comparativa.

[91] Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=394&nversao=&tabela=leis (10/01/2025).

[92] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0114 (10/01/2025).

[93] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029 (10/01/2025).

O primeiro é a referência quer aos produtos ou serviços do anunciante, quer aos do concorrente[94]. Tal não significa, contudo, que a referência ao concorrente tenha de ser explícita, como acontecerá, por exemplo, quando haja referência ao nome do concorrente ou quando haja a utilização de imagens do produto ou serviço do concorrente. É, assim, admissível uma referência implícita, desde que tal referência seja *inequívoca*, avaliação que, na prática, é extremamente difícil, levando inclusive a que se considere como uma *crux interpretationis*[95]. Uma das formas de avaliar se essa referência inequívoca existe é avaliar se o público-alvo consegue identificar o produto ou serviço em questão, perceção que variará consoante as circunstâncias em que o público destinatário se insira[96].

Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, a relação de concorrência entre o anunciante e o concorrente identifica-se através de três parâmetros: primeiro, o estado corrente do mercado e dos hábitos de consumo e respetiva evolução; segundo, o território em que a publicidade em questão é difundida, sem excluir os efeitos que pode ter nesse território tendo em conta a evolução dos hábitos de consumo registados noutros Estados-membros; terceiro, as características específicas do produto anunciado e a imagem que o anunciante lhe pretende atribuir[97].

Já o segundo elemento constitutivo refere-se à finalidade, que deverá ser a de comparar os produtos ou serviços em questão, com o objetivo, por parte do anunciante, de apresentar os proveitos do seu produto ou serviço em relação às desvantagens do produto ou serviço do oponente[98]. Anxo

[94] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 20.
[95] *Idem*, p. 21.
[96] *Idem*, p. 22.
[97] Silvana Newman Rodríguez, *ob. cit.*, p. 25.
[98] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 20.

TATO PLAZA entende mesmo que a referência às vantagens é primordial para que em causa esteja um anúncio de publicidade comparativa. Caso contrário, entende que estará em causa um exemplo de publicidade adesiva[99]. Entendemos, contudo, que tal não tem sido o entendimento na atualidade, uma vez que o regime da publicidade comparativa tem sido aplicado, por exemplo, em casos em que se pretenda promover um produto ou serviço equivalente[100].

Há ainda outros indícios a tomar em conta para que se considere que, em causa, está um anúncio de publicidade comparativa, tais como a coincidência temporal em relação a outra campanha[101] ou mesmo a coincidência espacial, isto é, a utilização do mesmo meio que anteriormente foi utilizado por um concorrente[102].

É importante igualmente averiguar a forma como a mensagem é difundida, como, por exemplo, se é comunicada com agressividade[103]. Dever-se-á inclusive atentar nos aspetos linguísticos, nomeadamente a utilização do grau superlativo dos adjetivos (por exemplo, se é referido que o produto ou serviço é o *melhor*) ou do grau comparativo de superioridade (por exemplo, se é referido que o produto é *mais* eficaz do que o do concorrente), pois estes recursos linguísticos poderão indicar que em causa está um anúncio de publicidade comparativa[104].

O tipo de mercado em que concorrem os produtos ou serviços (por exemplo, se em oligopólio ou mesmo duopólio) é

[99] *Idem*, p. 40.

[100] Vejam-se os casos dos acórdãos da Equivalenza, da jurisprudência nacional, analisado no capítulo 2 da parte II, ou o acórdão *Toshiba* vs. *Katun* do TJUE, analisado no capítulo 3 também da parte II.

[101] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual…, cit.*, p. 86.

[102] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 27.

[103] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual…, cit.*, p. 86.

[104] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 22.

outro dos fatores indicativos[105]. Estando em causa um sistema de duopólio, havendo uma comparação, é evidente qual o concorrente visado, uma vez que não existe outro[106]. Contudo, tal fator deve ser analisado com cautela, pois, caso não haja a referência explícita ao produto ou serviço concorrente, poder-se-á estar a atribuir um privilégio às empresas que tenham uma posição de domínio num determinado setor, podendo, assim, socorrer-se do regime da publicidade comparativa e dos seus respetivos requisitos[107] para travar o anúncio do concorrente anunciante[108].

Outros são os sinais da adoção da publicidade comparativa, como a adoção de técnicas publicitárias semelhantes às de um concorrente (por exemplo, se é utilizado um *slogan* semelhante ao do concorrente[109]) ou mesmo a notoriedade do produto ou serviço concorrente visado na comparação publicitária[110].

Em termos de recursos, um dos mais fortes indícios da utilização da publicidade comparativa é mesmo a utilização de testes comparativos, cujo regime analisaremos de seguida, com vista a entender se a sua adoção numa campanha implica necessariamente a existência de um exemplo de comparação publicitária.

4.1. Utilização de testes comparativos

A utilização de testes comparativos é uma prática recorrente na publicidade comparativa, mostrando-se como uma

[105] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 86.

[106] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, pp. 29 e 30.

[107] Analisados no capítulo seguinte.

[108] Esta foi uma das críticas apontadas pela doutrina alemã à jurisprudência local pela utilização desse indício para a classificação de um anúncio como se tratando de um exemplo de publicidade comparativa. Cf. *idem*, pp. 32 e 33.

[109] *Idem*, pp. 26 e 27.

[110] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 86.

forma eficaz e credível de mostrar a diferença existente entre os produtos ou serviços de um concorrente em relação aos de outro concorrente.

O uso deste género de testes, contudo, nem sempre foi consensual, tendo já havido, inclusive, ordenamentos jurídicos em que a utilização de testes comparativos para fins publicitários era condenada, como o francês, que proibia a publicidade comparativa baseada em opiniões ou apreciações quer individuais, quer coletivas[111].

Neste âmbito, há que distinguir duas situações. Quando um determinado teste comparativo é apresentado por um organismo independente, como, por exemplo, a DECO[112], não se deve considerar que está em causa um exemplo de publicidade comparativa[113]. Diferente, no entanto, será se um anunciante utilizar esses testes num anúncio publicitário, utilização essa que já se encontra no campo da publicidade comparativa, devendo, contudo, serem apresentados os seus resultados e os dos respetivos concorrentes no anúncio em questão[114].

Na última situação que distinguimos, assinala-se uma relevante problemática: a de aferir quem tem a responsabilidade no caso em que um anunciante utilize um teste comparativo de um organismo independente, com a devida autorização do mesmo, mas, na verdade, o mesmo não esteja correto. A jurisprudência alemã, por exemplo, chegou a defender uma responsabilidade objetiva do profissional que se servia do referido teste num determinado anúncio publicitário[115]. A proposta

[111] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 16.

[112] Organização de proteção dos consumidores, que realiza testes comparativos de produtos ou serviços. Cf. DECO PROTESTE, disponível em: https://www.deco.proteste.pt/info/os-nossos-servicos/quem-somos (15/04/2025).

[113] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 848.

[114] *Idem*, p. 848.

[115] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 9.

da diretiva do Conselho referente à publicidade comparativa ia no mesmo sentido, referindo, no seu *considerando* 9, que o anunciante assumia a responsabilidade da utilização do teste comparativo, como se o mesmo fosse da sua autoria ou por si dirigido[116], embora na versão final, ainda em vigor, tal entendimento não tenha tido acolhido, sendo apenas referido, no *considerando* 10, que as convenções internacionais sobre direitos de autor e as normas nacionais sobre responsabilidade contratual e extracontratual são aplicáveis nestas situações.

Lendo a legislação prevista no Código da Publicidade, não existe propriamente uma solução específica quanto a esta problemática. O artigo 16.º, n.º 5 do referido compêndio normativo atribui ao anunciante o ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa. Contudo, a verdade é que, ao apresentar um determinado teste comparado, este tinha a expectativa de que os dados por ele apresentados fossem verídicos, uma vez que a sua utilização foi autorizada por quem os elaborou. Neste sentido, defende ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, com base nessa confiança criada pela entidade elaboradora do teste comparativo e não sendo possível provar a veracidade do teste, que seria de equacionar uma responsabilidade solidária do anunciante e dessa respetiva entidade, com base no artigo 30.º, n.º 1 do Código da Publicidade[117] e no artigo 513.º do Código Civil[118], solução com a qual concordamos, numa lógica de proteção tanto da posição do consumidor, vítima de um ato enganoso,

[116] *Idem*, p. 14.

[117] Com a epígrafe *Responsabilidade civil*, este artigo prevê que os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária, assim como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respetivos concessionários, respondam civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

[118] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 16.

como também do anunciante, que acreditou na fiabilidade do teste comparativo cuja utilização lhe foi autorizada.

Ainda neste âmbito, são problemáticos os casos de comparação disfarçada, em que num artigo de uma determinada publicação se comparam produtos ou serviços, transparecendo que a comparação é isenta, quando, na verdade, não o é, havendo escondida a intenção de destacar um produto ou serviço em relação ao outro. Neste caso, deve ser aplicado o direito da concorrência se tal comparação tiver fins económicos[119].

Em relação aos testes comparativos em si, é ainda possível proceder a uma distinção consoante a forma como é utilizado o teste. Se o anunciante refere apenas a sua existência, remetendo para o consumidor a tarefa de consulta, então não está em causa um exemplo de publicidade comparativa[120].

Noutra situação, se o anunciante refere apenas a classificação que teve num determinado teste comparativo, entende-se igualmente que não estará em causa um exemplo de publicidade comparativa, exceto se, ao invés do número classificativo, o anunciante refere que teve uma melhor classificação do que os demais, caso em que estará presente um exemplo de publicidade de tom excludente, que se poderá incluir no âmbito da publicidade comparativa[121-122].

Num terceiro caso, se o anunciante faz uma citação *vertical* do teste, isto é, se menciona apenas uma parte do teste comparativo, sem se referir a um concorrente, não é um exemplo de publicidade comparativa[123].

Diferente será, no entanto, se o anunciante faz uma citação *horizontal* do teste, em que apresenta não só os resulta-

[119] WINFRIED KILIAN, *ob. cit.*, pp. 8 e 9.

[120] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, pp. 64-69.

[121] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, pp. 64-69.

[122] Analisaremos a publicidade de tom excludente no capítulo 7.

[123] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, pp. 64-69.

dos obtidos por si, mas também pelo concorrente, caso em que, por esta última referência, se estará perante um exemplo de publicidade comparativa. O mesmo acontece se o anunciante utiliza o teste comparativo na íntegra (*vollständige Testwerbung*)[124].

5. Condições de licitude

Conforme já referido, o n.º 2 do artigo 16.º do Código da Publicidade refere uma série de condições para que determinado anúncio publicitário comparativo não seja considerado ilícito, condições essas que, ao abrigo da jurisprudência do TJUE, devem ser interpretadas no sentido favorável à publicidade comparativa[125].

Estas condições subscrevem as regras que devem nortear a publicidade comparativa: homogeneidade, objetividade e verificabilidade[126].

Para alguns autores, a formulação "só é consentida" leva a crer que a publicidade comparativa é, em regra, proibida, só sendo permitida quando as condições estejam cumulativamente cumpridas[127].

[124] *Idem.*

[125] Tal como mencionado nas sentenças dos casos *De Landtsheer Emmanuel*, de 19 de abril de 2007; *Lidl Belgium*, de 19 de setembro de 2006; *Siemens*, de 23 de fevereiro de 2006; *Pippig Augenoptik*, de 8 de abril de 2003. Este último será analisado no capítulo 3.2. da parte II. Cf. Paolo Auteri, "La disciplina della pubblicità", *in Diritto Industriale: Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, 5.ª ed., Turim : G. Giappichelli Editore, 2016, p. 422.

[126] Manuel Lobato García-Miján, "Artículo 10. Actos de comparación", *in Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29 / 2009*, Beatriz Patiño Alves (coord.), Barcelona : Editorial Bosch, 2012, ISBN: 978-84-9790-978-5, p. 229.

[127] Catarina Pais Silva, João M. Loureiro, *Código da Publicidade Anotado e Legislação Complementar*, 2.ª ed., Maisimagem – Comunicação Global, 2005, ISBN: 972-98898-9-9, p. 111.

Eis o elenco de condições referidas no artigo em questão:

> "2 - A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à comparação, desde que respeite as seguintes condições:
> a) Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º;
> b) Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos;
> c) Compare objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço;"
> d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;
> e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente;"
> f) Se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;
> g) Não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;
> h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida."

Tal elenco é criticado por alguns autores, como ADELAIDE MENEZES LEITÃO, que considera que o mesmo é supérfluo, uma

vez que contempla condições referentes a distintas disciplinas jurídicas, que poderiam ser consideradas para o efeito da aplicação da publicidade comparativa, sem necessidade da sua enumeração[128]. Tal variedade de referências a diferentes disciplinas jurídicas leva a que, no caso concreto, a sua aplicação se demonstre igualmente bastante dificultada[129].

Contudo, este elenco de condições, na prática, representa uma quase transcrição das definidas no artigo 4.º da Diretiva n.º 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2005. Comparando esse artigo com o artigo 16.º do Código da Publicidade, verifica-se que as redações de ambos os artigos são muito semelhantes, alterando-se apenas a ordem em que as condições são apresentadas. Tal semelhança verifica-se igualmente com a legislação de outros Estados-membros, como o caso da legislação italiana. Assim, acreditamos que o legislador nacional tenha feito esta opção numa lógica de igualdade face ao texto comunitário e ao texto de outros Estados-membros, mas também de evitar uma eventual acusação de transposição incompleta ou incorreta do regime previsto na diretiva acima mencionada.

O texto presente em várias das condições suscita algumas dúvidas no que toca à sua interpretação e aplicação no caso concreto. Assim, de seguida, tratar-se-á das respetivas condições mais desenvolvidamente, com o objetivo de perceber como interpretá-las na prática, à luz dos ensinamentos da doutrina, tanto nacional, como estrangeira, dada a uniformidade do regime no espaço europeu, mas também à luz dos entendimentos da jurisprudência, dividindo-as por categorias de forma a facilitar a sua sistematização.

[128] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 869.
[129] *Idem*.

5.1. Condições referentes ao objeto

Um dos requisitos de licitude da publicidade comparativa referente ao objeto é o definido na alínea *b)*:

> "b) Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos;"

Tal condição não significa que os produtos ou serviços tenham de ser idênticos ou tenham de ser do mesmo género[130]; significa sim que têm de satisfazer as mesmas exigências ou têm de ter a mesma finalidade[131].

É à finalidade dos produtos comparados que se refere o segmento "os mesmos objetivos" presente na redação da alínea. Entendem-se como bens que satisfaçam a mesma finalidade ou as mesmas necessidades aqueles que, para o destinatário do anúncio publicitário, se apresentem como uma alternativa válida no processo de formação das preferências[132].

Segundo a jurisprudência do TJUE, estão em causa os produtos ou serviços que têm o mesmo grau de substituibilidade ou intercambiabilidade para o consumidor[133]. Entende-se ainda que, nos bens ou serviços em confronto, deverá existir uma relação de concorrência entre a oferta do anunciante e a do concorrente[134].

Carlos Lema Devesa critica esta referência, uma vez que permitirá, segundo o autor, que se comparem chocolates e

[130] Silvana Newman Rodríguez, *ob. cit.*, p. 23.

[131] Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 11.

[132] Silvana Newman Rodríguez, *ob. cit.*, pp. 23 e 24.

[133] Tal como referido pelo TJUE no acórdão *De Landsheer*, de 19 de abril de 2007. Cf. Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 11.

[134] Referido no caso *Lidl SNC* vs. *Vierzon Distribution*, do TJUE, de 18 de novembro de 2010. Cf. *idem*, p. 11. O referido acórdão será analisado no capítulo 3.5 da parte II.

flores, por exemplo, já que ambos podem servir de presente, preenchendo, desta forma, o requisito da substituibilidade, isto é, do escopo ou objetivos semelhantes, conforme referido na letra da lei. Desta forma, segundo o autor, para o cumprimento desta condição, deverão estar em causa produtos ou serviços que sejam do mesmo género[135].

Outra crítica, quanto à letra da lei, provém de ADELAIDE MENEZES LEITÃO, que considera que teria sido preferível a redação "que sirvam os mesmos objetivos", uma vez que, segundo a autora, os bens ou serviços, em si, não têm objetivos[136].

Outra das alíneas referentes ao objeto é a apelidada *cláusula Champagne*[137-138], presente na alínea *f)*:

> "f) Se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;"

Tal condição essa que serve de concretização do requisito previsto na alínea *b)*, anteriormente por nós explicitado, e acautela, em simultâneo, os requisitos previstos nas alíneas *a) e g)*[139].

Esta condição, que vai ao encontro do previsto no Regulamento da UE de 20 de março de 2006, relativo à proteção das denominações de origem dos produtos alimentares e agrícolas, pretende evitar que um determinado anunciante retire, de forma ilícita, com o seu produto ou serviço, vanta-

[135] CARLOS LEMA DEVESA, *ob. cit.*, p. 11.

[136] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 870.

[137] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual…, cit.*, p. 87.

[138] Previsivelmente assim apelidada, pois a sua inserção no texto da diretiva referente à publicidade comparativa, que viria a ser naturalmente transposta para a legislação portuguesa, proveio de uma iniciativa francesa de última hora, iniciativa essa que mereceu o desagrado da Suécia, que votou, posteriormente, contra a adoção da referida diretiva por essa razão, conforme referimos no capítulo 3.2. Cf. ULF BERNITZ, *ob. cit.* p. 14.

[139] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual…, cit.*, p. 87.

gens provenientes da denominação de origem do produto ou serviço do concorrente[140].

Ainda referente ao objeto, encontra-se o requisito mencionado na alínea *h)*:

> "h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida."

Esta condição vai igualmente no sentido da anteriormente mencionada, mas com o objetivo de evitar que uma marca retire indevidamente proveito da marca concorrente, com maior notoriedade no mercado[141].

5.2. Condições referentes aos parâmetros em confronto

Dentro das condições relativas aos parâmetros usados para a comparação, encontra-se aquela que se considera ser, de todo o elenco de condições, a alínea mais problemática no que toca à interpretação – q alínea *c)*[142] – com a seguinte redação:

> "c) Compare objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço;"

Tal alínea menciona que a comparação deve ser feita de forma objetiva. Porém, tal objetividade, na prática, demonstra-se de difícil aplicação, uma vez que um anunciante acabará por ter dificuldade em agir de forma objetiva quando compara o seu produto ou serviço com o de um concorren-

[140] Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 12.
[141] *Idem*, p. 13.
[142] Cf. Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 87.

te[143]. Tendo esta dificuldade em vista, deve entender-se que a menção à forma objetiva não significa que a comparação deve ser neutra ou distante, até por conta da eficácia persuasiva e até sugestiva que está inerente à própria disciplina da publicidade em si, mas sim que deverá ser imparcial, não devendo, por isso, conter apreciações subjetivas que não possam ser justificadas pelos factos veiculados no anúncio publicitário[144]. No fundo, o anunciante deverá apenas socorrer-se dos argumentos indispensáveis para a comparação aludida[145].

São ainda exigidos quatro requisitos cumulativos: as características devem ser essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas. Estão em causa características que devem ser afins ou análogas, de forma a permitir uma comparação uniforme, tendo em conta a utilidade e natureza dos bens ou serviços publicitados e a respetiva relação com as características alvo da comparação[146].

Relativamente a cada um dos adjetivos enumerados, quanto à pertinência, considera-se que devem ser evitadas características que sejam estranhas aos produtos ou serviços publicitados[147].

Quanto à essencialidade, devem estar em causa características que o consumidor toma em consideração aquando da escolha, anterior à compra, excluindo-se, assim, as características que não auxiliem o consumidor nesse processo, tais como as características acidentais ou acessórias[148].

[143] Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 14.

[144] Paolo Auteri, *ob. cit.*, p. 423.

[145] Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 14.

[146] Silvana Newman Rodríguez, *ob. cit.*, p. 27.

[147] Carlos Lema Devesa entende que a nacionalidade, isto é, a origem do produto ou serviço, não é uma característica pertinente. Cf. Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 15.

[148] Silvana Newman Rodríguez, *ob. cit.*, p. 28.

Note-se que tanto a essencialidade como a pertinência devem ser avaliadas tendo em consideração a natureza e função dos produtos ou serviços comparados, o setor de mercado em que estão inseridos e o segmento de consumidores alvo da campanha[149].

Quanto à comprovatividade, devem ser apenas apresentados dados comparativos de teor fáctico, isto é, que possam ser comprovados[150], excluindo-se, por isso, a publicidade comparativa que se baseie meramente em opiniões ou juízos pessoais[151]. Exclui-se igualmente a publicidade comparativa que não identifique com precisão quais os produtos ou serviços em confronto[152] e a que mencione características que não se possam comprovar, como, por exemplo, os gostos de animais, sempre que não entrem no campo do dolo positivo[153].

5.3. Condições referentes ao conteúdo

Do elenco de condições a cumprir, destacam-se várias relativas ao conteúdo. Uma delas é a presente na primeira alínea da enumeração:

> "a) Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º;"

Esta proibição está já presente no âmbito da proibição das práticas comerciais desleais. No que toca às diretivas, há uma diferença: enquanto a diretiva referente à publicidade comparativa e enganosa protege primordialmente os profissionais, não

[149] Silvana Newman Rodríguez, *ob. cit.*

[150] *Idem*.

[151] Carlos Lema Devesa, *ob. cit.*, p. 15.

[152] Veja-se o acórdão do TJUE *Lidl Bélgica*, de 19 de setembro de 2006, que deu um parecer neste sentido. Cf. Manuel Lobato García-Miján, *ob. cit.*, p. 233.

[153] *Idem*.

excluindo, contudo, a proteção dos consumidores no que toca à primeira, a diretiva referente às práticas comerciais desleais tem como objetivo principal a proteção dos consumidores[154-155].

Está-se perante uma campanha publicitária comparativa enganosa quando a mesma se apoie em dados falsos, inexatos ou desatualizados ou quando a mesma omita características importantes para que o consumidor faça uma adequada avaliação dos serviços ou produtos em confronto. É igualmente possível que uma comparação publicitária que se apoie em dados verdadeiros e comprováveis seja considerada enganosa, quando induza o consumidor em erro ou lhe crie falsas expectativas[156].

Esta alínea é considera desnecessária por ADELAIDE MENEZES LEITÃO, uma vez que remete para o regime do artigo 11.º do Código da Publicidade, que já teria aplicação sem necessidade de estar previsto neste elenco[157].

A alínea *d)* gera igualmente algumas dúvidas na sua interpretação:

> "d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;"

No âmbito deste requisito, estão em causa quatro tipos de confusão: a confusão entre profissionais[158], onde não se inclui

[154] CARLOS LEMA DEVESA, *ob. cit.*, p. 16.

[155] A problemática relacionada com estas diretivas será desenvolvida mais aprofundadamente no capítulo 2 da parte III.

[156] SILVANA NEWMAN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 31 e 32.

[157] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 870.

[158] *Profissional* é entendido, para efeitos deste regime, como: "pessoa singular que exerce a actividade publicitária ou pessoa colectiva que tenha por objecto exclusivo o exercício da actividade publicitária", conforme previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)* do Código da Publicidade.

o anunciante[159]; a confusão entre o anunciante e o concorrente; a confusão entre os sinais distintivos do concorrente e do anunciante; a confusão entre os produtos ou serviços do anunciante e os do concorrente[160].

Para a interpretação deste requisito, devemos ter em conta o previsto no âmbito do regime do registo das marcas, no qual, ao abrigo do artigo 232.º, números 1 e 2, do Código da Propriedade Industrial, se recusa o registo de uma marca quando de tal registo advir o perigo de que o consumidor confunda essa marca com outra concorrente ou que entenda que as marcas provêm de empresas economicamente associadas, aplicando-se o mesmo no que toca aos logótipos ou às firmas[161]. Este requisito é, no fundo, uma transposição do aí previsto para o regime da publicidade comparativa.

Surgem igualmente interrogações quanto ao requisito mencionado na alínea *e)*:

> "e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente;"

Poder-se-á pensar que tal condição impede que se mencionem as desvantagens ou aspetos negativos do produto ou serviço concorrente. Todavia, não deverá ser essa a interpretação a fazer, sob pena de dificultar a demonstração das vantagens do produto ou serviço publicitado em relação ao produto ou serviço concorrente.

Por esta razão, a alínea em causa deverá ser interpretada como uma proibição à publicidade comparativa que ape-

[159] *Anunciante é*, segundo o previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea *a)*, "a pessoa singular ou colectiva no interesse de quem se realiza a publicidade".

[160] CARLOS LEMA DEVESA, *ob. cit.*, p. 18.

[161] Com as necessárias adaptações para o ordenamento jurídico nacional, cf. *idem*.

nas destaca, arbitrariamente, os defeitos do produto ou serviço concorrente, indo além daquilo que é apresentado pelos dados enunciados na campanha, ou que o faz sem que tal seja necessário para demonstrar as vantagens ou aspetos positivos do produto ou serviço que é publicitado em relação ao oponente[162].

A condição referida na alínea *g)* suscita igualmente algumas incertezas relativamente à sua interpretação:

> "g) Não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;"

Com este requisito, não significa que o anunciante não possa mencionar diretamente o nome do produto ou serviço concorrente. A verdade é que, em concreto, quem publicita outro produto, sobretudo se esse outro produto for o líder daquele segmento, acaba sempre por retirar alguma vantagem da notoriedade do último. Assim, ao abrigo desta condição, só deverá ser indevida a publicidade comparativa que não seja acompanhada de uma justificação apropriada ou proporcional, que permita confrontar as características dos produtos visados, ou que ultrapasse os limites dessa específica justificação[163].

Embora exaustivo, questionamos se algumas das condições referentes ao conteúdo apresentadas no artigo não são desnecessárias ou repetitivas em relação a alíneas anteriores. Esse é, pelo menos, o entendimento de Ana Clara Azevedo de Amorim, que entende que as proibições de engano, de confusão, de denegrição e de aproveitamento da reputa-

[162] Paolo Auteri, *ob. cit.*, p. 423.
[163] Paolo Auteri, *ob. cit.*, p. 423.

ção, mencionadas nas alíneas *a)*, *d)*, *e)* e *g)* do artigo 16.º, respetivamente, seriam desnecessárias, uma vez que já são atos genericamente proibidos pelo artigo 311.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial e pelo artigo 7.º do decreto-lei dedicado às práticas comerciais desleais[164-165]. Também CARLOS LEMA DEVESA entende que as proibições contidas nestas alíneas estão já incluídas no âmbito da proibição da desinformação publicitária[166].

Compreendemos, tal como estes autores, que tais proibições não tragam algo de inovador. Contudo, cremos que auxiliam na aplicação e interpretação do regime da publicidade comparativa, sob pena de, sem a sua redação, poder considerar-se que os artigos do Código da Propriedade Industrial ou do decreto-lei dedicado às práticas comerciais desleais não tivessem aplicabilidade, em específico, à publicidade comparativa.

Poderá igualmente o legislador português, como já mencionámos, ter optado por jogar pelo seguro ao transpor diretamente as condições da diretiva, evitando uma eventual acusação de uma transposição incompleta ou incorreta da mesma para o ordenamento jurídico português.

5.4. Casos de ilicitude absoluta

Relativamente a certos produtos ou serviços, a publicidade comparativa é excluída como uma forma lícita de os publicitar.

[164] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de...*, p. 87.

[165] Neste aspeto, a regulação espanhola, no artigo 10.º da *Ley de Competencia Desleal*, com a epígrafe *Actos de comparación*, que enumera as condições para a licitude da publicidade comparativa, concentra todas estas ilicitudes na mesma alínea, remetendo inclusive para os artigos em que se encontram reguladas: "*e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena*". Cf. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628 (27/01/2025).

[166] CARLOS LEMA DEVESSA, *ob. cit.*, p. 16.

Um dos casos é a proibição da publicidade comparativa de medicamentos para consumo humano, conforme previsto no n.º 5 do artigo 153.º, relativo à publicidade junto do público, do DL n.º 176/2006, de 30 de agosto[167].

É igualmente proibida a publicidade comparativa em que sejam comparados dispositivos médicos, conforme previsto no artigo 46.º, n.º 4, do DL n.º 145/2009, de 17 de junho[168].

Note-se, contudo, que esta proibição não se estende à publicidade comparativa que se faça entre serviços médicos, à qual é aplicado o regime da publicidade comparativa previsto no Código da Publicidade[169], desde que, contudo, não se incorra em nenhuma das proibições previstas no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, que estabelece o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde[170].

5.5. Sanções e medidas cautelares em caso de ilicitude ao abrigo do Código da Publicidade

O recurso à publicidade comparativa que não cumpra as diretrizes definidas no artigo 16.º do Código da Publicidade constitui concorrência ilícita.

Tal violação é sancionada, conforme o previsto no artigo 34.º, n.º 1 do referido Código, através de uma coima cujo valor varia conforme esteja em causa uma pessoa singular, em que a coima variará entre os 1750 e os 3750 euros, ou esteja

[167] Conforme previsto em: https://www.infarmed.pt/documents/15786/1068535/035-E_DL_176_2006_Versao_Consolidada_DRE/d2ae048e--547e-4c5c-873e-b41004b9027f?version=1.7 (10/04/2025).

[168] Que estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respetivos acessórios, conforme previsto em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/145-2009-494558 (10/04/2025).

[169] Conforme previsto em: https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre-publicidade-em-saude/ (10/04/2025).

[170] Disponível para consulta em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/238-2015-70686132 (10/04/2025).

em causa uma pessoa coletiva, em que, num intervalo de valores maior, a coima terá um valor mínimo de 3500 e um valor máximo de 45 000 euros.

A aplicação destas coimas está a cargo da Direção-Geral do Consumidor[171], conforme previsto no artigo 42.º do Código da Publicidade.

Além destas coimas que mencionámos, é ainda punida a negligência nos termos gerais, ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo.

Além das sanções, é possível ainda recorrer a medidas cautelares que possam suspender, cessar ou proibir um determinado anúncio que utilize publicidade comparativa ilícita, ao abrigo do n.º 1 do artigo 41.º. Segundo o n.º 2 do mesmo artigo, tais medidas dependem da audição prévia do anunciante, titular ou concessionário do suporte publicitário, que deverá ser realizada no prazo de três dias úteis. Quanto à medida cautelar em si, a mesma terá de ter uma duração definida, que não poderá ultrapassar os 60 dias (conforme previsto no n.º 5 do mesmo artigo), podendo haver a possibilidade de publicitação dessa medida, cujos custos serão a cargo do anunciante, titular ou concessionário do suporte publicitário (conforme mencionado no n.º 6 do artigo 41.º). Define ainda o n.º 7 do artigo 41.º que, em situações-limite, isto é, quando a gravidade do caso o justificar ou quando tal leve à minimização dos efeitos da publicidade ilícita, pode a entidade condenada ser obrigada a difundir publicidade corretora, cujos custos correrão a ser cargo. O último número do artigo define que há ainda a possibilidade de recurso da decisão tomada.

No que toca à legitimidade ativa, isto é, quem poderá apresentar queixa, ao abrigo do artigo 42.º, esta é abrangen-

[171] Anteriormente, tal competência estava atribuída à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade, tendo sido transferida para a Direção-Geral do Consumidor com o DL n.º 126-C/2011, de 29 de dezembro (artigo 40.º, n.º 3, alínea *g)*).

te, sendo a sua titularidade de qualquer profissional ou concorrente com "interesse legítimo em lutar contra a publicidade enganosa e garantir o cumprimento das disposições em matéria de publicidade comparativa".

6. Classificações

É possível dividir a publicidade comparativa em variados tipos, consoante a forma com que a comparação é feita. Há ainda exemplos de publicidade que geram dúvidas sobre se se devem ou não inserir no regime da publicidade comparativa, conforme analisaremos de seguida.

6.1. Publicidade comparativa direta

A mais comum e a que se associa mais facilmente à definição nos variados diplomas legais é a publicidade comparativa direta, em que existe a menção ao produto ou serviço do concorrente. Esta divide-se em duas subclassificações.

A primeira trata-se da publicidade comparativa direta explícita ou nominativa, em que existe uma identificação direta do produto ou serviço do concorrente, quer através da menção aos seus sinais distintivos, como a marca ou o logótipo, quer através da ilustração desse mesmo produto ou serviço concorrente[172].

Já a segunda trata-se da publicidade comparativa direta implícita ou *per relationem*, em que, ao contrário do que acontece no subtipo mencionado anteriormente, não existe uma expressa referência direta ao nome ou sinais distintivos do concorrente, mas a referência que existe permite inequi-

[172] Eleonora Stillone, *Pubblicità comparativa: nascita ed evoluzione della disciplina,* Roma : Luiss – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2018/2019, p. 21, disponível em: https://tesi.luiss.it/25434/1/207921_STILLONE_ELEONORA.pdf (05/01/2025).

vocamente identificar o produto ou serviço concorrente[173]. Trata-se de referências como "o principal concorrente" ou "o mais vendido", por exemplo. Neste caso, a identificação do concorrente é ainda mais facilitada quando esteja em causa um mercado de duopólio[174]. Sendo possível identificar o concorrente, é, por esse motivo, aplicável o regime da publicidade comparativa.

6.2. Publicidade comparativa indireta

Contrariamente à modalidade analisada anteriormente, sem uma referência direta ao concorrente, existe a publicidade comparativa indireta, em que a referência ao concorrente é feita de forma genérica[175].

Tal como na publicidade comparativa direta implícita, nesta modalidade, não existe a menção ao produto ou serviço concorrente, mas, ao contrário desta, não lhe é associável nenhum concorrente em específico. No fundo, o objetivo deste tipo é evidenciar a superioridade do produto ou serviço publicitado em relação a todos os concorrentes da mesma categoria. Dentro deste último género, encontram-se dois subtipos.

No primeiro, a publicidade comparativa indireta por omissão, o produto ou serviço publicitado é comparado com a generalidade dos seus concorrentes, sem que se assinale especi-

[173] *Idem*, p. 21.

[174] Antonio Aiello, "La pubblicità comparativa in Italia: molti numeri e poca ironia", *in Consumatori, Diritti e Mercato*, n.º 2, Milão : Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2010, p. 133, disponível em: http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2012/07/2010-02-la-pubblicita-comparativa-in-italia-molti-numeri-e-poca-ironia-consumatori-diritti-e-mercato-14-n532220.pdf (05/01/2025).

[175] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Pubblicità ingannevole e comparativa: Piccola guida per la tutela del consumatore*, Mauro Masi (dir.), Roma : Autorità garante della concorrenza e del mercato - Ufficio Documentazione e Biblioteca, suplemento n.º 1 do boletim n.º 3, ano XII, 2022, p. 21, disponível em: https://www.va.camcom.it/moduli/output_immagine.php?id=1858 (16/04/2025).

ficamente nenhum deles, referindo-se apenas uma tipologia ou gama de produtos ou serviços[176]. Questionamos se, em face disto, se se pode aplicar o regime da publicidade comparativa, já que não há referência direta a um concorrente. Poder-se-á entender que existe uma referência *implícita* aos variados concorrentes e que cada um deles tem legitimidade para arguir a ilicitude da publicidade comparativa, aplicando-se, por isso, as condições de licitude previstas no Código da Publicidade.

No segundo caso, a publicidade comparativa indireta por indução, o anunciante cria um concorrente fictício hipotético, recorrendo a uma denominação de fantasia ou à menção "marca X", por exemplo[177]. Neste último caso, poder-se-á afigurar difícil a aplicação do regime da publicidade comparativa, uma vez que é excluída a referência a um concorrente real e não é referido diretamente que a comparação é feita com os concorrentes da mesma gama. Assim, não sendo possível identificar o concorrente, poder-se-á afastar, neste cenário, a possibilidade de aplicar o regime da publicidade comparativa.

6.3. Publicidade adesiva

A publicidade adesiva[178], também chamada de publicidade parasitária[179] ou publicidade por associação[180], era tra-

[176] Giulia Polo, *Pubblicità comparativa: verso il successo o in tribunale?*, 2022, disponível em: https://www.smartalks.it/blog/marketing/pubblicita-comparativa-successo-tribunale/ (05/01/2025).

[177] Mario Riccardo Oliviero, *La pubblicità comparativa*, 2020, disponível em: https://mroliviero.it/pubblicita-comparativa-definizione/.

[178] Em Espanha, é chamada pela doutrina de *publicidad adhesiva.* Já na Alemanha, nomeia-se este género publicitário de *anlehnende vergleichende Werbung*. Cf. Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, pp. 45 e 46.

[179] Eugenio Ribón Seisdedos, "Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores", *in Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29 / 2009*, Beatriz Patiño Alves (coord.), Barcelona : Editorial Bosch, 2012, ISBN: 978-84-9790-978-5, p. 285.

[180] A doutrina italiana chama-lhe, precisamente, *pubblicità per agganciamanento*.

dicionalmente incluída, pela doutrina alemã, na categoria da publicidade alusiva[181], categoria essa que incluía as diferentes formas de publicidade em que existia a referência a um ou mais concorrentes[182].

Relativamente a este tipo publicitário, trata-se de uma figura cuja classificação tendia a não gerar consenso, havendo alguns autores que a classificavam como uma figura afim e outros que a classificavam como um subtipo de publicidade comparativa. Havia, contudo, ordenamentos jurídicos que a afirmavam claramente como um exemplo de publicidade comparativa, como o caso do ordenamento jurídico suíço[183].

Neste caso, ao contrário do que acontece primordialmente, o anunciante não pretende destacar as características que diferenciam o seu produto ou serviço do comercializado pelo concorrente ou que o superiorizam em relação ao do concorrente; pretende sim destacar que o produto ou serviço por si publicitado tem as características do que é vendido pelo concorrente, marca notável ou líder do mercado. Tal acontece, por exemplo, quando o anunciante refere que o seu produto ou serviço tem a mesma composição ou a mesma tecnologia do concorrente[184]. Em síntese, pretende demonstrar que o produto ou serviço por si comercializado é equivalente ao oponente.

Apelida-se como caso de fronteira, uma vez que a sua licitude poderá ser questionada ao abrigo da alínea *g)* do artigo 12.º do Código da Publicidade, que refere que a publicidade comparativa não pode retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem

[181] Na doutrina alemã, denominada por *bezugnehmende Werbung*. Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 848.

[182] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 49.

[183] Através do Conseil Fédéral Suisse. Cf. *idem*, p. 165.

[184] PAOLO AUTERI, *ob. cit.*, p. 419.

de produtos concorrentes. Afinal, nesta forma de publicidade comparativa, o anunciante, ao equivaler o seu produto ou serviço com o concorrente, acaba por tirar partido da sua notoriedade no mercado.

Sobre isto, segundo PAOLO AUTERI, embora tradicionalmente se tendesse a identificar este tipo de publicidade como uma forma de concorrência desleal, à luz da atual regulação, a ilicitude desta forma publicitária só acontecerá quando não exista uma necessidade técnica, comercial ou concorrencial que justifique a menção ao concorrente. Neste sentido, no entender do autor italiano, o requisito da necessidade estará preenchido quando, por exemplo, o anunciante pretende entrar num mercado que esteja dominado por outro produto ou serviço fabricado sob uma determinada tecnologia que, entretanto, caiu no domínio público e que é agora utilizada por esse anunciante, pretendendo, assim, dar a conhecer ao público-alvo a existência de uma alternativa equivalente[185].

ANXO TATO PLAZA afirma igualmente que se deve aceitar a publicidade adesiva quando esta seja justificada por razões de transparência de mercado, devendo ser proibida quando seja desnecessária ou explore em demasia a reputação de mercado alcançada pelo concorrente[186].

No nosso entender, tendo em vista que um dos fundamentos para a licitude do regime da publicidade comparativa é o interesse dos consumidores e, superiorizando esse mesmo interesse face ao do concorrente afetado, parece-nos legítimo que se permita esta forma publicitária, sobretudo pelo seu caráter informativo para os consumidores, que poderão conhecer uma alternativa ao produto ou serviço que já existia no mercado. Igualmente, contribui para a transparência do mercado, outro dos objetivos da legislação nesta matéria.

[185] PAOLO AUTERI, *ob. cit.*, p. 424.

[186] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 166.

Contudo, a verdade é que, se atentarmos no ponto de vista do concorrente, a solução poderá não ser tão pacífica, podendo tal configurar-se como uma prática de publicidade comparativa ilícita.

A verdade é que, inclusive, é possível ter um anúncio publicitário que integre tanto a publicidade comparativa no seu sentido estrito, como a publicidade adesiva, como o caso em que é referido que o produto é tão bom como o concorrente, mas mais barato. Segundo ANXO TATO PLAZA, dever-se-á atender à regra de que o sentido juridicamente relevante de uma mensagem publicitária é o que coincide com a perceção que este tem, na sua generalidade, sobre a pessoa do consumidor. Ora, num anúncio deste tipo, na sua globalidade, o consumidor fica com a ideia de que o produto do anunciante é o melhor, portanto encontramo-nos já no campo da publicidade comparativa[187]. De qualquer forma, se, como PAOLO AUTERI, entendermos este género de publicidade como um subtipo de publicidade comparativa, esta questão não se coloca.

6.4. PUBLICIDADE DE TOM PESSOAL

Outro caso de qualificação duvidosa, que era incluído tradicionalmente pela doutrina alemã na *bezugnehmende Werbung*[188], era o da chamada publicidade de tom pessoal[189].

[187] Na doutrina alemã, quando se autonomizavam os dois tipos publicitários, as interpretações diferiam quanto a este exemplo. Enquanto autores como MEYER entendiam que se tinha de verificar qual das comparações constituía a principal, para perceber se em causa estava um exemplo de publicidade comparativa, outros como NERRETER e EICHMANN entendiam que se tinha de se verificar se o anunciante já era conhecido ou reputado, caso em que se entendia estar em causa um exemplo de publicidade comparativa; inversamente, se o anunciante não fosse conhecido ou não tivesse reputação de assinalar no mercado, estaria em causa um exemplo de publicidade adesiva. Cf. ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 166.

[188] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 848.

[189] Chamada de *persönliche Reklame* na doutrina alemã. Cf. *idem*, p. 847.

Neste caso, conforme o nome sugere, o anunciante usa aspetos puramente do foro pessoal do concorrente, como os antecedentes criminais, a ideologia política, a nacionalidade ou a religião.

Inicialmente, no seio da doutrina alemã, esta denominação era usada para todos e quaisquer casos em que uma determinada publicidade incluísse a referência a um concorrente[190], mas acabou por ser circunscrita aos casos em que se fizessem referências pessoais em relação ao concorrente, distinguindo-se, assim, da publicidade comparativa em que não se referem características desse teor[191].

Aqui, as dúvidas quanto à sua ilicitude são poucas, entendendo-se como um ato de concorrência desleal, mais concretamente como um ato de denegrição[192], violando, assim, a condição prevista na alínea *e)* do n.º 2 do artigo 16.º do Código da Publicidade. Contudo, poderão existir complicações na hora de classificar quando a referência às características pessoais influa na qualidade dos bens ou serviços que o concorrente comercializa, devendo, nesses casos, classificar-se consoante a forma como a mensagem publicitária é recebida pelos consumidores. Deste modo, se o público entender que em causa está uma comparação entre os produtos do concorrente e do anunciante, estar-se-á perante um caso de publicidade comparativa. Pelo contrário, se o consumidor entender que a mensagem se destina a destacar as características pessoais do concorrente, então será um caso de publicidade de tom pessoal[193].

[190] Era o entendimento de KOHLER. Cf. ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 42.

[191] É NERRETER que propõe, pela primeira vez, a distinção dos casos de *vergleichende Reklame* (publicidade comparativa). Cf. *idem*, p. 43.

[192] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 848.

[193] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 43.

6.5. Publicidade de tom excludente

Assinala-se ainda como de qualificação duvidosa, havendo dúvidas em considerar se, de facto, se trata de um exemplo publicidade comparativa ou não, a chamada publicidade superlativa, também denominada por publicidade de tom exclusivo ou por publicidade de tom excludente (*Alleinstellungswerbung*), em que há mera elevação do produto ou serviço publicitado, com o objetivo de destacar a posição de preponderância do operador face aos concorrentes[194], sem fazer referência a esses mesmos concorrentes[195], excluindo, todavia, em simultâneo, os respetivos concorrentes dessa mesma posição de superioridade.

Através desta forma de publicidade, o consumidor é levado a acreditar que a característica a ele associada só existe nesse mesmo produto ou serviço[196]. Tal acontece com a utilização de expressões como como "o melhor", "o primeiro", "o mais vendido"[197], "o único", "o imbatível"[198] ou "o número 1", em que existe a intenção de afirmar o caráter ímpar do produto publicitado[199].

Neste caso, contrariamente ao que acontece na publicidade comparativa dita tradicional, não se comparam as vantagens e desvantagens de um produto ou serviço face a outro, mas apenas se sublinha a posição de liderança em relação aos outros concorrentes, sem se referir aos mesmos

[194] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 848.

[195] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 50.

[196] Eleonora Stillone, *ob. cit.*, p. 22.

[197] Exemplos de Ana Clara Azevedo de Amorim. Cf. Ana Clara Azevedo de Amorim, "Publicidade Enganosa e Consumidor Médio: Estudo Sobre o Exagero Publicitário", *in Percursos & Ideias – Revista Científica do ISCET*, n.º 7, 2.ª série, 2016, p. 10, disponível em: https://percursoseideias.iscet.pt/wp-content/uploads/2022/03/PI_2016_N07_SOL1.pdf (07/02/2025).

[198] Antonio Aiello, *ob. cit*., p. 133.

[199] Winfried Kilian, *Vergleichende Werbung in Deutschland: Auswirkung der geplanten Richtlinie der EU*, Aachen : Shaker, 1995, ISBN 3-8265-5182-6, p. 10.

diretamente, embora indiretamente acabe por haver se fazer uma referência aos mesmos[200].

Surgiam dúvidas em relação à inserção no regime da publicidade comparativa, variando a opinião no seio da doutrina. Uns entendiam que a comparação não assumia o efeito principal do tipo publicitário em causa, mas sim o efeito secundário[201], não se qualificando, por esse motivo, como publicidade comparativa. Outros, contudo, entendiam que a referência implícita a um concorrente era bastante para que se qualificasse como publicidade comparativa[202]. ANXO TATO PLAZA apresenta uma posição intermédia, consoante a forma como a mensagem fosse recebida, no caso concreto, pelo consumidor: se este entender que existe uma comparação entre o produto ou serviço anunciado e o do concorrente, então estará em causa um exemplo de publicidade de tom excludente que se inserirá no regime da publicidade comparativa.

Nos dias de hoje, face à legislação em vigor e tendo em conta a definição prevista no artigo 16.º do Código da Publicidade para a publicidade comparativa, definição esta que faz referência a uma identificação *implícita* do concorrente e não apenas *explícita*, entendemos que a publicidade de tom excludente se insere no regime da publicidade comparativa[203]. No fundo, tendo esta subclassificação pontos de contacto com a publicidade indireta por omissão, que abordámos anteriormente, entendemos que se poderá aplicar aqui o referido quanto a esse regime.

[200] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 50.

[201] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 848.

[202] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 51.

[203] No mesmo sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "Publicidade…", p. 10

6.6. Publicidade puramente sugestiva

Outro caso controverso é o da chamada publicidade puramente sugestiva, em que o anunciante compara o seu produto ou serviço ao de um concorrente, não com base em características comprováveis ou reais, mas em características fantasiosas, como, por exemplo, referir que o produto ou serviço anunciado é mais adequado a um determinado estilo de vida ou que quem o consome ou utiliza é uma pessoa mais divertida ou alegre[204].

Neste caso, inversamente ao que acontece com a classificação anterior, entendemos, tal como Paolo Auteri, que é difícil admitir a sua licitude, pois, embora exista uma comparação, que pode implícita ou explícita, tal comparação não se baseia em factos que sejam suscetíveis de comprovação ou verificação, um dos requisitos da licitude da publicidade comparativa[205]. Afinal, como se verifica que quem utiliza um produto é mais divertido do que quem utiliza o outro ou que um serviço condiz mais com um estilo de vida mais dinâmico? Além disso, contrariamente ao que acontece na publicidade adesiva, há uma exploração da notoriedade da marca concorrente, mas, neste caso, tal utilização não tem como objetivo dar a conhecer as características do produto ou serviço publicitado. Por fim, entendemos ainda que esta modalidade não contribui para a transparência do mercado, um dos pontos que justifica a previsão legislativa da comparação publicitária, e não apoia o consumidor a tomar uma decisão mais informada.

Contudo, em Portugal em específico, face à atual legislação, que remete a proteção dos consumidores da publicidade comparativa ilícita para o decreto-lei dedicado às

[204] Paolo Auteri, *ob. cit.*, p. 424.
[205] *Idem*, p.424.

práticas comerciais desleais entre consumidores e empresas, poderá ser de admitir a sua licitude quando o consumidor seja o destinatário da comparação[206].

6.7. Autocomparação

Por fim, assinalam-se ainda os casos de autocomparação, em que o anunciante compara o produto ou serviço com outro produto ou serviço também seu. Tal é aplicável, por exemplo, quando o produto ou serviço publicitado representa uma melhoria em relação ao anterior, isto é, se é uma fórmula melhorada, com menor teor de açúcar, com menor teor de gordura ou com maior eficácia[207], por exemplo.

Neste caso, não temos quaisquer dúvidas. Embora a denominação pudesse levar ao equívoco, pela referência à *comparação*, não está em causa um exemplo de publicidade comparativa, porque não há, nem de forma implícita, nem de forma explícita, a referência a um concorrente. Assim, entendemos que só haverá publicidade comparativa, nomeadamente, se esse serviço ou produto anterior tiver um novo proprietário, que seja concorrente, caso que já não se enquadra, por isso, no campo da autocomparação, mas sim no da heterocomparação[208].

6.8. Classificação por tipos de comparação

Tradicionalmente, assinala-se ainda a existência de comparações por tipos de metodologia, em que surge igualmente a dúvida se esses casos se incluem ou não no regime da publicidade comparativa.

[206] Analisaremos mais aprofundadamente esta questão na parte III da dissertação.

[207] Exemplos nossos.

[208] No mesmo sentido, Winfried Kilian, *ob. cit.*, p. 15.

Um desses tipos comparativos trata-se da chamada comparação publicitária de sistemas (*Systemvergleich*), em que são comparados sistemas operacionais e de vendas, como, por exemplo, venda a retalho contra a venda por grosso ou venda por correspondência contra a venda a retalho[209].

Sendo comparados os sistemas, não há, por norma, uma referência direta a um concorrente, distinguindo-se, por isso, a comparação de sistemas da publicidade comparativa[210]. Contudo, já se entendia que, se acompanhada da comparação de sistemas existisse uma comparação de produtos ou serviços, realçando, através da comparação dos sistemas um produto ou serviço em relação ao concorrente, estaria em causa um exemplo de publicidade comparativa.

A distinção entre a publicidade comparativa e a comparação de sistemas acabaria por cair aos olhos da jurisprudência alemã, que, após várias decisões, acabou por esbater as fronteiras entre ambas, entendendo-se agora, efetivamente, a comparação de sistemas como um exemplo de publicidade comparativa[211].

Existe ainda a comparação de tipos de produtos (*Warenartvergleich*), que teve origem na comparação de sistemas. Neste caso, comparam-se produtos próximos em relação ao seu género, como telhas e tijolos[212], café e descafeinado, ou lápis e lapiseira[213]. Mais uma vez, o que distingue, em regra, a comparação de tipos de produtos da publicidade comparativa é que na primeira não existe uma referência a um ou vários concorrentes; os produtos em confronto são do

[209] *Idem*, *ob. cit.*, pp. 16 e 17.
[210] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, pp. 57 e 58.
[211] WINFRIED KILIAN, *ob. cit.*, p. 17.
[212] *Idem*, pp. 18 e 19.
[213] Exemplos dados por ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 59.

mesmo vendedor[214]. Não é, por isso, aplicável o regime da publicidade comparativa.

Outra forma de comparação que teve origem na comparação de sistemas é a chamada comparação do progresso (*Fortschrittsvergleich*), em que se pretende demonstrar, conforme o nome indica, o progresso em termos técnicos ou económicos de um produto ou serviço em relação a outro que, se for de concorrente, insere-se claramente no âmbito do regime da comparação publicitária[215].

Há ainda a comparação de defesa (*Abwehrvergleich*), em que se compara um produto ou serviço com outro de forma a mitigar os efeitos negativos de um dano ocorrido nesse mesmo produto ou serviço[216]. Mais uma vez, é fulcral a referência a um concorrente para que se aplique o regime da publicidade comparativa.

Assinala-se ainda a comparação de informação (*Auskunftsvergleich*), em que se comparam as vantagens e desvantagens dos produtos ou serviços publicitados em relação aos de terceiros[217]. Não existem dúvidas quanto à inclusão no regime da publicidade comparativa, já que esta é uma das estratégias mais utilizadas no âmbito da comparação publicitária.

Por fim, há a chamada comparação iluminista (*Aufklärungsvergleich*), em que a publicidade comparativa é usada como forma de educar o público em geral, assim como os parceiros de mercado[218].

[214] *Idem*, pp. 59 e 60.
[215] WINFRIED KILIAN, *ob. cit.*, p. 19.
[216] *Idem*, p. 19.
[217] *Idem*, pp. 19 e 20.
[218] WINFRIED KILIAN, *ob. cit*, p. 20.

7. Regulação noutros países

Conforme já foi referido anteriormente, a publicidade comparativa é, em geral, permitida e regulada nos diferentes ordenamentos jurídicos europeus, mesmo fora da União Europeia, como o caso da Suíça, que vamos analisar.

A própria legislação comunitária nesta matéria acabou até por inspirar a legislação de países fora do continente europeu, como a Argentina, que só há poucos anos – em 2019 – regulou a publicidade comparativa, condicionando a sua prática à obediência de uma série de condições com um teor quase igual ao das presentes na diretiva europeia relativa à publicidade enganosa e à publicidade comparativa[219].

Fora do continente europeu, contudo, não é raro encontrar Estados sem legislação específica referente à publicidade comparativa, como a China[220] ou o Brasil, caso último que analisaremos neste capítulo. Contudo, nem mesmo nestes países deixa de ser adotada como instrumento publicitário, estando, contudo, a sua licitude à mercê de legislação próxima, nomeadamente referente à matéria da concorrência, assim como à mercê da posição dos tribunais ou das entidades reguladoras locais.

7.1. Noutros países da União Europeia

Fruto das diretivas, de transposição obrigatória, a regulação do regime da publicidade comparativa no seio de vá-

[219] Com o Decreto-Lei n.º 274/2019. A publicidade comparativa está regulada no artigo 15.º, conforme previsto em: https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000-324999/322236/norma.htm (26/03/2025).

[220] Celia Y Li, *et al.*, "Playing with fire: the risks and rewards of comparative advertising in China", *in World Trademark Review*, dezembro/janeiro de 2010, p. 56, disponível em: file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/padvertisingp%20(1).pdf (25/03/2025).

rios Estados-membros da União Europeia acaba por ser semelhante ao português.

Um desses exemplos é o de Itália, cujo artigo 4.º do DL n.º 145/2007, de 2 de agosto[221], que enumera as condições para a licitude da publicidade comparativa, é muito semelhante ao congénere português e, consequentemente, ao presente na diretiva, trocando apenas a ordem em que as condições são apresentadas.

Em Espanha, o elenco de condições previstas no artigo 10.º, referente aos *Actos de comparación*, é mais reduzido, com cinco alíneas, tendo-se remetido o referente à matéria dos atos de engano, de denegrição e de exploração alheia para outros artigos do diploma em questão[222].

Em França, o *Code de la Consommation*[223-224] enumera igualmente vários requisitos de licitude, mas com uma organização distinta. No n.º 1 do artigo L122 são colocadas as condições de licitude, como a publicidade enganosa não poder ser enganosa e não poder induzir em erro. Já no n.º 2 do mesmo artigo são colocadas as proibições, como não tirar proveito da notoriedade de um concorrente, não poder desacreditar ou denegrir o concorrente ou não apresentar bens ou serviços como uma imitação[225].

[221] Decreto-lei disponível em: https://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/07145dl.htm (05/01/2025).

[222] Ao referir-se, na alínea *e)*, "*La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena*", cf. disponível em: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-21162 (16/04/2025).

[223] Conforme disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069565/LEGISCTA000032221021/ (21/03/2025).

[224] Recorde-se que o Código do consumo francês inspirou fortemente o texto da diretiva relativa à publicidade comparativa. Cf. ULF BERNITZ, *ob. cit.* p. 14.

[225] COLOMBE DOUGNAC, "Les conditions juridiques de la mise en place d'une publicité comparative", *in Village Justice*, 2024, disponível em: https://www.village-justice.com/articles/les-conditions-juridiques-mise-place-une-publicite-comparative,50453.html (21/03/2025).

Contudo, o ordenamento jurídico francês traz outras novidades em relação ao regime da publicidade comparativa não previstas no ordenamento jurídico português. Uma delas é a proibição de colocação de publicidade comparativa em embalagens, faturas, bilhetes de transporte, formas de pagamento ou bilhetes para acesso a espetáculos ou locais abertos ao público, conforme previsto no n.º 3 do artigo L122.

Outra diferença face ao regime português é em relação à prova, cujo ónus cabe na mesma ao anunciante, mas tal prova da "exatidão material das declarações, indicações e apresentações contidas no anúncio" deverá ser feita, segundo o n.º 5 do artigo L122, num curto espaço de espaço. Até 2001, inclusive, o regime francês previa que o anunciante tivesse de comunicar com a devida antecedência, entendida como o prazo para o cancelamento do anúncio, o anúncio publicitário ao concorrente visado[226].

Há ainda uma regulação relativa à publicidade comparativa em meios de imprensa: a mesma, segundo o n.º 6 do artigo L-122, não dá lugar à utilização do direito de resposta por parte do concorrente.

7.2. Na Suíça

Na Suíça, país europeu, mas que não é membro da União Europeia, a publicidade comparativa também é aceite[227]. Contudo, contrariamente ao que acontece no espaço comunitário, a regulação da publicidade comparativa é muito sintética, não havendo um elenco de condições a cumprir

[226] Previsão no antigo artigo L121, n.º 12. Cf. Franck Cochoy; Roland Canu, "La publicité comparative, ou comment se faire justice à soi-même en passant par le droit", *in Revue française de sociologie*, vol. 47, Paris : Éditions Ophrys, 2006, disponível em: https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-sociologie-1-2006-1-page-81?lang=fr&tab=bibliographie (21/03/2025).

[227] Foi, aliás, um dos primeiros países a permitir a prática em termos legislativos, conforme analisado no capítulo 1.

como aconteceu no espaço europeu, nem sequer uma noção de publicidade comparativa por si só.

A sua regulação está prevista na lei local contra a concorrência desleal (UWG)[228], numa só alínea (a alínea *e)*) do artigo 3.º, sendo considerado desleal o ato que compare, de forma inexata, enganosa, desnecessariamente prejudicial ou parasitária, o profissional que compara, os seus produtos, obras, serviços ou preços com os de um concorrente ou que, através dessas comparações, obtenha vantagens de terceiros em relação aos seus concorrentes.

A legislação suíça exclui, assim, condições previstas nos Estados-membros da União Europeia, como as de comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou a condição de proteção de bens com denominação de origem protegida. No entanto, acrescenta uma proibição de obter vantagem de terceiros.

Esta parca previsão legislativa acabou por ser complementada pela *Comission Suisse pour la Loyauté*[229], que, através das regras relativas à lealdade na comunicação comercial[230], acabou por especificar cada um dos adjetivos assinalados no artigo na regra n.º B.3, assim como atribuiu uma definição à publicidade comparativa: qualquer comunicação comercial que se refere, de forma identificável, a um ou mais concorrentes ou aos produtos de um ou mais operadores de mercado.

[228] Versão em francês disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/fr (16/04/2025).

[229] Instituição neutra e independente, semelhante à portuguesa Auto Regulação Publicitária, que controla a atividade publicitária. Cf. COMISSION SUISSE POR LA LOYAUTÉ, disponível em: https://www.faire-werbung.ch/fr/ (16/04/2025).

[230] Diploma disponível em: https://www.faire-werbung.ch/wp-content/uploads/2023/06/SLK-Grundsaetze_FR-1.7.2023-2.pdf (16/04/2025).

7.3. No Brasil

No Brasil, a prática da localmente nomeada *propaganda comparativa* não é comum, tendo a primeira utilização sido registada somente nos anos sessenta do século passado[231].

Reflexo dessa pouca utilização é o facto de o Código da Defesa do Consumidor não ter uma previsão legal relativa especificamente à publicidade comparativa. O dito código tem, no entanto, algumas normas referentes à disciplina da publicidade que, por maioria de razão, acabam por se aplicar igualmente à publicidade comparativa, tais como a publicidade ter de ser clara e identificável como tal, conforme previsto no artigo 36.º do referido código[232], e de não poder ser enganosa ou abusiva, conforme redigido no artigo 37.º do mesmo código. Dever-se-á igualmente aplicar as normas do Código da Propriedade Industrial[233].

Existe, contudo, regulação da disciplina da publicidade comparativa no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária[234-235], que prevê, na secção 7 e no seu artigo 32.º, o regime para a prática lícita da publicidade comparativa,

[231] Rogério Gomes Neto, *Propaganda comparativa no Brasil: um estudo exploratório*, 2020, p. 3, disponível em: https://portalintercom.org.br/anais/nacional2021/resumos/dt2-pp/rogerio-gomes-neto.pdf (14/03/2025).

[232] Conforme previsto em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm (14/03/2025).

[233] Cristiano Prestes Braga, "A legalidade do uso da publicidade comparativa", *in Jusbrasil*, 2015, disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-legalidade-do-uso-da-propaganda-comparativa/185531930 (14/03/2025).

[234] Curiosamente, este código foi criado no final dos anos setenta por iniciativa dos anunciantes, meios de comunicação e agências de publicidade, como resposta à pretensão de criação de uma lei federal que pretendia prever uma censura prévia à publicidade. Só depois se criou o Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR), destinado a aplicar o referido código. Cf. Rogério Gomes Neto, *ob. cit.*, p. 4.

[235] Conforme previsto em: https://www.gov.br/secom/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/ca2digobrasdeautoregulanovo.pdf (14/03/2025).

que deverá ter como objetivo principal, conforme previsto na alínea *a)*, o esclarecimento e a defesa do consumidor. Em relação às condições de licitude, várias deles são semelhantes às previstas na legislação portuguesa na matéria, como as condições de objetividade e de comprovação (alíneas *b)* e *c)*, respetivamente) e as proibições de confusão e de aproveitamento do prestígio de um concorrente (alínea *g)*). Há, contudo, a previsão de condições inovadoras em relação às legislações portuguesa e comunitária, tais como a proibição de comparação de bens de consumo que sejam de modelos fabricados em anos distintos, exceto quando a comparação seja demonstrativa de uma evolução (alínea *d)*) e, em relação à comparação de preços, prevê que quando o preço não seja "de igual nível", tal deve ser indicado na campanha publicitária (alínea *h)*).

Sem legislação específica *de facto*, a jurisprudência dá um contributo importante nesta matéria. O Supremo Tribunal de Justiça brasileiro tem dado um aval positivo à prática, destacando-se o recurso especial n.º 1.377.911 – SP, de 19 de dezembro de 2014[236], em que classificou a publicidade comparativa como um importante auxílio na decisão do consumidor[237], distanciando-se da decisão da primeira instância, que havia considerado a publicidade comparativa como ilícita[238]. Só não será lícita, no entender do Supremo, se a publicidade comparativa em questão causar erro ao consumidor, causar confusão entre marcas ou depreciar a marca do concorrente ou incluir informações que sejam falsas e parciais. Nesse acór-

[236] Emitido pela Quarta Turma e relatado por Luís Felipe Salomão: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/1 (14/03/2025).

[237] Cristiano Prestes Braga, *ob. cit.*

[238] Vinícius Lopes Mayer, *A publicidade comparativa em Portugal e no Brasil*, Lisboa : Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, p. 209, disponível em: https://repositorio.ulisboa.pt/bitstream/10451/50560/1/ulfd0149624_tese.pdf (14/03/2025).

dão, considerou-se ainda que, quando respeitado o princípio da lealdade e quando prestada informação que seja objetiva e verdadeira, não se pode impedir a menção de um concorrente, sob pena de restringir a liberdade e a criatividade publicitárias e de subestimar o discernimento do consumidor.

No que toca às decisões do Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR)[239], que aplica o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a maioria das que atribuem um parecer negativo à prática da publicidade comparativa são por conta da falta de comprovação da comparação[240].

8. Síntese conclusiva

Terminada a parte I desta dissertação, cumpre-nos concluir que a publicidade comparativa, tendo sido quase consensualmente aceite como prática publicitária nos Estados Unidos da América, não foi aceite com tanta facilidade no contexto europeu. Enquanto determinados países validavam a sua utilização, outros entendiam-na como uma prática representativa de concorrência desleal, proibindo-a em geral ou permitindo-a somente em raríssimas exceções. Prova disso foi a dificuldade em obter um consenso entre os Estados-membros da União Europeia e aprovar uma diretiva que regulasse esta matéria.

Face à divergência em relação a esta matéria existente nos países europeus, foi, assim, de extrema importância a aprovação da primeira diretiva que definiu as regras da pu-

[239] Semelhante ao organismo da Auto Regulação Publicitária existente em Portugal e com um Conselho de Ética que emite decisões em relação a denúncias por si recebidas, o CONAR é uma organização não governamental, com sede na cidade de São Paulo, que tem como objetivos a proteção da liberdade da expressão publicitária e a defesa dos princípios constitucionais em matéria de publicidade comercial, impedindo que a publicidade enganosa ou abusiva cause danos ao consumidor ou a empresas. Cf. Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária, disponível em: http://www.conar.org.br/ (14/03/2025).

[240] Rogério Gomes Neto, *ob. cit.*, p. 14

blicidade comparativa, permitindo um avanço, no mesmo sentido, na licitude da publicidade comparativa enquanto prática que interessava ao interesse dos consumidores, enquanto importante meio de informação, mas também enquanto uma opção importante para os outros operadores de mercado e até para a própria União Europeia, enquanto prática facilitadora do mercado interno.

No entanto, assinala-se que não foi necessária a diretiva em questão para que se legislasse pela primeira vez em Portugal sobre esta matéria. Pese embora a divergência que também existia quanto à sua licitude, a primeira legislação referente a esta matéria no nosso país surgiu em 1980, enquanto no seio da União a diretiva que legislou esta matéria só surgiu mais tarde, em 1997. Com tal legislação, Portugal posicionou-se como um dos países europeus mais permissivos no que toca à publicidade comparativa.

Atualmente, o regime previsto no Código da Publicidade acabou por transcrever o previsto na diretiva, sobretudo no que toca ao elenco de condições. Tal levou a que algumas das condições previstas no artigo acabem por coincidir com o que já está previsto noutros diplomas jurídicos, criando uma repetição de condições que pode ser tido como desnecessária. Contudo, esta opção, que também foi adotada noutros ordenamentos jurídicos, como o italiano, é compreensível numa lógica de garantir a efetiva transposição da diretiva no nosso ordenamento jurídico, embora, como vimos, não tenha sido a estratégia adotada noutros ordenamentos jurídicos, como o francês ou o espanhol. Consideramos igualmente que, tomada uma opção distinta, poderia haver o risco de, não prevendo essas condições no elenco da publicidade comparativa, se considerar que as mesmas não se aplicariam às comparações publicitárias em específico.

Na prática, entendemos que o texto presente nas ditas condições poderá gerar alguma confusão no que toca à sua aplicação, sendo, assim, importante uma adequada interpretação dos requisitos de forma a delimitar as situações lícitas de comparação publicitária das ilícitas. Para uma correta interpretação dos requisitos previstos, a doutrina dá um importante auxílio, assim como a jurisprudência, conforme veremos na próxima parte da dissertação.

Tal aplicação também poderá ser dificultada quando estejam em causa figuras afins como analisámos. Contudo, neste ponto, concluímos que, quando haja a referência a um ou mais concorrentes, mesmo que não seja explícita, poder-se-á aplicar o regime da publicidade comparativa. Em sentido contrário, não sendo possível determinar um concorrente alvo da campanha, não se deverá aplicar o regime.

Das legislações previstas noutros países, é curiosa a proibição de adoção da publicidade comparativa em determinados suportes feita pelo legislador francês, assim como a exclusão do direito de resposta quando a publicidade seja difundida através da imprensa. Não se afigura, contudo, uma necessidade de transposição de tal solução – que não encontrámos semelhante noutros ordenamentos jurídicos – para o ordenamento jurídico português. Concluiu-se também que a existência de um elenco menor de condições de permissibilidade, como no caso suíço, não impede a viabilidade da publicidade comparativa. O mesmo acontece quando não existe um regime legislativo especificamente dedicado à publicidade comparativa, como acontece no Brasil, assumindo, nestes casos, as entidades reguladoras e a jurisprudência um importante papel na sua justa e correta aplicação.

II – Deliberações e decisões em matéria de publicidade comparativa

Pese embora a prática da publicidade comparativa esteja legalizada há vários anos no nosso ordenamento jurídico, a verdade é que a sua prática continua a gerar controvérsia entre os vários operadores do mercado.

Rara é a situação em que um determinado empresário seja alvo de uma campanha que envolva publicidade comparativa e não recorra às vias judiciais ou extrajudiciais para tentar fazer cessar essa mesma campanha.

Desta forma, existem diversas decisões tomadas em matéria de publicidade comparativa, de diferentes entidades, desde judiciais a não judiciais. Assim, apresentaremos um conjunto de decisões de diferentes entidades, dedicadas a diferentes características da publicidade comparativa, de forma a poder retirar conclusões acerca da sua aplicabilidade e dos aspetos do seu regime.

1. Deliberações da Auto Regulação Publicitária

Uma das entidades que emite decisões em matéria de publicidade é a Auto Regulação Publicitária, que se trata de uma entidade privada e sem fins lucrativos que, através de um sistema de autorregulação, tem como objetivos defender a liberdade de expressão em termos comerciais e promover a dignificação da publicidade, disponibilizando, para essa finalidade, uma série de diferentes serviços, como a resolução de litígios. É um mecanismo de adesão voluntária, aplicando-se as suas decisões, por isso, somente aos seus associados[241].

Para a tomada das suas decisões, o organismo conta com vários códigos de conduta próprios, como o Código

[241] Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/ (02/11/2024).

de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e Outras Formas de Comunicação Comercial, que replica, no seu artigo 15.º, o que já está previsto no artigo 16.º do Código da Publicidade, acrescentando apenas uma alínea na série de condições em relação ao código: não desrespeitar os princípios da leal concorrência (alínea *d)*)[242].

1.1. Caso *Danone Portugal, S.A. vs. Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.*[243-244]: autocomparação

Em causa, estava a alegação publicitária "Menos açúcares adicionados", com o asterisco "Menos 30% de açúcares adicionados comparativamente à fórmula anterior", que a Lactogal inscreveu nos seus iogurtes sólidos e líquidos da marca Mimosa[245] e que veiculou em diferentes suportes publicitários. Entre as várias acusações feitas pela concorrente Danone, destaca-se a mencionada no ponto 2.2, referindo a existência de publicidade comparativa enganosa.

Ora, neste caso, uma vez que a comparação era feita com um anterior produto da Mimosa, também da titularidade da Lactogal, o Júri de Ética da ARP considerou que não estava em causa uma situação de publicidade comparativa, já que não havia identificação, explícita ou implícita, de um concorrente ou de bens ou serviços oferecidos por um

[242] Código disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf (02/11/2024).

[243] Processo n.º 2J/2019, de 26 de fevereiro de 2019, da 2.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/2j2019-danone-portugal-sa-vs-lactogal-prod-alimentares-sa/ (08/11/2024).

[244] De ora em diante, as partes intervenientes no processo serão, respetivamente, designadas por Danone e Lactogal.

[245] Exemplo de produto comercializado com essa indicação, disponível em: https://www.auchan.pt/pt/alimentacao/produtos-lacteos/iogurtes/aroma-e-pedacos/iogurte-mimosa-aroma-morango-4x120g/10575.html (16/04/2025). O produto em causa já não é comercializado com esta embalagem.

concorrente, conforme previsto na definição presente no artigo 16.º, n.º 1 do Código da Publicidade. Estava assim presente uma situação de autocomparação, fora do âmbito de aplicação do regime da publicidade comparativa.

Conclui-se, assim, tal como já havíamos analisado na parte I, que, mesmo que esteja representada uma comparação entre produtos ou serviços distintos no anúncio publicitário em questão, só se houver a identificação de um produto ou serviço concorrente[246], também chamada de heterocomparação[247], é que se poderá aplicar o regime da publicidade comparativa.

1.2. Caso *Reckitt Benckiser vs. Procter & Gamble*[248-249]: necessidade, objetividade, confusão e desacreditação da marca concorrente

Neste processo, a RB apresentou uma queixa contra a P&G relativamente a uma comunicação comercial televisionada do detergente para a máquina de lavar a louça Fairy Platinum[250].

[246] Por exemplo, se na campanha fosse referido "Menos açúcares do que nos iogurtes Danone", uma marca concorrente.

[247] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 86.

[248] Processo n.º 14J/2016, de 3 de novembro de 2016, da 2.ª secção do Júri de Ética do ICAP (Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade), disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/14j-2016-reckitt-benckiser-vs-procter-gamble/ (11/11/2024).

[249] Doravante, as partes intervenientes no processo serão designadas por RB e P&G, respetivamente.

[250] Nesse anúncio, sucintamente, aparecia uma mãe zangada com o filho, por ter deixado por lavar um *pirex* com restos de comida. De seguida, a máquina de lavar a louça ganhava vida, dizendo "Não é preciso! Eu limpo isso à primeira com o novo Fairy Platinum". Era feita depois uma comparação: num lado, aparecia um pirex ainda sujo, associado a outra pastilha, mencionada como a "pastilha tudo-em-um mais vendida" e ilustrada de forma semelhante a uma pastilha Finish, da RB, embora não fosse referido expressamente o nome da marca; no outro lado, a pastilha Fairy Platinum, com o *pirex* limpo. Em *voz off*, era ainda referido que usando as cápsulas da Fairy se conseguia limpar os restos difíceis melhor do que com a pastilha mais vendida.

Este anúncio tinha uma particularidade: não mencionava o nome da marca do produto concorrente. Contudo, verificado o anúncio, o Júri de Ética da ARP entendeu que, através da identificação visual presente na campanha publicitária[251], era possível identificar o pictograma em causa como uma pastilha Finish e que o consumidor médio associaria a pastilha em causa a essa marca e à sua gama mais vendida (Finish All in One Max).

Nas suas alegações, a RB argumentou que o critério da necessidade não estava cumprido, entendendo que os produtos em causa satisfaziam necessidades diferentes. Tal alegação não foi corroborada pelo Júri de Ética da ARP, por entender que ambos tinham como objetivo a lavagem da louça na respetiva máquina de lavar, cumprindo assim o requisito em questão.

Quanto à objetividade, a RB entendeu não estar cumprido o referido critério. Para que fosse cumprido, no entender da Requerente, a comparação deveria ter sido feita com o produto Finish Quantum, que é o produto de gama alta *premium* da RB (tal como o Fairy Platinum é o da P&G) e não com o Finish All in One Max, um produto de uma gama inferior, que, consequentemente, teria uma eficácia necessariamente menor[252]. O Júri de Ética da ARP subscreveu esta alegação.

A RB argumentou ainda que o anúncio em causa gerava confusão no mercado entre as marcas e os produtos da mesma e, sucessivamente, nos consumidores, alegação com o qual o Júri de Ética da ARP concordou, entendendo que tal

[251] À falta da versão portuguesa desta campanha publicitária, veja-se um excerto da versão espanhola do anúncio, disponível em: https://i.gyazo.com/f3829327af80f47ae1d571b19f4ef2f1.png (16/04/2025).

[252] Para justificar este ponto, a RB utilizou o fator preço. Uma vez que o Fairy Tudo em Um tem um preço de venda mais aproximado ao de Finish All in One Max e o Fairy Platinum tem um preço de venda mais aproximado ao de Finish Quantum, o anúncio deveria comparar o Fairy Platinum com o Finish Quantum.

anúncio podia levar o consumidor médio a pensar que a RB não teria disponível um produto da mesma gama do Fairy Platinum. A comercializadora da marca Finish argumentou ainda que o anúncio desacreditava uma marca concorrente, o que foi corroborado pelo Júri de Ética da ARP, entendendo que, mesmo que existisse uma prova de eficácia, as imagens em causa traduziam "hipérboles publicitárias inadmissíveis".

Ademais, o Júri de Ética da ARP entendeu que a campanha publicitária constituía publicidade enganosa e desrespeitadora dos princípios da leal concorrência, devendo, por isso, a respetiva divulgação cessar de imediato, não podendo ser reposta, nem mesmo num suporte distinto.

Tal decisão foi alvo de recurso pela P&G[253], alegando que, embora os produtos comparados não fossem da mesma gama, ambos tinham características em comum essenciais e pertinentes[254], podendo, assim, ser objetivamente comparados. Alegou ainda que a comparação foi feita com o produto em questão pelo facto de o mesmo ser o líder de mercado (e não por ser o mais barato ou de uma gama inferior). A P&G argumentou ainda com a finalidade da comparação, pretendendo demonstrar-se como uma alternativa, sendo, por esse motivo, a dita comparação extremamente relevante para o consumidor, não o induzindo em erro, nem gerando confusão no mercado. Por fim, referiu ainda que a campanha não tinha como objetivo comunicar um mau desempenho do produto comercializado pela RB, mas sim comunicar um desempenho superior do produto por si comercializado, algo factualmente testado e comprovado, não existindo, por

[253] Recurso de 30 de novembro de 2016, disponível em: HTTPS://AUTO-REGULACAOPUBLICITARIA.PT/14J-2016-RECURSO-PROCTER-GAMBLE-PORTUGALL-VS-RECKITT-BENCKISER/ (11/01/2025).

[254] Características em causa: a mesma função, o mesmo formato (cápsula), disponibilidade nos mesmos pontos de venda e resultados comparáveis com a sua utilização.

isso, qualquer exploração negativa do crédito e reputação do produto da concorrente.

Pese embora os argumentos apresentados pela P&G, a Comissão de Apelo da ARP manteve a decisão que havia sido tomada anteriormente pelo Júri de Ética, justificando que, apesar de a P&G ter a consciência de que estava a comparar produtos distintos, nunca o mencionou na mensagem publicitária, o que podia levar o consumidor médio a considerar que não existia nenhum produto da RB da mesma gama do Fairy Platinum. Considerou, por isso, que a campanha em causa violava o princípio da veracidade.

1.3. Caso *Lidl & Companhia vs. Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A.*[255-256]: substituibilidade e preço

Nesta situação, o Lidl apresentou uma queixa relativamente a uma comunicação comercial realizada pela cadeia de distribuição alimentar Pingo Doce[257], através de dois folhetos semanais[258-259]. Nesses folhetos, comparavam-se preços de produtos vendidos nos dois supermercados, tendo o Lidl considerando a campanha ilícita, por apresentar produtos que

[255] Processo n.º 5J/2022, de 21 de setembro de 2022, da 1.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/consulta-5j2022-lidl-cia-vs-pingo-doce-distribuicao-alimentar-sa/ (14/11/2024).

[256] As partes intervenientes no processo serão designadas, doravante, por Lidl e Pingo Doce, respetivamente.

[257] Registe-se o facto de o Pingo Doce não ser associado da ARP. No entanto, respondeu na mesma à queixa apresentada.

[258] Folheto válido para o período entre 23 e 29 de agosto de 2022, com a página em que está presente a campanha disponível em: https://i0.wp.com/canoticias.pt/wp-content/uploads/2022/08/1661185442_.jpg?w=853&ssl=1 (16/04/2025).

[259] Folheto válido para o período entre 30 de agosto e 5 de setembro de 2022, com a página em que está presente a campanha disponível em: https://c026204.cdn.sapo.io/1/c026204/cld-thumb/1426522730/6d77c9965e17b15/b863457c69cc7560caad398bfc9743fe/2282/pingo-doce-30-agosto-5-setembro_1.jpg?size=xl (16/04/2025).

não eram absolutamente idênticos e também por comparar preços promocionais com preços não promocionais, distorcendo assim o comportamento do consumidor.

Quanto à primeira alegação, o Júri de Ética da ARP não concordou com o Lidl. Pese embora a comparação fosse feita entre produtos pré-embalados e não embalados[260] e, no caso do peixe, entre produtos provenientes de aquicultura e de aquicultura fresca, os produtos comparados respondiam às mesmas necessidades e tinham o mesmo objetivo, apresentando, assim, um grau suficiente de substituibilidade ou permutabilidade para o consumidor. Tal entendimento – realçou o Júri de Ética da ARP – é o mesmo que o TJUE apresenta em relação a esta matéria.

Quanto à segunda alegação, referente à comparação feita com as faturas das duas superfícies comerciais[261-262], o entendimento do Júri de Ética da ARP já foi ao encontro do do Lidl, entendendo que a comparação entre um preço promocional temporário e um preço sujeito a promoção induzia o consumidor em erro, já que a condição promocional não era assinalada com precisão. Segundo o Júri, devem ser do conhecimento do consumidor "as reais diferenças de preço dos produtos comparados e não apenas uma diferença temporária entre os preços praticados pelo anunciante e os praticados pelos concorrentes". Em suma, considerou, por esse motivo, a campanha publicitária enganosa.

[260] Em relação aos bifes de peru e em relação ao frango.

[261] Essa comparação era apresentada no verso das campanhas acima referidas. Tal inscrição foi eliminada das fontes acima indicadas, provavelmente por conta desta deliberação.

[262] Segundo o Pingo Doce, tais faturas correspondiam a compras feitas na data de 18 de agosto. Era apresentado como custo para um quilo de tomate em rama 1,49 €, quando o mesmo era comercializado pelo Pingo Doce, nessa data, a um preço promocional de 1,59 € e a um preço não promocional de 1,99 €.

1.4. Caso *OLX Portugal vs. Banco Credibom*[263-264]: comparação com o líder de mercado e publicidade de tom exclusivo

Nesta consulta, a OLX Portugal apresentou junto da Auto Regulação Publicitária uma queixa contra a Credibom por conta de um anúncio de publicidade comparativa desta última, titular da plataforma *Pisca Pisca*, um portal de compra e venda de automóveis usados em Portugal[265].

Nessa campanha, a Pisca Pisca alegava ser o "n.º 1 de variedade de carros usados"[266], com mais de 53 mil de automóveis no seu sortido. Alegava ainda ter igualado o líder de mercado da última década na quantidade de automóveis disponíveis, sem mencionar expressamente o OLX, o respetivo líder do setor.

A Credibom, em resposta, não juntou quaisquer provas das alegações publicitárias, levando o Júri de Ética da ARP a concluir que a alegação seria enganosa e, consecutivamente, uma prática comercial desleal.

Quanto à publicidade comparativa em si, com a referência à igualação com o líder de mercado, entendeu uma vez mais que a Credibom não fez prova dessa expressão, pese embora lhe coubesse o ónus de prova, ao abrigo do artigo 16.º, n.º 5 do Código da Publicidade. Desta forma, entendeu o Júri de Ética da ARP que não se tratava de

[263] Consulta n.º 1J/2021, de 15 de junho de 2021, da 1.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/consulta-1j2021-olx-portugal-vs-banco-credibom/ (28/02/2025).

[264] As partes intervenientes no processo serão designadas, doravante, por OLX e Credibom, respetivamente.

[265] Portal disponível em: https://www.piscapisca.pt/?utm_campaign=PPC%20Brand&utm_source=google&utm_medium=cpc&tc_alt=72855&n_o_pst=n_o_pst&n_okw=pisca%20pisca_e__c_1401529036 06&gad_source=1&gclid=EAIaIQobChMI3ufxuK3miwMVTlhBAh0x3RAAEAAYASAAEgLpM_D_BwE (28/02/2025).

[266] Um exemplo de publicidade superlativa ou publicidade de tom exclusivo.

uma alegação verdadeira, mas sim enganosa. Entendeu ainda que a dita comparação criava uma distorção da concorrência e levava o consumidor a tomar uma decisão com base em matéria falseada. Não entendeu, contudo, tratar-se de um ato de denegrição, mas sim de um ato que visava retirar frutos do crédito ou da reputação do OLX, o líder implícito. Tal ato foi considerado como mais um exemplo de concorrência desleal.

Concluiu a 1.ª secção do Júri de Ética da ARP no sentido da cessação imediata da veiculação dessas campanhas publicitárias, por serem enganosas e falsas, em qualquer dos suportes utilizados para o efeito.

1.5. Caso *Transportes Aéreos Portugueses, S.A. vs. Skycop.com, UAB*[267-268]: utilização de sinal distintivo semelhante ao do concorrente

Originador da queixa em causa, apresentada pela TAP, estava um anúncio publicitário da Skycom, uma plataforma lituana de apoio para obtenção de indemnizações por voos atrasados ou cancelados[269], veiculado através do suporte MUPI[270], em que era usada a sigla APT e as cores da bandeira portuguesa com a menção "Companhia Aérea Portuguesa"[271].

[267] Processo n.º 4J/2018, de 30 de junho de 2018, da 2.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/4j-2018-transportes-aereos-portugueses-sa-vs-skycop-uab/ (28/02/2025).

[268] As partes intervenientes no processo apresentado serão designadas, doravante, por TAP e Skycom, respetivamente.

[269] Cf. https://www.skycop.com/pt/indemnizacao-por-voo-cancelado/ (28/02/2025).

[270] MUPI designa uma "peça de mobiliário urbano de dupla face, dotada de iluminação interior, concebida para servir de suporte à afixação de cartazes publicitários". Cf. https://portaldomunicipe.cm-porto.pt/pt/-/mupi-coluna-publicit%C3%A1ria-an%C3%BAncio-eletr%C3%B3nico (28/02/2025).

[271] Na campanha em causa, com a sigla ATP, era apresentado o *slogan* "O que é mais frustrante do que ter um voo cancelado?", acompanhado

Quanto à utilização da sigla APT, a TAP entendia que o sinal distintivo fictício se referia a si, por utilização das mesmas letras que na sua sigla, apenas com uma ordem diferente, coloridas com as mesmas cores do logótipo da TAP e escritas com o mesmo tipo de letra. Acresce-se ainda a referência ao facto de a APT ser uma companhia aérea de origem portuguesa[272], tal como a TAP. Tudo isto levava a que o consumidor médio facilmente interpretasse o logótipo apresentado como uma referência à TAP, constituindo, por essa razão, um aproveitamento da sua reputação, segundo a queixosa.

O Júri de Ética da ARP concordou com a TAP no primeiro ponto, entendendo tratar-se de um exemplo de publicidade comparativa explícita. Contudo, discordou em relação à questão da interpretação feita pelo consumidor médio. No entender do Júri de Ética da ARP, para o consumidor médio, tido como informado, esclarecido e atento, não haveria o risco de associação entre os dois sinais distintivos. Apercebendo-se o consumidor médio que estava em causa uma referência à TAP, não existia, no entender da ARP, uma exploração da sua reputação.

Quanto ao conteúdo da campanha, alegou a TAP que a campanha, com um tom satírico e jocoso, ofendia a sua imagem e a qualidade dos seus serviços enquanto transportadora aérea e enquanto prestadora de serviços de atendimento ao cliente, prestados igualmente pela concorrente Skycop,

.....

de uma imagem de serviço de *chat* de apoio ao cliente com uma troca de mensagens entre o cliente e a companhia área APT, em que o primeiro solicitava uma indemnização por um voo cancelado. Era depois referido que o *site* em questão não estaria a funcionar e que o cliente teria de se dirigir a um balcão de atendimento no aeroporto. A campanha terminava com o *slogan* "Tentar preencher o formulário de reclamação. Seja ouvido. Não fique perdido".

[272] A par da TAP Air Portugal, só existem as companhias nacionais Azores Airlines, SATA Air Açores e Orbest. Cf. https://www.esky.pt/linhas-aereas/nacionais/co/pt/portuguesas (28/02/2025).

tendo, assim, um impacto negativo para a TAP na sua relação com os consumidores.

O Júri de Ética concordou, mais uma vez, com a TAP, entendendo que mesmo que houvesse prova apresentada pela Skycop, o que não sucedeu, a publicidade em causa seria sempre denigritória, pois, além da utilização de um tom satírico e jocoso, fazia uma comparação que não era apoiada em características que fossem pertinentes e comprováveis, um dos requisitos para a licitude da publicidade comparativa. A comparação em causa ofendia, assim, os princípios da veracidade e da livre e leal concorrência. O Júri de Ética não concordou, contudo, com a TAP no entendimento de que a campanha publicitária violava o direito à honra, versado nos artigos 12.º e 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, por os mesmos representarem direitos pessoais, exclusivos das pessoas singulares.

No cômputo geral, decidiu a 2.ª secção do Júri de Ética da ARP no sentido de a Skycop cessar de imediato a campanha em questão, sem possibilidade de reposição, quer total, quer parcial.

2. Decisões dos tribunais nacionais

Nem todos os litígios no âmbito da publicidade comparativa se resolvem no seio da Auto Regulação Publicitária, ou porque quem é visado não é membro do organismo, ou porque não ficou satisfeito com a decisão da entidade, ou porque pretende uma decisão com força jurídica.

Desta forma, selecionámos diferentes casos referentes a diferentes problemas suscitados no âmbito da comparação publicitária nos tribunais portugueses.

2.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de maio de 2015[273]: utilização do regime das marcas

Neste processo, estava em causa um procedimento cautelar com vista à interrupção da difusão de um anúncio publicitário[274] em que a Unilever comparava o seu produto (Rexona Invisible Black + White) com o concorrente, do mesmo segmento, Nivea Invisible for Black & White, propriedade da Beiersdorf.

Na comparação, era utilizada uma *voz off* que realçava a maior eficácia do primeiro produto em relação ao segundo e um gráfico de barras comparativo dos dois produtos, alegadamente demonstrativo dessa diferença na eficácia entre os dois desodorizantes[275].

Em primeira instância, julgou-se procedente o procedimento cautelar, tendo a Unilever recorrido posteriormente dessa decisão.

Em sede de recurso, sucintamente, a titular da marca Rexona alegou que os dados apresentados na campanha foram baseados em testes laboratoriais, cujos resultados demonstraram um nível de proteção superior do seu produto

[273] Processo n.º 281/14.2YHLSB-A.L1-6, relatado por Tomé Almeida Ramião, disponível em: https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/87C5265BC90CFCD180257E51004939B9 (28/10/2024).

[274] Anúncio publicitário disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=mO19zlNEQf8 (13/01/2025).

[275] Esta apresentação gráfica foi condenada em 1.ª instância, que considerou que a escala usada (do 0 ao 0,4) induzia em erro, devendo ter sido utilizada uma escala de 0 a 100, conforme exemplificado num gráfico comparativo com as duas escalas, disponível em: https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/87c5265bc90cfcd180257e51004939b9/DECTINTEGRAL/8.429C?OpenElement&FieldElemFormat=png (16/04/2025).

Em 1.ª instância, considerou-se igualmente que a exibição do gráfico durante apenas 3 segundos não permitia ao consumidor perceber em que em causa se tratava do produto Nivea Invisible for Black & White e não de outro produto qualquer da Nivea. Tal entendimento foi contrariado pela Relação, que entendeu que a descrição feita pela *voz off* permitia entender que se tratava do desodorizante da Nivea anti-manchas.

em relação ao comercializado pela Beiersdorf[276]. Argumentou ainda que o anúncio não levava à depreciação da marca concorrente.

A Relação, no entanto, julgou improcedente o recurso. Para tal, socorreu-se do regime das marcas previsto no Código da Propriedade Industrial, mais concretamente no artigo 249.º, n.º 2, alínea *f)*, que refere que o titular de uma marca registada não pode impedir o uso por um terceiro da sua marca num anúncio de publicidade comparativa, desde que se preencham todas as condições de licitude previstas na lei, isto é, que não se violem as condições previstas no artigo 16.º do Código da Publicidade.

Analisando as alíneas do artigo em questão, o Tribunal da Relação entendeu que o dito anúncio violava a alínea *c)*, referente à comparação objetiva, uma vez que a Unilever não conseguiu mostrar a veracidade da publicidade comparativa, e a alínea *e)*, por depreciação e descrédito do desodorizante da marca concorrente, uma marca notória, com uma quota de mercado de 33% no segmento em questão[277].

A invocação do regime jurídico das marcas como fundamento para proibir a publicidade comparativa é usual no seio da jurisprudência nacional[278], conforme exemplificado neste caso. Entendemos, no entanto, que não pode o uso descritivo da marca alheia ser usado, por si só, como fundamento

[276] Tais dados foram obtidos através da realização três ciclos de lavagem realizados com um pano de algodão, após os quais o nível de tingimento amarelo no pano foi significativamente superior no pano em que se usou o desodorizante Nivea em relação ao pano em que se usou o desodorizante Rexona. Com base nesta experiência e através de uma operação aritmética descrita no processo, a Unilever chegou ao entendimento que o desodorizante por si comercializado oferecia um nível de proteção 29% superior ao comercializado pela concorrente. Dados apresentados disponível em: https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/87c5265bc90cfcd180257e51004939b9/DECTINTEGRAL/21.9BC?OpenElement&FieldElemFormat=png (16/04/2025)-

[277] Segundo dados obtidos pela agência de estudos de mercado Nielsen.

[278] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 90.

da proibição da publicidade comparativa, já que tal uso não está abrangido "pelo *ius prohibendi*"[279].

2.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2020[280]: utilização de listas comparativas

Nesse processo, Loris Azzaro B.V., Clarins Fragance Group e Thierry Mugler, três diferentes empresas do ramo da cosmética, instauraram uma ação contra a sociedade Cecília Castro – Cosmética Unipessoal, titular da marca Equivalenza[281], assim como contra as sociedades proprietárias das lojas da marca.

Na ação, as AA. alegavam que as RR. vendiam nas suas lojas perfumes por referência comparativa às marcas registadas de que são titulares as AA., socorrendo-se da utilização de listas comparativas, assim como de publicidade comparativa verbal[282], o que, além de ofender as regras da publicidade comparativa, representava uma forma de concorrência desleal.

Em primeira instância, absolveram-se as RR., julgando-se a ação totalmente improcedente. Já a Relação teve um entendimento diferente, julgando a ação parcialmente pro-

[279] Concordado, assim, com Ana Clara Azevedo de Amorim. Cf. *idem*.

[280] Processo n.º 61/16.0YRLSB.L1.S1, relatado por Oliveira Abreu, disponível em: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cacb16bc2c5d122c80258637000371bb?OpenDocument&Highlight=0,61%-2F16.0YRLSB.L1.S1 (28/10/2024).

[281] A Equivalenza é uma marca criada com o objetivo de "democratizar o mundo da perfumaria" e de "colocar, ao alcance de todos, perfumes de alta qualidade a preços acessíveis", cf. Equivalenza, disponível em: https://equivalenza.com/pt/quem-somos/ (13/01/2025).

[282] Segundo as AA., os funcionários das lojas Equivalenza, quando lhes era pedido um perfume que fosse semelhante a um dos vendidos pela AA., indicavam um equivalente da marca Equivalenza, através do recurso a listas comparativas. Além disso, as vendedoras das RR. escreviam, nos cartões usados para testar o aroma dos perfumes, o número de referência que identificava o perfume da marca "Equivalenza" e ainda a marca registada do perfume equivalente, pertencente às AA.

vada e procedente, condenando as RR. a não utilizarem as listas comparativas em questão.

Deste último acórdão, recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça as RR., argumentando, em relação às listas comparativas, que as mesmas apenas comparavam as famílias olfativas, características essenciais dos produtos[283], não havendo, assim, indução em erro ou confusão no consumidor final. Referiram ainda que tal utilização já havia sido validada pelo TJUE, considerando que era possível fazer uma comparação objetiva das características essenciais de um perfume, através da sua composição química, sobre a qual não existia nenhum direito de propriedade intelectual. Argumentaram igualmente que a sugestão de fragâncias semelhantes às de outro perfume era uma prática comum nas perfumarias em geral[284].

O STJ, no entanto, manteve a decisão da Relação, considerando que havia, por parte das RR., uma violação das alíneas *g)* e *h)* do artigo 16.º do Código da Publicidade, por, respetivamente, retirarem partido indevido do nome das marcas que eram propriedade das AA., violando o seu exclusivo de registo, e por apresentarem os seus produtos como sendo uma imitação ou reprodução dos produtos das AA., o que, consequentemente, levava a uma desvalorização das marcas das últimas. Sucessivamente, tal levava à violação das alíneas *a)* e *d)* do mesmo artigo, por constituir publicidade enganosa e por gerar confusão no mercado, respetivamente.

[283] Entendimento com o qual o tribunal de 1.ª instância concordou.

[284] Isto é, os funcionários perguntarem ao consumidor qual o perfume que está a utilizar para sugerir outros perfumes com fragâncias similares.

De resto, em processos semelhantes[285], o Tribunal da Relação de Lisboa[286] e o Supremo Tribunal de Justiça[287] têm tido o mesmo entendimento relativamente à utilização de listas comparativas.

2.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2017[288]: negação da denegrição e desacreditação do produto concorrente

Neste acórdão, estava em causa um litígio com a autora AA, S.A. e as rés BB, uma associação de distribuidores de propano canalizado, e CC, por conta da prática de publicidade comparativa através de folhetos distribuídos pelas Rés em que comparavam o gás propano[289], por si comercializado, ao gás natural, comercializado pela AA, apresentando o seu serviço como melhor face ao concorrente. Tal serviu como resposta a um anúncio publicitário veiculado por AA, em que referia as vantagens do gás natural em relação ao gás propano[290].

[285] Também o TJUE teve o mesmo entendimento no processo n.º C-487/07 (caso *L'Oréal vs. Bellure)*, que analisaremos no capítulo seguinte.

[286] Veja-se, p.e., os processos n.os 421-14.1YHLSB.L1-6, de 03/12/2015, e 61/16.0YHLSB.L1-8, de 27/06/2019.

[287] Veja-se o processo n.º 346/15.3YHLSB.L1.S1, de 12 de julho de 2018, em que as RR. comercializavam produtos sob a marca Ekyval, marca semelhante à Equivalenza.

[288] Processo n.º 4594/05.6TVLSB.L1.S1, relatado por Távora Victor, disponível em: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0c6c71c31179e272802581aa005424b1?OpenDocument (21/02/2024).

[289] No folheto em causa, BB apresentava o gás propano canalizado como "uma energia, independente, acessível, ecológica e segura. O folheto referia ainda várias vantagens decorrentes da utilização de gás propano canalizado, em relação ao custo, independência, segurança, compatibilidade com os aparelhos de queima com gás em garrafa, não toxicidade, combustão limpa, garantia de fornecimento e apoio técnico.

[290] Nomeadamente, a sua segurança do gás natural em relação ao gás engarrafado, no que toca à segurança dos edifícios. Referia igualmente que

Nas instâncias inferiores, confrontaram-se duas decisões distintas. No tribunal de primeira instância, julgou-se a ação parcialmente procedente, condenando a Ré BB. O Tribunal da Relação, contudo, teve um entendimento diferente, considerando que os atos praticados por BB não representavam publicidade comparativa ilícita, mas sim publicidade comparativa lícita, efetivada através de "campanhas de elucidação dos cidadãos", com o objetivo de os informar acerca, nomeadamente, dos possíveis perigos ou desvantagens do gás natural. Foi, assim, BB absolvida do pedido.

Desta decisão da Relação, recorreu AA para o Supremo Tribunal de Justiça, entendendo que os atos praticados por esta Ré consubstanciavam exemplos de práticas comerciais desleais através de publicidade enganosa, que denigriam a sua imagem e desacreditavam o produto por si vendido (o gás natural) face ao produto concorrente (o gás propano). Referiu ainda que BB não havia cumprido o ónus de prova previsto no artigo 16.º, n.º 5 do Código da Publicidade, isto é, não tinha provado a veracidade das informações veiculadas nos folhetos.

O Supremo, contudo, ignorou os argumentos apresentados por AA. No seu entender, estava em causa um exemplo de publicidade comparativa, em que, através da comparação, se sublinhava a superioridade do produto do anunciante em relação ao concorrente, algo que considerou ser lícito para esclarecimento dos consumidores e que classificou como um efeito natural da publicidade. Considerou ainda que não era bastante o facto de a publicidade comparativa prejudicar a Autora; era preciso, adicionalmente, que BB tivesse recorrido a afirmações enganosas na referida comparação, o que entendeu não se verificar no caso. Con-

.....

o gás natural era mais ecológico e com maior tendência a dissipar-se em caso de uma fuga.

cluiu, considerando não ter havido a violação de nenhum dos princípios gerais em matéria de publicidade[291]. Negou, portanto, a revista.

3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Por via de reenvios prejudiciais, chegam ao Tribunal de Justiça da União Europeia diversas questões relativas à interpretação, em concreto, das condições de licitude da publicidade comparativa. Tais decisões são de extrema importância, pois acabam por servir de guia interpretativo, posteriormente, aos tribunais nacionais, noutras decisões relacionadas com a mesma matéria.

3.1. Caso *Toshiba Europe GmbH vs. Katun Germany GmbH*[292-293]: utilização de números de artigos

Neste acórdão, estava em causa a utilização nos catálogos da Katun, comercializadora de peças sobressalentes e consumíveis que podiam ser utilizados nas fotocopiadoras Toshiba, dos números OEM[294], isto é, os números de artigos, dos produtos desta última.

No entender da Toshiba, a Katun somente poderia utilizar os nomes dos modelos das fotocopiadoras, pois, ao utilizar os seus números de artigos, estava a usar mercadorias de origem para valorizar os seus produtos, induzindo o consumidor em erro. Com esta estratégia, afirmava uma equivalência de

[291] Ilicitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor, segundo o Supremo.

[292] Acórdão da 5.ª secção do TJUE, de 25 de outubro de 2001, referente ao processo n.º C-112-99, derivado de um pedido de decisão prejudicial por parte do tribunal alemão Landgericht Düsseldorf, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0112 (17/11/2024).

[293] As partes intervenientes no processo serão designadas, doravante, por Toshiba e Katun, respetivamente.

[294] *Original Equipment Manufacture*.

qualidade entre os produtos comprados e explorava ilicitamente a sua notoriedade.

A Katun contrapôs a alegação da sua concorrente, referindo que a sua oferta apenas se destinava a compradores especializados, que saberiam certamente que os seus produtos não seriam de origem, e que era objetivamente indispensável mencionar os números OEM, para que, nomeadamente, os clientes pudessem proceder à comparação dos preços dos produtos[295].

Em face deste litígio, resumidamente, o tribunal alemão questionou o TJUE no sentido de saber se, em primeiro lugar, a utilização destes números constituía uma forma de publicidade comparativa e se, em segundo lugar, a utilização dos números de artigos do fabricante representava uma comparação ilícita de produtos, sobretudo quando incluía uma comparação de preços.

Quanto à primeira questão, o TJUE considerou que em causa estava um exemplo de publicidade comparativa. Quanto à segunda pergunta, considerou que dificilmente a Katun conseguiria comparar os seus produtos aos da Toshiba sem se referir aos números de artigos. Entendeu, por isso, que, por constituírem sinais distintivos, a utilização dos números OEM só seria indevida quando a menção causasse no público-alvo uma associação entre o fabricante e o concorrente e quando este transferisse a reputação dos produtos do fabricante para o concorrente. Teria, assim, de se atender, para esse efeito, à apresentação global de cada campanha publicitária em concreto e ao público a que se destina.

O advogado-geral entendeu, contudo, que em causa não estava uma comparação objetiva, uma vez que era criada a ideia de que os produtos da Katun seriam equivalentes em termos

[295] Algo que, no entender da Toshiba, seria possível sem a utilização dos números de artigos por parte da Katun.

qualitativos aos da Toshiba, sem se ter efetuado uma adequada descrição das características que haviam sido comparadas[296].

3.2. Caso *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG vs. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*[297-298]: omissão da marca, condições de aquisição, aquisição para teste e utilização da sigla da marca concorrente

Neste acórdão, em que se confrontaram duas empresas do ramo da ótica, foram colocadas variadas questões relativamente a diversos pontos do regime da publicidade comparativa.

Considerando um anúncio de publicidade comparativa[299] da Hartlauer ilícito, a Pippig colocou em causa o facto de a Hartlauer não fazer menção às marcas das lentes dos óculos comparados. Em resposta ao tribunal austríaco[300], que questionou se tal referência seria obrigatória, o TJUE entendeu que tal menção não era obrigatória, devendo haver por parte dos tribunais nacionais uma análise no sentido de verificar se a omissão da marca seria suscetível de se relevar enganosa.

A Pippig colocou ainda em questão o facto de os óculos serem comprados pela concorrente em diferentes canais de distribuição, considerando que a origem do produto podia

[296] Manuel Lobato García-Miján, *ob. cit.*, p. 232.

[297] Acórdão do TJUE, de 8 de abril de 2003, referente ao processo n.º C-44/01, derivado de um pedido de decisão prejudicial por parte do tribunal austríaco Oberster Gerichtshof, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0044 (18/11/2024).

[298] Doravante, as partes em litígio no processo serão designadas por Pippig e Hartlauer, respetivamente.

[299] Em causa, estava um folheto desdobrável publicitário da Hartlauer, em que se comparavam, nomeadamente, uns óculos com as lentes da marca Zeiss, vendidos pela Pippig, mais caros, e outros do mesmo modelo, mas com lentes da Optimed, vendidos pela Harlauer. Essa campanha, com a mesma comparação, foi depois difundida na rádio e na televisão; todavia, neste caso, contrariamente ao que havia sido feito no desdobrável, não foi mencionada a marca das lentes.

[300] Enunciadas no ponto n.º 21 do processo.

ser importante para o interesse do consumidor, assim como para o cálculo do preço[301]. Em resposta, o TJUE referiu que nada obrigava a que os produtos comparados fossem adquiridos nos mesmos canais de distribuição, já que tal condição não se encontrava enunciada no elenco de condições a obedecer para que uma campanha de publicidade comparativa fosse considerada lícita. Além disso, considerou que tal seria contra os objetivos do mercado interno, uma das mais importantes prerrogativas da União Europeia.

A empresa alvo do anúncio condenou ainda o facto de a concorrente ter adquirido produtos para teste[302] com o objetivo de provocar deliberadamente uma comparação de preços que lhe seria favorável. O TJUE, contudo, considerou que tal aquisição não era proibida e ainda que uma comparação de preços não desacreditava sempre e em qualquer caso um concorrente[303].

A Pippig condenou ainda o facto de a Hartlaeur ter colocado no seu anúncio publicitário, difundido através dos meios audiovisuais, uma fachada de uma loja da Pippig com a respetiva sigla identificativa da marca concorrente. Em resposta, o TJUE referiu que tal utilização não infringia o direito exclusivo do titular de usar a marca, desde que se cumprissem as condições previstas na diretiva relativa à publicidade comparativa.

Registe-se, por último, o entendimento claro do TJUE, expresso neste acórdão, no sentido de os Estados-membros não

[301] A propósito de a Hartlauer não se abastecer através dos canais de distribuição habituais, recorrendo a importações paralelas. A Hartlauer contra-argumentou esta alegação, referindo que os óculos de uma marca continuavam a ser semelhantes, independentemente do canal de distribuição em que fossem adquiridos.

[302] Esta aquisição foi feita por um funcionário da Hautlaeur, que se dirigiu a um estabelecimento da Pippig e encomendou os óculos que depois viriam a ser usados no exercício da comparação.

[303] "nem pelo facto de a diferença de preços entre os produtos comparados ser superior à diferença média de preços, nem devido ao número de comparações efetuadas", segundo o TJUE.

poderem ter disposições nacionais mais limitativas do que as definidas na legislação comunitária no que respeita à publicidade comparativa.

3.3. Caso *Carrefour Hypermarchés SAS vs. ITM Alimentaire International SASU*[304-305]: tipologia ou dimensão dos postos de venda

Neste caso, estava em causa um anúncio publicitário, difundido através de meios televisivos, em que o Carrefour, sob a frase "Garantia do preço mais baixo Carrefour", comparava os preços de quinhentos produtos comercializados nos seus estabelecimentos com os de estabelecimentos de cadeias concorrentes, oferecendo o dobro da diferença do preço caso se encontrasse um desses produtos com um preço menor numa das cadeias concorrentes.

Tal comparação incluía os estabelecimentos comerciais do Intermarché. Contudo, a comparação havia sido feita entre estabelecimentos Carrefour da tipologia *hipermercado* e estabelecimentos Intermarché da tipologia *supermercado*, de dimensões distintas. Enquanto um hipermercado tem uma área superior a 2500 metros quadrados, um supermercado tem uma área inferior, que varia entre os 400 e os 2500 metros quadrados[306].

Tendo em conta esta diferença, o Tribunal de Recurso de Paris questionou o TJUE, através do reenvio prejudicial, no sentido de averiguar se seria lícita uma comparação publicitária entre produtos vendidos em estabelecimentos comerciais

[304] Acórdão da 2.ª secção do TJUE, de 8 de fevereiro de 2017, referente ao processo n.º C-562-15, derivado de um pedido de decisão prejudicial por parte do *Cour d'appel* (Tribunal de Recurso) de Paris, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0562 (13/02/2025).

[305] Doravante, as partes em litígio no processo serão designadas por Carrefour e Intermarché, respetivamente.

[306] Équipe CABF, *La différence entre supermarché et hypermarché*, *in* https://www.cabf.eu/difference-entre-supermarche-et-hypermarche (13/02/2025).

que apresentem tipologias ou dimensões distintas, como acontecia no caso em questão. Em resposta a esta questão, o TJUE, tendo em conta o requisito de objetividade que deve ser cumprido na publicidade comparativa, entendeu que a objetividade que deveria ser cumprida na comparação dos preços podia ser posta em causa quando se comparam preços praticados em estabelecimentos com tipologia ou dimensão diferentes e quando tal diferença não fosse mencionada na campanha, uma vez que os preços dos produtos seriam suscetíveis de variar consoante a tipologia ou dimensão do estabelecimento. Tal entendimento foi igualmente subscrito pelo advogado-geral.

Neste sentido, como ressalvado no acórdão, a campanha em questão induzia o consumidor a pensar que encontraria tal diferença de preços quando adquirisse os produtos comparados em qualquer estabelecimento comercial do Carrefour e do Intermarché, independentemente da diferença na sua tipologia ou dimensão. Assim, se tivesse existido a informação de que em causa estavam tipologias ou dimensões diferentes dos estabelecimentos onde os produtos comparados eram vendidos, então a campanha já não seria enganosa. O mesmo acontecia, entendemos, se o Carrefour utilizasse na sua comparação os preços dos produtos praticados na sua gama de *supermercados*, em vez de na sua rede de hipermercados[307], ou se, inversamente, tivesse comparado os preços dos seus produtos vendidos nos seus hipermercados com os produtos comercializados na rede de *hipermercados* do concorrente Intermarché[308].

[307] O que seria possível, uma vez que, em França, além de uma rede de hipermercados, o Carrefour dispõe de uma rede de supermercados denominada *Carrefour Market*. Cf. CARREFOUR RECRUTE, disponível em: https://recrute.carrefour.fr/nos-enseignes/ (13/02/2025).

[308] Também possível, já que além dos estabelecimentos comerciais *Intermarché Super*, o Intermarché dispõe ainda, em França, de uma rede de 109 hipermercados *Intermarché Hyper*. Cf. GROUPMENT MOUSQUETAIRES, disponível em: https://www.mousquetaires.com/nos-enseignes/alimentaire/intermarche/ (13/02/2025).

Deste acórdão, depreende-se, assim, que a comparação de preços só não é enganosa quando os estabelecimentos comerciais dos produtos comparados sejam semelhantes não só em termos de ramo de atividade, mas, sobretudo, em termos de tipologia, algo que não está previsto, de forma direta, no elenco de condições de licitude da comparação publicitária. Assim, não bastará, como no caso, que as insígnias alimentares se dediquem à mesma atividade – no caso, a distribuição alimentar. É necessário ainda que os estabelecimentos comerciais tenham condições semelhantes.

Por último, neste acórdão, o TJUE deixou ainda claro que uma campanha que omita ou dissimule uma informação que seja necessária para a decisão esclarecida do consumidor médio ou que apresente essa mesma informação de forma pouco clara, ambígua, ininteligível ou em momento inoportuno, levando o consumidor médio a tomar uma decisão diferente da que tomaria se estivesse devidamente esclarecido, deve entender-se, em qualquer caso, como enganosa.

3.4. Caso *Posteshop SpA – Divisione Franchising Kipoint vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* e *Presidenza del Consiglio dei Ministri*[309-310]: conceitos de publicidade comparativa e de publicidade enganosa como ilícitos autónomos ou cumulativos?

Este processo tem a particularidade de não opor dois operadores concorrentes, mas sim uma empresa e uma autorida-

[309] Acórdão da 8.ª secção do TJUE, de 13 de março de 2014, referente ao processo n.º C-5213, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do *Consiglio di Stato*, de Itália. disponível em: HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=&DOCID=149136&PAGEINDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=1043484 (14/02/2025).

[310] Na análise do caso, as partes em litígio no processo serão designadas por Posteshop, AGCM e Presidência do Conselho de Ministros, respetivamente.

de fiscalizadora da publicidade[311] coligada com a Presidência do Conselho de Ministros de Itália.

No caso, a AGCM, a 30 de março de 2010, decidiu que uma campanha publicitária difundida pela Posteshop, em que promovia a rede de uma das suas franquias, constituía publicidade enganosa, proibindo, assim, a sua difusão e aplicando uma sanção pecuniária de cem mil euros.

Desta decisão, foi interposto recurso para o Tribunal administrativo de Lazio, que o negou, e, posteriormente, para o órgão jurisdicional de reenvio. A Posteshop alegou que a Diretiva 2006/114, relativa à publicidade enganosa e à publicidade comparativa ilícita, seria somente aplicável quanto aos casos em que cumulativamente se verificassem ambas as situações, justificando tal perspetiva com o texto previsto nos *considerandos* 3, 8 e 16 a 18, que referem "publicidade enganosa e publicidade comparativa".

Em face desta argumentação, decidiu o Consiglio di Stato suspender a instância e questionar o Tribunal de Justiça da União Europeia no sentido de averiguar se a diretiva deve aplicar-se somente às situações em que se verifique cumulativamente a existência de publicidade enganosa e de publicidade comparativa ilícita ou se cada uma das categorias constitui um ilícito autónomo.

Quanto à redação prevista nos *considerandos*, verificava-se uma diferença entre as versões em italiano, em que utilizava a conjunção *e* ("*pubblicità ingannevole* ed *illegittimamente comparativa*"), e em francês, em que era utilizada a conjunção *ou* ("*publicité trompeuse* ou *publicité comparative illicite*"). Nestes casos, a interpretação deverá ser feita tendo em conta não a diferença entre os textos traduzidos, mas sim em função do elemento sistemático e da respetiva finalidade da diretiva. Nesta perspetiva, o TJUE assinalou um erro na

[311] Função assumida em Portugal pela Direção-Geral do Consumidor.

versão italiana do diploma, devendo estar escrito *ou*. Assim, a diretiva permitia, alternativamente, que se adotassem medidas sancionatórias por parte dos órgãos reguladores quer se verificasse uma situação de publicidade enganosa, quer se verificasse uma situação de publicidade comparativa, não tendo de se verificar, obrigatoriamente, ambos os cenários.

Além de assinalar o erro na tradução, relembrou ainda o TJUE que os conceitos de *publicidade enganosa* e de *publicidade comparativa* têm definições separadas na diretiva em causa e que prosseguem finalidades e lógicas distintas.

Com base nisto, respondeu o TJUE no sentido de que a diretiva devesse ser interpretada tratando a publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita como duas infrações autónomas, podendo, desta forma, a Posteshop ser punida por publicidade enganosa sem que se tivesse verificado, no seu anúncio publicitário, um caso de publicidade comparativa ilícita, indo, deste modo, ao encontro daquele que havia sido o entendimento da AGCM.

3.5. Caso *Lidl SNC vs. Vierzon Distribution SA*[312-313]: comparação de preços relativamente a produtos com composição distinta

Neste processo, estava em causa uma campanha publicitária, publicada num jornal, da Vierzon, proprietária dos supermercados E.Leclerc, em que a mesma alegava ter preços mais baixos do que o concorrente da distribuição alimentar

[312] Acórdão da 4.ª secção do TJUE, de 18 de novembro de 2010, referente ao processo n.º C-159/09, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do *Tribunal de Commerce* (Juízo de Comércio) de Bruges, em França, disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83843&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1099336 (14/02/2025).

[313] Na análise do caso, as partes em litígio no processo serão designadas por Lidl e Vierzon, respetivamente.

Lidl, através da comparação de duas faturas de compra de variados produtos nas duas superfícies comerciais referidas. A campanha apresentava ainda as alegações: "não é o E.Leclerc quem o diz! Preços baixos: está provado que o E.Leclerc continua a ser o mais barato" e "em inglês, diz-se *hard discount*; em francês, E.Leclerc".

Na ação colocada contra a Vierzon, alegou a Lidl que a concorrente selecionou somente produtos que a favoreciam após ter alinhado esses preços com os seus. Alegou ainda que os produtos apresentados nas faturas não respondiam às mesmas necessidades, pelo facto de serem diferenciados quer qualitativamente, quer quantitativamente. Acrescentou ainda que a reprodução das faturas não permitia aos consumidores apreender as características dos produtos comparados nem entender as diferenças de preços. No fundo, a Lidl entendeu que a campanha induzia em erro os consumidores, sendo enganadora.

A Vierzon contra-alegou, referindo que a comparação podia ser efetuada em bens não idênticos, mas que tenham um suficiente grau de substituibilidade, como considerava ter cumprido. Referiu ainda que os talões eram suficientes para que os consumidores entendessem a diferença entre os produtos e negou a existência de uma manipulação de preços, pelo facto de as faturas apresentadas terem a mesma data.

Tendo em conta o litígio, o Juízo de Comércio de Burges questionou o TJUE no sentido de saber se seria ilícita uma comparação entre produtos que, embora respondessem à mesma necessidade ou tendo um grau de substituibilidade bastante, por se tratar de produtos alimentares, fossem diferenciados no que toca ao seu caráter comestível ou quanto às condições e lugares de fabrico, aos ingredientes que os compõem ou à experiência do fabricante. Em resposta a este ponto, o TJUE entendeu que o facto de os produtos se di-

ferenciarem no que toca ao fabrico, ao caráter comestível ou ao prazer obtido com o seu consumo não significaria que não pudessem ser comparados, apresentando, pese embora essas diferenças, um grau de substituibilidade suficiente entre eles.

O TJUE declarou ainda que um anúncio de publicidade comparativa será enganoso quando leve um número significativo de consumidores a crer que a seleção de produtos feita pelo anunciante é representativa do seu nível geral de preços face aos do concorrente, levando que as compras no primeiro sejam sempre mais económicas do que no segundo, ou quando os leve a acreditar que todos os produtos do anunciante são mais baratos do que os do concorrente. Assinalou ainda que as diferenças entre os produtos comprados têm de ser referidas e que esses mesmos produtos têm de ser comparados de forma precisa, de forma a cumprir o requisitado da comparabilidade. Além disso, o TJUE entendeu que constituirá publicidade enganosa a escolha propositada de determinados produtos alimentares com vista a provar uma diferença suscetível de condicionar a escolha do consumidor médio, o que havia sido feito pela Vierzon, segundo a queixosa.

3.6. Caso *O2 Holdings Limited* e *O2 (UK) Limited vs. Hutchison 3G UK Limited*[314-315]: registo de marcas figurativas

Este acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia versou sobre a matéria do direito exclusivo da marca regis-

[314] Acórdão da 1.ª secção do TJUE, de 12 de junho de 2008, referente ao processo n.º C-533/06, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do Tribunal de Recurso em matéria cível de Inglaterra e do País de Gales (*Court of Appeal [Civil Division]*), disponível em: HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF;JSESSIONID=E833EEF7C51CC9AC5B49906AA75ECDD7?TEXT=&DOCID=69019&PAGEINDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=2357006 (17/02/2025).

[315] Na exposição do caso, as partes em litígio no processo serão designadas por O2 (referindo-se quer à O2 Holdings Limited, quer à O2 [UK] Limited) e H3G, respetivamente.

tada interligada com o regime da publicidade comparativa. Neste âmbito, o artigo 5.º da Diretiva 89/104/CEE previa que a marca registada conferia ao seu titular o direito a impedir que um terceiro, sem o seu consentimento, utilizasse um sinal distintivo idêntico.

Os atores do caso eram duas empresas de prestação de serviços de telecomunicações, mais concretamente do tipo móvel. As autoras O2 identificavam-se com uma marca figurativa, composta por bolhas, registada no Reino Unido. A Ré apresentou uma campanha publicitária em que, além de comparar preços com a operadora concorrente, usava as bolhas registadas a favor das O2.

Em face deste anúncio, as O2, não contrapondo a comparação de preços realizada pela H3G, que consideraram não ser enganosa, propuseram uma ação por contrafação das suas marcas relativamente às bolhas que foram usadas pela H3G no seu anúncio.

Tal ação, improcedente em primeira instância, foi alvo de recurso, levando o tribunal de recurso a proceder ao questionamento do TJUE, nomeadamente, no sentido de saber se a utilização, em publicidade comparativa, de uma marca registada de um concorrente, não criando confusão nos consumidores e não prejudicando a função essencial da marca registada, enquanto indicação da origem, inseria-se no âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 1, alíneas *a)* ou *b)*[316], isto é, se o titular da marca re-

[316] Com a epígrafe "Direitos conferidos pela marca", o artigo 5.º da Diretiva 89/104/CEE previa o seguinte: "1. A marca registada confere ao seu titular um direito exclusivo. O titular fica habilitado a proibir que um terceiro, sem o seu consentimento, faça uso na vida comercial:

a) De qualquer sinal idêntico à marca para produtos ou serviços idênticos àqueles para os quais a marca foi registada;
b) De um sinal relativamente ao qual, devido à sua identidade ou semelhança com a marca e devido à identidade ou semelhança dos produtos ou serviços a que a marca e o sinal se destinam, exista, no espírito do público, um risco de confusão que compreenda o risco de associação entre o sinal e a marca."

gistada podia proibir um concorrente de usar essa marca num anúncio de publicidade comparativa[317].

Em relação à utilização de uma marca registada por um concorrente, o TJUE entendeu que o titular de uma marca registada (as bolhas), no caso, as O2, não podia impedir a sua utilização por um concorrente para efeitos de publicidade comparativa, desde que cumpridos dois requisitos: primeiro, teriam de se preencher todas as condições de licitude da publicidade comparativa; segundo, tal não poderia criar confusão no consumidor, ao abrigo do artigo 5.º, n.º 1, alínea *b)*, caso em que o titular da marca registada já poderia impedir a sua utilização por um terceiro.

Note-se, contudo, que, segundo o TJUE, mesmo que a publicidade comparativa não cumprisse todos os requisitos de licitude previstos na diretiva, tal não significava que o titular da marca registada pudesse proibir o terceiro de a usar, desde que tal não representasse um risco de confusão para os consumidores.

3.7. Caso *L'Oréal S.A.*[318] *vs. Bellure NV* [319-320-321]: retirada de partido indevido de uma marca concorrente e apresentação de um produto ou serviço como sendo imitação ou reprodução do concorrente

Neste acórdão, estava em causa a comercialização por parte da Malaika e da Starion, duas das demandadas, de per-

[317] O tribunal de recurso de Inglaterra e do País de Gales questionou ainda se a publicidade comparativa só deveria ser usada em casos em que fosse indispensável e quais os critérios para avaliar tal indispensabilidade. Questionou ainda, no âmbito da publicidade comparativa, se a indispensabilidade exclui o uso de um sinal que, embora não sendo igual, apresente uma semelhança relevante com o da marca registada. Tais questões foram colocadas com a condição de resposta afirmativa à questão apresentada, o que não foi o caso. Assim, o TJUE não respondeu a estas questões.

[318] Além da L'Oréal S.A., eram também autoras a Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e a Laboratoire Garnier & Cie, todas identificadas, na análise do caso, como L'Oréal.

fumes de imitação com embalagens e frascos semelhantes a perfumes comercializados pela L'Oréal, tendo esta última interposto uma ação por contrafação contra as comercializadoras e contra a Bellure, fabricante dos ditos perfumes. Além disso, a L'Oréal condenava ainda a utilização, pelas demandadas, de listas comparativas, utilizadas pelos retalhistas para apresentarem a alternativa de imitação aos perfumes da L'Oréal na venda aos consumidores, entendendo que tal estratégia constituía publicidade comparativa ilícita.

Em primeira instância, foi só julgado procedente o pedido referente à utilização de listas comparativas, tendo tal decisão sido alvo de um pedido de recurso para o tribunal de recurso, não só por parte da L'Oréal, mas também por parte da Bellure.

Neste âmbito, questionou o tribunal de recurso se a utilização de uma marca registada concorrente nas listas comparativas, de forma a comparar as características dos produtos (no caso, o odor) e não criando confusão nem prejudicando a função da marca enquanto indicação de origem, podia ser proibida no âmbito do previsto em legislação europeia no que toca à publicidade comparativa.

Sobre isto, o TJUE concordou em classificar as listas comparativas como uma forma de publicidade comparativa. Considerou ainda que o titular de uma marca registada (no caso, a L'Oréal) podia proibir a utilização por um terceiro dessa marca, incluindo na forma de sinal distintivo, quando não se cumpram os requisitos de licitude da publicidade comparativa, mesmo que dessa utilização não haja prejuízo para a função essencial da marca (indicação da origem dos produtos ou serviços), mas que haja prejuízo para outras funções da marca.

[319] Este acórdão teve, em representação do Governo português, como agentes, L. Inez Fernandes e I. Vieira da Silva.

O tribunal de recurso procurou ainda saber, junto do TJUE, se a utilização de uma marca concorrente numa lista comparativa constituía uma forma de retirar partido indevido de uma marca concorrente, sendo, portanto, publicidade comparativa ilícita. Ainda sobre a retirada de partido indevido, questionou se incluía a utilização de um sinal semelhante ao de uma marca com prestígio, mesmo que não prejudicasse essa marca, não houvesse uma diminuição ou diluição dessa marca, não houvesse quebra das suas vendas e não houvesse privação da remuneração do titular dessa marca, mas houvesse vantagem para quem utilizasse essa marca prestigiada.

Questionou ainda o significado a atribuir à expressão "apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução", questionando ainda se tal expressão incluiria a apresentação de uma característica principal que fosse semelhante à de um produto notório e protegido por uma marca.

Quanto a estas duas questões, o TJUE entendeu que, no âmbito da diretiva, a utilização de listas comparativas, mesmo que sem provocar confusão ou engano no consumidor, tanto representava a utilização do partido indevido de uma marca concorrente, como constituía a apresentação de um bem ou serviço como sendo uma imitação ou uma reprodução. Neste sentido, não cumpriria dois dos requisitos previstos para a licitude da publicidade comparativa[320].

4. Síntese conclusiva

Finalizada a parte II da dissertação, concluímos que, das decisões que analisámos, é de notar o esforço argumentativo quer da parte de quem é mencionado num determinado

[320] O mesmo entendimento foi apresentado no acórdão da jurisprudência nacional já analisado no capítulo 2.2, que teve, aliás, em conta esta decisão do TJUE.

anúncio comparativo, quer da parte de quem usa esse anúncio, no sentido de defenderem as suas posições.

No que toca às decisões da Auto Regulação Publicitária, as mesmas dão um forte contributo ao regime, permitindo reduzir as causas relativas à prática nos órgãos jurisprudenciais e, consequentemente, permitindo decisões mais céleres. Em relação ao teor das decisões, em geral, parece-nos que a entidade apresenta uma perspetiva relativamente flexível do cumprimento das condições, permitindo, por exemplo, no que toca à condição da objetividade, que se comparem produtos que tenham formas de apresentação ao público distintas, como no caso mencionado no capítulo 1.3.

Já no que toca às decisões dos tribunais judiciais, não parece existir tanta flexibilidade, havendo casos em que, mesmo com provas apresentadas, sustentadas por dados laboratoriais, como no caso analisado no capítulo 2.1, os juízes tenham considerado que não estava cumprido o ónus de prova da publicidade comparativa.

Assinala-se ainda, por parte da jurisprudência, a utilização dos outros regimes a par do previsto no Código da Publicidade, nomeadamente o regime das marcas e o regime do seu regime de registo, o que acaba por levar ao entendimento de que existe uma utilização indevida das marcas concorrentes. Se é certo que a utilização das marcas concorrentes é justificada quando a publicidade comparativa cumpre todos os requisitos de licitude, certo é também que, ao analisarem-se as condições de forma tão rígida, poder-se-á chegar a um caminho sem saída, isto é, em que se invalide qualquer comparação publicitária. Há que igualmente ter em mente o entendimento do TJUE de que os requisitos previstos quer em sede de legislação nacional, quer em sede de legislação comunitária, devem ser interpretados no sentido favorável à publicidade comparativa. Nesta senda, não deverão

os tribunais criar entraves desnecessários à utilização desta forma de publicidade.

Note-se, contudo, a ainda aplicação pelos tribunais do regime do Código da Publicidade à publicidade que se destina aos consumidores, indo contra o que está estabelecido, pelo menos segundo a letra da lei, no artigo 43.º do Código da Publicidade, inserido na última alteração do diploma e que analisaremos aprofundadamente na próxima parte da dissertação.

O maior contributo no que toca à interpretação das condições é mesmo do Tribunal de Justiça da União Europeia. Em relação a algumas das condições, o TJUE acresce uma rigidez no que toca à sua aplicação, sobretudo no que toca à comparação que tem em conta o fator *preço*, como, por exemplo, no caso analisado em 3.3., que concluiu que os produtos que sejam alvo de comparação devem ser vendidos em estabelecimentos comerciais de tipologia semelhante e não apenas de tipo semelhante. Por exemplo, não é suficiente que estejam em causa duas cadeias de distribuição alimentar; os estabelecimentos dos produtos comparados têm de ter uma dimensão semelhante.

Noutro sentido, o TJUE dá algum alargamento no que toca à interpretação do grau de substituibilidade, permitindo a comparação de produtos que tenham uma origem ou fabrico distintos, por exemplo, conforme demonstrado no caso analisado no capítulo 3.5.

Consideramos, contudo, que o TJUE apresenta algumas decisões que podem colidir, como por exemplo a validação da utilização dos números OEM, mas, em sentido contrário, a invalidação da utilização de listas comparativas. À primeira vista, parecem-nos ambos instrumentos que permitem identificar os produtos de origem e, consequentemente, entender os produtos comparados como equivalentes.

O TJUE contribui ainda com dois importantes pontos: os Estados não podem ter uma legislação mais restritiva em matéria de publicidade comparativa, conforme visto na decisão apresentada no capítulo 3.1., e, como já mencionado, as condições de licitude devem ser analisadas num sentido favorável à validação da publicidade comparativa.

No fundo, o TJUE valida, de forma clara, nas suas decisões, a utilização da publicidade comparativa, quer em prol do interesse dos consumidores, quer em prol do normal funcionamento do mercado interno, conforme mencionado na decisão analisada no capítulo 3.2.

A existência de tantos litígios nesta matéria poderá levar a que haja, por parte dos operadores de mercados, um certo receio antes de lançarem um anúncio que inclua publicidade comparativa, pois, sendo a mesma classificada como ilícita em sede de litígio, terão de arcar com um prejuízo que não deverá ser baixo, tendo em conta os valores praticados no mundo da publicidade, para além de uma eventual sanção pecuniária que terão de pagar ao concorrente. Tais prejuízos poderão não ser suficientes para compensar as vantagens, tais como o ganho de nova clientela, entre outras que serão analisadas na última parte da dissertação.

III – Publicidade comparativa e o interesse dos profissionais e dos consumidores

Analisado o regime jurídico da publicidade comparativa, com a sua evolução e as suas especificidades, e a aplicação em diversas decisões de órgãos reguladores e jurisprudenciais, é tempo agora de focar sobretudo na tutela dos direitos e interesses dos profissionais[321] e dos consumidores no âmbito da publicidade comparativa.

[321] Nesta parte da dissertação, privilegiar-se-á a denominação *profissionais* como equivalente à denominação *concorrentes*, uma vez que é essa que

1. Relação com as conceções de concorrência desleal e a tutela dos interesses dos consumidores e dos profissionais nelas presente

Inevitavelmente, a publicidade comparativa é um tema que anda de mãos dadas com o da concorrência desleal. Assim, a forma como é vista a legitimidade da publicidade comparativa mudou consoante o modelo de concorrência desleal em vigor.

Tomando em conta o primeiro modelo de concorrência desleal – o modelo paleoliberal – de teor essencialmente penal, o mesmo apresentava-se contra a utilização da publicidade comparativa[322].

Na primeira metade do século passado, perante o chamado modelo profissional de concorrência desleal, em que o interesse dos empresários e das posições por estes adquiridas no mercado era o foco principal e em que se entendia a concorrência como uma temática privada[323], entendia-se haver para os empresários algo como um direito ao anonimato – *Recht auf Anonymität* – em que o empresário tinha o direito a exigir que não se falasse nele, mesmo quando se tratasse de uma afirmação verdadeira. Tal entendimento baseava-se na ideia de que a esfera empresarial representava,

é adotada por via do decreto-lei dedicado às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, como "qualquer pessoa singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional", decreto-lei esse que será o que terá maior destaque nas problemáticas que analisaremos de ora em diante.

[322] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa…", *cit.*, p. 849.

[323] Modelo dos inícios do séc. XX, que destaca os interesses dos profissionais e das posições por estes adquiridas no mercado. Cf. Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, pp. 71 e 72.

no fundo, uma esfera privada, que poderia ser protegida de todo e qualquer ataque[324].

Quanto à relação com a publicidade, deste direito ao anonimato decorria um impedimento, para os profissionais, de mencionarem, através de meios publicitários, de qualquer forma que fosse, os concorrentes, estando por isso, naturalmente, impedida a publicidade comparativa, vista como um ataque ao concorrente que dela fosse alvo[325-326]. Neste sentido, jurisprudencialmente, através do chamado *Hellegold Motiv*, entendia-se que, mesmo que um profissional oferecesse o pior produto do mercado, não podia ser alvo de um confronto por parte de um concorrente que o referisse com o objetivo de se superiorizar a esse mesmo profissional[327].

Tal direito ao anonimato dos empresários viria a cair no final da II Guerra Mundial, com uma nova conceção de concorrência desleal, que ainda hoje vigora[328]. Trata-se do modelo social de concorrência desleal, que deixa de atentar apenas no interesse dos profissionais e passa a dar destaque ao interesse coletivo dos consumidores, ao interesse do Estado e à proteção do mercado[329]. Desta forma, o profissional deixa de se situar numa esfera dita privada inatacável, para se situar num ramo público no qual tem de viver com as críticas e com as eventuais comparações realizadas por concorrentes[330].

É com este novo modelo que se passa, progressivamente, a aceitar a publicidade comparativa como uma prática comum no ramo da publicidade e também no ramo da con-

[324] *Idem*, p. 73.

[325] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 74.

[326] Houve inclusive uma decisão do *Reichsgericht* (Tribunal do Reich), na Alemanha, de 6 de outubro de 1931, neste sentido. Cf. *idem*.

[327] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 849.

[328] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 72.

[329] *Idem*, p. 75.

[330] *Idem*, p. 76.

corrência, passando a ser vista como uma prática que pode beneficiar tanto os consumidores como os profissionais.

Este novo modelo coincidiu igualmente com um fenómeno de destacar em termos de proteção dos consumidores: o surgimento, nos anos sessenta do século passado, nos Estados Unidos da América, de forma espontânea, de um movimento de organização social dos consumidores intitulado *consumerism*. Este movimento defendia a intervenção estatal para assegurar a existência de mecanismos jurídicos especiais para a tutela dos interesses dos consumidores. Passaram, desta forma, os consumidores a ser vistos como um grupo socioeconómico com direitos a defender, tais como o direito à informação ou o direito à escolha, direitos esses que foram consecutivamente legislados em variados ordenamentos jurídicos de todo o mundo[331].

2. Argumentos a favor e contra a utilização da publicidade comparativa

Pese embora a publicidade comparativa seja lícita há vários anos, ainda não é uma prática consensual, gerando opiniões contraditórias situadas em dois polos opostos: quem se posiciona favoravelmente, entendendo a sua utilização como uma prática, na sua generalidade, vantajosa, e quem se posiciona desfavoravelmente, entendendo a sua utilização como negativa.

Tendo esta diferença de opiniões em vista, analisaremos de seguida os argumentos a favor e contra, dividindo-os consoante esteja em causa o interesse dos profissionais e consoante esteja em causa o interesse dos consumidores.

[331] José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo*, 2.ª ed., Coimbra : Edições Almedina, 2024, ISBN: 978-989-40-2070-7, pp. 19-21.

2.1. Do lado dos profissionais

2.1.1. Argumentos a favor

No que toca aos profissionais, um dos argumentos a favor da licitude da publicidade comparativa é o de que é um exemplo de liberdade de expressão[332].

Outro dos pontos a favor apresentados em relação à adoção da publicidade comparativa é a de permitir o posicionamento do produto ou serviço publicitado junto dos demais concorrentes[333].

Estando no mesmo segmento de um concorrente, a publicidade comparativa permite igualmente a diferenciação do produto ou serviço publicitado em relação ao concorrente, permitindo apresentar, por via da comparação, os fatores que o distinguem e/ou que o superiorizam[334].

Há, inclusive, quem aponte que um anúncio de publicidade comparativa capta uma maior atenção dos consumidores do que um anúncio dito tradicional, isto é, um anúncio em que é apenas mencionado um único produto ou serviço, sem menção a um concorrente. Estudos apontam, inclusive, a publicidade comparativa como uma prática mais eficaz do que a publicidade não comparativa, aumentando as vendas do produto ou serviço do anunciante[335]. Assim é, porque o consumidor espera obter, por via da publicidade

[332] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 97.

[333] Kaylene C. Williams; Robert A. Page, Jr., "Comparative advertising as a competitive tool", *in Journal of Marketing Development and Competitiveness*, Estados Unidos da América, 2013, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266733337_Comparative_Advertising_as_a_Competitive_Tool (07/03/2025), p. 8.

[334] *Idem*.

[335] Um estudo realizado por Dhruv Grewal e por Sukumar Kavanoor demonstrou que a publicidade comparativa aumenta em 22% as vendas em relação à publicidade não comparativa. Cf. Dhruv Grewal, Sukumar Kavanoor, *et al.*, *ob. cit.*, p. 12.

comparativa, informações que sabe não poder obter numa campanha tradicional[336]. Além disso, entende-se que a comparação publicitária envolve mais o consumidor-alvo da campanha, aumentando a intenção de compra do produto ou serviço anunciado em relação aos demais oponentes do mercado[337].

Outro ponto a favor é o de este género publicitário permitir a entrada de novos concorrentes e dos seus respetivos produtos ou serviços em novos mercados e, consequentemente, a chegada a novos clientes[338].

Para as empresas de pequena e média dimensão no mercado[339], é também um meio muito útil para não só inaugurarem a sua entrada no mercado, como já referido, mas também um instrumento para competirem com maior facilidade com os concorrentes que comercializam os produtos mais vendidos ou que gozam de maior notoriedade no mercado. Permite, por essa razão, que ganhem maior visibilidade e permite, igualmente, reduzir as barreiras à entrada num novo mercado[340].

Entende-se ainda que o uso da publicidade comparativa poderá servir de incentivo a uma concorrência que seja sã e que leve à inovação[341], uma vez que, nomeadamente, um concorrente alvo de uma campanha deste teor poderá querer proceder a alterações no seu produto ou serviço para se igualar ou se superiorizar ao concorrente autor de uma determinada comparação publicitária.

[336] *Idem*, p. 3.

[337] KAYLENE C. WILLIAMS; ROBERT A. PAGE, JR., *ob. cit.*, p. 8.

[338] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, p. 226.

[339] LUIS GUTIÉRREZ SANJUÁN, *Publicidad comparativa*, polic., Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2003, p. 29, disponível em: http://hdl.handle.net/10553/1862 (28/01/2024).

[340] KAYLENE C. WILLIAMS; ROBERT A. PAGE, JR, *ob. cit.*, p. 7.

[341] PAULO MOTA PINTO, *Direito da publicidade*, Coimbra : Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 103.

2.1.2. Argumentos contra

Há, no entanto, quem encontre pontos negativos neste modelo de publicidade para os profissionais, mostrando-se, desta forma, contra a sua licitude.

Um dos argumentos mais comummente apontados é o de que, com a sua utilização, o anunciante assume duas posições – a de parte e a de juiz[342] – quando a última função deveria ser assumida pelo consumidor, enquanto comprador. Entendemos, contudo, que tal argumento goza de pouca força. A ideia de que, através da publicidade comparativa, o anunciante assume a posição de juiz não nos parece a mais acertada, pois não assume a posição de comprador. Quem a assume é o consumidor, que efetivamente vai julgar os produtos ou serviços disponíveis no mercado, independentemente de haver ou não uma campanha que utilize a publicidade comparativa por trás[343].

Há quem veja, inclusive, que este género publicitário poderá levar ao descrédito dos produtos ou serviços do concorrente[344], havendo quem, inclusive, vá mais longe e argumente que este tipo de publicidade terá sempre efeitos denegridores em relação ao concorrente[345].

Relacionado com argumento anterior, outro ponto negativo muitas vezes associado à publicidade comparativa relaciona-se com as estratégias utilizadas, entendendo-se que os profissionais vão querer de tal forma apresentar o seu produto ou serviço como melhor em relação aos concorrentes, que

[342] Expressão utilizada pelo industrial alemão Kohler e que viria depois a ser utilizada por aqueles que se mostraram contra a publicidade comparativa. Cf. Carlos Fernández-Nóvoa, *ob. cit.*, pp. 220 e 221.

[343] O autor alemão Schawmberger pronunciava-se no mesmo sentido. Cf. *idem*, p. 224.

[344] Rui Moreira Chaves, *Regime jurídico da publicidade*, Coimbra : Almedina, 2005, p. 218.

[345] Luis Gutiérrez Sanjuán, *ob. cit.*, p. 30.

não vão olhar a meios para atingir esses fins, utilizando estratégias como a difamação ou a discriminação. Tal risco será maior quanto maior for a competitividade no mercado[346], levando a competição a níveis perigosos e indesejáveis, segundo os críticos[347].

Argumentam ainda com o direito a que os profissionais não interfiram na atividade dos seus concorrentes. Tal argumento parece-nos, no entanto, ultrapassado, em face do modelo de concorrência desleal que hoje vigora, que, conforme já analisámos no capítulo 1, já não é mais um modelo profissional, mas um modelo social, em que não existe uma proteção a toda e qualquer intervenção dos concorrentes na atividade de um determinado profissional. Além disso, inevitavelmente, a participação no mercado implica uma sujeição à crítica[348].

Argumenta-se ainda que este tipo de publicidade poderá ser usado pelas empresas de grande dimensão, líderes do mercado, como uma estratégia para eliminar as de menor dimensão e os seus respetivos produtos ou serviços ou até para impedir a sua entrada no mercado[349]. Em relação a este argumento contra a comparação publicitária, não negamos que as empresas de maior dimensão gozem de um maior poder em termos publicitários, proporcional à sua dimensão. Contudo, a verdade é que, se através da publicidade comparativa as empresas de menor dimensão encontram uma forma de se introduzirem no mercado, representando-

[346] WINFRIED KILIAN, *ob. cit.*, pp. 48 e 49.

[347] KAYLENE C. WILLIAMS; ROBERT A. PAGE, JR., *ob. cit.*, p. 8.

[348] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, pp. 215-217.

[349] MARÍA ÁNGELES PEDREIRA SAN JURGO, *La Publicidad Comparativa*, polic., Vigo : Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo – Universidade de Vigo, 2018, p. 19, disponível em: https://www.academia.edu/39695266/LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA_MAR%C3%8DA_%C3%81NGELES_PEDREIRA_SAN_JURGO_TUTOR_A_ANXO_TATO_PLAZA_CURSO_CUARTO_CONVOCATORIA_PRIMERA (28/01/2025).

lhe assim uma série de vantagens, têm também de arcar com as eventuais desvantagens que possam surgir numa eventual resposta de um concorrente de maior dimensão. Além disso, inevitavelmente, essas empresas de menor dimensão já terão de enfrentar as de maior dimensão na própria dinâmica do mercado, não lhe servindo uma eventual proibição em termos de publicidade comparativa para evitar o confronto que se operará, naturalmente, no mercado.

Neste sentido, há quem diga mesmo que a publicidade comparativa acaba por levar a um duelo desigual entre o anunciante e o concorrente, na medida em que o primeiro escolhe os meios a utilizar, e a um duelo também mais agressivo, uma vez que força a participação dos concorrentes visados numa comparação a aderirem ao jogo publicitário[350].

Há ainda quem entenda que este género publicitário poderá inclusive levar à perda de credibilidade do anunciante, pois poderá um anúncio do tipo ser visto, particularmente, como uma má prática publicitária por parte dos consumidores[351]. Neste sentido, entendem que estes vão classificar sempre uma comparação publicitária como um ato de desespero e de hostilidade por parte do anunciante, levando inclusive a desacreditar a fonte da comparação[352-353].

[350] Lauranne Pauwels, *Le droit de la concurrence et le droit de la publicité comparative au regard des notions d'»entreprise» et de «substituabilité»*, Louvain : Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2015, p. 25, disponível em: http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:3527 (21/03/2025).

[351] Kaylene C. Williams; Robert A. Page, Jr., *ob. cit.*, p. 8.

[352] Dhruv Grewal; Sukumar Kavanoor, *et al.*, *ob. cit*., p. 4.

[353] Um estudo realizado por Dhruv Grewal e por Sukumar Kavanoor demonstrou que um anúncio com publicidade comparativa tem 13% de menor credibilidade junto do público do que um anúncio sem a utilização de publicidade comparativa. Cf. *idem*, p. 12.

Ao extremo, há quem considere que a prática da publicidade comparativa poderá prejudicar todo o instituto da publicidade em geral[354].

2.2. Do lado dos consumidores

2.2.1. Argumentos a favor

Um dos argumentos favoráveis apresentados em relação à publicidade comparativa, no que toca ao interesse dos consumidores, é o de que a mesma lhes disponibiliza mais informação[355].

Ligado ao argumento anterior, entende-se que a informação disponibilizada via publicidade comparativa auxilia o processo de decisão de uma determinada compra. Enquanto anteriormente o mercado tinha um alcance meramente local, com um número reduzido de ofertas, sendo fácil para o consumidor comparar as várias ofertas existentes e escolher a que lhe fosse mais favorável, na atualidade, a situação é completamente distinta[356]. Com a globalização, o consumidor depara-se com um sem-número de produtos e serviços que satisfazem as suas necessidades, sendo-lhe difícil fazer a escolha mais acertada. Nos dias de hoje, estamos perante um mercado tão complexo e com uma oferta tão ampla, que o consumidor médio não dispõe do conhecimento suficiente para escolher a opção que lhe seja mais benéfica[357].

Poder-se-á dizer que o consumidor consegue obter essas informações sem a publicidade comparativa, recorrendo apenas à publicidade dita tradicional e informando-se acerca das características de cada um dos produtos ou serviços

[354] Kaylene C. Williams; Robert A. Page, Jr., *ob. cit.*, p. 8.

[355] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 849.

[356] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 77.

[357] Carlos Fernández-Nóvoa, *ob. cit.*, pp. 219 e 220.

comercializados no mercado[358]. Todavia, dada a oferta existente, não é suficiente informar-se acerca de somente um produto ou serviço; tem de informar-se acerca de uma multiplicidade. Neste sentido, a publicidade comparativa pode servir como um auxiliador, ao não só informar o consumidor da variedade de ofertas existente, como também ao indicar aquela que representa uma escolha mais racional[359]. Desta forma, quanto a este ponto, entendemos que a publicidade comparativa é uma prática positiva, permitindo comparar preços ou características e ou até disponibilizando dados, providenciados pelos testes comparativos, que o consumidor à partida desconhece.

No mesmo seguimento, entende-se que, além de este género publicitário disponibilizar ao mercado novas informações acerca dos produtos ou serviços que nele se comercializam[360], traz mais informações do que os anúncios publicitários que não se socorram de práticas comparativas[361].

Alinhado com o argumento apresentado em sede do interesse dos profissionais, entendemos que a publicidade comparativa poderá levar a que os profissionais melhorem consecutivamente os seus produtos, aprimorando, consecu-

[358] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 78.

[359] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, pp. 219 e 220.

[360] PHUONG PHUNG, *Comparative advertising – a deadly marketing tactic in the competion*, Seinäjoki (Finlândia) : Seinäjoki University of Applied Sciences, 2019, p. 19, disponível em: https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/227567/THESIS_%20Comparative%20Advertising%20-%20deadly%20marketing%20tactic%20in%20the%20competion.pdf?sequence=2&isAllowed=y (11/11/2024).

[361] MENG-HUA HSIEH, *et al.*, "Comparative Advertising Research: A Review and Research Agenda", *in Cracking the Code: How Managers Can Drive Profits by Leveraging Consumer Psychology*, STEVEN S. POSAVAC (ed.), Nova Iorque : M.E. Sharpe, 2012, p. 3, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/315476722_Comparative_Advertising_Research_A_Review_and_Research_Agenda (11/11/2024).

tivamente, o sortido disponibilizado ao consumidor, que contará, assim, com uma melhor oferta.

Pensa-se igualmente que este tipo de publicidade permite informar o consumidor acerca de novidades tecnológicas ou sobre novos produtos ou serviços lançados, entretanto, no mercado[362]. Tal acaba por ir ao encontro da ideia de que este tipo publicitário permite que haja uma maior transparência no mercado[363].

Em suma, para quem é a favor, a publicidade comparativa afigura-se como uma forma publicitária de grande utilidade para os consumidores, sobretudo numa sociedade em que o consumidor se encontra numa situação de maior debilidade do que outrora, dada a variedade interminável de bens e serviços ao seu dispor e dado o universo massificado de trocas que caracteriza a sociedade de consumo. Tal situação é distinta da que caracterizava as sociedades e economias mais tradicionais, com uma menor variedade de produtos e serviços ao dispor e, consequentemente, uma maior facilidade na sua identificação, comparação e negociação[364].

2.2.2. Argumentos contra

Há, contudo, desvantagens apontadas à publicidade comparativa, entendendo alguns que a mesma não vai *ao* encontro, mas sim *de* encontro ao interesse dos consumidores.

Neste sentido, entendem que, para que a publicidade comparativa auxiliasse verdadeiramente o consumidor e contribuísse para a transparência do mercado, teriam de ser apresentadas todas as especificidades de cada um dos produtos ou serviços comparados, sob pena de estar em cau-

[362] Paulo Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 103.
[363] Carlos Fernández-Nóvoa, *ob. cit.*, p. 219.
[364] José Engrácia Antunes, *ob. cit.*, pp. 17 e 18.

sa uma "meia verdade", ou seja, uma publicidade que não informe plenamente o consumidor[365]. Tal incluiria a apresentação não só das vantagens, como também das desvantagens dos produtos ou serviços publicitados, incluindo as do produto do anunciante[366].

Ora, no entender dos críticos, quem publicita nunca destacará os aspetos menos positivos do produto ou serviço que comercializa, sob pena de ser considerado um mau comerciante, apenas fazendo-o, ao invés, em relação ao produto concorrente[367]. Consideram, assim, utópico coincidir a publicidade comparativa com uma forma idónea de auxílio aos consumidores, uma vez que não será útil para quem anuncia demonstrar não apenas os pontos positivos, mas também os pontos negativos do seu produto ou serviço[368].

Critica-se ainda a publicidade comparativa por gerar uma falsa aparência de objetividade, aparência essa que induz os consumidores em erro. Para tal, contribui a apresentação de dados técnicos, que, além de eliminarem a natural desconfiança do consumidor, levam-no a tomar uma decisão tendo por base representações falseadas. De acordo com este raciocínio, o consumidor médio, em geral, tende a acolher as mensagens publicitárias com alguma desconfiança e precaução, tendo em conta que o anunciante ressaltará o que lhe convém e não os inconvenientes do seu produto ou serviço[369]. A publicidade comparativa, contudo, segundo os críticos, leva a que o consumidor baixe a guarda, pois leva a que este percecione os dados apresentados numa determi-

[365] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 80.

[366] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 81.

[367] Luis Gutiérrez Sanjuán, *ob. cit.*, pp. 29 e 30.

[368] Anxo Tato Plaza, *ob. cit.*, p. 81.

[369] Que, segundo Eichmann, seria uma atitude comum entre os consumidores, pois saberiam que os anúncios tendem a destacar apenas as vantagens, sem assinalar as desvantagens dos produtos que são publicitados. Cf. Carlos Fernández-Nóvoa, *ob. cit.*, p. 224.

nada campanha de publicidade comparativa como indubitáveis e inatacáveis, o que poderá, consecutivamente, levar a que o consumidor faça uma escolha com base numa falsa representação[370-371].

Contudo, em jeito de contra-argumento, a verdade é que os estudos demonstram que o consumidor tem uma atitude de maior desconfiança e ceticismo em relação à publicidade comparativa do que em relação à restante publicidade[372], desmontando assim o caráter ludibriador apontado pelos críticos à comparação publicitária.

Conforme já referido, um dos contra-argumentos para a utilização da publicidade comparativa é de que origina um contra-ataque, com um novo anúncio de publicidade comparativa por parte do concorrente[373]. Nestas situações, entendem os críticos que o consumidor ver-se-á numa espiral de comparações publicitárias contraditórias, em que a correta avaliação de qual o serviço ou produto mais vantajoso é dificultada ou mesmo impossibilitada[374].

Os críticos percecionam ainda a publicidade comparativa como uma prática geradora de confusão no consumidor, disponibilizando demasiada informação ou incluindo informação tida como irrelevante, o que acaba por levar a um resultado final de desinformação do consumidor. Essa confusão poderá inclusive, segundo os críticos, levar a que

[370] CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA, *ob. cit.*, pp. 224 e 225.

[371] Juristas alemães como HEFERMEHL e VON HIPPEL refutavam este argumento, considerando que os consumidores continuariam a ter uma atitude suspeitosa, pois estariam conscientes que o anunciante pretendia defender os seus próprios interesses. LEO dizia mesmo que tal desconfiança seria maior com o recurso à publicidade comparativa. Cf. *idem*, p. 225.

[372] ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Publicidade comparativa…", *cit*., p. 850.

[373] LUIS GUTIÉRREZ SANJUÁN, *ob. cit.*, p. 30.

[374] ANXO TATO PLAZA, *ob. cit.*, p. 81.

o consumidor acabe por confundir os produtos ou serviços publicitados[375].

3. Introdução do artigo 43.º no Código da Publicidade e mudanças na tutela dos direitos e interesses dos consumidores e dos profissionais

Fruto da alteração do Código da Publicidade através do DL n.º 57/2008, de 26 de março, foi acrescentado ao mesmo o artigo 43.º, com a epígrafe *Comunicação dirigida exclusivamente a profissionais* e com a seguinte redação: "O disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do presente Código aplica-se apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores.".

Desta forma, o regime previsto no Código da Publicidade referente à publicidade comparativa, no artigo 16.º, passou a aplicar-se exclusivamente aos casos em que os consumidores não sejam os destinatários de uma determinada campanha publicitária[376].

Esta alteração, introduzida por via de uma diretiva, representou uma importante mudança que, no nosso entender, deve ser alvo de análise, de seguida.

3.1. Diretiva referente às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores

A diretiva a que aludimos anteriormente trata-se da Diretiva n.º 2005/29/CE, de 11 de maio[377], dedicada às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores.

[375] Kaylene C. Williams; Robert A. Page, Jr., *ob. cit.*, p. 8.

[376] Adelaide Menezes Leitão, "Publicidade e tutela do consumidor", *in Revista de Direito Público do Rio Grande do Sul*, n.º 69, Porto Alegre : Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2011, p. 242, disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf (08/05/2025).

[377] Diretiva n.º 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face

Ao abrigo desta diretiva, pretendeu-se estabelecer um regime de uniformidade nos Estados-membros da União de forma a obter um "nível elevado de proteção dos consumidores", conforme previsto no *considerando* 5, justificando-se tal objetivo com a existência de legislação diversa no espaço europeu, que criava obstáculos tanto para os consumidores, numa espiral de incerteza em relação a quais disposições a aplicar e respetivos direitos, como para as empresas, aumentando o custo destas no mercado interno no que toca à publicidade, conforme descrito no *considerando* 4.

Especificamente em relação à publicidade comparativa, esta harmonização foi justificada com objetivo de estimular a concorrência entre fornecedores de bens e serviços, entendendo-se que a demonstração, de forma objetiva, das vantagens dos diferentes produtos comparado vai ao encontro do interesse dos consumidores (conforme *considerando* 2 da DPCD). Entendia-se, por isso, que, quando não enganosa, a publicidade comparativa seria uma solução legítima de informar os consumidores dos seus interesses[378].

Sendo assim, em virtude desta diretiva, os Estados-membros, ao contrário do que acontecia anteriormente, já não têm a possibilidade de estabelecer um regime mais amplo por motivos de proteção dos consumidores, como acontecia anteriormente[379-380-381], de forma a harmonizar a legislação em relação a esta temática no espaço comunitário, constituin-

aos consumidores no mercado interno, disponível em: HTTPS://EUR-LEX.EUROPA.EU/LEGAL-CONTENT/PT/TXT/?URI=CELEX%3A32005L0029 (26/01/2025).

[378] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, pp. 4 e 5.

[379] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 2.

[380] Além dos consumidores, incluem-se pessoas que exerçam uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal (considerando 18 da DPCD). Cf. *idem*, p. 5.

[381] *Idem*.

do, portanto, a diretiva em questão um instrumento de harmonização total[382-383].

Já no que toca à proteção dos profissionais e dos concorrentes, ao abrigo do artigo 7.º/1 da diretiva relacionada com a publicidade enganosa e comparativa e ao abrigo do princípio da subsidiariedade, na sua redação alterada pela DPCD, podem os Estados-membros continuar a estabelecer um regime mais restritivo nesta matéria[384], ao abrigo do princípio da subsidiariedade (*considerando* 6).

Na prática, a diretiva aponta-se como vantajosa para os profissionais, já que terão agora à sua disposição um regime uniforme ao invés de diferentes regimes em cada um dos Estados-membros, o que diminui os custos com o *marketing* ou com a publicidade. Neste sentido, é igualmente vantajosa para os consumidores, já que, sem estes custos adicionais, de forma indireta, os consumidores terão à sua disposição uma maior variedade de produtos e com preços mais baixos. Por outro lado, desvantajosamente, os vários Estados-membros deixam de ter a possibilidade de adaptar a sua legislação nesta matéria às especificidades dos consumidores dos seus países[385].

[382] SANDRA PASSINHAS, "A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor", *in Estudos do Direito do Consumidor – Actas do Colóquio das Práticas Comerciais Desleais*, Coimbra : Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ISSN: 1646-0375, dezembro de 2017, p. 116, disponível em: https://www.fd.uc.pt/~sandrap/pdfs/artigo_EDC13.pdf (11/05/2025).

[383] Já tinha havido, no início dos anos 90, a intenção de harmonizar as legislações dos vários Estados-membros em matéria de concorrência desleal, intenção que veio a ser abandonada pela diversidade de regimes em matéria de concorrência desleal que existiam na altura. Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra : Almedina, 2011, ISBN: 9789724043203, p. 550.

[384] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Publicidade comparativa e práticas…", *cit.*, p. 2.

[385] SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, p. 118.

Em suma, desta forma, no que toca ao instituto da publicidade, passou a existir um regime dualista, com dois diplomas distintos: a Diretiva 2005/29/CE para as práticas comerciais desleais na relação entre os consumidores e as empresas e a Diretiva 2006/114/CE para a proteção dos profissionais contra a publicidade enganosa e para a publicidade comparativa em geral[386].

Tal dualidade não deixa de ser isenta de críticas, considerando-se que traz alguns obstáculos, como a obrigação de distinguir as práticas comerciais desleais que afetem os profissionais das que afetam os consumidores[387], e considerando-se que é uma divisão artificial e desnecessária. Além disso, entende-se que o consumidor está demasiado onerado, uma vez que é classificado como alguém que deve estar normalmente informativo, atento e advertido, sendo-lhe atribuído um ónus de se informar, ao invés de lhe ser atribuído um direito a ser informado[388].

3.2. Transposição da diretiva referente às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores para o ordenamento jurídico português no que toca à publicidade comparativa

A diretiva supraindicada foi transposta por via do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, intitulado "Práticas comerciais desleais" e que estabeleceu 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 serviç[o389].

[386] Andreia Rodrigues Costa, *O regime jurídico da publicidade enganosa: a (des)proteção dos consumidores?*, Porto : Universidade Católica Portuguesa, novembro de 2014, pp. 16 e 17, disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17263/1/201490463.pdf (31/03/2025).

[387] *Idem*, p. 17.

[388] *Idem*, p. 18.

[389] Conforme previsto em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis (31/03/2025).

Conforme referimos já anteriormente, retirou-se, desta forma, a proteção do consumidor da alçada do Código da Publicidade, passando este agora a estar protegido na relação com as empresas através do regime unitário previsto no decreto-lei supraidentificado.

Desta forma, no que toca à publicidade comparativa que prejudica os direitos dos consumidores, esta deixou de ser uma modalidade independente de ilícito publicitário[390] e passou a enquadrar-se como um ato enganoso, ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2, alínea *a)* do DL dedicado às práticas comerciais desleais, que refere expressamente que é enganosa "qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, *incluindo a publicidade comparativa*, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente"[391-392]. Esta redação é uma reprodução do previsto no artigo 6.º, n.º 2, alínea *a)* da diretiva. Assumindo-se como um ato enganoso, deverá classificar-se como uma prática comercial desleal, segundo o artigo 6.º, alínea *b)* desse mesmo decreto-lei.

Importa analisar, contudo, se esta transposição foi realizada de forma correta pelo legislador português.

É verdade que a diretiva em causa previa um regime unitário no espaço europeu no que toca à publicidade enganosa. Contudo, questionamos se o objetivo de o legislador europeu era igualmente incluir os casos de publicidade comparativa, como percecionou o legislador português.

Lendo a redação da diretiva, é referido, no *considerando* 6: "A presente directiva também não abrange nem afecta as disposições da Directiva 84/450/CEE sobre publicidade

[390] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 90.

[391] Citação do artigo mencionado do DLPCD, com itálico nosso.

[392] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 91.

susceptível de enganar as empresas mas não os consumidores *e sobre publicidade comparativa.*". Não será um erro de tradução, uma vez que o diploma em língua inglesa tem igualmente a mesma disposição[393], assim como o diploma em língua francesa[394-395].

Observando várias decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia posteriores à criação da diretiva em questão, como as decisões dos casos *Carrefour Hypermarchés SAS vs. ITM Alimentaire International SASU* ou *Lidl SNC vs. Vierzon Distribution SA*, que tratámos anteriormente no capítulo 3 da parte II, verifica-se igualmente que as mesmas aplicaram as condições já previstas na diretiva que contém o regime da publicidade comparativa, mesmo quando as campanhas publicitárias em causa tinham como destinatários os consumidores.

Desta forma, parece-nos que o legislador nacional foi mais longe do que era pedido[396], não tendo de excluir, como optou, a proteção dos consumidores do regime da publicidade comparativa previsto no Código da Publicidade, regime que, como já vimos, foi criado com o intuito principal (supostamente) de proteger os consumidores, tendo sido entendida a publicidade comparativa como uma prática que lhes era favorável. Era, assim, possível conciliar ambas as proteções.

Restará saber, então, se tal entendimento trará aos consumidores uma maior proteção dos seus direitos enquanto consumidores, como era o objetivo da diretiva, ou, em sentido

[393] "*Nor does this Directive cover or affect the provisions of Directive 84/450/EEC on advertising which misleads business but which is not misleading for consumers and on comparative advertising*."

[394] "*La présente directive ne couvre ni n'affecte les dispositions de la directive 84/450/CEE ayant trait à la publicité trompeuse pour les entreprises mais pas pour les consommateurs ainsi qu'à la publicité comparative*."

[395] A comparação entre as versões portuguesa, britânica e francesa é possível de visualizar em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-PT-FR/TXT/?from=PT&uri=CELEX%3A32005L0029 (31/03/2025).

[396] No mesmo sentido, Ana Clara Azevedo de Amorim entende igualmente que se trata de uma "imperfeita transposição do ordenamento jurídico comunitário". Cf. Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 108.

contrário, uma menor proteção desses mesmos direitos. Se a proteção for menor, poder-se-á estar perante uma violação do Direito da União Europeia.

3.3. Transposição da diretiva referente às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores no que toca à matéria da publicidade comparativa noutros ordenamentos jurídicos

A análise da transposição noutros ordenamentos jurídicos, no que toca à disciplina da publicidade comparativa, poderá ser importante para aferir se o entendimento do legislador português foi único.

Da análise das várias transposições, algo é assinalável: todas contêm um segmento em comum com o previsto na diretiva e no artigo 7.º, n.º 2, alínea *a)* do DL das práticas comerciais desleais: "qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, *incluindo a publicidade comparativa*, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente"[397].

A questão fulcral é saber se as outras legislações excluem igualmente a aplicação do artigo referente à publicidade comparativa da publicidade que tenha como destinatários os consumidores, como fez o legislador português, ou não.

3.3.1. Espanha e a semelhança com a transposição portuguesa da diretiva

Contrariamente ao que acontece em Portugal, em Espanha, a publicidade comparativa e as práticas comerciais

[397] Salvo algumas diferenças, como na legislação italiana, que refere "publicidade comparativa *ilícita*". Cf. https://leg13.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/07146dl.htm (08/04/2025).

desleais são reguladas no mesmo diploma – a *Ley de la Concorrencia Desleal.* Todavia, no mesmo sentido que o legislador português, o legislador espanhol, no n.º 1 do artigo 19.º da *Ley de la Concorrencia Desleal*[398], excluiu o artigo 10.º da mesma lei, relativo aos *actos de comparación*, equivalente ao artigo 16.º do nosso Código da Publicidade, das práticas comerciais desleais para com os consumidores. Da análise que fizemos, não encontrámos paralelo noutras legislações de outros Estados-membros da União Europeia.

Além disso, tal como fez o legislador português, colocou o artigo 20.º como uma redação muito próxima da do artigo 7.º, n.º 2, alínea a) do DL dedicado às práticas comerciais desleais, associando a publicidade comparativa aos atos que criem confusão e que criem um risco de associação entre bens ou serviços, marcas registadas, entre outros.

Diferentemente da legislação portuguesa, não há, contudo, nenhum artigo que refira que o artigo 10.º se aplica somente aos casos de publicidade que não tenha como destinatários os consumidores, deixando, assim, em aberto, a possibilidade de se aplicarem as condições desse artigo a uma comparação publicitária que tenha como destinatário o consumidor num litígio entre empresários.

3.3.2. Alemanha e Polónia e as respetivas soluções distintas da transposição portuguesa

Na Alemanha, à semelhança de Espanha, a publicidade comparativa está regulada no mesmo diploma que as práti-

[398] Refere o artigo: "*Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.*" Cf. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628 (07/04/2025).

cas comerciais desleais – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG)[399].

Na transposição, contudo, o legislador alemão não tomou a mesma opção que os congéneres ibéricos, a começar por não distinguir o regime aplicável em relação às práticas comerciais desleais nas relações entre consumidores e profissionais do regime aplicável às relações entre profissionais.

Além disso, o legislador germânico não excluiu em nenhum momento a aplicação do § 6 do UWG, relativo à publicidade comparativa que tenha como destinatários os consumidores.

No que toca ao parágrafo referente às práticas comerciais enganosas (o § 5), este tem uma redação muito próxima da prevista no artigo 7.º do DL dedicado às práticas comerciais desleais, tendo inclusive, no § 5 (3), n.º 1, a referência à publicidade comparativa quando haja confusão entre bens ou serviços ou entre marcas ou outros sinais distintivos, redação, de resto, prevista na diretiva. Também o parágrafo em questão contém no seu (2) uma redação semelhante à do artigo 7.º, n.º 1 do DLPCD, referente às ações enganosas. Contudo, mais à frente, no seu (4), o legislador alemão refere expressamente que as ações enganosas do (2) incluem informação veiculada por via de publicidade comparativa, diferentemente do legislador português, que não teve a preocupação de incluir essa ressalva. Aliás, da análise que fizemos, não encontrámos nenhum outro ordenamento jurídico de outro Estado-membro da União que tenha tomado a mesma opção de clareza que o legislador alemão.

O legislador polaco incluiu igualmente, na Lei de 23 de agosto de 2007 relativa às práticas comerciais desleais, um artigo com uma redação semelhante ao artigo 7.º, n.º 2, alínea *a)* do DL português dedicado às práticas comerciais desleais, mas com uma diferença na parte final: "ação relativa à intro-

[399] Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/index.html (08/04/2025).

dução no mercado de um produto que possa induzir em erro quanto aos produtos ou à sua embalagem, às marcas, nomes comerciais ou outras designações que individualizem o empresário ou os seus produtos, nomeadamente a publicidade comparativa, *nos termos do artigo 16.º, parágrafo 3, da Lei de 16 de abril de 1993 sobre o Combate à Concorrência Desleal*"[400].

A remissão feita na parte final, que destacámos a itálico, trata-se do elenco de condições de licitude da publicidade comparativa. Assim, contrariamente ao legislador nacional, que excluiu a aplicação das condições de licitude da publicidade comparativa ao regime das práticas comerciais desleais que tenham como destinatários os consumidores, o legislador polaco incluiu expressamente todo o elenco de requisitos de publicidade comparativa[401] como possível fundamento a uma prática comercial desleal, garantindo assim uma proteção mais ampla do que a proteção a que os consumidores portugueses têm acesso. Em termos práticos, por exemplo, o consumidor polaco poderá argumentar com o não cumprimento do critério de substituibilidade, enquanto o consumidor português não, como analisaremos no capítulo seguinte.

3.4. Proteção dos consumidores em Portugal face à publicidade comparativa ilícita antes e depois da transposição da diretiva dedicada às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores

Antes da transposição da diretiva supraindicada, os consumidores podiam socorrer-se diretamente do regime previsto no Código da Publicidade. Nessa medida, podiam invocar

[400] Tradução nossa, com itálico nosso, da versão disponível em: https://www.infor.pl/akt-prawny/DZU.2007.171.0001206,ustawa-o-przeciwdzialaniu-nieuczciwym-praktykom-rynkowym.html (08/04/2025).

[401] Conforme previsto em: https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20180000419/O/D20180419.pdf (08/04/2025).

uma das várias cláusulas de cumprimento do regime previstas no artigo 16.º, n.º 2 desse mesmo código, assim como invocar uma oferta especial que não cumprisse as regras previstas nos números 3 e 4 do mesmo artigo. Além disso, o ónus da prova da veracidade dessa publicidade comparativa recaía sobre o anunciante, conforme previsto no n.º 5 do aludido artigo.

Estando agora a aplicação do artigo 16.º excluída do âmbito da publicidade comparativa que tenha como destinatários os consumidores, questionamos se, em face do novo regime, o consumidor estará mais ou menos protegido do que anteriormente.

Em termos de espaço europeu e de mercado único, seria expectável que o consumidor tivesse uma proteção uniforme em todos os Estados-membros da União Europeia, tendo garantido, por isso, que é protegido de uma prática comercial desleal que envolva a utilização de publicidade comparativa enganosa em Portugal da mesma forma que é na Suécia, por exemplo, ou em outro qualquer Estado-membro. Tal poderá ser útil sobretudo quando o anunciante em causa não seja de origem portuguesa e tenha a sua sede noutro estado da União Europeia.

Em termos de redação, parece igualmente haver uma simplificação, já que a proteção está agora condensada num único parágrafo. Contudo, esta redação parece apenas contemplar a condição prevista na alínea *d)* no artigo 16.º do Código de Publicidade, isto é, a condição de proibição de confusão no que toca às marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos. Assim, deixará o consumidor de estar protegido quando o anunciante, numa determinada campanha publicitária que envolva publicidade comparativa, incumpra outra das condições previstas no artigo 16.º do Código da Publicidade, como, por exemplo, quando compare bens que não respondam às mesmas necessidades

(alínea *a)*) ou quando não faça uma comparação objetiva no que toca aos preços dos produtos ou serviços anunciados (alínea *b)*)?

É verdade que existem certas condições previstas no regime da publicidade comparativa do Código da Publicidade que já encontravam respaldo no n.º 1 do artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial como atos genericamente proibidos.

É também verdade que o artigo 7.º do DLPCD enquadra outros atos como enganosos no seu n.º 1, como os relativos à natureza do bem ou serviço, na alínea *a)*, ou quanto ao preço, na alínea *d)*, ou quanto às características desse bem ou serviço, onde se incluem as vantagens anunciadas (alínea *b)*), que, na prática, acabam por tutelar situações que já eram tuteladas no regime previsto no Código da Publicidade.[402]. No entanto, relativamente a este ponto, não se faz referência a estas alíneas como aplicáveis ao regime da publicidade comparativa, à qual, como referimos, só se faz alusão no artigo 7.º, n.º 2, alínea *a)* do referido decreto-lei. Por esta razão, questionamos se essas alíneas do n.º 1 do artigo 7.º serão aplicáveis à publicidade comparativa que se tenha como enganosa, ou se o legislador português quis remeter a proteção em relação a um anúncio comparativo ilícito, para os consumidores, somente aos casos de confusão assinalados na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 7.º do DLPCD.

Além disso, mesmo incluindo as situações previstas no artigo 7.º, n.º 1 do DLPCD, ficam de fora condições previstas no regime do Código da Publicidade, como as relativas à objetividade da comparação ou à essencialidade e pertinência das características dos produtos ou serviços comparados, previstas, respetivamente, nas alíneas *b)* e *c)* do artigo 16.º, n.º 2 do referido código[403].

[402] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 108.
[403] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 113.

Parecendo que não, não é somente uma questão de letra da lei, como poderá aparentar, já que, como bem defende ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, abre a porta a comparações publicitárias de teor subjetivo, como, por exemplo, com referências a estilos de vida e a características que não sejam essenciais ou pertinentes, como obriga o artigo 16.º do Código da Publicidade, e que, até à entrada em vigor deste regime, eram tidas como comparações ilícitas.

Se, de facto, o legislador português pretendeu assinalar os casos de confusão como os únicos protegidos pela publicidade comparativa, o consumidor poderá estar menos protegido do que anteriormente. Na prática, poderá confrontar-se com campanhas publicitárias comparativas que careçam de objetividade e que, consequentemente, o levem a adquirir um determinado produto ou serviço com base em pressupostos que não cumpram, por exemplo, o critério de substituibilidade, o que, ao abrigo do artigo 16.º do Código da Publicidade, não poderia acontecer.

Desta forma, face a tais campanhas, ao contrário do que acontecia ulteriormente, o consumidor não poderá agir, pois tal situação não está tutelada pela alínea referente à publicidade comparativa no decreto-lei dedicado às práticas comerciais desleais, reservando-se apenas a sua aplicação para quando haja uma relação entre profissionais.

Esta é a interpretação que parece ir mais ao encontro da letra da lei. Não nos parece, contudo, que tal fosse o objetivo do legislador, até porque a diretiva referente às práticas comerciais desleais quis reforçar a proteção dos consumidores face a práticas desleais das empresas, além de ter retirado da alçada dos legisladores dos vários Estados-membros a possibilidade de estabelecer um regime distinto da diretiva no que toca a estas práticas comerciais desleais. No entanto, se esse foi o objetivo, o legislador estará a incumprir o objetivo

da diretiva em relação à matéria da publicidade comparativa, ao restringir a proteção dos consumidores nesta matéria, algo que está impedido de fazer.

Neste sentido, cremos fazer sentido, em prol da maior proteção do consumidor, que as restantes alíneas do dito artigo 7.º, referente a atos enganosos, tenham igualmente aplicação nos exemplos de publicidade comparativa, de forma a que o consumidor não fique com uma proteção dedicada somente aos casos de confusão.

Note-se, contudo, que esta problemática não se coloca na diretiva referente às práticas comerciais desleais, uma vez que, embora a mesma tenha um artigo com uma redação igual à do artigo 7.º, n.º 2, alínea *a)* do DLPCD, como já referimos, no seu *considerando* 6, a diretiva refere claramente que as disposições da diretiva da publicidade comparativa continuam a ter aplicabilidade, podendo assim continuar a ser usadas. Desta forma, em face da redação da diretiva, o consumidor deveria igualmente poder invocar as condições previstas no artigo 16.º do Código da Publicidade como justificação para uma comunicação com publicidade comparativa que considerassem ilícita.

Faria, desta forma, sentido, no nosso entender, que o previsto no artigo 43.º fosse corrigido, não excluindo a aplicação das condições de licitude do artigo 16.º às campanhas publicitárias comparativas que tenham como destinatário o consumidor, sob pena de este ter uma proteção menor do que outrora.

Não só está em causa a tutela do consumidor português *per se*, mas também em comparação com os consumidores dos outros Estados-membros, criando uma situação de manifesta desigualdade, ao beneficiarem de uma proteção menos ampla do que a destes últimos, indo contra a ideia de

aumentar e harmonizar a proteção dos consumidores nesta matéria, conforme previsto na diretiva.

Fora este imbróglio legislativo, parece-nos, contudo, haver uma clara vantagem para o consumidor. A classificação como uma prática comercial desleal é importante para o tutela dos seus direitos, permitindo, assim, no nosso entendimento, a aplicação do artigo 14.º decreto-lei dedicado às práticas comerciais desleais[404]. Sucessivamente, segundo o n.º 1 deste artigo, o consumidor poderá aceder a soluções como a redução do preço ou a resolução do contrato dos produtos adquiridos por efeito desta prática, a não ser que tal seja impossível ou constitua abuso de direito, conforme previsto no n.º 2 do mesmo artigo. Poderá, inclusive, haver o direito a uma indemnização nos termos gerais, conforme previsto no artigo 14.º, n.º 3 do aludido decreto-lei[405].

O Código da Publicidade, embora preveja uma série de sanções para o anunciante incumpridor, não contemplava as formas de reparação para o consumidor, embora, enquadrando-se como uma prática comercial desleal, se pudesse chegar a um semelhante resultado, no nosso ponto de vista, podendo a eventual vantagem – de o consumidor poder aceder às soluções que aludimos – ser meramente artificial.

Outra novidade é a possibilidade de se poder intentar uma ação inibitória, conforme prevista na Lei de Defesa do Consumidor[406], quanto se pretenda fazer cessar, corrigir ou prevenir uma prática comercial desleal. Tem legitimidade ativa para colocar esta ação "qualquer pessoa", onde se incluem

[404] A solução consagrada no artigo 14.º é criticada por ADELAIDE MENEZES LEITÃO, que considera que a mesma rompe com a tradição do Direito Civil, ao não prever, no que toca à anulabilidade, a questão do *dolus bonus*. Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Práticas…", *cit.*, p. 566.

[405] No mesmo sentido em relação às sanções que mencionámos, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, p. 243.

[406] A ação inibitória tem a sua previsão no artigo 10.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), cf. disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis (21/05/2025).

os consumidores e os profissionais. Contudo, para estes últimos, não basta serem concorrentes; têm de ter um interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais conforme previstas no DLPCD[407]. Presumimos que estejam igualmente incluídas as situações de publicidade comparativa ilícita previstas no aludido decreto-lei.

3.5. Aplicabilidade do regime da publicidade comparativa previsto no Código da Publicidade para os profissionais

Com a tutela diferenciada no que toca aos interesses dos profissionais e dos consumidores, há que igualmente analisar como ficam tutelados os direitos dos primeiros numa situação de comparação publicitária ilícita.

Em face do previsto, questionamos se um profissional poderá socorrer-se do artigo 16.º do Código da Publicidade para condenar um concorrente – anunciante – sobre um anúncio que utilize publicidade comparativa, mas que seja destinado aos consumidores.

Pela letra do artigo, parece-nos que não. No entanto, tal deixará de fora a maioria dos casos de publicidade comparativa, tornando o regime previsto no artigo 16.º quase como supérfluo. Afinal, existirá publicidade comparativa que não tenha como destino o mercado e, inevitavelmente, o consumidor? Parece-nos que muito dificilmente.

Se entendermos, contudo, como Ana Clara Azevedo de Amorim, que o artigo 43.º pretende referir que o artigo 16.º se aplica apenas nas relações entre profissionais[408], então aí já se poderá socorrer do artigo quando, por exemplo, uma em-

[407] Alexandre Soveral Martins, "A Transposição da Diretiva Sobre Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra : Almedina, 2011, ISBN: 9789724043203, p. 580.

[408] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual…*, *cit.*, p. 86.

presa demande outra num determinado litígio, mesmo que em causa esteja um anúncio destinado e veiculado junto dos consumidores.

Este último entendimento parece ser o que tem sido seguido pela jurisprudência nacional, que, em variadas decisões de litígios entre profissionais, como os que analisámos no capítulo 2 da parte II, continua a aplicar as condições de licitude da publicidade comparativa previstas no artigo 16.º do Código da Publicidade, mesmo quando os anúncios em causa tenham como destinatários os consumidores e não outros sujeitos que não sejam classificados como tal.

Também a jurisprudência europeia, como já referimos, tem igualmente aplicado o regime da publicidade comparativa no que toca aos anúncios que tenham como público-alvo o consumidor, conforme verificámos em variadas decisões que apresentámos no capítulo 3 da parte II.

É igualmente o que, no nosso entender, fará sentido, sob pena de inutilizar o regime previsto no artigo 16.º do Código da Publicidade. Insistimos, no entanto, que a redação prevista no artigo 43.º do mesmo código deveria ser revista, pois a mesma induz em erro. Deveria, assim, pelo menos, a dita redação versar aquele que tem sido o entendimento quer na doutrina, quer na jurisprudência.

4. Interesses dos consumidores *vs.* interesses dos profissionais: quais prevalecem no âmbito da publicidade comparativa?

A existência do regime da publicidade comparativa é justificada, na maioria das vezes, pelo interesse dos consumidores. Assim foi logo na primeira diretiva que regulou a publicidade comparativa, por exemplo, em que se apresentava como um dos principais argumentos para a licitude da publicidade comparativa a legitimação do seu caráter informati-

vo para os consumidores. É, inclusive, dado a entender que, se não fosse com o pressuposto de beneficiar o consumidor, não faria sentido permitir a comparação no ramo publicitário.

É inegável, no entanto, que outros interesses, como o dos empresários, estejam também em destaque. Como já expomos, existem diversas vantagens para estes e, naturalmente, também desvantagens.

Desta forma, questionamos: poderá estar a publicidade comparativa a ser legitimada como uma prática informativa dos consumidores, quando, na verdade, serve mais os interesses dos profissionais?

No entender de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, a União Europeia, ao aumentar as situações de harmonização máxima ou plena, como aconteceu com as diretivas referentes à publicidade comparativa ou às práticas comerciais desleais, tem em vista, principalmente, assegurar o mercado interno e incentivar o comércio entre os Estados-membros da União, indo ao encontro, sobretudo, dos interesses dos profissionais e deixando em último plano os interesses dos consumidores[409].

Concretamente em relação à diretiva dedicada às práticas comerciais desleais, SANDRA PASSINHAS afirma igualmente que, pese embora a diretiva em questão se apresente com o objetivo de combater as práticas comerciais desleais que prejudicam indiretamente os consumidores, a harmonização total tem como objetivo primordial proteger as empresas, especialmente as de pequena e média dimensão[410].

O mesmo entendimento tem JORGE MORAIS CARVALHO, que entende igualmente que a harmonização máxima é um indício de que a proteção do mercado prevalece em relação à proteção do consumidor[411].

[409] JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 67 e 68.

[410] SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, p. 118.

[411] JORGE MORAIS CARVALHO, "COVID-19 e o direito do consumo", *in Revista do Ministério Público - Número Especial COVID-19*, Sindicato dos Magistra-

Também ADELAIDE MENEZES LEITÃO entende que o Direito do Consumo tem evoluído num sentido de proteger mais os profissionais, vistos como o elo mais forte, e de desproteger mais os consumidores, visto como o elo mais fraco da relação[412].

NOGUEIRA SERENS entende que a *ratio* da proibição da publicidade enganosa é o da proteção dos interesses dos empresários e que a proteção dos consumidores que dela advém é meramente um reflexo da necessidade de proteção dos interesses dos primeiros[413]. No fundo, entende o autor que o legislador legisla em matéria de publicidade com base no que foi decidido pelos comerciantes e industriais[414], referindo depois aos consumidores que tal legislação foi redigida no seu interesse e imposta aos empresários, quando, na verdade, os últimos foram parte no processo de criação legislativa[415].

Por exemplo, em relação aos atos de confusão e de descrédito, proibidos para a licitude da publicidade comparativa, o autor refere que estes afetam mais os empresários do que os consumidores, por serem principalmente atos de concorrência que prejudicam quase sempre os primeiros e nem sempre os segundos. Segundo o autor, o ato desleal em questão pode acabar por providenciar ao consumidor um produto ou serviço que lhe seja mais vantajoso, mesmo que

dos do Ministério Público, 2020, ISBN: 9786120009673, p. 289, disponível em: https://jorgemoraiscarvalho.com/wp-content/uploads/2020/06/2020-Covid-19-e-Direito-do-Consumo.pdf (08/05/2025).

412 ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito do Consumo*, Lisboa : AAFDL Editora, 2022, p. 50.

413 MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Coimbra : Edições Almedina, novembro de 2007, pp. 532-534 e 867.

414 Como o caso do Código Internacional de Práticas Leais em Matéria de Publicidade, aprovado no Congresso de Berlim de 1934, realizado pela Câmara do Comércio Internacional. Cf. M. NOGUEIRA SERENS, "A Proibição…", *cit.*, p. 34.

415 M. NOGUEIRA SERENS, "A Proibição…", *cit.*, pp. 34 e 35.

tal decisão tenha sido baseada numa falsa comparação[416]. Diferente será para o concorrente alvo de uma campanha de publicidade comparativa ilícita deste tipo, que poderá perder clientela[417], tendo por isso um maior interesse em que a sua posição seja tutelada.

Este raciocínio parece-nos fazer sentido. Um consumidor poderá ser prejudicado por um ato de publicidade comparativa ao fazer uma determinada compra baseada num falso pressuposto. Contudo, um concorrente alvo de um anúncio publicitário comparativo que, na realidade, não corresponde à verdade, poderá enfrentar variadas consequências de teor económico ou financeiro, em virtude, precisamente, da perda de clientes para o produto ou serviço concorrente, sem falar no descrédito enquanto marca, entre outras desvantagens já mencionadas oportunamente. Neste sentido, o prejuízo que sofrerá será eventualmente maior do que o prejuízo sofrido por um consumidor. Ser-lhe-á, assim, mais urgente um remédio que corrija tal anomalia do que ao consumidor, com uma perda económica que se adivinha menos danosa e numerosa.

Se atentarmos ao atual regime em vigor em Portugal, que exclui a proteção dos consumidores do artigo 16.º do Código da Publicidade, então, realmente, parece haver uma admissão do legislador português de que tal regime, transposto para o nosso ordenamento jurídico com o entendimento de beneficiar o consumidor, é na verdade mais útil aos profissionais, bastando para os consumidores a aplicação do decreto-lei das práticas comerciais desleais como forma suficiente de tutela dos seus direitos e interesses. Como já vimos, contudo, esse não é o paradigma europeu, incluindo das diretivas,

[416] *Idem*, p. 27.
[417] *Idem*, p. 28.

que não excluem a aplicação das condições do referido artigo 16.º por parte dos consumidores.

Assim, tendo por base estas variáveis, entendemos que o regime da publicidade comparativa acaba por servir mais a proteção do interesse dos profissionais do que dos consumidores, ao contrário do que é dado a entender com o propósito da sua regulação, e, cremos, até faz sentido que o seja. É verdade que o consumidor, enquanto destinatário do anúncio, acaba por ser uma vítima de uma campanha falseada. Contudo, o profissional que é mencionado na campanha também não deixa de o ser e, na maioria das situações, senão em todas, com consequências mais gravosas.

A criação de diretivas de harmonização total nesta matéria que, pese embora se apresentem como protetivas dos interesses dos consumidores, mas que, na verdade, protegem mais os profissionais, como é, de resto, a opinião dos diversos autores que citámos, é igualmente um sinal da posição que defendemos.

No fundo, os profissionais acabam por beneficiar mais de uma proteção que foi justificada para a proteção dos consumidores.

Este raciocínio não significa, todavia, que a proteção dos consumidores deva ser menor do que a destes, como parece o nosso legislador prever à luz da letra da lei, nem que deva ser de todo ignorada. Não significa também que, num litígio entre um consumidor e um profissional, os direitos e interesses do último devam ter sempre prevalência. Devem ambos beneficiar de regimes que tutelem os seus interesses, de forma a realçar as vantagens do regime da publicidade comparativa para ambos os grupos e de colmatar as possíveis desvantagens.

5. Síntese conclusiva

Realizado o estudo focado nos interesses dos profissionais e dos consumidores, realça-se a importância que teve a mudança da conceção da concorrência desleal para que se pudessem abarcar outros interesses no seio da publicidade além do dos próprios profissionais. Com uma maior liberdade no que toca aos instrumentos concorrenciais, os profissionais deixaram de ter uma proteção à prova de bala como outrora acontecia, para terem uma proteção mais restritiva, tendo de se sujeitar à crítica dos variados operadores de mercado.

A mudança na conceção em vigor de concorrência desleal permitiu igualmente que se tomassem em conta os interesses dos consumidores enquanto parte do mercado, deixando apenas de proteger somente os interesses dos profissionais. Deste modo, os interesses dos primeiros passaram igualmente a ser tidos em conta no campo da publicidade e, claro, na publicidade comparativa, validada como uma prática que contribui para aumentar a informação em relação aos produtos e serviços que lhe são disponibilizados, demonstrando-se, assim, como uma ferramenta de grande utilidade, sobretudo na sociedade de consumo em que vivemos, caracterizada por um enorme sortido de produtos e serviços e de um sem-número de informações e contradições.

Outras vantagens são igualmente apontadas ao uso da publicidade comparativa, quer para os consumidores, quer para os profissionais. Tantas outras desvantagens são-lhe identicamente assinaladas, se bem que várias delas contra-argumentáveis, como, de resto, demonstrámos.

A verdade é que, mesmo recusando a comparação publicitária enquanto prática lícita, tal não impedirá que os consumidores continuem a comparar os produtos ou serviços existentes no mercado, servindo a publicidade comparativa como um atalho, ao facilitar essa comparação, mas também

como um acréscimo, ao providenciar uma série de dados, nomeadamente os provenientes de testes laboratoriais, a que os consumidores não teriam facilmente acesso.

Também para os profissionais a prática se demonstra muito útil, permitindo entrar em novos mercados ou competir com maior facilidade com os maiores operadores de mercado, também eles com maiores capacidades financeiras para responder a uma campanha que restabeleça a confiança no seu sortido de venda.

No entanto, não deixamos de ignorar que a relativa desconfiança do consumidor em relação à publicidade comparativa, havendo quem tenha a perceção de que não é uma prática legítima, poderá levar a que muitos profissionais receiem adotar a publicidade comparativa, temendo ficar malvistos perante o público. Também o receio de represálias por parte dos concorrentes e das suas respetivas consequências poderá colocar entraves à adoção de comparações publicitárias.

Tendo tal em vista, consideramos, ainda assim, que, confrontando ambas as posições, deverá prevalecer a posição favorável à existência da publicidade comparativa. E, como em qualquer situação, quando há vantagens, tem de se arcar inevitavelmente com as desvantagens.

Relativamente às alterações operadas pela transposição da diretiva relativa às práticas comerciais desleais entre consumidores e profissionais, cremos que o legislador português não foi feliz na mudança que fez. Ao pretender diferenciar a proteção dos consumidores e dos profissionais no que toca às práticas comerciais desleais, acabou por deixar, no nosso entender, os consumidores numa posição de desvantagem em relação à publicidade comparativa, ao ser-lhes vedada a aplicação do artigo 16.º do Código da Publicidade.

Poder-se-á dizer que a proteção advinda do DLPCD é suficiente para a tutela dos seus interesses. No entanto, ao excluir-se a aplicação das disposições do Código da Publicidade, poder-se-á abrir uma caixa de Pandora, que permita anúncios comparativos de teor sugestivo ou que não se apoiem em características essenciais, por exemplo, algo afastado anteriormente. Tais anúncios deixarão o consumidor numa posição mais fragilizada, no nosso entender.

Como vimos, não havia necessidade de o legislador nacional ter procedido desta forma. A diretiva relacionada com as práticas comerciais desleais não o obrigava e nem mesmo nenhum outro ordenamento jurídico excluiu a aplicação das condições de licitude da publicidade comparativa aos consumidores. Outros ordenamentos, como o alemão e o polaco, até deixaram claro que a proteção em relação a essas condições continuava em vigor, mesmo com a transposição da diretiva.

Desta forma, afigura-se necessária, com vista a uma clarificação e a não deixar o consumidor português numa situação de desvantagem em relação aos congéneres europeus nesta matéria, uma alteração do regime, de modo a permitir aos consumidores socorrerem-se das condições previstas no artigo 16.º do Código da Publicidade. Além disso, tal alteração torna-se essencial com vista a não desrespeitar o Direito da União.

Confrontados os interesses dos consumidores e dos profissionais, não deixamos de achar que os pontos de vista dos diversos autores que apresentámos, sobretudo o de NOGUEIRA SERENS, fazem sentido, ao entender que a proteção da publicidade comparativa é sobretudo a favor dos profissionais, aparecendo os consumidores apenas como um elo de justificação. Contudo, parece-nos que, se tanto os consumidores como os profissionais podem ambos beneficiar de uma prote-

ção nesta matéria, é o que importa, independentemente da forma como se chegou ao regime que tutela os seus direitos e interesses.

Conclusão

Apresentada a dissertação e reunidas as diferentes sínteses conclusivas registadas no final de cada uma das partes do trabalho, cumpre-nos apresentar uma conclusão final no sentido de validar a licitude da publicidade comparativa, conforme já previsto em sede legislativa.

A verdade é que a prática, pese embora já esteja legalizada há vários anos no nosso ordenamento jurídico, assim como noutros ordenamentos, continua a gerar algumas dúvidas em relação à sua aplicação.

A existência de um amplo regime, derivado das diretivas, com uma série de condições a cumprir, permite saber quais os limites a cumprir para que a comparação publicitária seja exercida da forma mais acertada. Por outro lado, também cria entraves à sua aplicação, deixando uma linha ténue entre o que é aceite e o que não é aceite, linha essa que facilmente é ultrapassada, como, de resto, demonstrámos nas decisões que apresentámos, tanto das entidades reguladoras, como das entidades jurisprudenciais. Tal complexidade poderá, então, ser contraproducente, desincentivando a utilização da publicidade comparativa enquanto opção publicitária.

Concluímos ainda que a definição relativamente ampla de publicidade comparativa prevista nos diplomas permite incluir outros géneros publicitários próximos no seu regime, mas também exclui outros, quando não seja possível identificar um concorrente visado por uma determinada campanha.

Constatámos também que, ao contrário do que se poderia pensar, a não existência de um regime específico de publicidade comparativa, como nos casos do Brasil, que

analisámos atentamente, ou da China, não impede a sua existência nesses mesmos países, submetendo-se as comparações publicitárias a normas de outros diplomas, como os da propriedade industrial, e aos contributos providenciados pela jurisprudência e outras entidades locais.

O número de litígios existentes na matéria mostra que a publicidade comparativa continua a não ser consensual nos operadores de mercado. Neste âmbito, parece-nos que o número de reenvios prejudiciais demonstra, como já referimos, uma dificuldade na desmistificação do previsto nas condições de licitude, o que nos leva a pensar que uma clarificação do regime, com uma vertente mais prática, poderia ser útil para facilitar quer a avaliação, quer a adoção de comparações de teor publicitário, com vista a que os diferentes operadores tivessem um maior conhecimento dos limites a cumprir.

As alterações no regime não devem, todavia, passar pela alteração que o legislador português fez aquando da última transposição e que, talvez involuntariamente, acabou por deixar o consumidor português numa posição de desvantagem face aos restantes consumidores de outros Estados-membros da União Europeia, situação essa indesejável, quando o objetivo era a uniformização do regime no espaço europeu, em prol de uma facilitação das relações comerciais e do mercado interno.

Desta forma, não tendo nós encontrado exemplo igual noutros ordenamentos, é de pensar uma alteração ao regime que, sobretudo, não exclua a aplicação das condições do artigo 16.º do Código da Publicidade à publicidade que tenha como destinatários os consumidores, alteração essa que tem sido inclusive ignorada pela jurisprudência, que continua a aplicar o artigo mesmo em relação a campanhas que

tenham como destinatários os consumidores, mas apenas nas relações entre profissionais.

A análise dos interesses em causa, quer para consumidores, quer para profissionais, levou-nos a concluir que, efetivamente, a publicidade comparativa apresenta mais vantagens para ambos do que desvantagens. Tal deve ser realçado na promoção deste tipo publicitário, de forma a combater o preconceito que ainda nos parece existir em relação ao mesmo, considerando-o alguns como ilegítimo.

Concluímos igualmente que existem alguns pontos contra a sua utilização, que poderão afastar a sua utilização. A verdade é que a publicidade apresenta um investimento avultado e uma eventual declaração de ilicitude poderá representar uma grande perda financeira. Contudo, acreditamos que tais pontos negativos podem ser ultrapassados através de uma adequada utilização do regime.

Inferimos ainda que um cenário em que a publicidade comparativa fosse proibida parece-nos completamente fora de questão face às atuais dinâmicas do mercado, parecendo-nos inclusive um cenário utópico. Mesmo que se proibisse um concorrente de mencionar o outro num âmbito de um anúncio publicitário, a verdade é que a comparação continuará inevitavelmente a existir, sobretudo através da existência de serviços através de *sites* ou através de aplicações móveis que permitem, facilmente, comparar os produtos e serviços disponíveis no mercado e as suas características, como o preço[418], o desempenho ou a qualidade. Desta forma, a proibição da publicidade comparativa, por si só, aca-

[418] Atente-se, por exemplo, na criação recente, mais concretamente em 2023, da plataforma Kabaz, que compara os preços dos produtos vendidos nos vários supermercados do país, cf. EXPRESSO, disponível em: https://expresso.pt/sociedade/2024-01-29-Nova-plataforma-vai-comparar-precos-nos-supermercados-de-todo-o-pais-para-revolucionar-a-forma-de-fazer-compras-80726b4f (30/01/2025).

baria por não ter grandes resultados práticos, já que a comparação continuaria sempre a existir por outras vias distintas.

Em suma, após todo este percurso, reforçamos, por isso, a legitimidade da utilização da publicidade comparativa como uma prática aceitável e também desejável, quer para os consumidores, quer para os concorrentes.

Bibliografia

AIELLO, Antonio, "La pubblicità comparativa in Italia: molti numeri e poca ironia", *in Consumatori, Diritti e Mercato*, n.º 2, Milão : Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2010, pp. 131-142, disponível em: http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2012/07/2010-02-la-pubblicita-comparativa-in-italia-molti-numeri-e-poca-ironia-consumatori-diritti-e-mercato-14-n532220.pdf (05/01/2025).

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *Manual de Direito da Publicidade*, 2.ª ed., Petrony Editora, 2023, ISBN: 9789726853299.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, "Publicidade Enganosa e Consumidor Médio: Estudo Sobre o Exagero Publicitário", *in Percursos & Ideias – Revista Científica do ISCET*, n.º 7, 2.ª série, 2016, pp. 5-13, disponível em: https://percursoseideias.iscet.pt/wp-content/uploads/2022/03/PI_2016_N07_SOL1.pdf (07/02/2025).

ANTUNES, José Engrácia, *Direito do Consumo*, 2.ª ed., Coimbra : Edições Almedina, 2024, ISBN: 978-989-40-2070-7.

ASCENSÃO, José Oliveira, "Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros", *in Separata da Revista da Banca*, n.º 45, janeiro/junho de 1998.

AUTERI, Paolo, "La disciplina della pubblicità", *in Diritto Industriale: Proprietà Intellettuale e Concorrenza,* 5.ª ed., Turim : G. Giappichelli Editore, 2016, ISBN: 978-88-921-0396-2, pp. 399-427.

AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/ (02/01/2025).

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Pubblicità ingannevole e comparativa: Piccola guida per la tutela del consumatore*, MAURO MASI (dir.), suplemento n.º

1 do boletim n.º 3, ano XII, Roma : Autorità garante della concorrenza e del mercato - Ufficio Documentazione e Biblioteca, 2022, disponível em: https://archiviostorico.va.camcom.it/files/tutela_reg_merc/Guida_Pubblicita_Ingannevole.pdf (05/01/2025).

BALLER, Jenna D., "The Law of Comparative Advertising in the United States and around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Clients", *in The International Lawyer*, vol. 29, n.º 4, 1995, pp. 917-944, disponível em: https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til (25/03/2025).

BERNITZ, Ulf, "The EC Directive on Comparative Advertising and its Implementation in the Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property", *in Scandivanian Studies in Law*, vol. 42, Estocolmo : Stockholm University Law Faculty, abril de 2022, pp. 11-30, disponível em: https://www.scandinavianlaw.se/pdf/42-1.pdf (23/03/2025).

BRAGA, Cristiano Prestes, "A legalidade do uso da publicidade comparativa", *in Jusbrasil*, 2015, disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-legalidade-do-uso-da-propaganda-comparativa/185531930 (14/03/2025).

BUNDESGERICHTSHOF, disponível em: https://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/homeBGH_node.html (21/03/2025).

CALDEIRA, Cristina, *A especial relação do direito da publicidade com os direitos dos consumidores*, CUNHA , Rodrigo (coord.), 1.ª ed., Lisboa : Edições IADE, 2013, ISBN: 978-989-8473-09-7.

CARREFOUR RECRUTE, disponível em: https://recrute.carrefour.fr/nos-enseignes/ (13/02/2025).

CARVALHO, Jorge Morais, "COVID-19 e o direito do consumo", *in Revista do Ministério Público - Número Especial CO-*

VID-19, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2020, ISBN: 9786120009673, pp. 285-310, disponível em: https://jorgemoraiscarvalho.com/wp-content/uploads/2020/06/2020-Covid-19-e-Direito-do-Consumo.pdf (08/05/2025).

CHAVES, Rui Moreira, *Regime jurídico da publicidade*, Coimbra : Almedina, 2005, ISBN: 972-40-2590-X.

COCHOY, Franck; CANU, Roland, "La publicité comparative, ou comment se faire justice à soi-même en passant par le droit", *in Revue française de sociologie*, vol. 47, Paris : Éditions Ophrys, 2006, pp. 81-115, disponível em: https://shs.cairn.info/revue-francaise-de-sociologie-1-2006-1-page-81?lang=fr&tab=bibliographie (21/03/2025).

COMISSION SUISSE POR LA LOYAUTÉ, disponível em: https://www.faire-werbung.ch/fr/ (16/04/2025).

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAÇÃO PUBLICITÁRIA, disponível em: http://www.conar.org.br/ (14/03/2025).

COSTA, Andreia Rodrigues, *O regime jurídico da publicidade enganosa: a (des)proteção dos consumidores?*, Porto : Universidade Católica Portuguesa, novembro de 2014, disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17263/1/201490463.pdf (31/03/2025).

DECO PROTESTE, disponível em: https://www.deco.proteste.pt/info/os-nossos-servicos/quem-somos (15/04/2025).

DOUGNAC, Colombe, "Les conditions juridiques de la mise en place d'une publicité comparative", *in Village Justice*, 2024, disponível em: https://www.village-justice.com/articles/les-conditions-juridiques-mise-place-une-publicite-comparative,50453.html (21/03/2025).

ÉQUIPE CABF, *La différence entre supermarché et hypermarché*, *in* https://www.cabf.eu/difference-entre-supermarche-et-hypermarche (13/02/2025).

EQUIVALENZA, disponível em: https://equivalenza.com/pt/quem-somos/ (13/01/2025).

EXPRESSO, disponível em: https://expresso.pt/sociedade/2024-01-29-Nova-plataforma-vai-comparar-precos--nos-supermercados-de-todo-o-pais-para-revolucionar--a-forma-de-fazer-compras-80726b4f (30/01/2025).

FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos, *Estudios de derecho de la publicidade: Homenaxe da Faculdade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra*, Santiago de Compostela : Servicio de Publicacións e Intercambio Centifico da Universidade de Santiago de Compostela, 1989.

GARCÍA-MIJÁN, Manuel Lobato, "Artículo 10. Actos de comparación", *in Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29 / 2009*, BEATRIZ PATIÑO ALVES (coord.), Barcelona : Editorial Bosch, 2012, ISBN: 978-84-9790-978-5, pp. 227-235.

GREWAL, DHRUV; KAVANOOR, SUKUMAR, *et al.*, "Comparative versus Noncomparative Advertising: A Meta-Analysis", *in Journal of Marketing*, volume 61, n.º 4, outubro de 1997, pp. 1-15, disponível em: https://doi.org/10.1177/002224299706100401 (07/03/2025).

GROUPMENT MOUSQUETAIRES, disponível em: https://www.mousquetaires.com/nos-enseignes/alimentaire/intermarche/ (13/02/2025).

GUTIÉRREZ SANJUÁN, Luis, *Publicidad comparativa*, polic., Las Palmas de Gran Canaria : Universidad de Las Palmas

de Gran Canaria, 2003, disponível em: http://hdl.handle.net/10553/1862 (28/01/2025).

HSIEH, Meng-Hua, *et al.*, "Comparative Advertising Research: A Review and Research Agenda", *in Cracking the Code: How Managers Can Drive Profits by Leveraging Consumer Psychology*, STEVEN S. POSAVAC (ed.), Nova Iorque : M.E. Sharpe, 2012, pp. 132-158,

disponível em: https://www.researchgate.net/publication/315476722_Comparative_Advertising_Research_A_Review_and_Research_Agenda (11/11/2025).

KILIAN, Winfried, *Vergleichende Werbung in Deutschland: Auswirkung der geplanten Richtlinie der EU*, Aachen : Shaker, 1995, ISBN 3-8265-5182-6.

INSTITUT NATIONAL DE LA CONSOMMATION, 2023, disponível em: https://www.inc-conso.fr/content/conseil-national-de-la-consommation-0 (28/05/2025).

LEGAL INFORMATION INSTITUTE OF THE CORNELL LAW SCHOOL, disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/lanham_act (31/01/2025).

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito do Consumo*, Lisboa : AAFDL Editora, 2022.

LEITÃO, Adelaide Menezes, "Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra : Almedina, 2011, ISBN: 9789724043203, pp. 549-567.

LEITÃO, Adelaide Menezes, "Publicidade comparativa e concorrência desleal", *in Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, MIRANDA, Jorge, *et al.* (coord.), vol. I, Coimbra : Edições Almedina, 2005, pp. 845-872.

LEITÃO, Adelaide Menezes, "Publicidade e tutela do consumidor", *in Revista de Direito Público do Rio Grande do Sul*, n.º 69, Porto Alegre : Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2011, pp. 229-247, disponível em: https://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf (08/05/2025).

LEMA DEVESA, Carlos, "La pubblicità comparativa nell'Unione Europea", *in Revista di Diritto Industriale*, GIUSEPPE SENA, VINCENZO FRANCESCHELLI (ed.), Milão : Guiffrè Editore, vol. 1, ano LXIII, 2014, ISSN: 0035-614X, pp. 5-20.

LI, Celia Y, *et al.*, "Playing with fire: the risks and rewards of comparative advertising in China", *in World Trademark Review*, dezembro/janeiro de 2010, p. 56, disponível em: file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/padvertisingp%20(1).pdf (25/03/2025).

MARTINS, Alexandre Soveral, "A Transposição da Diretiva Sobre Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra : Almedina, 2011, ISBN: 9789724043203, pp. 569-585.

MAYER, Vinícius Lopes, *A publicidade comparativa em Portugal e no Brasil*, Lisboa : Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, p. 209, disponível em: https://repositorio.ulisboa.pt/bitstream/10451/50560/1/ulfd0149624_tese.pdf (14/03/2025).

MORIN, Geneviève, "Avantages et dangers de la publicité comparative», *in Problèmes economiques*, n.º 2247, Paris : La Documentation Française, 30 de outubro de 1991, ISSN: 0032-9304, pp. 1-5.

MOTTET, Annick; BRUYNDONCKX, Bastiaan; *et al.*, "Law and Practice", *in Advertising & Marketing 2021*, Bruxelas : Lyd-

ian, p. 12, disponível em: https://www.lydian.be/sites/default/files/files/2021-10/Chambers%20Advertising%20%26%20Marketing%202021%20Global%20Practice%20Guide.pdf (26/03/2025).

NETO, Rogério Gomes, *Propaganda comparativa no Brasil: um estudo exploratório*, 2020, p. 3, disponível em: https://portalintercom.org.br/anais/nacional2021/resumos/dt-2-pp/rogerio-gomes-neto.pdf (14/03/2025).

PASSINHAS, Sandra, "A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor", *in Estudos do Direito do Consumidor – Actas do Colóquio das Práticas Comerciais Desleais*, Coimbra : Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ISSN: 1646-0375, dezembro de 2017, pp. 107-211, disponível em: https://www.fd.uc.pt/~sandrap/pdfs/artigo_EDC13.pdf (11/05/2025).

PAUWELS, Lauranne, *Le droit de la concurrence et le droit de la publicité comparative au regard des notions d'»entreprise» et de «substituabilité»*, Louvain : Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2015, p. 25, disponível em: http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:3527 (21/03/2025).

PEDREIRA SAN JURGO, María Ángeles, *La Publicidad Comparativa*, polic., Vigo : Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo – Universidade de Vigo, 2018, disponível em: https://www.academia.edu/39695266/LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA_MAR%C3%8DA_%C3%81NGELES_PEDREIRA_SAN_JURGO_TUTOR_A_ANXO_TATO_PLAZA_CURSO_CUARTO_CONVOCATORIA_PRIMERA (28/01/2025).

PEREIRA, Alexandre L. Dias, "Publicidade comparativa, em especial na Internet", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 13, Coimbra : Centro do Direito do Consumo da Fa-

culdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 35-56.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias, "Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra : Centro de Direito do Consumo, 2005, disponível em: https://estudogeralíneauc.pt/handle/10316/28796 (07/01/2025).

PHUNG, Phuong, *Comparative advertising – a deadly marketing tactic in the competion*, Seinäjoki (Finlândia) : Seinäjoki University of Applied Sciences, 2019, p. 19, disponível em: https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/227567/THESIS_%20Comparative%20Advertising%20-%20deadly%20marketing%20tactic%20in%20the%20competion.pdf?sequence=2&isAllowed=y (11/11/2024).

PINTO, Paulo Mota, *Direito da publicidade*, Coimbra : Instituto Jurídico da Comunicação, 1999, p. 103.

PLUTTE, Niklas, "Vergleichende Werbung: Rechtliche Übersicht mit Tipps & Beispielen", *in Kanzlei Putte*, disponível em: https://www.ra-plutte.de/vergleichende-werbung/ (05/12/2024).

POLO, Giulia, *Pubblicità comparativa: verso il successo o in tribunale?*, 2022, disponível em: https://www.smartalks.it/blog/marketing/pubblicita-comparativa-successo-tribunale/ (05/01/2025).

RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio, "Artículo 20. Prácticas engañosas por confusión para los consumidores", *in Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29 / 2009*, BEATRIZ PATIÑO ALVES (coord.), Barcelona : Editorial Bosch, 2012, ISBN: 978-84-9790-978-5, pp. 273-303.

RODRÍGUEZ, Silvana Newman, "La protección de los competidores en Europa: Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (versión codificada)", *in Scientia Ivridica – Revista de direito comparado portugués e brasileiro*, tomo LX, n.º 325, Braga : Universidade do Minho (Escola de Direito), janeiro/abril de 2011, ISSN: 0870-8185, pp. 7-35.

ROMANO, Charlotte J., "Comparative advertising in the United States and in France", *in Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 25, n.º 2 inverno, 2005, pp. 371-414, disponível em:

https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1603&context=njilb (21/03/2025).

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Coimbra : Edições Almedina, novembro de 2007.

SERENS, M. Nogueira, "A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?", *in Separata do Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXXVIII, Coimbra : Universidade de Coimbra, 1994.

STILLONE, Eleonora, *Pubblicità comparativa: nascita ed evoluzione della disciplina,* Roma : Luiss – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 2018/2019, disponível em: https://tesi.luiss.it/25434/1/207921_STILLONE_ELEONORA.pdf (05/01/2025).

SILVA, Catarina Pais; LOUREIRO, João M., *Código da Publicidade Anotado e Legislação Complementar*, 2.ª ed., Maisimagem – Comunicação Global, 2005, ISBN: 972-98898-9-9.

TATO PLAZA, Anxo, *La publicidad comparativa*, Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, ISBN: 84-7248-320-7.

TORRES, Eduardo Cintra, *História da Publicidade em Portugal – Com Estudo de Caso do Grupo CUF*, 1.ª ed., Cascais : Princípia, 2023, ISBN: 978-989-716-409-5.

WILLIAMS, Kaylene C.; PAGE, Robert A. Jr., "Comparative advertising as a competitive tool", *in Journal of Marketing Development and Competitiveness*, Estados Unidos da América, 2013, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266733337_Comparative_Advertising_as_a_Competitive_Tool (07/03/2025).

JURISPRUDÊNCIA

DECISÕES DA AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA:

Processo n.º 2J/2019, de 26 de fevereiro de 2019, da 2.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/2j-2019-danone-portugal-sa-vs-lactogal-prod-alimentares-sa/ (08/11/2024).

Processo n.º 14J/2016, de 3 de novembro de 2016, da 2.ª secção do Júri de Ética do ICAP, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/14j-2016-reckitt-benckiser-vs-procter-gamble/ (11/11/2024).

Recurso de 30 de novembro de 2016, referente ao processo n.º 14J/2016, disponível em: HTTPS://AUTO-REGULACAOPUBLICITARIA.PT/14J-2016-RECURSO-PROCTER-GAMBLE-PORTUGALL-VS-RECKITT-BENCKISER/ (11/01/2024).

Processo n.º 5J/2022, de 21 de setembro de 2022, da 1.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/consulta-5j2022-lidl-cia-vs-pingo-doce-distribuicao-alimentar-sa/ (14/11/2025).

Processo n.º 1J/2021, de 15 de junho de 2021, da 1.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/consulta-1j2021-olx-portugal-vs-banco-credibom/ (28/02/2025).

Processo n.º 4J/2018, de 30 de junho de 2018, da 2.ª secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/4j-2018-transportes-aereos-portugueses-sa-vs-skycop-uab/ (28/02/2025).

Acórdãos dos tribunais nacionais:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de maio de 2015, processo n.º 281/14.2YHLSB-A.L1-6, relatado por Tomé Almeida Ramião, disponível em DGSI:

https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/87C5265BC90CFCD180257E51004939B9 (28/10/2024).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2020, processo n.º 61/16.0YRLSB.L1.S1, relatado por Oliveira Abreu, disponível em: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cacb16bc2c5d122c80258637000371bb?OpenDocument&Highlight=0,61%2F16.0YRLSB.L1.S1 (28/10/2024).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2017, processo n.º 4594/05.6TVLSB.L1.S1, relatado por Távora Victor, disponível em: https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0c6c-

71c31179e272802581aa005424b1?OpenDocument (21/02/2025).

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia:

Acórdão da 5.ª secção, de 25 de outubro de 2001, referente ao processo n.º C-112-99, derivado de um pedido de decisão prejudicial por parte do tribunal alemão Landgericht Düsseldorf, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0112 (17/11/2024).

Acórdão de 8 de abril de 2003, referente ao processo n.º C-44/01, derivado de um pedido de decisão prejudicial por parte do tribunal austríaco Oberster Gerichtshof, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0044 (18/11/2024).

Acórdão da 2.ª secção, de 8 de fevereiro de 2017, referente ao processo n.º C-562-15, derivado de um pedido de decisão prejudicial por parte do *Cour d'appel* (Tribunal de Recurso) de Paris, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0562 (13/02/2025).

Acórdão da 8.ª secção, de 13 de março de 2014, referente ao processo n.º C-5213, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do *Consiglio di Stato*, de Itália, disponível em: HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=&DOCID=149136&PAGEINDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=1043484 (14/02/2025).

Acórdão da 4.ª secção, de 18 de novembro de 2010, referente ao processo n.º C-159/09, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do *Tribunal de Commerce* (Juízo de Comércio) de Bruges, em França, disponível

em: HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=&DOCID=83843&PAGEINDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=1099336 (14/02/2025).

Acórdão da 1.ª secção, de 12 de junho de 2008, referente ao processo n.º C-533/06, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do Tribunal de Recurso em matéria cível de Inglaterra e do País de Gales (*Court of Appeal [Civil Division]*), disponível em: HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF;JSESSIONID=E833EEF7C51CC9AC5B49906AA75ECDD7?TEXT=&DOCID=69019&PAGEINDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=2357006 (17/02/2025).

Acórdão da 1.ª secção, de 18 de junho de 2009, referente ao processo n.º C-487/07, derivado de um pedido de reenvio prejudicial por parte do Tribunal de Recurso em matéria cível de Inglaterra e do País de Gales (*Court of Appeal [Civil Division]*), disponível em: HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=%2522PUBLICIDADE%2BCOMPARATIVA%2522&DOCID=75459&PAGEINDEX=0&DOCLANG=PT&MODE=REQ&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=3917193#CTX1 (21/02/2025).

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NO SETOR DA SAÚDE: A PUBLICIDADE ENGANOSA E AGRESSIVA*

Patrícia Teixeira Fonseca

Resumo

Vivemos numa sociedade marcadamente consumista, em que o profissional procura persuadir o consumidor a adquirir os bens e serviços por ele comercializados mediante criativas e ardilosas técnicas persuasivas. A publicidade, enquanto poderoso instrumento de mobilização e de difusão de informação não é exceção à regra, sendo esse o motivo pelo qual se tem verificado, ao longo dos anos, uma crescente regulamentação de tal prática comercial.

Acontece que, quando o tema é a publicidade no setor da saúde, porque o destinatário da mesma é o utente (eventualmente afeto por uma qualquer doença que o torna mais vulnerável e, por isso, manipulável), o cuidado a ter na informação veiculada em tal publicidade deve ser acrescido.

* Investigação realizada no âmbito da unidade curricular de Direito do Consumidor, do Mestrado em Ciências Civilísticas, com menção em Direito Civil, sob a regência da Professora Sandra Passinhas.

Porque se sentiu necessidade de tutelar mais fortemente o consumidor-utente, procedeu-se à elaboração do regime das práticas de publicidade em saúde que irá ser objeto de análise na presente pesquisa.

Porém, para melhor compreendermos tal regime, faremos, antes, uma breve, mas indispensável referência a determinados aspetos do regime geral das práticas de publicidade em saúde. Só depois mergulharemos, em profundidade, no estudo do regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde, contemplado no Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro.

PALAVRAS-CHAVE

consumidor, prática comercial desleal, profissional, publicidade, publicidade em saúde, regime das práticas comerciais desleais, regime das práticas de publicidade em saúde, utente, utilizador.

PARTE I — O REGIME DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

Na atual sociedade de consumo em que a relação entre o consumidor e o comerciante se caracteriza pela sua assimetria — nomeadamente ao nível da informação —, a necessidade de proceder à criação de mecanismos que confiram ao consumidor tutela adequada e eficaz tornou-se cada vez mais premente[1] e, como nos diz MENEZES LEITÃO, "[u]m dos vectores essenciais para a tutela do consumidor consiste na sua defesa contra práticas comerciais desleais e agressivas (…)"[2].

[1] Nas eloquentes palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Comunicação e Defesa do Consumidor - Conclusões do Congresso", in *Instituto Jurídico da Comunicação*, (FDUC), Coimbra, 1996, pp. 489 a 492, "[a] liberdade de escolha [do consumidor] é viciada por técnicas subtis e ardilosas de persuasão. (…) Em vez da "mão invisível" que tudo harmonizaria, num optimista mercado de "felicidade", apela-se agora à mão visível de um Estado intervencionista, que impeça abusos, corrija desequilíbrios, reponha uma nostálgica igualdade perdida, promova a justiça e realize, em último termo, a utopia de um mundo perfeito. Estado responde a este apelo, assume-o como "incumbência prioritária" da sua acção e confere dignidade constitucional aos direitos dos consumidores. Incentiva o próprio movimento associativo." E continua o ilustre jurista: "[n]uma palavra, o Estado intervém, invade um sem número de domínios [de entre os quais, como refere, *a* disciplina da publicidade; a defesa da concorrência, preocupando-se, ainda, com a saúde e a segurança das pessoas] com a preocupação de corresponder, em sede legislativa, ao imperativo político, social e jurídico de defesa do consumidor. Pretendemos ir mais longe e afirmar, ou ao menos sugerir, que a defesa do consumidor é, ela própria, um problema de comunicação, porque, no fundo, de problema de relacionamento humano se trata. (…) Comunicar é conviver, é estar em comunidade, é a "vida com os outros", em que todos participamos. O consumidor-leitor, o consumidor-ouvinte, o consumidor-espectador, o consumidor-utente de bens e serviços, o consumidor parte de uma relação contratual, numa palavra, o consumidor-destinatário ou receptor de um acto de comunicação, qualquer que seja a forma por que este ato se estabelece, o meio que utiliza, a linguagem ou código de que se serve ou a mensagem que veicula, aspira a que o seu relacionamento com o outro seja perfeito, isento de vícios e de abusos, prática concreta seja superada a descrença, o conformismo e a resignação, e possa, enfim, sorrir a esperança."

[2] MENEZES LEITÃO, "A Proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Coimbra, 2003, p. 164.

Tendo esta (crucial) ideia assente, comecemos a presente investigação com uma breve análise do regime das práticas comerciais desleais (RPCD).

1. Um breve enquadramento: o Decreto-lei nº 57/2008

O Decreto-lei nº 57/2008 estabelece o regime das práticas comerciais desleais (RPCD), tratando-se de um diploma que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 2005/29/CE[3], diretiva esta de harmonização total ou máxima (delimitando, por isso, fortemente a soberania e discricionariedade dos Estados-membros nesta matéria)[4].

[3] Sobre a transposição da mesma v. Alexandre Soveral Martins, "A transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março", in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, em José Lebre de Freitas et al. (org.), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 569 a 585.

[4] Sobre os motivos que estiveram na base da criação de legislação europeia uniformizadora da presente matéria v. Sandra Passinhas, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor", in *Estudos do Direito do Consumidor*, nº13 (2017)., pp. 114-115, que nos diz o seguinte: "[a] adoção da Diretiva exigiu, pois, a alegação da existência de obstáculos ao movimento transfronteiriço dos bens e serviços, *id est*, ao funcionamento do mercado interno, e de que o estabelecimento de um regime uniformizador seria a única maneira de os ultrapassar". Um dos obstáculos na circulação de bens e serviços dentro da União Europeia resultava, precisamente, da diferente regulamentação entre os Estados-membros em matéria de práticas comerciais nas relações com consumidores (B2C). É esta a ideia que, inclusivamente, resulta do Considerando 3 da Diretiva: "[a]s legislações dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais apresentam diferenças de relevo, que podem provocar distorções sensíveis de concorrência e criar obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno." Depois, o Considerando 5 conclui pela necessidade de eliminação de tais obstáculos mediante a adoção de regras uniformes na presente matéria, necessidade essa concretizada precisamente mediante a adoção da Diretiva 2005/29/CE. Os Estados-membro com um baixo nível de proteção do consumidor tiveram de o elevar de modo a satisfazer as exigências da Diretiva os que apresentavam um elevado nível de proteção e outros que, perante a fixação de um patamar máximo de proteção, viram-se obrigados a reduzi-lo até ao patamar imposto pela União Europeia.

1.1. Âmbito de aplicação (objetivo e subjetivo)

Resulta do art. 1.º, nº 1 do DL nº 57/2008 (e apesar da extensão do âmbito de aplicação efetuada pelo nº 2), que o mesmo se aplica às práticas comerciais desleais das empresas (âmbito de aplicação objetivo) nas relações com os consumidores (âmbito de aplicação subjetivo).

Aliás, o próprio preâmbulo do presente diploma estatui que o mesmo se aplica "(…) às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que *prejudicam directamente os interesses económicos dos consumidores* e indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos (…)."[5-6].

A definição de consumidor e de profissional resulta da al. a) e b) do mesmo artigo, respetivamente[7], ao passo que a noção de prática comercial se encontra prevista no art. 3.º, al. d), consistindo em "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 consu-

[5] Sublinhado nosso.

[6] De igual modo, esclarece SANDRA PASSINHAS, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor", *cit.*, p. 118-119, que a Diretiva 2005/29/CE "apresenta-se como aproximando as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, *que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores* e consequentemente prejudicam indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos, isto é, daqueles que cumprem as regras legais".

[7] Esclarece o art. 3.º que se entende por "a) «Consumidor» qualquer pessoa *singular* que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;" e "b) «Profissional» qualquer pessoa singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional.".

midor" [8-9]. Isto é relevante, pois, o grande foco da presente pesquisa prende-se com a tão conhecida publicidade enganosa e agressiva.

1.2. A QUALIFICAÇÃO DE PRÁTICAS COMERCIAIS COMO DESLEAIS: OS 3 NÍVEIS DE PROTEÇÃO CONSAGRADOS

Tendo por base a ideia de que o presente decreto-lei se aplica nas relações entre profissionais e consumidores (B2C) e considerando aquilo em que consiste uma prática comercial, surge a questão de saber quando é que uma tal prática pode ser considerada desleal.

O RPCD estabelece uma proibição genérica das práticas comerciais desleais no seu art. 4.º, fornecendo, no art. 5.º, nº 1 um conceito de deslealdade. Deste modo, considera-se prática comercial desleal "qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional (i), que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço (ii)". Ou seja, para determinar se uma qualquer prática comercial é desleal ao abrigo desta cláusula geral teríamos de averiguar, no caso concreto, se se verificam os 2 requisitos contemplados no art. 5.º, nº 1[10]. E, note-se, que o caráter leal ou desleal das prá-

[8] Sublinhado nosso.

[9] Nas palavras de MENEZES LEITÃO, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", in *Revista da Ordem dos Advogados* (2011), p. 425 "Trata-se de uma definição manifestamente abrangente, que permite incluir toda e qualquer conduta do profissional praticada nos preliminares ou na formação de negócios de consumo e com estes relacionados." No entanto, e tal como observa JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do consumo,* 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 142, trata-se de uma noção "limitada pela exigência de uma *relação direta* com um bem ou serviço (…).".

[10] Quanto primeiro requisito, o conceito de diligência profissional encontra-se contemplado no art. 3.º, al h). Já a "distorção substancial do comportamento económico do consumidor" ocorre quando este veja sensivelmente prejudicada a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida, honrando,

ticas comerciais é aferido por referência ao "(...) consumidor médio, ou ao membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.", de modo que tal juízo seja feito com a maior isenção e objetividade possível (cfr. nº 2 do art. 5.º do DL nº 57/2008[11-12]). Este é o primeiro nível de proteção consagrado pelo legislador no RPCD.

por isso, uma decisão de transação que não teria tomado (cfr. o art. 3.º, al. e)) ou que — numa interpretação conforme à diretiva — teria tomado de outro modo. A noção de decisão de transação, por sua vez, encontra-se plasmada no art. 3.º, al k). Para uma um maior desenvolvimento acerca destes requisitos, continuar lendo MENEZES LEITÃO, *ob cit.,* pp. 426-427, sendo igualmente importante consultar SANDRA PASSINHAS, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor", *cit,* pp. 162-164 de modo a compreender o que pretendemos significar com "uma interpretação conforme à Diretiva" do conceito de «Distorção substancial do comportamento económico do consumidor».

[11] É de notar que, quando falamos em consumidor médio referimo-nos ao consumidor *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido*, tomando por referência a noção estabelecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia**.** MENEZES LEITÃO, *ob cit.,* p. 427 elucida que uma das críticas que mais fortemente é dirigida à utilização do critério de utilizador médio consiste no facto de que, deste modo, se permite aos comerciantes aproveitarem-se da ingenuidade ou credulidade de alguns consumidores.

Para maiores desenvolvimentos jurisprudenciais na matéria cf. Sandra Passinhas, *ob cit.,* pp. 164-169 e, sobre as as dificuldades que o conceito suscita, *v.* SANDRA PASSINHAS, *The Protection of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?,* tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário Europeu, 2010, págs. 202 e ss, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf;sequence=2.

[12] Considera JORGE MORAIS CARVALHO, *ob cit.*, p. 142 o seguinte: se a suscetibilidade de determinada prática comercial distorcer o comportamento económico do consumidor se afere por referência ao "consumidor médio", então, concluindo-se que determinada prática comercial é suscetível de distorcer o comportamento de consumidores particularmente vulneráveis nos termos do art. 6.º, al a), ela deverá ser sempre considerada desleal. É de notar, todavia, que tal como nos diz SANDRA PASSINHAS, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor", *cit.,* p. 170, "[o] padrão do consumidor vulnerável exige quer que o grupo seja perfeitamente identificável, quer que o profissional o pudesse razoavelmente ter previsto". Assim, embora se continue a falar em consumidor médio e em consumidores vulneráveis, para aferir da deslealdade de determinada

Depois, além desta proibição geral de práticas comerciais desleais, o legislador prevê, nos arts. 7.º, 9.º e 10.º, práticas comerciais que, comummente, são consideradas enganosas, tendo feito o mesmo, no art. 11.º, para as práticas comerciais agressivas. Encontramos consagrado, nestes preceitos, o segundo nível de proteção do consumidor contra práticas comerciais desleais sendo, agora, necessário (à luz dos mesmos) provar o engano ou a agressão — respetivamente —, juntamente com a distorção ou suscetibilidade de distorção do comportamento económico do consumidor.

Porém, se bem repararmos já não se exige a prova de que tal prática comercial traduz uma falta de diligência profissional por parte do comerciante. Significa isto que determinadas práticas comerciais podem ser consideradas desleais, independentemente dessa eventual falta de diligência profissional (i.e., desde que suscetíveis de induzir em erro ou de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor e de conduzir o mesmo a tomar uma decisão de transação que não teria tomado ou que teria tomado de outro modo).

Mas não ficamos por aqui. O legislador português, em transposição do Anexo I da Diretiva 2005/29/CE[13], consagrou, ainda, de forma exaustiva um conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância (enganosas, no art 8.º, e agressivas, no art. 12.º). Se assim é,

prática comercial deve ter-se por referência o consumidor médio, até mesmo se for o consumidor médio de um grupo vulnerável.

[13] Sobre as possíveis críticas dirigidas a esta "lista negra" de práticas comerciais enganosas em qualquer circunstância instituída pela Diretiva 2005/29/CE no seu Anexo I v., por exemplo, SANDRA PASSINHAS, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor", *cit.,* p. 134-135, bem como JORGE PEGADO LIZ, "A 'lealdade' no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE), in *RODC,* nº 44 (dezembro 2005), p. 84, que critica o seu caráter taxativo, considerando que se deveria tratar de uma lista "cinzenta".

verificando-se um dos cenários taxativamente previstos no art. 8.º, ou no art. 12.º, nada mais é preciso provar. Torna-se, inclusivamente, desnecessário averiguar — além do erro ou agressão — se a prática comercial em causa provocou ou era suscetível de provocar a distorção do comportamento económico do consumidor levando-o a tomar uma decisão de transação que, de outro modo (i.e., sem a ocorrência da prática comercial desleal), não teria tomado, ou teria tomado noutros termos. As práticas comerciais consideradas enganosas em qualquer circunstância correspondem, portanto, ao terceiro nível de proteção conferida ao consumidor.

Precisamente porque não é necessária qualquer análise posterior à verificação de uma das práticas consideradas proibidas à luz da "lista negra", é que, perante a suspeita de que determinada prática comercial é desleal, deve-se começar por consultar os artigos 8.º e 12.º do RPCD. Não obtendo sucesso na consulta do elenco das práticas comerciais desleais em qualquer circunstância, parece lógico que se deve procurar aferir a respetiva ilegalidade da prática comercial com base no segundo nível de proteção (pois, embora se tenha de provar o erro ou agressão juntamente com a distorção substancial do comportamento económico do consumidor, como mencionámos, não é necessário provar a falta de diligência profissional do comerciante). Se ainda assim não tiver sido possível concluir pela deslealdade da prática comercial em causa com tal análise, então, nada mais resta senão procurar demonstrar essa mesma deslealdade ao abrigo da proibição genérica do art. 4.º[14].

[14] Seguimos a explicação de SANDRA PASSINHAS, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor, *cit.*, pp. 132-133, relativa à Diretiva 2005/29/CE, mas, agora, aplicada ao Decreto-lei que a transpõe para o ordenamento jurídico interno: "(...) as cláusulas concretizadoras podem ir além do escopo da cláusula geral, porquanto estas últimas não requerem que a prática concreta seja contrária às exigências relativas à diligência profissional, o que é automaticamente

PARTE II — AS PRÁTICAS DE PUBLICIDADE EM SAÚDE

Pode parecer algo estranha a opção de começar a nossa investigação por este "sobrevoar" do regime das práticas comerciais desleais. Não obstante, fizemos questão de iniciar o presente trabalho analisando muito brevemente certos aspetos de tal regime (que, como vimos, engloba a publicidade) em vista a alcançarmos um melhor entendimento quanto a determinados aspetos essenciais do Decreto-lei nº 238/2015, de 14 de outubro, relativo à publicidade em saúde.

Inclusivamente, fizemos menção ao facto de o RPCD se aplicar às práticas comerciais desleais praticadas por profissionais que prejudiquem os *interesses económicos dos consumidores* (o propósito do regime consiste na proteção desse mesmo interesse). Vejamos, agora, qual o intuito do legislador ao consagrar no ordenamento jurídico português, em especial, um regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde, bem como o seu âmbito de aplicação, que princípios jurídicos são, por ele, consagrados, e que práticas publicitárias proíbe. Ademais, analisaremos que diferenças (e semelhanças) encontramos quando comparado com o RPCD.

presumido. Assim, certas práticas enganosas ou agressivas podem cair numa das cláusulas concretizadoras e também não serem desleais à luz do critério geral da deslealdade, por não se ter provado que o profissional violou as exigências de diligência profissional." (…) "Assim sendo, em virtude da não verificação de uma relação de concretização entre a cláusula geral e as restantes disposições da Diretiva, é de esperar, na prática, que o intérprete consulte, em primeiro lugar a lista negra, porque nesta situação a prática comercial aí subsumida será considerada desleal sem necessidade de qualquer análise posterior. No caso de a prática não se encontrar elencada na proibição geral do Anexo I, cabe verificar se pode ser qualificada como prática comercial enganosa ou agressiva, nos termos dos artigos 6.º e 7.º e 8.º e 9.º. Se a resposta for negativa, resta ainda verificar se pode ser considerada desleal de acordo com a definição constante do artigo 5.º, n.º 2, e, portanto, proibida.".

1. A INFORMAÇÃO COMO VETOR ESSENCIAL DO DIREITO À DECISÃO LIVRE E ESCLARECIDA E O PAPEL DA PUBLICIDADE

No setor da saúde, a decisão do utente relativamente à prestação de cuidados de saúde tem de ser livre, informada, esclarecida e consciente[15]. Este direito do consumidor-utente a uma decisão livre e informada relativamento aos cuidados de saúde que lhe são propostos ou aconselhados é "um requisito ético e jurídico fundamental que deve ser cumprido na relação estabelecida entre utentes, profissionais de saúde e entidades responsáveis por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde"[16]. Só assim se assegura o respeito pela dignidade humana do utente, assim como pela sua autodeterminação pessoal e liberdade de escolha.

Consequentemente, a prestação de cuidados de saúde só pode ter início, em respeito aos direitos fundamentais do utente, quando todos os elementos considerados indispensáveis a uma informada (e, portanto, livre e esclarecida) decisão lhe forem transmitidos adequadamente[17]. É o que resulta,

[15] É o que resulta do art. 156.º do Código penal (cujos bens jurídicos fundamentais que se pretende proteger são a liberdade, autodeterminação e dignidade da pessoa humana), da Base 2, nº 1, als. e) e f) da Lei de Bases da Saúde (Lei nº 95/2019, de 04 de setembro), do art. 3.º da Lei nº 15/2014, bem como do art. 5.º da CDHB (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da medicina).

[16] Citamos a ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde*, 2021, disponível em https://www.ers.pt/media/sfbd4x2h/publica%C3%A7%C3%A3o-ers_direitos-e-deveres.pdf, p. 134 [último acesso em 31.01.2025].

[17] *Ibidem*, pp. 135-137, "Nenhuma prestação de cuidados de saúde poderá ser iniciada, sem que este requisito esteja cumprido: ainda que um determinado tratamento seja aquele que a ciência e as boas práticas indiquem como o mais adequado à situação clínica concreta do utente, ainda que esse tratamento possa ser executado em conformidade com as regras científicas e técnicas aplicáveis — ou seja, de acordo com as *leges artis* […]". (…) "Este sublinhar da obrigatoriedade de informar, previamente, o utente, mais não é do que o corolário do reconhecimento do seu papel essencial

nomeadamente, do art. 157.º do Código Penal, nos termos do qual o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o *diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento*.

Neste ensejo, i.e., para efeitos de uma cabal decisão sobre o acesso a cuidados de saúde, assume particular importância a regulamentação da publicidade enquanto instrumento de informação do utente. É perante uma cada vez maior e mais variada oferta de serviços de saúde — acompanhada por uma crescente procura[18] —, e num contexto de perfecionismo e sofisticação das técnicas persuasivas utilizadas pelos profissionais na sua publicitação que se torna premente a necessidade de um maior cuidado e atenção do legislador sobre a matéria da publicidade em saúde. Assume-se como essencial que a informação difundida seja verdadeira, completa e transparente, pois só assim se garante o respeito pelo princípio da autonomia privada, ao direito à autodeterminação do utente e, consequentemente, a sua liberdade de escolha. Ademais, optando este pela prestação do cuidado de saúde, assegura-se que o consentimento do utente é livre e esclarecido.

Mas, recuemos…

na relação estabelecida com o profissional de saúde, e a concretização dos princípios fundamentais da autodeterminação e liberdade: é ao utente que compete tomar a decisão sobre a execução dos exames e tratamentos que lhe são propostos.".

[18] Tal como nos diz SANDRA PASSINHAS, num artigo do Diário as beiras, "Os consumidores procuram cada vez mais cuidar de si, recorrendo a cuidados específicos para o corpo, mente e espírito. As ciências da nutrição, da genética, e o desenvolvimento da tecnologia, também digital, têm permitido o desenvolvimento constante do mercado de produtos e serviços para a conservação e valorização da saúde, beleza e cuidado pessoal.". Disponível em Opinião: As práticas de publicidade em saúde [último acesso em 31.01.2025].

A publicidade, enquanto prática comercial, é uma forma de comunicação à qual se recorre no âmbito de uma atividade económica, e que pode ter como objetivo a promoção de bens ou serviços — com vista à respetiva comercialização —, ou a divulgação de ideias, princípios, iniciativas ou instituições (cfr. art. 3.º do Código da Publicidade).

Em concretização do imperativo constitucional constante do art. 60.º da CRP — o qual determina que *a "publicidade deve ser disciplinada por lei"*, e proíbe "*todas as formas de publicidade, oculta, indireta ou dolosa*" — *foi aprovado o Código da Publicidade*.

Não obstante, desde a entrada em vigor do mesmo, em 1990, até à atualidade tem-se verificado a aprovação de legislação especial sobre publicidade aplicável a setores de atividade específicos em ponderação dos bens jurídicos tutelados. Foi o caso do setor da saúde, no âmbito do qual a publicidade passou a ser disciplinada pelo Decreto-lei nº 238/2015, de 14 de outubro, ao consagrar o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde (RJPPS)[19].

Este regime jurídico visa "[…] acautelar os direitos e os interesses legítimos dos utentes relativos à *proteção da saúde e à segurança* dos atos e serviços, através de normas necessárias, adequadas e proporcionais ao imperativo constitucional de proteção da saúde e dos direitos dos consumidores. Nesta medida, *"toda e qualquer prática publicitária em saúde deve nortear-se pelo interesse do utente, abstendo-se de condutas que pressuponham ou criem falsas*

[19] Aliás, o próprio Decreto-lei nº 57/2008, que, entretanto, veio a entrar em vigor no ordenamento jurídico português e que estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais (incluindo a publicidade) nas relações entre profissionais e consumidores prevê no nº 3 do seu art. 2.º que o mesmo "[n]ão prejudica a aplicação de regimes mais exigentes relativos à proteção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, aos serviços financeiros ou a bens imóveis.".

necessidades de consumo." (cfr. o preâmbulo do Decreto-lei nº 238/2015)[20].

Ou seja, se bem que é verdade que qualquer pessoa singular é um potencial alvo de uma prática publicitária enquanto técnica de persuasão à adesão de determinado ato ou serviço, o que é facto é que a publicidade em saúde poderá ter alto impacto nas expectativas dos utentes — nomeadamente daqueles que se encontrem em situações de doença ou vulnerabilidade acrescida —, contribuindo, quando enganosa ou agressiva, para um uso *desnecessário ou inadequado* dos atos e serviços publicitados.

Se, como referimos, as B2C — em que as práticas comerciais desleais são reguladas pelo DL nº 57/2008 — são já caracterizadas pela sua assimetria (principalmente no que toca à informação como já mencionámos), essa mesma assimetria vê-se agravada e assume uma maior importância no setor da saúde até porque, por norma, o consumidor-utente tende a não desconfiar da informação e conhecimento transmitido por entes que atuem na área da saúde. Por isso é que, reforçamos, a informação veiculada na publicidade a atos e serviços de saúde deve pautar-se por um estrito e rigoroso respeito pelos princípios da transparência, veracidade, objetividade, rigor e completude da mensagem transmitida, de modo a obviar tal assimetria subjacente à relação entre utilizador-utente[21] e a garantir a liberdade de escolha do segundo, seja ela relativa aos cuidados de saúde propostos ou à entidade prestadora dos mesmos.

Pela relevância que a publicidade assume no que respeita à informação prestada ao utente, não poderíamos deixar de analisar, com algum pormenor, o RJPPS contemplado no

[20] Sublinhados nossos.

[21] Conceito que, como veremos, mais adiante, não engloba apenas o prestador de cuidados de saúde.

DL n.º 238/2015. Como iremos perceber, embora o presente regime jurídico, de facto, permita evitar a criação de falsas necessidades de consumo no consumidor-utente, — protegendo, assim, o seu interesse económico —, este vai mais além, pois, no setor da saúde, não é apenas tal interesse que está em jogo, mas também direitos fundamentais do destinatário da publicidade como tivemos oportunidade de aludir.

2. Âmbito de aplicação

O âmbito de aplicação do DL n.º 238/2015 vem delimitado no seu artigo 1.º, nº 1, do qual resulta que o presente diploma estabelece o regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde desenvolvidas por quaisquer intervenientes, sobre as *intervenções* dirigidas à *proteção ou manutenção da saúde* (i) ou à *prevenção e tratamento de doenças* (ii), incluindo oferta de diagnósticos e quaisquer tratamentos ou terapias, *independentemente da forma ou meios que se proponham utilizar*.

2.1. Âmbito de aplicação objetivo

No que concerne ao âmbito de aplicação objetivo do RJPPS, comecemos por determinar o que pode ser considerado prática de publicidade em saúde ao abrigo do presente decreto-lei.

A noção de «Prática de publicidade em saúde» é fornecida pelo legislador no art. 2.º, al. b), do qual podemos retirar a seguinte ideia: publicidade em saúde é qualquer forma de comunicação (i)[22], desenvolvida por um interveniente (ii),

[22] Podendo tratar-se de qualquer comunicação comercial (inclusive a televenda, a telepromoção, o patrocínio, a colocação de produto e a ajuda à produção), ou de qualquer informação — ainda que sob a aparência, designadamente, de informação editorial, técnica ou científica — junto dos utentes.

no âmbito da sua atividade económica (iii), que procure evidenciar qualquer ato, serviço, ideia, princípio, iniciativa ou instituto (iv) dirigido à prevenção/ausência de doenças (contribuindo para a manutenção de um estado de bem-estar físico ou mental) e/ou ao seu tratamento (v)[23]. No elenco de *atos, serviços, ideias, princípios, iniciativas ou institutos* incluem-se, portanto, não apenas atividades que tenham por objeto a proteção ou a manutenção da saúde, mas também que visem o seu restabelecimento, como tratamentos, terapias ou programas de reabilitação e, ainda, a oferta de diagnósticos, independentemente da forma ou meios que se propunham utilizar (cfr. art. 1.º, nº 1)[24].

Depois, analisando o disposto nos nºs 2 e 3 do art. 1.º concluímos que, embora se inclua, ainda, no âmbito objetivo de aplicação do RJPPS a publicidade a terapêuticas não convencionais[25], há matérias pontuais na área da saúde que são

[23] Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde*, 2021, disponível em https://www.ers.pt/media/sfbd4x2h/publica%C3%A7%C3%A3o-ers_direitos-e-deveres.pdf, pp. 158-159 [último acesso em 31.01.2025].

[24] O Decreto-lei nº 238/2015 não discrimina quais os meios de comunicação por intermédio dos quais de provede à difusão da prática de publicidade me saúde, o que significa que, "O RJPPS tem aplicação independentemente dos canais de difusão utilizados, podendo tratar-se de canais de difusão escritos (designadamente, jornais e revistas, folhetos/cartazes publicitários, cartões de visita e SMS), independentemente do local estes onde se encontrem afixados, audiovisuais (rádio e televisão), bem como canais digitais, incluindo redes sociais, *newsletters*, e páginas eletrónicas". Citamos a ERS em https://www.ers.pt/pt/comunicacao/noticias/lista-de-noticias/publicidade-em-saude-informacoes-importantes-para-regulados-e-utentes/ [último acesso em 31.01.2025].

[25] Cremos que a inclusão das terapêuticas não convencionais no âmbito objetivo do RJPPS assume especial importância uma vez que, atualmente, e nas palavras de ANA SOARES, *Práticas Comerciais Desleais: a Falsa Alegação que o Bem ou Serviço é Capaz de Curar Doenças, Disfunções e Malformações*, UPT, 2018, pp. 96-97 "[o]s meios de comunicação social difundem uma panóplia de terapias que se apresentam como alternativas ou, pelo menos, como complemento de uma medicina assente em critérios de objetividade e científicos." Nesta matéria assumem-se especialmente problemáticos os

objeto de regulamentação especifica. É o caso da publicidade a medicamentos e dispositivos médicos (cfr. Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, e DL n.º 145/2009, de 17 de junho), a publicidade institucional do Estado (cfr. Lei n.º 95/2015, de 17 de agosto). Ademais também publicidade a suplementos alimentares se encontra excluída do âmbito de aplicação do Decreto-Lei em análise, gozando de enquadramento legal próprio (*cfr.* Decreto-Lei n.º 136/2003, de 28 de junho).

2.2. Âmbito de aplicação subjetivo

Por várias vezes mencionámos que, o RJPPS estabelece o regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde desenvolvidas por *quaisquer intervenientes* e que possam contribuir para a criação de falsas necessidades ou para um uso inadequado dos atos e serviços publicitados *por parte do utente*.

2.2.1. O *interveniente*

O âmbito de aplicação subjetivo do RJPPS é bastante alargado, uma vez que o legislador optou por adotar um conceito amplo de *interveniente*, suscetível de abranger entes que não apenas prestadores de cuidados de saúde.

Tal conceito encontra-se contemplado na al. a), do art 2.º, de cuja leitura se conclui ser possível dividir a categoria de interveniente em dois grupos, distinguindo-se aqueles que *be-*

cenários de burlas médicas e que, como veremos violam o princípio da licitude consagrado no art. 4.º, nº 3 do Decreto-lei nº 238/2015. Em Portugal, para obviar a violação deste princípio deve-se ter em atenção a Lei nº 45/2003 que regula o acesso às profissões no âmbito de terapêuticas não convencionais. De entre o leque de terapêuticas não convencionais que fazem parte do leque consagrado nesta legislação encontramos a acupunctura, a fitoterapia, a homeopatia, a medicina tradicional chinesa, a naturopatia, a osteopatia e a quiropraxia.

neficiam da conceção ou difusão da publicidade em saúde daqueles que *participam* na respetiva criação, execução e divulgação, sendo que, "ao nível da *conceção*, o legislador está a aludir, [por exemplo] aos publicitários e agências de publicidade; ao passo que, quando se alude à *difusão*, está-se a referir aos meios de difusão, sejam estes os meios convencionais ou os meios digitais"[26].

Assim, quando aludimos àqueles que "beneficiam da, ou participam *na* conceção e difusão da publicidade", referimo-nos — além dos prestadores de cuidados de saúde —, a entidades responsáveis por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde**,** i.e., pessoas singulares, ou coletivas, de natureza pública, privada, cooperativa ou social que sejam proprietárias, tutelem, detenham ou explorem estabelecimentos onde sejam prestados cuidados de saúde, (incluindo aqueles que exercem a sua atividade profissional por conta própria num estabelecimento de saúde desde que sobre detenham o controlo do mesmo) (i), entidades que não são prestadoras de cuidados de saúde, mas que assumem indevidamente essa qualidade (em violação do princípio da licitude da informação nos consagrado no nº 3 do art. 4.º, a que teremos oportunidade de aludir) (ii) — estes compõem o primeiro grupo acima enunciado — e pessoas singulares ou coletivas que, por qualquer meio, contribuam para a construção, comunicação e divulgação da publicidade, designadamente, anunciantes ou agências publicitárias (iii) [27] — que se enquadram no segundo grupo referido.

[26] Citamos a ERS em informação disponibilizada no seu site oficial, disponível em https://www.ers.pt/pt/comunicacao/noticias/lista-de-noticias/publicidade-em-saude-informacoes-importantes-para-regulados-e-utentes/ [data da última consulta: 31.01.2025].

[27] Informação fornecida pela ERS, disponível em https://www.ers.pt/pt/comunicacao/noticias/lista-de-noticias/publicidade-em-saude-informacoes-importantes-para-regulados-e-utentes/, juntamente com ERS - Publici-

A título de exemplo, é perfeitamente possível que um determinado ente, pessoa coletiva, explore o estabelecimento prestador de cuidados de saúde onde é realizado o tratamento que está a ser publicitado, beneficiando, por isso, da conceção e difusão prática de publicidade, *mas não tenha participado* na mesma, tendo contratado uma agência publicitária para tal efeito.

Em sede de conclusão, o conceito de utilizador, quando comparado com o conceito de profissional constante do art. 3, al. b) do RPCD, parece apenas encontrar um ponto de contacto: o de que os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e as agências publicitárias se tratam de pessoas coletivas que atuam no âmbito da sua atividade comercial.

2.2.1.1. Quando o utilizador é prestador de cuidado de saúde

Parece lógico que se possa exigir uma maior diligência por parte dos prestadores de cuidados de saúde aquando da publicitação de determinado exame ou tratamento.

Enquanto o utente nada mais sabe do que os seus sintomas, o prestador de cuidados de saúde não só dispõe dos conhecimentos necessários à determinação da origem e gravidade dos mesmos— por forma a obter um diagnóstico —, mas também para eleger os melhores procedimentos aplicáveis à situação clínica específica de cada utente[28]. Cremos

dade em Saúde | informações importantes para regulados e utentes [último acesso em 31.01.2025].

[28] No caso de o sujeito que procede à publicidade de determinado ato ou serviço de saúde ser prestador de cuidados de saúde, tal como evidencia a ERS, as relações utilizador-utente "são caracterizadas pela informação imperfeita que, regra geral, os utentes possuem relativamente à saúde e à doença. Se, por um lado, é natural que um utente perceba a existência de um sintoma, embora tipicamente não determine a origem e gravidade do mesmo, será, normalmente, um profissional de saúde que determinará a gravidade do problema e conduzirá o utente ao tratamento adequado.

que esta assimetria de informação acrescida (que fizemos questão de realçar anteriormente[29]), e a consequente confiança depositada pelo utente no conhecimento e habilitações profissionais do prestador de cuidados de saúde justifica que este último tenha um maior cuidado no aconselhamento ou na propositura de um determinado tratamento, de modo a não criar no utente falsas necessidades de consumo.

Como manifestação do que temos vindo a esclarecer, no sentido de uma maior cautela a adotar pelo médico enquanto prestador de cuidado de saúde temos o art. 56.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que, no seu nº 1 estatui o seguinte: "Na divulgação da sua atividade profissional o médico deve nortear-se pelo interesse do doente abstendo-se de práticas que pressuponham ou criem falsas necessidades de consumo"[30].

Aliás, precisamente porque o problema em apreço não é recente, é que o Conselho de Administração da ERS, aprovou em 2014 uma recomendação de caráter genérico destinada a definir as diretrizes dirigidas às práticas publicitárias desen-

A assimetria de informação resulta, precisamente, do facto dos profissionais de saúde serem portadores do conhecimento exato sobre os cuidados mais adequados às necessidades dos utentes; o utente comum não será conhecedor da doença de que padece, e muito menos dos tratamentos de que necessita, dos materiais, fármacos ou consumos a utilizar em cirurgias, dos exames complementares de diagnóstico adequados ou dos custos inerentes aos cuidados propostos — e por isso mesmo é que recorre a um prestador de cuidados de saúde, para o aconselhar na decisão a tomar." Citamos a ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde*, 2021, disponível em https://www.ers.pt/media/sfbd4x2h/publica%C3%A7%C3%A3o-ers_direitos-e-deveres.pdf, pp. 138-139 [último acesso em 31.01.2025].

[29] V. *supra,* Parte II, 1.

[30] Ademais, vem o art. 58.º do mesmo diploma exigir que "1- A publicitação de estudos, investigações ou descobertas científicas deve ser feita através de revistas ou de outras publicações de caráter técnico-científico", sendo que "2-A publicação noutros meios de comunicação social só é aceitável como forma de divulgação de manifesto interesse público e nunca com fins de autopromoção ou publicidade à sua atividade profissional.".

volvidas por *prestadores de cuidados de saúde*, a Recomendação n.º 1/2014, por intermédio da qual se pretendia garantir que qualquer mensagem publicitária relativa a serviços de saúde veiculada no contacto com um potencial utente se pautava pelos princípios da licitude, verdade e transparência. Um ano passado dessa mesma Recomendação entrou em vigor o Decreto-lei nº 238/2015 cujo âmbito de aplicação subjetivo se demonstra mais abrangente, incluindo estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde[31].

No âmbito do RJPPS assume, todavia, especial importância o princípio da transparência fidedignidade e licitude das informações no caso de o utilizador ser prestador de cuidados de saúde, princípio este que estudaremos mais adiante.

2.2.2. O *UTENTE*

O conceito de utente é fornecido pelo legislador na al. c) do art. 2.º, que optou por lançar mão de noção idêntica à de consumidor constante da al. a) no nº 3 do art. 2.º do Decreto-lei nº 57/2008.

Da leitura do preceito supramencionado conclui-se que o utente, não será apenas aquele que se desloca ao estabelecimento prestador de saúde, pois, sendo, atualmente, os meios de difusão das mensagens ou informações publicitárias incontáveis, as mesmas são suscetíveis de persuadir qualquer pessoa singular por elas atingidas e que estejam em condições de consumir o serviço publicitado, independentemente

[31] Cremos ser relevante deixar, ainda, a nota de que o médico dentista, no que respeita à publicidade além de ter de observar a legislação de âmbito geral (como é o caso do Código da Publicidade) e do RJPPS deve, ainda, tomar em consideração normas específicas da sua profissão, consagradas no Estatuto e Código Deontológico da Ordem dos Médicos Dentiatas. Para mais informações v. o manual de boas práticas de publicidade em saúde para médicos dentistas. Documento disponível em https://www.omd.pt/content/uploads/2022/03/manual-boas-praticas-publicidade-medicos-dentistas.pdf [último acesso em 31.01.2025].

de ela se deslocar, ou não a um estabelecimento prestador de saúde!

Ademais, acrescentamos que não está proibida a realização de campanhas a grupos de utentes específicos desde que o intuito da mesma não seja tirar proveito da especial vulnerabilidade do respetivo público-alvo (restringindo, mais uma vez, o seu direito a uma decisão livre e esclarecida e conduzindo a um consumo desnecessário ou nocivo dos atos e serviços publicitados). É o que resulta do art 7.º, nº 2, als. a) e b)[32].

3. Princípios gerais a que deve obedecer a publicidade em saúde e a sua inovação

3.1. Princípios gerais a que deve obedecer a publicidade em saúde

Por diversas vezes aludimos à necessidade de a informação fornecida aos utentes ser verdadeira, clara, rigorosa. Se assim é, não poderia o conteúdo da publicidade em saúde deixar de partilhar dessa exigência, estabelecendo o artigo 3.º do RJPPS os princípios gerais pelos quais se devem reger as práticas de publicidade em saúde e que são, precisamente: os princípios da transparência, fidedignidade e licitude (al. a); o princípio da objetividade (al. b); e, ainda, o princípio do rigor científico (al. c)).

Sabemos que princípios jurídicos exprimem "de uma forma mais ou menos imediata, exigências axiológicas, éticas ou ra-

[32] Esta questão corresponde à pergunta frequente nº 18 que ERS esclarece no seu site oficial em Entidade Reguladora da Saúde, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre-publicidade-em-saude/ [último acesso em 31.01.2025].

cionais de justiça[33]", integrando o ordenamento jurídico a par das normas legais e traduzindo valores fundamentais.

Ora, os princípios gerais a que deve obedecer a publicidade em saúde tratam-se de enunciados abrangentes relativamente às normas que determinam quais as práticas de publicidade em saúde consideradas proibidas (normas estas que visam conferir uma solução direta para problemas práticos e que teremos oportunidade de estudar seguidamente). Deste modo, tais princípios permitem agrupar em sentido lógico esse conjunto de normas e podem ser mobilizados perante uma eventual lacuna. Por outras palavras: perante uma eventual prática publicitária em saúde de cuja ilegalidade existem dúvidas, mas que careça de previsão legal, permite-se a mobilização aos princípios gerais do direito que versam sobre tal área (os que se encontram consagrados no artigo supramencionado) por forma a a combater.

3.1.1. Princípios da transparência, fidedignidade e licitude

Os princípios da transparência, fidedignidade e licitude são princípios dirigidos, sobretudo, à identificação do ente que beneficia da publicidade, encontrando-se densificados no art. 4.º do RJPPS.

Do nº1 do referido preceito resulta a obrigação de as práticas de publicidade em saúde identificarem de forma verdadeira, completa e inteligível o *interveniente* a favor de quem a prática de publicidade é efetuada, de modo a não suscitar dúvidas sobre a respetiva *natureza e idoneidade*. É este o preceito que consolida o primeiro princípio enunciado.

[33] António Cortês, "Para uma Metodologia Jurídica Integral", in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 50.

Ora, dando concretização ao princípio da transparência, a ERS (ao abrigo da competência que lhe é atribuída pelo art. 10.º do RJPPS) veio, no Regulamento n.º 1058/2016, de 24 de novembro, determinar os elementos de identificação dos intervenientes que devem constar obrigatoriamente de qualquer prática de publicidade em saúde (basta conferir o art. 2.º, nº 2).

Mais uma vez, no caso de o profissional ser prestador de cuidados de saúde, o respeito pelo imposto na referida norma assume especial relevo[34], na medida permite contornar o risco de o utente estar a ser aconselhado por alguém que assume indevidamente tal qualidade, cenário em que se violaria o terceiro princípio enumerado na epigrafe do art. 4.º: o princípio da licitude da informação, densificado no respetivo n.º 3[35]. Ademais, determina o mesmo preceito que a publicidade é, ainda, considerada ilícita sempre que o interveniente, sendo efetivamente prestador de cuidados de saúde, não se encontrar devidamente registado na ERS e não seja detentor da respetiva licença de funcionamento, quando aplicável[36].

Finalmente, o princípio da fidedignidade constante do nº 2 do art. 4.º do RJPPS vem reforçar a ideia de que toda a infor-

[34] Como já tínhamos dado a entender. cfr. *supra,* Parte II, 3.1.1.

[35] Consultando o *site* da SIC Notícias, encontramos a informação de que em 2023 foram instaurados 315 processos pela ERS decorrentes de práticas de publicidade em saúde. Avança o referido canal de notícias, nomeadamente, que "[h]á cada vez mais utentes a denunciar casos de publicidade enganosa na saúde. Dispararam os processos de contraordenação, por exemplo, em relação a clínicas ou esteticistas que realizam tratamentos estéticos invasivos sem profissionais habilitados.", demonstrando como a violação do princípio da licitude é recorrente. Notícia disponível em https://sicnoticias.pt/pais/2024-10-25-video-disparam-as-denuncias-contra-publicidade-enganosa-na-saude-41e7ab26 [último acesso em 31.01.2025].

[36] Ademais, tratando-se o interveniente de prestador de cuidados de saúde e cumpridos os requisitos de identificação consagrados na lei em práticas publicitárias no setor da saúde, o mesmo deve observar os requisitos de atividade e funcionamento que lhe são aplicáveis.

mação fornecida pelo prestador de cuidados de saúde tem de ser prestada de modo a não suscitar dúvidas sendo — tal como o próprio nome indica — fidedigna à verdade.

No que toca a este último princípio assume especial relevo a prestação de cuidados de saúde ligados à estética, esclarecendo a ERS que "[…] não existindo uma especialidade médica de "Medicina estética" ou de "Medicina Anti-aging" reconhecida pela Ordem dos Médicos em Portugal, a referência a profissionais de saúde especialistas daquelas áreas [i.e, a "especialistas em medicina estética" ou "especialistas em medicina anti-aging"] não é rigorosa, precisa e inequívoca, suscitando dúvidas quanto às reais habilitações profissionais dos visados, *pelo que os intervenientes se deverão abster de utilizar as sobreditas expressões.* (*cfr.* n.º 2 do artigo 4.º e alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º, ambos do Decreto-Lei n.º 238/2015)"[37]. Estamos a falar, precisamente, de expressões ou menções que induzem/são suscetíveis de induzir em erro o utente, razão pela qual não respeitariam o RJPPS.

3.1.1.1. A NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DOS ELEMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO NAS PÁGINAS ELETRÓNICAS E REDES SOCIAIS

Com o surgimento das redes sociais tornou-se frequente a sua utilização, pelos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, como meio para proceder à publicitação dos seus serviços, nomeadamente no âmbito da medicina dentária e da prestação de cuidados de saúde ligados à estética. O mesmo acontece com os próprios prestadores de cuidados de saúde que, recorrentemente, divulgam os resultados do

[37] Informação fornecida pela ERS na questão frequente nº 21 em Entidade Reguladora da Saúde, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre-publicidade-em-saude/ [último acesso em 31.01.2025].

seu trabalho alcançados graças às suas habilitações académicas e/ou profissionais, ou mesmo partilham os seus conhecimentos *online* recomendando produtos ou tratamentos. Depois, existe, também, uma "mistura" das duas hipóteses, i.e., os próprios estabelecimentos onde são desenvolvidas tais práticas têm os seus perfis online onde publicitam não só os serviços por elas oferecidos, como o trabalho dos profissionais de saúde que neles exercem a sua profissão.

O problema ocorre quando aquele (pessoa singular ou coletiva) que atua por de trás da publicidade em saúde mente quanto à sua identidade. Trata-se de uma prática que, embora incrivelmente grave, é bastante comum, sendo ainda mais corrente o seguinte cenário: sujeitos, cidadão comuns, que usam as redes sociais por forma a enganar os recetores do seu conteúdo para lucrar, assumindo as vestes de profissional de saúde, não o sendo. Aproveitam a atenção que conseguem obter e difundem informação que pode lesar gravemente os respetivos destinatários, daí que o princípio da licitude assuma forte importância no presente tópico.

Ora, o RJPPS veio também permitir combater este problema ao consagrar os princípios objeto da presente análise!

No que respeita à necessidade de inclusão dos elementos de identificação do interveniente na publicidade, parece lógico que, criando o interveniente uma página numa rede social, não terá que os incluir em todas as suas publicações individuais de modo a dar cumprimento aos artigos 4.º, nº 1 do RJPPS e 2.º, nº 2 e 3 do Regulamento n.º 1058/2016.

Sendo frequente esta questão de saber onde e quando devem constar os elementos de identificação do interveniente nas práticas de publicidade em saúde nas redes sociais, a ERS esclarece que "[…] é obrigatória a indicação desses elementos em cada um dos meios de difusão utilizados, pelo que se tais elementos se encontrarem devidamente identi-

ficados e de forma visível, não se torna necessário que em cada uma das mensagens publicadas se faça constar, novamente, esses elementos."[38]. Ou seja, bastará que tal informação conste na secção de "apresentação" da página (i.e., do perfil) da rede social utilizada para publicitar o ato ou serviço, tornando-se desnecessária a inclusão dos mencionados elementos indentificadores em cada publicação realizada. Assim se garante um acesso rápido e intuitivo no suporte de difusão em causa aos destinatários da publicidade[39].

Se, pelo contrário, se pretender realizar uma determinada prática comercial na área da saúde mediante mensagens publicitárias isoladas, então, logicamente, os elementos de identificação do interveniente ínsitos nos artigos 2.º e 3.º do Regulamento n.º 1058/2016 têm de se verificar presentes sem exceção.

Ademais, é de ter em atenção que, no caso de uma mensagem publicitária ter por objeto informação sobre um profissional de saúde, deverá ser referido o respetivo número de cédula/carteira profissional e ordem emitente, devendo tal exigência ser igualmente observada na assinatura dos seus

[38] Citamos a ERS, na questão frequente nº 8, em ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre-publicidade-em-saude/, [último acesso em 31.01.2025].

[39] E aditemos a seguinte nota: no que toca aos comentários efetuados em publicações feitas em redes sociais por entidades prestadoras de cuidados de saúde, esclarece a ERS que também são considerados publicidade "[n]a medida em que se tratem comunicações efetuadas no exercício de uma atividade económica, dirigidas a potenciais utentes, enquadráveis no conceito de práticas publicitárias em saúde plasmado no RJPPS […].", e aconselha, nesses casos, a seguir o disposto no nº 3 do art. 3.º do Regulamento n.º 1058/2016 para maiores esclarecimentos sobre a publicidade. Citamos informação contemplada no site oficial da ERS, em ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre-publicidade-em-saude/, [último acesso em 31.01.2025].

emails (cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 2.º e alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento da ERS n.º n.º 1058/2016).

3.1.2. Princípio da objetividade e princípio do rigor científico

Tanto o princípio da objetividade, como o princípio do rigor científico encontram-se direcionados para a determinação do conteúdo da mensagem publicitada.

Começando pelo princípio da objetividade a que já aludimos, por diversas vezes — embora indiretamente — assume especial importância o respeito pelo mesmo.

Do art. 5.º do DL nº 238/2015 resulta a exigência de a informação veiculada na publicidade em saúde ter de ser clara, leal, precisa e inteligível por forma a evitar dúvidas ou interpretações ambíguas, sem recurso a conceitos, testemunhos ou afirmações que possam criar expectativas potenciadoras de perigo para a integridade física ou moral do utente.

Ou seja, se bem repararmos, a letra da lei não proíbe, sem mais, a publicidade testemunhal em saúde, prática bastante recorrente[40], desde que se observe o disposto no art. 15.º do Código da Publicidade (cuja aplicação subsidiária resulta do art. 9.º do RJPPS), e desde que os utentes que relatam as suas experiências de tratamento sejam devidamente identificáveis, de modo a permitir que a ERS averigue a veracidade dos seus testemunhos[41].

[40] A título exemplificativo, pensemos na publicidade realizada pela Nutribalance na rádio, e que também se encontra plasmada no seu site. Disponível em https://nutribalance.pt/ [último acesso em 31.01.2025].

[41] Esclarecimento feito pela ERS, na pergunta frequente nº 14, em Entidade Reguladora da Saúde, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre-publicidade-em-saude/, [último acesso em 31.01.2025].

A mensagem publicitária, tal como o próprio nome do princípio em análise indica, tem de ser objetiva, direta, contemplando todos os elementos necessários a uma cabal decisão por parte do utente, sendo que, uma vez mais — e em respeito pelo preceituado no nº 2 do art. 5.º juntamente com o art. 10.º do RJPSS — a ERS, no Regulamento n.º 1058/2016 veio auxiliar os intervenientes nesta tarefa, de modo a não serem alvo de um eventual processo de fiscalização por ela realizado.

Consultando o art. 3.º do Regulamento n.º 1058/2016, encontramos os elementos que a ERS considerou adequados e necessários ao completo esclarecimento do utente sendo a sua observância indispensável. Devem, por isso, ser incluídos na mensagem ou informação publicitada, independentemente do meio de difusão utilizado.

Por fim, o art. 6.º do RJPPS (no qual se encontra consagrado o princípio do rigor científico) impõe que a informação que compõe a prática publicitária em saúde obtenha aceitação de especialistas com saber específico e qualificado na área da saúde, sejam eles nacionais ou internacionais, desde que reconhecidos pelos seu pares[42]. Também assim se evitam quaisquer referências que possam induzir os utentes em erro acerca da utilidade e da finalidade real do ato ou serviço[43].

[42] Ademais, note-se que o Regulamento nº 1058/2016, na al. f) do nº 2 do art. 3.º, determina que "[s]empre que a mensagem ou a informação publicitada fizer menção ou invocar características ou elementos técnicos e/ou científicos de um ato ou serviço, deve conter informação sobre a referência ou fonte técnica e científica que comprove o seu rigor, bem como referência a normas e/ou orientações nacionais e/ou internacionais seguidas para o ato ou serviço em causa".

[43] A título de exemplo, vejamos que, recentemente, a ERS procedeu à fiscalização da publicidade de uma clínica privada de Cetamina que prometia "tratamentos de curta duração, com efeitos para a vida" relativos a problemas de saúde mental. Porquê? Precisamente porque tais afirmações têm de encontrar comprovação técnica ou científica. De acordo com informação disponível numa notícia do Jornal *Público*, este estabelecimento designado de "The Clinic of Change" difundia esta informação não apenas

3.2. A inovação trazida pelos princípios gerais das práticas de publicidade em saúde (ou a falta dela...)

Parece óbvio que toda e qualquer mensagem publicitária — seja no setor da saúde, seja fora dele - deve ser transparente, fidedigna, clara e precisa, verificando-se, ainda — em determinados casos —, a necessidade de ser suportada por evidência científica[44].

A sociedade de advogados PLMJ vem, em nota informativa[45], transmitir a ideia de que o que Decreto-Lei nº 238/2015 faz é concretizar/sedimentar, no setor da saúde, princípios e normas que já tinham manifestação no Código da Publicidade e do regime das práticas comerciais desleais (RPCD) — que agora se passam a aplicar subsidiariamente, nos termos do seu 9.º — com o objetivo de melhorar "a informação e o conhecimento do sistema de saúde" e a "transparência da informação em saúde"[46].

Desde logo, o RPCD considera enganosas as práticas comerciais (incluindo a publicidade) que, contêm informações falsas ou informações que, mesmo factualmente corretas, sejam suscetíveis de induzir o seu destinatário em erro e de distorcer o seu comportamento económico (inclusivamente no que respeita à identidade do profissional, e à criação de

nas suas redes sociais, mas também em salas de cinema, tendo a ERS comunicado ao Jornal *Expresso* que estava a "promover as diligências tidas por necessárias para análise cabal dos factos em apreço, à luz do regime jurídico das práticas publicitárias em saúde" (...)". Disponível em https://www.publico.pt/2023/08/07/ciencia/noticia/entidade-reguladora-saude-avalia-publicidade-clinica-privada-cetamina-2059443 [último acesso em 31.01.2025].

[44] É o caso, como iremos ver, da alegação de que determinado bem ou serviço é suscetível de curar doenças, malformações ou disfunções (pois, caso contrário, a mesma será considerada uma prática comercial desleal cfr, o art. 8.º, al u) do Decreto-lei nº 57/2008).

[45] Disponível em https://www.plmj.com/xms/files/v1_antigos_anteriores_a_abr2019/newsletters/2015/Novembro/O-Regime-da-Publicidade-na-Area-da-Saude.pdf [último acesso em 31.01.2025].

[46] Cfr. o preâmbulo do Decreto-lei nº 238/2015.

falsas necessidades de consumo[47]). Ou seja, do RPCD resulta, claramente, a exigência de a informação publicitada ser transparente, verdadeira, clara e precisa, de modo a não enganar o consumidor.

Depois — e a título de exemplo — também o art 6.º do Código da Publicidade determina que a publicidade se deve reger pelos princípios da veracidade e respeito pelos direitos do consumidor (que se encontram densificados nos artigos 11.º e 12.º, remetendo, o primeiro, para o RPCD).

Não obstante estas observações, cremos ser de concluir o seguinte: sendo certo que princípios consagrados pelo legislador no DL nº 238/2015 não se mostram propriamente inovadores relativamente ao já resultante do Código da Publicidade e do RPCD, parece-nos ser de saudar a sua adaptação a um setor tão relevante como o da saúde por forma a reforçar a importância acrescida da sua observância, bem como a alargar o espectro de práticas publicitárias que podem ser consideradas ilegais ao abrigo presente regime, tutelando mais fortemente o consumidor-utente[48].

4. Práticas de publicidade em saúde proibidas: uma análise comparativa com o Decreto-lei nº 57/2008

4.1. A publicidade enganosa ao abrigo do RJPPS

As práticas de publicidade em saúde consideradas proibidas à luz do RJPPS encontram-se elencadas no seu art. 7.º, começando o nº 1 do respetivo preceito da seguinte forma: "[s]ão proibidas as práticas de publicidade em saúde que,

[47] Cfr. art. 7.º, nº 1, al. f) e al. e) respetivamente.

[48] O que é igualmente reconhecido pela sociedade PLMJ no final da nota informativa sobre a presente questão. Documento disponível em https://www.plmj.com/xms/files/v1_antigos_anteriores_a_abr2019/newsletters/2015/Novembro/O-Regime-da-Publicidade-na-Area-da-Saude.pdf, [último acesso em 31.01.2025].

por qualquer razão, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o utente quanto à decisão a adotar [...]".

O primeiro reparo a fazer consiste no facto de a lista de elementos integradores da proibição prevista no artigo supramencionado não ser taxativa[49]. Cremos que tal fará todo o sentido, pois — e tendo por base o que acabámos de concluir relativamente aos princípios gerais por que se deve reger a publicidade em saúde —, a dimensão criativa da publicidade e a (consequente) novidade trazida pelos casos concretos reclama essa abertura. É perfeitamente possível que os elementos avançados pela lei se demonstrem desadequados ou insuficientes face a uma determinada prática publicitária relativamente à qual haja a suspeita da sua ilegalidade, e que não encontre correspondente no elenco do art. 7.º, nº1.

Depois — como já temos vindo a reforçar — é de notar que, para que uma prática publicitária no setor da saúde seja considerada proibida com fundamento no art. 7.º, nº 1, tem de se provar que a mesma induziu ou é suscetível de induzir o utente em erro. Analisando, por sua vez, o RPCD reparamos, todavia, no seguinte: para que uma prática publicitária seja considerada enganosa ao abrigo do art. 7.º do diploma, é necessário provar, não apenas a indução (ou a suscetibilidade de indução) em erro, mas também a afetação do comportamento económico do consumidor (ou a sua suscetibilidade).

Parece-nos que a razão de ser desta "menor exigência" no RJPPS não se trata de um erro. Se notarmos, anteriormente à alteração introduzida pelo DL nº 57/2008, o art. 11.º, nº1 do Código da Publicidade tinha a seguinte redação: "É proibida toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza

[49] O mesmo resulta da utilização, pelo legislador, da expressão "designadamente".

ou seja suscetível de induzir em erro os seus destinatários, *independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico* (...)"[50]. Remetendo tal preceito, na sua atual redação, verificamos que foi aditado o requisito que consiste na prova da distorção do comportamento económico do consumidor ao analisar o art. 7.º do RPCD. Olhando aos dois preceitos (ao art. 11.º do CP na sua antiga redação e ao art. 7.º do RPCD na sua forma atual), parece-nos que o legislador do RJPPS veio basear-se no antigo teor do art. 11.º do CP para a formulação do art. 7.º do RJPPS, não se tratando, por isso, de um qualquer engano.

Face ao que acabamos de expor, passemos, agora, para o estudo do teor do nº 1 do art. 7.º do RJPPS. Primeiramente, parece bastante evidente que o elenco deste preceito encontra paralelismo nas práticas comerciais consideradas enganosas ao abrigo do RPCD. Analisemos que semelhanças (e diferenças) encontramos entre os dois diplomas.

Primeiramente, o legislador parece ter adaptado as alíneas b), e) e f) do art. 7.º do RPCD ao setor da saúde, cuja manifestação encontramos nas als. a), b) e d) do art. 7.º RJPPS respetivamente[51-53].

[50] Sublinhado nosso.

[51] Se o RPCD considera enganosa a prática comercial que induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor quanto às "características principais do bem ou serviço" (art. 7.º, nº 1, al. b)), o RJPPS proíbe as práticas de publicidade em saúde que "Ocultem, induzam em erro ou enganem sobre características principais do ato ou serviço" (art. 7.º, nº 1, al. a)) procedendo, ambos, a exemplificações; se o RPCD considera enganosa a prática comercial que induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor quanto à necessidade de prestação de um serviço (art. 7.º, nº 1, al. e)), o RJPPS proíbe as práticas de publicidade em saúde que "[a]conselhem ou incitem à aquisição de atos e serviços de saúde, sem atender aos requisitos da necessidade [...]", induzindo ou sendo suscetíveis de induzir o consumidor em erro (art. 7.º, nº 1, al. b)) ; se o RPCD considera enganosa a prática comercial que induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor quanto à "natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de

Prosseguindo na presente analise comparativa, o mesmo parece ocorrer com o ponto i) da al. e) do art. 7.º do RJPPS quando comparado com a al. a) do º 2 do art. 7.º do RPCD, tratando-se de hipóteses intrinsecamente ligadas ao problema da publicidade comparativa[53]. Deste modo, no setor da saúde, estão proibidas as práticas publicitárias que sejam suscetíveis de criar confusão — e, portanto, de induzir em erro — entre atos e serviços, marcas, designações e outros sinais distintivos ou competências de um concorrente direto ou indireto, levando o utente médio a adquirir atos ou serviços, que de outro modo não teria escolhido.

Não obstante, façamos o seguinte reparo: em paralelismo com o art. 7.º do RPCD, mas contrariamente às hipóteses que temos vindo a analisar, torna-se, agora, necessário provar, além da indução ou suscetibilidade de indução erro, a dis-

acesso ao exercício da actividade […] (art. 7.º, nº 1, al. f)), o RJPPS proíbe as práticas de publicidade em saúde que "Enganem ou sejam suscetíveis de criar confusão sobre a natureza, os atributos e os direitos do interveniente a favor de quem a prática de publicidade em saúde é efetuada, designadamente sobre a identidade, as qualificações ou o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da atividade" (art. 7.º, nº 1, al. d)).

[52] A título de curiosidade, trazemos, no âmbito das alíneas em apreço, a questão de saber se é permitido divulgar fotos dos utentes, antes e depois, da prestação dos cuidados de saúde. Ora, de modo a respeitar o disposto nas als. b) e c) do nº 1 do art. 7.º do RJPPS, a divulgação de fotos de antes e depois dos tratamentos a que foram sujeitos os utentes não poderão ser suscetíveis de induzir os utentes em erro, consubstanciando um incentivo a um consumo excessivo, desnecessário ou desadequado às necessidades do utente. Consequentemente — e tal como esclarece a ERS —, tais demonstrações não deverão levar o consumidor a crer erroneamente que poderá obter resultados idênticos mediante promessas falsas de garantia de um resultado. Esta questão encontra-se respondida pela ERS em ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-frequentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre publicidade-em-saude/ [último acesso em 31.01.2025], mais especificamente na pergunta nº 15.

[53] Quando falamos em publicidade comparativa, referimo-nos às práticas de publicidade que identificam, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente (cfr. o art. 16.º do CP).

torção ou a suscetibilidade de distorção do comportamento económico do utente (médio)[54]. A razão inerente a esta necessidade de provar a distorção do comportamento económico do consumidor parece-nos, todavia, estar relacionada com outros direitos que não os do consumidor; direitos de terceiros, mais concretamente com a proteção do titular da marca e dos selos distintivos relativamente aos quais a prática publicitária gerou confusão.

O mesmo se diga quanto ao ponto ii) da al. e) do nº 1 do art. 7.º do RJPPS que proíbe práticas publicitarias que, através da utilização indevida de marca ou selo distintivo de determinada entidade, criem a convicção da existência de qualidade, invocando esses atributos para finalidades que não são associadas à natureza dessa marca ou certificação — induzindo em erro e —, conduzindo, mais uma vez, o utente médio a tomar uma decisão de transação que, de outro modo, não tomaria, ou teria tomado em termos distintos[55].

[54] Retiramos esta conclusão da parte do preceito que exige que a prática publicitária em apreço conduza ou seja suscetível de conduzir o utente médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo (cfr. corpo da al. e) no nº 1 do art. 7.º do Decreto-lei nº 238/2015).

[55] Por exemplo, "[a] utilização do logótipo desta Entidade Reguladora fora do contexto de exibição da Certidão de Registo no SRER da ERS ou da Licença de Funcionamento (ou título equiparado), está sujeita a autorização prévia da ERS". Uma entidade prestadora de cuidados de saúde que esteja inscrita na ERS e registada no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados, não pode utilizar o logotipo da ERS (que se encontra registrado no Instituto Nacional da Propriedade industrial) no seu sitio eletrónico "de modo a criar nos utentes a convicção de que a entidade prestadora de cuidados de saúde ou o estabelecimento por si explorado obteve algum tipo de certificação ou acreditação pela ERS, que ultrapasse a obrigatória inscrição na ERS e registo dos estabelecimentos por si explorados no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados (SRER) da ERS e obtenção da Licença de Funcionamento, quando tal seja exigível. O mesmo se refira para a utilização das expressões "*certificada pela ERS*" ou "*acreditada pela ERS*", ou similares, que sendo suscetíveis de induzir em erro os utentes quanto à finalidade do registo e licenciamento junto da ERS, não poderão ser utilizadas". Citamos a ERS em ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Perguntas frequentes sobre publicidade em saúde*, 2023, disponível em https://www.ers.pt/pt/prestadores/perguntas-fre-

Notemos que, até agora, temos procedido à análise das práticas de publicidade em saúde que encontram o seu paralelo no mencionado segundo nível de proteção conferido pelo legislador no Decreto-lei nº 57/2008 (à exceção do ponto ii) da al. e) do nº 1 do art. 7.º do RJPPS).

Deste modo, a abstenção da nossa parte em fazer menção à alínea c) do nº 1 do art. 7.º do RJPPS não resultou de mero lapso ou de esquecimento. É que se repararmos, tanto a al. c) do referido artigo, como a al. f) e a al. g) parecem adaptar ao setor da saúde hipóteses previstas no art. 8.º do RPCD, referente a práticas comerciais considerada enganosas em qualquer circunstância e que, portanto, dispensam a prova de qualquer vínculo causal entre a prática e a distorção do comportamento do consumidor[56].

Primeiramente, considera a lei que são proibidas as práticas publicitárias em saúde que "[s]e refiram falsamente a demonstrações ou *garantias de cura ou de resultados ou sem efeitos adversos ou secundários*" (cfr, al. c) do nº 1 art. 7.º)[57]. Por sua vez, o art. 8.º do RPCD, na al. u) considera enganosa em qualquer circunstância a prática comercial mediante a qual se *alegue falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações.*

Já a proibição de práticas de publicidade em saúde que "[d]escrevam o ato ou serviço como «grátis», «gratuito», «sem encargos», ou «com desconto» ou «promoção», *se o utente tiver de pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática de publicidade em saúde*" constante na al. e) do

quentes/faqs/perguntas-frequentes-sobre publicidade-em-saude/, [último acesso em 31.01.2025], mais concretamente na pergunta nº 22 .

[56] Cfr, SANDRA PASSINHAS, *ob cit.*, p. 135 que se refe à lista negra prevista no Anexo I da Diretiva 2005/29/CE.

[57] Proibição que resultava já do art. 56.º, nº 3 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, código este que, porém (e como é óbvio), não é aplicável às entidades comerciais, estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde.

art. 7.º do RJPPS vem adaptar a al. x) do art. 8.º do RPCS ao setor em causa[58]. Ou seja, o RJPPS não proíbe sem mais publicidade a atos e serviços gratuitos ou com desconto na área da saúde; ela é permitida em abstrato. Pura e simplesmente, a prática publicitária deve ser explicita relativamente a que atos/serviços se encontram abrangidos pela mesma, sendo que o que não pode ocorrer é o destinatário ter de *pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática de publicidade em saúde*, como é o custo de uma chamada telefónica para a rede nacional ou o custo de se deslocar ao estabelecimento prestador de cuidados de saúde[59].

Finalmente, o RPPS proíbe práticas de publicidade que "[p]roponham a aquisição de atos e serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um ato ou serviço diferente, recusem posteriormente o fornecimento aos utentes do ato ou do serviço publicitado" (cfr. art. 7.º, nº 1, al g)). Encontramos nesta norma uma adaptação da proibição prevista na al. g) do art. 8.º do DL nº 57/2008.

Optamos por fazer referência a estas três proibições conjuntamente pelo seguinte: se o legislador sentiu necessidade de tutelar mais fortemente o consumidor-utente contra publi-

[58] Prática bastante recorrente na Medicina dentária. Tal como realça Orlando Monteiro da Silva, bastonário da Ordem dos Médicos dentistas, no site oficial da OMD, "[n]a medicina dentária, as queixas mais recorrentes referem-se à publicitação de serviços gratuitos, rastreios e check-ups utilizados para induzir tratamentos desnecessários aos doentes, a publicitação de cartões com descontos, garantias vitalícias e, entre outros, concursos e cartões para a compra de tratamentos em sites de compras em grupo". Disponível em https://www.omd.pt/2015/10/regime-publicidade-saude/ [último acesso em 31.01.2025].

[59] A título de exemplo v. a imagem nº 1 colocada no Anexo do presente trabalho. Esta prática publicitária que incluímos em Anexo viola, de forma clara a proibição da al. e) do nº 1 do art. 7.º do decreto-lei nº 238/2015 uma vez que, dispõe em letras pequeninas o seguinte "*os atos gratuitos podem estar incluídos em planos de tratamento dentários (…)", o que significa que o consumidor-utente terá de *pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática de publicidade em saúde*.

cidade enganosa no setor da saúde criando, para o efeito regime jurídico em específico, podemos ser levados a questionar por que razão nas hipóteses previstas nas al. c), f) e g) do RJPPS se torna necessário provar a indução ou a suscetibilidade de indução em erro do utente enquanto que, ao abrigo do regime jurídico das práticas comerciais desleais o mesmo não ocorre perante cenário idêntico! A questão que se coloca é a seguinte: regulando o DL nº 238/2015, em especial, as práticas de publicidade em saúde, de forma a tutelar mais fortemente o consumidor-utente, não faria sentido, também no setor da saúde, que tais práticas fossem consideradas proibidas sem necessidade de qualquer prova acrescida (i.e., da indução em erro do consumidor)?

No que respeita à al. c) do nº 1 do art. 7.º não nos podemos esquecer do seguinte: o regime jurídico em apreço aplica-se às práticas de publicidade *no setor da saúde*. Fará sentido que, no setor da saúde, haja alegações ou garantias de cura? A não ser que em causa esteja a publicidade a atos e serviços de saúde ligados à estética, parece lógico que a resposta deve ser afirmativa! Se nas práticas comerciais em geral, abrangidas pelo RPCD, a cura não pode (ou não deve) ser dada como garantia — como confirmaremos de seguida —, o mesmo já não se verifica no setor da saúde, pelo que consideramos que a presente exigência fará sentido.

Quanto às alíneas f) e g) do art. 7.º, nº 1 do DL nº 238/2015 que, por sua vez, encontram paralelo nas als. x) e g) do art. 8.º do RPCD, temos de pensar no seguinte: quando o legislador consagrou, taxativamente, no RPCD, práticas que devem ser consideradas enganosas em qualquer circunstância, o que veio fazer, no fundo, foi dispensar a necessidade de provar a distorção do comportamento económico do consumidor. As práticas contempladas no art. 8.º do DL nº 57/2008 são

consideradas enganosas em qualquer circunstância porque, ela próprias, por si, já são enganosas! O legislador não lhes atribui tal carácter, limitando-se a reconhecê-lo. Se assim é, o mesmo raciocínio aplica-se às als. f) e g) do RJPPS, não se tratando a indução ou suscetibilidade de indução em erro do consumidor de uma qualquer exigência acrescida.

4.1.1. Um pequeno desvio: a falsa alegação de que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações e os chamados "produtos milagrosos".

Antes de proceder à análise do art. 7.º, nº 2 do RJPPS que contempla as condições em que as práticas publicitárias em saúde podem ser consideradas agressivas, cremos ser pertinente fazer breve alusão à prática considerada enganosa em qualquer circunstância que consiste na falsa alegação de que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações consagrada na al. u) do art. 8.º do DL nº 57/2008, pela importância que assume no presente tema que envolve a publicidade e a saúde.

Vejamos que, como referido por diversas vezes, o diploma em apreço consagra o RPCD nas relações entre profissionais e consumidores visando, em primeira linha, a proteção do interesse económico dos segundos[60]. Não obstante, e tal como elucida Sandra Passinhas, a propósito da diretiva por ele transposta, "(…) as declarações enganosas em matéria de saúde, dado poderem limitar a aptidão do consumidor para conscientemente tomar uma decisão com conhecimento de causa, serão consideradas no âmbito das disposições relati-

[60] Avança Sandra Passinhas, *ob cit.*, p. 118, nota 31 que "Como é explicitamente dito no Considerando 43 da Exposição de Motivos da Proposta de Directiva, a Directiva refere-se à *protecção dos interesses económicos dos consumidores*, pelo que não são abrangidos pelo respetivo âmbito de aplicação os aspectos relativos à saúde dos consumidores e à segurança dos produtos."

vas às práticas comerciais enganosas. (…) Se, porém, o produto afectar a saúde do consumidor, já não será abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva, não havendo qualquer possibilidade de reparação através da mesma."[61].

A alínea u) do artigo supramencionado proíbe especificamente a declaração enganosa em matéria de saúde que consiste na falsa alegação de que determinado bem é capaz de curar doenças, disfunções, ou malformações, estando intrinsecamente relacionada com a promoção, a venda ou o fornecimento dos tão famosos produtos ou serviços "milagrosos", conhecidos por prometerem rápida e facilmente aliviar determinados sintomas, tratar doenças, melhorar a qualidade de vida, prevenir uma série de condições prejudicais à saúde, etc.[62].

Aliás, é frequente, verificar-se, por parte dos profissionais, um propósito de aproveitamento de determinadas crenças que ainda se encontram muito entranhadas na sociedade mediante a promessa de uma cura à base de "tratamentos naturais" e "sem efeitos secundários"[63]. Porque essas crenças ainda se encontram muito presentes na nossa sociedade, as originais, dinâmicas e eficazes técnicas de persuasão a que os comerciantes recorrem[64] obtêm, frequentemente, sucesso,

[61] Citamos SANDRA PASSINHAS, *ob cit.*, p. 118-119, nota 31.

[62] Todos os dias vemos e ouvimos, seja na televisão, seja na rádio, num *poster, ou na Internet* informação noticiosa sobre produtos que "fazer perder peso rapidamente", que "promovem o crescimento capilar" ou "reduzem o aspeto *casca de laranja*" sendo induzidos a pensar "talvez isto seja mesmo a solução para aquele problema", levando a optar por um atalho para problemas que tendem a necessitar de uma resposta mais complexa.

[63] Nas palavras de MARCO FILIPE, *Produtos Milagrosos — a legislação até existe mas nem sempre é aplicada*, 2013, disponível em https://comcept.org/2013/05/14/produtos-milagrosos-a-legislacao-ate-existe-mas-nem-sempre-e-aplicada/, "Os mais cautelosos limitam-se a fazer afirmações de saúde vagas como «reforça o sistema imunitário» ou «remove as toxinas». Já os mais "empreendedores" não se coíbem de afirmar que conseguem tratar todo o tipo de doenças, incluindo até o cancro" [último acesso em 31.01.2025].

[64] *Ibidem*. Refere o autor que, entre essas técnicas: "[…] contam-se, por exemplo, a promessa de soluções fáceis para problemas complexos, os

conseguindo a adesão do grupo de consumidores que compõem o "público-alvo" da prática comercial (os que padecem da doença, malformação ou disfunção que se promete curar). Esta é razão pela qual se compreende a necessidade de tutelar mais fortemente o consumidor-destinatário destas alegações em matéria de saúde, uma vez que este tende a não sujeitar a publicitação desses produtos/serviços a um escrutínio critico, em busca de um "milagre"[65].

É de notar, inclusivamente que esta preocupação de proteção do consumidor contra alegações de saúde de empresas não é tão recente quanto se possa pensar. Já o artigo 22.º-B do CP (revogado pelo Decreto-lei nº 57/2008), proibia expressamente a publicidade de produtos ou serviços que, explorando a ignorância, medo, crença ou superstição dos consumidores destinatários, prometam *efeitos específicos automáticos ou garantidos na saúde* (nomeadamente por permitirem prevenir, diagnosticar, curar ou tratar doenças ou dores), quando essa promessa fosse desacompanhada de uma *objetiva comprovação científica das propriedades, caracterísi-*

testemunhos pessoais de clientes satisfeitos (muitos dos quais fictícios) e a promoção por parte de figuras de autoridade com uma bata branca. A utilização de celebridades, em que as pessoas confiam ou cujo estilo de vida desejam imitar, está entre as adições mais recentes ao catálogo das técnicas de persuasão. Apresentadores de televisão, artistas e desportistas enaltecem diariamente as maravilhas de produtos milagrosos em vários canais de sinal aberto, sem que muitos dos telespectadores se lembrem do mais óbvio — nenhuma dessas celebridades percebe de medicina e todas elas estão a ser pagas para promoverem esses produtos".

[65] Ademais, não parece ser de exigir que o consumidor médio, normalmente informado, saiba quais as propriedades ou efeitos destes produtos ou serviços, pois mesmo procurando tal informação na Internet ou noutras fontes, o mais provável é que não encontre resposta adequada ou fidedigna. Depois, das duas uma: ou adota uma posição de suspeita face ao produto, não o adquirindo, ou dá um "voto de confiança" seguindo o pensamento segundo o qual "não experimentando, nunca saberei que poderia ter funcionado ou não". Acontece que as mais das vezes não funciona, ou não produz um efeito tão "milagroso" como promete….

cas ou efeitos propagandeados ou sugeridos[66]. Parece ser esse o motivo pelo qual MENEZES LEITÃO enquadra a prática comercial proibida na al. u) do art. 8.º do RPCD na categoria das práticas comerciais enganosas que levam o consumidor a adquirir os produtos com base no medo, ignorância ou superstição[67].

Assim sendo, a proibição (em qualquer circunstância) de *falsas alegações de que determinado bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações* visa impedir a propaganda de produtos naturais, alternativos aos convencionais, suscetíveis de prejudicar o interesse económico do consumidor ao fazê-lo despender de quantias (por vezes avultadas), quando não se encontra cientificamente comprovado que mesmos os funcionam.

A prática comercial em apreço contende com o foro íntimo do consumidor e, embora se trate de uma proibição que possa atingir qualquer consumidor, o que é facto é que — e o comerciante sabe-o — o destinatário mais facilmente manipulável (porque vulnerável) será precisamente aquele que padece do estado de doença, malformação ou disfunção o que bem ou serviço em causa alegadamente é suscetível de tratar. Pretende-se beneficiar desse estado de debilidade, aliciando aos desejos e crenças mais íntimos dos consumidores e, tal manipulação emocional, frequentemente obtém êxito fazendo o consumidor acreditar que o produto é a resposta para os seus problemas e drena-o psicológica e monetariamente.

Por isso, reforça CARVALHO MORAIS que se deve entender que "[n]este caso, admite-se que o profissional promova o bem ou o serviço com essa indicação, sempre que o consiga provar cientificamente. O espírito da norma abrange

[66] Sublinhados nossos.

[67] MENEZES LEITÃO, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", *cit.*, p. 436.

apenas prova científica das aptidões do bem ou serviço, procurando evitar-se a relevância da prova testemunhal de eventuais milagres."[68].

Terminamos o presente tópico acrescentando o seguinte: porque o problema é tão corrente, a Direção-Geral do Consumidor sentiu a necessidade de em *O Livro Negro dos Esquemas e Fraudes na NET*[69], advertir para o cuidado acrescido a ter perante estas falsas alegações em matéria de saúde, referindo-se, a este propósito, a "fraudes médicas". Tal cautela assume especial relevo quando as entidades por de trás das mesmas recorrem a testemunhos falsos ou de individualidades famosas para lhes dar credibilidade. Aconselha a que o consumidor fique particularmente atento a testemunhos que não podem ser provados e relembra que as celebridades, além de não serem profissionais de saúde, as mais das vezes são pagas para promoverem determinados bens ou serviços. Alerta — e bem — que "as fraudes médicas são predadoras do sofrimento humano, do desespero e da ignorância" e aconselha o consumidor a consultar o profissional de saúde nestas situações duvidosas, bem como a pedir documentos médicos e científicos publicados que comprovem a sua eficácia.

Cremos que, para isso, todavia, o consumidor tem de poder confiar no profissional de saúde o que, nos conduz, mais uma vez ao que temos vindo a reforçar constantemente: a

[68] Se assim é parece-nos ainda mais grave o eventual cenário em que, simultaneamente, o profissional alegue que o bem ou serviço "foram aprovados, reconhecidos ou autorizados por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, do reconhecimento ou da autorização." em violação da proibição contemplada na al d) do art. 8.º do Decreto-lei nº 57/2008.

[69] Documento disponível em https://www.internetsegura.pt/sites/default/files/2019-12/O%20Livro%20Negro%20dos%20Esquemas%20e%20Fraudes%20na%20NET.PDF, [último acesso em 31.01.2025]

importância que assume a publicidade levada a cabo por profissionais de saúde[70].

4.2. Publicidade considerada "agressiva"

As práticas comerciais agressivas, encontram-se definidas no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-lei n.º 57/2008 como aquelas que, devido a assédio, coação[71] ou influência indevida[72], limitam ou sejam suscetíveis de limitar significativamente a *liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor* em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduzem ou são suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Este nº 1 do art. 11.º do RPCD, juntamente com o seu nº 2, encontram paralelo no RJPPS no art. 7.º, nº 2, al. a) e nº 3, respetivamente, e determinam que, qualquer utilização, pelo profissional, da sua posição de poder para pressionar o consumidor é considerada uma prática comercial agressiva.

[70] Para um estudo mais rico sobre os produtos "milagrosos" v., ainda, o problema da sua designação de "suplemento alimentar" onde encontramos o "cavalo de Troia" dos profissionais que procedem à sua comercialização consultando HTTPS://COMCEPT.ORG/2013/05/14/PRODUTOS-MILAGROSOS-A-LEGISLACAO-ATE-EXISTE-MAS-NEM-SEMPRE-E-APLICADA/ [último acesso em 31.01.2025].

[71] O legislador não concretiza os conceitos de assédio e coação aqui referidos. Não obstante, considera JORGE MORAIS CARVALHO, *ob cit.*, pp. 154-155 que "[o] assédio deve ser entendido, neste contexto, como "insistência impertinente e inoportuna junto de alguém". Pretende-se que o consumidor não seja pressionado por contactos constantes, presenciais ou à distância, a ponto de tomar uma decisão com o único ou principal objetivo de não ser incomodado. A coação já se encontra prevista no direito português como causa de invalidade de um negócio jurídico, podendo ser física (art. 246º do CC) ou moral (arts. 255º e 256º). Em relação à coação física, note-se que o CC determina que a declaração não produz qualquer efeito (art. 246.º do CC), o que exceciona o regime de anulabilidade previsto no art. 14º do DL 57/2008".

[72] Encontrando-se a definição deste conceito indeterminado no art. 3.º, al. j) do Decreto-lei nº 57/2008 cuja aplicação é subsidiária (cfr. art. 9.º do DL nº 238/2015).

Neste ensejo, é de notar que o RJPPS (tal como o RPCD) exige, no art. 7.º, nº 2, al a) que — além da agressão — a prática publicitária em causa conduza, ou seja suscetível de conduzir o utente a tomar uma decisão de transação, que, sem a mesma não teria tomado (contendendo com o seu direito a uma decisão livre e esclarecida).

Depois, considera a al. b) do mesmo artigo proibidas as práticas publicitárias que "[s]ejam suscetíveis de induzir o utente ao consumo desnecessário, nocivo ou sem diagnóstico ou avaliação prévios por profissional habilitado", tornando-se, agora, necessário proceder à prova dessa mesma suscetibilidade (cremos, por referência, ao consumidor-utente-médio). Consideramos que, na alínea em apreço, o legislador, ao proibir publicidade que possa vir a conduzir a um consumo *desnecessário*, estará a procurar proteger o direito à cabal decisão do utente e, consequentemente, o seu *interesse económico* de modo a evitar que dispenda de quantias monetárias em serviços que podem não ser eficazes para a resolução do seu problema. Quando se refere a um consumo "nocivo" ou "sem diagnóstico ou avaliação prévios de um profissional habilitado" parece inequívoco que está a zelar pela *saúde* do destinatário da mesma.

Para terminar, o legislador, veio, ainda, proibir práticas publicitárias que "[n]o âmbito de concursos, sorteios ou outras modalidades ou certames afins divulguem atos ou serviços de saúde como respetivo prémio, brinde ou condição de prémio, ou similares." (cfr. al. c) do nº 2 do art. 7.º do RJPPS), sem qualquer exigência acrescida. Assim sendo, será que podemos considerar estar perante uma prática proibida "*em qualquer circunstância*"…?

5. Regime sancionatório

Além das competências regulamentares atribuídas à ERS que temos vindo mencionar (cfr. art. 10.º do Decreto-lei nº

235/2015), o RJPPS veio conferir-lhe, ainda, competências de fiscalização, e reconheceu-lhe poderes para sancionar os intervenientes em caso de incumprimento do presente regime (cfr. art. 8.º, nº 4)[73].

Assim, a violação dos princípios e regras analisadas constitui contraordenação punível com sanção pecuniária (cfr. o disposto no art.8.º, n.os 1 e 2) a aplicar pela ERS, havendo, ainda, a possibilidade de virem a ser aplicadas sanções acessórias (cfr. nº 3 do art. 8.º).

Significa isto que à ERS não compete aferir previamente da licitude das práticas de publicidade em saúde, ou seja, não lhe cabe proceder a uma qualquer validação prévia. Recai sobre os intervenientes — quer participem na conceção ou difusão da prática publicitária, quer se limitem a dela beneficiar — a (auto)responsabilidade de observarem o regime jurídico aplicável à publicidade em saúde.

6. A importância prática do DL nº 238/20015 desde a sua entrada em vigor

Ao longo da presente investigação temos procurado ilustrar a informação por nós trazida com situações concretas, notícias e exemplos que evidenciem a importância prática do RJPPS. Porém, e porque, por vezes, o seu enquadramento não se revela o mais adequado ao longo do texto, optámos por transferir algumas dessas ilustrações para este momento (i.e., após a análise dos princípios gerais consagrados no RJPPS, das práticas publicitárias por ele proibidas, bem como do seu regime sancionatório).

[73] Diversamente, perante uma prática comercial desleal em matéria de publicidade praticada por um profissional, nas relações com consumidores, compete à Direção-Geral do Consumidor (DGS) a aplicação de sanções (cfr. art. 19.º do Decreto-lei nº 57/2008).

Desde logo, uma prática bastante recorrente que viola clara e inequivocamente a al. a) do nº 1 do art. 7.º do RJPPS — demonstrando, portanto, a importância que o regime assume na vida prática — consiste na publicitação, por clínicas privadas, de "serviços de urgência" ou "serviços de atendimento permanente" quando não têm licença para o efeito. O que, na verdade, tais clínicas disponibilizam aos seus utentes são "consultas abertas", fazendo-os crer, com tal publicidade, que se trata de serviços de urgência. O jornal *Público*, numa notícia de 2023, aborda o problema, e cita o partido Bloco de Esquerda, que avança o seguinte: "[…] uma coisa nunca se pode confundir com outra porque uma urgência é uma equipa pluridisciplinar e diferenciada, com acesso a meios de diagnóstico e com capacidade de acção em situações emergentes. Uma consulta aberta não é isso (…)", tratando-se de atendimentos "para situações não programadas durante 24 horas por dia"[74].

Acontece que — e como é de calcular -, o exemplo que acabámos de avançar, tal como aqueles que temos vindo a mobilizar ao longo da nossa pesquisa, representam apenas uma pequena porção do trabalho da ERS desde a entrada em vigor do DL nº 238/2015.

Conforme o site de notícias *SAPO,* no período temporal de um ano após a promulgação do RJPPS "a ERS investigou cerca de 90 campanhas publicitárias, das quais cerca de 30 deram origem a processos de avaliação e 20 a processos contraordenacionais, por violação ao regime jurídico das práticas de publicidade em saúde.[75]".

[74] Disponível em https://www.publico.pt/2024/07/10/sociedade/noticia/be-quer-ouvir-entidade-reguladora-praticas-publicidade-enganosa-saude-2097124 [último acesso em 31.01.2025].

[75] Disponível em https://sapo.pt/saude/noticias-saude/artigos/regulador-instaurou-20-processos-por-violacao-da-lei-sobre-publicidade-em-saude [último acesso em 31.01.2025].

Relativamente ao ano de 2018, noticia o *Público* que, de entre a meia centena de processos instaurados ligados à publicidade em saúde, a ERS detetou 23 infrações por violação do regime jurídico da publicidade em saúde, "uma duplicação face a 2017, mas não alcançando as mais de 30 infracções detectadas em 2016, ano em que nova legislação começou a vigorar em pleno"[76].

Os anos que se seguiram foram anos de pandemia, consubstanciando cenário propício a práticas publicitárias enganosas e agressivas no setor da saúde. Por esta razão, a ERS sentiu particular necessidade de relembrar os utilizadores que o RJPPS é para cumprir, tendo emitido um alerta para o efeito[77].

Mas não nos deixemos enganar. Embora ultrapassado o cenário de pandemia, de acordo com o *Jornal de Notícias*, no ano de 2023 foram instaurados 315 processos de contraordenação por violação do RJPPS[78] e, mais recentemente, de acordo com informação contemplada no *Correio da Manhã*, só entre janeiro e maio de 2024 o ERS instaurou 152 processos de contraordenação por infrações relacionadas com publicidade em saúde[79].

Em sede de conclusão limitar-nos-emos a afirmar o seguinte: o trabalho da ERS relativo a práticas de publicidade em saúde ilegais está longe de terminar…

[76] Disponível em https://www.omd.pt/content/uploads/2019/05/20190521-publicidade-publicidade-enganosa.pdf [último acesso em 31.01.2025].

[77] Disponível https://www.ers.pt/pt/comunicacao/destaques/lista-de-destaques/alerta-de-supervis%C3%A3o-n-%C2%BA-1-2020-publicidade-em-sa%C3%BAde-no-contexto-da-pandemia-por-codiv-19/ [último acesso em 31.01.2025].

[78] Disponível em https://www.jn.pt/nacional/artigo/publicidade-enganosa-na-saude-leva-ao-fecho-de-negocios/17811848 [último acesso em 31.01.2025].

[79] Disponível em https://www.cmjornal.pt/sociedade/detalhe/autoridade-de-saude-instaura-150-processos-por-publicidade-enganosa#:~:text=Entidade%20Reguladora%20da%20Sa%C3%BAde%20aplica%20coimas%20que%20podem,dados%20oficiais%20a%20que%20o%20CM%20teve%20acesso [último acesso em 31.01.2025].

PARTE III - A PROTEÇÃO INDIVIDUAL CONFERIDA AO CONSUMIDOR(-UTENTE)

1. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO RPCD: O ART. 14.º

O DL nº 238/2015 consagra um regime que está muito pensado para a proteção anterior ao contrato, visando combater práticas publicitárias em saúde *suscetíveis* de induzir o utente em erro.

Surge, porém, a questão de saber de que proteção goza o consumidor-utente persuadido com sucesso (e que, portanto, tenha celebrado determinado contrato em vista à obtenção do ato ou serviço publicitado). Afinal, de que "remédios" goza o consumidor-utente face a uma prática publicitária proibida e que tenha contendido com o seu direito a uma decisão livre e esclarecida, prejudicando-o (não apenas a nível económico, mas também, possivelmente, a nível de saúde)?

Não encontraremos resposta no RJPPS, mas sim no Decreto-lei nº 57/2008, que tem aplicação subsidiária nos termos do art. 9.º do Decreto-lei nº 238/2015.

Como sabemos, ao abrigo do RPCD, a verificação de uma prática comercial proibida (na qual se inclui a publicidade) tem repercussão direta no contrato (cfr. 14.º, nº1).

Porém, quando consultamos o art. 14.º do RPCD, verificamos que o legislador não prevê, atualmente, a anulabilidade do mesmo, tendo o consumidor somente direito *à* redução adequada do preço ou à resolução do contrato. Significa isto que o legislador optou por situar os "remédios" do consumidor, vítima de uma prática comercial desleal, ao nível do incumprimento, o que, admitimos, pode parecer algo estranho uma vez que — e muito embora o mesmo consagre o "regime aplicável às práticas comercias desleais nas relações com consumidores ocorridas *antes, durante, ou após*[80]

[80] Sublinhado nosso.

uma transação comercial relativa a um bem ou serviço" — o mais frequente é tais práticas comerciais desleais (nomeadamente a publicidade) terem influência na formação da vontade, pois conduzem à celebração de contratos com base em ações ou omissões enganosas ou agressivas.

Mas, é de notar que nem sempre foi assim! Até à alteração do art. 14.º do RPCD introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, com recurso ao instituto da anulabilidade, o consumidor podia destruir retroativamente o contrato desvinculando-se de um compromisso contratual que não queria, ou que não queria assumir naqueles termos[81]. Considerava SANDRA PASSINHAS, que a possibilidade de anulação do contrato traduzia uma boa solução de política legislativa ao permitir destruir o desequilíbrio criado na relação de consumo criada pela prática comercial desleal[82].

Ademais, prevê, o art. 14.º, no seu nº 3 a possibilidade de constituição do infrator em responsabilidade civil pelo prejuízo causado ao consumidor (resultante, por exemplo, de determinada intervenção que lhe cause danos à integridade física), que passa a ter direito à reparação dos danos causados em resultado da prática comercial desleal mediante indemnização.

Em suma, também o consumidor-utente tem direito a uma reparação individual: à resolução do contrato ou à redução do preço e a uma (eventual) indemnização, cabendo-lhe a prova da existência da prática comercial desleal. Não obstante, "[o]s tribunais e as autoridades administrativas com-

[81] Sobre essa proteção negativa que era conferida ao consumidor v. SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pp. 180-190 e, sobre a insuficiência dessa mesma proteção negativa (e a suscetibilidade de encontrar no ordenamento jurídico português uma proteção positiva do consumidor), pp. 190-211. Também cf. MENEZES LEITÃO, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", *cit,* pp. 443-444, nos fala um pouco sobre a suscetibilidade de o consumidor anular o contrato.

[82] Cfr, SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, pp. 182-183.

petentes podem exigir aos profissionais provas de exactidão material dos dados de facto contidos nas práticas comerciais reguladas no presente decreto-lei se, atendendo aos interesses legítimos do profissional e de qualquer outra parte no processo, tal exigência for adequada às circunstâncias do caso" (cfr. art. 22.º do RPCD). Caso a prática de publicidade em saúde o leve a aderir a uma determinada intervenção que lhe cause danos à integridade física comprometendo a sua saúde, poderá ser ressarcido nos termos gerais, em conformidade com o art, 14,º, nº 3 do RPCD.

1.1. O "ÓNUS" DA DILIGÊNCIA DO CONSUMIDOR

Vivemos numa era em que a informação está "à distância de um clique" e em que o consumidor deve adotar uma posição cada vez mais crítica e desconfiada perante o incremento exponencial de práticas que visam a sua manipulação em vista à obtenção de lucro. Porém, o que é facto é que o desequilíbrio manifesto (e natural) inerentes às relações de consumo, é um desequilíbrio que se vê acentuado numa situação em que o consumidor-destinatário de qualquer prática de publicidade está afeto por uma eventual doença (física ou mental) que o torna psicológica e emocionalmente mais influenciável. Este torna-se numa "presa" fácil perante ardilosas técnicas persuasivas, que o manipulem psiquicamente sejam elas praticadas por empresas, sejam elas praticadas por utilizadores, tal como definidos ao abrigo do Decreto-lei nº 238/2015.

Desde modo, se bem que é verdade que se deve exigir um maior cuidado e rigor na publicidade de atos e serviços em saúde, tal como nos diz SANDRA PASSINHAS (cuja opinião se encontra expressa no Diário as Beiras), o RJPPS "[…] não dispensa o consumidor de estar atento e ser diligente na procura de informações sobre o serviço que efetivamente vai

contratar, em especial quanto aos seus efeitos adversos e aos riscos para a saúde"[83].

Também a ERS adverte o consumidor-utente que, para evitar ser enganado ou vítima de fraude médica, se deve certificar da idoneidade da entidade ou profissional a favor do qual é efetuada a prática publicitária em saúde. Como? Tentando averiguar, por exemplo, se os estabelecimentos de saúde em causa que se encontram registados na ERS — mediante consulta da sua página de endereço eletrónico[84] —, ou fazendo pesquisa nas páginas de endereço eletrónico das associações públicas profissionais. Caso o utente pretenda realizar uma pesquisa relativa a um Técnico de Saúde (a exercer atividade na área do diagnóstico e terapêutica, da podologia, ou das terapêuticas não convencionais) tal consulta deve ser feita com recurso ao *site* da Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (ACSS).

Por fim, na hipótese de os utentes terem dúvidas sobre a atividade desenvolvida por determinada entidade e/ou estabelecimento de saúde, ou, de considerarem duvidosa a legalidade de determinas práticas de publicidade em saúde, poderão dirigir-se à ERS e efetuar uma reclamação. Não esquecer, ainda, que o destinatário da publicidade em saúde pode sempre apresentar reclamação diretamente à entidade visada[85] para que a ERS tome conhecimento do caso em sede de fiscalização.

[83] Disponível em https://www.bing.com/search?pglt=41&q=opini%C3%A3o%3A+as+pr%C3%A1ticas+de+publicidade+ems%C2%AB+sa%C3%BAde%2C+o+diario+as+beiras&cvid=0526fe69eb8d4f50bee875c5abc1aa79&gs_lcrp=EgRIZGdlKgYIABBFGDkyBggAEEUYOTIICAEQ6QcY_FXSAQkxMzc0OWowajGoAgCwAgA&FORM=ANNAB1&PC=U531 [último acesso em 31.01.2025].

[84] É possível, inclusivamente, entrar em contrato com a mesma seja presencialmente, seja por correio, por fax, por email ou através dos formulários disponíveis no site da Reguladora, acessíveis a partir de https://www.ers.pt/pt/utentes/reclamacoes/.

[85] Presencialmente, pedindo o livro de reclamações, ou eletronicamente.

Conclusão

A pesquisa que levámos a cabo permite-nos concluir que o regime das práticas de publicidade em saúde teve como motivo subjacente à sua elaboração o combate a um problema em emergência ao tempo do seu nascimento: o da proliferação de publicidade enganosa e agressiva em saúde suscetível de contender com o direito do utente a uma decisão livre, informada e esclarecida ao incentivar a um consumo desnecessário ou inadequado de atos e serviços.

Veio adequar a tal setor princípios e normas constantes do Código da Publicidade e do regime das práticas comerciais desleais — ou que neles já encontravam manifestação —, em vista à proteção do utente e tomando por base o seu interesse. Trata-se, por isso, de um diploma que está muito pensado para a proteção anterior ao contrato, visando combater práticas publicitárias em saúde *suscetíveis* de induzir o utente em erro. Não quer isto dizer, porém, que não é reconhecida ao utente tutela a nível contratual, pois, sendo o regime das práticas comerciais desleais aplicável subsidiariamente, terá direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato nos termos do seu art. 14.º.

Para finalizar, deixemos a nota que o estudo de um tema tão atual, prático e relevante como é o da publicidade em saúde trouxe um enriquecimento a que não poderíamos deixar de fazer menção, tendo envolvido igual gosto e interesse na respetiva execução!

Bibliografia

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, ISBN 978-972-40-7340-8, pp. 141 a 159

CARVALHO, MARIA MIGUEL MORAIS de — "O Conceito de Publicidade Enganosa", 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 Editora, Coimbra, 2007, pp. 675 a 706

CORTÊS, ANTÓNIO, "Para uma Metodologia Jurídica Integral", in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno José Espinosa Gomes da Silva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, (pp. 39 a 86)

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES MENEZES, "A proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas", in *Estudos de Direito do Consumidor*, CDC-FDUC, n.º 5, Coimbra, 2003, pp. 163 a 181.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES MENEZES, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", in *Revista da Ordem dos Advogados* (2011), pp. 425 a 445

LIZ, JORGE PEGADO LIZ, "A "lealdade" no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE), in *RODC*, nº 44 (dezembro 2005), p. 17-93

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, "A transposição da Diretiva sobre Práticas Comerciais desleais (Diretiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei N.º 57/2008, de 26 de Março", in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, em JOSÉ LEBRE DE FREITAS et al. (org.), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 569 a 585

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "Comunicação e Defesa do Consumidor, - Conclusões do Congresso", in "I*nstituto Jurí-*

dico da Comunicação, (FDUC), Coimbra, 1996. pp. 489 a 492.

PASSINHAS, SANDRA, "A propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor"*, in Estudos do Direito do Consumidor*, nº13 (2017), pp. 107 a 211

PASSINHAS, SANDRA *The Protection of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?,* tese de doutoramento apresentada ao Instituto Universitário Europeu, 2010, págs. 202 e ss

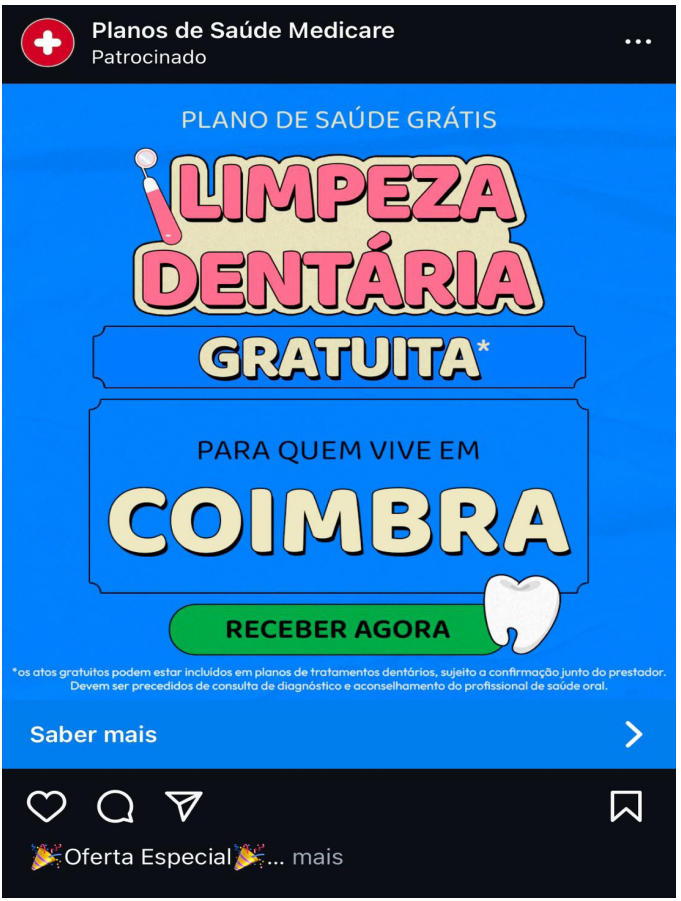
SOARES, ANA, *Práticas Comerciais Desleais: a Falsa Alegação que o Bem ou Serviço é Capaz de Curar Doenças, Disfunções e Malformações*, UPT, 2018

Siglas e Abreviaturas

Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
B2C	Business-to-Consumer
CC	Código Civil
Cf.	Conferir
Cfr.	Conforme
CP	Código da Publicidade
DL	Decreto-Lei
ERS	Entidade Reguladora da Saúde
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
RPCD	regime das práticas comerciais desleais
RJPPS	regime das práticas de publicidade em saúde
ss.	Seguintes
v.	ver

ANEXO

Imagem nº 1[86]



[86] Imagem retirada de uma publicação na rede social Instagram

A PUBLICIDADE A BEBIDAS ALCOÓLICAS

*Ana Rita Rodrigues Contente**

Resumo

A publicidade a bebidas alcoólicas encontra conforto legislativo no Código da Publicidade e nos Códigos da Autorregulação. Este excurso dedicar-se-á a fazer uma análise geral do regime, tendo por base não só os códigos mencionados como também notícias, decisões, estudos e estatísticas. Assim, serão debatidas algumas das problemáticas associadas à publicidade a bebidas alcoólicas, tais como os menores, os patrocínios e os rótulos. Finalmente, ponderaremos ainda se o regime que temos se mostra suficiente.

Palavras-chave

Autorregulação; bebidas alcoólicas; menores; patrocínios; publicidade; rótulos.

Abstract

We can find the legal regime of alcoholic beverages advertising in "Código da Publicidade" and "Códigos da Autorregulação". This exposition will be dedicated as an analysis of the regime, based not only on the mentioned legislation but

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

also in various news, decisions, studies and statistics. Therefore, we will debate some problems associated to alcoholic beverages advertising like its exposure to minors, sponsorships and labels. Finally, we will also ponder whether the current regime is enough law-wise.

KEYWORDS:

Self-regulation; alcoholic beverages; minors; sponsorship; advertising; labels.

Siglas e abreviações

Al.	Alínea
Art.	Artigo
Cfr.	Conforme
Cit.	Citação
Cód. Pub.	Código da Publicidade
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
ENLCC	Estratégia Nacional de Luta contra o Cancro
EPAL	Empresa Portuguesa das Águas Livres
ERC	Entidade Reguladora para a Comunicação Social
FPF	Federação Portuguesa de Futebol
Ibidem	Mesmo autor e mesma obra que a nota imediatamente anterior
kha	milhares de hectares
l	litro
m	milhão
mha	milhões de hectares
mhl	milhões de litros
N.º	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
Pág(s).	Página(s)
Pág.	Página
SCC	Sociedade Central das Cervejas e Bebidas
SICAD	Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências
SNS	Sistema Nacional de Saúde
Ss.	Seguintes
TVI	Televisão Independente
Vol.	Volume

Introdução

As bebidas alcoólicas fizeram, desde sempre, parte do quotidiano da população, seja nos momentos em que se procura *festejar* ou *conviver,* seja nos momentos em que se busca alguma espécie de *consolo,* seja pelo prazer da *degustação*. No entanto, também nunca foram tantos os alertas sobre os impactos negativos advindos do consumo de álcool.

Ora, num mundo em que somos constantemente inundados por publicidade, mostra-se relevante haver uma monotorização daquilo que chega até ao consumidor, principalmente quando nos referimos a um produto que pode provocar doenças, acidentes e até mesmo mortes, quando ingerido de desmoderadamente.

A publicidade, como nos indica o sumário do Código da Publicidade, assume um importante e significativo alcance seja no domínio da atividade económica, seja como instrumento privilegiado do fomento da concorrência. Porém, há que prever e considerar regras mínimas. Neste seguimento, as bebidas alcoólicas surgem como uma restrição ao objeto de publicidade.

Os princípios basilares da publicidade a bebidas alcoólicas encontram-se presentes no art. 17.º e 20.º do Código da Publicidade, notaremos, contudo que a Autorregulação tem vindo a ocupar um papel de destaque no tratamento desta matéria.

Desde logo, veremos que a publicidade pode assumir as mais variadas formas, pelo que serão abordadas algumas das controvérsias que sondam a publicidade a bebidas alcoólicas, tais como a questão dos menores, dos patrocínios e dos rótulos.

Consequentemente, o presente artigo pautar-se-á por uma análise diversa e multifacetada. Desse modo, atentaremos à letra da lei, aos seus diferentes modos de interpretação

e elencaremos brevemente algumas decisões, portuguesas ou estrangeiras, face aos múltiplos tópicos. A par de tal leitura, recorreremos também a outros elementos, tais como alguns estudos e estatísticas.

O objetivo será, por um lado, clarificar as problemáticas associadas a este tipo de publicidade e, por outro, trazer novas perspetivas. Ao longo do excurso, acompanhar-nos-á a inquietação se estará o direito a fazer o suficiente, ou o que poderia fazer de diferente, no que toca à regulação da publicidade às bebidas alcoólicas.

1. Conceitualização

1.1. Conceito de publicidade

"A publicidade é disciplinada por lei" – assim consagra o art.60.º/2 CRP que tem como epígrafe "direitos dos consumidores". Ora, a publicidade surge definida pelo art. 3.º/1 do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro.

Na noção podemos identificar três elementos. Defrontamo-nos, primeiramente, com um elemento objetivo ("qualquer forma de comunicação"), dado que a publicidade é uma conduta externa que se dirige a determinados agentes económicos, distinguindo-se de mensagens com efeitos meramente internos [1].

Segue-se um elemento subjetivo, que se destaca pelo seu conteúdo amplo[2], tendo em conta as várias entidades que podem fazer publicidade – de "natureza pública ou privada" – (o n.º 2 do art. 3.º inclui também a Administração Pública).

[1] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual de direito da publicidade*, 2.ª edição, Petrony Editora, Coimbra, 2013, pág.27.

[2] Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual de direito da publicidade*... pág.28.

Contudo, é o fim ou objetivo da mensagem, isto é, o elemento teleológico que se mostra crucial para absorver a definição. Desde logo, podemos destacar o conteúdo económico da comunicação (a promoção de bens ou serviços), o que faz com que a propaganda política não seja considerada publicidade [3] para efeitos do diploma (n.º 3 do art. 3.º). Ainda assim, ideias, princípios, iniciativas ou instituições também podem ser promovidas. Portanto, o que releva é a idoneidade objetiva da mensagem e o seu carácter voluntário[4].

Deste modo, o art. 37.º CRP (respeitante à liberdade de expressão e informação) e o art. 61.º CRP (referente à iniciativa privada, cooperativa e autogestionária) abrangerão a liberdade publicitária dos anunciantes. Pode, no entanto, ser ordenada "publicidade corretora" no âmbito de medidas cautelares, quando a gravidade do caso o justifique ou se possam minimizar efeitos de publicidade ilícita (art. 41.º/7 Cód. Pub.).

1.2. Conceito de bebida alcoólica

O Decreto-Lei n.º 50/2013, de 16 abril, referente regime de disponibilização, venda e consumo de bebidas alcoólicas, apresenta no seu art. 2.º as definições de "bebida alcoólica", "bebida espirituosa" e "bebida não espirituosa". O principal fator distintivo destes conceitos prende-se com o título alcoométrico.

A alínea b) do art. 2.º do Decreto-Lei mencionado remete para o Regulamento (CE) n.º 110/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro de 2008 que considerou

[3] Também a publicidade legislativa, notarial, registal e de atos judiciais, administrativos e fiscais está excluída do âmbito da aplicação do diploma. – Ana Clara Azevedo De Amorim, *Manual de direito da publicidade*… pág.29.

[4] Cfr. Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual de direito da publicidade*… pág.29.

entender-se por "bebida espirituosa"[5] uma bebida alcoólica com um título alcoométrico mínimo de 15% volume. Por sua vez, à luz da alínea c) do art.2.º considera-se "bebida não espirituosa" aquela que contenha título alcoométrico superior a 0,5 % vol, mas inferior ao de 15% vol.

Consequencialmente, o art. 2.º/a) do DL n.º 50/2013 considera "bebida alcoólica": cerveja, vinhos, outras bebidas fermentadas, produtos intermédios, bebidas espirituosas ou equiparadas e bebidas não espirituosas.

Em resumo, todas as bebidas espirituosas e não espirituosas são bebidas alcoólicas, mas nem todas as bebidas alcoólicas são espirituosas. A noção de bebida alcoólica é a mais ampla das três, pois abrange tanto as bebidas espirituosas, como as bebidas não espirituosas, visto que a referência do título alcoométrico são os 0,5 % vol.

2. As bebidas alcoólicas enquanto restrições ao objeto da publicidade

O art.17.º/1 Cód. Pub. assinala que a publicidade a bebidas alcoólicas "só é consentida quando…". Tal significa que a publicidade a bebidas alcoólicas é permitida, desde que que obedeça a uma série de exigências assinalas por sete alíneas.

Em contrapartida, o art.20.º Cód. Pub. assinala a proibição da publicidade a bebidas alcoólicas em estabelecimentos de ensino, publicações, programas ou atividades destinadas a menores.

5 Revogado pelo Regulamento (UE) 2019/787 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativo à definição, designação, apresentação e rotulagem das bebidas espirituosas, à utilização das denominações das bebidas espirituosas na apresentação e rotulagem de outros géneros alimentícios e à proteção das indicações geográficas das bebidas espirituosas, à utilização de álcool etílico e de destilados de origem agrícola na produção de bebidas alcoólicas.

Os arts. 17.º e 20.º do Código da Publicidade já estavam presentes na 1.ª versão do diploma, em 1990, no entanto a redação tal como hoje a conhecemos deu-se no ano de 2001.

Neste sentido, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 166/2000 é fulcral para percebermos como chegámos à atual redação do art. 17.º Cód. Pub. A Resolução, que data o ano 2000, começava por indicar que Portugal figurava um dos maiores consumidores mundiais de bebidas alcoólicas, verificando-se um aumento do consumo nas camadas jovens e no sexo feminino. Face aos dados, com o objetivo de lutar ou combater contra o consumo excessivo ou o abuso de bebidas alcoólicas, aprovou-se o chamado "Plano de Ação contra o Alcoolismo" que se baseava no Plano de Ação Europeu sobre o Álcool (1992-1999 e 2000-2005) da OMS.

Por consequência, a Resolução estipulou orientações e medidas relativas à legislação e fiscalização que se refletiram diretamente no art. 17.º Cód. Pub., através da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 332/2001, de 24 de Dezembro. Deste modo, modificou-se o n.º 2, alargando-se o período de proibição da publicidade na televisão e na rádio e acrescentou-se, para além dos condicionalismos já existentes nas alíneas do n.º 1, os números 4, 5 e 6. Regressaremos, mais adiante, ao art. 17.º e às problemáticas que levantam os seus números, tendo a Resolução como pano de fundo.

Note-se, ainda, que o Código da Publicidade está harmonizado com as Diretivas n.os 84/450/CEE e 89/552/CEE, bem como com a Convenção Europeia sobre a Televisão sem Fronteiras. A própria diretiva 89/552/CEE, no seu art. 15.º já definia critérios para a publicidade televisiva de bebidas alcoólicas.

Por fim, convém notar que a violação do disposto nos arts. 17.º e 20.º Cód. Pub. é punível com coimas, cujo valor varia consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva – assim

o dita o art. 34.º, n.º 1, alíneas a) e b) Cód. Pub., respetivamente. Ora, este artigo carece de uma atualização visto que os valores constantes das alíneas b) e c) ainda estão na moeda antiga.

3. A Autorregulação[6] Publicitária em matéria de publicidade a bebidas alcoólicas

A Autorregulação Publicitária[7] é um organismo privado, sem fins lucrativos e de adesão voluntária que tem por objetivo a "defesa da liberdade de expressão comercial e a promoção da dignificação da publicidade", pelo que assegura os "princípios legais, verídicos e honestos"[8]. No que concerne à publicidade a bebidas alcoólicas, a Autorregulação tem vindo a assumir protagonismo, pois a par do art. 17.º do Cód. Pub., contamos também com o Código De Autorregulação Dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial e com o Código De Autorregulação Da Comunicação Comercial em Matéria De Bebidas Alcoólicas – Vinhos E Bebidas Espirituosas.

O Código De Autorregulação Dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial, elaborado pela Associação Portuguesa dos Produtores de Cerveja, aplica-se não só a todas as marcas ou submarcas de cerveja com álcool, mas também a cidras com álcool.

[6] Embora o Site Oficial, bem como outros escritos escrevam "Auto Regulação", neste artigo, seguirei a terminologia do Novo Acordo Ortográfico, escrevendo "Autorregulação".

[7] Assim nominada desde 2016. Já foi também designada de Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (2009), embora tendo sido originalmente constituída em 1991 como Instituto Civil da Autodisciplina Publicidade (1CAP).

[8] Cfr. pode ler-se no Site Oficial da Autorregulação Publicitária, na aba "Quem Somos" – Disponível em https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/

No que concerne às cervejas sem álcool, como o próprio nome indica, não possuem álcool, logo não fará sentido aplicar-lhes a maioria das disposições do Código. No entanto, existem marcas que fazem publicidade a bebidas alcoólicas e a bebidas não alcoólicas (correntemente denominadas de "marcas umbrella"), o que pode gerar uma certa confundibilidade ao consumidor menos atento. Tal também poderia dar azo a publicidade indireta (expressamente proibida pelo art. 60.º/2 CRP).

Ora, de forma a prevenir essa não distinção e com o objetivo de não induzir o consumidor em erro, o Código prevê que no caso específico das marcas de cerveja sem álcool "umbrella", a comunicação comercial deva ser clara e obedecer à proibição horária de não ocorrer na televisão e na rádio entre as 7 horas e as 22 horas e 30 minutos (como já previsto no art. 17.º/2 Cód. Pub. para as bebidas alcoólicas).

Por sua vez, o Código De Autorregulação Da Comunicação Comercial em Matéria De Bebidas Alcoólicas – Vinhos E Bebidas Espirituosas é produto da Autorregulação Publicitária enquanto organismo autorregulador responsável pela implementação e desenvolvimento do sistema de autodisciplina em Portugal. Este é um Código que se dirige à comunicação comercial de bebidas alcoólicas, mais concretamente, aos vinhos e às bebidas espirituosas.

Ambos os Códigos consagram uma série de normas e princípios, semelhantes entre si, que apelam não só ao consumo moderado, bem como a uma consciencialização em relação ao álcool. Sucintamente, tais princípios e normas visam evitar a associação do álcool a comportamentos violentos ou anti-sociais, bem como a impressão de consumo irresponsável e em excesso. Não é permitida a ridicularização de bebidas não alcoólicas e também se consagra que a publicidade deve evitar insinuações de êxito social, desportivo ou

sexual. Prevê ainda que a publicidade não deverá associar o álcool à condução de veículos, nem à atividade laboral. Ademais, tanto um código como outro, enfatizam os casos dos grupos vulneráveis, dando especial atenção aos menores e às mulheres grávidas.

Nesta linha de sensibilização e apelo à prudência no consumo de álcool, inclui-se a obrigatoriedade da conhecida mensagem educacional *"Seja responsável. Beba com moderação"*, em todo o tipo de publicidade a bebidas alcoólicas. Note-se que a referência citada deve obedecer a critérios formais específicos, consoante suporte utilizado para difundir publicidade[9], o que é demonstrativo da ênfase que os Códigos quiseram dar à mensagem.

4. O CASO DOS MENORES E AS CRÍTICAS À AUTORREGULAÇÃO

A lei manifesta, indiscutivelmente, uma preocupação acrescida com os menores.

A alínea a) do art. 17.º Cód. Pub. começa por consagrar que a publicidade a bebidas alcoólicas não se pode dirigir especificamente aos menores, nem estes podem ser apresentados na publicidade a consumir tais bebidas. Seguindo este preceito e pensamento, os Códigos de Autorregulação dos Cervejeiros e dos Vinhos e Bebidas Espirituosas mencionados no ponto anterior estabeleceram que os protagonistas das publicidades a bebidas alcoólicas não podem ter, nem aparentar ter, idade inferior a 21 anos.

No n.º 2 do art. 17.º Cód. Pub., fruto das medidas da Resolução do Conselho de Ministros, consagra-se a proibição da "publicidade a bebidas alcoólicas, na televisão e na rádio,

[9] Por exemplo, no caso dos anúncios televisivos a frase educacional deve surgir na posição horizontal e em tamanho de letra corpo 22, devendo ser exposta num período mínimo de 3 ou 5 segundos, consoante o anúncio tenha duração inferior ou superior a 30 segundos.

entre as 7 horas e as 22 horas e 30 minutos". Este n.º 2 já existia na redação original do Código da Publicidade, no entanto, a proibição era somente até às 21 horas e 30 minutos. Tendo em consideração o cenário que ocasionou a Resolução e mediante os hábitos e rotinas dos jovens que se mostram cada vez mais tardias[10], esta alteração parece completamente justificada.

Sequencialmente, o n.º 5 do art. 17.º Cód. Pub. consagra que a publicidade a eventos em que participem menores não deve "exibir ou fazer qualquer menção, implícita ou explícita," a marcas de bebidas alcoólicas, dando a título de exemplo as atividades desportivas, culturais e recreativas. Em último, o n.º 6 fixa que nesses próprios eventos não podem ser exibidas ou publicitadas marcas de bebidas alcoólicas.

Finalmente, como já mencionado, o art.20.º Cód. Pub. proíbe totalmente a publicidade a bebidas alcoólicas, mas também ao tabaco e o material pornográfico, em estabelecimentos de ensino, publicações, programas ou atividades destinadas aos menores. Este artigo, à primeira vista, parece mostrar-se pouco original ou repetitivo em relação aos números 5 e 6 do art. 17.º Cód. Pub (que já se dirige a eventos em que participem menores) e até mesmo contraditório face ao revogado art.18.º Cód. Pub (Tabaco), na medida em que foi proibida qualquer publicidade a tabaco, independentemente do local. Assim, se por um lado podemos considerar o art.20.º carente de uma atualização, por outro lado, talvez não seja por acaso que este se mantenha inalterado até então… No fundo, parece que o art. 20.º mantém-se como um reforço da preocupação legislativa com a publicidade dirigida aos menores, mais concretamente, com a publicidade a substâncias prejudiciais à saúde e ao desenvolvimento dos mesmos.

[10] Neste sentido JOÃO LIMA CLUNY E JORGE MORAIS CARVALHO, "Publicidade ao tabaco e às bebidas alcoólicas no desporto" *in Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto*, Ano 5, N. 15 (2008), págs. 391-424, pág.407.

Pois bem, a publicidade a bebidas alcoólicas tem levantado controvérsias por si só, contudo, parece ser particularmente discutida em relação aos menores, estimulando algumas divergências.

Desde logo, há que evidenciar uma pesquisa[11] que concluiu que os jovens que tiveram uma maior exposição à publicidade de bebidas alcoólicas surgem como mais propensos a iniciar o consumo de álcool, embriagar-se e a ingerir quantidades de álcool que possam levar a sérios riscos para saúde de forma permanente. Note-se que este estudo examinou a exposição dos jovens à publicidade a bebidas alcoólicas tanto nos tradicionais suportes de difusão (televisão, rádio, cinema) como em outros em ascensão, tais como os outdoors, merchandise, letras de músicas e o mundo digital.

Um outro estudo europeu, cuja publicação remonta ao ano de 2017, debruçou-se sobre a publicidade a bebidas alcoólicas e respetivas políticas públicas[12], onde destaca três temas. O primeiro tema prende-se com os danos que a publicidade a bebidas alcoólicas causa aos grupos vulneráveis, não só quanto aos menores (crianças e adolescentes) como também às mulheres grávidas e às pessoas com dependências de álcool[13], mencionando as conclusões da pesquisa mencionada no parágrafo anterior. No segundo tema apontam-se críticas à Autorregulação, acusando esta de ser insuficiente na proteção dos grupos vulneráveis. Consecutivamente, no terceiro tema, intitulado de alternativas para resolver o problema, sugerem-se políticas internacio-

[11] DAVID JERNIGAN [*ET ALII*], "Alcohol marketing and youth alcohol consumption: a systematic review of longitudinal studies published since 2008" *in Addiction,* Vol. 112, (August 2016), págs.7-20.

[12] MARISTELA G. MONTEIRO [*ET ALII*], "Alcohol marketing regulation: from research to public policy" *in Addiction,* Vol.112, (January 2017), págs.3-6.

[13] Assim conclui um outro estudo de THOMAS F. BABOR [*ET ALII*], "Vulnerability to alcohol-related problems: a policy briefwith implications for the regulation of alcohol marketing" *in Addiction,* Vol.112, (December 2016), págs.94-101.

nais de modo que os governos nacionais fortaleçam a sua própria legislação. Há ainda uma menção à dificuldade de impor políticas públicas que limitem a publicidade a bebidas alcoólicas devido à oposição da indústria que produz as próprias bebidas alcoólicas.

Em consequência deste estudo, várias foram as notícias que se difundiram em Portugal sobre o mesmo, tecendo-se duras críticas à Autorregulação, onde a acusavam de não funcionar e de haver poucos mecanismos de fiscalização e penalização. Defendeu-se até a proibição total da publicidade a bebidas alcoólicas[14].

Por sua vez, a Autorregulação Publicitária exerceu o seu "direito de resposta", defendendo que a publicidade a bebidas alcoólicas ronda os 100% de licitude; que não vê como pode ter esta um impacto nocivo nos jovens, tendo em conta o conteúdo ético-legal da mesma; e referindo o Protocolo com o Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD), visto que este já elogiou a abrangência e eficácia da própria Autorregulação. Deste modo, considera que o referido artigo traduz um "profundo desconhecimento da realidade"[15].

Por outro lado, no mundo dos casos, vejamos a título de exemplo, uma participação contra a emissora de Televisão Independente (TVI) no programa "Em Família", um *talk-show* transmitido aos sábados à tarde. Em torno das 18 horas e 17 minutos, foi entrevistado um *barman* que falou do seu projeto de *cocktails*. O apresentador passeou pelo estúdio com um copo na mão; ofereceu bebida aos presentes e aos teles-

[14] Declarações do investigador HILSON CUNHA FILHO, de acordo com uma notícia presente no Site Oficial do Serviço Nacional de Saúde (SNS). Disponível em https://www.sns.gov.pt/noticias/2017/01/10/jovens-e-marketing-do-alcool/

[15] Assim se pode ler na notícia do Site Oficial da Sapo. Disponível em https://lifestyle.sapo.pt/saude/noticias-saude/artigos/direito-de-resposta-da-auto-regulacao publicitaria-icap

pectadores; referiu que a bebida tinha "muito pouco álcool" e que era "dia de festa" após recusa de algumas pessoas.

A Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), na fundamentação da deliberação, considerou (e bem, penso) que a bebida alcoólica foi alvo de *glamourização,* que se subestimou o seu teor alcoólico e que tal conduta de "desresponsabilização" deveria ser remetida para o horário entre as 22 horas e 30 minutos e as 6 horas. Assim, o Conselho Regulador da ERC deliberou a abertura de procedimento contraordenacional[16] contra o operador TVI.

Em suma, a publicidade a bebidas alcoólicas e a influência que pode ter nos menores é um tema ainda pouco pacífico entre nós. Embora seja unânime o esforço embutido por parte da legislação e da Autorregulação em não mostrar o álcool como algo aliciante, tentando evitar que se incite ao consumo por parte das camadas mais jovens, parece que os efeitos práticos não têm sido os pretendidos.

5. Publicidade e patrocínios

Os patrocínios, seguindo a configuração do Código da Publicidade, são uma forma especial de publicidade. Em tempos, constava no art. 24.º Cód. Pub um conceito de patrocínio, no entanto, parte do artigo foi revogado[17], passando uma definição a constar no art. 2.º, n.º 1, al. o) da Lei Da Televisão E Dos Serviços Audiovisuais A Pedido (LTV) e numa

[16] Deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social ERC/2022/170 (CONTPROG-TV). Disponível em https://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM5OiJtZWRpYS9kZWNpc29lcy9vYmplY3RvX29mZmxpbmUvODU1My5wZGYiO3M6NjoidGl0dWxvIjtzOjM0OiJkZWxpYmVyYWNhby1lcmMyMDIyMTcwLWNvbnRwcm9nLXR2Ijt9/deliberacao-erc2022170-contprog-tv

[17] A Lei n.º 8/2011, de 11 de abril revogou os números 1, 2, 3 e 4 do art.24.º Cód. Pub.

al. h) das disposições específicas dedicadas ao patrocínio do Código de Conduta da Autorregulação Publicitária.

De forma sumária, podemos dizer que o patrocínio é um contrato no qual uma pessoa singular ou coletiva (patrocinador), através de um correspetivo pecuniário, incrementa a sua notoriedade, associando o seu nome, marca, imagem ou símbolo à atividade, imagem, nome ou empresa d'outrem (patrocinado)[18].

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 166/2000, nas orientações de atuação e medidas a tomar, consagrava a proibição dos patrocínios por marcas de bebidas alcoólicas a quaisquer atividades desportivas, bem como a atividades culturais e recreativas dirigidas a menores e a proibição do patrocínio de seleções nacionais por marcas de bebidas alcoólicas.

Em França, por exemplo, é proibido qualquer patrocínio que tenha por efeito a propaganda ou a publicidade a bebidas alcoólicas, seja ele direto ou indireto[19].

No que concerne ao meio desportivo, no passado, foram alguns os Projetos de Lei apresentados no sentido de proibir a publicidade a bebidas alcoólicas *nas* e *através das* Federações Desportivas, Ligas Profissionais, Sociedades desportivas e Clubes desportivos[20]. Contudo, nenhum dos projetos foi aprovado. Analisemos brevemente o atual cenário legislativo.

5.1. Publicidade e patrocínios[21] a atividades desportivas, culturais e recreativas dirigidas a menores

À primeira vista, ao consultarmos o art. 17.º e o art. 24.º Cód. Pub., não encontramos nenhuma referência expressa a

[18] Assim se pode retirar da leitura de Rui Moreira Chaves, *Regime jurídico da publicidade*, Coimbra, Almedina, 2005, pág.238.

[19] Assim o dispõe o article L3323-2 du Code de la santé publique.

[20] Recordem-se os quatro Projetos de Lei do Bloco de Esquerda neste sentido: em 2004, o Projeto de Lei n.º 438/X e o Projeto de Lei n.º 484/IX; em 2008, o Projeto de Lei n.º 69/X e o Projeto de Lei n.º 491/X/3ª.

uma proibição dos patrocínios em atividades desportivas, a atividades culturais e recreativas.

No entanto, encontramos no n.º 5 do art. 17.º Cód. Pub. um dever de não exibir ou mencionar quaisquer marcas de bebidas alcoólicas, implicitamente ou não, nas comunicações comerciais e publicidade de eventos em que participem menores. De seguida, o n.º 6 do art. 17.º proíbe a exibição ou publicitação de marcas de bebidas alcoólicas nos locais onde decorram esses tais eventos. Assim, podemos considerar abrangidos os patrocínios.

O aludido n.º 5 usa uma forma verbal de "participar", o que pode sugerir algumas dúvidas: estaria proibida qualquer tipo de publicidade a bebidas alcoólicas somente por um menor atuar ou comparecer num evento? A resposta seria afirmativa se fizéssemos uma "leitura restritiva da lei", contudo há quem considere que devemos assumir uma "interpretação mais realista e consentânea da lei" [22] na medida em que o legislador pretenderia proibir a publicidade às bebidas alcoólicas somente nos eventos especialmente destinados aos menores, como por exemplo, uma peça de teatro infantil.

Ora, os Código da Autorregulação já mencionados entendem os "programas dirigidos a menores" como aqueles que tenham uma audiência de tal grupo etário superior a 30%.

Neste sentido, podemos sempre questionar se se encontra justificado que eventos culturais, como é o caso dos festivais de verão sejam usualmente patrocinados por marcas

[21] Apesar de "patrocínio" conter uma noção própria, este faz parte do universo da "publicidade" que por sua vez fazem parte do universo das "comunicações comerciais", pelo que deverá entender-se que também a ele nos referimos quando usado somente o termo "publicidade" (os próprios Códigos e o organismo da Autorregulação em si já adotam a ampla expressão "comunicação comercial" para se dirigirem a uma série de atividades).

[22] JOÃO LIMA CLUNY E JORGE MORAIS CARVALHO, "Publicidade ao tabaco e às bebidas alcoólicas… cit. pág.417.

de bebidas alcoólicas[23]. Se por um lado, o espetáculo não é pensado especificamente para os menores, nem dirigido a estes, por outro, é inegável que além de a entrada do recinto não lhes ser vedada, estes são um dos públicos alvo.

A mesma questão pode ser colocada em relação a um espetáculo desportivo dos escalões mais jovens. À partida, dir-se-ia ser proibido, visto que os menores são os protagonistas do evento, no entanto, esse mesmo evento é aberto a todo um público. Neste específico caso, acredito que devemos considerá-lo abrangido pela restrição do n.º 6, o que significaria que, não raras vezes, as entidades ligadas às performances desportivas violam o mencionado disposto[24-25].

No fundo, para todos os efeitos devemos entender que a publicidade a bebidas alcoólicas é permitida em relação a quaisquer eventos e em quaisquer locais, desde que esse evento não seja especificamente dirigido a menores. Ainda assim, os referidos exemplos não deixam de ser questionáveis.

5.2. Publicidade e patrocínio de bebidas alcoólicas associada aos símbolos nacionais

No que diz respeito à proibição do patrocínio de seleções nacionais por marcas de bebidas alcoólicas também não

[23] Veja-se a título de exemplo a marca de cervejas Super Bock e a marca de cidras Somersby que patrocinam festivais como o "RFM SOMNII", o "MEO Sudoeste" ou o "Vodafone Paredes de Coura" (informação retirada dos Sites Oficiais de cada um dos mencionados festivais).

[24] Tal violação acontece principalmente no âmbito da publicidade estática. Nos link's seguintes podemos visualizar fotografias, cujo protagonismo cabe aos jovens jogadores, no entanto, com uma menção à Cerveja Sagres (patrocinadora do clube em causa) por de trás. https://www.slbenfica.pt/pt-pt/agora/noticias/2023/01/14/futebol-formacao-sub-17-jogo-benfica-sc-espinho-2-jornada-fase-apuramento-campeao-campeonato - https://www-slbenfica.pt/pt-pt/agora/noticias/2022/11/27/futebol-formacao-juvenis-benfica-sporting-14-jornada-serie- c -1- fase - campeonato-nacional.

[25] Podemos ainda questionar se apesar de não ser permitida publicidade/patrocínio a bebidas alcoólicas, por exemplo, num jogo de futebol dos Infantis (12-13 anos) e dos Juvenis (15-17 anos), até que ponto poderia permitida a publicidade a marcas "umbrela", como a cerveja Sagres ou a cerveja Super Bock 0% álcool.

encontramos nenhuma alínea que o preveja diretamente. No entanto, encontramos no n.º 4 do art. 17.º a proibição de associar a publicidade a bebidas alcoólicas aos símbolos nacionais (a bandeira, o hino e a língua portuguesa).

Vejamos o exemplo da Federação Portuguesa de Futebol (FPF), responsável pela organização da Seleção Portuguesa de Futebol, que tem como um dos parceiros mais antigos a Cerveja Sagres[26]. Consecutivamente, os equipamentos oficiais dos jogadores de futebol que representam a Seleção nos campeonatos desportivos costumam ter uma menção à marca da cerveja. Em anos de competições internacionais (como o Euro e o Mundial) são frequentes as publicidades em que se associa a cerveja Sagres ao espetáculo desportivo, apresentando-se um clima de festividade, mostrando-se jogadores ou adeptos com o equipamento da seleção e com cachecóis alusivos às cores da bandeira nacional[27]. É também bastante comum mostrar-se o símbolo da FPF, que além de ter algumas semelhanças com o escudo da bandeira nacional, é por muitas vezes confundido pela população em geral, que costuma associar as duas insígnias[28]. A este res-

[26] Conforme se pode ler no Site Oficial da Federação Portuguesa de Futebol. Disponível em: https://www.fpf.pt/pt/patrocinadores/detalhe-do-patrocinador/sponsor/32

[27] Veja-se a título de exemplo a recente publicidade relativa ao Mundial de Futebol Feminino de 2023: https://www.youtube.com/watch?v=D1M0gGZy_J8&ab_channel=CervejaSagres ou a publicidade relativa ao Mundial de Futebol de 2018 https://www.youtube.com/watch?v=5FiVt_z-MRo&ab_channel=CervejaSagres ou a publicidade relativa ao Mundial de Futebol de 2012: https://www.youtube.com/watch?v=cPfdQqskTQs&ab_channel=CervejaSagres (aos 35 segundos mostram-se várias bandeiras nacionais).

[28] Acrescente-se ainda o facto de ser prática comum tanto de adeptos, como de jogadores, quando ocorrem estes eventos desportivos, fazerem-se acompanhar pela bandeira nacional. A este propósito relembremos a "corrida às bandeiras" pelo Euro 2004: https://www.publico.pt/2004/06/10/desporto/noticia/febre-nacional-pelo-euro-2004-provoca-corrida-as-bandeiras-de-portugal-1196219

peito, mencione-se ainda que a próprio logótipo da cerveja Sagres remete para o escudo da bandeira portuguesa.

Ou seja, apesar de não haver menção às seleções nacionais no art. 17.º Cód. Pub. e de os seus símbolos não serem símbolos nacionais de acordo com o art. 11.º da CRP, é inegável que há uma notável associação entre os mesmos.

No que toca a esta questão da associação dos símbolos nacionais à seleção vale referir o Processo n.º 8J/2016 em que a Sociedade Central das Cervejas e Bebidas (SCC) apresentou queixa contra a Unicer Bebidas, devido à comunicação comercial da cerveja Carlsberg[29]. Dos factos, entre outras coisas, consta que a cerveja Carlsberg usou as cores verde e encarnada, um cachecol com essas mesmas cores com o escudo da bandeira nacional e o slogan "Provavelmente a melhor equipa do mundo". A comunicação comercial ocorreu num cenário de Euro 2016, sendo que a cerveja Carlsberg não é um patrocinador da Seleção Nacional de Futebol (a contrário da cerveja Sagres comercializada pela SCC).

Sequencialmente, a SCC argumentava que haveria aqui uma "associação clara, porém ilícita" da referida cerveja enquanto patrocinadora do espetáculo desportivo. Ora, a Segunda Secção Júri de Ética do ICAP deliberou no sentido da desconformidade da comunicação social e ordenou a cessação da sua divulgação.

Deste modo, se fizermos uma interpretação extensiva[30] do n.º 4 do art. 17.º Cód. Pub., podemos considerar proibida a publicidade e o patrocínio por parte de marcas de bebidas alcoólicas nos espetáculos desportivos. Isto, porque, apesar

[29] Processo 8J/ 2016 :: SCC – Sociedade Central de Cervejas, S.A. vs. UNICER – Bebidas de Portugal, SGPS S.A. Deliberação publicada a 18 de Julho 2016 no Site Oficial da Autorregulação. Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/8j-2016-scc-sociedade-central-cervejas-s-vs-unicer-bebidas-portugal-sgps-s/

[30] Assim defende que o façamos JOÃO LIMA CLUNY E JORGE MORAIS CARVALHO, "Publicidade ao tabaco e às bebidas alcoólicas… pág.418.

de o símbolo da FPF e da Sagres não serem símbolos nacionais conforme a CRP, há uma forte associação entre os mesmos e a própria bandeira de Portugal, enquanto símbolo nacional, é usualmente referenciada através das cores (quando não é explicitamente usada).

Inclusive, a deliberação referida mostra como a seleção nacional já está intimamente relacionada aos símbolos nacionais, tal é a associação às cores e ao escudo da bandeira. Consequentemente, fazendo-se a dita interpretação extensiva tanto a conduta da SCC como da Carlsberg constituiriam um exemplo de um patrocínio ou de uma publicidade ilegal.

Em adição, refira-se ainda o Processo n.º 1 J/2018 em que também a SCC apresentou uma queixa, desta vez, contra a Empresa Portuguesa das Águas Livres (EPAL)[31] por uma publicidade que tinha como slogan "Temos sede de vitórias", de modo a promover a água da torneira. Mais uma vez, estamos num cenário de espetáculo desportivo, o Mundial 2018. Na publicidade, mostram-se cinco jovens, sendo que um deles, que vestia uma camisola alusiva ao equipamento da Seleção Nacional, dirige-se a um senhor para pedir "cinco copos de cer…" (indicando ser cerveja) mas, após um *flashback* que remete para uma memória de infância, decide pedir "cinco copos de água" (dando-se de seguida foco numa torneira). Em destaque surge "Amigos de Sempre. Bom Ambiente. A água que nos une. Força PORTUGAL.".

A SCC argumentou que a EPAL pretendia ser associada como patrocinadora da Seleção Nacional no Mundial 2018 e pedia que a publicidade fosse declarada ilícita. Enquanto isso, a EPAL defendeu que a publicidade queria dar a entender ser melhor beber água do que cerveja e, preferen-

[31] Processo 1J / 2018 :: SCC – Soc. Central de Cervejas vs. EPAL – Empresa Portuguesa das Águas Livres. Deliberação publicada a 20 de Julho 2018 no Site Oficial da Autorregulação, Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/1j-2018-scc-vs-epal/

cialmente, a da torneira. Ora, o Júri deliberou no sentido da improcedência da queixa apresentada.

Neste segundo caso, a questão a resolver prendia-se com risco de se associar a EPAL como patrocinadora da Seleção Nacional. No entanto, também aqui a publicidade pretendia que o espectador associasse o clima desportivo à bebida publicitada, a água, repassando a mensagem que além de contribuir para um estilo de vida mais saudável, também pode ser usada em tom de festejo face àquele evento. E fê-lo como? Através das cores da bandeira e da alusão ao equipamento nacional.

A diferença é que neste caso já não estaríamos perante uma ilegalidade, visto não estar em causa uma marca de bebida alcoólica.

Ora, quanto a este ponto, concluímos à partida que a Resolução não foi bem-sucedida ao implementar as suas orientações. No entanto, deixa-se uma margem para questionamento sobre esse dito insucesso, caso nos prontifiquemos a pensar para além do que está na letra da lei.

6. O que nos diz a economia e a estatística?

Não tendo por intenção transformar, de modo algum, o presente artigo numa espécie de núncio sociológico ou económico, no entanto, tendo em conta que a figura central deste excurso são as bebidas alcoólicas, considero relevante que sejam apresentados alguns dados sobre o impacto das mesmas, seja na economia, seja nos cidadãos.

Um Relatório sobre as vinhas e o vinho referente ao ano de 2022[32], relata que as vinhas ocupavam uma área mundial estimada em 7.3 mha, sendo que Portugal ocupava 193 kha

[32] Resumo da autoria de SAJN NIKOLINA, "State of the world vine and wine sector in 2022", disponível em https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)751399

(2,7%), produzindo 6.8 mhl de vinho dos 258 mhl produzidos à escala mundial (corresponde a 2,6%).

Mundialmente, consumiu-se 232 mhl, sendo que 48% desse consumo (111 mhl) foi feito pelos países da União Europeia, surgindo Portugal em 10.º lugar na tabela, dado que o consumo de vinho ronda os 6.0 mhl (marca uma subida de 14.3% em relação a 2021).

Numa perspetiva de comércio, a quantidade de vinho exportada diminuiu e os preços aumentaram. No entanto, Portugal mostra-se estável neste quesito, visto que exportou uma quantidade correspondente a 3.3 mhl (ocupa o 7.º lugar a nível de exportadores da UE e o 8.º lugar a nível mundial), o que gerou 940m de euros. No que toca às importações, Portugal importou 2.8 mhl de vinho, correspondendo a 188m de euros. A balança comercial mostra-se, portanto, favorável.

Neste seguimento de ideias, houve quem, utilizando anos de dados meteorológicos concluísse que o tempo seco e quente produz os melhores vinhos, adicionando que prever a qualidade e o preço do vinho pode ser como prever o de outro bem no mercado. Opostamente, houve quem concluísse que que as escolhas tecnológicas afetam mais a qualidade do vinho do que as suas condições naturais (o *terroir* [33])[34].

De um outro ângulo, fez-se um estudo em que se pretendia avaliar o impacto de um conceituado guru no preço dos vinhos, mesmo depois de o preço já estar determinado. Averiguou-se que os vinhos altamente qualificados beneficiaram um aumento nos preços após a avaliação por parte do guru

[33] O conceito francês remete ao conjunto de fatores da vinha e da uva que levam a certas personalidades de vinho, tais como o solo, a topografia, a cultura. Disponível em: https://www.revistadevinhos.pt/beber/terroir-sabe-o-que-significa

[34] Assim concluem ALAN DUNCAN AND DAVID GREENAWA, dos estudos de ASHENFELTER e de GERGAUD e GINSBURGH, respetivamente – "The Economics of wine – Introduction" *in The Economic Journal*, Vol. 118, No 529 (June 2008), págs.37-41

e que os vinhos menos qualificados, apesar de não terem sentido um impacto tão forte, sempre ficaram melhores do que se não tivessem recebido qualquer avaliação[35].

Outros dados mostram que o setor da cerveja[36], em Portugal, constitui cerca de 1,5% do PIB (2. 602 milhões de euros). Em 2019 atingiu-se um marco histórico, pois foram produzidos 710 milhões de litros de cerveja. Relativamente às exportações, o setor cervejeiro tem um peso de 9,9%, ainda assim, são mais do que as importações que ronda os 9,1%.

Mudando de perspetiva, analisemos o impacto do consumo de álcool a nível de saúde, tendo por referência a Sinopse Estatística de 2021 elaborado pelo SICAD[37].

Desde logo, o consumo de álcool *per capita* aumentou, visto que em 2015 rondava os 11,9 litros de álcool puro por ano e em 2019 se situava nos 12,1 litros.

Estes são dados alarmantes, visto que a média da Região Europa (OMS) rondava os 9,8 l por pessoa em 2015 e em 2019 assistiu-se a uma redução do consumo de álcool, situando-se o valor nos 9,5 l. Ou seja, o consumo médio *per capita* dos portugueses durante 1 ano é superior ao dos demais habitantes da Europa. O consumo de álcool é mais frequente por parte sexo masculino do que no sexo feminino

Entre os mais jovens, tanto a prevalência de consumo ao longo da vida como nos últimos 12 meses não tem sofrido

[35] HÉLA HADJ ALI, SÉBASTIEN LECOCQ, MICHAEL VISSER, "The Impact of Gurus: Parker Grades and En Primeur Wine Prices" *in The Economic Journal*, Vol. 118, No 529, (June 2008), págs.158-173.

[36] Notícia do estudo realizado pela Universidade Nova SBE. Disponível em: https://www.cervejeirosdeportugal.pt/noticias/sector-cervejeiroprodutivoqualificadoremunerado/ .

[37] Sinopse Estatística do SICAD disponível em: https://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/Documents/2022/SinopseEstatistica21_Alcool_PT.pdf e respetivo relatório disponível em: https://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/180/Sum%C3%A1rio%20Executivo_%202021_RA_%20ASitua%C3%A7%C3%A3oPa%C3%ADsem%20Mat%C3%A9ria%C3%81lcool.pdf

significativas alterações face a anos anteriores (o que não deixa de ser preocupante, visto que mais de 70% dos jovens inquiridos admitem consumir bebidas alcoólicas). Por outro lado, tem aumentado o estado de embriaguez e a prática do *binge*[38].

No ano de 2021 houve 39 874 internamentos hospitalares com diagnóstico principal e/ou secundário atribuíveis ao consumo de álcool e sinalizaram-se 2 544 mortes por doenças atribuíveis ao álcool (correspondendo a 11,9 anos potenciais de vida perdidos).

Mediante os dados retratados podem ser retiradas ao menos duas conclusões. Primeiro, que o setor das bebidas alcoólicas é, indubitavelmente, bastante lucrativo não só a nível nacional, como também a nível europeu e mundial. Segundo, que o consumo não moderado de bebidas alcoólicas tem vindo a aumentar. Por um lado, os jovens começam a beber em idades cada vez mais precoces, por outro, são cada vez mais as ocorrências hospitalares e o número de mortes associadas ao consumo álcool.

Visto isto, é deduzível haver uma pretensão de manter os dados favoráveis face às exportações e ao lucro decorrente das bebidas alcoólicas, Este é um setor que fomenta o desenvolvimento económico, bem como é o responsável por milhares de empregos. No entanto, é também consentâneo os perigos que acarreta o álcool para a vida das pessoas, havendo uma especial preocupação em relação aos grupos vulneráveis.

Face a estas duas dicotomias, não prejudicar a economia, mas incentivar a população a um consumo de bebidas alcoólicas moderado e responsável, impõe-se, neste nosso trabalho, a seguinte questão: o que poderá fazer o direito da publicidade?

[38] Entenda-se por *binge* tomar 5 ou mais doses de uma qualquer bebida alcoólica na mesma ocasião.

Ao longo deste excurso parece ter ficado claro que a legislação, de um modo geral, está atenta às problemáticas e consequências que suscitam as bebidas alcoólicas. Todavia, os estudos e as estatísticas também mostram que a legislação parece não estar a ser suficientemente eficaz. Nos próximos pontos, analisemos opções que podem contribuir para o consumo moderado de álcool e medidas concretas recentemente implementadas.

7. Medidas recentes relativas à regulação das bebidas alcoólicas

7.1. Os rótulos

Em matéria de rotulagem, as regras são emanadas pela União Europeia[39], que determina que as informações obrigatórias sobre os alimentos e bebidas devem ser exatas, fáceis de compreender, não induzir em erro e indeléveis[40].

Nos vinhos certificados, é obrigatório[41] constar no rótulo a marca; a categoria do produto; informações sobre proveniência do vinho e o engarrafador; o número do lote; a denominação de origem; o teor alcoólico e a indicação da presença de dióxido de enxofre ou sulfitos quando a sua concentração seja superior a 10 mg/l (deve ser expressa em SO_2). Desde dezembro de 2023 (a abranger as colheitas de 2024) passou a ser obrigatório constar nos rótulos das bebidas alco-

[39] Quanto a esta matéria serve de base o Regulamento (UE) n.º 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011.

[40] Tal como se pode ler no Site Oficial da União Europeia. Disponível em: https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/food-labelling/general-rules/index_pt.htm

[41] Conforme a esclarecedora representação presente no Site Oficial da DECO PROTeste. Disponível em: https://www.deco.proteste.pt/alimentacao/vinho/dicas/rotulos-vinho-saiba-comoler?int_campaign=producthub&int_source=hubv2&int_medium=hubtips&int_content=tip&int_term=content-card

ólicas a declaração nutricional e a lista de ingredientes do vinho (pode estar disponível através de um código QR)[42].

Por sua vez, é facultativa a informação sobre a cor do vinho; o volume nominal (quantidade de vinho na garrada); indicações sobre como servir e conservar; notas de prova e características do vinho; ano de colheita; castas utilizadas; menções tradicionais (ex. colheita selecionada); e a indicação de que o vinho é desaconselhado a grávidas.

Pois bem, a última informação facultativa mencionada tem gerado alguma polémica entre os Estados Membros da União Europeia. A 21 de junho de 2022, foi apresentada uma proposta por parte da Irlanda em que propunha novas regras de rotulagem nas bebidas alcoólicas. Ora, a Irlanda propunha que as garrafas dos vinhos, cervejas e outras bebidas alcoólicas passassem a conter nos rótulos mensagens de advertência como "O consumo de álcool causa doenças do fígado" e "Há uma ligação direta entre o consumo de álcool e cancros fatais" à semelhança daquilo que acontece com os maços de tabaco. Propunha ainda que fosse inserido nos rótulos um pictograma, alertando sobre os perigos do consumo de álcool para as mulheres grávidas e, por fim, que constasse dos rótulos um link para a página da Web " https://www.askaboutalcohol.ie/ ".

A proposta da Irlanda foi aprovada, no entanto, vários foram os Estados Membros da União Europeia, entre os quais Itália, Espanha e Portugal, que se manifestaram contra a medida. Rapidamente surgiram notificações de variadas entidades portuguesas, tais como a Associação de Vinhos e Espirituosas de Portugal, os Cervejeiros de Portugal e a Federação

[42] Assim determinado pelo Regulamento (UE) 2021/2117 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2 de dezembro de 2021. Esta alteração gerou a criação do Livro Branco – Rotulagem de vinhos, https://agrovin.com/agrv/pdf/catalogos/po/Livro%20Branco%20Rotulagem%20de%20vinhos%202023.pdf por parte do grupo Agrovin.

das Indústrias Portuguesas Agro-Alimentares[43]. As referidas entidades, apontam que o projeto irlandês é "impreciso" e "desproporcionado" e consideram, sumariamente, que as medidas "comprometem a harmonização coerente da legislação da UE"; que são uma "barreira ao comércio que põe em causa o Mercado Único"; e que constituem uma "advertência sanitária inexata e desproporcionada sem evidências científicas".

Apesar de Portugal estar longe de concordar com a implementação desta medida, não me parece que seja tão descabida como se faz parecer. Ironicamente, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 166/2000 já previa nas suas medidas e orientações, uma alínea dirigida à inclusão, nos rótulos das bebidas alcoólicas, de mensagens de alerta sobre os danos causados pelo consumo de álcool, dirigindo-se especialmente às mulheres grávidas, às mulheres que amamamentam e aos menores.

As mencionadas mensagens nos rótulos, a par da publicidade (que já tem como pano de fundo estas mensagens de alerta ao consumo e uma preocupação acrescida com os grupos vulneráveis), podem ser ferramentas poderosíssimas no combate ao alcoolismo ou doenças associadas. As mencionadas Associações parecem negligenciar e até mesmo descredibilizar os inúmeros estudos sobre o impacto que o álcool tem na saúde de cada um, bem como na segurança pública, concentrando-se apenas no impacto que a medida pode vir a ter a nível económico.

Considero ainda importante realçar um pequeno detalhe: ninguém quer prejudicar ou acabar com a indústria dos vinhos, da cerveja ou das bebidas espirituosas, nem se pretende que estes tenham mais entraves ao comércio. O objetivo

[43] O documento com a proposta da Irlanda, bem como as respetivas respostas contra podem ser lidas nas abas "Notification Message" e "Contribution", respetivamente do Site Oficial da União Europeia: https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/en/notification/17834

é sim levar a um consumo responsável, moderado e adequado às circunstâncias de cada um.

7.2. A Estratégia Nacional de Luta Contra o Cancro

Foi aprovada pelo Gabinete da Secretária de Estado da Promoção da Saúde, em dezembro de 2024, a Estratégia Nacional de Luta contra o Cancro, Horizonte 2030, através do Despacho n.º 13227/2023 [44]. A ENLCC baseia-se em 4 pilares fundamentais: a prevenção; a deteção precoce; o diagnóstico e tratamento; e os sobreviventes.

Entre as várias estratégias nacionais, podemos encontrar o reforço da regulamentação do marketing, da publicidade e do patrocínio relativos aos produtos alcoólicos, porém pouco se fala em medidas concretas.

Curiosamente, a proposta da Estratégia Nacional de Luta contra o Cancro para o decénio 2021-2030, elaborada pelo Programa Nacional para as Doenças Oncológicas, também abarcava a publicidade nas suas medidas, no entanto, ia muito mais longe. Na proposta pode ler-se que as estratégias relativas à publicidade e ao marketing são mais "facilitadoras para as bebidas alcoólicas do que para o tabaco". Dessa maneira, previa como um objetivo nacional equiparação da regulamentação do marketing e da publicidade das bebidas alcoólicas "às já existentes e aplicadas ao tabaco", ou seja, a proibição. Logo a seguir incluía nas estratégias nacionais "o desenvolvimento e apresentação de propostas de regulamentação mais restritivas do marketing e publicidade de bebidas alcoólicas"[45].

[44] O Despacho n.º 13227/2023 pode ler-se no Diário da República. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/despacho/13227-2023-835712442

[45] Estratégia Nacional de Luta contra o Cancro para o decénio 2021-2030. Disponível em: https://www.dgs.pt/documentos-em-discussao-publi-

Significa, portanto, que diante a possibilidade de limitar ou proibir a publicidade de bebidas alcoólicas prevista na proposta da ENLCC, preferiu-se não o fazer.

8. Seria a proibição da publicidade a bebidas alcoólicas uma solução?

É notório que surgem cada vez mais propostas no sentido de restringir, limitar e até mesmo erradicar a publicidade às bebidas alcoólicas. Ora, ao longo dos anos, não faltaram oportunidades para que Portugal o fizesse (com a Resolução do Conselho de Ministros de 2000, com as propostas dirigidas ao desporto, as mensagens nos rótulos, a recente proposta da ENLCC…).

Contudo, o nosso ordenamento mostra-se resistente e pouco flexível em relação à implementação de tais medidas. Portugal parece mostrar-se preocupado com as consequências do consumo das bebidas alcoólicas, no entanto, parece também não acreditar que a solução passe por restringir mais as comunicações comerciais.

Existe, contudo, quem acreditou que a proibição da publicidade a bebidas alcoólicas seria um dos caminhos para a diminuição do consumo de álcool. É o caso, por exemplo, da Noruega.

Na Noruega a publicidade a bebidas alcoólicas é proibida desde julho de 1975. Esta proibição abrange todas as bebidas alcoólicas e todos os meios de comunicação, incluindo as plataformas digitais. Não são proibidas, porém, "avaliações e recomendações de bebidas alcoólicas em artigos de jornais ou em programas de televisão"[46]. A medida parece ter tido um impacto positivo, visto que houve uma redução das vendas

ca/estrategia-nacional-de-luta-contra-o-cancro-2021-2030-entra-em-consulta-publica-pdf.aspx cit. pág.17.

[46] Ingeborg Rossow, "The alcohol advertising ban in Norway: Effects on recorded alcohol sales" *in Drug and alcohol review*, Vol.40, (November 2021), págs.1392–1395, cit. pág.1393 e Site Oficial do EUCAM. Disponível em: https://eucam.info/regulations-on-alcohol-marketing/norway/

de bebidas alcoólicas, no entanto tal conclusão permanece provisória, "devido aos possíveis efeitos do consumo de álcool não documentado e da publicidade através das redes sociais e dos canais de televisão por satélite"[47].

E em Portugal, será que a solução para reduzir o consumo de álcool passará pela proibição da publicidade às bebidas alcoólicas? Tendo em conta todo o excurso, podemos afirmar que é uma opção a considerar. Contudo, face à resistência que o nosso ordenamento tem mostrado, diria que a proibição deste tipo de publicidade teria de ser feita através de um processo gradual, começando, por exemplo, por proibir a publicidade a bebidas alcoólicas na televisão ou no cinema, tal como já acontece noutros países.

Nesse sentido, em França, o article L3323-2 do Code de la Santé Publique, através advérbio "exclusivamente", sinaliza o elenco taxativo de casos em que é permitida a publicidade a bebidas alcoólicas. Em termos gerais, a publicidade é permitida desde que se cinja aos elementos ditos "objetivos" tais como a origem, a descrição, o modo de consumo, etc. Por sua vez, visto não haver qualquer referência no catálogo da lei, não é permitida a publicidade a bebidas alcoólicas em serviços como a televisão, o cinema ou em publicações destinadas a menores[48].

Ainda assim, subsistem algumas dúvidas sobre se a proibição ou limitação da publicidade a bebidas alcoólicas teria efeitos significativos em relação ao consumo de bebidas alcoólicas no nosso país o até que ponto faria sentido fazê-lo.

O sumário que antecede o nosso Código da Publicidade refere que este não tem como propósito recorrer a "intenções paternalistas" e que recusa "soluções de cariz protecionista". Relembremos que o consumidor, no nosso ordenamento, segue o "padrão

[47] INGEBORG ROSSOW, "The alcohol advertising ban in Norway…" pág.1395.

[48] Conforme o Site do serviço de informação de álcool. Disponível em https://www.alcool-info-service.fr/alcool/loi/alcool-reglementation-publicite

do homem médio", e por isso, sendo devidamente informado, será plenamente capaz de tomar as suas próprias decisões. Não nos referimos, portanto, ao consumidor como alguém vulnerável (pois todo o consumidor é potencialmente vulnerável), admitindo antes que haja consumidores que "apresentam características específicas que os colocam numa situação agravada de vulnerabilidade"[49] remetendo-nos sim a grupos vulneráveis.

Seguindo esta lente, o consumidor, ao contactar com uma qualquer publicidade a alguma bebida alcoólica deverá ter a devida destreza de tomar as próprias decisões mediante aquilo que considera ser melhor para si. Além disso, o Cód. Pub. já prevê normas específicas para os menores, que embora não sejam considerados consumidores, consubstanciam um grupo vulnerável.

Por sua vez, também há que questionar se limitar ao extremo a publicidade ou proibi-la não põe em causa um princípio da livre iniciativa económica e de liberdade de expressão (ambos constitucionalmente consagrados), na medida, em que se estaria a impedir empresas, cuja atividade é o setor das bebidas alcoólicas, de divulgarem o seu produto e de se demarcarem no mercado.

Além disso, há que ter em conta que a publicidade tem ela muitas vestes: hoje em dia, pensar nos meios de divulgação da publicidade já não significa pensar apenas na televisão, na rádio, nos outdoors ou no cinema. Com a revolução tecnológica, a publicidade nunca se propagou de modo tão célere, fácil e astucioso. Com apenas "um clique" e sem qualquer intenção de tal, somos inundados de publicidade não desejada, e muitas vezes até, sem opção de a ignorar. Ora, uma lei que proíba a publicidade a bebidas alcoólicas terá que ter em conta o mundo digital em que vivemos e ter a consciência

[49] SANDRA PASSINHAS, "O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português" *in Estudos de Direito do Consumidor,* N.º 15 (dezembro de 2019), págs.255-311, cit. pág.258 e 259.

de que apenas diminuirá consideravelmente a exposição das pessoas à mesma, não significa que a erradicará totalmente.

Em França, o Tribunal Judicial de Paris[50] considerou que a publicidade de bebidas alcoólicas feita pelos *influencers* nas redes sociais Instagram violava a Lei Evin (que deu azo à redação já mencionada), até porque não fazia parte do elenco taxativo do article L3323-2 do Code de la Santé Publique. Em consequência, o Tribunal ordenou que fossem removidas todas as publicações que publicitassem as bebidas alcoólicas [51] e ficou esclarecido que tais publicidades eram proibidas.

Resta, portanto, pesar os argumentos apresentados, contra e a favor da publicidade a bebidas alcoólicas. Seria a proibição da publicidade a bebidas alcoólicas uma solução…?

Bom, diria que seria ingénuo acreditar que a limitação ou abolição da publicidade reduziria drasticamente o consumo de bebidas alcoólicas. Todavia, as estatísticas não mostram um cenário favorável, pelo que não podemos negligenciar as significativas quantidades de álcool ingeridas por pessoa, o consumo entre os mais jovens e a quantidade de mortes e internamentos.

Assim, se a publicidade puder contribuir para um abrandamento desses números, porque é que não haveremos de investir na mesma? Até porque, grande parte do trabalho teórico-legislativo, já foi feito com a Resolução do Conselho de Ministros, há mais de 20 anos… falta passar à prática.

Conclusão

[50] Decisão disponível em https://addictions-france.org/datafolder/uploads/2023/02/MINUTE.pdf

[51] Marc Barros, "Influenciadores em França obrigados a "apagar" álcool" in *Revista de Vinhos* (2023). Disponível em: https://www.revistadevinhos.pt/noticias/influenciadores-em-franca-obrigados-a-apagar-alcool

Vimos que a publicidade a bebidas alcoólicas tem vindo a ser cada vez mais discutida, não faltando propostas para que seja limitada ou até mesmo proibida.

Apesar do esforço por parte dos Códigos para evitar qualquer coexistência ou referência da publicidade a bebidas alcoólicas e menores, existem estudos que provam que os jovens em contacto com as publicidades a bebidas alcoólicas têm uma probabilidade maior de vir a consumir as mesmas.

Em matéria de patrocínios, apesar das diversas propostas no sentido de proibir os mesmos, ao menos nas atividades desportivas, nada se fez. Enquanto isso, no que se refere aos símbolos nacionais, parece-se simplesmente ignorar a manifesta associação entre estes e o mundo desportivo.

Por sua vez, quanto aos rótulos, a Irlanda parece permanecer sozinha na inclusão de mensagens e pictogramas de alerta, uma medida que apesar de (me) parecer simples e razoável, surge para todos os demais Estados Membros como uma barreira ao comércio e à economia.

Enquanto isso, a ENLCC, provou, mais uma vez, que o nosso ordenamento não está disposto a proibir a publicidade a bebidas alcoólicas. Surge, contudo, sempre disposto a implementar medidas de restrição. Onde estão elas?

Claro que a publicidade não pode ter um cariz educativo e protecionista, afinal, não é a esta que cabem tais funções. No entanto, não podemos também ignorar o impacto que as bebidas alcoólicas têm tido na vida de cada um e como a publicidade pode estar a contribuir para isso. Assim, se a publicidade puder fazer algo nesse sentido, não vejo razão para que permaneça na inércia.

Bibliografia

Livros e revistas

ALI, Héla Hadj; LECOCQ, Sébastien; VISSER, Michael, "The Impact of Gurus: Parker Grades and En Primeur Wine Prices" in The Economic Journal, Vol. 118, No 529, (June 2008), págs.158-173.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de direito da publicidade, 2.ª edição, Petrony Editora, Coimbra, 2013.

BABOR, THOMAS F. [*ET ALII*], "Vulnerability to alcohol-related problems: a policy briefwith implications for the regulation of alcohol marketing" *in Addiction, Vol.112, (December 2016),* págs.94-101. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/add.13626

CHAVES, RUI MOREIRA, *Regime jurídico da publicidade*, Coimbra, Almedina, 2005.

CLUNY, JOÃO LIMA; CARVALHO, JORGE MORAIS, "Publicidade ao tabaco e às bebidas alcoólicas no desporto" *in Desporto e Direito: Revista Jurídica do Desporto*, Ano 5, N. 15 (2008), págs. 391-424.

DUNCAN, ALAN; GREENAWA DAVID, The Economics of wine – Introduction" *in The Economic Journal*, Vol. 118, No 529 (June 2008), págs.37-41.

JERNIGAN, DAVID, [*ET ALII*], "Alcohol marketing and youth alcohol consumption: a systematic review of longitudinal studies published since 2008" *in Addiction,* Vol. 112, (August 2016), págs.7-20. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/add.13591.

MONTEIRO, MARISTELA G. [*ET ALII*], "Alcohol marketing regulation: from research to public policy" *in Addiction,* Vol.112, (January 2017), págs.3-6. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/add.13660.

PASSINHAS, SANDRA "O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português" *in Estudos de Direito do Consumidor,* N.º 15 (dezembro de 2019), págs.255-311, cit. pág.258 e 259.

ROSSOW, INGEBORG, "The alcohol advertising ban in Norway: Effects on recorded alcohol sales" *in Drug and alcohol review*, Vol.40, (November 2021), págs.1392–1395, cit. pág.1393.

NOTÍCIAS E OUTROS LINK'S

"Direito de resposta da Auto-Regulação Publicitária-ICAP" – Notícia do Site Oficial SAPO: https://lifestyle.sapo.pt/saude/noticias-saude/artigos/direito-de-resposta-da-auto-regulacao-publicitaria-icap.

"Febre nacional pelo Euro 2004 provoca corrida às bandeiras de Portugal" – Notícia do Jornal Público: https://www.publico.pt/2004/06/10/desporto/noticia/febre-nacional-pelo-euro-2004-provoca-corrida-as-bandeiras-de-portugal-1196219.

"Jovens e marketing do álcool" – Notícia do Site Oficial SNS: https://www.sns.gov.pt/noticias/2017/01/10/jovens-e-marketing-do-alcool/ .

"Terroir. Sabe o que significa?", MOREIRA, MANUEL Notícia presente da *Revista dos Vinhos* (2020). Disponível em: https://www.revistadevinhos.pt/beber/terroir-sabe-o-que-significa.

BARROS, MARC, "Influenciadores em França obrigados a "apagar" álcool" – Notícia presente da *Revista de Vinhos* (2023). Disponível em: https://www.revistadevinhos.pt/noticias/influenciadores-em-franca-obrigados--a-apagar-alcool.

Dados estatísticos por SAJN NIKOLINA, *State of the world vine and wine sector in 2022*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)751399.

Livro Branco – Rotulagem de vinhos, elaborado pelo Grupo Agrovin. Disponível: https://agrovin.com/agrv/pdf/catalogos/po/Livro%20Branco%20Rotulagem%20de%20vinhos%202023.pdf.

Notícia do estudo realizado pela Universidade Nova SBE. Disponível em: https://www.cervejeirosdeportugal.pt/noticias/sector-cervejeiro-produtivo-qualificado-remunerado/.

Sinopse Estatística da SICAD. Disponível em: https://www.sicad.pt/BK/EstatisticaInvestigacao/Documents/2022/SinopseEstatistica21_Alcool_PT.pdf | Respetivo relatório em https://www.sicad.pt/BK/Publicacoes/Lists/SICAD_PUBLICACOES/Attachments/180/Sum%C3%A1rio%20Executivo_%202021_RA_%20ASitua%C3%A7%C3%A3o-Pa%C3%ADsem%20Mat%C3%A9ria%C3%81lcool.pdf

Site do serviço de informação de álcool em França. Disponível em https://www.alcool-info-service.fr/alcool/loi/alcool-reglementation-publicite.

Site Oficial da Autorregulação / Quem somos: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/

Site Oficial da DECO PROTeste. Disponível em: https://www.deco.proteste.pt/alimentacao/vinho/dicas/rotulos-vinho-saiba-como-ler?int_campaign=product-hub&int_source=hubv2&int_medium=hub tips&int_content=tip&int_term=content-card.

Site Oficial da Federação Portuguesa de Futebol / Patrocinadores: https://www.fpf.pt/pt/patrocinadores/detalhe-do-patrocinador/sponsor/32.

Site Oficial da União Europeia / Informações obrigatória nos rótulos. Disponível em: https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/food-labelling/general-rules/index_pt.htm.

Site Oficial da União Europeia / Proposta da Irlanda. Disponível em: https://technical-regulation-information-system.ec.europa.eu/en/notification/17834

Site Oficial do EUCAM. Disponível em: https://eucam.info/regulations-on-alcohol-marketing/norway/.

Vídeos publicitários

Publicidade ao Mundial de Futebol Feminino de 2023 – "Entre nós, há sempre espaço para novos ídolos". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=D1M0gGZy_J8&ab_channel=CervejaSagres.

Publicidade relativa ao Mundial de Futebol de 2012 - Sagres Somos Nós". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cPfdQqskTQs&ab_channel=CervejaSagres.

Publicidade relativa ao Mundial de Futebol de 2018 - "Sagres – Por Portugal, repete o Ritual". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=5FiVt_z-MRo&ab_channel=CervejaSagres.

Decisões

Decisão do Tribunal Judiciaire de Paris de 5 de janeiro de 2023. Disponível em https://addictions-france.org/datafolder/uploads/2023/02/MINUTE.pdf.

Deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social ERC/2022/170 (CONTPROG-TV). Disponível em: https://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM5OiJtZWRpYS9kZWNpc29lcy9vYmplY3RvX29mZmxpbmUvODU1My5wZGYiO3M6NjoidGl0dWxvIjtzOjM0OiJkZWxpYmVyYWNhby1lcmMyMDIyMTcwLWNvbnRwcm9nLXR2Ijt9/deliberacao-erc2022170-contprog-tv.

Processo 1J/2018::SCC–Soc. Central de Cervejas vs. EPAL–Empresa Portuguesa das Águas Livres. Deliberação publicada a 20 de Julho 2018 no Site Oficial da Autorregulação. Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/1j-2018-scc-vs-epal/.

Processo 8J/ 2016 :: SCC – Sociedade Central de Cervejas, S.A. vs. UNICER – Bebidas de Portugal, SGPS S.A. Deliberação publicada a 18 de Julho 2016 no Site Oficial da Autorregulação. Disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/8j-2016-scc-sociedade-central-cervejas-s-vs-unicer-bebidas-portugal-sgps-s/

LEGISLAÇÃO

Código da Publicidade

Código de Auto-Regulação da Comunicação Comercial em Matéria De Bebidas Alcoólicas – Vinhos E Bebidas Espirituosas

Código de Auto-Regulação dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial

Constituição da República Portuguesa

Despacho n.º 13227/2023. Disponível no Site Oficial do Diário da República em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/despacho/13227-2023-835712442

Proposta da Estratégia Nacional de Luta contra o Cancro para o decénio 2021-2030. Disponível em: https://www.dgs.pt/documentos-em-discussao-publica/estrategia-nacional-de-luta-contra-o-cancro-2021-2030-entraemconsulta-publica-pdf.aspx .

Regime de disponibilização, venda e consumo de bebidas alcoólicas.

Regulamento (CE) n.º 110/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro de 2008.

Regulamento (UE) n.º 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011.

Todos os link's estavam disponíveis até à data de 20/01/2024.

A PUBLICIDADE A JOGOS DE SORTE OU AZAR: DA (IN)ADMISSIBILIDADE AO CASO DO FUTEBOL

Gonçalo Proença Fidalgo[*]

Resumo

As restrições à publicidade de jogos de sorte ou azar encontram-se previstas legislativamente no art.21º do Código da Publicidade, artigo fundamental para o desenvolvimento deste trabalho escrito. Apesar de tais restrições se mostrarem pertinentes, o quadro legal é ainda insuficiente para a efetiva proteção dos consumidores vulneráveis e dos menores de idade, especialmente em contexto desportivo (em concreto, no futebol). Este trabalho incidirá em explorar de que forma pode o direito do consumidor responder a uma maior digitalização do jogo de sorte ou azar, e de que forma podem as ligas de futebol e os clubes proteger, efetivamente, os consumidores vulneráveis e menores de idade.

* Aluno do Mestrado em Direito – Ramo das Ciências Jurídico-Económicas

Palavras-Chave

Jogo; casino; apostas desportivas; futebol; publicidade; patrocínios

Abstract

The restrictions on gambling advertising are legislatively provided for in Article 21 of the Advertising Code, a fundamental article for the development of this written paper. Although such restrictions are pertinent, the legal framework is still insufficient for the effective protection of vulnerable consumers and minors, especially in the context of sports (specifically football). This work will focus on exploring how consumer law can address the increasing digitalization of gambling, and how football leagues and clubs can effectively protect vulnerable consumers and minors.

Key-Words

Gambling; casino; sports bets; football; advertising; sponsorship

Siglas e Abreviaturas

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BCAP	Broadcast Code
Cod.Pub.	Código da Publicidade
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EGBA	European Gambling and Betting Association
Ibidem	Autor e obra imediatamente anterior
IMS	International Classification of Deceases
Nº	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
Pag	Página
Pags	Páginas
RD	Real Decreto
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Introdução

Os jogos de sorte ou azar têm vindo, como apontam os dados, a ganhar cada vez mais jogadores e gerar cada vez mais lucro para as entidades que os providenciam, como casinos (*online* ou presenciais). Os estudos não são animadores, apontando para uma tendência de contínuo crescimento até, pelo menos, 2029. Estes jogos (onde se subsumem as apostas desportivas) já não pressupõem a obrigatória deslocação do sujeito a um casino físico, estando atualmente estes serviços à distância de "um clique".

Olhando para os casos da vida quotidiana com alguma preocupação, o tema a tratar nesta unidade curricular revelou-se como um desafio empolgante e parece-me que muito pertinente para o Direito da proteção do consumidor. Além de ter um carinho especial pelo tema, questionava-me recorrentemente se seria admissível o crescente volume de publicidade a jogos de sorte ou azar que assistimos diariamente na televisão, *outdoors, internet* e até recintos desportivos. Perguntava-me, também, se existiria uma relação direta entre o aumento da publicidade a estes jogos e o aumento de novos jogadores registados em plataformas de jogo *online*.

Procurarei, neste trabalho, explorar os conceitos de publicidade e patrocínio, abordar a sua previsão legal e que restrições são impostas a este direito constitucionalmente consagrado.

Abordarei também o que são jogos de sorte ou azar, a evolução do número de jogadores e volume de apostas ao longo dos últimos anos, e ainda que previsões são dadas quanto ao seu contínuo crescimento no futuro próximo.

Entrando, consequentemente, no núcleo do trabalho escrito, procurarei abordar de que forma as apostas desportivas e os jogos de casino *online* se estão a inserir e disseminar num novo lazer socialmente aceite, lazer este associado ao futebol enquanto desporto e espetáculo desportivo familiar,

e ainda de que forma outros países europeus estão a tratar o tema e almejar garantir a proteção dos menores e dos consumidores vulneráveis.

1. O CONCEITO DE PUBLICIDADE

O regime jurídico da publicidade encontra-se regulado pelo diploma DL n.º 330/90, de 23 de Outubro, ou Código da Publicidade. Mediante o consagrado no seu sumário[1], reconhece-se à publicidade particular relevo no âmbito da atividade económica e, mais ainda, enquanto instrumento privilegiado do fomento da concorrência. O conceito de publicidade encontra-se no artigo 3º/1 do Código da Publicidade (doravante, Cod. Pub) e consagra que a publicidade se trata de uma forma de comunicação, difundida através de qualquer suporte (art.1º Cod. Pub), feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, artesanal ou liberal, com vista a promover a comercialização de bens ou serviços (art. 3º/1, a Cod. Pub) ou, simplesmente, a promoção de instituições, ideias ou iniciativas (art.3º/1,b Cod. Pub).

Podemos perguntar: e quem será o destinatário da publicidade? Bem, a lei não formula qualquer restrição[2].

Constitucionalmente, não existe qualquer artigo unificado que consagre a proteção constitucional da publicidade, mas, como aponta Paulo Mota Pinto[3], essa proteção nasce da leitura conjunta do art.61º da CRP, que consagra a liberdade de iniciativa privada; do art. 37º da CRP, que consagra

[1] Sumário relativo à aprovação do código da publicidade, consultado a 16/12 /2024 em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis.

[2] Como diz PAULO MOTA PINTO em *Direito da Publicidade*, apontamentos das aulas do ano letivo 1999/2000, Coimbra: [s.n.], 1999, pag.10

[3] *Ibidem,* pag.29

a liberdade de expressão e informação; e ainda, do art. 42º da CRP, que consagra o direito de criação cultural.

Por fim, importa também mencionar que a propaganda política não é considerada publicidade[4]. Como já mencionei, a publicidade encontra-se intimamente ligada à atividade comercial e tem o intuito de comunicar as características de um produto com um objetivo de, em regra, o vender. Assim, podemos compreender que a publicidade legislativa, a publicidade notarial e a propaganda política (art.3/3 do Cod. Pub.) não sejam consideradas publicidade para este efeito[5].

1.1. *Marketing* e publicidade

Como aborda Paulo Mota Pinto, a noção de marketing é mais ampla do que a publicidade[6]. Enquanto que o *marketing* abrange os estudos de mercado e o próprio produto (e respetiva apresentação), a publicidade é, no seu núcleo, uma forma de comunicação de empresas, organizações ou indivíduos[7]. Essa comunicação incidirá sobre as caraterísticas dos produtos que estas têm para oferecer e disponibilizar no mercado.

Numa noção simplificada, que me parece bastante pertinente, Paulo Mota Pinto dita que a publicidade é a comunicação no mercado, dirigida à procura, e realizada por quem tem algo a oferecer[8].

4 Ana Clara Azevedo de Amorim, *Manual de direito da publicidade*, 2.ªedição, Pretony Editora, Coimbra, 2023, pag.29

5 *Ibidem, pag.29*

6 Paulo Mota Pinto em *Direito da Publicidade*, apontamentos das aulas (...), 1999, pag.3.

7 *Ibidem,* pag.3

8 *Ibidem,* pag.3

2. Conceito de jogo de sorte ou azar

Encontramos o conceito de jogo de sorte ou azar no art.1º do DL n.º 422/89, de 02 de Dezembro, que reformula a lei do jogo. Vemos, então, que "jogos de sorte ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte". Trata-se de um conceito simples, mas que consegue abranger os mais variados tipos de jogo de sorte ou azar.

Importa perguntar desde já: onde são disponibilizados ao público estes tipos de jogos?

Historicamente, os jogos de sorte ou azar eram disponibilizados somente em casinos (art.3º do DL n. º422/89). Os casinos são "estabelecimentos que o Estado afeta à prática e exploração de jogos de sorte ou azar e atividades complementares, em regime de concessão", como encontramos consagrado no art.27º/1 do DL n.º 422/89. Durante décadas, sem a globalização e digitalização a que hoje assistimos, o único local onde o jogo de sorte ou azar era regulado, era o casino.

Os tipos de jogo que podem ser disponibilizados num casino encontram-se consagrados no art.4º do DL n. º422/89, numa lista enunciativa. Quer isto dizer que o casino pode explorar outros tipos de jogo que não os convencionados na lei, ainda que necessite de autorização concedida após parecer da Inspeção-Geral de Jogos (art.4º/3 do DL nº422/89).

2.1. Do casino ao jogo online: a evolução dos jogos de sorte ou azar

A grande explosão de popularidade dos casinos deu-se a partir dos anos 60 e culminou nos anos 80, um pouco por todo o mundo. Este fenómeno deveu-se, em grande parte, a uma vaga de legalizações de casinos nos EUA[9] que, con-

[9] Brian Richard, *Diffusion of an Economic Development Policy Innovation: Explaining the International Spread of Casino Gambling*, J Gambl Stud 26:287–300 , 2009, pag.288

sequentemente, gerou um grande entusiasmo e curiosidade da população geral para com estes estabelecimentos. Las Vegas assumia-se como a figura principal deste novo entusiasmo, cidade essa que se transformou profundamente nos anos 60. Esta cidade passou de uma cidade dominada pela máfia de *gangs* de crime organizado, para uma cidade dominada pelos investidores corporativos[10]. Assimilamos, assim, que a história do jogo de sorte ou azar está intimamente ligado a organizações criminosas, muito devido ao facto deste tipo de jogo, ou *gambling,* ser uma prática proibida durante largas décadas.

Cedo se percebeu que o negócio do jogo explorado em casino tinha uma elevada rentabilidade e, assim, países como a Coreia do Sul[11], em 1967, legalizaram a exploração de casinos apenas para efeitos de turismo. Isto é, apenas os turistas e visitantes tinham acesso aos casinos, e não a população residente e nacional da Coreia do Sul. Gerou-se a ideia de que a legalização do jogo de sorte ou azar, praticado em casinos legais e concessionados, seria um fomento interessante do turismo e, ainda hoje, a tutela destes jogos compete ao setor do turismo dentro do Governo (art. 2º Decreto-Lei n.º 422/89).

2.1.1. O Jogo *Online* e os videojogos como uma entrada para o mundo dos jogos de sorte ou azar

A ideia de que os jogos de sorte ou azar se jogam primordialmente num casino está hoje totalmente desatualizada. De facto, entre 2017 e 2024, assistimos a um crescimento exponencial[12] do jogo *online*, que pode ser explicado de várias formas.

[10] *Ibidem,* pag.288

[11] *Ibidem*, pag.289

[12] Em 2017, cerca de 46 milhões de utilizadores estavam registados em casinos online. Em 2024, encontramos o número a rondar os 108 milhões de utilizadores. Em 7 anos, o número de jogadores aumentou em 60 milhões de utilizadores e alerta para um facto ainda mais relevante: o número de utiliza-

Primeiramente, assistimos a um aumento particularmente significativo do número de utilizadores entre os anos 2021-2023, muito devido à pandemia COVID-19.

No entanto, a pandemia não explica tudo e a tendência tem sido de claro crescimento já desde 2017.

Mediante as previsões da *statista*, este aumento exponencial não parece querer abrandar (muito pelo contrário)[13].

Aliás, já em 2015 se verificava que o jogo *online* tinha ultrapassado o jogo presencial (tanto em lucro como em número de utilizadores) e lançava outro dado alarmante: 44,64 % dos jovens que, posteriormente, desenvolveram vicio pelo jogo (Ludopatia, rigorosamente), começaram a jogar através de plataformas digitais (casinos digitais)[14].

Numa realidade mais recente, alguns autores referem que os videojogos estão, cada vez mais, a facilitar a entrada de jovens no mundo dos jogos de sorte ou azar.

Concretizando, são vários os videojogos disponíveis no mercado que contêm caraterísticas *live service*. Estes videojogos permitem aos jogadores, muitos deles menores de idade, a compra, com dinheiro real, de *lootboxes* (caixas mistério) onde existe uma probabilidade (maior ou menor) de

dores ativos no mercado de apostas desportivas online mais do que triplicou (de 41.6 milhões de utilizadores em 2017 para 138,9 milhões de utilizadores em 2024.) Dados consultados a 17/12/2024 e disponíveis em: https://www.statista.com/outlook/amo/online-gambling/worldwide#users.

[13] As previsões de crescimento (tanto de lucro dos casinos *online* a nível mundial, como de número de utilizadores) são profundamente preocupantes. Prevê-se que em 2029, os casinos *online* mantenham 139,9 milhões de utilizadores ativos. No que toca a apostas desportivas, o setor onde o crescimento se verifica mais acentuado, encontramos previsões que apontam para 182 milhões de utilizadores. Já quanto aos lucros dos casinos, assistimos a um crescimento de cerca de 10 biliões de euros entre 2024-2029. Dados disponíveis em: https://www.statista.com/outlook/amo/online-gambling/worldwide#users.

[14] MARIANO CHO LIZ *The Challenge of Online Gambling: The Effect of Legalization on the Increase in Online Gambling Addictin,, J* Gambl Stud 32:749–756, 2015, PAG. 754

conseguirem um item valioso dentro do jogo[15]. Como abordam Paul Delfabbro & Daniel King, e parece-me que muito bem, os videojogos e jogos de sorte ou azar eram, nos anos 90, realidades completamente distintas e com fronteiras bem definidas. Hoje, essas fronteiras encontram-se em zonas cinzentas preocupantes[16].

Em suma, o número de utilizadores que jogam *online* jogos de sorte ou azar tem aumentado exponencialmente. Uma maior comodidade e acessibilidade levou a que a ida ao casino se tenha tornado uma prática do passado, aos olhos das novas gerações.

Resta a pergunta: pode a publicidade ter fomentado este crescimento acentuado da popularidade do jogo *online*?

2.2. O Jogo *online* em Portugal

O diploma legal que regula o jogo *online* em Portugal é o Decreto-Lei n.º66/2015, de 29 de Abril.

O legislador[17] admite que este novo diploma se tratava de uma necessidade devido ao desenvolvimento tecnológico, de modo a garantir uma segurança necessária aos consumidores em rede.

[15] O caso judicial mais mediático visou a Electronic Arts. Esta gigante desenvolvedora de videojogos foi condenada pelo Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ao pagamento de indemnizações de cerca de 10,000€ aos jogadores austríacos afetados por estas *loot boxes*. O que o tribunal austríaco entendeu foi que a prática de abrir caixas misteriosas com dinheiro real não pode ter lugar em jogos com faixa etária +7 anos. O tribunal entendeu que esta prática era desleal e que era considerada jogo de sorte ou azar. Notícia consultada em: https://www.gamesindustry.biz/ea-loses-minor-fifa-loot-box-legal-case-in-austria.

[16] Paul Delfabbro & Daniel King, *The evolution of young gambling studies: digital convergence of gaming, gambling and cryptocurrency technologies,* International Gambling Studies, 23:3, 491-504, DOI: 10.1080/14459795.2023.2171469, 2023, pag. 499.

[17] Comentário e lei consultado a 17/12/2024 em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/66-2015-67098359.

Mobilizando dados disponibilizados pelo serviço de regulação e inspeção de jogos, Portugal não escapa à regra europeia e global. O número de jogadores novos aumentou 16% num ano (entre o segundo trimestre de 2023 e o segundo trimestre de 2024) e o número de autoexcluídos aumentou em 41.5%[18]. Encontramos, também, o facto curioso de que 60% do total da receita bruta provém de jogos de casino *online*, mas 40% provém de apostas desportivas *online*[19]. Um dado que também se demonstra preocupante é o número de utilizadores com práticas de jogo, ou seja, que jogam com frequência. Os dados apontam para um aumento de 29.7% comparativamente ao segundo trimestre do ano de 2023, pelo que no segundo trimestre de 2024, o número de jogadores com prática de jogo se situava nos 1,2 milhões. Resumidamente, podemos verificar que a tendência portuguesa segue a realidade global: um crescimento cada vez mais acentuado de jogadores com prática de jogo e cada vez mais registos de novos utilizadores.

Antes de prosseguir para o grosso deste trabalho, surgem diversas questões de difícil resposta imediata. Será que o jogo está a ser progressivamente "banalizado" e encarado como uma prática cultural, de ócio e lazer, quando as suas características apontam para uma atividade altamente viciante?

E, mais concretamente, será admissível fazer publicidade a jogos que potenciam um possível vício, reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde?

3. O VÍCIO EM JOGOS DE SORTE OU AZAR COMO UMA DOENÇA

[18] Autoexcluidos reportam-se aos utilizadores que, por livre iniciativa, pedem para que sejam impedidos de jogar *online* e/ou presencialmente. Neste caso, falamos de números de autoexcluídos *online*. Os dados apresentados comparam estatísticas do segundo trimestre de 2023 e o segundo trimestre de 2024.

[19] Dados consultados a 17/12/2024 em: https://www.srij.turismodeportugal.pt/sites/default/files/2024-08/estatisticas_online_2t_2024.pdf.

para a Organização Mundial de Saúde.

A Organização Mundial de Saúde, no ICD-11 (*International Classification of Diseases 11th Revision*) mantém o que já tinha consagrado no ICD-10, mas com mais rigor e adequação ao contexto digital. O vício do jogo de sorte ou azar, medicamente intitulado de Ludopatia, é reconhecido como uma doença ou "*Disorder due to addictive behaviours*"[20].

A OMS alerta como alguns sintomas desta doença: o pensamento constante do individuo em jogar jogos de sorte ou azar (quer *online*[21], quer presencialmente); a progressiva negligência com outros aspetos da sua vida pessoal, como a família, emprego, relações sociais; stress, ansiedade, insónia, entre outros.

Importa também mencionar que episódios de jogo excessivo, mas que não sejam reiterados ou considerados um "hábito", não sem consideram sintomas suficientes para o diagnóstico desta doença. Tem de se verificar, portanto, um comportamento aditivo reiterado (por exemplo, 12 meses)[22].

3.1. A crescente preocupação europeia

Com a cada vez maior popularidade dos jogos de sorte ou azar *online*, a comissão europeia lançou uma recomendação a 14 de julho de 2014[23] , que tinha como objetivo a proteção dos consumidores, jogadores e menores quando estivessem envolvidas plataformas de jogo em linha. A recomendação

[20] ICD-11 consultado na página oficial da OMS a 18/12/2024, disponível em: https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en#1041487064.

[21] *Code* 6C50.1 quando nos reportamos à ludopatia relativamente a jogos de sorte ou azar online.

[22] ICD-11 consultado na página oficial da OMS a 18/12/2024, secção "*essential features*" e disponível em: https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en#1041487064.

[23] Recomendação consultada a 18/12/2024 e acessível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?from=SK&uri=CELEX%3A32014H0478&utm.com.

consagra que deve existir um dever de informação inequívoca sobre os dados da empresa que fornece serviços de jogos de sorte ou azar em rede, que seja claro que o jogo está banido a menores de idade, e ainda que tenha apelos a que os consumidores joguem responsavelmente (ponto III, a,b e c, - requisitos de informação, da recomendação da comissão de 14 de julho de 2014)

Diz também esta recomendação que nenhum menor deve ter conta ou ter acesso a estes jogos, devendo os Estados-Membro ter mecanismos de controlo de identidade suficientemente robustos para evitar registos falsos (ponto IV – menores).

Em suma, parece-me evidente que existe uma clara preocupação do legislador em proteger os consumidores vulneráveis (neste caso, os menores são talvez o maior exemplo).

3.2. O caso português – a imperfeita implementação das recomendações – análise do art. 21º do código da publicidade

Portugal seguiu algumas das recomendações da União Europeia e prova disso é o disposto no decreto-lei 66/2015. Encontramos neste diploma, em concordância com o mote europeu, uma clara preocupação em identificar os jogadores que se registam nos *sites* de apostas online / casino (art.37º do DL 66/2015) e a importante consagração dos direitos e deveres dos jogadores (art.38º do mesmo decreto-lei).

Penso, contudo, que no que toca a recomendações sobre a comunicação comercial (publicidade), a implementação foi deficitária.

Vejamos, no Ponto VIII da recomendação da comissão de 14 de julho de 2014, o seu ponto "c". Este ponto recomenda que as comunicações comerciais não devem exercer pressão no sentido de jogar. Ora, o art. 21º/1 do Cod. Pub, altera-

do pelo DL 66/2015, consagra que não deve haver incentivo ao jogo excessivo ou aposta. Será a mesma coisa? Parece-me que o legislador português, ao transpor as recomendações do conselho europeu, não foi tão longe como se desejaria. Parece existir uma diferença entre proibir publicidade que exerça pressão no sentido de jogar e proibir publicidade que incentive o jogo excessivo. Fica a ideia de que legislador português considera aceitável a difusão de publicidade que incentive o jogo lúdico e vocacionado para o lazer. Levanto a questão, e pretendendo evitar ao máximo colocar um dever paternalista na esfera do Estado, se será sequer admissível a difusão de publicidade a jogos que têm um elevado grau de probabilidade de viciar o seu jogador. Parece-me que há uma abertura neste final do art.21°/1 do Cod. Pub que pode colocar em causa o intuito do conselho europeu.

No mesmo sentido, a recomendação do serviço de regulação e inspeção de jogos[24], no seu ponto 5 – regras gerais, alínea d, transcreve praticamente a recomendação do conselho europeu. Levanto novamente o problema: as palavras "jogo excessivo" usadas pelo legislador no art.21° do Cod. Pub podem não cumprir na totalidade o que pretendeu o legislador europeu.

Mais, na alínea d, do ponto 41, da secção VIII, da recomendação do conselho europeu, lê-se que as comunicações comerciais não devem "Apresentar o jogo como socialmente atraente ou conter afirmações de personalidades conhecidas, ou celebridades, que sugerem que o jogo contribui para o êxito social;

Olhando para o ordenamento jurídico português, o art.21° do Cod. Pub consagra, como já mencionei, que não deve existir sugestão de que o jogo de sorte e azar promove êxito

[24] Recomendação consultada a 18/12/2024 e disponível em: https://www.srij.turismodeportugal.pt/sites/default/files/2022-05/Manual_Publicidade.pdf.

social. Não fala em celebridades, nem numa lista taxativa de termos que possam (ou não) promover o incentivo ao jogo. Estaremos, então, a respeitar a recomendação do conselho europeu? Vejamos um caso concreto: a marca Betano apresentou, em setembro de 2024, Cristina Ferreira como a sua nova embaixadora[25].

A campanha publicitária que envolve esta figura pública respeita alguns pontos da recomendação do serviço de regulação e inspeção de jogos[26], que consagra na secção III – recomendações, ponto 9 – horário, que a publicidade a jogos de sorte ou azar não deve ter lugar entre as 7 e as 22 horas e 30 minutos. Desta forma, podemos considerar que está a respeitar a proteção de menores consagrada no art.21º do Cod. Pub. No entanto, parece-me estar em desconformidade com a recomendação do conselho europeu que pretende evitar o uso de celebridades para promover a prática de jogos de sorte ou azar (secção VIII – comunicação comercial, ponto 41, d, da recomendação do conselho europeu). Não há qualquer incentivo direto ao jogo por parte da celebridade ao longo desta publicidade, mas podemos levantar a seguinte questão: o *slogan* publicitário lê-se: "torna-te a estrela do casino!"[27]. Bem, é certo que diretamente não está a incentivar nenhum telespectador à prática do jogo de sorte ou azar, mas, indiretamente, deixou-me com sérias dúvidas. Outro *slogan* famoso da Betano[28] é precisamente "o jogo começa agora!".

[25] A Betano é uma casa de apostas desportivas e casino online com sede na Grécia e com uma grande representação em Portugal. A campanha publicitária em questão encontra-se disponível em https://eco.sapo.pt/2024/09/16/cristina-ferreira-e-o-novo-rosto-dos-casinos-betano/.

[26] Recomendação consultada a 18/12/2024 e amplamente baseada nas recomendações do conselho europeu de 2014. Disponível em: https://www.srij.turismodeportugal.pt/sites/default/files/2022-05/Manual_Publicidade.pdf.

[27] Como visível na *thumbnail* e no vídeo da publicidade, disponível no Youtube em: *https://www.youtube.com/watch?v=H92wIM5fD7I.*

[28] Encontrado no *site* da Betano *online: https://blog.betano.pt.*

Não estaremos perante expressões que parecem tornar o jogo socialmente atraente e/ou incentivar o mesmo e, portanto, indo contra a secção VIII – comunicação comercial, ponto 41, d, da recomendação do conselho europeu?

Certo que o direito à publicidade é um direito constitucionalmente consagrado, como já referi. Deixo, no entanto, a questão de saber se estas expressões das campanhas publicitárias da Betano não se situam em zonas demasiado cinzentas no que toca a respeitar as recomendações europeias. Parece-me que sim, no entanto, a Autorregulação Publicitária[29] ainda não se pronunciou sobre o assunto.

Falando em zonas cinzentas, e dando mote para o tema principal do trabalho, mobilizo o art. 21°/3 do Cod. Pub que consagra que: "É expressamente proibida a publicidade de jogos e apostas no interior de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores". Bem, parece-me óbvio que será intolerável ter publicidade a jogos de sorte ou azar no interior de escolas, mas pergunto-me o que serão "infraestruturas destinadas à frequência de menores". Desde logo, as paragens de autocarro são infraestruturas onde os menores não detêm o monopólio de utilização, mas, ainda assim, reconhecemos que há uma grande afluência de menores nestas infraestruturas (especialmente nas grandes cidades, onde os transportes públicos têm uma utilização preponderante).

Resta colocar a questão: será tolerável, à luz do art.21°/3 do Cod. Pub., ser difundida publicidade de jogos de sorte ou azar em paragens de autocarro?

[29] A autoregulação publicitária é o organismo privado e sem fins lucrativos que tem como pilares fundamentais a "defesa da liberdade de expressão comercial e a promoção da dignificação da publicidade". Código de conduta da Autoregulação Publicitária disponível em: https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf e consultado a 19/12/2024.

A realidade mostra-nos que sim. É recorrente ver publicidade a casinos e/ou casas de apostas em paragens de autocarro, pelo que considero que a expressão utilizada pelo legislador necessita de clarificação.

4. A PUBLICIDADE E PATROCÍNIOS A JOGOS DE SORTE OU AZAR NO FUTEBOL

Mobilizando o art. 21º/4 e 5 do Cod. Pub, problematizo novamente os conceitos que o legislador deixou em aberto.

Consagra a alínea 5 que se encontra proibida a publicidade a jogos de sorte ou azar, e a apostas "nos locais onde decorram eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais (...)". Conclui que "bem como nas comunicações comerciais e na publicidade desses eventos, não devem existir menções, explícitas ou implícitas, a jogos e apostas".

Introduzindo o tema que tratarei no resto do trabalho, surgiu-me a questão da admissibilidade de difusão de publicidade e patrocínios a apostas em jogos de sorte ou azar em recintos desportivos (estádios), bem como nas zonas privilegiadas dos equipamentos dos atletas e no nome (*naming*) das ligas profissionais de futebol.

Importa, neste sentido, abordar o conceito de patrocínio. O conceito de patrocínio já esteve consagrado no código da publicidade, mas parte do artigo foi revogado[30]. Posto isto, podemos, hoje, encontrar a definição de patrocínio na Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, no seu art.2º/1, o. Podemos definir patrocínio[31] como um contrato celebrado por uma pessoa singular ou coletiva que, de modo a aumen-

[30] Pela lei Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

[31] RUI MOREIRA CHAVES, *Regime jurídico da publicidade*, Coimbra, Almedina, 2005, pág.238.

tar a sua notoriedade e fama, associa a sua marca, imagem ou nome a outra empresa.

Surge, também, a pergunta: será que a publicidade a jogos de sorte ou azar atrai realmente novos jogadores?

4.1. A CORRELAÇÃO ENTRE O AUMENTO DO VOLUME DE PUBLICIDADE A JOGOS DE SORTE E AZAR *ONLINE* E O NÚMERO DE NOVOS JOGADORES

Uma das primeiras questões que suscitou o meu interesse no tema foi, precisamente, a de identificar a existência de uma correlação (ou não) entre o aumento do volume de publicidade a jogos de sorte ou azar e o aumento do número de novos jogadores (que já explorei previamente neste trabalho), bem como as implicações que esta publicidade pode ter na perceção da população em geral relativamente aos jogos de sorte e azar.

Acompanhando o estudo[32] que se debruça sobre a realidade espanhola, encontramos dados que nos mostram que, efetivamente, existe uma correlação entre o aumento do volume da publicidade a jogos de sorte ou azar e o aumento do número de novos jogadores. Mais, abordam os autores que existe uma grande correlação, também, entre o aumento do volume da publicidade a jogos de sorte e azar, e o aumento do montante investido[33] (depositado) nos respetivos *sites* ou plataformas para apostar. Em Espanha, os dados estatísticos apontam que, por cada euro investido por casinos *online* ou casas de apostas desportivas em publicidade ou patrocínios, os utilizadores depositam cerca de 4€ na plataforma. Simplificadamente, e mesmo com uma amostra relativamente pe-

[32] A. GARCÍA-PEREZ A, A. KROTTER B, G. AONSO-DIEGO, *The impact of gambling advertising and marketing on online gambling behavior: an analysis based on Spanish data, Public Health 234 170e177,* pags. 174 e 175

[33] *Ibidem* pag.174 e 175

quena, verifica-se que os utilizadores irão depositar e apostar quatro vezes mais do que foi investido pelas casas de apostas para publicitar os seus serviços[34].

Torna-se uma questão ainda mais relevante quando falamos de apostas desportivas e a oferta de campanhas intimamente dirigidas ao utilizador[35], desde a oferta de apostas grátis[36], quando o utilizador deposita um determinado montante (por norma 10€ ou mais), ou quando o utilizador convida um amigo e este se regista e deposita um valor mínimo.

Notam, também, os autores que há uma clara estratégia destas casas de apostas em "oferecer" bónus ou publicitar ofertas (que funcionam como claros incentivos ao jogo) quando os utilizadores entram em períodos de inatividade ou tentam encerrar as suas contas.

Parece-me óbvio que esta publicidade, através de incentivos ao depósito monetário, mensagens personalizadas e apostas grátis, está em completa desconformidade com a Recomendação Europeia de 14 de julho de 2014. Quanto à lei portuguesa, entendo que esta publicidade se situa (novamente) numa zona muito cinzenta de interpretação do art.21°/1 do Cod. Pub. Parece-me, ainda que não exista um consenso, que a publicidade que incida sobre bónus, apostas grátis de tempo limitado e outros benefícios que incentivem o depósito monetário e a prática do jogo, incentivam ao jogo excessivo, pelo que deviam ser proibidos, mediante o consagrado no art. 21°/1 do Cod. Pub.

[34] *Ibidem* pag.170

[35] *Ibidem* pag. 174 e 175

[36] Em Portugal, é extremamente comum utilizar os intervalos dos jogos de futebol para promover campanhas em que os utilizadores são recompensados com *odds* melhoradas e *free bets*. A casa de apostas online incentiva os utilizadores a depositar 10€ (montante mínimo para receber a recompensa) e com este depósito ganha, por exemplo, 5€ para apostar num jogo à sua escolha. Para melhor entender o conceito de *free bets* vide: https://www.betclic.pt/scp-freebets.

Em suma, e apesar dos ainda escassos estudos sobre o fenómeno da correlação entre o aumento da publicidade a jogos de sorte ou azar e o aumento do número de utilizadores, podemos afirmar com algum grau de certeza que a publicidade tem impacto direto no número de novos jogadores.

4.1.1. Possíveis implicações destes mecanismos publicitários

As possíveis implicações e consequências da publicidade a jogos de sorte ou azar são vastas e podem dividir-se numa lista não taxativa[37].

Primeiramente, podemos deparar-nos com situações onde a publicidade impulsiona o individuo a desenvolver hábitos de jogo problemático (que podem até culminar em ludopatia) quando, anteriormente, o individuo jogava de forma moderada e responsável. Neste caso, assistimos a uma prática cada vez maior de jogo excessivo[38].

De seguida, alerta também o autor para as situações onde o indivíduo se torna jogador devido à publicidade e, de seguida, desenvolve hábitos de jogo problemático (culminando, potencialmente, em ludopatia). Ou seja, se não fosse pela publicidade, o indivíduo não teria entrado na plataforma e começado a apostar[39].

Por último, e não abordando exaustivamente todos os pontos apresentados por Per Binde, exploro aquele que me parece mais relevante: a possibilidade da publicidade a jogos de sorte ou azar alterar a perceção da sociedade para com os mesmos e, consequentemente, a difusão geral da

[37] Per Binde, *Gambling advertising: A critical research review*, Responsible Gambling Trust
London, 2014, pag. 16

[38] *Ibidem*

[39] *Ibidem*

ideia ou perceção que estes jogos são socialmente aceitáveis e positivos. A hipótese de Per Binde, e que me parece bastante pertinente e plausível, é que a publicidade pode enraizar a ideia de que jogar jogos de sorte ou azar é, verdadeiramente, uma atividade de lazer ligada ao sucesso financeiro e diversão, ignorando o caráter viciante que o jogo intrinsecamente tem[40].

Posto isto, questiono novamente o papel do futebol na difusão desta ideia avançada por Per Binde. Podemos encarar o futebol como um evento que abre portas a uma alteração da perceção da população para com os jogos de sorte e azar e apostas desportivas?

Vejamos os demais casos europeus para tentar chegar a algumas conclusões:

4.2. O Caso Espanhol – Real Decreto 958/2020

Em Espanha, a entrada em vigor do Real Decreto 958/2020, de 3 de Novembro, mostra uma clara resposta à crescente preocupação social quanto ao aumento da publicidade a jogos de sorte e azar. O decreto visava garantir a defesa dos interesses dos menores de idade –artigo 11º do Real Decreto 958/2020[41] (tal como a faz a lei portuguesa no art.21º do Cód. Pub); consagrar e promover a ideia de um jogo seguro (artigo 10º do RD 958/2020); e garantir a responsabilidade social (artigo 9º do RD 958/2020). De tal modo, consagraram-se uma série de proibições tais como as "promoções", bónus para novos utilizadores, ou publicidade que tenha como objetivo trazer novos jogadores (artigo 13º do RD 958/2020), e até a quase total proibição da publicidade a jogos de sorte ou azar através de figuras públicas ou celebridades (artigo 15º do RD 958/2020).

[40] *Ibidem*

[41] Texto original do Real Decreto 958/2020 consultado em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13495.

Para o futebol, interessa-nos particularmente o artigo 12º do RD 958/2020, que consagra a proibição de patrocínios de atividades e eventos desportivos onde os menores estejam envolvidos como principais intervenientes ou se dirija (exclusivamente) a eles (artigo 12º/2 – RD 958/2020) por parte das casas de apostas ou casinos. A redação está bastante próxima da lei portuguesa – art. 21º/5 do Cod. Pub. Ainda assim, o Real Decreto vai mais longe e consagra limitações verdadeiramente importantes no artigo 12º/3, 4 e 5.

Desenvolvendo, o número 3 do artigo 12º do RD 958/2020 consagra que as ligas profissionais de desporto não podem ser patrocinadas por casas de apostas ou casinos. Assim, é proibido a qualquer liga desportiva espanhola associar a marca/ nome de uma casa de apostas, *site* de apostas online ou casino, ao seu. O caso mais evidente é a primeira liga profissional de futebol espanhol, a La Liga. Além do nome da liga não poder conter qualquer menção a entidades de jogo, todos os clubes que integram a competição La Liga devem obedecer ao consagrado no número 3 do artigo 12º do RD 958/2020 e, assim, encontram-se proibidos de associar o nome do clube a um casino ou *site* de apostas desportivas. A proibição de patrocínios não é, no entanto, total, podendo as casas de apostas celebrar contratos de patrocínio com os clubes (devendo sempre respeitar todas as restrições impostas no RD 958/2020 e no artigo 7º da Ley 13/2011 de 17 de Maio). Posto isto, é percetível que o Real Decreto não proíbe toda e qualquer publicidade e patrocínios a jogos de sorte ou azar em contexto desportivo, mas restringe-a severamente.

Mais, no número 4 do mesmo artigo, encontramos a proibição expressa do uso de patrocínios de casas de apostas e casino nos equipamentos oficiais dos clubes. Assim, nenhum equipamento oficial de uma equipa da La Liga pode ter qualquer patrocínio a casas de apostas e/ou casino.

Por último, no número 5 do mesmo artigo, encontramos limitações aos patrocínios de casas de apostas ou casinos em recintos desportivos, tais como estádios de futebol. Consagra o artigo que devem respeitar-se os horários consagrados no Real Decreto em questão, pelo que praticamente impossibilita os patrocinadores de terem visibilidade durante os jogos de futebol.

Ora, o Real Decreto 958/2020 teve vários artigos revogados pelo Supremo Tribunal de Justiça Espanhol[42], entre eles o artigo 13º (números 1 e 3); artigo 15º; artigo 23º (número 1); artigo 25º.3 e artigo 26º (números 2 e 3). Esta revogação gerou controvérsia entre a comunidade académica[43]. Entre as inúmeras críticas a esta revogação, a mais preponderante incide sobre a argumentação do STJ Espanhol, que alega ainda não existirem provas científicas suficientes de que o *marketing* ou publicidade a estes jogos levam, efetivamente, a aumento de número de jogadores. Assim, entendeu ser inadmissível a imposição destas restrições.

Importa, para este trabalho, reter que o artigo 12º do RD 958/2020 se mantém vigente. O tribunal entendeu que as restrições impostas à publicidade e patrocínios a jogos de sorte ou azar em recintos desportivos, equipamentos de clubes desportivos e no próprio nome das ligas profissionais, se encontravam em concordância com o artigo 7º da Ley 13/2011 de 17 de Maio, da regulação do jogo[44].

[42] Resolución disponível em: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-varios-articulos-del-Real-Decreto-958-2020-de-comunicaciones-comerciales-de-las-actividades-de-juego.

[43] Entre eles, A. García-Perez A, A. Krotter B, G. Aonso-Diego, *The impact of gambling advertising and marketing on online* (…) pag.175

[44] Lei consultada a 7/1/2025 em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-9280.

4.2.1. Reflexão sobre o artículo 12

Parece-me que a revogação, pelo STJ Espanhol, da grande maioria do Real Decreto 958/2020 é precipitada e abruta. Certo é que ainda não temos estudos de grande escala sobre o impacto da publicidade no desenvolvimento de hábitos não saudáveis de jogo, mas, parece-me que já temos dados suficientes para aferir que o aumento do volume de publicidade destes serviços de casino ou apostas desportivas captam, efetivamente, novos utilizadores.

Ainda assim, vejo com claro entusiasmo a decisão da não revogação do artigo 12º. Diretamente, parece-me fundamental não associar o futebol a apostas desportivas. Entendo que os jogos de futebol são eventos que devem ser assumidos como eventos para toda a família, reunindo as condições necessárias para proteger os interesses dos menores. Já as apostas desportivas são jogos de sorte ou azar. Assim, numa via mais indireta, entendo que o legislador espanhol está, efetivamente, a proteger os interesses dos menores que frequentam recintos desportivos, restringindo severamente a publicidade e patrocínio destes jogos em estádios, nomes dos clubes e até no nome da própria liga de futebol, mas não só.

Parece até que o legislador pretende proteger os menores que tenham apenas gosto por desporto, não necessitando os menores de frequentar necessariamente os tradicionais recintos desportivos, proibindo a publicidade em equipamentos oficiais (recorrentemente utilizadas por adultos, mas também menores de idade nas mais variadas ocasiões da sua vida). Fica clara a ideia de o legislador espanhol querer dissociar o desporto das apostas desportivas e dos jogos de sorte e azar.

4.3. O Caso Italiano

Olhando para Itália, deparamo-nos com a total proibição da publicidade e patrocínios a jogos de sorte ou azar. Com a entrada em vigor do Decreto-Legge 12 luglio 2018, n. 87[45], ou Decreto Dignità, consagrou-se a proibição, direta ou indireta, de qualquer publicidade a jogos de sorte ou azar, independentemente do evento e do meio de difusão da mesma. Como admite o legislador italiano, o intuito deste decreto-lei seria, precisamente, o de garantir uma maior proteção do consumidor e combater o crescimento acentuado do número de jogadores ativos em Itália[46].

Assim, Itália levou a restrição da publicidade a jogos de sorte ou azar até ao limite possível: a da proibição quase total.

Ficaram de fora do âmbito de aplicação deste decreto-lei as lotarias nacionais[47].

[45] Lei consultada a 7/1/2024 em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2018;87~art9!vig=.

[46] Evolução e dados consultados a 7/1/2024 em: https://www.statista.com/outlook/amo/online-gambling/italy#users.

[47] A lotaria nacional com maior relevância em Itália é a SuperEnalotto, e relativamente a esta e a outras lotarias nacionais, a publicidade é permitida. Muito pode ser debatido sobre a admissibilidade da publicidade a jogos de sorte ou azar controlados pelo Estado ou "lotaria nacional", na medida em que a fundamental razão das restrições impostas à publicidade de serviços de jogos de sorte ou azar incide na proteção dos menores e dos consumidores vulneráveis. Percebe-se, de um ponto de vista económico e operacional, que os jogos integrantes da lotaria nacional se possam assumir como serviços geradores de receitas importantes para as finanças públicas de um determinado país, mas, será assim tão diferente, para um menor, consumir publicidade de serviços de jogos de sorte ou azar privados a serviços dos mesmos jogos controlados pelo Estado? No caso italiano, questiono se não estamos perante uma hipocrisia e uma contradição direta do que está plasmado pelo legislador na lei. Se o principal intuito deste Decreto da Dignidade é proteger os menores e consumidores vulneráveis, será admissível uma publicidade ser total proibida e outra não? Será suficiente a argumentação do controlo estadual e do arrecadamento de receitas por parte por parte do Estado? Parece-me uma contradição. Em abstrato, se é totalmente proibida a publicidade a jogos de sorte ou azar providenciados por entidades privadas, devia ser também proibida a publicidade a jogos do Estado visto que o que

Consequentemente, a primeira liga profissional de futebol italiano, a Série A, proibiu toda a publicidade e patrocínios a jogos de sorte ou azar em estádios, equipamentos oficiais dos clubes, nome da liga e em nomes dos clubes integrantes da competição.

O Decreto da Dignidade gerou muita controvérsia na medida em que se assistiu a um aumento significativo de jogadores e volume total de apostas em casinos ilegais e no intitulado "mercado negro"[48]. Inclusive, a *European Gaming and Betting Association* (EGBA) já recomendou uma revisão do decreto-lei, alertando que Itália pode estar a perder cerca de 1 bilião de Euros por ano, para casinos ilegais. Alerta também a organização para o papel da publicidade em alertar quais são os casinos *online* legalizados e, dessa forma, funcionar quase como uma espécie de proteção do consumidor, permitindo-lhes verificar quais são os serviços de jogos de sorte ou azar efetivamente legalizados e licenciados nesse determinado país. Parece-me, acima de tudo, que se impõe a criação de ações de sensibilização sobre os perigos dos casinos ilegais, para o consumidor e para o Estado. À data da elaboração deste trabalho, a lei italiana não foi revista e continua a restringir, quase na totalidade, a publicidade a jogos de sorte e azar.

4.4. A Evolução do Caso Inglês

Em Inglaterra, os jogos de sorte ou azar são regulados pelo *Gambling Act* de 2005[49]. Este documento extenso consagra,

muda não é o jogo em si, mas sim a entidade que providencia o serviço. É um tema complexo e demasiado extenso para abordar neste trabalho, mas, ainda assim, digno de nota para reflexão.

[48] Notícia e recomendação consultadas a 8/1/2024 em: https://igamingbusiness.com/marketing-affiliates/egba-italy-advertising-ban-black-market-gambling/.

[49] Legislação consultada a 8/1/2024 em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/19/contents.

com rigor, todo o processo de atribuição de licenças de jogo até ao que nos importa especificamente para este trabalho: as restrições à publicidade – *Part 16, Advertising*. Importa notar que, tal como o legislador português, espanhol e italiano, a fundamentação para estas restrições incide sobre a proteção dos menores e consumidores vulneráveis[50]. Enquanto que o *Gambling Act 2005* consagra o quadro legal, os princípios fundamentais na regulação dos jogos de sorte e azar, e também as diretrizes necessárias para proteção de menores, o documento que efetivamente coloca na prática estas diretrizes é o *Broadcast Code* (BCAP), no seu ponto 17: *gambling*.

Tal como a lei portuguesa (art.21/1 do Cod. Pub), o art.17.3.1 do *Broadcast Code* (doravante, BCAP)[51] proíbe a publicidade que incentive o jogo excessivo ou "socialmente irresponsável". Também se encontra proibida a publicidade que sugira que os jogos de sorte ou azar podem resolver problemas financeiros (art. 17.3.3 do BCAP), ou sugira que estes tipos de jogos podem ajudar na cura de depressões, solidão ou outros problemas pessoais e sociais (art.17.3.2 do BCAP). São apenas meros exemplos de uma longa lista de restrições plasmadas neste documento, que culmina na proibição de publicidade a jogos de sorte e azar dirigidas a menores de 18 anos (art. 17.4.5 do BCAP), ou que possa suscitar uma elevada curiosidade em menores de 18 anos.

Comparativamente ao exemplo de Itália e Espanha, verificamos que a abordagem legal inglesa é substancialmente mais aberta e permissiva do que estas, em muitos aspetos comparável à lei portuguesa. Assim, em Inglaterra, a publicidade a jogos de sorte ou azar é permitida, ainda que com as restrições consagradas no ponto 17 do BCAP.

[50] Como podemos verificar na "*Part 4*" do *Gambling Act* de 2005.

[51] Legislação consultada a 8/1/2024 em: https://www.asa.org.uk/static/699c12ab-3a81-4175-9a22f8b900997394/b92a3b33-65a3-4220-af9c843bfd9877b8/The-BCAP-Code-Gambling.pdf.

No âmbito do futebol, Inglaterra apresenta-se como um caso deveras curioso. Desde 2019 que, mediante os apelos dos cada vez mais estudos que apontavam a ludopatia como um problema de saúde pública[52], a indústria do jogo de sorte ou azar decidiu, voluntariamente, restringir a publicidade a jogo durante a transmissão televisiva de jogos de futebol. Este acordo voluntário ficou conhecido como "*Whistle to Whistle ban*"[53]. A perceção pública relativamente a este acordo foi extremamente positiva[54] mas, na opinião de muitos, ainda insuficiente, visto que este acordo só incidia sobre publicidade durante os jogos de futebol, e não nas antevisões ou momentos do pós-jogo. Em 2024, houve até um apelo a uma restrição total da publicidade a jogos de sorte ou azar, por parte da *GambleAware*[55].

Ainda assim, a publicidade e patrocínios a jogos de sorte ou azar continua a ser permitida nos recintos desportivos onde se jogam os jogos de futebol da primeira liga inglesa, a *Premier League*, mas com uma novidade que se pode assumir como o primeiro passo num caminho (ainda) longo para uma maior restrição desta publicidade: o acordo de 13 de Abril de 2023[56]. O acordo conjunto dos clubes da *Premier League* consagra a eliminação da publicidade a qualquer tipo de jogo de sorte ou azar na zona frontal "*premium*" das camisolas oficiais dos clubes, a partir da época 2026/2027. Resta

[52] Ellen McGranea, Robert Prycea, Luke Wilsona, Matt Fieldb and Elizabeth Goyder, *How did the 'whistle-to-whistle' ban affect gambling advertising on TV? A live football matching study*, ADDICTION RESEARCH & THEORY, 2024, pag.1

[53] *Ibidem*

[54] Notícia consultada a 8/1/2024 em: https://bettingandgamingcouncil.com/annual-review/responsible-advertising-2. De facto, estima-se que foram vistos 94 a 97% menos anúncios televisivos publicitários relativos a jogos de sorte e azar por parte de menores de idade, em Inglaterra.

[55] Notícia consultada a 8/1/2024 em: https://www.theguardian.com/society/article/2024/jun/27/uk-public-support-ban-on-gambling-ads-at-sports-events-says-charity.

[56] Acordo disponível em: https://www.premierleague.com/news/3147426.

saber se este acordo irá, efetivamente, ser cumprido[57]. Trata-se de um passo ainda pequeno, mas que se assume como o início do caminho a percorrer no que toca à pretendida dissuasão entre o futebol e as apostas desportivas.

5. O Caso Português

Como já foi abordado neste trabalho, o direito à publicidade de jogos de sorte ou azar é legal em Portugal, ainda que com as restrições previstas no art. 21º do Cod. Pub.

Isto significa que, não havendo mais restrições impostas por lei especial (como restrições adicionais consagradas nos regulamentos da Liga Portuguesa de futebol)[58], a publicidade a jogos de sorte ou azar pode ter lugar nos equipamentos, estádios e comunicação oficial dos clubes de futebol e da própria liga.

Vejamos, na prática, o que se sucede.

Verdadeiramente, a Liga Portugal Betclic (primeira liga de futebol em Portugal) apresenta-se como uma das ligas com mais publicidade a jogos de sorte ou azar da Europa[59]. Não

[57] Por exemplo, o clube *Bournemouth* celebrou um contrato de patrocínio recentemente com uma casa de apostas desportivas, apesar do acordo apontar para um gradual afastamento deste tipo de patrocínios. Aumentou para 11 o número de clubes diretamente patrocinados por casas de apostas desportivas, o que me levanta questões sobre o cumprimento do prazo estabelecido pelo acordo conjunto dos clubes. Notícia disponível em: https://www.theguardian.com/football/article/2024/jul/23/bournemouth-11th-premier-league-club-sponsored-by-gambling-company e consultada a 8/1/2024.

[58] Regulamentos da Liga Portuguesa de futebol consultados a 13/1/2025 em: https://www.ligaportugal.pt/media/50590/rc.pdf.

[59] Estima-se que a dependência da primeira liga de futebol portuguesa (liga betclic) em relação a casas de apostas ronde os 72%. Os dados são alarmantes na medida em que, sem estes patrocínios, a liga betclic podia não ter rendimentos suficientes para subsistir como a conhecemos. Notícia consultada a 13/1/2025 em: https://www.publico.pt/2023/11/02/desporto/entrevista/joao-paulo-correia-publicidade-casas-apostas-futebol-merece-reflexao-profunda-2068709.

só o nome da liga, na edição 2024-2025, e ao contrário da La Liga, Série A e Premier League, integra o nome de uma casa de apostas desportivas e casino *online*, a Betclic, como os três grandes clubes (Sport Lisboa e Benfica; Futebol Clube do Porto; Sporting Clube de Portugal) são patrocinados pela Betano[60]. Mais, ao contrário do sucedido em Espanha, não existem restrições à publicidade e patrocínios destas casas de apostas desportivas e casino *online* nos equipamentos oficiais dos jogadores de futebol das equipas integrantes da Liga Betclic, nem tão pouco um acordo (como o abordado no caso inglês) para a sua eliminação no futuro próximo. Assim, o caso português levanta-me sérias questões quanto às poucas restrições a publicidade e patrocínios de jogos de sorte ou azar no contexto futebolístico, visto que a comunicação da liga portuguesa tem vindo, ao longo dos anos, a apontar para uma maior e crescente vontade de levar as famílias aos estádios[61].

Questiono se será admissível uma liga de futebol profissional, que tem o objetivo de levar famílias ao estádio de modo assistir ao seu espetáculo desportivo, permitir este volume de publicidade e patrocínios a casas de apostas e casino *online*. Afinal, se estamos a apelar para toda a família vir ao estádio, menores certamente também estarão presentes e envolvidos, pelo que a sua proteção jurídica pode ficar comprometida. Temos, ainda assim, assistido a um lento início de reflexão e debate sobre a admissibilidade desta publicidade e patrocínio em contexto futebolístico[62], ainda que na práti-

[60] Patrocínios da Betano consultados a 13/1/2025 em: https://www.betano.pt/patrocinios/.

[61] Várias são as campanhas lançadas pela Liga Portugal, ao longo dos anos, com a mensagem de que o futebol é para toda a família. Recentemente, a Liga Portugal celebrou uma pareceria com o Continente cujo principal objetivo seria levar mais famílias aos estádios de futebol.

[62] Como aborda João Paulo Correia em entrevista dada ao Jornal Público em 2023, consultada a 13/1/2025 e disponível em: https://www.publico.

ca, muito pouco se tenha feito no sentido de uma restrição maior da mesma.

5.1. A curiosa redação do art.21º/5 do Código da Publicidade – breve nota

Retomando o raciocínio introduzido no ponto 4, encontramos na lei portuguesa, no art.21°/5 do Cod. Pub, a curiosa redação de que é proibida a publicidade a jogos de sorte ou azar: "Nos locais onde decorram eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais, bem como nas comunicações comerciais e na publicidade desses eventos, não devem existir menções, explícitas ou implícitas, a jogos e apostas". Entendemos, pacificamente, que é inadmissível a publicidade a jogos de sorte ou azar em jogos de futebol de juniores e camadas jovens, mas resta a dúvida quanto ao futebol sénior.

Levanto a questão principal: o que é um interveniente principal? Será a grande maioria dos espectadores que assistem ao espetáculo? Será a composição etária da equipa principal de futebol? Se o legislador pensou como interveniente principal os espectadores, de facto, tendencialmente teremos mais adultos do que menores de idade em recintos desportivos (onde se inserem os estádios de futebol).

No entanto, se interpretarmos a norma no sentido de que os intervenientes principais são, efetivamente, os jogadores de futebol, então temos vários casos que demonstram que, muitas vezes, os menores de idade são os intervenientes principais[63]. A ideia de que os menores de idade se encontram

pt/2023/11/02/desporto/entrevista/joao-paulo-correia-publicidade-casas-apostas-futebol-merece-reflexao-profunda-2068709.

[63] Na Europa, o exemplo do FC Barcelona apresenta-se como o mais relevante nesta matéria. Da equipa titular, 4 a 5 jogadores do 11 inicial eram

somente nas camadas jovens e juniores está, ao dia de hoje, ultrapassada, pelo que levanto a questão de perceber se, realmente, os menores estão a ser protegidos pelo direito do consumidor em contexto futebolístico (tanto enquanto expectadores, como jogadores). Muito pode e deve ser discutido sobre a (demasiada) ambiguidade do art.21º/5 do Cod.Pub, havendo margem para uma melhor definição e reflexão sobre as restrições impostas à publicidade a jogos de sorte ou azar.

Conclusão

Após reflexão sobre os temas tratados, concluo que Portugal se assume como um dos exemplos mais liberais, em contexto europeu, no que toca às restrições da publicidade de jogos de sorte ou azar, sendo maioritariamente permitida (com as devidas restrições impostas pelo art.21º do Código da Publicidade). Partindo do estudo que demonstra que esta publicidade está, de facto, a cativar cada vez mais jogadores para o mundo dos jogos da sorte ou azar, chego à conclusão de que o direito do consumidor português não está a proteger suficientemente os menores de idade e os consumidores vulneráveis em contexto desportivo, onde mais me debrucei por interesse lúdico e académico. Olhando para os países europeus onde se encontram as maiores ligas de futebol mundial: Espanha, Inglaterra e Itália, olho com otimismo para alguns exemplos de restrições que me parecem muito pertinentes.

Primeiramente, não vejo com bons olhos a proibição total da publicidade a jogos de sorte ou azar, visto que esta pode levantar um problema indireto, onde reside a maior razão da

menores de idade em Maio de 2024, inclusive aquele que é considerado por muitos, no momento, o melhor jogador de futebol mundial, Lamine Yamal, de 17 anos. Já no caso português, Geovany Quenda e João Simões, do Sporting CP e Rodrigo Mora, do FC Porto, têm 17 anos e são titulares no 11 inicial das respetivas equipas.

minha animosidade para com esta restrição total: a pouca transparência e informação de quais são os casinos ilegais ou legais e de que modo operam. Temos, neste caso, um problema de proteção do consumidor – a possível violação do art.7º da Lei da defesa do consumidor. Uma restrição absoluta da publicidade a jogos de sorte ou azar, entendo, podia colocar em causa o direito à informação do consumidor, consagrada legislativamente na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho e assim, ser improdutiva no seu intuito e fundamento.

Sou crítico, ainda assim, quanto à solução legal portuguesa. Penso que a recomendação europeia de 2014 não foi respeitada e transposta adequadamente, deixando em aberto vários conceitos. Focando na primeira liga de futebol portuguesa, o nome da própria liga integra a marca de uma casa de apostas desportivas, a Betclic; os equipamentos das três principais equipas da liga têm patrocínios nas zonas de maior destaque dos equipamentos a outra casa de apostas, a Betano; e os estádios contêm publicidade espalhada em paneis, posters e até zonas e camarotes VIP com o nome da mesma casa de apostas desportivas e casino *online*. Para uma Liga que se assume, cada vez mais, como uma liga familiar e que incentiva toda a família a ir ao estádio, entendo que a proteção dos menores está claramente a ser insuficientemente protegida, visto que é extremamente comum ver menores de idade a assistir jogos de futebol e usar as camisolas oficiais dos clubes que apoiam. Vou ao encontro da reflexão de João Paulo Correia e não tenho dúvidas que, legislativamente, têm de ser dados passos no caminho de uma maior restrição da publicidade a jogos de sorte ou azar, protegendo efetivamente os menores e consumidores vulneráveis que entendam ir ao estádio de futebol ver um espetáculo futebolístico.

O Exemplo Espanhol, ainda que com algumas revogações do Real Decreto 958/2020, manteve em vigor o que realmente

interessa para o meu principal argumento: a proibição da publicidade a jogos de sorte ou azar no nome da liga, nos equipamentos oficiais dos clubes e nos recintos desportivos, merece ser transposta ao paradigma português. Não impede, esta norma (art. 12º do RD), que haja outras formas de patrocínio a estas equipas, não restringindo absolutamente o direito à publicidade destas entidades que disponibilizam estes jogos de sorte ou azar, parecendo-me restringir a publicidade na medida certa e proporcional, garantindo a proteção desejada dos menores de idade e dos consumidores vulneráveis (onde estes também se enquadram, mas não só).

Assim, concluo que não só deve existir uma maior fiscalização da publicidade exibida em televisão, que me parece estar em desconformidade com a recomendação europeia de 2014, como também uma maior restrição à publicidade a jogos de sorte e azar em recintos desportivos, nos equipamentos oficiais dos clubes profissionais de futebol, e ainda no nome da liga onde estes clubes integram, fundamentado na proteção dos menores e consumidores vulneráveis consagrada no art.21º do Código da Publicidade.

Bibliografia e Webgrafia

A. García-Perez a, A. Krotter b, G. Aonso-Diego, *The impact of gambling advertising and marketing on online gambling behavior: an analysis based on Spanish data, Public Health 234 170e177*.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *Manual de direito da publicidade,* 2.ªedição, Pretony Editora, Coimbra, 2023.

BINDE, Per, *Gambling advertising: A critical research review*, Responsible Gambling Trust London.

Disponível em: https://prism.ucalgary.ca/server/api/core/bitstreams/58e1352d-e7dc-4c47-abec-89debb7e8815/content.

CHAVES, Rui Moreira, *Regime jurídico da publicidade*, Coimbra, Almedina, 2005

CHOLIZ, Mariano, *The Challenge of Online Gambling: The Effect of Legalization on the Increase in Online Gambling Addictin,, J* Gambl Stud 32:749–756, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Mariano-Choliz/publication/278045597_The_Challenge_of_Online_Gambling_The_Effect_of_Legalization_on_the_Increase_in_Online_Gambling_Addiction/links/5b084625a6fdcc8c252fd3c9/The-Challenge-of-Online-Gambling-The-Effect-of-Legalization-on-the-Increase-in-Online-Gambling-Addiction.pdf

DELFABBRO, Paul & KING, Daniel, *The evolution of young gambling studies: digital convergence of gaming, gambling and cryptocurrency technologies,* International Gambling Studies, 23:3, 491-504, DOI: 10.1080/14459795.2023.2171469, 2023.

Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14459795.2023.2171469

ELLEN MCGRANEA, ROBERT PRYCEA, LUKE WILSONA, MATT FIELDB AND ELIZABETH GOYDER, *How did the 'whistle-to-whistle' ban affect gambling advertising on TV? A live football matching study*, ADDICTION RESEARCH & THEORY, 2024.
Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/16066359.2024.2355183.

PINTO, PAULO MOTA, *Direito da Publicidade*, apontamentos das aulas do ano letivo 1999/2000, Coimbra : [s.n.], 1999.

RICHARD, BRYAN, *Diffusion of an Economic Development Policy Innovation: Explaining the International Spread of Casino Gambling*, J Gambl Stud 26:287–300 , 2009. Disponível em: https://psycnet.apa.org/record/2010-08698-009.

***LINKS* E DADOS ESTATÍSTICOS:**

Acordo entre clubes da Premier League: https://www.premierleague.com/news/3147426

Dados estatísticos relativamente a novos jogadores e lucro declarado pelos casinos:
https://www.statista.com/outlook/amo/online-gambling/worldwide#users
https://www.statista.com/outlook/amo/online-gambling/worldwide#users

Dados estatísticos sobre o jogo em Itália:
https://www.statista.com/outlook/amo/online-gambling/italy#users

Dados estatísticos sobre o jogo *online* em Portugal:
https://www.srij.turismodeportugal.pt/sites/default/files/2024-08/estatisticas_online_2t_2024.pdf

Entrevistas João Paulo Correia:
https://www.publico.pt/2023/11/02/desporto/entrevista/joao-paulo-correia-publicidade-casas-apostas-futebol-merece-reflexao-profunda-2068709

ICD-11 da OMS:
https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/en#1041487064

Publicidade Betano:
https://www.youtube.com/watch?v=H92wlM5fD7I

Legislação e recomendações:

BCAP Code Gambling:
https://www.asa.org.uk/static/699c12ab-3a81-4175-9a-22f8b900997394/b92a3b33-65a3-4220-af9c843bf-d9877b8/The-BCAP-Code-Gambling.pdf.

Código da autorregulação publicitária:
https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf

DECRETO-LEGGE 12 luglio 2018, n. 87:
https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2018;87~art9!vig=.

Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril

Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril

Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril

Decreto-Lei n.º66/2015, de 29 de Abril:
https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/66-2015-67098359

Gambling Act 2005:
https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/19/contents.

Ley 13/2011, de 27 Mayo:
https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-9280.

Manual de boas práticas quanto à publicidade de jogos de sorte e azar:
https://www.srij.turismodeportugal.pt/sites/default/files/2022-05/Manual_Publicidade.pdf.

Real Decreto 958/2020 e resoluções:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13495
https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-varios-articulos-del-Real-Decreto-958-2020-de-comunicaciones-comerciales-de-las-actividades-de-juego.

Regulamentos Liga Portugal:
https://www.ligaportugal.pt/media/50590/rc.pdf.

OS EFEITOS LUSÓFONO E EUROPEÍSTA NA LEGISLAÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM TIMOR-LESTE

João Fernandes Moreira[*]

Sumário

1. Introdução; 2. O efeito da lusofonia no constitucionalismo timorense; 2.1. O problema do português enquanto língua oficial de Timor-Leste e de produção legislativa do país; 2.2. A consagração constitucional dos direitos dos consumidores; 3. O desafio da dispersão legislativa na proteção do consumidor; 4. O "efeito lusófono" e o indireto "efeito de Bruxelas" na Lei de Proteção dos Consumidores de Timor-Leste; 5. A educação e formação para o consumo: da consagração na LPC à prática; 6. O potencial papel dos estabelecimentos de ensino superior na promoção do Direito do Consumo e proteção do consumidor; 7. O "efeito de Bruxelas" na ASEAN e o futuro para Timor-Leste; 8. Considerações finais; 9. Bibliografia.

* Mestre e Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Table of Contents

1. Introduction; 2. The effect of Lusophony on Timorese constitutionalism; 2.1. The issue of Portuguese as the official language of Timor-Leste and its use in legislative production; 2.2. The constitutional enshrinement of consumer rights; 3. The challenge of legislative dispersion in consumer protection; 4. The "Lusophone effect" and the indirect "Brussels effect" on Timor-Leste's Consumer Protection Law (CPL); 5. Education and training for consumption: from enshrinement in the CPL to practice; 6. The potential role of higher education institutions in promoting Consumer Law and consumer protection; 7. The "Brussels effect" in ASEAN and the future for Timor-Leste; 8. Final considerations; 9. Bibliography.

Resumo

Timor-Leste é um país apenas surgido em 2002, mas que foi imediatamente exposto ao exigente modelo mundial da economia de mercado, característico do século XXI, nomeadamente caracterizado pela celeridade das trocas comerciais, proliferação de uma sociedade de consumo e com o apogeu da contratação à distância e digitalização do mercado.

Tratando-se, assim, de um país recente, os processos de desenvolvimento social, económico e jurídico em Timor-Leste enfrentam diversos desafios. Uma das grandes dificuldades decorre da necessidade em se criar um direito legislado em coexistência com direito costumeiro, ainda manifestamente vigente no país, o que leva, em muitos casos, à criação de regras jurídicas que são desajustadas da realidade prática a que se destinam, conduzindo a que a respetiva implementação seja, na maioria dos casos, de difícil concretização e observância.

Relativamente à temática objeto do presente estudo, o Direito do Consumo é um exemplo em concreto de uma área jurídica onde este referido desfasamento mais se manifesta. Uma vez que o legislador de Timor-Leste se tem deixado influenciar pelas soluções normativas provenientes dos ordenamentos jurídicos português e da União Europeia, os diplomas legais timorenses destinados a regulamentar as relações de consumo e a proteger os consumidores, enquanto parte vulnerável destas relações jurídicas, têm tido pouca relevância prática fruto da referida discrepância entre as realidades dos países influenciadores e do país influenciado.

A dificuldade da comunicação e compreensão através da língua portuguesa por parte da maioria da população também embaraça o efeito prático da legislação aprovada em matéria de Direito do Consumo. Uma das soluções passa por aumentar a promoção da formação e educação para o consumo da generalidade da população, sendo que em Timor-Leste, além do papel atribuído por lei ao Estado, às associações de defesa dos consumidores e à entidade que presta o serviço público de rádio e televisão, também se discute como os estabelecimentos de ensino superior podem, igualmente, auxiliar o legislador na realização deste direito subjetivo, ajudando a capacitar a população para os direitos que os seus membros titulam na qualidade de consumidores.

Por fim, a futura adesão de Timor-Leste à Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) surge como uma nova oportunidade para o país, uma vez que esta associação já se encontra num processo de harmonização da legislação relativa à proteção do consumidor nos diferentes Estados-Membros, podendo constituir um momento em que ocorra a revisão da legislação timorense nesta matéria e um ensejo de repensar as soluções jurídicas até hoje em vigor, mas que

estão em inadequação para a realidade vivida no comércio jurídico nacional.

Abstract

Timor-Leste is a country that only emerged in 2002 yet was immediately subject to the demands of a 21st-century market economy — particularly characterized by the prompt pace of commercial exchanges, the proliferation of consumer society, and the rise of remote contracting and market digitalization. As a young nation undergoing social, economic, and legal development, Timor-Leste faces numerous challenges. One of the major difficulties lies in the necessity of creating statutory law that coexists with customary law, which still prevails in the country. This often leads to the creation of legal rules that are unsuited to the practical realities they are meant to address, rendering their implementation, in most cases, difficult to achieve.

Consumer Law is one of the legal areas where this misalignment is most apparent. Since Timor-Leste's legislators have been influenced by normative solutions originating from the legal systems of Portugal and the European Union, the Timorese legal instruments intended to regulate consumer relations and protect consumers—considered the vulnerable party in these legal relationships—contain provisions that have had limited practical relevance within the difference between the realities from influencing countries and the influenced country.

Furthermore, the population's difficulty in communicating and understanding the Portuguese language has hindered the practical effect of legislation adopted in the field of Consumer Law. One potential solution involves promoting education and training on consumer rights among the general population. In Timor-Leste, beyond the legally assigned roles of the State, consumer advocacy associations and the public

broadcasting service, we also analyze how the higher education institutions can also support the legislature in realizing this subjective right, helping to empower the population with knowledge of the rights they hold as consumers.

Finally, Timor-Leste's future accession to the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) presents a new opportunity for the country, as ASEAN is already undertaking a process of harmonizing consumer protection legislation across its Member States. This may provide a moment for revising Timor-Leste's legislation in this area and a chance to rethink the legal solutions currently in force — especially those that no longer align with the realities of the national legal marketplace.

1. Introdução

O sistema jurídico de Timor-Leste é um ordenamento jurídico em fase inicial de construção e desenvolvimento.

A conquista definitiva da plena independência de Timor-Leste apenas se concretizou em 2002[1], após a realização do referendo no dia 30 de agosto de 1999, no qual cerca de 78,5%[2] dos votantes optaram por escolher a independência, colocando fim a cerca de 24 anos de ocupação no território timorense por parte da República da Indonésia.

A tumultuosa História de Timor-Leste, com a sujeição a um primeiro período de colonização por parte dos portugueses (1512-1974) e posteriormente uma fase de ocupação dos indonésios (1975-1999), afeta, ainda hoje, a edificação do ordenamento jurídico timorense e a produção legislativa no país.

Apesar da sua localização geográfica no Sudeste Asiático, entre o território da Indonésia e da Austrália, Timor-Leste tem vindo a ser influenciado na produção dos diversos diplomas de natureza legal e administrativa que vigoram e disciplinam os diversos setores de atividade no país por ordenamentos jurídicos geograficamente bastante distantes, nomeadamente o Direito português e Direito da União Europeia.

Contudo, esta produção legislativa com influência nestes dois ordenamentos jurídicos ocidentais, claramente mais evoluídos, defronta-se com a sobrevivência do direito consuetudinário timorense, que ainda hoje é aplicável na maioria do território nacional, mais especificamente nas áreas fora da capital do país, Díli, a única cidade do país[3]. Neste sentido,

[1] Frédéric Durand, *História de Timor-Leste – da pré-história à atualidade*. 2.ª ed. Toulouse: Lidel. 2009, p. 150.

[2] Informação disponível em: https://visao.pt/atualidade/mundo/2024-08-30-25-anos-do-referendo-de-timor-leste-recorde-as-imagens-que-marcaram-o-inicio-da-liberdade/#&gid=0&pid=1

[3] Universidade Técnica de Lisboa *et al.*; Comissário para o Apoio à Transição em Timor-Leste – *Atlas de Timor-Leste,* Lisboa: LIDEL. 2002, pp. 96-97.

destaca-se a obra de Benjamim Cardoso sobre a História de Direito de Timor-Leste, na qual o autor explica que este país é constituído por um povo, mas três Direitos[4], aludindo às manifestações do Direito costumeiro, do Direito português no período colonial e do Direito indonésio, sem prejuízo da existência de uma identidade nacional.

Assim, antes da independência em 2002, o Costume coexistiu com o Direito legislado português ultramarino e posteriormente com o Direito legislado indonésio. Atualmente, o sistema jurídico timorense resulta da coexistência do Direito timorense legislado com o sobrevivente Direito consuetudinário. A estas várias coexistências sucessivas de Direito legislado com o Costume tem sido denominado por certa doutrina de "pluralismo jurídico em Timor-Leste"[5], que patenteia bem a grande complexidade em que assenta a formação do sistema jurídico do país.

Portanto, repita-se, não se coloca em causa a existência de uma identidade do povo timorense, mas destaca-se que o facto da multiculturalidade presente no território de Timor-Leste cria um povo originário de variadas realidades culturais, sociais e religiosas que exigem a identificação das características que unem este povo numa só identidade nacional. Como ensina Nuno Canas Mendes que "a realidade estadual timorense, mais do que uma fundação étnica do ponto de vista territorial ou no predomínio de determinada etnia, é o resultado da evolução de uma unidade político-administrativa formada pelos colonizadores que uniformizaram a pluralida-

[4] Benjamin CARDOSO, *Timor-Leste um Povo Três Direitos (é uma História de Direito)*, Dom Boaventura – Liurai de Manufahi. Vol. I.

[5] António SOARES; Júlio CRISPIM; Liberal FERNANDES; Tomás ALVES, *Lições de Direitos Reais Timor-Leste*. Porto: Universidade do Porto. 2017. p. 20. [Consult. em 28-07-2025]. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/140987/2/554867.pdf.

de étnica recorrendo ao nome geográfico para classificarem todos os naturais da ilha como timorenses"[6].

Obviamente que o pluralismo jurídico que, ainda hoje, subsiste em Timor-Leste cria grandes desafios aos legisladores ordinários (Parlamento e Governo), uma vez que a redação aprovada para servir de legislação continua, em muitos casos, a conflituar com as práticas costumeiras respeitadas nas diversas áreas administrativas do país.

Neste sentido, relembra-se a famosa expressão centenária de Roscoe Pound, "*Law in Books and Law in Action*", quando nos referimos ao problema verificado aquando da produção legislativa que uma vez escrita e positivada num dado sistema jurídico, não consegue ter efetiva conexão com a realidade prática ao qual se destina a regulamentar, sendo respeitada e aplicada pelos seus destinatários[7].

Em Timor-Leste, este problema de desunião entre os diplomas normativos publicados no jornal oficial do país e as realidades práticas às quais este Direito legislado se destina, é o grande causador das inúmeras dificuldades existentes na implementação de grande parte da legislação produzida pelos órgãos soberanos que exercem a função legislativa no país. E este problema afeta a maioria dos diferentes setores da vida social, económica e financeira, onde o Direito do Consumo, não podendo ser uma exceção, é dos âmbitos mais prejudicados por este desajustamento jurídico-legislativo.

Ao longo do presente texto, não se pretende um estudo profundo ou exaustivo do Direito do Consumo em Timor-Leste, mas uma análise que permita demonstrar a existência de

---

[6] Nuno Canas MENDES, *A "Multidimensionalidade" da construção identitária em Timor-Leste: Nacionalismo, Estado e Identidade Nacional.* Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas-UTL, 2005, pp. 234-235.

[7] Jean-Louis HALPERIN, *LAW IN BOOKS AND LAW IN ACTION: THE PROBLEM OF LEGAL CHANGE*, Maine Law Review, 2012, 64 (2011). [Consult. 28-07-2025]. Disponível em: https://digitalcommons.mainelaw.maine.edu/mlr/vol64/iss1/4

um desajustamento entre o Direito do Consumo legislado em vigor e a realidade prática e características atuais do comércio praticado no território timorense, para, no final, se concluir pela inadequação daquele Direito do Consumo positivado, tendo em vista o objetivo de garantir a efetiva proteção do consumidor neste jovem país asiático.

2. O EFEITO DA LUSOFONIA NO CONSTITUCIONALISMO TIMORENSE

Primeiramente, importa versar sobre a Constituição da República Democrática de Timor-Leste.

Tal como ocorreu relativamente à redação das Constituições dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP)[8], o constitucionalismo de Timor-Leste também é um resultado do efeito da lusofonia constitucional.

Em Timor-Leste, ao longo do texto da sua Lei Fundamental, é fácil de se verificar como o texto da Constituição da República Portuguesa (CRP) se encontra vertido na Constituição da República Democrática de Timor-Leste (CRDTL)[9].

No caso do Direito do Consumo, a influência do Direito Constitucional português na CRDTL atende-se essencialmente em dois artigos: o artigo 13.º onde consta a língua portuguesa como uma das línguas oficiais de Timor-Leste, e o artigo 53.º onde consta a norma constitucional relativa aos direitos dos consumidores.

[8] RUI MEDEIROS, *Constitucionalismo de matriz lusófona: realidade e projecto*. 1.ª Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Lisboa (2010). [Consult. em 28-07-2025]. Disponível em https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cjcplp201005/201005-ruimedeiros.pdf.

[9] Ver o estudo de Jorge Bacelar GOUVEIA - *Timor-Leste no Constitucionalismo de Língua Portuguesa*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Nacional Timor Lorosa'e. Ano I. Número I (2018), pp. 121-176.

2.1. O problema do português enquanto língua oficial de Timor-Leste e de produção legislativa do país

Um dos principais problemas da dificuldade de aplicação da legislação destinada à proteção dos consumidores em Timor-Leste relaciona-se com o uso das línguas oficiais de Timor-Leste.

Segundo o n.º 1 do artigo 13.º da CRDTL "*O tétum e o português são as línguas oficiais da República Democrática de Timor-Leste*". Esta opção política do legislador constituinte de Timor-Leste não se trata de uma decisão de aceitação unânime a nível nacional[10]. Tal como explica Geoffrey Hull, ao momento da elaboração da Constituição de Timor-Leste, coexistiam "duas perspetivas antagónicas sobre a identidade cultural de Timor-Leste"[11]. Inicialmente, o autor refere-se ao confronto de ideais, por um lado, entre a geração timorense que nasceu e obteve a sua educação primária durante o período colonial português, ou seja, até ao 25 de abril de 1974, e, por outro lado, a geração que nasceu e cresceu durante a ocupação da indonésia, tendo aprendido apenas a língua do invasor, que, por sua vez, proibiu de forma absoluta (e, por vezes, violenta) a utilização da língua portuguesa no território[12].

O restabelecimento da língua portuguesa em Timor-Leste na CRDTL surge, assim, como uma ameaça à maioria da população, que integra as camadas mais jovens da sociedade timorense, que, em razão de não dominarem esta língua,

[10] Florbela Pires, *Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste – alguns problemas*. p. 13. [Consult. em 28-07-2025]. Disponível em: https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Pires-Florbela-Fontes-do-direito-e-procedimento-legislativo-na-Republica-Democratica-de-Timor-Leste-alguns-problemas.pdf

[11] Geoffrey Hull, *Identidade, Língua e Política Educacional*. Sydney: Instituto Camões. 2000, p. 33.

[12] *Ibidem*

sentem-se mais vulneráveis perante a obrigatoriedade da utilização do português na legislação nacional, publicidade e comércio em geral[13].

Segundo os censos nacionais de 2015, apenas 30% da população de Timor-Leste consegue falar e compreender o português de forma dominante[14]. Portanto, apesar de ser uma parte integrante da formação da identidade do povo timorense, o português não é uma língua compreendida ou utilizada pela significativa maioria da população do país.

Considerando que o procedimento legislativo de Timor-Leste recorre à língua portuguesa para elaborar os textos dos diplomas legais e administrativos onde constam as normas jurídicas que disciplinam a vida no ordenamento jurídico timorense, verifica-se, desde já, o primeiro grande obstáculo sentido na aplicabilidade prática do Direito do Consumo de Timor-Leste em relação à concretização do principal objetivo de proteger os consumidores nacionais.

Se "o direito do consumo tem como objeto o conjunto de normas jurídicas de proteção dos consumidores"[15], a realização desse propósito torna-se mais difícil de alcançar quando os destinatários dessas normas têm dificuldade em ler, interpretar e compreender o sentido e alcance que estas estabelecem no seu conteúdo normativo.

Ademais, se atentarmos à definição da vulnerabilidade que caracteriza os consumidores, segundo as palavras de Sandra Passinhas, a qual constitui "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 intera-

[13] *Idem, p. 46.*

[14] Informação disponível em: https://www.diligenteonline.com/a-lingua-portuguesa-em-timor-leste-entre-desafios-e-sucessos/ [Consult. em 28-07-2025].

[15] Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17.

ções de mercado"[16], é possível declarar que, em regra, o consumidor em Timor-Leste está numa posição ainda mais frágil e vulnerável que o consumidor português ou europeu, dado que o desconhecimento da língua aumenta a dificuldade deste se fazer munir dos mecanismos de proteção ou defesa oferecidos pela legislação contra os empresários ou comerciantes, estes últimos geralmente mais capazes e astutos.

O aspeto da língua é a primeira grande barreira que demonstra como a legislação atualmente em vigor em Timor-Leste sobre a proteção do consumidor dificilmente se apresenta como suficiente para garantir a proteção dos consumidores a que se destina. Esta dificuldade poderá intensificar-se aquando da entrada de Timor-Leste na Associação das Nações do Sudeste Asiático em outubro de 2025[17], uma vez que a língua de trabalho e de comércio nesta associação é o inglês e todos os trabalhos relacionados com cooperação, bem como harmonização legislativa, incluindo do Direito do Consumo, são produzidos nesta língua de trabalho. Uma imediata entrada do inglês no quotidiano da atividade administrativa de Timor-Leste pode ser o início da extinção da utilização do português no país, sobretudo quando, vividos cerca de 23 anos de independência, a escolha da língua ainda é uma questão que muito divide a sociedade timorense.

2.2. A consagração constitucional dos direitos dos consumidores

No seguimento da influência do constitucionalismo português em Timor-Leste, acima referido, o legislador constituinte

[16] Sandra Passinhas, *O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português*. Revista dos Estudos de Direito do Consumo. N.º 15 (2019), p. 258. [Consult. em 10-04-2025]. Disponível em: https://www.cdc.fd.uc.pt/pdfs/rev_15_completo.pdf.

[17] Informação oficial disponível em: https://timor-leste.gov.tl/?p=43569&n=1 [Consult. 19.07.2025].

timorense decidiu, em particular, consagrar no texto da Lei Fundamental uma norma destinada aos direitos do consumidor, optando por seguir uma redação similar à utilizada pelo artigo 60.º da CRP.

O artigo 53.º da CRDTL, com epígrafe "Direitos dos consumidores" preceitua os seguintes números: "*1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, a uma informação verdadeira e à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou enganosa*".

Como se verifica através da leitura de ambos os números do artigo 53.º da CRDTL, a sua semelhança com a redação do artigo 60.º da CRP demonstra uma clara influência do direito constitucional português no direito constitucional timorense, tornando-se, este, o ponto de partida para que, consequentemente, a legislação infraconstitucional que desenvolve esta norma constitucional timorense tenda a seguir as opções político-legislativas adotadas no ordenamento jurídico português e respetiva redação.

Contudo verifica-se que nos termos deste artigo 53.º da CRDTL, o legislador constituinte timorense optou por não incluir um terceiro número relativo às associações de consumidores e as cooperativas de consumo, tal como consagra o seu homólogo artigo 60.º da CRP. Através da consulta da ata de deliberação da Comissão Temática de Direitos, Deveres e Liberdades e Defesa e Segurança Nacionais da Assembleia Constituinte de Timor-Leste relativamente à fase de especialidade na elaboração do atual artigo 53.º da CRDTL, constata-se que foi proposta uma redação similar àquela que é utilizada pelo artigo 60.º da CRP, mas desde a redação inicial optou-se por nunca incluir um número destinado à participa-

ção das associações de defesa dos consumidores e cooperativas de consumo[18].

Não há uma justificação escrita nos documentos consultados que permita explicar a razão pela qual, de forma aparentemente intencional, o legislador constituinte decidiu adotar uma redação apenas recorrendo ao texto do n.ºs 1 e 2 do artigo 60.º da CRP, mas será adequado especular, sem grande risco de lapso, que o legislador constituinte talvez tenha pretendido, silenciosamente, transmitir ao legislador ordinário a total responsabilidade no delineamento do papel que na prática seria assumido por estas associações ou cooperativas com atribuições na defesa do consumidor. No plano infraconstitucional, o legislador ordinário encontrar-se-á mais bem posicionado para selecionar as soluções mais adequadas sobre estas matérias em conjugação com as necessidades do seu país, em processo de desenvolvimento, não sendo, assim, sensato, colocar exigências ao nível constitucional que pudessem dificultar a atividade legislativa do legislador ordinário aquando da elaboração da legislação que viesse a implementar o artigo 53.º da CRDTL.

Porém, é importante reconhecer o mérito do legislador constituinte de Timor-Leste que, de forma imediata, decidiu conceber uma norma constitucional, entre o elenco dos direitos sociais, económicos e culturais da CRDTL, destinada a promover os direitos dos consumidores.

O n.º 1 do artigo 53.º, no seguimento da redação do n.º 1 do artigo 60.º da CRP, consagra os direitos dos consumidores (i) à qualidade dos bens e serviços consumidos; (ii) informa-

[18] Assembleia Constituinte de Timor-Leste, Trabalhos preparatórios da Comissão Temática de Direitos, Deveres e Liberdades e Defesa e Segurança Nacionais da Assembleia Constituinte de Timor-Leste relativamente ao artigo 53.º da CRDTL, através de consulta da Ata n.º 9 da referente Comissão Temática, datada de 26 de outubro de 2001 arquivada no Arquivo do Parlamento Nacional de Timor-Leste.

ção verdadeira; (iii) proteção da saúde; (iv) proteção da segurança; (v) proteção dos seus interesses económicos; e (vi) reparação dos danos[19].

Sendo Timor-Leste um país em desenvolvimento, é interessante discutir sobre a possibilidade de uma oponibilidade direta dos direitos constitucionais por parte dos consumidores contra a sua respetiva contraparte, em concretas relações jurídicas[20]. Defendendo-se a possibilidade de os cidadãos invocarem os direitos constitucionais previstos no n.º 1 do artigo 53.º da CRDTL, cria-se a oportunidade de reforçar os mecanismos de proteção dos consumidores, através de uma primeira linha de defesa mais imediata e intuitiva, do que aquela que se alcança apenas com o recurso à legislação infraconstitucional, nomeadamente a Lei de Proteção dos Consumidores.

Seguidamente, o n.º 2 do artigo 53.º trata da exclusivamente da publicidade. Numa solução igualmente influenciada pelo n.º 2 do artigo 60.º da CRP, o legislador constituinte de Timor-Leste estabelece que a publicidade é disciplinada através de diploma legal, proibindo-se todas as formas de publicidade oculta, indireta e enganosa.

Em concretização deste último preceito constitucional, o legislador ordinário aprovou, primeiramente, em 2011, o "Regime Jurídico das Actividades Publicitárias", através do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 21 de dezembro. Neste diploma legal, o legislador define a atividade publicitária como

[19] Pedro Carlos Bacelar VASCONCELOS (Coordenador), *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*. Direitos Humanos - Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011, pp. 200-201.

[20] Sobre esta posição ver o estudo realizado por Diovana BARBIERI, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais dos Consumidores na Ordem Jurídica Portuguesa: Pode-se/Deve-se Pensar em Eficácia Horizontal Directa?* Revista dos Estudos de Direito do Consumo. N.º 8 (2006/2007), pp. 291-345. [Consult. em 31-07-2025]. Disponível em: https://www.cdc.fd.uc.pt/pdfs/rev_8_completo.pdf.

o "conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas daí emergentes entre anunciantes, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que exerçam a actividade publicitária"[21]. Assim, é possível verificar que o legislador para definir o conceito de atividade publicitária recorreu à redação do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro (Código da Publicidade de Portugal), na versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro.

Partindo deste ponto de análise, também é possível se afirmar que o legislador ordinário timorense utilizou a redação do Código da Publicidade de Portugal para produzir o conteúdo Decreto-Lei n.º 51/2011, de 21 de dezembro, de Timor-Leste.

Posteriormente, o legislador ordinário timorense aprovou um outro diploma legal, por sua vez, destinado à regulamentação do licenciamento de mensagens publicitárias, através do Decreto-Lei n.º 51/2016, de 28 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 31/2017, de 9 de agosto, fundamentando no preâmbulo legal que o conteúdo do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 21 de dezembro, demonstra-se insuficiente para responder ao aumento da atividade publicitária ocorrida em Timor-Leste entre 2011 e 2016, nomeadamente, por não prever qualquer regime jurídico para o licenciamento de mensagens publicitárias. Optando por não alterar o conteúdo do Decreto-Lei n.º 51/2011, o legislador decide produzir dois distintos diplomas que devem vigoram simultaneamente no sistema jurídico em tratamento da mesma matéria, constituindo esta uma situação de dispersão legislativa, talvez desnecessária do ponto de vista teórico-legislativo, tema esse que será abordado em seguida.

[21] Cfr. n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 21 de dezembro.

3. O DESAFIO DA DISPERSÃO LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumo pode ser entendido, seguindo a doutrina de Carlos Ferreira de Almeida, como "o conjunto de normas jurídicas de proteção dos consumidores"[22].

Como se introduziu *supra*, atualmente a legislação que versa sobre a proteção do consumidor em Timor-Leste apresenta muitos desafios a serem enfrentados, nomeadamente no que se refere à eficácia da sua implementação prática.

Um dos grandes obstáculos sentido pelos consumidores em Timor-Leste para acederem aos mecanismos de proteção no consumo é a dificuldade em conhecerem a legislação em vigor destinada a esse mesmo propósito protecionista.

Fazendo-se uso da expressão "labirinto regulatório"[23], utilizada por João Pedro Campos no seu estudo sobre os aspetos gerais relativos à tutela dos consumidores no ordenamento jurídico de Timor-Leste, é, desde já, percetível que o legislador ordinário timorense, desde 2002, tem vindo a criar uma multiplicidade de normas com soluções destinadas a proteger os consumidores, dispersas por diferentes diplomas jurídicos de natureza legal ou administrativa.

Esta estratégia de produção dispersa de legislação conduz a que a grande generalidade dos consumidores em Timor-Leste, ou por desconhecimento do português ou por não ter capacidade de interpretar as normas jurídicas destinadas à proteção dos consumidores no mercado, acaba por não beneficiar efetivamente dos mecanismos jurídicos que lhe são disponibilizados para reforço da sua posição negocial durante a elaboração ou execução dos contratos de con-

[22] Op. cit. Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Direito do Consumo*..., p. 17.

[23] João Pedro CAMPOS, *A tutela dos consumidores no ordenamento jurídico de Timor-Leste: aspetos gerais*. e-BLJ. Ano I. N.º I (2018), p. 76. [Consult. em 29-07-2024]. Disponível em https://mj.gov.tl/files/eBLJ_numero_1.pdf.

sumo que celebra com os comerciantes ou empresários no âmbito do comércio.

O "labirinto regulatório" acaba, portanto, por ser uma consequência "das debilidades em termos de «*governance*» da qualidade e eficiência legislativa"[24] que, em geral, caracterizam o sistema jurídico de Timor-Leste. Produzem-se inúmeros diplomas legais e infralegais, destinados a disciplinar vários setores da sociedade que depois acabam por não tem qualquer implementação eficiente ou, num significativo número de casos, efetiva[25].

[24] Sobre o estudo geral relativo à importância de criação de uma estratégia e modelo organizativo para gerir a elaboração e aplicação dos diplomas legais consultar Carlos Blanco de MORAIS, *Manual de Legística*. Lisboa: Verbo, 2007, p. 195.

[25] Para que se compreenda de forma mais clara a dimensão desta dispersão legislativa, no ordenamento jurídico de Timor-Leste, de 2002 até julho de 2016, momento da entrada em vigor da Lei de Proteção do Consumidor, Lei n.º 8/2016, de 8 de julho (LPC), a existência de normas que visam a proteção dos consumidores surgiram nos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 11/2003, de 29 de julho, que estabelece as bases das telecomunicações; Decreto-Lei n.º 12/2003, de 29 de julho, que cria uma autoridade destinada a regular o setor das comunicações, denominada de Autoridade Reguladora das Comunicações; Decreto-Lei n.º 13/2003, de 24 de setembro, que estabelece as bases do sistema nacional de eletricidade; Decreto-Lei n.º 21/2003, de 31 de dezembro (Regime jurídico de quarentena na Importação e Exportação de bens e no controlo sanitário da navegação internacional); Decreto-Lei n.º 4/2004, de 11 de fevereiro (Regime de Distribuição de Água para Consumo Público); Decreto-Lei n.º 6/2004, de 21 de abril (Bases gerais do regime jurídico de gestão e ordenamento da pesca e aquicultura); Decreto-Lei n.º 12/2004, de 26 de maio (Atividades farmacêuticas); Decreto-Lei n.º 17/2004, de 18 de outubro, que estabelece as bases dos serviços postais; Lei n.º 6/2005, que introduziu o regime jurídico de licenciamento, supervisão e regulação de companhias de seguros e de intermediários de seguros; Decreto-Lei n.º 9/2006, de 15 de março (Avisos de saúde e controlo fiscal dos tabacos manufaturados); Decreto-Lei n.º 28/2008, de 13 de agosto (Abastecimento público de bens essenciais e gestão dos efeitos negativos da inflação); Decreto-Lei n.º 5/2009, de 15 de janeiro, que estabelece o regulamento do licenciamento, comercialização e qualidade da água potável; Decreto-Lei n.º 7/2009, de 15 de janeiro, que estabelece o regulamento dos restaurantes e estabelecimentos similares; Decreto-Lei n.º 24/2011, 8 de junho (Licenciamento de atividades comerciais); Decreto-Lei n.º 28/2011, de 20 de julho (Regulamento da indústria e comercialização dos géneros alimentares); Decreto-Lei n.º 29/2011, de 20 de julho (Preço justo); Decre-

Mesmo após o ano de 2016, momento da aprovação da Lei de Proteção do Consumidor de Timor-Leste, a dispersão legislativa e a falta de planeamento organizativo na produção e implementação legislativa continuam, ainda hoje, a ser fortes características do ordenamento jurídico de Timor-Leste. Esta situação de dispersão da produção legislativa ocorre, também, muito devido à pressão colocada pelos compromissos internacionais assumidos pelo país, como é o exemplo da adesão à Organização Mundial do Comércio em 2024[26] ou à Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), que ocorrerá em 26 de outubro de 2025[27], mas cujo processo de adesão exige a existência de inúmeros diplomas legais destinados a regulamentar certas matérias dos setores sociais, económicos e financeiros, para responder aos requisitos estabelecidos pela Associação regional.

4. O "efeito lusófono" e o indireto "efeito de Bruxelas" na Lei de Proteção dos Consumidores de Timor-Leste

A dispersão legislativa em matéria de proteção, ainda assim, acabou por abrandar com a entrada em vigor da Lei de Proteção do Consumidor, em 2016.

to-Lei n.º 30/2011, de 27 de julho (Condições e procedimentos a observar relativamente à importação de veículos motores); Decreto-Lei n.º 10/2014, de 14 de maio (Regime de Licenciamento dos Matadouros); Decreto-Lei n.º 13/2014, de 14 de maio (Condições hígio-sanitárias na preparação, transporte e venda de carnes e produtos cárneos); Decreto-Lei n.º 14/2016, de 8 de junho (Regime de controlo do tabaco); Decreto-Lei n.º 17/2016, de 22 de julho (Licenciamento, instalação, classificação e funcionamento dos parques de campismo); e o Decreto-Lei n.º 19/2016, de 22 de julho (Regime jurídico do licenciamento e funcionamento das agências de viagens e turismo).

[26] Informação disponível em: https://observador.pt/2024/08/30/timor-leste-e-desde-hoje-o-166-o-membro-da-organizacao-mundial-do-comercio/ [Consult. 01.08.2025].

[27] informação disponível em: https://observador.pt/2025/10/adesao-formal-de-timor-leste -a-organizacao-asiatica-marcada-para-26-de-outubro (consult. 01.08.2025).

A Lei n.º 8/2016, de 8 de julho, abreviadamente designada por LPC, surge como um marco histórico e fundamental quer em matéria da proteção dos consumidores em Timor-Leste quer para concretização da norma constitucional do artigo 53.º da CRDTL, acima tratado. É um diploma que materializa normas destinadas a salvaguardar a posição contratual do consumidor nas suas relações de consumo, independentemente do setor da economia onde se encontra concretamente a consumir.

A importância da LPC é tão significativa no plano do Direito do Consumo em Timor-Leste, que é dos poucos diplomas legais em todo o sistema jurídico que contém uma tradução oficial do texto em língua tétum, permitindo a leitura da lei nas duas diferentes línguas oficiais[28]. Contudo, o diploma tem enfrentado dificuldades no plano da sua aplicabilidade prática, em parte pela falta da sua adequada disseminação à população em geral, que explica a fraca relevância prática deste diploma, até mesmo no comércio em Díli, que é caracterizado por seguir um modelo muito mais desenvolvido e moderno que o tecido comercial do restante território de Timor-Leste.

A redação da LPC de Timor-Leste é basicamente influenciada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho (LdC), pelo que é correto admitir que o "efeito Bruxelas"[29] se faz sentir indiretamente na Lei de Proteção dos Consumidores de Timor-Leste.

[28] Nos termos do preceituado no artigo 3.º da Lei n.º 1/2002, de 7 de agosto, sempre que ocorra a publicação de um diploma legal nas duas línguas oficiais (português e tétum), as normas do articulado legal devem ser publicadas lado a lado (n.º 2), sendo que em caso de divergência entre ambos os textos, prevalecerá o sentido e alcance interpretado do texto em língua portuguesa (n.º 3).

[29] O "efeito Bruxelas" surgiu pela doutrina de Anu Bradford em 2012 para explicar a influência do Direito da União Europeia na construção de legislação em países externos à União. Ver Anu BRADFORD, *The Brussels Effect*. Northwestern University School of Law. Vol. 107, N. º 1 (2012). [Consult. 10-08-2025]. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271.

Na alínea a) do artigo 3.º, o legislador timorense define consumidor como "Pessoa singular ou coletiva à qual são fornecidos bens ou prestados serviços destinados ao uso não profissional, por pessoa que exerça uma atividade económica, com caráter profissional, com vista à obtenção de benefícios". Esta definição acompanha a redação do n.º 1 do artigo 2.º da LdC portuguesa, apenas com o detalhe que o legislador timorense optou por se referenciar expressamente às pessoas singulares ou coletivas, prescindindo da expressão mais abrangente consagrado na lei portuguesa de "todo aquele".

A LPC timorense é um diploma organizado em nove capítulos, designadamente I – Disposições gerais; II – Direitos e deveres nas relações de consumo; III – Danos; IV – Proteção contratual; V – Práticas comerciais; VI – Sanções; VII – Tutela de Direitos; VIII – Associações de consumidores e, por fim, IX – Disposições transitórias e finais.

Por outro lado, tal como também ocorre no sistema jurídico português, o Código Civil de Timor-Leste (Lei n.º 10/2011, de 14 de setembro), continua a ser o diploma utilizado para regulamentar a matéria relativa à celebração dos negócios jurídicos de consumo e constituição dos respetivos vínculos contratuais. E tal como ocorre com a LPC, o Código Civil de Timor-Leste é uma projeção do Código Civil português de 1966[30], o que representa mais uma manifestação da influência portuguesa no Direito do Consumo de Timor-Leste.

Tal como é possível verificar através da consulta dos relatórios relativos aos trabalhos do Parlamento Nacional atinentes ao procedimento legislativo de elaboração da LPC

[30] Dário Moura VICENTE, *O Código Civil na Lusofonia: Constantes e variáveis*. Lisboa. (2017), p. 6. [Consult. 31.07.2025]. Disponível em: https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2019/08/COMPARADO-O-CODIGO-CIVIL-NA-LUSOFONIA.pdf

timorense[31], o legislador ordinário influenciou-se na 6.ª versão da Lei n.º 24/96, de 31 de julho[32], acabando por aprovar um conteúdo normativo em tudo similar, quer ao nível da estrutura quer ao nível da redação da maioria das normas do articulado legal.

O legislador timorense define o conceito de consumidor na alínea a) do artigo 3.º da LPC como se tratando da "Pessoa singular ou coletiva à qual são fornecidos bens ou prestados serviços destinados ao uso não profissional, por pessoa que exerça uma atividade económica, com caráter profissional, com vista à obtenção de benefícios". Esta definição de consumidor reproduz a maioria da redação constante do n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa.

Seguidamente, o artigo 5.º da LPC timorense enumera os direitos do consumidor, seguindo integralmente a enumeração constante do artigo 3.º da LdC portuguesa. O legislador timorense desenvolve no Capítulo II – Direitos e deveres nas relações de consumo, de forma individualizada, cada um dos direitos enumerados no artigo 5.º, especificamente tratando o âmbito e o alcance de cada um em concretas relações de consumo, apresentando o modo como cada consumidor individualmente se pode arrogar das vantagens conferidas com a existência desses mesmos direitos subjetivos.

[31] Parlamento Nacional de Timor-Leste – Relatório e Parecer do Projeto de Lei n.º 6/III/(3.ª): Lei de Proteção do Consumidor, com a referência 56/III – a Comissão de Finanças Públicas (Comissão C) do Parlamento Nacional de Timor-Leste, durante Legislatura 2012 - 2017, datado de 21 de maio de 2015, arquivados como trabalhos preparatórios no Arquivo do Parlamento Nacional de Timor-Leste.

[32] A 6.ª versão da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa resultou da entrada em vigor da Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, que procedeu à quarta alteração à Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, transpondo parcialmente a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011.

Destaca-se, ainda, a consagração do direito à garantia da qualidade dos bens e serviços adquiridos no mercado no artigo 7.º da LPC. Segundo o n.º 2 do artigo 7.º da LPC "o fornecedor de bens móveis não consumíveis está obrigado a garantir o seu bom estado e o seu bom funcionamento por período nunca inferior a um ano" e o n.º 3 do mesmo artigo 7.º estabelece que "no caso dos bens imóveis, o consumidor tem direito a uma garantia mínima de cinco anos".

Apesar da previsão da garantia legal dos bens móveis consumíveis e imóveis no artigo 7.º da LPC, a experiência prática em Timor-Leste demonstra a existência de um grande desrespeito pelo direito à qualidade dos bens adquiridos pelos consumidores no mercado nacional. Salvaguardando-se raras exceções, a maioria dos fornecedores, comerciantes ou outros profissionais do comércio a atuar em Timor-Leste recusam-se a respeitar os prazos de garantia previsto no artigo 7.º, designadamente o resultante do n.º 2 relativo aos bens móveis consumíveis. Ao momento da aquisição do bem, é oferecida a oportunidade de o consumidor experimentar o bem adquirido geralmente durante alguns dias, semanas ou até um mês. Caso haja algum defeito que venha a surgir dentro do ano de utilização, este não releva para efeito de substituição ou reparação do dano, uma vez que ao momento da aquisição o fornecedor alerta o consumidor que não respeita o prazo de garantia legalmente estatuído, não oferecendo oportunidade ao consumidor de beneficiar dos seus direitos respetivos de reparação ou substituição[33]. Esta situação de desrespeito pela lei não acarreta grandes consequências

[33] Prevê o n.º 5 do artigo 7.º da LPC timorense que "5. Durante o período de duração da garantia, o seu titular tem direito, pelo menos, a: a) Reparação totalmente gratuita de todos os vícios e defeitos originários e indemnização pelos danos e prejuízos por estes causados; b) Caso a reparação não seja possível ou não garanta as condições necessárias para permitir o uso normal do bem, o titular da garantia tem direito à substituição do bem por outro bem idêntico ou à devolução do preço pago; c) Substituição tempo-

práticas em termos de sancionamento para o profissional do comércio, sem prejuízo de em abstrato se prever no artigo 26.º da LPC um regime das infrações e sanções administrativas[34], uma vez que falta em concreto uma autoridade pública que as aplique devidamente.

Por fim, importante, ainda, referir que a LPC confere a proteção jurídica ao consumidor nos termos do artigo 28.º, declarando no n.º 1 que "Aos consumidores é assegurada a defesa dos seus direitos e interesses protegidos pela presente lei". No artigo 29.º o legislador atribui ao Ministério Público e à Defensoria Pública os papéis de defender os interesses coletivos ou difusos em matérias do Direito do Consumo[35]. Por seu turno, as associações de proteção do consumidor também têm um espaço na LPC, apesar de não terem sido incluídas no conteúdo do artigo 53.º da CRDTL. Atualmente, a grande referência do associativismo de defesa do consumidor em Ti-

rária do bem por outro equivalente, durante o período de tempo necessário à sua reparação, quando esta ocorra por causa imputável ao fornecedor".

[34] Estatui o artigo 26.º da LPC o seguinte: 1. As infrações às normas de proteção e defesa dos consumidores ficam sujeitas, conforme o caso e sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas, às seguintes sanções administrativas: a) Coima; b) Apreensão do bem; c) Inutilização do bem; d) Proibição de produção do bem; e) Suspensão de fornecimento de bens ou serviços; f) Suspensão temporária de atividade; g) Revogação de autorização de exercício de atividade; h) Interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade. 2. A coima deve ser graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição económica do fornecedor. 3. A qualificação da gravidade das infrações, os critérios de aplicação das sanções bem como o procedimento de aplicação das sanções referidas neste artigo são regulados em diploma próprio. 4. As sanções previstas neste artigo são aplicadas pela autoridade administrativa competente, sendo assegurado o direito de defesa e o contraditório".

[35] Segundo o artigo 29.º da LPC ao "Ministério Público e à Defensoria Pública incumbe também a defesa dos consumidores, no âmbito da presente lei e no quadro das respetivas competências, intervindo o Ministério Público em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela de interesses gerais dos consumidores e a Defensoria Pública representando os cidadãos com insuficientes recursos económicos que a ela recorram para o exercício dos seus direitos previstos na presente lei".

mor-Leste é a TANE Konsumidor[36], associação constituída em 2018 e que enfrentando os inúmeros obstáculos existentes relativamente ao Direito do Consumo de Timor-Leste, tem procurando atuar no sentido de promover o aumento da literacia de consumo da população em geral, sobretudo através de ações de sensibilização em diversos espaços comerciais localizados na cidade de Díli.

A LPC timorense segue, em geral, uma estrutura simples, uma vez que se destina a ser conhecida pela generalidade da população, que, relembre-se, não domina a língua portuguesa ou, ainda em boa proporção da população, não domina nenhuma das duas línguas oficiais.

5. A FORMAÇÃO E EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO: DA CONSAGRAÇÃO NA LPC À PRÁTICA

O direito à formação e educação para o consumo é um tema pouco trabalhado na doutrina portuguesa relativa ao Direito ao Consumo[37].

Contudo, quando se pensa o consumidor numa perspetiva de vulnerabilidade, ideia que sustenta e fundamenta a existência das normas do Direito do Consumo, o tema da formação e educação das pessoas para um consumo consciente e atento é basilar para a realização dos seus demais direitos subjetivos elencados nos diversos diplomas que consagram normas de proteção do consumidor.

Em Timor-Leste, a LPC consagra no elenco dos direitos dos consumidores, por influência do conteúdo da LdC portuguesa,

[36] Informação disponível em: https://consumare.org/membros/timorleste/ [Consult. 21-08-2025].

[37] Sobre o tratamento da matéria relativa ao direito à formação e educação para o consumo no contexto português ver David FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2019, pp. 42-44.

na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, que "o consumidor tem direito à formação e educação para o consumo".

Seguidamente, o artigo 8.º, com epígrafe "Formação e educação para o consumo", desenvolve o conteúdo deste direito, materializando as exigências endereçadas a várias entidades, tendo em vista a concretização deste direito subjetivo dos consumidores a fim destes virem a obter uma instrução que os permita capacitar para a realização de um consumo um consciente e plenamente livre.

O n.º 1 do artigo 8.º da LPC estabelece que "Os consumidores têm direito de acesso à informação que ajude a formar a sua livre escolha e ao Estado compete incentivar e promover a realização de ações de sensibilização para o consumo, por forma a poderem conhecer a qualidade e as características dos bens fornecidos, dos serviços prestados e dos direitos transmitidos e estarem aptos para optarem no processo de negociação ou aquisição". Esta norma prevê, por um lado, o direito dos consumidores em aceder a toda a informação para concretizar a plena liberdade de escolha, ou seja, escolher consumir e o que consumir, e, por outro lado, estabelece deveres do Estado em promover a divulgação do conhecimento relativo ao Direito do Consumo, deixando à discricionariedade do Governo, a definição das estratégias que podem ser utilizadas na realização dos objetivos enumerados pelo legislador ordinário.

O n.º 2 do artigo 8.º da LPC também estabelece um dever, mas neste caso situado na esfera das associações de defesa do consumidor, uma vez que lhes impõe o recurso aos meios de comunicação social para também promoverem a realização das referidas ações de sensibilização. Como se referiu *supra*, atualmente, a TANE Konsumidor é a única Associação de Defesa dos Consumidores a atuar em Timor-Leste[38]. Projeto

[38] Informação disponível em: https://www.consumersinternational.org/members/members/east-timor-consumer-protection-tane-konsumidor/ [Consult. 30-07-2025].

apoiado pela União Europeia e pela associação portuguesa DECO, procura ser a principal referência ao nível nacional na formação e educação dos consumidores no território timorense. Com algumas dificuldades de obtenção de financiamento e apoio técnico, a TANE Konsumidor mantém-se ativa na realização de ações de sensibilização em variados lugares de comércio, sobretudo na cidade de Díli, partilhando materiais informativos gratuitos e procurando, presencialmente, elucidar os cidadãos do atual regime jurídico da LPC, bem como transmitir e explicar o elenco dos direitos de que cada consumidor titula em Timor-Leste. Em suma, o projeto da TANE Konsumidor continua a traçar um caminho em busca da sustentabilidade, de forma a assumir uma posição ainda mais relevante na sociedade de consumo timorense em defesa dos consumidores.

Por fim, o n.º 3 do artigo 8.º dirige-se à entidade de rádio e televisão de Timor-Leste, atualmente refere-se à empresa pública da Rádio e Televisão de Timor-Leste (RTTL)[39]. O legislador determina que esta entidade deve "integrar na sua programação espaços semanais, nas duas línguas oficiais, com a duração de quinze minutos, destinados à educação e formação dos consumidores". O legislador ordinário apresentou uma primeira proposta de redação com vinte e cinco minutos da programação semanal relativa à formação e educação para o consumo. Contudo, segundo a análise do documento que versa sobre a Proposta de Alteração n.º 24, durante a fase de especialidade no procedimento legislativo de elaboração da LPC, a Comissão de Finanças Públicas do Parlamento Nacional de Timor-Leste (Comissão C), no ano de 2016, decide reduzir para os quinze minutos que constam da versão final aprovada. A justificação da Comissão declara

[39] Cfr. Decreto-Lei n.º 42/2008, de 26 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 45/2024, de 23 de dezembro.

que a escolha de um tempo mais longo de programação sobre o mesmo tema pode "ter o efeito contrário de desincentivar o espectador a dar atenção às mensagens a transmitir".

Do ponto de vista prático, a transmissão de conteúdo audiovisual relativo ao Direito do Consumo não tem ocupado a programação semanal da RTTL, pelo que as intenções do legislador, apesar de louváveis, não são implementadas na prática, acabando por não permitir atingir os resultados abstratamente pensados em 2016 pelo legislador.

6. O potencial papel dos estabelecimentos de ensino superior na promoção do Direito do Consumo e proteção do consumidor

Em matéria de formação e educação para o consumo, o artigo 8.º da LPC não atribui qualquer papel aos estabelecimentos de ensino superior em Timor-Leste.

No contexto português, ordenamento jurídico onde vigora a LdC, diploma que influenciou a feitura da LPC, também os estabelecimentos de ensino superior não são mencionados na norma a que se refere ao direito à formação e educação para o consumo.

Apesar de diversos estabelecimentos de ensino superior em Portugal, como o caso da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da Faculdade de Direito - Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa ou da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa terem vindo a trabalhar ativamente na área do Direito do Consumo, através de múltiplas contribuições científicas ou doutrinais, que muito têm concorrido para o desenvolvimento desta área em Portugal, a verdade é que o Direito do Consumo ainda não se autonomizou como unidade curricular nos cursos de Direito, apenas

sendo tratada em disciplinas gerais do Direito, como caso de Teoria Geral do Direito[40].

No caso de Timor-Leste, o estabelecimento de ensino superior que surge como a maior referência do ensino universitário na área do Direito é a Universidade Nacional Timor Lorosa'e (UNTL)[41]. Nos termos do disposto na Lei de Bases do Ensino Superior de Timor-Leste (Lei n.º 6/2024, de 17 de julho), designadamente a alínea i) do artigo 5.º, um dos objetivos fundamentais do setor do ensino superior passa por "Estimular o conhecimento dos problemas do mundo, num horizonte de globalidade, em particular os desafios nacionais, regionais e da comunidade dos países de língua portuguesa, prestando os serviços especializados à comunidade, e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade".

Este objetivo fundamental é comum a todos os estabelecimentos de ensino superior em atividade no país, mas sendo a UNTL o estabelecimento de ensino superior mais antigo em Timor-Leste e tendo uma natureza pública, esta instituição deve assumir um papel na realização de um trabalho mais efetivo na promoção do conhecimento e formação da comunidade em geral sobre o consumo.

A própria UNTL no seu atual Estatuto, decorrente do Decreto-Lei n.º 13/2025, de 4 de junho, tem como atribuição "A prestação de serviços à comunidade e o apoio ao desenvolvimento" (cfr. al. g) do.º 2 do artigo 4.º), o que representa

[40] Adelaide Menezes Leitão, *Direito do Consumo*. Lisboa: AAFDL Editora, 2023, pp. 322-323.

[41] Segundo o preâmbulo do primeiro Estatuto da UNTL, este estabelecido de ensino foi criado no ano de 2000, por iniciativa dos ex-docentes das duas instituições, com o apoio da UNTAET, a partir da fusão da *Universitas Timor Timur* (1986 a 1999) e do *Politeknik Dili* (1990 a 1999), para responder a vários desafios e exigências que surgiram no ensino superior em Timor-Leste, logo após o histórico referendo de 1999. O Decreto-Lei n.º 16/2010, de 20 de outubro consagrou o primeiro estatuto da instituição, tendo sido revogado em 2025, após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 13/2025, de 4 de junho, atual Estatuto da UNTL.

uma concretização do objetivo fundamental que o legislador ordinário consagrou no texto da Lei de Bases do Ensino Superior, compreendendo a importância que o ensino superior arroga na divulgação e partilha de conhecimento às populações, sobretudo, no caso concreto de Timor-Leste, enquanto país em desenvolvimento, cuja maioria da população ainda se confronta com inúmeras dificuldades de acesso ao conhecimento básico para realização da intelectualidade individual no seio da coletividade timorense.

Logo, apesar do artigo 8.º da LPC apenas se referir à obrigação por parte das associações de proteção dos consumidores e do serviço público de rádio e a televisão de Timor-Leste em promover ações relacionadas com a formação e educação para o consumo em Timor-Leste, urge a necessidade de se defender uma maior participação e inclusão dos estabelecimentos de ensino superior em Timor-Leste, nomeadamente aqueles que oferecem cursos na área do Direito, que têm grande potencial para ajudarem na realização deste direito essencial através da diminuição da vulnerabilidade dos consumidores em Timor-Leste.

Tendo sido possível aceder aos documentos no âmbito da discussão feita, em 2016, na especialidade, pela Comissão C é possível verificar que o legislador reconhece o valor fundamental da formação e educação para o consumo, tendo em vista a criação de um equilíbrio entre o consumidor e a sua contraparte numa relação jurídica de consumo, geralmente bem mais informada. Declara-se no referido parecer que "Um consumidor mais informado será mais capaz de fazer escolhas de se proteger, pelo recurso aos seus direitos, perante eventuais desequilíbrios nas relações contratuais e de consumo"[42].

[42] Proposta de alteração n.º 9, Projeto de Lei n.º 6/III/(3.ª): Lei de Proteção do Consumidor, com a referência 56/III – fase de discussão em especialidade na Comissão de Finanças Públicas (Comissão C) do Parlamento Nacional de Timor-Leste, durante Legislatura 2012 - 2017, datado de 21 de maio de 2015,

Em suma, apesar de ser sido dada relevância legal à formação e educação do consumidor, com a inclusão do direito no articulado da LPC, ao longo do procedimento legislativo o legislador timorense não aprofundou devidamente o papel que o setor de educação, sobretudo através quer do ensino secundário quer do ensino superior, poderia eventualmente assumir na realização deste direito subjetivo.

O desinteresse demonstrado pelas várias Faculdades de Direito dos estabelecimentos de ensino superior universitário em Timor-Leste relativamente ao estudo do Direito do Consumo também contribui significativamente para que a LPC e os demais diplomas legais relativos à proteção e defesa do consumidor no ordenamento jurídico timorense sejam desconhecidos pela generalidade dos juristas graduados no país, não tendo também havido grande interesse no estudo destas matérias pelos investigadores jurídicos nacionais.

Mas para que a LPC e os outros diplomas legais de defesa do consumidor em Timor-Leste consigam efetivamente se concretizar numa verdadeira proteção dos consumidores, é necessário que se verifiquem transformações no seio do ensino universitário do Direito em Timor-Leste. Em caso de ocorrência de futuros contributos provenientes das Faculdades de Direito de Universidades portuguesas, que se têm especializado na investigação na área do Direito do Consumo, a real mudança de paradigma no estudo e divulgação do Direito do Consumo em Timor-Leste pode ser proporcionado.

7. O "efeito de Bruxelas" na ASEAN e o futuro para Timor-Leste

Timor-Leste encontra-se atualmente a concluir o seu processo de adesão definitiva à Associação das Nações do Sudeste Asiático, doravante abreviadamente designada de

arquivados como trabalhos preparatórios no Arquivo do Parlamento Nacional de Timor-Leste.

ASEAN[43]. Segundo a informação divulgada pela comunicação pública do Governo de Timor-Leste, há uma confiança em que a adesão deste jovem país se concretizará em outubro de 2025[44], pelo que se esperam grandes mudanças no futuro próximo relativamente a vários pilares fundamentais do país, entre os quais se inclui o sistema jurídico, que terá de necessariamente sofrer alterações para ir ao encontro das exigências colocadas pela integração na associação regional do Sudeste Asiático.

Na ASEAN a área do Direito do Consumo tem sido uma das disciplinas consideradas prioritárias em termos de trabalho conjunto das diferentes nações que compõem esta organização económica regional.

Atualmente a ASEAN é composta por dez diferentes nações[45], que juntas combinam resultados bastante significativos em termos da perspetiva da economia de mercado mundial. Segundo os dados do Fórum Económico Mundial, a ASEAN corresponde a cerca de 8% da população mundial, sendo a terceira região mais populosa do mundo em 2023. Ademais, em termos macroeconómicos a ASEAN contribui com cerca de US$ 3.8 triliões de dólares para o Produto Interno Bruto mundial, representando a terceira maior economia no continente asiático e a quinta maior

[43] Cf. informação de fonte oficial do Governo disponível em https://timor-leste.gov.tl/?p=41015&n=1 [Consultado em 29.07.2025].

[44] Cf. informação noticiosa disponível em https://www.rtp.pt/noticias/mundo/adesao-plena-de-timor-leste-a-associacao-asiatica-este-ano_n1646993 [Consultado em 29-07-2025].

[45] Os cinco países fundadores da ASEAN a 8 de agosto de 1967 foram a Indonésia, Malásia, Filipinas, Singapura e Tailândia; posteriormente em 1984 ocorreu a adesão do Brunei; em 1995 há a adesão do Vietname; em 1997 aderiram as nações do Laos e Myanmar e, por fim, a mais recente adesão ocorreu em 1999 com a entrada do Camboja. Assim, Timor-Leste pode-se tornar o primeiro país a aderir à ASEAN no século XXI, tornando-se o 11.º membro da associação regional do Sudeste Asiático. Cf. https://asean.org/the-founding-of-asean/ [Consultado em 29.07.2025].

economia do mundo[46]. Estamos, assim, perante um grande mercado quando unificado.

Logo, verifica-se como numa economia de mercado com números tão representativos, o Direito do Consumo tornou-se uma área fundamental e prioritária no âmbito da cooperação entre os diversos países[47], ao estilo do que tem vindo a acontecer durante o processo de integração da União Europeia.

Em 2007, a ASEAN adotou a chamada *ASEAN Charter*[48]. Trata-se de um Tratado através do qual os Estados-Membros da ASEAN aprovaram diversos objetivos de cooperação multilateral, sem se ambicionar, contudo, os níveis de integração que caracterizam a União Europeia.

No Artigo 1 da *ASEAN Charter*, designadamente o n.º 5, é expressamente declarado o objetivo de ser criado um mercado comum único, através do qual se procura promover as trocas comerciais e o investimento, com liberdade de circulação de bens, serviços e capital, bem como liberda-

[46] Cf. dados oficiais do Fórum Económico Mundial disponíveis em https://intelligence.weforum.org/topics/a1Gb0000000M7HdEAK [Consultado em 30.07.2025].

[47] Cf. Segundo o relatório entitulado de "*ASEAN General Principles for Harmonisation of Regulatory Regimes*", criado pela Comité Consultivo da ASEAN para Padronização e Qualidade (*ASEAN Consultative Committee for Standards & Quality* - ACCSQ), é enunciado que os membros da ASEAN devem procurar fortalecer a sua coesão económica e progressivamente eliminar as barreiras alfandegárias, tendo em vista a devida implementação do Acordo relativo ao comércio de mercadorias da ASEAN (*ASEAN Trade in Goods Agreement* - ATIGA) e a criação da Comunidade Económica da ASEAN (*ASEAN Economic Community* - AEC). O fortalecimento dos laços mercantis entre os diversos países que compõem a ASEAN e a implementação do ATIGA depende, como expressamente a ACCSQ menciona no relatório, do aumento da regulação comum da proteção do consumidor. Cf. *ASEAN General Principles for Harmonisation of Regulatory Regimes*, ASEAN Consultative Committee for Standards & Quality, p. 7. Disponível em https://asean.org/wp-content/uploads/2021/01/ASEAN-General-Principles-for-Harmonisation-of-Regulatory-Regimes-1.pdf [Consultado a 30.07.2025].

[48] Disponível para consulta em: https://asean.org/wp-content/uploads/images/archive/publications/ASEAN-Charter.pdf [Consult. 10.08.2025].

de de movimento de investidores, profissionais, talento e trabalhadores[49]. Pela consagração de um objetivo de construção deste mercado único, a ASEAN define um intento similar àquele que permitiu encetar o processo de maior integração da União Europeia, partindo-se de um propósito comercial e económico para uma integração mais profunda, sobretudo a partir do Tratado de Maastricht de 1992, também conhecido como Tratado da União Europeia (TUE)[50].

Todavia, apesar dos objetivos de integração da ASEAN se reconduzirem, nesta fase, primordialmente à criação do mercado único, a definição deste fim na *ASEAN Charter*, permite concluir que o Direito do Consumo é uma das áreas essenciais para o futuro desta associação regional, uma vez que a criação de um mercado comum implica a harmonização da legislação da proteção do consumidor dos diferentes Estados-Membros, de forma a garantir o equilíbrio nas trocas comerciais ou livre circulação de bens e serviços[51].

Observando-se a existência de cooperação internacional junto da ASEAN, o "efeito Bruxelas" tem-se feito sentir neste processo de harmonização do Direito do Consumo através da especial participação de agências de cooperação europeias em assessoria ao Secretariado da ASEAN[52]. Concretamente, o

[49] Declara na versão original o n.º 5 do Artigo 1 da *ASEAN Charter* que um dos objetivos da ASEAN é: "*To create a single market and production base which is stable, prosperous, highly competitive and economically integrated with effective facilitation for trade and investment in which there is free flow of goods, services and investment; facilitated movement of business persons, professionals, talents and labour; and freer flow of capital*".

[50] Consultar informação disponível em: https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty. [Consult. 11.08.2025].

[51] Luke NOTTAGE, Justin MALBON, Jeannie PATERSON e Caron BEATON-WELLS - *ASEAN Consumer Law Harmonisation and Cooperation - Achievements and Challenges*. Cambridge University Press: 2019, pp. 365-414.

[52] Cf. informação disponível em https://www.giz.de/en/worldwide/105767.html [Consult. 31.07.2025].

Governo Federal alemão, através da sua agência de cooperação internacional, a comumente conhecida GIZ (*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit*), tem vindo a transferir a experiência da União Europeia em matéria de harmonização jurídica do Direito do Consumo europeu para a ASEAN, tendo em vista a implementação dos objetivos de criação do mercado único por parte da associação regional do Sudeste Asiático[53]. Esta participação da cooperação alemã na realização dos trabalhos de harmonização do Direito do Consumo na ASEAN é um claro indicador da elevada probabilidade do "efeito Bruxelas" ser a base de formação das normas que virão a constituir o espaço jurídico comum na regulamentação das relações de consumo nesta associação regional.

Os possíveis resultados a alcançar na decorrência do atual processo de harmonização do Direito do Consumo na ASEAN são passíveis de serem antecipados[54]. Contudo, e considerando as mais recentes demonstrações de falta de consenso entre alguns Estados-Membros sobre diversas matérias políticas e sociais, como o exemplo da resolução do conflito ocorrido envolvendo países como a Tailândia, o Camboja e o Myanmar[55], pode-se afirmar que o caminho da integração ainda será longo, até que se possa falar de um verdadeiro Direito da ASEAN e consequentemente a escassez de instrumentos jurídicos de harmonização jurídica.

Timor-Leste, após a conclusão da sua adesão em outubro de 2025, pode assumir um papel relevante nestes trabalhos de harmonização do Direito do Consumo da ASEAN, uma vez

[53] Cf. informação disponível em https://www.giz.de/en/downloads/giz-2023-en-consumer-protection-in-asean-ii.pdf [Consult. 31.07.2025].

[54] *Op. cit.* Luke NOTTAGE, Justin MALBON, Jeannie PATERSON e Caron BEATON-WELLS – *ASEAN*…, pp. 415-441.

[55] Informação disponível em: https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/thailand-cambodia-clashes-pose-serious-test-asean-centrality. [Consult. 15.08.2025].

que o seu Direito do Consumo foi edificado segundo a influência do Direito português e do Direito da União Europeia. A experiência timorense e o facto de ser um país com legislação recente em matérias de proteção do consumidor, publicidade e arbitragem, podem permitir que Timor-Leste contribua com propostas mais recentes e atualizadas comparativa aos outros Estados-Membros da ASEAN que têm legislação mais antiga, na sua maioria com mais de duas décadas desde a respetiva entrada em vigor e sem posteriores alterações legislativas.

8. Considerações finais

Há um longo caminho ainda a percorrer no Direito do Consumo em Timor-Leste. Muitos desafios têm sido colocados ao longo da História deste país, nomeadamente o facto de se ter verificado um longuíssimo período da colonização portuguesa (do século XVI ao XX) e posteriormente se ter sucedido um período de vinte e quatro anos de uma intensa e violenta ocupação da Indonésia, que pretendeu eliminar de forma extrema qualquer manifestação da presença portuguesa no território, excetuando a religião.

A preconização da independência em 2002 traduziu-se num momento de celebração, que colocou fim a um período muito violento em Timor-Leste. Contudo, a edificação do atual ordenamento jurídico de Timor-Leste tem encontrado muitos desafios relativamente à produção legislativa no país.

O Direito do Consumo assume um papel fundamental em todas as sociedades de consumo, uma vez que se trata de um acervo normativo destinado a regular as relações de consumo e, sobretudo, procurar garantir um equilíbrio entre as posições assumidas pelos consumidores, entes vulneráveis da relação jurídica, e os fornecedores ou empresários, como contrapartes.

Em Timor-Leste a importância do Direito do Consumo ainda é mais significativa quando pensamos na elevada vulnerabilidade do consumidor de um país em desenvolvimento e com muitas deficiências no setor educacional, e com um setor do comércio onde o desrespeito pelos direitos dos consumidores por parte dos fornecedores e empresários do comércio dificulta a qualidade de vida da generalidade dos consumidores.

A criação de uma estratégia, ao nível nacional, destinada ao aumento da formação e educação dos consumidores em Timor-Leste, em respeito ao previsto no n.º 1 do artigo 53.º da CRDTL em conjugação com a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º e artigo 8.º da LPC, surge como uma medida necessária e fundamental para que haja uma mudança real do atual estado de inadequação relativa à implementação dos regimes jurídicos existentes para a proteção dos consumidores no país.

Apesar da existência de diversos diplomas legais que oferecem mecanismos dos quais os consumidores se podem salvaguardar para reforçar a sua posição vulnerável nas suas respetivas relações jurídicas de consumo, a dispersão legislativa, por um lado, e a dificuldade de utilização da língua portuguesa, por outro, criam grandes barreiras ao conhecimento efetivo dessas leis por parte da maioria da população.

A realidade em Timor-Leste acaba por assentar numa grande desproteção do consumidor comum, sendo as relações de consumo estabelecidas em modelos informais de negociação, não sendo possível posteriormente ao consumidor garantir a devida proteção dos direitos que de forma abstrata são consagrados na legislação em vigor, nomeadamente na redação da Lei n.º 8/2016, de 8 de julho, a Lei de Proteção do Consumidor, criando uma situação de *consumer law in books* distante do *consumer law in action*.

9. Bibliografia

ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE TIMOR-LESTE, Trabalhos preparatórios da Comissão Temática de Direitos, Deveres e Liberdades e Defesa e Segurança Nacionais da Assembleia Constituinte de Timor-Leste relativamente ao artigo 53.º da CRDTL, através de consulta da Ata n.º 9 da referente Comissão Temática, datada de 26 de outubro de 2001 arquivada no Arquivo do Parlamento Nacional de Timor-Leste.

BARBIERI, Diovana, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais dos Consumidores na Ordem Jurídica Portuguesa: Pode-se/Deve-se Pensar em Eficácia Horizontal Directa?* Revista dos Estudos de Direito do Consumo. N.º 8 (2006/2007). Disponível em: https://www.cdc.fd.uc.pt/pdfs/rev_8_completo.pdf.

BRADFORD, Anu, *The Brussels Effect*. Northwestern University School of Law. Vol. 107, N. º 1 (2012). Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271.

CAMPOS, João Pedro, *A tutela dos consumidores no ordenamento jurídico de Timor-Leste: aspetos gerais*. e-BLJ. Ano I. N.º I (2018). Disponível em https://mj.gov.tl/files/eBLJ_numero_1.pdf.

CARDOSO, Benjamin, *Timor-Leste um Povo Três Direitos (é uma História de Direito),* Dom Boaventura – Liurai de Manufahi. Vol. I.

DURAND, Frédéric, *História de Timor-Leste – da pré-história à atualidade*. 2.ª ed. Toulouse: Lidel. 2009.

FALCÃO, David, *Lições de Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 3.ª ed., 2019.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Timor-Leste no Constitucionalismo de Língua Portuguesa*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Nacional Timor Lorosa'e. Ano I. Número I (2018).

HALPERIN, Jean-Louis, *Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change*, Maine Law Review, 2012, 64 (2011). Disponível em: https://digitalcommons.mainelaw.maine.edu/mlr/vol64/iss1/4.

HULL, Geoffrey, *Identidade, Língua e Política Educacional*. Sydney: Instituto Camões. 2000.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito do Consumo*. Lisboa: AAFDL Editora, 2023.

MEDEIROS, Rui, *Constitucionalismo de matriz lusófona: realidade e projecto*. 1.ª Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Lisboa (2010). Disponível em https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cjcplp201005/201005-ruimedeiros.pdf.

MENDES, Nuno Canas, *A "Multidimensionalidade" da construção identitária em Timor-Leste: Nacionalismo, Estado e Identidade Nacional.* Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas-UTL, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Manual de Legística*. Lisboa: Verbo, 2007.

NOTTAGE, Luke, MALBON, Justin, PATERSON, Jeannie e BEATON-WELLS, Caron, *ASEAN Consumer Law Harmonisation and Cooperation - Achievements and Challenges*. Cambridge University Press: 2019.

PARLAMENTO NACIONAL DE TIMOR-LESTE, Relatório e Parecer do Projeto de Lei n.º 6/III/(3.ª): Lei de Proteção do Consumidor, com a referência 56/III – a Comissão de Finanças

Públicas (Comissão C) do Parlamento Nacional de Timor-Leste, durante Legislatura 2012 - 2017, datado de 21 de maio de 2015, arquivados como trabalhos preparatórios no Arquivo do Parlamento Nacional de Timor-Leste.

PASSINHAS, Sandra, *O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor português*. Revista dos Estudos de Direito do Consumo. N.º 15 (2019). Disponível em: https://www.cdc.fd.uc.pt/pdfs/rev_15_completo.pdf.

PIRES, Florbela, *Fontes do direito e procedimento legislativo na República Democrática de Timor-Leste – alguns problemas*. Disponível em: https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Pires-Florbela-Fontes-do-direito-e-procedimento-legislativo-na-Republica-Democratica-de-Timor-Leste-alguns-problemas.pdf.

SOARES, António; CRISPIM, Júlio; FERNANDES, Liberal; ALVES, Tomás, *Lições de Direitos Reais Timor-Leste*. Porto: Universidade do Porto. 2017. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/140987/2/554867.pdf.

UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA *et al.*, Comissário para o Apoio à Transição em Timor-Leste – *Atlas de Timor-Leste,* Lisboa: LIDEL. 2002.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar (Coordenador), *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*. Direitos Humanos - Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011.

VICENTE, Dário Moura, *O Código Civil na Lusofonia: Constantes e variáveis*. Lisboa. (2017). Disponível em: https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2019/08/COMPARADO-O-CODIGO-CIVIL-NA-LUSOFONIA.pdf.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA AO CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS: A TUTELA CAUTELAR

Andreza Fernanda Velo Moraes[*]

Resumo

Uma sociedade de consumo é sobretudo uma sociedade de milhares de contratos, onde a multiplicidade de incumprimentos fere os pactos firmados entre consumidores e fornecedores, negando o princípio da conservação dos negócios jurídicos, ocasionando demandas voltadas à defesa dos direitos lesados. Neste processo, a providência cautelar busca de modo célere e efetivo a salvaguarda dos direitos dos consumidores, como instrumento indispensável à tutela jurisdicional efetiva e direito fundamental aliado à duração razoável do processo, pois como ensina Marinoni, "*...o processo não pode prejudicar o autor que tem razão...*"[1]

* Graduada em Direito. Especialista em Direito Constitucional com ênfase em Magistério Superior e Direito Notarial e Registral. Especialização em curso em Direitos nos Negócios. Especializada em Direito dos Contratos e do Consumo pela Universidade de Coimbra, Portugal. Advogada e Assessora Jurídica.

[1] MARINONI. Luiz Guilherme.*Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença.* 4.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.57.

Abstract

A consumer society is above all a society of thousands of contracts, where the multiplicity of breaches violates the agreements signed between consumers and suppliers, denying the principle of preservation of legal transactions, giving rise to lawsuits aimed at defending the rights that have been violated. In this process, the precautionary measure seeks to quickly and effectively safeguard the rights of consumers, as an indispensable instrument for effective judicial protection and a fundamental right combined with a reasonable duration of the process, because as Marinoni teaches, "...the process cannot harm the author who is right..."[2]

Palavras-chave

consumidor; providência cautelar; direito fundamental; proteção jurisdicional; efetividade.

Keywords

consumer; precautionary measure; fundamental right; jurisdictional protection; effectiveness.

2 MARINONI. Luiz Guilherme. *Op.Cit.*p.57.

I. O CONSUMIDOR NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

1.1 A CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL

Pedimos vênia ao apresentar o presente trabalho: é que o mister honrado demanda sacrifício e analisar as bases e premissas da constituição e legislação portuguesa e seu alcance ao tema proposto é tarefa árdua tanto quanto a distância que separa o Brasil de Portugal. Mas vibrante e impetuoso como o oceano que também nos une há séculos.

Assim, passamos a discorrer obre a atual Constituição de Portugal, que (do ponto de vista kelseniano), regula e positiva os direitos dos consumidores em variada hierarquia ou sequência, a começar pela vigente Constituição de 1976, que conferiu importância constitucional ao direito dos consumidores e estabelece em seu artigo 60.º, que trata da parte reservada aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, disposições a eles relativas que irradiam e orientam as demais normas neste sentido, no ponto que toca ao direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos, enunciando que as associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, ao apoio do Estado e a serem ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, com o reconhecimento da legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos, fenômeno este, decorrente notória constitucionalização do direito privado.

No artigo 81 da Constituição da República Portuguesa, alínea "m", o Estado Português elegeu como sua incumbência, a proteção ao consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores e nesta senda, ainda estabelece no artigo 20, o

direito ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, que assegura a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos, sendo que a causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo, garantindo a celeridade e prioridade para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, visando a obtenção de tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de tais direitos.

O artigo 18º, nº 3, da Constituição, que trata da força jurídica dos preceitos constitucionais, enuncia a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, onde ao legislador são impostos limites na elaboração de leis restritivas de garantias, liberdades e direitos, limitando a retroatividade e a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, prestigiando assim, a "*proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente (Untermassverbot)*"[3], indicando para necessidade de conduta legiferante adequada à proteção dos direitos fundamentais. No presente caso, estamos tratando dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais que devem ser protegidos e tutelados preservando seu núcleo essencial, nomeadamente o direito a tutela efetiva e em prazo razoável.

Por conseguinte, para efetivação e instrumentalização de tais direitos fundamentais, a Constituição da República Federativa de Portugal, em seu artigo 52, estabelece o direito de petição e direito de ação popular, direcionado a todos os cidadãos, que têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer

[3] Relativo a entendimento da Corte Constitucional Alemã. Ver em MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva.2012.p.260.

autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos previstos na Constituição, nas leis ou em matéria de interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respetiva apreciação (item 1).

De acordo com a previsão constitucional, a legitimidade para propositura da ação popular é conferida às associações de defesa dos interesses em causa, incluindo o direito de requerer em favor dos lesados a correspondente indemnização, visando promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; e assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

1.2. Normas nacionais e comunitárias da UE de proteção e defesa do consumidor

A ausência de um Código de Defesa do Consumidor em Portugal não se dá pela ausência de um anteprojeto, a saber, que este foi apresentado à sociedade portuguesa desde 2006, sendo preocupação da Comissão que o concebeu, a compilação de leis esparsas e ruptura do modelo tradicional para assentar-se em um código pós-moderno, isto nas palavras do Ilustre Professor António Pinto Monteiro, Presidente da Comissão do Código do Consumidor, constante da "Apresentação", às folhas 14[4].

Diante da não apreciação e aprovação legislativa deste anteprojeto, permanece aplicável a Lei nº 24/96, de 31 de Julho - Lei de Defesa do Consumidor, que revogou a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, que estabelece normas que regulam

[4] Código do Consumidor. Anteprojecto. Disponível no site da OAB de Portugal. Acesso em 10/06/2025.

a proteção dos direitos dos consumidores, tais como qualidade dos bens e serviços, direito à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, direito à assistência após a venda, direito à livre resolução de contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, proteção dos consumidores, que o produtor é responsável por danos causados por defeitos de produtos, independentemente de culpa, que o fornecedor não pode condicionar o fornecimento de um bem ou serviço à aquisição de outro, que o Governo deve adotar medidas para assegurar o equilíbrio das relações jurídicas com bens e serviços essenciais, conferindo às associações de consumidores, personalidade jurídica e sem fins lucrativos, com o objetivo proteger os direitos dos consumidores, inclusive através das ações inibitórias, conforme artigo 10 e seguintes.

Além disso, foram instituídas várias leis esparsas visando a tutela dos consumidores, diga-se de passagem, dificultando o entendimento e melhor aplicação dos direitos dos consumidores, tais como a Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, que aprovou a Lei da Arbitragem Voluntária, que alterou o Código de Processo Civil, em conformidade com a nova Lei da Arbitragem Voluntária, alterando os artigos 812.º-D, 815.º, 1094.º e 1527.º do Código de Processo Civil, bem como a Lei nº 144/2015, de 08 de setembro que trata de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, que transpõe a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, estabelece o enquadramento jurídico dos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, e revoga os Decretos-Leis nº 146/99, de 4 de maio, e 60/2011, de 6 de maio, aplicável aos procedimentos de resolução extrajudicial de litígios nacionais e transfronteiriços promovidos por uma entidade de resolução alternativa de litígios (RAL), quando os mesmos sejam iniciados por um

consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços e respeitem a obrigações contratuais resultantes de contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, celebrados entre fornecedor de bens ou prestador de serviços estabelecidos e consumidores residentes em Portugal e na União Europeia.

Considerando a vulnerabilidade do consumidor, foram reguladas as concessões de tarifas sociais, a exemplo, do Decreto-lei 138-A/2010, que cria, no âmbito da Estratégia Nacional para a Energia 2020, a tarifa social de fornecimento de energia eléctrica; o Decreto-Lei 101/2011, sobre tarifa social de fornecimento de gás natural a aplicar a clientes finais economicamente vulneráveis; o Decreto-Lei n.º 100/2020, sobre tarifa social de eletricidade e a tarifa social de gás natural a mais situações de insuficiência social e económica; Decreto-Lei nº 147/2017, que regulamenta o regime da tarifa social relativa à prestação dos serviços de águas e o Decreto-Lei 66/2021, que cria a tarifa social de fornecimento de serviços de acesso à Internet em banda larga.

No âmbito do direito comunitário, as Diretivas da União Europeia, são esclarecedoras a respeito da preocupação da União Europeia com a economia de seu mercado e acerca da proteção e dos direitos dos consumidores neste contexto, a exemplo da Diretiva 2014/104/EU que permite aos lesados por violações do direito da concorrência solicitem uma indemnização.

Há também diretivas sobre ações coletivas, informações pré-contratuais, e modernização das normas de defesa do consumidor, tal como estabelece a Diretiva (UE) 2020/1828, também conhecida como Diretiva de Ações Coletivas, que permite que os consumidores protejam seus interesses coletivos e ingressem com ações judiciais coletivas quando forem prejudicados por violações da legislação da UE; a Diretiva

(UE) 2023/2673 estabelece regras sobre as informações que os profissionais devem fornecer aos consumidores antes da assinatura de um contrato e a Diretiva (UE) 2019/2161, que moderniza as normas da UE em matéria de defesa do consumidor, permitindo às autoridades competentes impor sanções mais severas e meios de ressarcimento contra danos.

Neste sentido de proteção dos direitos dos consumidores, o Tribunal Constitucional de Portugal, entendeu pela adequada proteção dos direitos como postulado que se exige de um Estado de Direito Social (Acórdão nº 153/90, de 3 de Maio, do Tribunal Constitucional (DR, II Série, 7/9/1990, p. 10.022) e no ponto que toca a reparação dos danos, o mesmo Tribunal entendeu que "*...o direito à reparação dos danos dos consumidores, na prática, não venha ser impossibilitado de operar; de outra, que dos limites fixados não resulte um ressarcimento irrisório ou desprezível e, por fim, que, a haver limitações à reparação integral dos prejuízos, sejam elas justificadas pelos interesses em presença...*", em casos em que haja a fixação de ressarcimento em "*...limites menores em relação as regras gerais e comuns*". (Acórdão nº 650/2004, de 23/02/2005).

A título de comparativo entre a proteção constitucional e a relação das constituições de Portugal e Brasil, em um quadro histórico-evolutivo, podemos destacar as influências diretas e indiretas do direito português no direito brasileiro " *...em virtude dos laços orgânicos entre o Direito constitucional brasileiro e o português em diversos momentos das suas histórias... A Constituição de 1822 seria votada por portugueses e brasileiros...*[5]. A Constituição do Brasil de 1988, em relação a proteção e defesa do consumidor, inicialmente foi prevista como norma programática (artigo 5º, XXXII), enquanto direito fundamental e princípio da ordem econômica e foi

[5] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais. 6ª edição. Coimbra Editora: 1997.p.221/222.

regulamentado nos termos da Lei Federal nº 8.078/1990, denominado Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, diga-se de passagem, "*de influência estrangeira a partir do Projet de Code de La Consommation) de Jean Calais-Auloy,* bem como das "*leis gerais da Espanha (Lei 26/84), de Portugal (Lei 29/81), do México (Lei Federal de Protección al Consumidor, de 5 de fevereiro de 1976), e de Quebec (Loi sur La Protection Du Consommateur), promulgada em 1979*"[6]

De acordo com a doutrina brasileira[7], o Direito do Consumidor constitui disciplina e ramo autônomo do direito privado, ainda que relacionado com outros ramos do direito e com eles dialogue (teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme) ou uma "convivência de paradigmas substitutiva da superação de paradigmas"[8], onde Masson, explicita que "*entre o CDC e as leis especiais também são identificadas as três espécies de diálogos referidas no tópico anterior: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade e diálogo sistemático de influências recíprocas*"[9].

Em contraponto à farta regulamentação constitucional e legal, temos o problema da efetividade ou não realização dos direitos fundamentais no Brasil, e nele incluídos os direitos dos consumidores, de modo que há críticas severas a este respeito:

"A redução da Constituição ao plano meramente simbólico gera a frustração das expectativas inerentes ao contrato

[6] MASSON, Cleber.*Op. Cit.* p.413.

[7] CLÁUDIA LIMA MARQUES. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.41 e NERY Junior, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*.7. ed.Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.p.443. Op Cit: ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 5 ed. Ver.,atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.p.398 e 399.

[8] CLAUDIA LIMA MARQUES. Apud. MASSON, Cleber. Op. Cit.p.420.

[9] MASSON, Cleber. Op.Cit.p.425.

social (em sentido hermenêutico). Por exemplo, no Brasil, a Constituição elenca como objetivo fundamental (art. 3.º) a erradicação da pobreza, enquanto cerca de trinta milhões de pessoas vivem na miséria absoluta...Evidentemente que a Constituição e as leis não resolvem, imediatamente, os problemas da sociedade. Para a realização do Estado Democrático de Direito, não basta a formalidade do Direito. A dimensão textual é necessária, mas deve ser associada com a efetivação das condições sociais e institucionais inerentes ao respeito às leis e à Constituição...A constitucionalização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, não pode ser reduzida a simples declarações retóricas ou limitada a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes... Constituição e as leis não resolvem, por si sós, os problemas sociais, mas a sua solução também está associada à deficiente concretização normativa dos textos constitucionais e leis."[10]

II. Da desconformidade à demanda: o problema

O surgimento das demandas advém da multidão de inconformidades ou prejuízos experimentados nas mais diversas formas pelos consumidores, revelando-se em insegurança ou indisposição do bem ou serviço aos fins a que se destina.

A palavra "desconformidade" possui o prefixo "des", que indica desde negação a reforço e intensidade. No âmbito jurídico da proteção do consumidor traz uma abordagem de consequências várias, pois seu sinônimo também indica o descontentamento e, portanto, o desajuste em relação ao contrato de fornecimento de produtos ou serviços, seja ele verbal ou escrito.

[10] Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário* / Eduardo Cambi. - São Paulo : Almedina, 2016.p.322.

Não obstante a isso, como já dito anteriormente, uma sociedade de consumo é uma sociedade de contratos, onde a inconformidade do bem ou serviço prestado estão sujeitos e subordinados primeiramente ao *pacta sunt servanda,* que deve como princípio reger a relação entre as partes, garantindo o equilíbrio das relações econômicas e sociais, fator de segurança coletiva e paz social, prestigiando ainda o princípio da conservação dos negócios jurídicos, defendida pelo insígne Professor Doutor Antonio Pinto Monteiro, para quem "*...o princípio da confiança é princípio ético-jurídico, expressão da boa-fé, o qual acolhe soluções justas pela proteção de quem confia na conduta de outrem. Mesmo assim, o eminente autor português argumenta que várias soluções legislativas que apelam à boa-fé objetiva se inspiram na necessidade de tutelar a confiança*"[11].

Por conseguinte, as consequências do incumprimento, por diversas que sejam, das mais variadas origens e formas, acarretam sobre si, a pena do defeito, e o direito ao consumidor à reparação dos danos, sejam patrimoniais ou não patrimoniais, tal como estabelece o artigo 12 da Lei Portuguesa de Proteção ao Consumidor e nesta senda, surge o interesse no litígio, dada a pretensão resistida à reparação e às consequências do incumprimento, tornando-se o processo, por assim dizer, uma aposta de quem mais puder, menos chorará.

Para Bobbio, "É *verdade que apostar é uma coisa e vencer é outra. Mas também é verdade que quem aposta o faz porque tem confiança na vitória. É claro, não basta a confiança para vencer. Mas se não se tem a menor confiança, a partida está perdida antes de começar. Depois, se me per-*

[11] VIOLA, Rafael. COELHO, Matheus Preima. *A teoria da confiança no Direito Civil brasileiro*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-out-28/a-teoria-da-confianca-no-direito-civil-brasileiro/#_ftn10.Acesso em 21/05/2025.

guntassem o que é necessário para se ter confiança, eu voltaria às palavras de Kant citadas no início: conceitos justos, uma grande experiência e, sobretudo, muita boa vontade."[12]

III. Da proteção ao consumidor: a proteção jurisdicional efetiva como direito fundamental

3.1 Antecedentes históricos

A inspiração dos direitos reconhecidos e conferidos ao consumidor tal como hoje concebemos, advém da compreensão dos antecedentes históricos dos direitos fundamentais. Ora, se o homem é titular de direitos e deveres na ordem constitucional e legal, todas as emanações que dele irradiam, também são abarcadas por esta titularidade, vez que ínsita ao ser humano e sua conduta.

Os direitos fundamentais, como direitos básicos e essenciais que garantem a dignidade humana, assegurando liberdade, igualdade, segurança, e o acesso a condições mínimas de bem-estar, histórica e inicialmente foram positivados como garantia de preservação da propriedade, como bem ensina o insigne doutrinador José Afonso da Silva, citando Rudolf von Jhering que "*efetivamente, na sociedade primitiva, gentílica, os bens pertenciam, em conjunto, a todos os gentílicos e, então, se verificava uma comunhão democrática de interesses*[13].

José Afonso da Silva prossegue ensinando que:

"*Não existia poder algum dominante, porque o poder era interno à sociedade mesma. Não ocorreria subordinação*

[12] Bobbio, Norberto, 1909. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – 2. ed. [30a Reimp.]. – Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2022.p.93.

[13] Rudolf Von Jhering *in* Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.p151.

nem opressão social ou política. O homem buscava liberta-se da opressão do meio natural, mediante descobertas e invenções. Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, contudo, aparece uma forma social de subordinação e de opressão, pois o titular da propriedade, mormente da propriedade territorial, impõe seu domínio e subordina tantos quanto se relacionem com a coisa apropriada. Surge, assim, uma forma de poder externo à sociedade, que, por necessitar impor-se e fazer-se valer eficazmente, se torna político. E aí teve origem a escravidão sistemática, diretamente relacionada com a aquisição de bens. O Estado, então, se forma como aparato necessário para sustentar esse sistema de dominação. O homem, então, além dos empecilhos da natureza, viu-se diante de opressões sociais e políticas e sua história não é senão a história das lutas para delas se libertar, e o vai conseguindo a duras penas. E chegará o dia – ainda segundo Morgan – "em que o intelecto humano se eleva até dominar a propriedade e defina as relações do Estado com a propriedade que salvaguarda e as maiores que os dos indivíduos e devem ser colocados em uma relação justa e harmônica. (...) A democracia do governo, a fraternidade na sociedade, a igualdade de direitos e privilégios e a educação universal antecipam o próximo plano mais elevado da sociedade, ao qual a experiência, o intelecto e o saber tendem firmemente. Será uma ressureição em forma mais elevada, da liberdade, igualdade e fraternidade das antigas gentes".[14]

E prosseguindo, o ilustre doutrinador manifesta:

"*Certo é que, no correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações in-*

[14] SILVA, José Afonso da. *ob.cit.*,p.150.

justas dos patrícios em Roma, a lei de Valerio Publícola penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto de Romini Libero EXHIBENDO, remoto antecedente do Habeas Corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade.[15]

Silva, em uma análise voltada ao período da Idade Média, aduz que:

"Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis fundamentais do Reino e limitadoras do poder do monarca, assim, como o conjunto de princípios que se chamou humanismo. Aí floresceram os pactos, os forais e as cartas de franquias, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se, por primeiro, os espanhóis: de León e Castela, de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz do Reino..."[16]

Da Carta Magna Inglesa de João Sem Terra (1215), que iniciou a formalização dos direitos do homem, limitando o poder do monarca sobre os súditos, sendo esta carta de fundamental importância à *Bill of Rights* (Declaração de Direitos dos Estados Unidos, 1791) que se constituiu em "*enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia...*"[17], onde expandiu-se o conceito de direitos individuais, estabelecendo direitos individuais que seriam inalienáveis,

[15] SILVA, José Afonso da. *ob.cit.*,p.150.
[16] SILVA, José Afonso da. *ob.cit.*,p.151.
[17] SILVA, José Afonso da. *ob.cit.*,p.155.

como as liberdades, defesa da propriedade, inviolabilidade, devido processo legal, voto feminino, vedação a retroatividade legal, etc. e inclusive merece destaque a Emenda 9ª, no qual estabelece que a garantia de que a Constituição não fosse interpretada como denegação ou diminuição dos outros direitos que o povo se reservou, ou seja, a proteção a direitos não enumerados, a conservação de direitos naturais e a não interpretação restritiva.

Posteriormente na França em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, influenciada pelos ideais da Revolução Francesa e pelo Iluminismo, de acordo com Boris Mirkine-Guetzévitch *"...As Declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII"*[18], caracterizada, pelo *"mundialismo"*[19], sendo que as declarações de direitos são consideradas obra-prima de uma construção social, política e moral, em contraponto à ideia difundida pela concepção jusnaturalista, em que os direitos fundamentais são inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis.

Araújo e Nunes Junior analisam as declarações de antecedentes ingleses comparativamente à Declaração Francesa no ponto em que:

"analisando o tema, elucida Paulo Bonavides: "Constatou-se então como irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a

[18] SILVA, José Afonso da. *ob.cit.*,p.157.

[19] ROBERT, *Libertés publiques, p.46; Castán Tobeñas, Los derechos del hombre, p. 99; Philippe de la Cchapelle, La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le catholique.p.12. Apud.* SILVA, José Afonso da. *ob.cit.*,p.161.

Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero Humano"[20],

Norberto Bobbio rechaça esta ideia, alçando críticas ao jusnaturalismo e pontua:

"Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas."[21]

[20] ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional.18ed.rev e atual. Até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014. p.162.

[21] BOBBIO, Norberto, 1909. *ob.cit*.p.19.

A par das características dos direitos fundamentais, Bernhard Pfanlberg e Georg Brunner[22] citam sua historicidade. Silva também defende que estes são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Diante deste contexto de características variadas e a princípio, " ... *a tarefa de conceituar direitos fundamentais enfrenta algumas dificuldades, fixar-lhes características que sejam sempre válidas em todo lugar também é mister complexo, se é que é possível.*"[23]

Mendes e Branco, citando excerto de Konrad Hesse, explica sobre a validade universal dos direitos fundamentais e a ausência de uniformidade, dado que "...*a validez universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos*"[24], os quais "... *desempenham funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica. Essa diversidade de funções leva a que a própria estrutura dos direitos fundamentais não seja unívoca e propicia algumas classificações, úteis para a melhor compreensão do conteúdo e da eficácia dos vários direitos.*"[25].

Ademais, concluem que os direitos fundamentais, como "...*um valor em si...*"[26], são princípios básicos da ordem constitucional, pois

---

[22] *Apud* SILVA, *ob.cit.*p. 181.

[23] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª ed.São Paulo: Saraiva.2012.p.161-162.

[24] HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales, in Beda e outros, Manual de derecho constitucional,* Madrid: Marcial Pons, 1996.p.84-85. *Apud.* MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª ed.São Paulo: Saraiva.2012.p.161.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *ob. cit*.p.178.

[26] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *ob. cit*.p.191.

"... participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação...Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo... [27]

O conceito de direitos fundamentais, nele incluído o direito do consumidor, está modernamente insculpido na Constituição, seja para suprir deficiências e situações indevidas seja pela gravidade dos problemas apresentados, participando da fase mais recente do constitucionalismo, conforme disseram J.J. Canotilho e Vital Moreira, que o

"... constitucionalismo em sua fase mais recente aspira, como antes, a fazer eco das novas circunstâncias e a incorporar a realidade à norma suprema, enquanto isto supõe um passo muito qualificado para suprir deficiências e situações indevidas. Como o problema dos consumidores não revestira a gravidade que hoje apresenta até datas relativamente recentes, não havia entrado nas Constituições até a portuguesa de 1976..."[28]

E ensinando a respeito da colidência das normas de direitos fundamentais, Canotilho e Vital Moreira ensinam que:

"...pois os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse"[29] e que *"...a restrição de*

.....

[27] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *ob. cit*.p.190.

[28] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *ob. cit*.p.190.

[29] *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, Livraria Almedina, 1987,p.2013. Apud.* ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito *Constitucional*.18 ed.rev e atual. Até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.p.166.

direitos fundamentais implica necessariamente em uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode falar em restrição de um determinado direito fundamental em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso"[30]

Razão de ser, a prestação da tutela jurisdicional como direito fundamental:

" — o compromisso de prestar tutela jurisdicional — constitui um dever estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito. Mas é um dever que supõe poder. A atividade de prestar tutela jurisdicional, e assim eliminar os conflitos e promover, na expressão de Carnelutti, a "justa composição da lide"1, constitui também um poder do Estado, que o exerce monopolisticamente, sujeitando a vontade de todos às suas decisões, inclusive, se necessário, com utilização de meios de coação física."[31]

No sentido de proteção dos direitos, noção que aplicamos aos direitos fundamentais e por conseguinte, ao direito dos consumidores, indicamos *"...com a expressão rule of law (2) designam-se os princípios, as instituições e os processos que a*

[30] CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. p.134. *Apud.* ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*.18ed.rev e atual. Até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.p.168.

[31] ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da Tutela*, 7ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. E-book. p.6. ISBN 9788502132672. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502132672/. Acesso em: 29 abr. 2025.p.6.

tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder..."[32]

Assim, o Direito do Consumidor na Ordem Constitucional Portuguesa de 1976 está claramente consignado no artigo 60º, que estabelece que o Estado deve promover a defesa dos direitos dos consumidores, sendo de sua competência assegurar a proteção dos mesmos, com ênfase na prevenção e reparação de danos causados por práticas abusivas ou desleais no mercado, representando assim, como disse *"Ferdinand Lassale, em seu livro "O que é uma Constituição?" aponta a necessidade de ela ser o reflexo das forças sociais que estruturam o poder, sob pena de encontrar-se apenas uma "folha de papel"*[33], o que é o presente caso, pela posição topológica, seja no sentido axiológico da proteção em si mesma.

Canotilho e Moreira, neste sentido, aduzem que:

"a proteção constitucional dos consumidores, que no texto originário da Constituição estava inserida na constituição econômica, surge agora localizada em sede de direitos fundamentais (depois dos direitos dos trabalhadores e antes das normas referentes à garantia de iniciativa econômica e do direito de propriedade), o que se traduz numa evidente promoção."[34]

.....

[32] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais*. 6ª edição. Coimbra Editora: 1997.p.130.

[33] ARAUJO, Luiz Aberto David. Nunes Junior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*.18ed.rev.atual até a EC 76 de 28 de novembro de 2013.São Paulo: Editora Verbatim, 2014.p.32.

[34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 323.

E mais adiante afirmam em relação aos direitos dispostos no artigo 60, que "*trata-se de direitos que não tem natureza homogênea. A maior parte deles reveste a natureza de direitos a prestações ou ações do Estado, compartilhando, portanto, características típicas dos "direitos econômicos, sociais e culturais"...*"[35], sendo que em relação ao direito a reparação de danos, Canotilho e Moreira, ensinam que

"*o direito à reparação não pressupõe o abandono dos esquemas da responsabilidade contratual de cariz subjectivista mas aponta para eventual necessidade de uma responsabilidade tendencialmente objectivista do produtor pelo produto, de forma a resolver-se o problema da justa distribuição dos riscos inerentes ao consumo de bens produzidos segundo os esquemas técnicos e tecnológicos modernos.*"[36]

3.2. O CONSUMO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Mas se o consumidor possui seus direitos e suas tutelas garantidas pela ordem posta, consumir por decorrência lógica, é também um direito fundamental. No entanto, a abordagem pode ser diametralmente oposta se partirmos do ponto de vista lançado por Rainer Zitelmann, acerca da necessidade do consumo ou de sua desnecessidade, para quem "*bens supérfluos tornam a vida supérflua*"[37].

Boaventura de S. Santos analisa que:

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 324.

[36] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 324.

[37] ZITELMANN, Rainer. Em defesa do capitalismo: desmascarando os mitos. Tradução Patrícia Berlanza. - São Paulo, SP : Edições 70, 2022.p.71.

"Segundo, a redução do bem-estar ao bem-estar material, baseado no consumo de bens disponíveis no mercado, deixa de lado muitas dimensões da vida (a espiritualidade, o cuidado, a solidariedade, os valores éticos) essenciais ao florescimento humano. Tornam-se necessários outros indicadores de bem-estar. Soa hoje menos absurda ou exótica a iniciativa de um pequeno país budista entalado nos Himalaias, o Butão, que, em 1972, decidiu criar um índice de Felicidade Interna Bruta (por analogia com Produto Interno Bruto) para medir o desenvolvimento humano com base nos valores da sua cultura."[38]

A este respeito do consumo, há análises acerca dos comportamentos e interesses do consumidor focados nos males do consumismo e a visão lançada pelo consumerismo, que busca orientar aos indivíduos para a adoção de práticas de consumo conscientes e voltadas à realidade e necessidades individuais que concluem:

"A palavra consumerismo refere-se a todas as ações de indivíduos ou grupos, bus-cando desenvolver a consciência sobre os males do consumismo. Consumerismo é portanto, exatamente o contrário de consumismo. Os movimentos consumeristas tiveram grande impulso nos Estados Unidos, buscando os interesses dos consumidores, na década de 1960. Uma revista norte--americana, a Consumer Reports, sem intenção comercial, é publicada por um grupo de voluntários, que, com métodos sofisticados e a ajuda de analistas, testa inúmeros produtos e serviços, compara marcas e orienta o comprador sobre aspectos técnicos e jurídicos. É uma das expressões

[38] SANTOS, Boaventura de S. *Portugal: ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez Editora, 2013. E-book. p.144. ISBN 9788524920967. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788524920967/. Acesso em: 02 mai. 2025.

mais populares do consumerismo. Na internet, basta você digitar a palavra consumerism e terá dezenas de páginas sobre os mais diversos assuntos, desde os mais óbvios, como associações de proteção aos alcoólatras, até os menos evidentes, como páginas sobre os males do protetor solar."[39]

Esta estrutura completa e complexa de direitos fundamentais dos consumidores também nos leva a perquirir a respeito das tutelas cautelares voltadas ao consumidor, enquanto normalmente dotado de vulnerabilidade, fundamenta a criação de dispositivos legais de defesa que visam não apenas prevenir, mas também reparar danos, e garantir uma balança equitativa nas relações de consumo, vez que a garantia de direitos fundamentais, premissa ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana volta-se à ideia de piso vital mínimo, ou mínimo existencial, à teoria da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen)*, referente a experiência alemã aos direitos fundamentais, dado que "*a locução "defesa" é plena em significação, indicando que o Estado, por meio de todos os seus órgãos e funções, deve partir do pressuposto de que o consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, reclamando, portanto, uma intervenção protetiva, quer no sentido de garantir um sistema legal de proteção, quer no de criar organismos que impeçam ou reprimam lesões aos consumidores."*[40]

[39] GIGLIO, Ernesto Michelangelo Giglio. *O comportamento do consumidor*. 4ª edição. 2011 Cengage Learning Edições Ltda.Gerente Editorial: Patricia La Rosa Editora de Desenvolvimento: Sheila Fabre. Supervisor de Produção Editorial: Fabiana Alencar Albuquerque. Produtora Editorial: Fernanda Batista dos Santos e Renata Siqueira Campos. Revisão: Maya Indra Souarthes Oliveira Diagramação: FZ.Dáblio Studio Capa: FZ.Dáblio Studio.p.175.

[40] ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional.18ed.rev e atual. Até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.p.228/229.

IV. A providência cautelar como instrumento da materialização do direito fundamental à proteção jurisdicional efetiva do consumidor

4.1. O tempo e a efetividade como fatores a considerar no processo

A humanidade está vinculada ao tempo desde sua criação e das mais variadas formas, premissa documentada em Gênesis, 1º, quando se retrata a criação do mundo e dos dias ou tempo utilizado para tanto, bem como em II Reis, 20-11, que o tempo do relógio de sol de Acaz, instrumento que media as horas e o tempo do dia, voltou a sombra dez graus atrás como sinal de que o Rei Ezequias, adoecido, não morreria ou em Josué, 10, 12-13, que o sol e a lua se detiveram em uma batalha onde *"...o sol pois se deteve no meio do céu, e não se apressou a pôr-se, quase um dia inteiro."*[41]

A criação de relógios solares, relógios de água, relógios de areia, relógios mecânicos e relógios digitais, aliado ao tempo de ver e viver todas as coisas, em seus ciclos próprios, torna o discorrer sobre o tempo e seu significado transcendental aos limites do direito.

Em uma perspectiva científica em uma visão apocalíptica do tempo, que vai do "*Relógio do Juízo Final ou Relógio do Apocalipse* (do *inglês: Doomsday Clock) é um relógio* simbólico, mantido desde *1947* pelo comitê da organização *Boletim dos Cientistas Atómicos* da *Universidade de Chicago, que utiliza uma analogia onde a raça humana* está a «minutos para a *meia-noite", onde este horário representa a destruição* por uma *guerra nuclear"*[42], até a necessidade de relacionarmos

[41] Bíblia Sagrada. Velho e Novo Testamento. Traduzida para o português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida no Brasil. Edição com letra grande. Sociedade Bíblica do Brasil. Barueri-SP: 1998.p.313-314.

[42] Wikipédia: A enciclopédia livre. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Rel%C3%B3gio_do_Ju%C3%ADzo_Final. Acesso em 20/05/2025.

o tempo e seu decurso no âmbito da Justiça e da proteção jurisdicional, tal como concebemos.

A garantia de participação plena das partes envolvidas no processo, respaldadas pelo devido processo legal, contraditório e ampla defesa já não são mais suficientes. A independência judicial, que segundo Velo Neves et al. (2025), *"...é um princípio fundamental que garante que os juízes possam tomar decisões baseadas apenas na lei e nos fatos, sem influência externa ou pressões indevidas. Este princípio é essencial para assegurar a imparcialidade e a justiça no sistema judicial..."*[43], já não são os únicos elementos a se considerar, mas seu conjunto no caso dos consumidores.

Analisar o tempo do processo é salutar nos dias atuais, tendo em vista que a sua normal duração pode prejudicar a efetividade das decisões e salvaguarda dos direitos fundamentais dos consumidores em uma sociedade que funciona mediante litigiosidade análoga e aumentada, diante das respostas dos mercados de consumo neste sentido. A exemplo, uma única declaração de chefe de Estado pode em segundos, impactar bolsas de valores no mundo todo e por consequência lógica, os mercados de consumo e no final desta linha, o consumidor. Neste giro, a celeridade na prestação e proteção jurisdicional assume particular importância para se alcançar a efetividade.

DORIA aduz que:

[43] NEVES, Samuel Fábio Velo; CONCEIÇÃO, Ândria Carolina Rodrigues; TENREIRO, Frederico Maria Archer Cameira de Miranda; FERNANDES, Nuno Miguel Frade; BARBOSA, Simão da Silva. A relevância do ODS "Paz, Justiça e Instituições Fortes" no âmbito do Acórdão C-791/19 - Comissão/Polónia (regime disciplinar dos Juízes). In: MOTA, Ana Sofia et al. (Coord.). GreenWave - Estamos todos no mesmo barco: 2ª edição da Semana da Sustentabilidade. Porto: Universidade Portucalense, 12 maio 2025. p. 18-22. eBook. ISBN 978-972-9354-52-6. Disponível em: https://hdl.handle.net/11328/6293. DOI: https://doi.org/10.34625/isbn.978-972-9354-52-6. Acesso em 21/05/2025.

" a perda da celeridade acaba por descaracterizar a própria função de pacificação social do Poder Judiciário"[44] dado que *"como os tempos atuais cada vez se caracterizam mais pelo ritmo acelerado de vida, tanto nas relações sociais como econômicas, a prestação jurisdicional, como um todo, se torna alvo de descrédito e da censura generalizada, pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica da sociedade."*[45]

Pisani de forma aprofundada analisa as consequências de uma análise superficial do mérito face a necessidade de satisfação do direito reclamado:

"sabe-se que os efeitos de uma futura decisão de mérito proferida ao final de um determinado processo de cognição plena podem ser frustrados, seja pelo acontecimento de uma circunstância de fato que impede que a decisão de mérito possa exercitar-se por si só, seja por prolongar-se o estado de insatisfação do direito durante todo o tempo necessário para que ele seja validado na via ordinária. Está-se diante, portanto, de um prejuízo iminente e irreparável, que pode ameaçar o direito durante o tempo necessário para fazê-lo valer nas vias ordinárias. Isso pode derivar-se de uma modificação da situação de fato sobre o qual a decisão de mérito deva exercitar seus efeitos ou do prolongamento do estado de insatisfação."[46]

.....

44 DORIA. Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.18.

45 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada, Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.* Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997, p.187. *Apud.* DORIA. Rogéria Dotti. *Op. Cit.* p. 21.

46 PISANI, Andrea Proto. *Provvedimenti d'urgenza*. In: Enc. Giur., XXV, Roma, 1991. p. 17. *Apud. SOUZA, Artur César de. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência / Artur César de Souza. -- São Paulo : Almedina, 2016.p.40.*

A *contrario sensu,* Armelin cita que "*o ponto de estrangulamento da compatibilização dos valores efetividade e segurança na prestação jurisdicional é, cediçamente, o fator tempo, necessário à segurança jurídica, por um lado, e letal para a efetividade da jurisdição, por outro*"[47], de modo que a tutela cautelar, neste caso, se presta à efetividade e resultado útil do processo.

No direito italiano,

"*...Calamandrei havia previsto a hipótese de tutela antecipada quando distinguiu as duas espécies de periculum in mora: o perigo de infruttuosità e o perigo de tardivitá. Em relação ao primeiro, utilizavam-se as medidas que apenas assegurassem a futura realização do direito. Por outro lado, o perigo de tardivitá exigia a própria satisfação do direito, o que para Calamandrei também poderia ser alcançada pelo provimento cautelar.*"[48]

Dotti preceitua que:

" *na Itália, a preocupação com a efetividade dos direitos levou os legisladores a conceberem a possibilidade de uma antecipação de até 4/5 do provável valor da indenização no caso de ação de reparação de danos por ato ilícito. ... A demora na prestação da tutela jurisdicional é, portanto, considerada pelos italianos como uma das causas para uma Justiça ineficiente. Daí a necessidade da antecipação.*"[49]

[47] ARMELIN, Roberto. *Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.p.434. Apud.* DORIA. Rogéria Dotti. *Op. Cit.* p. 28.

[48] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil.* Vol III.p.50. *Apud.* DORIA. Rogéria Dotti. *Op. Cit.*p.45.

[49] DORIA. Rogéria Dotti. *Op. Cit.*p.45.

Cruz e Tucci relatam acerca de danos morais decorrentes do estado de ansiedade pelo êxito da demanda, relativo aos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, responsabilizando o Estado italiano por delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele deferidos, entendendo pela prejudicialidade do tempo face a efetividade do processo, *in verbis* :

"*A Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento ocorrido em 1987, condenou o Estado Italiano a indenizar uma parte pelos danos morais decorrentes do estado de ansiedade pelo êxito da demanda. Eis o teor da decisão: Excede os termos razoáveis de duração, prescritos no art. 6º, 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses de seu início; O motivo no sentido de que o processo italiano é inspirado pelo princípio dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz do dever de atender aos limites de duração prescritos no art. 6º, 1, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte. O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele deferidos. O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual é ela autora, a soma*

de 8.000.000 liras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda"[50].

E mais adiante Arthur César de Souza anota que:

"ansiedade pelo êxito da demanda, representada pelo conflito que diz respeito ao tempo necessário para definir um processo judicial e para se chegar a uma decisão justa, bem como o efeito negativo da decisão na resposta judicial, tem sido uma constante preocupação de diversos doutrinadores nacionais e estrangeiros, especialmente por parte do Prof. italiano Ítalo Andolina"[51].

Souza, citando Andolina, explicita que:

"visando combater a morosidade processual e, portanto, dar mais efetividade à tutela jurisdicional prestada no processo, duas são as soluções substancialmente e concretamente praticadas: "a) uma primeira solução coloca-se no interior da tutela de mérito, e prevê percurso procedimental de cognição sumária finalizada com a formação de um título executivo judicial, inidôneo à coisa julgada; b) uma segunda solução coloca-se no interior da tutela cautelar: e prevê a formação de medidas antecipatórias não necessariamente instrumentais ao julgamento de mérito"[52].

.....

[50] CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo. São Paulo: Ed. R.T., 1997. p. 69 e70. *Apud. SOUZA, Artur César de. Tutela provisória : tutela de urgência e tutela de evidência / Artur César de Souza. -- São Paulo : Almedina, 2016.p.11.*

[51] SOUZA, Artur César de. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência.*- São Paulo : Almedina, 2016.p.11.

[52] ANDOLINA, Italo Augusto. *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo*, In: Revista de Processo, São Paulo, Ano 32,

Neste sentido, analisamos a providência cautelar em sua teleologia finalística, pois:

"não se pode esquecer que a noção de processo é finalística, sendo que a sua classificação obedece aos fins jurisdicionais que se pretendem alcançar através da sucessão de atos. Assim, o processo tem a mesma natureza da espécie de jurisdição que se colimar. Em consequência, à 'a tutela de cognição corresponde o processo de conhecimento, à de execução o processo de execução e à de *assecuração o processo cautelar*"[53], dado que "*conforme anota José Carlos Barbosa Moreira, "numa época em que se torna cada vez mais célere, para não dizer vertiginoso, o ritmo das atividades humanas, assume particular gravidade o problema do tempo necessário à realização do processo... Legisladores de todos os tempos e de todos os lugares têm-se preocupado em aviar receitas para atender a essas necessidades postas em xeque pela renitente propensão dos pleitos judiciais e durar bem mais que o desejável*".[54]

Barbosa Moreira distingue ainda que há duas formas de resolver a problemática da morosidade processual:

n. 150, ago/2007. p. 72. *Apud* SOUZA, *Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência.* São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.p.19.

[53] FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. *Apud* SOUZA, *Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência.* São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.p.22.

[54] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual. Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 81 e 91. *Apud* SOUZA, *Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência.* São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.p.23.

" a) uma técnica formada por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos, plena e exauriente; b) uma segunda técnica formada por medidas que visam a apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria controvertida. Afirma-se que na primeira técnica sumariza-se apenas o procedimento, preservando-se todas as garantias fundamentais dos litigantes, especialmente com relação ao contraditório, recebendo o resultado do pleito o selo da coisa julgada material, enquanto que na segunda sumariza-se a cognição, conservando aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial a de proceder a ele."[55]

4.2 Breve menção às disposições da administração da justiça e da tutela cautelar

Nesta senda, o artigo 152º do Código de Processo Civil Português, traz o dever de administrar justiça e o conceito de sentença, *in verbis*:

"1 - Os juízes têm o dever de administrar justiça, proferindo despacho ou sentença sobre as matérias pendentes e cumprindo, nos termos da lei, as decisões dos tribunais superiores. 2 - Diz-se «sentença» o ato pelo qual o juiz decide a causa

[55] Barbosa Moreira, José Carlos. Temas de direito processual. Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 81 e 91. *Apud* Souza, *Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência.* São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.p.23.

principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa. 3 - As decisões dos tribunais colegiais têm a denominação de acórdãos. 4 - Os despachos de mero expediente destinam-se a prover ao andamento regular do processo, sem interferir no conflito de interesses entre as partes; consideram-se proferidos no uso legal de um poder discricionário os despachos que decidam matérias confiadas ao prudente arbítrio do julgador. "

Em complemento, o artigo 154.º preceitua sobre o dever de fundamentar a decisão, estatuindo que as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas, prestigiando a transparência da decisão jurisdicional.

Ribeiro fazendo um comparativo entre os institutos passados e os atuais, cita que o Código de Processo Civil português, continha

"*...as medidas cautelares destinadas a tutelar situações de urgência tanto de natureza conservativa quanto satisfativa... processo cautelar português estava dependente da ação principal. Todavia, com a instituição do Novo CPC em 2013 há dispositivos que preveem a tutela cautelar ligando-a a urgência, contudo, inovou trazendo a "inversão do contencioso" a qual permite eximir o requerente da providência cautelar propor a ação que visa discutir o mérito, caso observados alguns requisitos*" que "*... mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar, até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua*

provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza" e que "*... a inversão do contencioso é uma técnica de sumarização do processo tornando definitiva a tutela provisória, permitindo a composição da lide de forma breve.*"[56]

No mesmo sentido, o artigo 362.º trata das providências cautelares não especificadas, estabelecendo que terão lugar sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado, de modo que o interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor. Estabelece ainda que não são aplicáveis as providências referidas no n.º 1 (receio de lesão grave e dificilmente reparável) quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas no capítulo seguinte e que não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado.

Dado que os procedimentos cautelares revestem sempre caráter urgente, precedendo os respetivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente e devem ser decididos no tribunal competente em que forem instaurados, em 1.ª instância, no prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias (Artigo 363.º).

[56] RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/73 ao CPC/15*. São Paulo: RT, 2015,p.177. *Apud. GENTIL,* Katiuscia Karina. *Tutelas provisórias no direito comparado*. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tutelas-provisorias-no-direito-comparado/622556223#_ftnref7. Acesso em 19/05/2025.

No que toca sobre a relação entre o procedimento cautelar e a ação principal (Artigo 364.º), o procedimento cautelar é dependente de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva. Caso seja requerido antes de proposta a ação, é o procedimento apensado aos autos desta, logo que a ação seja instaurada e se a ação vier a correr noutro tribunal, para aí é remetido o apenso, ficando o juiz da ação com exclusiva competência para os termos subsequentes à remessa. Requerido no decurso da ação, deve o procedimento ser instaurado no tribunal onde corre e é processado por apenso, a não ser que a ação esteja pendente de recurso; neste caso a apensação só se faz quando o procedimento estiver findo ou quando os autos da ação principal baixem à 1.ª instância. Nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal.

O mesmo artigo estabelece que nos casos em que, nos termos de convenções internacionais em que seja parte o Estado Português, o procedimento cautelar seja dependência de uma causa que já foi ou haja de ser intentada em tribunal estrangeiro, o requerente deve fazer prova nos autos do procedimento cautelar da pendência da causa principal, através de certidão passada pelo respetivo tribunal.

Por oportuno ainda consignar a importância da ação inibitória no contexto de providências cautelares, aptas a salvaguardar o direito fundamental posto em causa, na dimensão positivada pela Lei n.º 24/96 de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores e revoga a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, cuja isenção de custas a seu autor revela inequivocadamente que o acesso à justiça não é negado pela inexpressiva condição financeira.

Especificamente nos termos do artigo 10, que trata do direito à prevenção e acção inibitória, cujo espectro se destina a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor aos que nomeadamente atentem contra a sua saúde e segurança física; se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas e consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei, de modo que possibilidade de a respectiva sentença impor sanção pecuniária compulsória nela consagrada, além da possibilidade de indemnização, revela tanto a preocupação do legislador em garantir armas contra as violações de direitos fundamentais que pesem no bolso do infrator quanto a confiança na percepção por parte do julgador, do espírito da lei e da essência deste instrumento.

E, diga-se de passagem, nada fere mais um infrator do que o peso da responsabilização em seu próprio bolso!

Nesta mesma esteira vem o Decreto Lei nº 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, dispõe sobre o manuseio da acção inibitória, conforme expõe seu artigo 25º quando cláusulas contratuais gerais, forem elaboradas para utilização futura e contrariarem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º do aludido normativo, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares.

4.3. Posição do Supremo Tribunal de Justiça sobre cautelar em matéria de direito do consumo

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao analisar os autos referente ao Processo: 3828/23.0T8CBR.C1.S1, em julgamento de Recurso de Revista em Procedimento cautelar que discutia a respeito de não recepção de uma carta sobre aviso de corte de energia elétrica de um escritório de advocacia, decidiu pela adequação do procedimento cautelar, pela existência do *periculum in mora* concretamente verifi-

cado e visando assegurar a efectividade do Direito do consumidor ameaçado, concedeu a medida, entendendo que:

"32. O procedimento cautelar comum consubstancia-se numa verdadeira acção cautelar geral para tutela provisória de quaisquer situações não especialmente previstas e disciplinadas, comportando o seu decretamento a remoção do "periculum in mora" concretamente verificado e visando assegurar a efectividade do Direito ameaçado. 33. O "periculum in mora" traduz-se no prejuízo que poderá advir para a Requerente em consequência da demora na tutela efectiva dos seus direitos...36. Os danos que se fazem sentir na esfera da Requerente são contínuos e acumuláveis, impedem o pleno gozo e fruição de todas as utilidades do escritório onde exerce a Advocacia, agravar-se-á de forma efectiva com a demora normal de um processo judicial. 37. Pelo que, a providência cautelar é o único meio de por cobro aos danos que se vêm reflectindo na esfera da Autora/Recorrente, pelo que deverá ser revogado o Acórdão recorrido e em substituição seja ordenada a religação de eletricidade no escritório domicílio profissional da Requerente."

Em outra ocasião, o mesmo Tribunal em sede de análise do acórdão relacionado ao processo 21018/23.0T8LSB.L2.S1, entendeu que a providência cautelar de natureza especificada – arresto se destina a garantir um direito de crédito sempre que o credor tenha o fundado receio de que o devedor possa frustrar a satisfação patrimonial desse direito, sendo necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos, da probabilidade de existência de um direito de crédito e o justo receio de perda da garantia patrimonial desse direito, ou seja, que o próprio tempo seja inimigo da satisfação desse direito, conforme se depreende do excerto abaixo:

"... O arresto constitui uma providência cautelar de natureza especificada, que se destina a garantir um direito de crédito sempre que o credor tenha o fundado receio de que o devedor possa alienar, ocultar ou dissipar o seu património, frustrando, dessa forma, a satisfação patrimonial desse direito. Para que o arresto possa ser decretado, torna-se necessário o preenchimento cumulativo de dois requisitos, isto é, a probabilidade de existência de um direito de crédito e o justo receio de perda da garantia patrimonial desse direito. O receio de perda da garantia patrimonial do crédito deve ser valorado em função da ponderação de diversos fatores, tais como "o montante do crédito, a maior ou menor capacidade de solvabilidade do devedor, a forma da sua atividade, a sua situação económica e financeira, a natureza do seu património, a dissipação ou extravio de bens, a ocorrência de procedimentos anómalos que revelem o propósito de não cumprir, o próprio montante do crédito..."

Os autos do Processo; 156/21.9T8OLR.C1.S1 também tiveram decisão que paira na mesma esteira, no sentido de evitação de consumação de qualquer ameaça ilícita em procedimento cautelar, e que cabe ao autor alegar e provar o perigo de ilícito, de forma a cumprir os requisitos necessários à obtenção de tal tutela:

"II - Se na modalidade que se aproxima do procedimento cautelar (que visa "evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita" - 1.ª parte do art. 878.º do CPC), cabe ao autor alegar e provar o perigo de ilícito, já na modalidade que visa "atenuar" ou "fazer cessar, os efeitos da ofensa já cometida" (2.ª parte do art. 878.º do CPC), cabe ao autor alegar e provar a ofensa directa e ilícita."

Além disso está consagrado no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal a utilização da acção inibitória para coibir violações de direitos de aderentes no âmbito das cláusulas contratuais gerais (1128/09.7YXLSB.L1-6; 240/11.7TBVRM.G1.S1, etc) . O Tribunal da Relação do Porto também já se pronunciou no mesmo sentido (11695/15.0T8PRT.P1; 11695/15.0T8PRT.P1, etc), tornando claro que a interpretação da norma posta se dá no âmbito da proteção efetiva aos direitos fundamentais do consumidor.

V – Breve conclusão

Diante das singelas constatações neste compendio lançadas, podemos concluir, de forma breve, que a sociedade de consumo no qual estamos vivendo é uma sociedade de contratos e de incumprimentos e que o fator tempo é determinante na evolução cíclica ou involução desta sociedade tanto em relação aos consumidores, quanto em relação aos mercados de consumo e o que deles se espera.

A regulamentação do direito do consumidor em Portugal é garantida por uma legislação esparsa, não codificada, que busca atender os anseios desta realidade dinâmica, por vezes impulsionada pelas diretivas traçadas pela União Europeia, dada a ausência de um código neste sentido. Concluímos que seria importante a existência de um Código do Consumidor, tal como visto nas ideias contidas no anteprojeto apresentado à Portugal em 2006, já que este, em seus 708 artigos, acreditamos ter sido pensado em um código de pessoas para pessoas.

Nesta senda, o processo, como instrumento de busca pela salvaguarda dos direitos fundamentais (fruto de uma construção histórica e social da humanidade) dos consumidores, eis que partes normalmente vulneráveis, é relevante, notadamente quando aliado ao instituto do procedimento caute-

lar, que pode garantir respostas adequadas à situações de urgência tanto de natureza conservativa quanto satisfativa, principalmente em relação a inversão do contencioso, proporcionando compor a lide de forma mais breve, garantindo assim, a concretização do direito fundamental à proteção jurisdicional efetiva ao consumidor que tem razão.

Referências bibliográficas

Livros físicos

ANDRADE, Adriano. MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. 5 ed. Ver.,atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional.18ed.rev e atual. Até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

BÍBLIA SAGRADA. Velho e Novo Testamento. Traduzida para o português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida no Brasil. Edição com letra grande. Sociedade Bíblica do Brasil. Barueri-SP: 1998.

BOBBIO, Norberto, 1909. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – 2. ed. [30a Reimp.]. – Rio de Janeiro: GEN | Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2022.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário / Eduardo Cambi. - São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo. São Paulo: Ed. R.T., 1997. p. 69 e70. Apud. Souza, Artur César de. Tutela provisória : tutela de urgência e tutela de evidência / Artur César de Souza. -- São Paulo : Almedina, 2016.

DORIA. Rogéria Dotti. A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GIGLIO, Ernesto Michelangelo Giglio. O comportamento do consumidor. 4a edição. 2011 Cengage Learning Edições Ltda.Gerente Editorial: Patricia La Rosa Editora de Desenvolvimento: Sheila Fabre. Supervisor de Produção Editorial: Fabiana Alencar Albuquerque. Produtora Editorial: Fernanda Batista dos Santos e Renata Siqueira Campos. Revisão: Maya Indra Souarthes Oliveira Diagramação: FZ.Dáblio Studio Capa: FZ.Dáblio Studio.

MARINONI. Luiz Guilherme.Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4.ed. rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed.São Paulo: Saraiva.2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais. 6ª edição. Coimbra Editora: 1997.

NERY Junior, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

SOUZA, Artur César de. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência.- São Paulo : Almedina, 2016.

ZITELMANN, Rainer. Em defesa do capitalismo: desmascarando os mitos. Tradução Patrícia Berlanza. - São Paulo, SP : Edições 70, 2022.

Internet: livros digitais e sites

ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo, In: Revista de Processo, São Paulo, Ano 32, n. 150, ago/2007. p. 72. Apud SOUZA, Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.

Código do Consumidor. Anteprojecto. Disponível no site da OAB de Portugal. Acesso em 10/06/2025.

FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. Apud SOUZA, Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.

GENTIL, Katiuscia Karina. Tutelas provisórias no direito comparado. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tutelas-provisorias-no-direito-comparado/622556223#_ftnref7. Acesso em 19/05/2025.

NEVES, Samuel Fábio Velo; CONCEIÇÃO, Ândria Carolina Rodrigues; TENREIRO, Frederico Maria Archer Cameira de Miranda; FERNANDES, Nuno Miguel Frade; BARBOSA, Simão da Silva. A relevância do ODS "Paz, Justiça e Instituições Fortes" no âmbito do Acórdão C-791/19 - Comissão/Polónia (regime disciplinar dos Juízes). In: MOTA, Ana Sofia et al. (Coord.). GreenWave - Estamos todos no mesmo barco: 2ª edição da Semana

da Sustentabilidade. Porto: Universidade Portucalense, 12 maio 2025. p. 18-22. eBook. ISBN 978-972-9354-52-6. Disponível em: https://hdl.handle.net/11328/6293. DOI: https://doi.org/10.34625/isbn.978-972-9354-52-6. Acesso em 21/05/2025.

Supremo Tribunal de Justiça. Autos/ Processo: 3828/23.0T8CBR.C1.S1.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Autos/ Processo: 21018/23.0T8LSB.L2.S1.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Autos/ Processo: 156/21.9T8OLR.C1.S1.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Autos/ Processo:1128/09.7YXLSB.L1-6.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Autos/ Processo: 240/11.7TBVRM.G1.S1.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Autos/Processo: 11695/15.0T8PRT.P1.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Autos/Processo: 11695/15.0T8PRT.P1.

SANTOS, Boaventura de S. Portugal: ensaio contra a autoflagelação. São Paulo: Cortez Editora, 2013. E-book. p.144. ISBN 9788524920967. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788524920967/. Acesso em: 02 mai. 2025.

SOUZA, Artur César de. Tutela provisória - Tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2016. E-book. p.22. ISBN 9788584931163. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931163/. Acesso em: 19 mai. 2025.

VIOLA, Rafael. COELHO, Matheus Preima. A teoria da confiança no Direito Civil brasileiro. Revista Consultor

Jurídico. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-out-28/a-teoria-da-confianca-no-direito-civil-brasileiro/#_ftn10.Acesso em 21/05/2025.

WIKIPÉDIA: A enciclopédia livre. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Rel%C3%B3gio_do_Ju%C3%ADzo_Final. Acesso em 20/05/2025.

ZAVASCKI, Teori A. Antecipação da Tutela, 7ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. E-book. p.6. ISBN 9788502132672. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502132672/. Acesso em: 29 abr. 2025.

CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS À DISTÂNCIA E FORA DO ESTABELECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN CONSUMER CONTRACTS IN MOZAMBIQUE AND THE LIMITS OF ITS EXERCISE

Júlio Malene[*]

Sumário

1. Contrato de consumo; 2. Contratos de consumo em especial; 3. Contratos celebrados à distância; 3.1. Requisitos; 3.2. Deveres de informação pré-contratual; 3.3. Formação dos contratos celebrados à distância; 3.4. Modalidades de contratos celebrados à distância; 3.4.1. Contratos celebrados por correspondência postal;3.4.2. Contratos celebrados com recurso a televisão e rádio; 3.4.3. Contratos celebrados por telefone; 3.4.4. Contratos celebrados através da internet; 3.4.5. Contrato de crédito ao consumo celebrado à distância; 3.5. Deveres de informação pós-contratual; 4. Contratos celebrados fora do estabelecimento; 4.1. Requisitos; 4.2. Deveres pré-

* Júlio Malene é Doutor em Direito Privado, Coordenador do Curso de Licenciatura em Direito na Faculdade de Engenharia da UCM e Advogado.

-contratuais; 4.3. Formação do contrato celebrado fora do estabelecimento; 4.4. Modalidades ou Tipologia de Contratos Celebrados fora do Estabelecimento; 4.4.1. Contratos celebrados no comércio ambulante; 4.4.2. Contratos celebrados no domicílio; 4.4.3. Contratos celebrados no local de trabalho; 4.4.4. Contratos celebrados em reuniões; 4.4.5. Contratos celebrados em excursões; 4.4.6. Contratos celebrados em local indicado pelo profissional; 4.4.7. Contrato de crédito ao consumo celebrado fora do estabelecimento comercial; 4.5. Deveres de informação pós-contratual; 5. Quadro legislativo sobre a contratação à distância e fora do estabelecimento em Moçambique e na Região; 5.1. A lei de transacções electrónicas; 5.2. Regulamento do Sistema de Certificação Digital de Moçambique; 5.3. Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados Pessoais (CUACPDP); 5.4. Lei Modelo Harmonização das Políticas das Tecnologias de Informação e Comunicação na Africa Subsariana ; 5.5. União Postal Universal – ECOM@AFRICA, 5.6. niciativas Regionais; 6. Notas finais; 7. Bibliografia.

Resumo

O aspecto central do estudo em alusão assenta numa análise dos contratos de consumo celebrados à distância e fora do estabelecimento. O propósito final cinge na demostração de que enquanto inexistir um instrumento dedicado em regular os contratos de consumo em especial no ordenamento jurídico moçambicano, os interesses do consumidor não se encontrarão devidamente assegurados, mormente a existência de esforços isolados realizados pelo legislador no sentido de acompanhar instrumentos de outros ordenamentos juridícos que já se encontram consideravelmente evoluídos nesta matéria. Interessa realçar, que apesar da inexistência de legislação específica reguladora de relações de

consumo desta natureza, elas ocorrem de forma cada vez mais crescente no seio das interacções entre consumidores e prestadores de bens ou fornecedores de serviços, tornando-se necessário estudar o regime jurídico aplicável alternativamente, e que seja capaz de reduzir o impacto inevitável da violação dos direitos e interesses do consumidor. Se tratando de negócios jurídicos celebrados sem a presença física e simultânea das partes, por meio de correspondência ou outras técnicas de comunicação à distância, ou ainda por se terem realizados em locais incomuns, de forma esporádica e que não permita que o consumidor possa fazer a devida reflexão sobre o real interesse em contratar, muito sentido faria que a legislador oferecesse a esta parte vulnerável no contrato um conjunto de prerrogativas a accionar nos casos em que os seus direitos são colocados em causa. Porém, nem tudo se considera esquecido, pois alguns passos vêm sendo dados ao nível legislativo, ao consagrar o direito de retractação a nível da Lei de Defesa do Consumidor e no seu Regulamento, na Lei de Transacções Electrónicas que simultaneamente abarca matérias relativas ao Governo Electrónico e no Código de Publicidade que, no entanto, mostram-se ainda insuficiente.

Abstract

The central aspect of the study in question is based on an analysis of consumer contracts signed remotely and outside the establishment. The final purpose is to demonstrate that as long as there is no instrument dedicated to regulating consumer contracts, especially in the Mozambican legal system, the interests of the consumer will not be properly ensured, especially given the existence of isolated efforts made by the legislator to follow instruments from other legal systems that are already considerably evolved in this regard. It is interesting to highlight that, despite the lack of specific legislation regu-

lating consumer relations of this nature, they occur increasingly in the context of interactions between consumers and providers of goods or service providers, making it necessary to study the legal regime that is applicable alternatively, and that is capable of reducing the inevitable impact of the violation of consumer rights and interests. In the case of legal transactions concluded without the physical and simultaneous presence of the parties, through correspondence or other remote communication techniques, or even because they have been carried out in unusual locations, sporadically and which do not allow the consumer to properly reflect on the real interest in contracting, it would make a lot of sense for the legislator to offer this vulnerable party in the contract a set of prerogatives to be activated in cases where their rights are called into question. However, not everything is considered forgotten, as some steps have been taken at legislative level, by enshrining the right of withdrawal in the Consumer Protection Law and its Regulation, in the Electronic Transactions Law which simultaneously covers matters relating to Electronic Government and in the Advertising Code which, however, still proves to be insufficient.

1. Contrato de consumo

Pode em termos gerais definir-se como contrato de consumo o acordo concluído entre o consumidor e um empresário ou profissional que tem por objecto a aquisição de um bem, ou subscrição de um serviço ou direito destinado a um uso não profissional (privado) por parte do primeiro[1].

Trata-se evidentemente de um conceito frequentemente utilizado actualmente no campo jurídico, dado ao relevante espaço que este ramo de direito tem vido a ganhar. A definição que mais consenso colhe e mais cobertura dá ao conceito concentra referência ao objecto e não aos sujeitos que militam no negócio, e define contrato de consumo como o que incide sobre determinada coisa, certo serviço ou algum direito que se destine ao uso não profissional do adquirente, enquanto que a contraparte actua sempre sob égide da sua actividade profissional[2]. O regime aplicável a formação destes contratos pode ser encontrada nas regras gerais do Direito Civil articuladas com as normas do Direito de Consumo.

> A multiplicidade de diplomas que contém normas especiais aplicáveis as relações de consumo podem dificultar o interprete na sua tarefa de desvendar qual o regime do Direito de Consumo se aplica para a situação concreta. Daí a existência de um Código do Consumidor, a semelhança do que acontece em algumas ordens jurídicas, como por exemplo a espanhola, poder facilitar esta percepção[3].

[1] ANTUNES, José Engrácia, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2018, p. 125

[2] Segundo DE ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 97

[3] VIEIRA, Daniela Nilza Teles, *Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo*, Dissertação de Mestrado em Direito Civil, Porto, 2015, p. 21.

Igualmente como sucede com os contratos comerciais, considerar-se a figura norteadora do Direito Comercial, os contratos de trabalho constituem o aspecto fulcral do Direito do Trabalho, os contratos de consumo traduzem-se no "núcleo duro" do Direito do Consumo.

Para CHRISTIAN ALEXANDER, "o contrato constitui o instrumento jurídico do processo económico do mercado e a protecção do consumidor através do direito contratual representa o cerne do direito do consumo".[4]

Para tanto, identificam-se actualmente uma série de normas legais que versam em torno de um regime específico para os contratos do consumo no geral, distinguindo-lhe do regime geral aplicado aos negócios jurídicos e dos contratos plasmado entre os artigos ° 217 e ss., e 405 e ss. do Código Civil. As específicas modalidades de celebração contratos de consumo, contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento e modernização do tradicional quadro dogmático do direito contratual.

As principais especialidades vislumbradas seguem desde o processo de negociação, mecanismos de formação, elementos que compõem o conteúdo, efeitos que se verificam e formas de extinção dos contratos de consumo.[5]

A análise dos contratos de consumo requer a avaliação simultânea tanto das regras jurídicas gerais que os regem (contratos de consumo em geral) quanto dos diferentes tipos específicos de contratos (contratos de consumo em particular)[6].

.....

[4] ANTUNES, José Engrácia, *Dos Contratos de Consumo em Especial,* cit. p. 126.

[5] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação de Consumo,* Anuário da NOVA *Consumer Lab – Yearbook of the* NOVA *Consumer Lab*, Lisboa, p. 124

[6] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2018, p. 126.

Por um lado, tendo como contraparte natural um empresário, os contratos de consumo são frequentemente também, *ex definitione*, verdadeiros contratos comercias. Com efeito, constitui um dado insofismável que a esmagadora maioria dos contratos consumeristas correspondem hoje a negócios celebrados entre empresários e consumidores: como é sabido, uma boa parte dos contratos é celebrada entre uma empresa – creditícia, seguradora, de investimento ou transportadora – e um consumidor – o ciente, o segurado, ou investidor ou transportado. Isso explica que uma boa parte de contratação de consumo se integra ou reconduz a alguns dos principais tipos ou famílias de contratos comerciais, tais como os contratos bancários, os contratos de seguro, os contratos financeiros, os contratos de transporte, encontrando no regime jus comercial geral destes últimos.

> Esta ligação tendencial entre os contratos comerciais e de consumo – como se de duas faces de uma mesma moeda se tratasse no mundo da moderna contratação mercantil em massa – explica assim que o estudo de alguns destes contratos releve simultaneamente das normas juscomerciais gerais e das normas juscomerciais especiais: assim sucede, apenas para um exemplo, com o contrato de crédito ao consumo[7].

Por outro lado, o regime jurídico das relações de consumo tem natureza abstracta, e não causal, no sentido em que é apto a aplicar-se a uma pluralidade indeterminada de contratos do direito civil ou comercial comum, não se confinando, à partida, exclusivamente a algum ou alguns deles em especial. Quer isto significar que, desde que estejam preen-

[7] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. pp. 126-127.

chidos os elementos (subjectivos, objectivos, teleológicos) característicos das relações jusconsumeristas, qualquer negócio jurídico, típico ou atípico, poderá constituir um contrato de consumo[8].

Embora não haja normas específicas para a formação da maioria dos contratos de consumo e o princípio seja a ausência de modelos próprios para celebrar esses contratos, algumas peculiaridades são observadas. Essa categoria de contratos possui características distintas que, em determinadas situações, auxiliam na compreensão dos princípios do Código Civil relacionados a essa temática[9].

O Código Civil consagra no art.º 405 o princípio da liberdade contratual, deixando a disposição das partes contraentes a prerrogativa de adoptar a substância dos contatos, escolher o modelo que melhor lhes convier ainda que não estejam especificamente regulados neste dispositivo e estabelecer comandos e regras que melhor acautelam os seus interesses, e, querendo nada impede que conjuguem no mesmo acordo, princípios de dois ou mais contratos por si diferentes.

De acordo com uma abordagem tradicional em Moçambique, a matéria da formação de contratos é estudada e regulamentada legalmente dentro do âmbito da teoria geral do direito civil[10], com base no conceito de negócio jurídico e partindo do modelo predominante de proposta seguida de aceitação. Inicia-se com esse modelo, que é provavelmente o mais comum nos contratos de consumo, enquanto também se examinam as particularidades dos contratos de consumo

[8] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. p. 127.

[9] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, Dissertação para o Doutoramento em Direito Privado, Lisboa, 2001, p. 47

[10] Neste sentido, FORGIONI, Paula Andrea, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, 2ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 214.

em relação aos outros modelos de formação permitidos por lei ou decorrentes da prática negocial.

Estudar contratos de consumo passa por considerar concomitantemente o regime jurídico comum que engloba os contratos de consumo em geral e as diversificadas tipologias contratuais nela existentes, os contratos de consumo em especial.

2. Contratos de consumo em especial

Aqui são estudados os contratos de consumo em especial que se traduzem nos contratos celebrados à distância, por intermédio das técnicas de comunicação que permitam o contacto sem a presença física das partes e os celebrados no domicílio ou equiparados a este, ao que chamamos adiante por contratos realizados fora do estabelecimento.

No entanto, nada veda que o empresário comercial seja detentor de um estabelecimento comercial físico, no qual constem os produtos que publicita virtualmente de forma a que o potencial consumidor possa querendo, aprecia-los presencialmente e tendo interesse em contratar o faça à distância, com recurso ao uso do telefone, fax, e-mail ou outras formas de troca de correspondência[11].

De igual forma se procede em situações nas quais o consumidor se dirige ao estabelecimento comercial com o propósito de apenas obter informações a respeito do produto ou serviço comercializado, e posteriormente realize a negociação à distância. O exemplo clássico chamado doutrinariamente, é do consumidor que se propõe a adquirir uma máquina para o corte de grama, e por isso comparece a loja a fim de obter informação técnica sobre a instrumento e vem mais tarde a compra-lo pela internet.

[11] LOPES, Alexandre Augusto de Oliveira, *Dos Contratos de Consumo em Especial,* Academia.Edu, 2015, p. 12.

3. Contratos de consumo celebrados à distância

A matéria dos contratos celebrados à distância não encontra consagração expressa no direito moçambicano[12]. Algum esforço legislativo verificou-se com a aprovação da Lei n.º 3/2017 de 9 de Janeiro, a Lei de Transacções Electrónicas, que regula o comércio electrónico no geral e o Governo Electrónico[13].

Com o aumento significativo da utilização de métodos de comunicação à distância, o que resultou em contratos à distância se tornando uma parte substancial do mercado global, houve uma demanda por um novo quadro legal que estabelecesse regras específicas para esse tipo de contratação, ampliando e fortalecendo a protecção do consumidor no ordenamento jurídico.

Um contrato à distância refere-se a um acordo entre um comerciante e um consumidor, que envolve a entrega de bens ou a prestação de serviços, realizado dentro de um sistema organizado de comércio à distância, sem a presença física simultânea das partes contratantes[14].

Os contratos celebrados à distância podem ser entendidos como uma modalidade especial de contratos negociados fora do estabelecimento comercial, caracterizados por uma particular forma de contratação decorrente de as partes não se encontrarem presentes fisicamente no momento da celebração do contrato, como é habitual no comércio tradicional, não tendo o consumidor qualquer contacto prévio

[12] Neste sentido CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 120.

[13] Portanto, como veremos mais adiante, as celebrações de contratos à distância vão para além do recurso a meios electrónicos de comunicação como o telefone, a rádio e a televisão.

[14] CORREIA, Miguel Pupo, *Contratos à Distância: Uma Fase na Evolução da Defesa do Consumidor na Sociedade de Informação?* In: 4 "Estudos de Direito do Consumidor", 2002, pp. 165-180.

com o produto ou serviço[15]. Pode até suceder que o fornecedor se encontre situado em país estrangeiro, desconhecendo o consumidor a entidade com quem contrata. Nestes contratos, tanto a proposta do contrato como a aceitação, são realizadas através de um meio de comunicação à distância[16].

A partir desta nota comum, o conceito jurídico dos contratos celebrados à distância abrange diversas modalidades comerciais, consoante o meio de comunicação à distância utilizados pelas pequenas empresas fornecedoras dos bens ou serviços para realizar das suas ofertas. Assim, sob a qualificação legal de contratos à distância, compreendem-se as actividades desenvolvidas através de métodos comerciais como por exemplo: correio, telefone, televisão ou internet[17].

A característica essencial dos contratos celebrados à distância reside na utilização exclusiva, pela empresa fornecedora, de uma ou mais técnicas de comunicação à distância na formação e na conclusão do contrato para a comercialização dos seus produtos como sistema de vendas ou prestação de serviços à distância[18].

Não se encontrando disposição suficiente para discutir a questão, ao nível do ordenamento jurídico moçambicano um regime jurídico próprio, socorremo-nos do Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro, que revogou o Decreto-Lei n.º

[15] RODRIGUES, Cunha, "*As novas fronteiras dos problemas do consumo*", Estudos do Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, p. 49.

[16] REBELO, Fernanda Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor,* artigo publicado "Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier", Vol. II, Varia, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 12.

[17] REBELO, Fernanda Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor*, cit. p. 12.

[18] Dada a constante evolução, não se torna possível apresentar uma enumeração exaustiva dessas técnicas, mas tão só a definição de princípios que abranjam todas as técnicas inclusive aquelas que são de escassa utilização.

143/2001, de 26 de Abril, do direito português, que define no art.º 3, al. h), contrato celebrado à distância como "um contrato entre o consumidor fornecedor de bens ou prestador de serviços sem a presença física simultânea de ambos , e integrado num sistema de venda e prestação de serviços organizado para o comércio à distância até a celebração do contrato, incluindo a própria celebração". O conceito trazido pelo regime anterior, definia no art.º 2, contrato celebrado à distância como "qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até a celebração do contrato incluindo a própria celebração, e técnica de comunicação à distância como "qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato"[19].

3.1. Requisitos

Segundo esta definição, podemos identificar quatro critérios essenciais. O primeiro é que esse regime se aplica sempre que há um contrato estabelecido entre um fornecedor e um consumidor. Assim como ocorre nos contratos realizados fora do estabelecimento, os participantes dos contratos à distância são o empresário, seja pessoa física ou jurídica que detenha um estabelecimento comercial e actue dentro de sua actividade profissional, directamente ou por meio de

[19] O conceito de "técnica de comunicação à distância" é definido pela lei como "qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado para a celebração do contrato entre as partes mencionadas". Isso é especificado no artigo 3, alíneas c), f) e m) do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

um terceiro (fornecedor de bens ou prestador de serviços), e o consumidor, que é qualquer indivíduo que actue com fins que não estejam relacionados à sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Um aspecto decisivo – e característica distintiva deste tipo de contrato – é que ele seja celebrado sem a presença física simultânea de ambas as partes contratantes, utilizando exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância, tais como carta normalizada, catálogos, videotexto, telefone fixo, celular, mensagens gravadas, SMS, fax, e-mail, rádio, televisão, redes sociais, internet, entre outros[20].

Além disso, esses contratos englobam qualquer acordo relacionado a bens ou serviços. No entanto, na definição fornecida, também é mencionada a necessidade de um sistema de vendas ou prestação de serviços. Portanto, em um sistema de vendas ou prestação de serviços, apenas podem ser celebrados contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, excluindo-se qualquer outro tipo de contrato[21].

Entretanto, parece-nos inadequado restringir a aplicação do decreto apenas aos contratos de compra e venda e de prestação de serviços, uma vez que a primeira menção feita na definição de contrato celebrado à distância é "qualquer contrato relacionado a bens e serviços". Os contratos à distância que envolvem serviços financeiros não são especificamente regulamentados na legislação moçambicana, apesar de ser evidente sua ocorrência com frequência considerável.

Sublinhe-se, todavia, que a equiparação legal genérica do investidor não profissional ao consumidor não é automática, devendo ser devidamente cotejada casuisticamente,

[20] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* Anuário da NOVA *Consumer Lab – Yearbook of the* NOVA *Consumer Lab*, Lisboa p. 134.

[21] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina Coimbra, 2012, p. 121.

quer com natureza jurídica económica de cada investidor (*maxime,* pessoa singular ou colectiva, objecto legal ou estatutário, natureza profissional ou não da actividade de investimento), quer com os bens e serviços financeiros concretamente prestados, quer ainda com a eventual sobreposição ou duplicação das esferas de protecção das normas jusmobiliárias e jusconsumeristas[22].

O terceiro requisito estabelece a necessidade de o contrato estar integrado em um sistema organizado pelo fornecedor, o que não abrange, pois, um contrato pontual. Deste modo, é necessário que o profissional tenha criado um sistema de contratação à distância próprio e que tenha revelado a sua disponibilidade para a celebração de contratos através desse sistema[23].

Não basta, pois, que o contrato haja sido celebrado através de uma técnica de comunicação à distância, sendo ainda necessário que tal celebração haja ocorrido numa plataforma de negociação especialmente predisposta para o comércio à distância (por exemplo "*call centres*", serviços de televendas, páginas da *web* permitindo efectuar transacções comerciais[24].

Dentre as formas de contratação à distância, podemos individualizar aquelas celebradas por intermédio do fax, por via de um telefone e pelo recurso à internet. Todas essas figuras de contratação também podem ser designadas como formas de contratação electrónica[25].

[22] Sobre a questão, vide ainda ANTUNES, José Engrácia, *Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro*, In: 56 "Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários", 2017, pp. 31-52.

[23] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina Coimbra, 2012, cit., p. 121

[24] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. p. 144.

[25] GOMIDE, Alexandre Junqueira, *Direito de Arrependimento nos Contratos* – Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, 2009, p. 122.

Portanto, quando um fornecedor disponibiliza uma página na internet para oferecer bens ou serviços, é considerado que ele estabeleceu um sistema de contratação à distância, da mesma forma ocorre com aquele que comercializa produtos através da televisão.[26]

De acordo com a definição de SEBASTIÃO NOBREGA PIZARRO, o contrato electrónico pode ser descrito como um contrato realizado sem a presença física das partes, no qual as suas respectivas manifestações de vontade são transmitidas por meio de equipamentos electrónicos de processamento e armazenamento de dados, interligados entre si[27].

A próxima questão a ser considerada é determinar quais contratos devem ser realizados por meio de técnicas de comunicação à distância. Isso significa que devem ser considerados apenas os contratos que envolvem proposta e aceitação negocial, ou todos os contatos prévios que visam apenas promover os produtos ou serviços do fornecedor ou são iniciados pelo consumidor para obter informações sobre o bem, serviço ou empresa em questão? Esta questão não é clara com base no texto do dispositivo. No entanto, a palavra "utilize", utilizada na definição, pode sugerir que apenas as declarações feitas pelo fornecedor estão em questão, pois, na forma como está inserida, pode ser interpretada como caracterizando o sistema de contratação organizado pelo fornecedor. Portanto, o sistema de contratação deve ser organizado pelo fornecedor para que apenas as técnicas de comunicação à distância sejam utilizadas[28].

[26] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, cit., p. 121

[27] PIZARRO, Sebastião Nobrega, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, 2005, p. 73.

[28] CARVALHO, Jorge Morais, "*Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância*", in Direito Privado Comunitário – Alguns Ensaios, Âncora Editora, Lisboa, 2007, p. 53.

Posto isso, podemos retirar o quarto e último requisito presente na definição de contrato celebrado à distância, sendo este o elemento que caracteriza efectivamente esses contratos. A utilização exclusiva de técnicas de comunicação à distância, sendo este o elemento que caracteriza efectivamente esses contratos. A utilização exclusiva de técnicas de comunicação à distância, em todas as fases de formação do contrato, tem como objectivo delimitar o âmbito de aplicação do diploma, como contraposição aos contratos parcialmente celebrados à distância[29].

Na Directiva 2011/83/EU, relativa aos direitos dos consumidores, que veio alterar a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 199/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a definição de contrato celebrado à distância não sofre alterações substanciais quanto ao seu conteúdo, verificando-se apenas alterações de redacção. Assim, o art.º 2, do Capítulo I, relativo a "definições", dispõe no seu n.º 7 que contrato celebrado à distância será "qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor, no âmbito de um sistema de vendas ou de prestação de serviços organizado para o comércio à distância, sem a presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive"[30].

[29] Neste sentido, DE MEDEIROS, Marta Nascimento Borges, *Os Contratos Celebrados à Distância no Decreto-Lei n.º 143/2011 e na Directiva 2011/83/UE*, Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídicas e Forenses, Universidade Nova de Lisboa, 2013, p. 19. "Esses contratos referem-se àqueles em que apenas uma das declarações negociais é feita remotamente, ou quando a aceitação é feita dessa maneira".

[30] MEDEIROS, Marta Nascimento Borges de, *Os Contratos Celebrados à Distância no Decreto-Lei n.º 143/2011 e na Directiva 2011/83/UE*, cit., p. 20.

Dessa forma, em termos comparativos, pode-se concluir que a definição de contrato celebrado à distância, presente nos dois documentos mencionados, é bastante similar, mantendo os mesmos quatro requisitos que devem ser cumulativamente atendidos para que a situação seja considerada um verdadeiro contrato celebrado à distância. No entanto, a definição fornecida pela Directiva torna esses requisitos mais clarividentes, destacando a necessidade de ausência física simultânea do profissional e do consumidor, o que enfatiza o requisito de exclusividade no uso de meios de comunicação à distância, como já anteriormente mencionado.

Existem uma variedade considerável de meios de comunicação à distância. Entre eles, destaca-se o papel, que pode ser usado para envio ou distribuição de correspondência, seja por carta endereçada ou não, ou por catálogo. O telefone fixo e o celular possibilitam comunicação à distância entre indivíduos, seja por voz ou transmissão de dados, e cada vez mais, observamos o uso de mensagens escritas (SMS), um meio adequado para contratação. Rádio e televisão também são meios que permitem a emissão de declarações contratuais; tradicionalmente, esses meios permitiam apenas comunicação em uma direcção, mas a revolução tecnológica possibilitou a interactividade, permitindo a participação do ouvinte e do telespectador nos programas em questão. O correio electrónico, frequentemente mencionado como e-mail, é explicitamente mencionado no anexo I da Directiva como uma técnica de comunicação à distância, pelo menos em termos de seu estudo das implicações jurídicas: a Internet[31].

Uma das características mencionadas na definição de técnica de comunicação à distância é a ausência física e simultânea das partes. No entanto, a lei é estritamente preci-

[31] Neste sentido CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 126.

sa nesse aspecto, já que essa condição não pode ser considerada como característica de uma técnica de comunicação. Na verdade, as partes podem utilizar uma técnica de comunicação à distância mesmo estando fisicamente presentes no mesmo local. Por exemplo, um consumidor pode ir até o estabelecimento comercial de um profissional e, ao mesmo tempo, ligar para aceitar uma proposta anunciada na televisão. Nesse caso, não há dúvida de que o consumidor está utilizando uma técnica de comunicação à distância (o telefone), apesar de ambas as partes estarem fisicamente presentes ao mesmo tempo[32].

Os contratos celebrados à distância são uma forma de comercialização de produtos e serviços que está a ganhar cada vez mais importância económica. Do ponto de vista do consumidor, esses sistemas de vendas oferecem a vantagem principal de tornar mais conveniente a realização do contrato no próprio domicílio ou no local de trabalho, evitando assim perdas de tempo. Também é de salientar a maior amplitude no horário de expediente das empresas que praticam esta modalidade comercial, chegando até, em alguns casos, a admitir pedidos ininterruptamente. Esta circunstância pode ser atractiva para os consumidores que não dispõem de tempo suficiente para se deslocarem aos estabelecimentos comerciais, dado que o seu próprio horário de trabalho coincide com o do comércio[33].

Por outro lado, a contratação à distância pode acarretar potenciais riscos para o consumidor. Um desses riscos é a impossibilidade de examinar previamente o bem, o que pode resultar em produtos que não correspondem às expectativas do consumidor ou que apresentam defeitos e inconformidades em relação ao que foi contratado. Além disso, as técni-

[32] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 127.

[33] REBELO, Fernanda Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor*, cit. p. 14.

cas de comunicação à distância frequentemente levam o consumidor a tomar decisões impensadas e precipitadas[34].

Com efeito, sobretudo graças à padronização dos sistemas de distribuição comercial e à emergência de novas técnicas de comunicação e publicidade, verifica-se que os contratos de consumo são frequentemente negociados e concluídos em qualquer relação de imediação física e simultânea das partes contratantes. Hoje, vai sendo cada vez mais raro que a compra de um livro, de um produto alimentar, de uma viagem turística, de acções de uma empresa cotada, e de tantos outros bens ou serviços no mercado, implique a deslocação física do adquirente à sede da empresa produtora, distribuidora ou revendedora: de facto, a aplicação criativa de novas tecnologias de comunicação às transacções comerciais, vem tornando tal hipótese cada vez mais remota[35].

Na perspectiva das empresas fornecedoras dos bens ou serviços, a utilização dos meios de comunicação à distância significa, desde logo, uma importante diminuição dos custos, pelo facto de poderem prescindir de um dos elementos mais gravosos neste sector, o estabelecimento comercial, entendido este como o local físico onde tradicionalmente se processa a venda ao público[36].

3.2. Deveres de informação pré-contratual

Dada a óbvia vulnerabilidade do consumidor decorrente da posição que ocupa na relação contratual, é justificada a necessidade de estabelecer um conjunto de regulamentos

[34] Rebelo, Fernanda Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor,* cit., p. 15.

[35] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. p. 142.

[36] REBELO, Fernanda Neves, *O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor*, cit., p. 15.

legais que corrijam a assimetria de informação que surge entre o profissional e o consumidor[37].

Essa vulnerabilidade é justificada, entre outras razões, pelo facto de o consumidor desconhecer a outra parte envolvida e pela impossibilidade de examinar e estar em contato com o objecto do contrato, o que o coloca em um risco muito maior do que o do profissional. De facto, nada garante ao consumidor que a outra parte não tenha omitido certas informações para persuadi-lo de maneira enganosa a celebrar um contrato com um objecto diferente do que ele esperava, levando o consumidor a ter suas expectativas frustradas[38].

Isso estabelece um direito real à informação do consumidor, que é um dos elementos fundamentais do direito do consumo. De facto, a falta de informação dos consumidores é uma das principais causas de conflitos nas relações de consumo[39].

O artigo 33, da Lei nº 3/2017, de 9 de Janeiro no seu n.º 1 estabelece que aquele que negocia com outra pessoa para a conclusão de um contrato, tanto nos actos preparatórios quanto na celebração do mesmo, deve agir de acordo com os princípios da boa-fé. Caso contrário, poderá ser responsabilizado pelos danos causados à outra parte de forma negligente"[40].

As informações relacionadas à identidade do fornecedor, características essenciais do produto ou serviço, preço, custos de entrega, modalidades de pagamento, direito de rescisão, custos de utilização da comunicação à distância, prazo

[37] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento* – Dissertação de Mestrado com vista a obtenção do grau de Mestres em Ciências Jurídicas Forenses, Universidade Nova de Lisboa, 2015, p. 18.

[38] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados a Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., p. 18.

[39] CARDOSO, Elionora, *Lei de Defesa do Consumidor*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 187.

[40] Sobre o princípio da boa-fé, V. art.º 227 do CC.

de validade da oferta, duração mínima do contrato em casos de fornecimento contínuo ou periódico constituem parte ou a totalidade da oferta do fornecedor, e o contrato resultante incluirá necessariamente essas cláusulas. Essa obrigatoriedade não foi sequer estabelecida pelo legislador antes de esboçar a prerrogativa de o consumidor poder livremente cancelar um contrato que seja celebrado sem a presença física e simultânea dos intervenientes, ou em lugar diferente de das instalações do profissional, nem na lei de transacções electrónicas e muito menos na Lei de Defesa do Consumidor e no seu Regulamento que são ainda mais remotos.

Portanto, as informações fornecidas pelo profissional devem atender aos requisitos de uma proposta contratual completa, precisa, firme e formalmente adequada[41], resultando o contrato da simples aceitação do consumidor. Dessa forma, considerando o modelo de formação desses contratos, é compreensível que todas as informações fornecidas pelo profissional sejam partes integrantes do contrato.

A imposição desse conjunto de informações prévias é de extrema importância, pois permite ao consumidor ter plena consciência do que está adquirindo, podendo comparar com ofertas similares e escolher aquela que melhor atenda às suas necessidades[42].

Observando essa lista de informações, é evidente que a preocupação não se limite apenas às características do produto ou serviço, mas também abrange o dever de informar o consumidor, que possui o direito de se arrepender. Isso permite que ele possa fazer contratos com pleno conhecimento

[41] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos,* 5ª Ed., Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 99.

[42] REBELO, Fernanda Neves, "*O Direito de Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, In *Liber Amicorum* Mário Frota, *A causa do Direito dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, p. 132.

do que está celebrando e dos direitos e responsabilidades que lhe são atribuídos[43].

Entretanto, dentre todas as informações mencionadas, a serem prestadas ao consumidor por parte das empresas comerciais há duas que merecem destaque especial: a primeira é a identificação da firma e do ramo de actividade na qual actua e endereço físico para o exercício da actividade comercial, endereço da página virtual (de internet), o correio electrónico, as terminais telefónicas e outros mecanismos que possibilitem facilmente o contacto (alíneas a) e b) da Lei nº 3/2017, de 9 de Janeiro.

Porém, sobre o prazo de validade da oferta ou proposta contratual, merece uma crítica negativa, pois a seu respeito, efectivamente nada se estabelece. Fica-se apenas com a ideia de que o endereço do fornecedor é sempre necessário, sobretudo porque contrato celebrado à distância irá exigir pagamento antecipado, uma vez que as informações a serem fornecidas deverão assegurar que o consumidor tome a decisão, antes de realizar a transacção[44].

No entanto, consideremos que a exigência de pagamento antecipado não deve ser o único critério para tornar obrigatória a informação prévia do endereço do fornecedor. Dado que se trata de um contrato celebrado sem a presença física e simultânea das partes, o consumidor se encontra em posição desvantajosa, pois não conhece a contraparte. Portanto, ter conhecimento dessa informação (endereço) contribuiria significativamente para reforçar a confiança e segurança contratual, já que permitiria ao consumidor entrar em contrato com o fornecedor para obter outros detalhes, por exemplo[45].

[43] OLVIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Almedina, Lisboa, 2002, p. 75.

[44] Cfr. art.º 44, n.º 2 da Lei n.º 3/2017, de 9 de Janeiro.

[45] Neste sentido v. REBELO, Fernanda Neves, "*O Direito de Informação do Consumidor na Contratação à Distância, In Liber Amicorum* Mário Frota, *A causa*

No entanto, a imposição legal a ser assumida nos contratos electrónicos que resulta do n.º 3 do artigo 44 da Lei n.º 3/2017, de 9 de Janeiro é a de que eles devem conter conteúdos suficientes no que se referem as termos, condições e encargos inerentes a operação de transacção de modo a permitir que o consumidor tome a decisão devidamente ciente e informado antes de realizar o pagamento. O legislador optou neste artigo trazer a ideia de que a obrigação de informar impõe-se ao contrato e não ao fornecedor tanto que em inúmeras situações transcreve-se a obrigação de o contrato informar. Ora, em nosso posicionamento, sendo o contrato a expressão de vontade dos sujeitos, uma vez realizado pressupõe que o consumidor e o fornecedor tenham espelhado nele as suas intenções.

Desta forma os deveres de informações a serem concedidos ao consumidor são impostos ao comerciante que já as detém e precisam ser inicialmente repassadas ao consumidor, afim de que este possa decidir entre celebrar ou não o contrato. Nos moldes descritos, chega-se ao ponto de imaginar que se está face a um contrato de adesão, prévia e particularmente construído pelo comerciante, na qual contenha informações sob as quais o consumidor deverá apenas conhece-las uma vez que constam do contrato para poder optar em efectuar a transacção.

Era sensato que o prazo de validade da oferta ou proposta contratual, fosse previsto, e se discutissem o alcance das expressões extremamente frequentes em matéria contratual como a "oferta", pois esta não possui um significado unívoco no contexto jurídico[46].

do Direito dos Consumidores, cit., 132 e 133, e *CARVALHO, Jorge Morais, "Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância"*, cit., p. 85.

[46] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo*, cit., p. 130.

Para elucidar o assunto, é importante interpretar a palavra "oferta" como tendo o mesmo significado que a palavra "proposta". Conforme observado por CARLOS ALBERTO FERREIRA, "com certa imprecisão, ocasionalmente utiliza-se a palavra "oferta" para se referir tanto à proposta quanto ao convite para contratar"[47].

Essa cláusula deve ser interpretada como a exigência de o profissional especificar o período de validade da proposta de contrato. Portanto, "as informações pré-contratuais que devem ser fornecidas ao consumidor têm uma importância contratual directa, representando até mesmo a declaração contratual (proposta) emitida pelo fornecedor. Assim, as informações pré-contratuais se confundem com a proposta contratual"[48].

Para além das informações que devem ser fornecidas pelo profissional e não pelo contrato ao consumidor, elas precisam ser acessíveis em tempo útil e antes da celebração de qualquer contrato à distância, outra consagração que a lei não dispôs. Essa exigência decorre da importância que uma análise precisa e concreta dessas informações tem para formar a vontade do consumidor. Portanto, a antecedência em relação à celebração do contrato é um aspecto crucial desse regime, proporcionando assim ao consumidor tempo para avaliar a proposta contratual[49].

Não deve ser relevante o método pelo qual o consumidor toma conhecimento da proposta. O que importa é que, sempre que o fornecedor pretender contratar à distância, ele tenha o dever de apresentar uma proposta contratual que inclua todos os elementos mencionados[50].

[47] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos*, 2012, cit. p. 103.

[48] Neste sentido, cfr. CARVALHO, Jorge Morais, "*Prestação de Informações nos Contratos Celebrados a Distância*", cit., p. 94.

[49] CARVALHO, Jorge Morais de, *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, cit., p. 133.

[50] *Vide* PEREIRA, Alexandre Dias, "*Comercio Electrónico e Consumidor*" In EDC, n.º 6, 2004, pp. 341-376, nota 14.

Apesar da existência desses dispositivos, ainda é válido analisar o artigo 227 do Código Civil. Nos termos deste, as partes devem agir de acordo com o princípio da boa-fé desde o período anterior até o momento da celebração do contrato. Esta cláusula se aplica, como é sabido, à maioria dos contratos[51].

A redacção do artigo é suficientemente abrangente para ser aplicada aos "danos decorrentes da violação de todos os deveres (secundários) de informação, esclarecimento e lealdade que fazem parte do amplo espectro negociável da boa-fé"[52].

De facto, a relação estabelecida entre as partes antes da formalização do contrato merece protecção legal, pois é nessa fase que ocorrem as negociações que levam à celebração do contrato. Durante esse período, é crucial que o profissional comunique todas as informações essenciais e necessárias para que o consumidor possa tomar uma decisão livre de vícios. De facto, é nessa fase pré-contratual que surge na esfera jurídica do consumidor a expectativa legítima de que o contrato será firmado e que o produto corresponderá às informações e esclarecimentos fornecidos pelo profissional, que está vinculado a uma verdadeira obrigação de fazer. Se o consumidor não for devidamente esclarecido e informado (por exemplo, devido à omissão de informações, informações insuficientes ou falsas), de acordo com o artigo 227 do Código Civil, ele terá direito a indemnização nos termos gerais[53].

[51] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados a Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., p. 19.

[52] VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 10ª Ed., Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 270.

[53] DE SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., p. 20.

Além das obrigações de informação e esclarecimento mencionadas, surge igualmente do princípio geral da boa-fé nas negociações a responsabilidade do profissional em fornecer informações precisas e verdadeiras[54].

As informações fornecidas devem atender aos critérios de serem essenciais, compreensíveis, acessíveis e fornecidas em tempo hábil[55].

Quando falamos em informações essenciais, estamos nos referindo àquelas informações sem as quais o consumidor não estaria disposto ou não optaria por celebrar o contrato. Um exemplo evidente desse requisito é a descrição das características do produto ou serviço a ser contratado. Em segundo lugar, as informações devem ser compreensíveis para o destinatário, ou seja, claras e facilmente entendidas. Podemos considerar um "consumidor padrão" activo e capaz ao avaliar isso, e FERNANDA NEVES REBELO propõe o uso do conceito de um consumidor médio.

> O profissional não tem permissão para estabelecer níveis distintos de protecção ao consumidor e, ao fornecer informações, deve considerar as necessidades específicas e a vulnerabilidade do consumidor com quem está contratando, sempre que for razoável esperar que essas necessidades e vulnerabilidades existam[56].

Em terceiro lugar, é fundamental que as informações sejam acessíveis ao consumidor, adaptadas às particularidades

[54] REBELO, Fernanda Neves, "*O Direito a Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, In Liber Amicorum Mário Fota: A Causa do Direitos dos Consumidores, Almedina, Coimbra, 2012, p. 123.

[55] PINTO, Paulo Mota, "*Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro-Publicidade Domiciliária, por Telefone e por Telecópia*", In Estudos de Direito do Consumidor - n.º 1, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, pp. 195 e ss.

[56] REBELO, Fernanda Neves, **"***O Direito a Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, cit., p.134.

técnicas do meio de comunicação à distância. Por exemplo, na publicidade transmitida no rádio ou na televisão, as informações devem ser apresentadas de forma clara e audível, sem serem comunicadas muito rapidamente. Por fim, é crucial que as informações sejam fornecidas de maneira oportuna. Devem ser disponibilizadas antes da celebração do contrato à distância, com antecedência suficiente para que o consumidor possa analisá-las e tomar uma decisão informada[57].

A responsabilidade de informar o consumidor deve ser vista como uma forma de protecção da confiança, que pode ser analisada de duas maneiras: em primeiro lugar, ela promove uma confiança colectiva no mercado, contribuindo para uma imagem confiável que, por sua vez, impulsiona o crescimento do mercado, e, em segundo lugar, ela promove uma confiança individual na esfera jurídica de cada consumidor, garantindo que o profissional age de acordo com as disposições legais estabelecidas[58].

3.3. Formação dos contratos celebrados à distância

Não há um padrão único para a formação de contratos celebrados à distância. Esses contratos não requerem uma forma especial, embora a vulnerabilidade cada vez mais crescente do consumidor, comparada a situações semelhantes, justifique tal medida. Primeiro, o consumidor pode não compreender completamente as consequências de sua decisão de contratar (por vezes, basta um clique para celebrar um contrato na internet); em segundo lugar, pode ter dificuldade em avaliar o bem ou serviço adequadamente; em terceiro lugar, o intervalo entre o pedido e a

[57] REBELO, Fernanda Neves, "*O Direito a Informação do Consumidor na Contratação a Distância*, cit., p. 23.

[58] PINTO, Paulo Mota, "*Notas sobre a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro-Publicidade Domiciliaria, por Telefone e por Telecópia*, cit., p.p. 188-189.

entrega pode ser prolongado (isso não se aplica a bens ou serviços fornecidos directamente pela técnica de comunicação); e, em quarto lugar, pode ser difícil contratar o profissional posteriormente[59].

A separação física entre as partes envolvidas, uma característica desses tipos de contratos, juntamente com o desejo de promover e facilitar a contratação (por telefone ou pela Internet, por exemplo), sem impor barreiras, resulta na ausência de uma forma específica. Em vez disso, opta-se por uma abordagem alternativa, na qual uma série de obrigações é imposta ao profissional, antes, durante e depois da celebração do contrato, com o objectivo de garantir que o consumidor tome uma decisão informada ao contratar[60].

A disparidade significativa entre as técnicas de comunicação remotas resulta em uma variedade de modelos para a formação de contratos, embora eles sejam submetidos a um conjunto de regras geralmente unificado.

Embora não sejam exclusivamente as técnicas de comunicação à distância mencionadas, o texto se refere especificamente ao modelo de formação de contratos realizados por correspondência postal, um meio tradicionalmente utilizado para contratos à distância, bem como aos contratos estabelecidos por meio de televisão, telefone e internet. Isso ocorre porque esses métodos possuem características próprias que são interessantes do ponto de vista jurídico[61].

[59] OLVIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, cit., pp. 28 à 30.

[60] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 136.

[61] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 136.

3.4. Modalidades de contratos celebrados à distância

3.4.1. Contratos celebrados por correspondência postal

O uso do papel, especialmente em relação aos serviços de transporte organizados, é um dos aspectos mais significativos nos contratos celebrados remotamente. Um documento físico pode conter uma declaração contratual e, ao ser enviado pelos meios habituais de distribuição, satisfaz o requisito de distância.

Na venda por correspondência, o profissional envia propostas contratuais para aquisição de bens ou serviços através do correio. Essas propostas podem ser direccionadas a indivíduos específicos ou não, e em ambos os casos constituem formas de propostas contratuais (ou propostas ao público)[62].

Apesar de ocorrer ainda nos dias que correm, não se trata de uma realidade com frequência relevante a nível do ordenamento jurídico moçambicano visto que a própria entidade encarregue para a gestão de correspondência postal (A empresa Correios de Moçambique, E.P.) se encontra na fase de extinção, o Conselho de Ministros aprovou o Decreto n.º 32/2021, de 31 de Dezembro, instrumento pelo qual o Governo se desapega de um dos activos que mais gerava preocupação nas contabilidades públicas e delega ao Instituto de Gestão das Participações do Estado (IGEPE), a prerrogativa de executar a sua liquidação. Contudo, existem ainda algumas empresas que fornecessem serviços de correios, como por exemplo o Portador Diário, contudo, não regularmente adoptada para a troca de correspondências de igual natureza (proposta contratual), por se tratar de um veículo menos célere.

[62] CARVALHO, Jorge Morais, *Manual do Direito do Consumo*, Almedina, 8ª Ed – Reempressão, Lisboa, 2023,p. 145.

Porém, apesar de não ser frequente, nas vezes em que ela ocorre não encontra assim, qualquer mecanismo especial de regulação do contrato, sendo necessário para a sua protecção o recurso a lei genérica.

Os catálogos têm sido historicamente utilizados como meio para concluir contratos, enviados pelos fornecedores para os endereços residenciais ou locais de trabalho dos consumidores, que por sua vez respondem preenchendo um formulário incluído no próprio catálogo. Quando este método é adoptado pelo fornecedor, é esperado que o conteúdo essencial do contrato esteja presente no próprio catálogo, geralmente próximo ao formulário que o consumidor precisa preencher ou em uma página que ele deve necessariamente visitar para fazer a encomenda, sem ser direccionado para outra área. As cláusulas devem ser redigidas em uma fonte legível e em uma cor que se destaque do fundo da página; estas directrizes são decorrentes da obrigação do fornecedor de fornecer informações de forma adequada ao meio de comunicação, sempre em consonância com o princípio da boa fé[63].

A tendência actual para a realidade moçambicana, consiste no fornecedor destacar determinados colaboradores que se dirigem às vias públicas, portando panfletos ou cartazes publicitários que visam divulgar os produtos ou serviços fornecidos pelo empresário afim de angariar uma carteira maior de clientes que em certos casos diante das aliciantes promoções oferecidas celebram ou comprometem a celebrar um contrato oferecido.

Essa técnica de comunicação à distância é considerada pouco intrusiva, uma vez que o consumidor tem a opção de ignorar o conteúdo da correspondência na sua caixa de cor-

[63] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 139.

reio. No entanto, apesar dessa possibilidade, é comum percebermos que, com frequência, as nossas caixas de correio são inundadas por uma grande quantidade de panfletos publicitários, muitas vezes não endereçados. Embora essa abordagem seja considerada pouco invasiva (uma vez que o consumidor não é obrigado a lê-la), ela ainda pode ser bastante incómoda, ao olhar pelo modo de insistência que se verifica com o distribuidor publicitário ao serviço do fornecedor[64].

3.4.2. Contratos celebrados com recurso a televisão e rádio

Essas situações podem surgir após a visualização de um anúncio comercial ou durante a participação em programas de vendas, como os programas de televendas. Uma oferta contratual é apresentada através desses meios e, posteriormente, é aceite pelo consumidor, geralmente por telefone, embora também possa ser feita através de outros meios[65].

O artigo 23 do Decreto n.º 65/2004, de 31 de Dezembro que aprovou o anterior Código de Publicidade destacava os pressupostos da publicidade na rádio e da televisão e no seu número 1 estabelecia que elas devem passar em intervalos de programas ou entre um e outro programa.

O número 2 do artigo 24 vedava que na televenda estivessem incluídos os medicamentos cuja comercialização esteja dependente de autorização das entidades competentes, bem como a televenda de tratamentos médicos[66].

[64] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados a Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., 14.

[65] SILVA, Fernando Nicolau dos Santos, **"***Dos Contratos Negociados à Distância,* In *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 5, Coimbra, 1996, pp. 45-58.

[66] A mesma redacção foi mantida no n.º 2 do art.º 43 do Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto.

A televenda devia no máximo evitar conteúdos capazes de incentivar menores a proceder com a aquisição de certo bem ou a subscrição de determinado serviço[67].

Existem diversas maneiras de fazer declarações comerciais na televisão, sendo as mais significativas as chamadas "televendas", programas voltados para a venda de produtos ou serviços, e a publicidade veiculada durante o intervalo do restante da programação. É crucial que a natureza comercial da mensagem seja explicitamente indicada, de modo que durante um programa não comercial, qualquer elemento desse tipo seja claramente identificado. Além disso, no tempo dedicado à publicidade, não é permitido veicular mensagens comerciais disfarçadas sob conteúdo que aparente ser jornalístico, técnico ou científico[68].

O Decreto n.º Decreto n.º 65/2004, de 31 de Dezembro veio mais tarde a ser alterado pelo Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto que trouxe determinadas alterações relativamente ao regime anterior, sem, contudo, estabelecer critérios objectivos de protecção do consumidor. O que se pode observar na nova norma, é basicamente a estipulação do período e momento em que os anúncios publicitários devem ir ao ar[69].

O cerne da proposta deve ser apresentado durante a transmissão do anúncio publicitário. Deve permanecer disponível por tempo adequado para ser lido ou ouvido, não podendo ser brevemente exibido em rodapé, como algumas vezes ocorre; a fonte deve ser suficientemente grande para que um telespectador ou rádio-ouvinte comum, que tenha uma televisão ou aparelho radiofónico de tamanho padrão, consiga compreender; as imagens ou áudios mostradas si-

[67] Cfr. art.º 24, n.º 3 do Decreto n.º 65/2004, de 31 e Dezembro.

[68] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 139.

[69] Cfr. art.º 42 do Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto.

multaneamente também não devem prejudicar a leitura das informações.

> Na televisão, os elementos de informação podem ser igualmente transmitidos oralmente, exigindo-se, neste caso, que sejam audíveis. A transmissão por voz de uma qualidade excessiva de informações num curto período de tempo também não preenche o requisito de clareza e de compreensibilidade exigidos. Estas últimas observações valem igualmente para as declarações emitidas por via radiofónica[70].

O que na realidade sucede na maior parte das vezes, é que o conteúdo publicitário omite as informações essências do produto ou serviço e remete a que um contacto na qual o consumidor deverá recorrer caso pretenda buscar mais informações em torno do seu conteúdo. Verificam-se em tempos actuais a disponibilização de um código de barras no ecrã do televisor (*QR code*) que basta que se aponte nele com a câmera fotográfica de um celular inteligente com acesso a internet para que se tenha acesso a página comercial do fornecedor e encontre determinada informação adicional sobre a contratação e as respectivas formas de pagamento.

A celebração contratual através da rádio tem idênticas especificações que as com o recurso a televisão, distinguindo-se pelo facto de que nas segundas o consumidor sujeita-se a informação menos concisa ainda uma vez que sequer confronta-se com o conteúdo visual do anúncio publicitário, se limitando ao conteúdo auditivo o que reduz a dimensão a real ideia do objecto do produto ou serviço a consumir apesar de no anúncio se deixarem ficar os meios de contacto para a busca de maior e melhor informação.

[70] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 139.

3.4.3. Contratos celebrados por telefone

Trata-se na nossa perspectiva da forma mais agressiva de contratação à distância, ao se oferecer ao consumidor um espaço de tempo consideravelmente reduzido para a tomada de decisão[71].

Nessa situação, o consumidor está exposto a uma forma de comunicação à distância mais intrusiva, na qual pode receber chamadas oferecendo a compra de produtos ou serviços, e que emprega tácticas de *marketing* bastante persuasivas, às quais muitas vezes o consumidor não consegue resistir[72].

Actualmente, a tecnologia possibilita o envio de mensagens escritas, imagens ou vídeos, através dos quais contratos à distância podem ser celebrados, seja por meio de dispositivos móveis ou de telefones fixos. No entanto, ao utilizar o telefone, a transmissão de mensagens é feita oralmente, e poderia a legislação conter uma disposição específica para comunicações comerciais por telefone.

Em sede da legislação moçambicana, não encontramos em nossas pesquisas qualquer legislação que de forma objectiva consagre as regras de oferecimento de produtos ou serviços que tenham por origem a contratação por via telefónica[73], contudo, são práticas que ocorrem já a tempo considerável e com tendências a crescer. Não poucas vezes, o consumidor se vê confrontado com chamadas telefónicas de voz, ou interpelação por via das redes socias (*whatsapp,*

[71] Cfr. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito de Consumo*, cit., p. 149.

[72] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., p. 14

[73] O Decreto n.º 44/2019, de 22 de Maio, aprova o Regulamento de Protecção do Consumidor do Serviço de Telecomunicações, visa regular não os contratos de consumo que se estabelecem entre o fornecedor e o consumidor com recurso aos meios de telecomunicação existentes e sim as relações materializadas entre o consumidor e os operadores de telecomunicação fixa ou móvel.

facebook, instagram, etc.), em torno de oferta de produtos ou serviços sob os quais não planificou em adquirir e nem tem contacto físico com os mesmos. No entanto, apesar de essas plataformas digitais poderem ser acedidas pelo telemóvel, quando nos referimos a contratos celebrados pelo telefone, limitamo-nos sobre aqueles em que a proposta contratual seja emitida por chamada de voz, independentemente de tratar-se de telefone celular ou fixo.

Tal realidade, para além de colocar o consumidor numa condição de ter que decidir sobre a consumação do contrato em ambiente de determinada pressão, fá-lo antes de ter a real ideia sobre as características ou funcionalidades dos produtos ou serviços, uma vez que o contacto é literalmente virtual.

A obrigação de revelar a identidade do fornecedor e o propósito comercial da chamada no início não elimina a necessidade de comunicar o conteúdo mínimo do contrato. De facto, as comunicações telefónicas resultam em uma vulnerabilidade especial do consumidor, exigindo uma explicação mais detalhada por parte do profissional sobre as cláusulas da proposta.

A razão para fornecer essas informações no início da chamada é devido à natureza agressiva, embora legal, desse método de contratação, permitindo ao consumidor recusar imediatamente ou estar preparado para uma proposta durante a ligação. Além disso, os requisitos de clareza e compreensibilidade exigem que o profissional explique as cláusulas propostas de forma que o consumidor as compreenda completamente[74].

Para que se configure a celebração do contrato, é necessário que o consumidor aceite formalmente por escrito o contrato previamente acordado por telefone. Essa exigência constitui

[74] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 140.

uma excepção ao disposto no artigo 219 do Código Civil. Somente após o cumprimento desse requisito formal de aceitação é que o consumidor fica obrigado. Caso contrário, se houver desrespeito pela forma legal exigida, o contrato será considerado nulo, conforme previsto no artigo 220 do Código Civil[75].

3.4.4. Contratos celebrados através da internet

Contratos *online* referem-se a todos os acordos feitos por meio da internet, especialmente aqueles realizados em *websites*, onde os produtos ou serviços são apresentados visualmente e o consumidor pode comprá-los de forma conveniente. Isso requer que o consumidor faça uma declaração electrónica concordando com os termos e, geralmente, não há possibilidade de alterar as cláusulas após isso.[76].

Embora o comércio electrónico possa abranger qualquer tipo de transacção comercial de bens ou serviços usando meios electrónicos ou informáticos – como contratos feitos por telefone ou fax –, a terminologia se refere especificamente aos casos em que um computador é utilizado, principalmente a internet[77].

Portanto, são abordados os contratos realizados via correio electrónico, em fóruns de discussão ou em sites colocados *online*. Este aspecto focaliza-se principalmente na última forma de contratação, visto que é a que apresenta os desafios legais mais pertinentes, especialmente em relação à potencial dispersão geográfica dos envolvidos[78].

[75] CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito de Consumo*, cit., pp. 148-149.

[76] SILVA, Delimina de Assunção Costa Sousa e, "*Contratos à Distância: O ciberconsumidor*", In Estudos do Direito do Consumidor – n.º 5, Centro do Direito do Consumo, Coimbra, 2002, p. 435.

[77] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 141.

[78] GUIMARÃES, Maria Raquel, "*Algumas Reflexões sobre o Pagamento com Cartão de Crédito ou de Debito no Âmbito da Contratação Electróni-*

Antes de tudo, é importante salientar que qualquer contrato estabelecido pela Internet entre um profissional e um consumidor é automaticamente considerado um contrato celebrado à distância. A internet é amplamente reconhecida como uma forma de comunicação remota e é uma das mais utilizadas para transacções comerciais. No contexto da legislação de Moçambique, a Lei n.º 3/2017, de 9 de Janeiro é aplicável, abrangendo as transacções electrónicas, o comércio electrónico e o Governo electrónico[79].

Os acordos feitos pela internet estão em ascensão, oferecendo a oportunidade de comprar produtos e serviços de diversas origens a preços competitivos, o que promove a formação de um mercado global e auxilia os fornecedores a expandir seu alcance e atrair uma base de clientes mais ampla e diversificada. No entanto, apesar das vantagens evidentes, essa forma de comunicação à distância também apresenta desafios, como será discutido posteriormente[80].

.....

ca", In Temas de Direito da Informática e da Internet, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 171.

[79] Só para se ter uma ideia da forma precária e pouco interessada como a questão do comércio electrónico é tratada ao nível do ordenamento jurídico moçambicano, o legislador optou em na mesma lei regular três matérias (Transacções Electrónicas, Governo Electrónico e o Comércio Electrónico), este último em apenas um Capítulo (o Capítulo V) entre os arts.º 33 a 46. Remete-nos a ideia de que o legislador apenas enquadrou a questão do comércio electrónico na Lei da Transacções Electrónicas porque ate a altura o vazio legal era enorme, uma vez que não existia ate tempos muito recentes, ano de 2017 qualquer dispositivo que de forma clara regese a matéria, mesmo que essas práticas e formas de comercialização já ocorram a tempo considerável. De forma diferente é tratada a temática no ordenamento jurídico português, que através do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro estabeleceu o Regime do Comércio Electrónico, com o âmbito subjectivo de aplicação mais amplo, uma vez que não regula apenas relações jurídicas de consumo.

[80] Sobre o assinto, OLVIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, cit., p. 23. No mesmo sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, cit., pp. 149 e ss.

Actualmente, a internet é empregada para concluir contratos. Os prestadores de serviços inserem suas propostas em um ambiente virtual, disponível globalmente e a qualquer momento[81], disponibilizando-se a contratar nas condições previstas, sem nenhuma ou com muito pouco possibilidade de negociação por parte dos destinatários da declaração.

Portanto, é crucial que os dados estejam disponíveis de maneira acessível. Antes de o cliente fazer a sua encomenda, ao clicar no *link* correspondente, deve encontrar um texto claro e fácil de entender que inclua todos os elementos essenciais exigidos por lei. Estes detalhes não devem estar ocultos em um contrato excessivamente longo, que não seja necessário para o cliente ler, especialmente quando o contrato não é complexo e o valor da transacção não é significativo[82].

Apenas é requerido que o profissional transmita a mensagem de acordo com as condições estipuladas, porém não é possível garantir que o consumidor realmente tome conhecimento dos elementos essenciais. Independentemente da técnica de comunicação empregada, a postura do consumidor não pode ser inteiramente passiva[83].

Nesse tipo de acordos, busca-se determinar o momento exacto em que o contrato é formalizado. A Lei n.º 3/2017, de 9 de Janeiro, não aborda essa questão especificamente, restringindo-se ao artigo 33, n.º 2, que estabelece que "a menos que haja um acordo diferente entre as partes, o vendedor deve entregar o bem ou fornecer o serviço dentro de 30 dias a partir

[81] Cfr. DUQUE, Ernesto Barrera, "*Modelos de Negócios na Internet*", In ICET, Legis, Bogota, 2002, pp. 215-230.

[82] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, Dissertação para o doutoramento em Direito Privado, cit., p. 143.

[83] OLVIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, cit., p. 74 e 75.

do dia seguinte à transmissão feita pelo comprador"[84]. O que equivale a dizer que o acordo só se vai considerar em fase de execução após a confirmação de realização do pagamento pelo consumidor, e sob a referida data acrescem-se um mês para que seja feito o fornecimento do bem ou tenha começo a prestação dos serviços, caso as partes não tenham convencionado de maneira distinta.

De facto, é importante considerar o artigo 32 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro que estabelece que "a oferta de produtos ou serviços *online* constitui uma proposta contratual quando contém todos os elementos necessários para que o contrato seja concluído com a simples aceitação do destinatário, caso contrário, é considerada um convite para contratar". Além disso, o artigo 29 do mesmo diploma, especialmente os números 1 e 5, estipula que "assim que receber um pedido de compra exclusivamente electrónico, o prestador de serviços deve confirmar o recebimento também por meios electrónicos" e que "o pedido se torna definitivo com a confirmação do destinatário, dada após o aviso de recebimento, confirmando o pedido emitido"[85].

O artigo 32 parece esclarecer que o regulamento legal do comércio electrónico não tem a intenção de modificar as regras referentes à formação de contratos. Assim, quando a oferta de produtos *online* se torna uma proposta contratual, a ordem de compra deve ser considerada como aceitação dessa proposta, resultando na formação do contrato. O aviso

[84] Ora, nos termos em que a norma é disposta, muito pouco ou quase nada se permite concluir o momento exacto em que o contrato se considera celebrado, avançando-se imediatamente para o prazo da sua execução. Pode-se através da parte final concluir que o contrato é celebrado no momento em que o consumir transmite a aceitação, se calhar através de uma declaração expressa ou tácita.

[85] Neste sentido, CARVALHO, *Jorge Morais, Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 144.

de recebimento é uma obrigação legal decorrente da conclusão do contrato[86].

Com base nisso, é essencial examinar qual é a natureza legal da confirmação do destinatário, conforme descrito no n.º 5 do artigo 29. Ao interpretar o conceito literalmente, pode-se argumentar que o contrato apenas é finalizado com a confirmação; no entanto, como já destacado anteriormente, ao articular essa norma com o n.º1 do mesmo artigo e com o artigo 32, a confirmação sempre ocorre após a celebração do contrato. Portanto, o destinatário confirma a celebração do contrato em si, momento em que o contrato começa a produzir seus efeitos, e não faz uma declaração contratual[87].

Dado que a confirmação é parte da aceitação, ocorrendo em duas etapas — a ordem de encomenda e sua confirmação —, simplesmente aceitar a aceitação do destinatário não é suficiente para formar o contrato, conforme estipulado no art.º 32, n.º 1. Isso poderia permitir que o fornecedor se oponha à celebração do contrato, não enviando o aviso de recepção. Isso daria ao fornecedor que fez uma proposta contratual uma oportunidade de influenciar a celebração do contrato, o que não parece estar de acordo com o propósito deste regime, que é proteger o destinatário. Essa abordagem seria prejudicial ao consumidor, uma vez que permitiria ao profissional evitar a celebração de um contrato ao qual, de acordo com as regras usuais, já estaria vinculado[88].

Se o fornecedor fez esforços diligentes para informar o consumidor e este não fez nenhum esforço mínimo para obter

[86] ASCENSÃO, José de Oliveira, **"***Bases para uma Transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Electrónico)*, p. 3320(52).

[87] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 146.

[88] Neste sentido, ainda, CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 147.

essas informações, o fornecedor não terá mais obrigações e não deverá ser responsabilizado pela falta de conhecimento do consumidor. Isso actua como um contrapeso à obrigação legal do profissional de fornecer informações pré-contratuais, pois, apesar dessa obrigação, o consumidor também tem a responsabilidade de buscar e compreender as informações disponíveis. O profissional não pode ser responsabilizado posteriormente se o consumidor optar por não obter as informações fornecidas de acordo com a legislação vigente[89].

Portanto, podemos concluir que a confirmação do destinatário ocorre após a celebração do contrato. No entanto, é crucial para que o contrato entre em vigor, representando uma condição legal. Enquanto o destinatário não confirmar a ordem de encomenda, o contrato não terá efeito, excepto no que diz respeito à obrigação do prestador de serviços de enviar o aviso de recepção. No entanto, o prestador de serviços não é obrigado a entregar a mercadoria ou fornecer o serviço, nem o destinatário a realizar o pagamento[90].

Quanto ao aspecto formal, o artigo 26, n.º 1 do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, afirma que "as declarações feitas por meios electrónicos satisfazem os requisitos legais de forma escrita quando estão contidas em um suporte que ofereça garantias equivalentes de autenticidade, compreensibilidade e preservação".

[89] OLVIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, cit., pp-74-75.

[90] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 148, entende logo que "o aviso de recepção (refere-o expressamente o n.º 2 do art.º 32) nem a contratação (porque é dada na sequência daquele) alteram as regras relativas a formação dos contratos".

3.4.5. Contrato de crédito ao consumo celebrado à distância

Um contrato de crédito é definido como o acordo no qual uma instituição se compromete a fornecer ou prometer fornecer a um cliente crédito na forma de empréstimo, adiamento de pagamento, uso de cartão de crédito ou qualquer outro tipo de acordo de financiamento similar, inclusive operações de *leasing*[91].

Somente as instituições de crédito e sociedades financeiras são conferidas a exclusividade de exercer a título profissional a actividade de operações de crédito, incluindo a concessão de garantias de garantias e outros compromissos[92].

A parte I do capítulo VI estipula directrizes de comportamento e protecção do consumidor, embora não inclua nenhuma disposição que conceda o direito de arrependimento nos contratos de crédito. Estabelece-se, entre outras coisas, a obrigação das instituições de crédito e das sociedades financeiras de garantir aos clientes níveis elevados de competência técnica em todas as suas actividades, dotando sua estrutura organizacional com os recursos materiais e humanos necessários para oferecer condições adequadas de qualidade e eficácia[93].

Impõe-se ainda a essas entidades que nas relações com os clientes outras devem observar o princípio da protecção dos consumidores, designadamente, crédito responsável, prevenção do superendividamento e protecção de informações e documentos dos consumidores[94].

[91] Cfr. art.º 3 al. a) do Aviso n.º 9/GBM/2018.

[92] Cfr. art.º 5 n.º 1 al. b) e art.º 8 n.º 2 da Lei n.º 20/2020, de 31 de Dezembro, Lei das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (LICSF).

[93] Cfr. art. º 61 da LICSF.

[94] Cfr. art. º 62, n. º 2 da LICSF.

É ainda possível encontrar no instrumento uma disposição que os deveres de informação e assistência aos consumidores incumbida as instituições, como por exemplo a de informar com clareza e completude em torno dos elementos caracterizadores dos produtos e serviços financeiros oferecidos bem como as taxas, comissões e outros encargos aliados as operações activas e passivas e demais serviços prestados, os riscos associados e as consequências em caso de incumprimento das obrigações de ambas partes[95].

No âmbito da concessão de crédito, as sociedades autorizadas para o efeito devem proceder de forma responsável, impondo-se que prestem ao consumidor antes da celebração do contrato de crédito, as informações necessárias em papel ou outro suporte duradouro, sobre os termos e condições do contrato e o custo integral do crédito, as suas obrigações e as consequências pelo incumprimento. O dever de informação, irá se estender para esclarecimentos sobre as clausulas gerais bancárias e informações em torno do extracto da conta bancária sempre que o cliente necessite[96].

Fora as disposições ilustradas, não se vislumbra qualquer outra que verse sobre os formalismos necessários para a celebração do contrato, sobre as regras que o informam quando contactados à distância e as técnicas de comunicação permitidas que menos agridem a livre escolha do consumidor e contratar.

Da pesquisa realizada foi possível constatar que não poucas vezes os consumidores são contactados telefonicamente, por email ou outras técnicas de comunicação à distância pelos gestores de contas que oferecem propostas de celebração de contratos de crédito ao consumo ou atribuição de um cartão de crédito apresentado todas as condições

[95] Cfr. art. º 64, n. º 1 da LICSF.
[96] Cfr. art. º 64, n. º 2 e 3.

para a sua celebração. Muitas das vezes, a tramitação do expediente se realiza à distância e o consumidor apenas se dirige a agência para proceder com a assinatura do contrato.

Tratando-se de um contrato celebrado mediante técnicas de publicidade extremamente agressiva, na qual se oferece ao consumidor pouquíssimas chances para a reflexão, era de se esperar que nos dias posteriores a sua celebração, mesmo que o crédito já fosse desembolsado na conta do cliente, este pudesse após repensar e considerar o negócio inviável poder, livremente e sem qualquer cláusula sancionatória exercer o seu direito de arrependimento através da devolução do valor recebido.

Fruto da necessidade de promover as melhores práticas de conduta das instituições de crédito e sociedades financeiras e a protecção do consumidor financeiro, no âmbito da concepção, divulgação e disponibilização de produtos financeiros, bem assim a confiança e equidade na relação entre as instituições e os consumidores, o Banco de Moçambique através do Aviso n.º 8/GBM/2021, de 22 de Dezembro, aprovou o Código de Conduta das Instituições de Credito e Sociedades Financeiras e de Protecção do Consumidor Financeiro.

O referido instrumento estabelece os princípios de actuação e regras de conduta e de protecção do consumidor financeiro a serem observadas pelas instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades supervisionadas ou monitoradas pelo Banco de Central no exercício da sua actividade e na relação com os consumidores financeiros[97].

Apesar de não consagrar clara e especificamente o exercício do de arrependimento para os casos de contratos que versam sobre serviços financeiros celebrados à distância, verifica-se um esforço promissor ao estabelecer o direito de

[97] Cfr. art.º 1 do Aviso n.º 8/GBM/2021, de 22 de Dezembro.

desistência pelo consumidor financeiro dentro de um prazo contratualmente estabelecido[98].

Conclui-se facilmente que o legislador deixou a disponibilidade das partes o tempo diante do qual o direito de arrependimento poderá ser accionado, o que no âmbito da hermenêutica jurídica através do exercício interpretativo imagina-se que se vai aplicar o prazo de 7 dias disposto na Lei de Defesa do Consumidor.

Em termos formais, o instrumento exige que a comunicação realizada pelo consumidor seja de forma escrita e realizar o reembolso do valor recebido dentro de um período de 7 dias uteis contados a partir da data de recepção (desembolso) do valor[99].

Sobre os encargos resultantes do cancelamento, estabelece o instrumento o dever de as instituições procederem a devolução ao consumidor de imediato, os valores eventualmente pagos, a qualquer título com a excepção das comissões ou outras despesas referentes a produção, emissão ou prestação de um serviço financeiro, bem como assegurar a extinção de contratos ou cancelamento de produtos ou serviços associados[100].

3.5. Deveres de informação pós-contratual

Para conhecer quais os deveres pré-contratuais são impostos ao fornecedor, há que saber o exacto momento nos quais eles nascem. O contato se considera celebrado desde o instante em que as partes convergem opiniões entre a oferta e a aceitação. A oferta vê-se amplamente exposta nas informações fornecidas pelo comerciante antes da cele-

[98] Cfr. art.º 4, n.º 1 do Aviso n º 8/GBM/2021, de 22 de Dezembro.
[99] Cfr. art.º 4, n.º 2 do Aviso n.º 8/GBM/2021.
[100] Cfr. art.º 4, n.º 3 do Aviso n.º 8/GBM/2021.

bração do contrato, de tal forma que a aceitação se verifica após a assumpção das informações pré-contratuais.

A transacção ou pagamento do valor e o fornecimento do bem ou do serviço, são consideradas fases subsequentes às negociações, elas configuram simultaneamente a etapa da execução do acordo sob as quais ainda se impõe ao fornecedor a prestação de informação, literalmente os deveres de informação pós-contratual, que surgem no instante imediatamente a seguir a manifestação da aceitação – a celebração do contrato propriamente dito.

Seguindo este raciocínio, as informações relacionadas aos custos que se associação as transacções que devem constar dos contratos electrónicos nos termos do n.º 3 do art.º 44 da Lei de Transacções Electrónicas já se imputam aos deveres de informação pós-contratual, que precisam ser do domínio do consumidor permitindo-lhe saber quanto efectivamente despenderá na celebração do contrato.

O número 4 do mesmo artigo, dispõe para uma série de informações facultativas a ser incluídas no contrato apenas quando se julgam necessárias que é o caso do: (i) custo final a ser despendido pela aquisição do bem ou serviço, as despesas relacionadas com o transporte, as imposições tributárias dentre outras; (ii) meios de pagamento; (iii) outras cláusulas contratuais e garantias da transacção e os modos de acesso; (iv) prazo para a entrega dos bens e prestação de serviços; (v) prazos e modos pelos quais os consumidores poderão concluir o pagamento; (vi) políticas respeitantes a trocas, devoluções, contestações – reclamações e reembolsos; (vii) possíveis meios para abertura e resolução de eventuais conflitos decorrentes da interpretação ou aplicação das normais contratuais, quer sejam extrajudiciais ou judicias; (viii) protocolos sobre segurança de pagamentos e políticas de confidencialidade de dados pessoas e (ix) duração estabe-

lecida para o fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continua.

Embora sem se considerar exaustivos, o leque das informações acima descritas consubstancia um rol de obrigações preponderantes a deverem ser garantidas pelo fornecedor. Ao impor que tais sejam prestadas somente enquanto forem consideradas necessárias, sem sequer estabelecer os critérios para tal aferição, ampliam o espaço para estabelecimento de clausulados nas quais o fornecedor se furte do dever de fornecimento de preponderantes informações pós-contratuais.

Em suma, não estão plasmadas as informações necessárias que o consumidor deve ter durante a execução do contrato. Consideramos oportuno que seja destacada a responsabilidade do profissional fornecer ao consumidor um documento que inclua todas as informações respeitantes ao tempo estimado para o envio do bem ou inicio da prestação de serviços, de duração imediata ou continua, os custos associados, as condições de troca e devolução e os custos inerentes, o cancelamento e as suas modalidades, o reembolso incluindo prazos e mecanismos não apenas para os contratos firmados electronicamente, mais sobretudo para todos aqueles firmados sem a presença física e simultânea dos contraentes, com recurso aos instrumentos de comunicação à distância.

A confirmação escrita dessas informações pode chamar a atenção do consumidor, já que ele poderá revisá-las com mais facilidade, mesmo que já as tenha acedido anteriormente. Além disso, a confirmação por escrito das informações tem um impacto persuasivo, incentivando o profissional a cumprir o contrato conforme estipulado.[101].

[101] OLVIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, cit., p. 76, ainda no mesmo seguimento a autora entende que "a informação por escrito que integram as cláusulas do contrato, constitui uma vantagem para o consumidor, em caso de litígios

4. Contratos celebrados fora do estabelecimento

Se para os contratos celebrados à distância, o legislador moçambicano, ao menos previu em uma das modalidades (contratos celebrados pela internet, na da Lei de Transacções Electrónicas), para os contratos negociados fora do estabelecimento, apesar de ser prática que ganha cada vez mais espaço no campo comercial e cada vez mais desprotege os interesses do consumidor, não existe qualquer regulamentação específica, se não, algumas posturas camararias e outras legislações avulsas que procuram forçosa e improvisadamente regular a questão[102].

Designa-se por contrato fora comercial (*off-permises contract, auBerhalb von Geschäumen geschlossenen Vertrag, contrat hors établissement, contrato negoziati fuori dai locali commerciali,contrato celebrado fuera de lo estabelecimento mercantil*) o contrato entre um empresário e um consumidor que, tendo por objecto o fornecimento de bens ou prestação de serviços, foi concluído em lugar diverso do estabelecimento comercial do primeiro com a presença física simultânea de ambos[103].

A existência de contratos celebrados fora do estabelecimento surge da necessidade de proteger ainda mais a posição do consumidor, uma vez que os possíveis defeitos desse tipo de negócio nem sempre podem ser abrangidos pelas normas gerais do direito civil[104].

.....

como o fornecedor, uma vez que este pode vir a facilitar em Tribunal a produção de prova que o consumidor tenha de vir a fazer".

[102] A legislação que rege e autoriza o licenciamento do comercio ambulante em lugar fixo se localiza dispersa em diversificados instrumentos jurídicos tornando cada vez mais difícil a sua implementação, sobretudo em matérias de atribuições e competências para o licenciamento da referida actividade.

[103] A definição é incompleta ao perceber-se que existem casos que o contrato se celebra no estabelecimento comercial.

[104] MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações: Parte Especial – Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 97.

Por forma a garantir uma compreensão mais clara dessa definição, é crucial lembrar que o "estabelecimento comercial" se entende como qualquer tipo de local onde o profissional realiza as suas transacções comerciais[105], que se trate de uma loja situada em um *shopping center*, ou ainda de uma banquinha localizada em mercado formal ou informal.

Define o Código Comercial estabelecimento empresarial como um complexo de bens e direitos organizados para o exercício eficiente da actividade empresarial, por empresário individual ou sociedade empresarial[106].

No seu significado objectivo, equivale ao estabelecimento comercial, que é uma organização do empresário mercantil, o conjunto de elementos reunidos e organizados pelo empresário para através dele exercer a actividade comercial, de produção ou circulação de bens ou de prestação de serviços[107].

O estabelecimento pressupõe assim, antes de mais, um titular: ele é o conjunto de meios predestinados para um empresário, titular de um determinado direito sobre ele, para exercer a sua actividade. Por outro lado, o estabelecimento é um acervo patrimonial: engloba um conjunto de bens e direitos, das mais variadas categorias e naturezas, que tem em comum a afectação à finalidade coerente a que o comerciante os destina.

Mas, o estabelecimento é também um conjunto de pessoas: pode reduzir-se a pessoa do empresário o seu suporte humano, nas formas mais embrionárias de estrutura empresarial; mas normalmente engloba uma pluralidade de pessoas,

[105] REBELO, Fernanda Neves, "*O Direito de Livre Resolução no Quadro Geral do Regime Jurídico da Protecção do Consumidor*", cit., p. 605.

[106] Cfr. art. º 42 do Ccom.

[107] CORREIA, Miguel José de Almeida Pupo, TOMÁS, António José e PAULO, Octávio Castelo (colaboração), *Direito Comercial: Direito da Empresa*, 11ª Ed., revista e actualizada, Lisboa, 2009, p. 50.

congregadas por diversos vínculos jurídicos, para actuarem com vista a prossecução da finalidade comum da empresa.

O estabelecimento é uma organização: os seus elementos não são meramente reunidos, mas sim entre si conjugados, intercalados, hierarquizados, segundo as suas especificas naturezas e funções específicas, por forma que o seu conjunto possa emergir em resultado global: a actividade mercantil visada.

O estabelecimento, enfim, é uma organização funcional: a sua estrutura e configuração, a sua identidade própria advém-lhes de um determinado objecto, que é a actividade de determinado ramo da economia; actividade que, entretanto, será necessariamente uma actividade de fim lucrativo das quais cabem na matéria mercantil, ou seja, no âmbito material do direito comercial. Só assim, se pode falar de um estabelecimento comercial (sem embargo de, com aquela, se poderem conjugar actividades de outra ordem).

> O termo estabelecimento comercial admite diversos significados. Em primeiro lugar, surge-nos a acepção em que acima tomámos a expressão estabelecimento comercial, que é decerto a mais ampla e consagrada nas disposições mais abrangentes desse conceito que nos surgem na nossa lei: arts.º 1109 e 1112 do CC. Em segundo lugar, é frequente a referência ao estabelecimento, na linguagem corrente como na legal, para designar a loja, o armazém, a fabrica, o escritório, enfim, a unidade técnica correspondente a cada um dos locais onde se exerce a actividade comercial. É evidente que este sentido é mais restrito, pois a organização adstrita por um comerciante ao exercício da sua actividade pode comportar várias unidades técnicas, da mesma ou diferentes naturezas a até de diferentes graus hierárquicos (sucursais, filiais, agências, delegações. Em terceiro lugar, aparece-nos a palavra estabelecimento tomada no

> sentido específico de acervo de coisas corpóreas (móveis e imóveis) que o comerciante afecta ao exercício da sua actividade, quer por constituírem objecto dessa mercancia – as mercadorias ou produtos –, quer por constituírem locais onde ela se exerce, quer por serem instrumentos (máquinas, utensílios, etc.) a ela adstritos. Não existe, pois, um único e rigoroso conceito de estabelecimento comercial, válido para todos os efeitos legais, tomaremos, sobretudo em conta o significado amplo acima mencionado em primeiro lugar, que também se afigura o mais abrangente e adequado em termos técnico-jurídicos[108].

Estamos diante de situações em que frequentemente há uma pressão do vendedor para impor seu produto, o que limita a capacidade de decisão do consumidor. Isso cria uma discrepância clara entre a declaração de vontade expressa pelo consumidor e sua verdadeira vontade[109].

Mas uma vez, para compreender o regime, socorrer-nos-emos do direito português e do direito europeu que já trazem um regime bastante sólido para o cenário em causa.

Diferentemente dos contratos celebrados à distância, nos quais a principal preocupação com a protecção do consumidor reside na falta de proximidade física com o produto, nos contratos realizados no domicílio ou em situações equiparadas, o consumidor pode de facto ter contato com o produto, porém, ainda assim, pode se encontrar em uma posição vulnerável devido à pressão à qual está sujeito[110].

[108] CORREIA, Miguel José de Almeida Pupo, TOMÁS, António José e PAULO, Octávio Castelo (colaboração), *Direito Comercial: Direito da Empresa,* cit., pp. 50-51.

[109] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., 28.

[110] LEITÃO, Luís Menezes, "*A Protecção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas*", O Direito, Lisboa, A. 134º e 135º, 2002-2003. pp. 170 e 171.

Na verdade, a característica central desse tipo de contratos decorre do facto de que o contrato é directamente iniciado pelo profissional, seja ele se deslocando ao local onde o consumidor está ou induzindo o consumidor a se deslocar a um local indicado por ele[111].

Os contratos desse tipo são bastante comuns na sociedade de consumo actual devido às diversas vantagens que oferecem ao profissional. Isso porque ele não precisa estar fisicamente em um estabelecimento comercial nem formalizar contratos com seus trabalhadores[112].

Por outro lado, esse método de contratação também pode ser benéfico para o consumidor. Ele tem a oportunidade de celebrar contratos de seu interesse no conforto de sua casa, tendo contato directo com o produto ou serviço desejado em um período de tempo relativamente curto[113].

Apesar das vantagens oferecidas, esse método de contratação também representa um risco para o consumidor, diferenciando-se consideravelmente dos contratos fechados à distância. Aqui, o profissional aborda o consumidor fora do ambiente comercial (onde este normalmente está preparado para lidar com técnicas de vendas), exercendo certa pressão psicológica sobre ele. Mesmo que o consumidor tenha solicitado a visita do profissional, ele pode se encontrar em uma posição vulnerável, muitas vezes aceitando propostas de forma inconsciente. Na verdade, devido à rapidez do processo, o consumidor não tem tempo para ponderar sobre a vantagem do negócio. Além disso, é

[111] Neste sentido, ainda, CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 162.

[112] Leitão, Luís Menezes, "*A Protecção do Consumidor contra Práticas Comerciais Desleais e Agressivas*", cit., p. 169.

[113] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., p. 28.

importante notar que o consumidor está tomando uma decisão de contratação em um ambiente dominado pelo profissional[114].

A seguir, são apresentadas diferentes tipos ou formas de contratos realizados fora do estabelecimento, abordando a formação do contrato e as obrigações contratuais, particularmente os contratos realizados no domicílio, no local de trabalho, em reuniões, em excursões e em locais indicados pelo fornecedor. No direito moçambicano não se encontrando disposições que regulem, inspiramo-nos mais uma vez no direito português, disposto expressamente no Decreto-Lei n.º 24/2004, de 14 de Fevereiro, a definição dessa categoria de contratos em seu artigo 3, alínea g), como "o contrato que é estabelecido na presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador de serviços e do consumidor em um local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor quem faz a proposta contratual", e em seguida, enumera algumas das modalidades possíveis.

> A enumeração na alínea g) do Decreto-Lei n.º 14/2014 é meramente indicativa e não taxativa, ao contrário do que inicialmente poderia ser interpretado. Ao listar as possíveis modalidades de contratos celebrados fora do estabelecimento, o dispositivo legal utiliza a expressão "incluindo os contratos", o que significa que não impede que outras modalidades que se enquadrem na definição geral prevista sejam consideradas contratos celebrados fora do estabelecimento[115].

Aqui estão os diferentes casos em que um contrato pode ser considerado celebrado fora do estabelecimento:

[114] CUNHA, Carolina, *Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Protecção do Consumidor*, cit., pp. 290-291.

[115] SOUSA, Alexandra José Nobrega Teixeira de, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados a Distância e Fora do Estabelecimento*, cit., p. 27.

- Realizados no estabelecimento comercial do profissional ou por meio de comunicação à distância, logo após o consumidor ter sido abordado pessoal e individualmente em um local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços;
- Feitos no domicílio do consumidor;
- Concluídos no local de trabalho do consumidor;
- Efectuados em reuniões onde a oferta de bens e serviços seja apresentada por meio de demonstração diante de um grupo de pessoas reunidas na residência de uma delas, a pedido do fornecedor ou seu representante;
- Realizados em uma viagem organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, ou por seu representante, fora do seu estabelecimento comercial;
- Celebrados em um local designado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, para o qual o consumidor se desloca por sua própria conta e risco, após receber uma comunicação comercial do fornecedor ou seu representante.

4.1. Requisitos

Trata-se de um contrato de consumo que exige a verificação cumulativa de três requisitos, de natureza subjectiva, objectiva especial[116].

Nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, os participantes são definidos como o empresário, que pode ser uma pessoa singular ou uma entidade colectiva responsável por uma actividade comercial, agindo dentro de sua profissão directamente ou por meio de um terceiro (for-

[116] ANTUNES, José Engrácia, *O Conceito Jurídico de Consumidor,* Almedina, Lisboa, 2018, p. 777 e ss.

necedor de bens ou prestador de serviços), e o consumidor, que é qualquer pessoa singular agindo para fins que não estejam relacionados com uma actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. É importante observar que o contrato deve ser feito na presença física simultânea de uma ou ambas as partes contratantes. É relevante destacar que o legislador considera como partes significativas os empresários que operam estabelecimentos comerciais de varejo (excluindo outros profissionais) e os consumidores que são indivíduos (excluindo pessoas colectivas)[117].

Segundo, no que concerne ao objecto do contrato, é ainda necessário que este tenha por objecto quaisquer bens, serviços ou direitos negociados por aquele empresário. Prevê-se um conjunto de exclusões, incluindo os contratos relativos a serviços financeiros, bens imóveis, géneros alimentícios ou outros bens fornecidos regularmente, serviços de saúde, serviços sociais, serviços turísticos, serviços de transporte de passageiros (parcialmente), jogos de fortuna ou azar, máquinas automáticas, viagens organizadas, e direitos de habitação periódica, entre outros[118].

Em terceiro lugar, também é requerido, em geral, o critério operacional: que o contrato tenha sido concluído fora das instalações do empresário, definidas como locais de venda ao público onde ele exerça sua actividade de maneira permanente (em instalações fixas) ou habitual (em instalações móveis). Portanto, locais públicos como ruas, centros comerciais, praias, instalações desportivas e transporte público, utilizados ocasionalmente pelo empresário para suas actividades

[117] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. p. 138.

[118] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. p. 138.

comerciais, não devem ser considerados estabelecimentos comerciais para esse propósito[119].

4.2. Deveres pré-contratuais

Na etapa anterior à formalização do contrato, destacam-se os deveres de informação do empresário em relação ao consumidor. O empresário deve disponibilizar ao consumidor, de forma oportuna e antecipada à assinatura do contrato, uma variedade abrangente de informações. Estas informações constituem um conjunto mínimo de elementos na declaração de negócio do empresário, incluindo sua identificação e endereço, características essenciais do produto ou serviço, preço total (incluindo taxas e impostos) e método de cálculo de despesas adicionais, custos de entrega (se aplicável), opções de pagamento, entrega e execução, a existência de direito de rescisão do contrato e seus procedimentos, duração do contrato, garantia de conformidade dos produtos, suporte pós-venda, e a existência de depósitos ou outras garantias financeiras. Tais informações devem ser apresentadas de forma clara e compreensível, por escrito, em papel ou outro meio durável, e devem ser parte integral e imutável do contrato, a menos que as partes concordem expressamente antes da celebração do contrato, sendo a empresa fornecedora responsável por comprovar o cumprimento destas exigências[120].

O dever pré-contratual de informar tem como desiderato garantir que as partes celebrem o contrato cobertas de conhecimentos bastantes e suficientemente esclarecedores no

[119] CARVALHO, Jorge Morais, *Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância*, cit. pp. 13-64.

[120] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial*, cit. p. 140.

que se refere ao objecto a contratar[121]. Destina-se tanto que as partes obtenham uma informação esclarecida e racional, mas também a promoção do equilíbrio do contrato[122].

A celebração de um contrato é maioritariamente antecedida de conversações entre os sujeitos, umas vezes muitos complexas e noutras mais simples. Se impõe durante a execução do contrato que as partes pautem por condutas de boa-fé, respeitando integralmente as cláusulas nele estabelecidas, antes da sua celebração ou depois da sua extinção este princípio igualmente a si se impõe[123].

Por esta razão, passa a constituir uma temática importante, com génese e desenvolvimento consideravelmente actual, tendo sido recentemente prevista no Regime Jurídico dos Contratos Comerciais[124].

Como já sabido, a responsabilidade pré-contratual encontra-se genericamente prevista no número 1 do artigo 227 do código Civil nos termos do qual "quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato, deve tanto nos preliminares, como na formação dele, proceder segundo as regras de boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar a outra parte", porém ganhou um actualizado olhar no Código Comercial aprovado em 2005[125] (ora revogado)[126]

[121] CORDEIRO, António Menezes, *Revista de Direito Civil*, Almedina, Ano IX, 2024, p. 349 e ss.

[122] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contrato I*, cit. p. 209 e ss.

[123] TIMBANE, Tomas, *A Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Moçambicano: Novos Desenvolvimentos* In CORDEIIRO, António Menezes, Revista de Direito Civil, Almedina, Coimbra, Ano IX (2024), Número 2, p. 351. "Ainda que a questão tenha maior relevância no âmbito do direito privado, a postura das partes no decorrer das negociações de um contrato ou após a sua extinção mostra-se relevante ainda no seio do direito Administrativo". Cfr. art.º 36, n.º 2 da Lei de Práticas Público-Privadas (Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto).

[124] Aprovado pelo Decreto n.º 3/2022, de 25 de Maio.

[125] Cfr. art. 469, n. º 2 do Ccom. 2005.

126 Com a revogação do Ccom. de 2005, todas as disposições relativas aos contratos comerciais que dela eram parte integrante, foram transpostas

e com novos desenvolvimentos do Regime Jurídico dos Contratos Comerciais[127].

Isso implica que a actuação comportamental dos sujeitos durante as negociações é crucial, se encontrado ambas vinculadas pelos compromissos prestados por declarações, correspondências ou outros meios legítimos de manifestação de vontades. O comportamento das partes precisa assentar-se na confiança, lealdade, honestidade, certeza e segurança que a contraparte age com urbanidade e correcção[128].

Devido à forma especial exigida para os contratos feitos no domicílio, as normas referentes à fase pré-contratual são menos detalhadas. Embora essa abordagem possa ser alvo de críticas, a lei parte do pressuposto de que a forma escrita assegura a protecção do consumidor ao permitir sua reflexão e compreensão efectiva das cláusulas contratuais[129].

Nas situações em que a venda de produtos em residências seja seguida ou precedida pela demonstração ao consumidor de um folheto, publicação ou qualquer outro meio visual ou sonoro, como os catálogos *online* disponíveis em um sítio da internet, estes devem incluir informações sobre os aspectos essenciais da declaração do vendedor, aos quais ele

.....

e desenvolvidas do Regime Jurídico dos Contratos Comerciais, passando a incorporar não somente o dever de prestação de informação de boa fé (art.º 19), porem também a boa fé e lealdade comercial (art.º 3), de cumprimento coerente (art.º 4), da liberdade negocial mediante boa fé, da lealdade e do cumprimento coerente (art.º 42), do dever de prestação de informação decisiva para a manifestação de vontade (art.º 43) e da responsabilidade por interrupção das negociações de má-fé (art.º 47).

[127] Cfr. art.º 19, n.º 2 do Decreto n.º 3/2022, de 25 de Maio.

[128] TIMBANE, Tomas, *A Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Moçambicano: Novos Desenvolvimentos,* cit. p. 352.

[129] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* Dissertação para o doutoramento em Direito Privado, cit., p. 170.

está imediatamente vinculado, pelo menos de acordo com as regras sobre responsabilidade pré-contratual[130].

De acordo com as normas de protecção ao consumidor, os catálogos devem incluir informações como: identificação da empresa fornecedora, como nome, endereço e número de registo no Registo Nacional de Pessoas Colectivas, descrição das características essenciais do produto ou serviço em questão, preço total, modalidades e condições de pagamento, método, local e prazos de entrega ou prestação de serviço, política de garantia e assistência pós-venda, se aplicável, com indicação de onde o consumidor pode dirigir reclamações e informações sobre o direito do consumidor de rescindir o contrato, juntamente com os detalhes de contato para exercer esse direito.

> Basicamente, os elementos exigidos por lei que devem constar do documento contratual único que formaliza o contrato devem ser incluídos nos catálogos desde o início, com excepção dos detalhes identificativos das partes. Isso ocorre porque pode ser impossível identificar imediatamente o consumidor. Além disso, as condições de crédito eventualmente concedidas ao consumidor são uma situação que deve ser avaliada casuisticamente[131].

4.3. Formação do contrato celebrado fora do estabelecimento

Quanto à sua elaboração, a literatura enfatiza a necessidade de um formato especial: para evitar sua invalidade, os contratos feitos fora do local de negócios devem ser docu-

[130] O art.º 40 do Decreto-Lei n.º 38/2016, de 31 de Agosto que aprova o Código de Publicidade, refere-se a publicidade domiciliária.

[131] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* Dissertação para o doutoramento em Direito Privado, cit., pp. 170-171.

mentados por escrito e conter informações essenciais, explicitadas de forma clara em português. Além disso, o consumidor deve receber uma cópia assinada do contrato ou uma confirmação em um meio durável previamente autorizado[132].

A própria definição de contrato celebrado no domicílio, conforme descrito pela lei, faz referência ao contrato "proposto e concluído no domicílio do consumidor". Isso sugere que a proposta contratual deve ser originada pelo profissional, com o consumidor limitado a aceitá-la para formalizar o contrato. Essa disposição poderia criar uma lacuna no caso de a técnica de comercialização permitir uma inversão desse cenário, onde o consumidor emite um convite para contratar, seguido por uma proposta do consumidor e aceitação pelo profissional. Empresas poderiam potencialmente usar esse método para evitar a aplicação de regras de protecção previstas na legislação[133].

Pode-se argumentar se mencionar a redução do contrato a escrito é equivalente a afirmar que o contrato requer uma forma específica para sua celebração, ou seja, a forma escrita. Acreditamos que sim, embora da redacção legal e do propósito da norma possa-se inferir que a nulidade decorrente de sua violação está sujeita a um regime especial, podendo ser invocada apenas pelo consumidor[134].

A intenção da norma não se limita a impor uma forma especial a este contrato, uma vez que sua justificação não é meramente objectiva, mas sim subjectiva, visando primariamente proteger o consumidor contra possíveis abusos por

[132] ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação em Especial,* cit. p. 141.

[133] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 172. Ainda sobre a mesma ideia, CUNHA, Carolina, "*Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Protecção do Consumidor*", cit., p. 293.

[134] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 172.

parte do profissional. Essa protecção ao consumidor é alcançada através da formalização por escrito do contrato e da entrega a ele de um documento contendo cláusulas contratuais e informações sobre seus direitos decorrentes do contrato, embora seja possível que exista um acordo pré-contratual antes da formalização escrita do contrato. A preocupação expressa no artigo 16, particularmente sobre quem emite as declarações, especialmente a proposta e a aceitação, só faz sentido em relação a este acordo pré-contratual[135].

4.4. Modalidades ou Tipologia de Contratos Celebrados fora do Estabelecimento

4.4.1. Contratos celebrados no comércio ambulante

A estrutura da economia moçambicana tem vindo a alterar-se nos últimos anos, resultantes da alteração do sistema económico desde 1987 que ditou a introdução de reformas no âmbito do Programa de Restruturação Económica (PRE)[136]. A libertação da economia trouxe um relativo desequilíbrio do mercado, que até então se caracterizava por um fraco nível de oferta que gerava escassez de produtos básicos.

[135] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, "*Contrato Formal e Pré-contrato Informal*", In *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 349-355, refere que "o contrato se celebra, portanto, no momento da elaboração do documento, através do modelo do documento contratual único".

[136] Moçambique atravessou nos anos 80 a maior das crises económicas já vividas, e com o fito de ultrapassar esta difícil fase, o Governo optou pelo recurso as instituições dos *Bretoon Woods* (Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial) que colocaram como imposição para a concessão de credito, que fosse alterado o modelo económico centrado em uma economia socialista, reflectida na Constituição da República Popular de 1975, para uma economia de mercado, na qual se abria espaço para a entrada de agentes económicos privados, orientação que passou a ser reflectida na Constituição da República de 1990.

Com a libertação da economia e as reformas que a suportam, deu-se um crescimento exponencial de novas unidades económicas orientadas para a importação de bens, que sendo então escassos propiciavam um alto nível de retorno a essas unidades económicas. Porém, esse crescimento de unidades económicas e sua dinâmica no processo de determinação do modelo de economia a estabelecer-se, não foi acompanhado ao mesmo ritmo pelo Estado na criação de normas para a salvaguarda do consumidor, levando a que, invariavelmente, intervenções espontâneas de autoridades relacionadas com a saúde, os municípios, as entidades que tutelam as actividades de indústria e o comércio corrigissem as enormes violações aos direitos do consumidor.

A crise económica e social que afecta largos milhares de moçambicanos gera uma onda cada vez maior de ocupação desenfreada de espaços públicos para a prática do comércio ambulante. Diversos passeios das cidades viraram autênticas feiras onde se vende, um pouco de tudo. Toda essa desordem urbana ocorre ante a incapacidade das autoridades municipais em conterem o fenómeno, apesar de vezes sem conta protagonizarem operações de apreensão de produtos dos vendedores.

A primeira forma encontrada de celebração de contratos de consumo que ocorre na nossa ordem jurídica há-de ser o comércio ambulante. Apesar de inexistir uma legislação que o regule em toda a extensão territorial do pais, houve um esforço da Assembleia Municipal da Cidade de Maputo que através da Resolução n.º 53/AM/2006, de 22 de Novembro estabeleceu a Postura Sobre o Comércio Ambulante em Lugar Fixo, considerada como a actividade comercial exercida por pessoas singulares e colectivas na via pública, utilizando ou não instalações de caracter precário dedicado tanto a venda de produtos, como a prestação de serviços, desen-

volvida, entre varias formas, através de barracas, quiosques, *stands* e bancas[137].

O regulamento em causa não é aplicável ao comércio em mercados formais e informais, bem como a actividade em feiras, comemorações de datas festivas e outras efemérides que são objecto de legislação específica.

Traduz-se indubitavelmente em uma relação de consumo de fornecimento de produtos ou serviços celebrados fora do estabelecimento comercial, em muitas das vezes celebrado na via pública através da apresentação da proposta contratual pelo comerciante.

Como consequência dessas práticas, assistimos o surgimento de um fenómeno novo caracterizado por actos desonestos por parte de quem exerce tais actividades, desrespeitando primeiramente as regras básicas para o desenvolvimento de uma actividade comercial e, aqueles que são os direitos do consumidor em muitos casos criando vários danos patrimoniais, de saúde a até morais na sua esfera sem com isso sofrer qualquer tipo de sanção e muito menos ter o consumidor a possibilidade de se ressarcir dos danos sofridos, passando a encarra-se como uma situação normal.

O facto de o legislador optar por exigir que a actividade passe a ser realizada em lugar fixo, na qual o comerciante possa circular dentre de certa circunscrição previamente definida tem por intuito a redução de danos que ocorrem nos direitos do consumidor, uma vez que poderá dessa maneira em caso de insatisfação ou desinteresse superveniente pelo produto ou serviço fornecido poder facilmente identificar e localizar o fornecedor para eficazmente exercer o seu direito de arrependimento.

137 Cfr. art. 1, n. º 1, al. a) do RCALF.

4.4.2. Contratos celebrados no domicílio

Para que um contrato seja considerado celebrado no domicílio do consumidor, é necessário que o profissional se desloque até a residência do consumidor ou a um local equiparado a esta, não correspondendo necessariamente ao conceito tradicional de domicílio estabelecido no direito civil, conforme definido pelo artigo 82 do Código Civil. O elemento crucial aqui é a acção de deslocar-se do profissional para o local onde o consumidor se encontra[138].

Não existindo qualquer legislação que regule especificamente a actividade, na qual o fornecedor de bens ou serviços se desloca de casa em casa a divulgar a sua oferta e propor a celebração do contrato, na realidade moçambicana a questão resolve-se como recurso as disposições da lei geral que regula o contrato de compra e venda[139] ou o contrato de prestação de serviços[140].

O Código de Publicidade em Moçambique consagra que a publicidade realizada no domicílio do destinatário (consumidor), realizada por meio de correspondência ou qualquer outro deve conter clara e precisamente o nome, o endereço (domicílio) e outros elementos que garantam facilmente a localização do fornecedor anunciante, bem como a devida descrição sobre o produto ou serviço a ser vendido, o preço e as modalidades de pagamento, e as condições de assistência pós-venda[141].

Dispõe ainda o número 2 do artigo 40, que o destinatário publicitário, realizada no domicílio por via de uma correspon-

[138] CARVALHO, Jorge Morais e PINTO-FERREIRA, João Pedro, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 40.

[139] Cfr. art. º 874 CC.

[140] Cfr. art. º 1154 CC.

[141] Cfr. art.º 40, n.º 1, als. a) e b) do Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto.

dência ou outro meio de envio, não se vincula em obrigatoriamente adquirir, conservar ou proceder com a devolução de amostras enviadas a não ser que as tenha solicitado.

Como se pode enxergar, no seio da norma referida são estabelecidas algumas regras para as publicidades que se realizem no domicílio do consumidor sem a deslocação do consumidor para o local. O que se vê-se regulado neste dispositivo, são publicidades que o consumidor recebe a sua casa, contudo, enviadas por via de correspondência postal ou outro mecanismo que o permita a recepção. Estamos em nossa percepção, diante de elementos simultaneamente de contratos fora do estabelecimento e de contratos à distância.

Situação diferente, são naturalmente, àquelas nas quais quase que sempre o consumidor é surpreendido com a chegada da proposta sem antes ter devidamente representado hipoteticamente a possibilidade de celebrar um contrato de consumo. A proposta para contratar é de tão forma agressiva que em muitas vezes são apostas ao negócio cláusulas que dispõe sobre a possibilidade de o pagamento não ser a vista, ser realizado em várias parcelas, sob as quais o consumidor não encontra espaço suficiente para avaliar racionalmente em torno do seu efectivo desejo em realiza-lo.

Caracteriza-se o contrato celebrado no domicílio como aquele em que o fornecedor ou representante propõe e conclui a oferta de bens ou serviços no domicílio do consumidor, sem que tenha havido um pedido prévio expresso por parte deste.

Em primeiro lugar, estamos diante de uma relação de consumo, ou seja, um contrato estabelecido entre um consumidor e um profissional. Tal como se verifica nos contratos celebrados à distância a identificação do profissional ou de seus representantes, o que é crucial nos contratos realizados fora do estabelecimento comercial. Isso ocorre porque para o consumidor é mais complexo identificar a pessoa com quem

está contratando, não sendo evidente a associação com um fornecedor específico[142].

Em segundo plano, é imprescindível que o contrato realizado no domicílio envolva a oferta de bens ou serviços. Essa definição é abrangente, sugerindo que a intenção da norma é incluir uma ampla gama de contratos, sejam eles convencionais ou não, sem distinção de objecto[143]. Não há motivo para que um contrato feito no domicílio não possa abranger também a disposição de um direito[144].

Não se aplica aos contratos de fornecimento de bens de uso doméstico comuns, entregues regularmente por vendedores em domicílio, contratos de seguros e contratos relacionados a serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros[145].

Em terceiro lugar, o contrato é estabelecido na residência do consumidor; entretanto, o termo "domicílio" não deve ser interpretado, nesse contexto, com seu significado técnico-jurídico de residência habitual do consumidor[146].

Na verdade, o elemento relevante para este propósito não é o *status* de residência do consumidor, mas sim o facto de o fornecedor se dirigir a esse local para a celebração do

[142] As empresas que oferecem serviços de distribuição comercial ao domicílio devem criar e manter uma lista actualizada dos colaboradores que, em seu nome, fazem propostas, preparam ou concluem contratos na residência do consumidor. Essa lista, juntamente com os contratos, deve ser disponibilizada sempre que solicitada por qualquer autoridade competente. Além disso, os profissionais devem garantir que seus colaboradores estejam devidamente identificados com documentos apropriados, os quais devem ser sempre apresentados ao consumidor.

[143] CUNHA, Carolina, *Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Protecção do Consumidor:* In DInD, Vol. IV, 2005, pp. 285-330.

[144] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 164.

[145] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 164.

[146] V. art.º 82 CC.

contrato. Dessa forma, o regime dos contratos no domicílio também se aplica quando o consumidor está na residência de um amigo ou familiar. Da mesma forma, pode-se inferir que a situação está coberta pela norma quando o contrato é celebrado, por exemplo, em um hotel onde o consumidor está hospedado. Não se trata dos bens ou serviços oferecidos pelo hotel, já que, nesse caso, o consumidor está nas instalações comerciais por sua própria iniciativa[147].

Em quarto ponto, é essencial que tenha sido feito "um pedido prévio explícito pelo próprio consumidor". Este factor negativo pode ser dividido em quatro aspectos, todos os quais devem ser cumpridos para que o regime seja aplicado: a existência do pedido, a antecedência do pedido, a declaração explícita e a correspondência entre a pessoa que faz o pedido e a que firma o contrato[148].

Então, o consumidor deve ser o responsável por solicitar a visita do profissional ao domicílio. Também se requer que haja correspondência entre o produto ou serviço que está no contrato e aquele mencionado no pedido de visita do profissional[149].

O profissional é requerido a partir de uma solicitação do consumidor, não sendo necessário um consentimento prévio e expresso deste para a visita do profissional ao seu domicílio. Mesmo se o consumidor consentir com a visita do profissional, isso não pode ser interpretado como um pedido[150].

[147] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 165.

[148] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 166.

[149] CUNHA, Carolina, **"***Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Protecção do Consumidor*", Vol. IV, In DInD, 2005, p. 292.

[150] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 167.

Então, o método de como o pedido é feito não é relevante, mas sim se esse pedido decorre directamente da declaração expressa do consumidor e não de uma inferência baseada em factos. Por exemplo, se, durante uma ligação telefónica, o consumidor expressa interesse em um determinado produto ou menciona que está pensando em comprá-lo, isso não pode ser interpretado como um pedido para que o profissional vá até sua casa[151].

Por último, é necessário que a pessoa que solicita a visita seja também a pessoa que efectua o contrato. Se a pessoa que finalmente contrata for diferente daquela que fez o pedido, mesmo que haja proximidade entre elas, o contrato será regido pelo mesmo regime aplicável aos contratos realizados no domicílio[152].

4.4.3. Contratos celebrados no local de trabalho

O termo "local de trabalho" deve ser interpretado de forma abrangente neste contexto, sem depender da presença de um contrato de trabalho ou de prestação de serviços, englobando até mesmo a realização de serviços isolados[153].

Uma modalidade de interpelação do consumidor bastante frequente em Moçambique ocorre no local de trabalho, em vezes por um comerciante que exerce a actividade de forma profissional e habitual ao se dirigir ao domicílio profissional do consumidor e apresentar a proposta para a contratação e noutras pelos comerciantes ocasionais, maioritariamente colegas de trabalho que de forma esporádica se colocam na posição de oferecer a título oneroso um bem ou prestação se um serviço para que seja realizado o pagamento quando o salário fizer a sua vez.

[151] Cfr. n. º 1 do art. 217 CC.

[152] Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 169.

[153] CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito de Consumo*, cit., p. 136.

Tratando-se de uma realidade completamente habitual na realidade moçambicana, é uma forma de contratação igualmente órfã de previsão legal especifica sob a qual muito dificilmente o consumidor consegue exercer o seu direito de arrependimento nas situações em que perde interesse sobre a manutenção do contrato após ter feito uma avaliação melhor e livre de qualquer tipo de pressão exercida pelo fornecedor. Não poucos são os casos, em que o consumidor no local de trabalho se vê pressionado em levar determinado produto ou aderir a certo serviço, porque no calor da emoção um número expressivo de colegas também se propõe a contratar.

São práticas comerciais extremamente frequentes no campo social moçambicano que o legislador não está a ser capaz de acompanhar o ritmo, dificultando em larga medida a aplicação coerente do exercício do direito de retratacção estabelecido na lei de protecção dos direitos do consumidor[154].

E pela sua natureza se considera os contratos realizados no domicílio como equivalentes aos realizados no local de trabalho do consumidor[155].

Dessa forma, estamos diante de uma relação de consumo que não envolve, por exemplo, os bens ou serviços fornecidos pelo empregador no contexto do emprego, como salário ou benefícios. Os contratos celebrados no local de trabalho podem abranger uma ampla gama de contratos, independentemente de seu objecto. É fundamental que haja um "prévio pedido expresso por parte do mesmo consumidor".

A característica distintiva é o facto de serem celebrados no local de trabalho do consumidor. A expressão "local de

[154] O art.º 26 do Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto não vai mais longe do que apenas prever a proibição de publicidade relativas a bebidas alcoólicas nas instituições públicas.

[155] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 174, revela que "não se trata de uma novidade da lei portuguesa, uma vez que a Directiva 85/577/CE já abrangia estes contratos, embora directamente e não por equiparação".

trabalho" deve ser entendida em um sentido amplo, não dependendo do vínculo entre o (eventual) consumidor e a pessoa para a qual ele trabalha. Não é necessário que exista um contrato de trabalho para a aplicação dessa norma, nem mesmo um contrato de prestação de serviços com um terceiro, podendo se tratar do exercício de uma profissão liberal ou qualquer actividade profissional, mesmo que isolada[156].

A regra também se estende aos contratos realizados no ambiente educacional do consumidor. Esses locais de estudo são considerados ambientes de trabalho em uma interpretação ampla, e essa situação está alinhada com o propósito da lei. O objectivo principal do dispositivo é proteger o consumidor que pode ser abordado por um profissional em um ambiente onde normalmente não espera ser alvo de vendas agressivas. Em uma escola ou universidade, o consumidor também é amparado por essa legislação. Não se refere aos bens ou serviços oferecidos pela própria instituição de ensino, pois, nesse caso, o consumidor está activamente indo até o local para celebrar o contrato[157].

A questão que surge diz respeito à aplicação das regras ao fornecimento de bens ou serviços no local de trabalho do consumidor pela entidade empregadora, fora do contexto da relação de trabalho. Este é o cenário em que uma empresa oferece determinado produto ou serviço e propõe a adesão no local de trabalho do trabalhador. Sem dúvida, trata-se de uma forma altamente invasiva de oferta, uma vez que o consumidor não só se encontra num ambiente onde

[156] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 175, exemplifica que "Uma pessoa que vai a um local para participar de uma conferência ou aula é considerada no local de trabalho para efeitos do diploma, se receber a visita de um profissional nesse local e os outros requisitos de aplicação do regime estiverem presentes".

[157] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 176.

não espera a visita de um fornecedor ou a apresentação de uma proposta, mas também porque não possui a liberdade necessária, em relação à contraparte, para tomar uma decisão informada e imparcial, sem enfrentar os possíveis constrangimentos de recusar a contratação.

4.4.4. Contratos celebrados em reuniões

Esses contratos são também equiparados aos contratos feitos no domicílio, não importando se o consumidor está ciente de que, ao comparecer ao local da reunião, estará participando de uma demonstração organizada pelo fornecedor.

Conforme entendido pela doutrina e pela legislação de países que já tenham regulado, esta regra se aplica independentemente do número de pessoas presentes na reunião. Basta que haja um convite do fornecedor para uma pessoa para organizar uma demonstração de bens ou serviços, e que o consumidor participe deste evento, mesmo que acabe sendo o único destinatário do convite para que o regime seja aplicável aos contratos celebrados nessas condições.

> Em resumo, ao combinar o primeiro parágrafo com esta alínea, conclui-se que, em qualquer situação em que exista uma relação de consumo, desde que não esteja envolvido um dos bens ou serviços excluídos pelo artigo 14 e não tenha ocorrido um pedido expresso prévio de um consumidor para que um fornecedor se desloque ao seu domicílio ou ao domicílio de outro consumidor com o objectivo de celebrar qualquer contrato, aplica-se o regime dos contratos celebrados no domicílio ou equiparados a estes[158].

[158] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 176.

Uma questão intrigante é se as disposições se estendem aos contratos celebrados pelo consumidor que tenha organizado o encontro. A resposta a essa pergunta depende, em grande parte, da relação que o organizador do evento tem com o fornecedor. Se as reuniões forem organizadas de forma regular e com o intuito comercial para o organizador, mesmo que ele também possa ser considerado consumidor naquela relação específica, o regime não se aplica, pois ele não está sob pressão para celebrar o contrato[159].

4.4.5. Contratos celebrados em excursões

A prática comum de empresas é organizar excursões com o propósito de promover a venda de produtos ou serviços. Geralmente, essas excursões são oferecidas gratuitamente ou a um custo simbólico, em reconhecimento ao serviço proporcionado, e o principal objectivo da empresa é garantir a celebração de contratos durante essas viagens[160].

A protecção ao consumidor se justifica pelo facto de ele estar em um ambiente desconhecido, sujeito a abordagens agressivas por parte do profissional e às demonstrações dos produtos ou serviços. O facto de as deslocações serem custeadas total ou parcialmente pelo profissional pode criar no consumidor um sentimento de obrigação moral de contratar[161].

A influência sobre os consumidores é significativa, pois além de estarem sob pressão ao se encontrarem em um local desconhecido escolhido pelo profissional, têm dificuldade em sair do local da demonstração e podem ser expostos a tácticas agressivas de venda. Ao participarem da excursão

[159] Neste sentido CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 177.

[160] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 178.

[161] CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 137.

de forma gratuita ou por um valor simbólico, podem sentir-se moralmente obrigados a fazer uma compra. Para isso, o fornecedor deve organizar a viagem, sendo um dos objectivos a venda de bens ou serviços, seja por ele próprio ou por outro fornecedor com quem tenha alguma relação comercial. Embora não seja necessário que a venda seja o único objectivo da viagem, deve ser um dos propósitos principais[162].

A publicidade relativa a excursões e hotelaria, viagens e turismo deve ser realizada de maneira que não desiluda as expectativas do consumidor destinatário. O material publicitário produzido (folhetos, panfletos, anúncios, etc.) precisam conter informações relevantes quanto a: organização responsável pela promoção do evento, informações suficientes sobre as características do transporte, as rotas, a duração da viagem, as acomodações e a refeição e as condições sobre o cancelamento[163]. No entanto, essa norma regula apenas os conteúdos de publicidades para realização de excursões, que se mostra menos agressiva do que a publicidade com ocorra já no decurso da excursão.

4.4.6. Contratos celebrados em local indicado pelo profissional

Entre as várias formas de celebrar contratos, esta pode ser a que mais problemas apresenta hoje em dia no que se refere à protecção dos consumidores, juntamente com os contratos realizados fora do estabelecimento. É uma prática bastante comum: o consumidor recebe uma ligação telefónica de um representante de uma empresa, informando que ganhou um prémio, como uma viagem ou um electrodoméstico, e só precisa ir a um local específico para recebê-lo; lá, o consu-

[162] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo,* cit., p. 178.

[163] Cfr. art.º 38 do Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto.

midor precisa assistir a uma apresentação de um produto ou serviço e é confrontado com uma técnica de venda muito agressiva e persuasiva, o que o leva a celebrar um ou mais contratos. Outra prática semelhante é abordar uma pessoa na rua e convidá-la a entrar em um estabelecimento comercial, onde é então sujeita a uma técnica de venda agressiva[164].

O contrato precisa ser firmado no local especificado pelo fornecedor; o consumidor deve se dirigir a esse local por sua própria iniciativa e responsabilidade; e essa deslocação particular deve ser organizada pelo fornecedor como parte de uma actividade promocional[165].

No que diz respeito ao primeiro ponto, é importante notar que esta regra não limita a aplicação do regime apenas aos contratos feitos fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Pelo contrário, os contratos celebrados dentro do estabelecimento comercial do fornecedor também estão sujeitos à regra e são comuns sob este regime. Por isso, ao contrário não se concentra exclusivamente nos contratos feitos fora do estabelecimento. A exigência de que o consumidor se desloque ao local determinado pelo fornecedor por sua própria conta e risco deve ser interpretada de forma restrita, considerando a intenção da regra. O objectivo é proteger o consumidor quando ele é chamado pelo fornecedor para ir a um local específico, onde será exposto a uma técnica de venda de produtos, sem que seja relevante a forma como o consumidor chega ao local indicado[166].

[164] Ainda no mesmo sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., pp. 179-180.

[165] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 180.

[166] CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, cit., p. 181, "assim, por sua conta

Em Moçambique a mais emblemática feira para a divulgação de produtos ou serviços organiza-se anualmente e é denominada de FACIM (Feira Internacional de Maputo) organizada de IPEX (Instituto para de Apoio a Exportação), cujo principal objectivo cinge-se na estimulação da produção, promoção do intercambio comercial, incentivo ao consumo e a integração do país na economia global.

Trata-se de um evento que dura no máximo duas semanas nas quais os fornecedores expõem os produtos e serviços e socorrem-se das mais diversificadas formas de persuasão dos consumidores que visitam a exposição. Considera-se um espaço de elevada competitividade, na qual se colocam em actuação diversos comerciantes até com produtos e serviços similares que buscam enquanto a feira durar fortificar as suas relações com os eventuais clientes.

Por mais que se o fornecedor monte uma estrutura organizacional com características parecidas com as do estabelecimento habitual, estar-se-á no caso vertente diante de um estabelecimento ocasional, criado concretamente para atender as necessidades pontuais daquele evento, e a intenção inicial do consumidor mais do que a de celebrar um negócio traduz-se na ideia de apreciar a exposição e possivelmente contratar como uma opção consequente da primeira.

Nesse espaço, claramente que o consumidor se vê confrontado com inúmeras formas de publicidade altamente agressivas e em contacto com um ambiente de consumo que o deixa efectivamente vulnerável e propenso em celebrar contratos sem o devido tempo para a reflexão, o que aumenta em larga medida as chances de a curto prazo se arrepender.

.....

e risco deve ser interpretado restritivamente, no sentido de deslocação voluntario no local indicado pelo fornecedor".

4.4.7. Contrato de crédito ao consumo celebrado fora do estabelecimento comercial

Apesar de não serem concluídos fora do estabelecimento, é muito comum nos dias que correm que as instituições vocacionadas a concessão de créditos bancários, realizem propostas para celebração de contratos de concessão de créditos ao consumo fora do local onde habitualmente se realizam as actividades comerciais, através de campanhas de angariação de clientes caracterizada pela deslocação dos trabalhadores bancários, normalmente os gestores de clientes para as locais que se encontrem potenciais consumidores, geralmente as instituições de trabalho[167].

Tais campanhas de angariação de clientes, para além do incremento nos lucros dessas instituições bancárias como resultado da massiva concessão de créditos reembolsáveis com taxas de juros consideravelmente altas, constituem vantagens para os colaboradores (gestores de clientes) que normalmente auferem algum ordenado suplementar no seu vencimento mensal, razões pelas quais impõem o máximo esforço possível para tal angariação.

Sucede, que para alcance do objectivo imediato de amealhar benefícios aliado a fragilidade do consumidor que em muitas das vezes se encontra em situação de carência financeira, torna possível a celebração de um contrato sem que a devida reflexão seja realizada.

Os documentos exigidos para a conclusão do contrato, bem como o preenchimento dos formulários correspondentes, é realizada no local do primeiro contacto ou em outro

[167] A campanha Centro de Desenvolvimento de Sistemas de Informação de Finanças (CEDSIF) do Banco Comercial de Investimentos dedica especificamente a concessão de créditos ao consumo aos funcionários públicos, na qual o processo de angariação de clientes passa pelo deslocamento dos colaboradores do banco para escolas ou outras repartições públicas.

convencionado pelas partes, e o consumidor em nenhum momento tem a necessidade de se deslocar para a agência bancária afim de tratar qualquer questão que seja relacionada com o contrato de financiamento.

Significa que, todo esse processo de contratação, que não é por sinal isolado, ocorre sem o amparo de um instrumento normativo regulador de acordos celebrados com especificidades que tais que submetem ao consumidor em acentuado risco de lesão aos seus interesses, tendo que recorrer para solucionar eventuais conflitos resultantes do contrato a leis gerais do sistema.

4.5. Deveres de informação pós-contratual

Sucede igualmente que após a cessação do contrato essa necessidade de prestação de informação seja imposta. Entende-se, assim, que são impostos deveres de determinado comportamento não apenas enquanto perdurar a relação contratual, bem como em diferentes outras circunstâncias, nomeadamente, antes da celebração e após a extinção do vínculo contratual. No entender do legislador, a existência de deveres entre as partes que transcendam a constância do contrato, é justificado no comportamento pouco adequado susceptível de causar danos, pelo que uma qualquer conduta omissiva anterior ou posterior a celebração contratual pode ser importante para aferir e determinar-se se foi ou não lesiva[168].

A obrigação de prestação informação e pautar pela conduta de boa-fé, precisa avaliada em diferentes episódios nomeadamente, antes, durante e após a celebração do contrato. Há sempre que analisar, em todos os casos, em que termos ele se considera omisso e em que moldes a responsabilização irá incorrer.

[168] TIMBANE, Tomas, *A Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Moçambicano: Novos Desenvolvimentos,* cit. p. 353.

Pode verificar-se que os sujeitos estabeleçam regras para a negociação de um contrato, prevendo-se custos a serem suportados, e por alguma razão o mesmo não venha a ser celebrado, ou mesmo tendo sido celebrado, mais tarde por inobservância de qualquer formalidade imposta por lei ou convenção se considere inválido por responsabilidade individual de uma das partes por virtude de ter frustrado as expectativas de quem se comporta de boa-fé.

> Não se encontram decisões que traduzem o tema abordado especificamente com a profundidade necessária, numa conclusão aproximada da verdade, se deve a reduzia ocorrência de processos desta natureza, apesar da sua incontestável relevância quotidiana. De qualquer forma, existem os Acórdãos que tiveram com Relator o Juiz Conselheiro, Dr. Mário Mangaze em sede do Proc. n.º 03/97 e Proc. n.º 37/2006 (V. Acórdãos do Tribunal Supremo – Jurisdição Cível, de Menores e Laboral, 2009-2012 (2012), Vol. II, Tribunal Supremo, Maputo, pp. 68-73 e 284-289), e posteriormente no Proc. n.º 24/2018, que teve como Relator o Juiz Conselheiro, Dr. Adelino Muchanga (V. Acórdãos de Tribunal Supremo – Jurisdição Cível, de Menores e Laboral, 2015-2021 (2023), Vol. II, Tribunal Supremo, Maputo, pp. 421-426, no concernente a violação do dever de informação, permite sublinhar que a temática não se mostra completamente ignorada na jurisprudência em Moçambique, mesmo que as citações feitas sejam extremamente vagas e generalizadas e não se permite aferir como é que os Tribunais moçambicanos abordam as diversas vicissitudes sugeridas pelo assunto. De igual modo, pode-se consultar o Acórdão da Secção Cível do Tribunal Superior de Recurso da Beira, proferido no Proc. n.º 121/2017, relatado pela Juíza Desembargadora, a Dr. Hirondina

Pumula (não publicado) que aborda sobre a temática da boa-fé no âmbito da responsabilidade contratual[169].

De qualquer forma, as regras impostas de dever de informação pós-contratual nos contratos fora do estabelecimento, são aplicáveis em tudo quanto não colidir com as regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância.

5. Quadro legislativo sobre a contratação à distância e fora do estabelecimento em Moçambique e na Região

5.1. A lei de transacções electrónicas

No ano seguinte do da aprovação do Regulamento da Lei de Defesa do Consumidor, um passo mais arrojado foi dado ao nível do quadro legislativo pátrio que culminou com a aprovação da Lei n.º 3/2017 de 9 de Janeiro, denominada "Lei de Transacções Electrónicas" com o intuito de finalmente regular as transacções electrónicas, o comércio electrónico, mas também o governo electrónico. Como facilmente se vislumbra, a orientação do legislador não se limitou exclusivamente em definir nuances que pudesse regular exclusivamente a matéria do comercio electrónico, a referida contratação comercial fora do estabelecimento, por meio de correspondência ou equivalente que já vinham previstas nas legislações anteriormente mencionadas (Lei de Defesa do Consumidor e o seu Regulamento), embora sem qualquer definição e regimento, mas também, tratou de trazer para

[169] TIMBANE, Tomas, *A Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Moçambicano: Novos Desenvolvimentos,* cit. pp. 353-354, desenvolve que "apesar de a pesquisa cingir-se nos Tribunais Superiores (V. Acórdãos de Tribunal Supremo e Acórdãos dos Tribunais Superiores de Recurso em http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudencia/acordaos-do-tribunal-supremo) e nos Tribunais Superiores de Recurso (http://www.ts.gov.mz/index.php.pt/jurisprudencia/acordaos-dos-tribunais-superiores-de-recurso).

regulação o Governo Electrónico, que não será objecto de tratamento por nossa parte.

Com a aprovação em Janeiro de 2017 da presente lei que estabelece o regime jurídico das transacções electrónicas, do comércio electrónico e do governo electrónico, é conferida previsão legal a protecção de dados pessoais em Moçambique, embora de uma forma sectorial. Esta lei, que visa garantir a segurança dos provedores e utilizadores das tecnologias de informação e comunicação, tem como objectivo estabelecer um ordenamento jurídico em que o comércio electrónico, as mensagens de dados, comunicações electrónicas e serviços do governo electrónico se processem com a necessária celeridade e segurança jurídica, aumentando a segurança do cidadão na utilização das transacções electrónicas como meio de comunicação, de prestação de serviços de consumo em massa e promover o investimento público e privado no sector das tecnologias de informação e comunicação.

Esta lei, conjugada com a garantia do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada do artigo 80 do Código Civil, reforça o quadro jurídico legal em matéria de comércio e transacções electrónicas, bem como a protecção de direitos e garantias do consumidor, por conseguinte regular de forma autónoma, exaustiva e comum a todos os sectores a matéria referente a protecção dos direitos de consumo na contratação electrónica, dedicando apenas quatro dos setenta e cinco artigos e reproduzindo pouco desenvolvimento, a previsão constitucional. A lei ficou claramente curta no que respeita à protecção dos direitos do consumidor e a regulação do comércio electrónico, ou a distância, o que permite-nos entender que não era esta a principal preocupação a quando da sua criação.

Por mais que a Lei tenha reservado um espaço específico (CAPÍTULO IV) para tratar do comércio electrónico, a própria definição do instituto foi remetida para o glossário, compre-

endendo-se como qualquer "actividade económica ao abrigo da qual uma pessoa oferece ou garante através de meios electrónicos a prestação de bens e/ou serviços".

O n. °1. do art.º 33 da LTE vem regulares a formação e execução dos contratos, e impõe que as partes contraentes se devam alicerçar desde os preliminares até a sua conclusão segundo os ditames do sacrossanto princípio da boa fé, para não incorrer aos deveres de responsabilidade civil.

Este trecho destaca os prazos e consequências relacionados à execução do contrato por parte do vendedor do bem ou prestador do serviço:

i) Prazo de execução do contrato: O vendedor do bem ou prestador do serviço tem um prazo de 30 dias, contados a partir do dia seguinte ao qual o consumidor transmite a obrigação. Esse prazo pode ser alterado se as partes concordarem de outra forma.
ii) Consequências do não cumprimento: Se o vendedor ou prestador do serviço não cumprir o prazo estabelecido, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato. Para isso, o consumidor deve enviar um aviso por escrito com pelo menos 7 dias de antecedência. Após a notificação ao fornecedor, o consumidor tem o direito de receber um reembolso do valor pago dentro de 30 dias.
iii) Situações de indisponibilidade do bem ou serviço: Da mesma forma, se o vendedor ou prestador do serviço não conseguir fornecer o bem ou serviço encomendado ou solicitado, aplica-se a mesma solução descrita acima. O consumidor tem o direito de rescindir o contrato e receber um reembolso dentro do prazo estipulado[170].

[170] Cfr. art.º.33, n.º 3 e 4 da LTE.

A protecção do consumidor, de forma explicita merece consagração no Capítulo VI, entre os arts.º 43 a 46 da LTE, remetendo a interpretação e a aplicação das referidas normas em consonância com a legislação geral de defesa do consumidor.

O dever de informar suficientemente em contratos firmados no comércio electrónico, nos termos da legislação ocorre apenas quando àqueles forem celebrados entre empresas comerciais e os consumidores, com o propósito de facilitar a identificação das partes[171]. Ora, pelo menos duas ilações se podem retirar: a primeira é de que o direito de o consumidor obter informação suficiente, clara e necessária para a celebração do negócio só lhe será garantido enquanto estiver a contratar com uma empresa comercial, o que não nos parece razoável, e feliz a posição do legislador; e a segunda, é a de que, apenas as empresas comerciais poderão celebrar com os consumidores contratação electrónica, o que destoa com a definição do comércio electrónico dada pela própria lei no glossário como "a actividade económica ao abrigo da qual uma pessoa oferece ou garante através de um meio electrónico a prestação de bens e/ou serviços".

Logo, através do acima postulado, se pode com facilidade perceber que não apenas as empresas comerciais podem contratar electronicamente, assim como qualquer pessoa singular ou colectiva[172], desde que esteja legalmente permitida para a realização da actividade comercial, representando-se ou não por intermédio de uma empresa[173].

[171] Cfr. art.º 44, n.º 1 da LTE.

[172] Sobre as pessoas singulares e pessoas colectiva cfr. arts.º 66 e 158 do CC.

[173] Para CORREIA, Miguel Pupo, Tomás, António José e Paulo, Octávio Castelo (colaboração), *Direito Comercial: Direito da Empresa,* 11º ed., revista e actualizada, Lisboa, 2009, p. 43 " o termo empresa, usa-se por vezes para significar a actividade comercial desempenhada pelo comerciante de maneira profissionalizada e organizada, com objectivo a realização de fins de produção ou troca de bens e serviços".

O que visa a lei garantir no processo de dentificação das partes contraentes serão respectivamente[174]:

i) a designação da firma sob a qual a actividade da empresa comercial é desenvolvida;
ii) o principal endereço físico para o exercício da actividade, endereço da página de Internet, endereço do correio electrónico, número de telefone ou outra forma de contacto;
iii) se uma das partes contraente for uma entidade legal, o seu número de registo, os nomes dos seus representantes e o local de registo;
iv) o endereço para efeitos de registo governamental relevante ou número de licenças;
v) associação a quaisquer órgãos auto-reguladores de acreditação ao qual o negócio pertença ou subscreva e os detalhes do contacto do referido órgão;
vi) qualquer código de conduta subscrito pela empresa comercial e a forma como o mesmo pode ser acedido electronicamente pelo consumidor.

Para além de informações relativas a identidade das partes contraentes, e que na nossa percepção referem-se a apenas elementos de identificação de uma das partes, o empresário comercial e muito pouco ou mesmo nada no que ao consumidor diz respeito, a lei confere ainda, no comércio electrónico, o dever de prestar informação suficiente, clara e facilmente acessível no que tange aos bens e serviços oferecidos, por forma a garantir que o consumidor possa com acuidade se decidir antes da execução do contrato (realização da transacção), bem como, permitir o seu devido registo[175].

[174] Cfr. art.º 44, n.º 1, als. a) à f) da LTE.
[175] Cfr. art.º 44, n.º 2 da LTE.

Na contratação electrónica, ao fornecer incumbe também a obrigação de disponibilizar informações sobre os termos e condições para a sua celebração, bem como os custos adjacentes a operação, para que a contraparte não se surpreenda com qualquer outra despesa relacionada, como por exemplo as comissões debitadas para a transferência do valor e os custos para o envio do bem ou entrega do serviço[176].

Sempre que necessária, os contratos devem conter informações ainda referentes ao[177]:

i) preço total dos bens ou serviços, custos de transporte, impostos, taxas e outros;
ii) os termos, condições e métodos de pagamento;
iii) quaisquer termos do contrato, garantias são aplicáveis a transacção e a forma como são acedidos, armazenados ou reproduzidos electronicamente pelos consumidores;
iv) o momento em que os bens em que os bens são enviados ou entregues, ou em que os serviços são prestados;
v) a forma e o período que os consumidores podem aceder e manter um registo completo da transacção;
vi) a política de devolução, troca, reembolso e reclamação;
vii) qualquer instrumento de resolução, de disputas alternativas no qual o empresário comercial é subscritor e a forma como a redacção da redacção do referido código pode ser acedida electronicamente pelo consumidor;
viii) os procedimentos de segurança e política de privacidade a respeito do pagamento e informação pessoal;

[176] Cfr. art.º 44, n.º 3 da LTE.
[177] Cfr. art.º 44, n.º 4 al. a) à i) da LTE.

ix) a duração mínima do contrato para o fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução periódica ou continuada.

Por fim, estabelece a lei, ainda no quesito da informação a mesma precisa ser capaz de permitir que o fornecedor conheça[178]:

i) a duração mínima do contrato para o fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução periódica ou continuada;
ii) a oportunidade adequada para a revisão, correcção de eventuais erros e recusa na conclusão de transacção, antes de a celebrar;
ii) o texto completo e claro dos termos e condições relevantes relativas a transacção, de forma a permitir aos consumidores ter acesso a informação e manter um registo adequado da mesma;
iv) um aviso de recepção sem demora, conforme o especificado no artigo 31 da presente Lei.

Caso o fornecedor do bem, ou prestador de serviço incumpre com os deveres de informar postulados acima, ao consumidor é consignado o privilégio de interromper a contratação, desde que a realize num período de 14 dias úteis, contados desde a recepção dos bens ou dos serviços[179].

Verificando-se tal facto, nascem deveres a cada uma das partes[180]:

[178] Cfr. art.º 44, n.º 5 als. a) à a) da LTE.
[179] Cfr. art.º 45, n.º 1 da LTE.
[180] Cfr. art.º 45, n.º 1 al. a) e b) da LTE.

i) o consumidor deve devolver o bem fornecido ou, quando se aplicar, terminar a utilização dos serviços prestados;
ii) o empresário comercial deve reembolsar todos os pagamentos efectuados pelo consumidor, salvo o valor relativo ao custo directo da devolução dos bens.

Parece-nos que no artigo 45 da LTE, apesar de se encontrar epigrafado "direito do consumidor à livre resolução", o legislador continuou nos números finais a regular aspectos relacionados com o dever de informação adstrito ao empresário comercial, ao dispor no n.º 3 e no n.º 4 que este deve fornecer ao consumidor um mecanismo seguro de pagamento e informação acerca do nível de segurança que o referido mecanismo confere, sob pena de responder pelos eventuais danos que se verifiquem na esfera do consumidor, resultante da sua omissão.

É entendimento nosso, que as normas do n.º 3 e do n.º 4 do art.º 45 da LTE, encontram-se deslocadas por completo naquele artigo, não só porque a epígrafe dispõe sobre outra matéria, o direito à livre resolução que foi tão pouco explorado, mas também porque as matérias ligadas ao dever de informação e as consequências associadas à sua omissão, já teria sido tratada com alguma suficiência nos artigos anteriores.

Como mecanismo de suprir as omissões do artigo anterior, surge o artigo seguinte, com uma epígrafe logo a partida confusa quanto a matéria que pretenda de facto regular. Em primeiro lugar porque no art.º 46 da LTE encontra-se consagrados dois assuntos respectivamente, o período de arrefecimento e em seguida as restrições ao direito de livre cancelamento.

Não se colocam, pelo menos quanto a nós, problemas referentes a primeira matéria, mas, o mesmo não ocorre quanto a segunda. Neste aspecto o legislador consagra restrições

a um direito que teria sido consagrado no artigo anterior, que poderia dispor sobre as excepções para o seu exercício, ou das ditas restrições, sem contar que o instituto passa a ter nomenclatura diferente, anteriormente consagrado como "direito à livre resolução", agora tratado como "direito de livre cancelamento".

Porém, àquele é dos problemas o menor quando comparado ao que se pode verificar quando percorrido o art.º 46 da LTE, que estabelece no seu n.º 1 que "o consumidor tem o direito de cancelar a transacção electrónica ou qualquer contrato com ela relacionado, sem obrigação de fundamentar, devendo suportar apenas o custo de devolução dos bens, pelo fornecimento de:"[181]

i) bens dentro de um período de 7 dias após a recepção dos bens;
ii) serviços dentro de um período de 7 dias após a data da conclusão do acordo.

Se não vejamos, ao comparar os arts.º 45 e 46 da LTE, dois prazos para a desvinculação unilateral por parte do consumidor se podem encontrar, o de 14 e o de 7 dias respectivamente, o que é gerador de ambiguidades de interpretação. Parece-nos que o legislador que para o primeiro caso, o do prazo maior, irá ocorrer quando se verifique alguma culpa ou omissão do dever de informação incumbido ao fornecedor do bem ou prestador do serviço. Portanto, o direito à livre resolução, não será tão livre quanto parece, ele só poderá ser exercido pelo consumidor se o contrato desobedecer alguma das imposições de forma e conteúdo legalmente previstas, por factos que são imputados geralmente ao fornecedor

[181] Cfr. art.º 46, n.º 1, als. a) e b) da LTE.

do bem ou prestador de serviços, uma vez que apenas ao consumidor é conferida a prerrogativa.

Solução que não se considera justa, é a dada pela al. a) do n.º 2 do art.º 45 da LTE, que consagra o dever de o empresário efectuar o reembolso do pagamento efectuado pelo consumidor, com excepção dos custos relacionados a devolução do bem. Ora, se os deveres de prestar informação bastante sobre o bem ou serviço são incumbidos ao fornecedor, pois é a parte que detém tais informações, não deveria o consumidor ter que participar nas despesas resultantes de faltas que não lhe dizem respeito. Portanto, seria, em nossa opinião, que mesmo as despesas relacionadas a devolução do bem, fossem imputadas ao fornecedor e não ao consumidor.

No art.º 46 da LTE, é que se hão-de verificar a desvinculação unilateral imotivada propriamente dita, tratada como direito de livre cancelamento que ocorrerá no prazo de 7 dias. Para estes casos, o seu exercício pelo consumidor não dependerá de qualquer omissão do dever de informar por parte do fornecedor do bem ou do prestador do serviço, não carece da preterição de qualquer formalidade contratual, da inexistência de qualquer informação referente aos termos e condições, bastando apenas que o acordo tenha sido celebrado com recurso a um meio electrónico, para que o consumidor mereça de um direito de tempo para reflexão sobre o contrato realizado, para análise do bem recebido ou serviço a ser prestado, ou seja para se decidir efectivamente sobre a vontade de finalizar o acordo, uma vez que não beneficiou de um contacto presencial ou físico com o objecto que o permita com maior propriedade formar as suas convicções.

Exercido o direito, o consumidor tem direito a devolução do pagamento que tiver prestado por antecipação dentro de um período de 30 dias contados da data da manifestação de vontade em cancelar o contrato[182].

[182] Cfr. art.º 46, n.º 2 da LTE.

Portanto, o que o legislador não dispôs foi quanto as despesas relacionadas com a devolução do bem. Nestes casos, diferentemente da desvinculação unilateral motivada, faz algum sentido que as despesas de devolução sejam custeadas pelo consumidor ou pelo menos por ambos, uma vez que a finalização do acordo não ocorre necessariamente pela inconformidade, deficiência e irregularidades do bem ou do serviço, e sim da alteração da necessidade de o consumidor na manutenção do contrato, que pode até ser imotivada, apenas repensou e optou em não mais contratar.

No aspecto das excepções, o direito de livre cancelamento não se irá aplicar as situações de transacções electrónicas:[183]

i) para serviços financeiros, incluindo, de forma não limitativa, serviços de investimento, operações de seguro e resseguros, serviços e operações bancárias relacionadas com transacções em seguros;
ii) para serviços que tenham tido início como o consentimento do consumidor antes do fim do período de 7 dias referidos no artigo presente;
iii) quando o preço para o fornecimento de bens ou serviços for dependente da flutuação no mercado financeiro que não possa ser controlado pelo empresário comercial;
iv) para o fornecimento de bens confeccionados de acordo com as especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser devolvidos ou sejam susceptíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente.

Percebe-se desde logo que se está diante de uma lista meramente exemplificativa, uma vez que não se encontram

[183] Cfr. art.º 46, als. a) à d) da LTE.

enumeradas taxativa e claramente todas as restrições colocadas para a impossibilidade de o consumidor cancelar livremente o contrato. O legislador, inclinou maioritariamente restrições de arrependimento nos contratos de serviços financeiros e para o fornecimento de bens produzidos sob encomenda, com certa personificação ao gosto e pedido do consumidor e para artigos insusceptíveis de devolução em função da sua rápida deterioração ou perda do valor, sem especificar exactamente quais.

Assim sendo, caberá as partes convencionarem os termos claramente no contrato, o que nem sempre é possível, não apenas por descuido das partes, mas, também, pela forma rápida em que os negócios desta natureza são celebrados e na ausência, de estipulação, remeter-se-á ao aplicador da norma a um exercício complexo de interpretação.

Contrariamente a outras leis, a Lei n.º 3/1017, de 9 de Janeiro, não distingue a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, nomeadamente para meras actividades de transporte, armazenamento e acolhimento. Estas entidades são responsáveis por (art.º 16 da LTE)[184]:

i) manter a integridade das informações recebidas;
ii) evitar a utilização ou transmissão de dados e informações de terceiros enviados ou destinados a utilizadores;
iii) evitar a remarcação ou desactivação de acesso as informações armazenadas no equipamento;
iv) compensando os utilizadores pelos danos causados pelo incumprimento da obrigação de manter danos e informações de utilizadores confidenciais.

[184] ALMEIDA, Viera de, *Comércio Electrónico na CPLP, Avaliação Preliminar Acerca do Nível de Implementação de Legislação de Comércio Electrónico em Países da CPLP*, arctel_CPLP, 2019, p. 65

A presente lei estabelece igualmente a obrigação geral de os prestadores intermediários de serviços cooperarem com as autoridades públicas e com os utilizadores que tenham sofrido roubo, perda ou desaparecimento através de meios electrónicos (art.º 18 da LTE). Paralelamente, esta lei menciona a obrigação de os prestadores intermediários de serviços interagirem e identificarem os seus utilizadores, mas adia a regulamentação da questão para legislação futura, que não foi promulgada. Como tal, é difícil compreender como é que esta obrigação poderia ser cumprida (art.º 19 da LTE)[185].

5.2. Regulamento do Sistema de Certificação Digital de Moçambique

Pela necessidade de criar e regulamentar o Sistema de Certificação Digital de Moçambique (SCDM) visando a garantir, autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos em formato electrónico, ao abrigo dos arts.º 54 e 55 da LTE, o Conselho de Ministros aprovou em 2019, o Decreto n.º 59/2019, de 3 de Julho, cujo objecto traduz-se essencialmente na garantia de um ambiente electrónico seguro de transacções electrónicas no pais[186].

O referido sistema institui através da sua composição a confiança electrónica a partir de serviços que garantam[187]:

i) A realização de transacções electrónicas seguras;
ii) A autenticação segura e;
iii) A autenticidade, integridade, confidencialidade, validade jurídica e não repudio das assinaturas electróni-

[185] ALMEIDA, Viera de, *Comércio Electrónico na CPLP, Avaliação Preliminar Acerca do Nível de Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP,* cit. p. 65.

[186] Cfr. art. º 2 do SCDM.

[187] Cfr. art. 4, n. º 1 do SCDM.

cas de transacções ou informações em documentos electrónicos.

Contudo, apesar de resultar plasmado no presente instrumento a garantia de um instrumento seguro de transacções electrónicas no país, quase que nenhuma norma que proteja o consumidor perante possíveis lesões aos seus direitos que ocorram em transacções electrónicas de índole comercial podem ser encontradas.

5.3. Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados Pessoais (CUACPDP)

O instrumento presente foi adoptado pela vigésima terceira sessão ordinária da Cimeira, realizada na Guine Equatorial aos 27 de Junho de 2014, e constitui um dispositivo da região africana que Moçambique ratificou através da Resolução n.º 5/2019, de 20 de Junho é insofismável que a Lei de Transacções Electrónicas, consubstancia-se no "centro normativo nevrálgico" regulador do comércio electrónico que, nos termos do respectivo glossário, é definido como sendo "a actividade económica ao abrigo da qual uma pessoa oferece ou garante através de um meio electrónico a prestação de bens e/ou serviços" sendo que o meio electrónico, sob a égide do súbdito glossário, é "todo o meio tecnológico usado para a obtenção de dados no formato analógico ou digital, seu processamento, armazenamento, transmissão bem como a sua apresentação".

Merece realce que, paralelamente a definição que nos é trazida pelo glossário indexado à Lei das Transacções Electrónicas, a Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados Pessoais, que também possui um capítulo específico que versa sobre a mesma matéria, traz uma definição corporizada por um conteúdo diferente, sem

no entanto, se opor àquela, definindo o comércio electrónico como sendo o "acto de oferta, compra ou fornecimento de bens e serviços através de sistema de computadores e redes de telecomunicações tais como a internet ou qualquer outra rede através de meios electrónicos, dispositivos ópticos ou similares para a troca de informação à distancia".

Tendo, as normas corporizadas na Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados Pessoais, sido recebidas no ordenamento jurídico moçambicano tal e qual foram adoptadas naquela Convenção e, sendo certo que a partir da respectiva ratificação, tais normas assumem uma natureza infraconstitucional, em igualdade de circunstancia com as demais leis aprovadas no solo pátrio, isto em consonância com a forma da respectiva recepção pela Assembleia da Republica[188] – coexistem, neste caso duas normas de valor idêntico, versando sobre a mesma matéria.

Coloca-se no entanto, a questão relativa a aplicação da lei no tempo. Poder-se-ia questionar, se o capítulo referente as transacções electrónicas que insere a disciplina do comércio electrónico prevista na Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados Pessoais, revoga o relativo ao comércio electrónico na Lei de Transacções Electrónicas?

A resposta, neste particular caso de aparente confronto que, em bom rigor não chega a ser, é evidentemente negativa, pois ao se compulsar microscopicamente os dois capítulos, infere-se sem dificuldades acrescidas, que a "nova lei" não versa de forma contrária a "velha lei", mas sim recurso a enunciações sistemática-linguísticas diferentes, traz, na essência, um conteúdo similar, não prevalecendo, por isso, a regra de que a lei nova derroga a lei antiga.

[188] Cfr. art.º 18, n.º 2 da CRM.

5.4. Lei Modelo Harmonização das Políticas das Tecnologias de Informação e Comunicação na África Subsariana

O projecto de Harmonização das Políticas das Tecnologias de Informação e Comunicação na Africa Subsariana (HIPSSA) foi adoptado em 2008, durante a 2ª Conferência dos Ministros Africanos responsáveis pelas Tecnologias de Informação e Comunicação (CITMC-2)[189].

O projecto foi um esforço conjunto da União Internacional de Telecomunicações (UIT), da União Africana e várias Comunidades e Associações Económicas de Reguladores, com o apoio financeiro da União Europeia (EU). Apesar de a Lei Modelo publicada se ter focado nos Estados Membros da Comunidade para o Desenvolvimento da Africa Austral (SADC), entre os quais Moçambique e Angola da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), tem sido a base para o apoio técnico oferecido a outros países, incluindo membros da CPLP como a Guiné-Bissau, A Guiné Equatorial, Cabo Verde e São Tome e Príncipe[190].

Um dos objectivos do projecto HIPSSA era o de fortalecer e harmonizar o quadro jurídico para as transacções e comércio electrónico. A base do HIPSSA são as Leis Modelo da UNCITRAL, actualizadas com as provisões substantivas da Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Electrónicas em Contratos Internacionais, expandidas para cobrir questões relacionadas com a defesa do consumidor e a responsabilidade de prestadores de serviços. Adicionalmente, para garantir a relevância da lei, as provisões sugeridas são

[189] ALMEIDA, Vieira de, FERNANDES, Inês (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, ARCTEL_CPLP, 2019, p. 30

[190] https://www.itu.int/en/ITU-D/Projects/ITU-EC- ACP/HIPSSA/Pages/default.aspx. Acesso em 10.03.2024.

tecnologicamente neutras, ademais, foca-se em conceitos de áreas fundamentais de transacções e comunicações electrónicas[191].

De uma perspectiva de comércio electrónico, implica provisões acerca da atribuição de comunicações electrónicas, assinaturas electrónicas e acerca da elegibilidade de provas electrónicas.

A Lei Modelo HIPSSA SADC consagra como proposta três temáticas: a contratação electrónica, os documentos electrónicos e as assinaturas electrónicas.

Para as contratações electrónicas, o que se refere ao âmbito de aplicação, o modelo consagra que contratos concluídos electronicamente e os contratos resultantes de um sistema automático de mensagens, com ou sem interacção humana são validos e aplicáveis. As propostas para celebrar contratos são consideradas como convite para contratar, salvo disposição em contrário.

- Em caso de falha ou erro no conteúdo da mensagem enviada automaticamente insusceptível de correcção tempestiva, a comunicação electrónica só pode ser retirada se:
- Após a notificação ou constatação do erro, houver manifestação expressa de vontade para o cancelamento ou correcção;
- Forem tomadas acções suficientes para a devolução ou restituição dos bens;
- Não existir como resultado, proveito ou benefício material e;
- Em caso de pagamento, o reembolso total do valor recebido até 30 dias a contar do cancelamento.

[191] ALMEIDA, Vieira de, FERNANDES, Inês (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, cit. p. 31

Constituem obrigações dos fornecedores *online* as de providenciar ao consumidor informação suficiente acerca dos bens e sobre os meios de pagamento, bem como garantir que este tenha a oportunidade de rever as transacções electrónicas e corrigir os erros, ou até mesmo desistir da transacção dentro de 30 dias após a recepção da encomenda, salvo disposição em contrário.

Prevê ainda que consumidor tem direito de cancelar a transacção dentro de 30 dias após receber os bens tendo como efeitos:

- Proceder com a devolução dos bens ou interromper a utilização dos serviços pelo consumidor;
- Reembolso dos pagamentos recebidos com excepção dos custos associados a devolução, pelo fornecedor.

Prevê-se que nos casos em que for comprovada a falha na actuação do fornecedor, o consumidor poderá cancelar o contrato mediante pré-aviso emitido por escrito, dentro de 7 dias. Incumbe-se ao fornecedor o dever de comunicar ao consumidor sempre que não se torne possível realizar a entrega devido à indisponibilidade dos bens.

Respectivamente aos documentos electrónicos, será valida, qualquer meio de comunicação electrónica utilizada ou com intenção de ser utilizada, produzindo os respectivos efeitos jurídicos, com excepção de comunicações electrónicas que não preencham requisitos previstos em leis sobre transacções de propriedade de imóveis, testamentos, taxas de câmbios ou outras previstas em legislações internas dos Estados signatários.

As assinaturas electrónicas são válidas desde que o método de autenticação de identidade e vontade sejam apro-

priadas e fiáveis, se tratem de assinaturas seguras e criem presunção inilidível sobre a validade da assinatura, presuma-se que se trate de assinatura aplicada pelo seu titular e os serviços e produtos acreditados sejam reconhecidos com base em normas técnicas de padrão internacional.

Contudo, os requisitos de assinaturas electrónicas não se consideram cumpridas em transacções relacionadas com a propriedade de imóveis, testamentos, taxas de câmbios ou outras previstas em legislações internas dos Estados membros.

5.5. União Postal Universal – ECOM@AFRICA

Apesar de não se tratar de uma iniciativa de regulamenta, a União Postal Universal (UPU), numa perspectiva instrumental, também tem sublinhado a importância do reforço do comercio electrónico no continente africano[192].

Até a data da celebração da cimeira, países como a Tunísia, a Costa do Marfim e a Etiópia concordaram em estabelecer centros de abastecimento que serviriam também os países próximos. Eventualmente, serão desenvolvidos mercados virtuais entre si[193].

A ECOM@Africa é indicador da importância dada pelas organizações internacionais ao comércio electrónico, assim como do seu potencial no continente. Ademais, está incluída no programa uma avaliação de prontidão operacional dos países envolvidos no comércio electrónico[194].

[192] ALMEIDA, Vieira de, FERNANDES, Inês (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, cit. p. 34.

[193] Ecom@Africa makes new strides, disponível em http://news.upu.int/no_cache/nd/ecomafrica- makes-new-strides/. Acesso em 10.03.2024.

[194] eTrade for all - UPU: Operational Readiness for Ecommerce (ORE), disponível em https://etradeforall.org/development-solution/upu-operational-readiness-for-ecommerce-ore/. Acesso em 10.03.2024.

5.6. Iniciativas Regionais

A União Africana adopta estratégias em vários sectores com vista ao alcance dos objectivos da integração do continente no âmbito da ordem económica global, bem como para a harmonização de políticas e estratégias.

Com relevância, destacou-se em 2022 a Convenção da União Africana para a Ciberssegurança e Protecção de Dados Pessoais, sendo adoptada, finalmente em 2014. O objectivo da Convenção foi o de estabelecer um quadro legislativo da ciberssegurança no continente africano através da harmonização de questões ligadas ao comércio electrónico, à protecção de dados pessoais, cibercrime e Governo electrónico[195].

No que diz respeito aos países da CPLP, a convenção foi assinada pela Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Moçambique ratificou a Convenção a 20 de Junho de 2019[196]/[197] e Angola a 9 de Julho de 2019[198].

A nível de conteúdo, a Convenção sobre diferentes temas, e as provisões relacionadas com o comércio electrónico são recomendações bastante gerais. Estas reflectem de alguma forma os princípios electrónicos da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) quanto à equivalência funcional de documentos electrónicos, apesar de serem bastante fragmentadas[199].

[195] ALMEIDA, Vieira de, FERNANDES, Inês (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, cit. p. 36.

[196] Cfr. Resolução n.º 5/2019, de 20 de Junho de 2019.

[197] *Vide* supra 4.1.3.

[198] ALMEIDA, Vieira de, FERNANDES, Inês (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, cit. p. 36.

[199] ALMEIDA, Vieira de, FERNANDES, Inês (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, cit. p. 36.

6. Notas finais

A comunidade de consumo a cada tempo que passa tem vindo a crescer de maneira expressiva e por isso há uma necessidade igualmente crescente de se criarem instituições e instrumentos capazes de regular, supervisionar as dinâmicas das relações de consumo bem como prevenir ou dirimir possíveis atritos decorrentes das naturais posições divergentes entre as partes intervenientes na relação em causa.

Diante do dinamismo característico da actividade comercial, múltiplos são os fenómenos verificados socialmente com inegável relevância jurídica e que a não serem tratados com a importância que merecem propiciam cada vez mais elevadas situações de agressões aos interesses dos consumidores.

Ora vejamos, as trocas de produtos ou serviços realizadas por técnicas de comunicação à distância que vão desde os anúncios publicitários televisivos, radiofónicos ou por cartazes, jornais e equiparados, as com o recurso ao telefone através do uso de dados ou voz, por intermédio da internet através das mais diversificadas plataformas disponíveis até àquelas sobre as quais as negociações acontecem de forma repentina, em lugares mais improváveis como no trabalho, nas vias públicas ou em viagens já ocorrem a tempo extremamente considerável e por essa razão encontram-se em suficientemente evoluídas, de modo a se esperar que a sua regulação acompanhe o seu ritmo.

Contudo, a realidade moçambicana espelha uma situação completamente contrária. Apesar de existirem com frequência contratos de consumo celebrados à distância e fora do estabelecimento, não se torna possível encontrar uma lei quadro capaz de estabelecer as regras pelas quais os tais contratos se norteariam, aptas a garantir facilmente que tais contactos ocorram diante de certa segurança jurídica e sem

o recurso a improvisos normativos com intuito de colmatar os dissídios dela decorrentes.

O que se assiste, é o recurso a lei geral como o é o caso do Código Civil e do Código Comercial para regular e resolver questões de realidades completamente peculiares. Não será suficiente e nem correcto aplicar as disposições genéricas que estabelecem regras para os contatos de compra e venda ou de prestação de serviços celebrados de forma comum, em locais apropriados para o efeito, em contratos celebrados mediante especificidades próprias.

Quando parecia que em 2017 com a aprovação da Lei de Transacções Electrónicas o legislador tivesse tomado consciência da necessidade urgente de regulação e finalmente Moçambique passaria a beneficiar de um regime exaustivo capaz de protelar as operações do comércio electrónico, verifica-se o aparecimento de instrumento cujo objecto fulcral vê-se inicialmente confuso. Para além de não oferecer conteúdo avançado e soluções para os problemas suscitados no paragrafo anterior, vislumbra claramente do prêambulo que o diploma visa não apenas regular o comércio electrónico bem como assegurar que as transcções electrónicas sejam efectuadas de forma segura e simultaneamente regula-se no mesmo instrumento o Governo Electrónico, ou seja, sem atribuição merecida ao comércio electrónico entanto que tal.

Deste modo, os contratos de consumo celebrados à distancia e fora do estabelecimento continuam a ser celebrados ao bel prazer dos intervenientes, através de regras arbitrarias geralmente impostas pelo próprio fornecedor que em muitos casos não se traduz em um individuo que exerce profissionalmente a actividade comercial e sim ocasionalmente, sujeitando ao consumidor frequentemente a técnicas de interpelação agressivas e em nenhuma situação oferecer

condições para a devolução do bem ou cancelamento do serviço prestado quando considerar necessário.

Apesar de existirem em Moçambique, algumas plataformas digitais de comercialização electrónica como o Mais Vendas, OLX, Bazara, inúmeras páginas de lojas virtuais em páginas de redes sociais tal como o *facebook* e *instagram*, grupos de *whatsapp* muitos nos quais o ingresso dos membros sequer é consultado, anúncios publicitários televisivos ou radiofónicos, chamadas telefónicas com oferta de propostas, etc., regras básicas de contratação à distância são preteridas, não são prestadas informações referentes ao preço dos produtos ou serviços, mecanismo de entrega e o respectivo tempo, muito menos os processos a recorrer em caso de troca ou devolução. Situação não se mostra diferente para as frequentes situações de fornecedores que circulam de residência em residência, serviços e serviços ou mesmo em vias públicas na qual interpelam o consumidor com propostas para celebração de contratos sob os quais não representou, mediante atribuição de ofertas aparentemente aliciantes e modalidades de pagamentos e descontos tentadores.

É verdade, o aumento do uso de plataformas digitais para realizar transacções comerciais é uma tendência global que também se reflecte em Moçambique. No entanto, a falta de legislação específica para regular esses contratos pode gerar incertezas e desafios em caso de conflitos entre as partes.

A ausência de um arcabouço legal específico para contratos realizados *online* pode dificultar a resolução de disputas e levantar questões sobre qual legislação ou jurisdição deve ser aplicada em casos de litígios. Isso pode criar um ambiente de insegurança jurídica para as partes envolvidas, tanto compradores quanto vendedores.

Para lidar com essa lacuna legal e garantir uma maior protecção para os consumidores e comerciantes, seria importan-

te que Moçambique considerasse a adopção de legislação específica para regular contratos electrónicos e transacções realizadas através de plataformas digitais. Essa legislação poderia abordar questões como validade dos contratos, assinaturas electrónicas, responsabilidade das partes em caso de violação do contrato, entre outros aspectos relevantes para o comércio digital.

Além disso, promover a educação e conscientização sobre os direitos e responsabilidades das partes envolvidas em transacções *online* também seria fundamental para mitigar possíveis conflitos e proteger os interesses dos consumidores e comerciantes.

7. Bibliografica

Legislação

DIÁRIO DE REPÚBLICA ELECTRÓNICO, *Código Civil,* aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, tornando extensivo à República de Moçambique pela Portaria n.º 22869.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, *Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro*, aprova o Regime Jurídico da Publicidade Domiciliária por Telefone e por Telecópia, *in* Diário da República, n.º 22/1999, série I-A, de 27 de Janeiro.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, *Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril,* procede a Transposição da Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa a Protecção dos Consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, *in* Diário da República, n.º 97, série I-A, de 26 de Abril.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, *Decreto-Lei n.º 7/2004,* de 7 de Janeiro estabelece o Regime do Comércio Electrónico e realiza a transposição da Directiva n. 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, *in* Diário da República, n.º 5/2004, série I-A, de 7 de Janeiro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto n.º 65/2004 de 31 de Dezembro,* aprova o Código de Publicidade de Moçambique, posteriormente alterado pelo *Decreto n.º 38/2016, de 31 de Agosto*, *in* Boletim da República, n.º 52, série I, de 31 de Dezembro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique*, aprovada pela Assembleia da República, em 16 de Novembro de 2004 que entrou em vigor em Janeiro de 2005, actualizada pela Lei n.º 1/2023 de 23 de Agosto, *in* Boletim da República, n.º 163, série I, de 23 de Agosto.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de Dezembro,* com alterações introduzidas pela Lei n.º 2/2009, de 24 de Abril e Decreto-Lei n.º 1/2018, de 4 de Maio, aprovou o Código Comercial, posteriormente actualizado pelo Decreto-Lei n.º 1/2022 de 25 de Maio, *in* Boletim da República, n.º 99, série I, de 25 de Maio.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Resolução n.º 53/AM/2006, de 22 de Novembro*, estabeleceu a Postura Sobre o Comércio Ambulante em Lugar Fixo, *in* Boletim da República, n.º 47, série III, de 20 de Novembro.

DIÁRIO DA REPÚBLICA *Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de Maio,* procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, *in* Diário da República, n.º 97/2008, série I, de 20 de Maio.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei n.º 22/2009, de 28 de Setembro,* aprova a Lei de Defesa do Consumidor, *in* Boletim da República, n.º 48, série I, de 28 de Setembro.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, *Directiva 2011/83/EU, de 25 de Outubro*, estabelece Regras Relativas a Informação a Facultar nos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial, *in* Diário da República, n.º 92/2014, série I, de 24 de Fevereiro.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, *Decreto-lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro,* aprova o Regime Jurídico dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento, *in* Diário da República, n.º 32, série I, de 14 de Fevereiro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto n.º 75/2014, de 12 de Dezembro,* aprova o Regulamento de Controlo de Tráfego de Telecomunicações, *in* Boletim da República, n.º 100, série I, de 12 de Dezembro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto n.º 27/2016, de 18 de Julho*, aprova o Regulamento da Lei de Defesa do Consumidor, *in* Boletim da República, n.º 85, série I, de 18 de Julho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei n.º 4/2016, de 3 de Junho*, aprova a Lei de Telecomunicações, *in* Boletim da República, n.º 66, série I, de 3 de Junho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto n.º 67/2017, de 1 de Dezembro,* aprova o Regulamento de `Interoperabilidade de Governo Electrónico, *in* Boletim da República, n.º 188, série I, de 1 de Dezembro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei n.º 3/2017, de 9 de Janeiro,* aprova a Lei de Transacções Electrónicas, *in* Boletim da República, n.º 5, série I, de 9 de Janeiro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Resolução n.º 17/2018, de 21 de Junho,* aprova a Política para a Sociedade de Informação, *in* Boletim da República, n.º 122, série I, de 21 de Junho.

DIÁRIO DA REPÚBLICA, *Decreto-Lei n.º 78/2018 de 15 de Outubro*, altera o *Decreto-Lei nº. 14/2014 de 14 de Fevereiro*, que estabelece o regime legal aplicável aos contratos celebrados a distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, *in* Diário da República, n.º 198/2018, série I, de 15 de Outubro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Aviso n.º 9/GBM/2018, de 19 de Outubro*, aprova os Critérios da Capacidade Creditícia dos Mutuários pelas Instituições de Crédito, *in* Boletim da República, n.º 210, série I, de 29 de Outubro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto n.º 44/2019, de 22 de Maio*, aprova o Regulamento de Protecção do Consumidor do Serviço de Telecomunicações, *in* Boletim da República, n.º 98, série I, de 22 de Maio.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Resolução n.º 5/2019, de 20 de Junho*, ratifica a Convenção da União Africana sobre Ciberssegurança e Protecção de Dados Pessoais, *in* Boletim da República, n.º 119, série I, de 20 de Junho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto n.º 59/2019, de 3 de Julho*, aprova o Regulamento do Sistema de Certificação Digital de Moçambique, *in* Boletim da República, n.º 127, série I, de 3 de Julho.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei n.º 20/2020 de 31 de Dezembro,* aprova a Lei das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, *in* Boletim da República, n.º 250, série I, de 31 de Dezembro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Resolução n.º 69/2021, de 31 de Dezembro*, aprova a Política de Segurança Cibernética e Estratégia da sua Implementação, *in* Boletim da República, n.º 29, série I, de 11 de Abril.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Aviso n.º 8/GBM/2021, de 22 de Dezembro*, aprovou o Código de Conduta das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e de Protecção do Consumidor Financeiro, *in* Boletim da República, n.º 253, série I, de 31 de Dezembro.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto-Lei n.º 1/2022, de 25 de Maio*, aprova o Código Comercial.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Decreto-Lei n.º 3/2022, de 25 de Maio*, aprova o Regime Jurídico dos Contratos Comerciais, *in* Boletim da República, n.º 99, série I, de 25 de Maio.

DOUTRINA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2005.

ALMEIDA, Vieira de e FERNANDES, Inês, (Trad.), *Comércio Electrónico na CPLP – Avaliação Preliminar acera da Implementação de Legislação de Comercio Electrónico em Países da CPLP*, ARCTEL_CPLP, 2019.

ANTUNES, José Engrácia, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2018.

ANTUNES, José Engrácia, *O Conceito Jurídico de Consumidor,* Almedina, Lisboa, 2018.

ANTUNES, José Engrácia, *Direito do Consumo*, Almedina, Lisboa, 2019.

ANTUNES, José Engrácia, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, Anuário da NOVA *Consumer Lab – Yearbook of the* NOVA *Consumer Lab*, Lisboa, 2019.

BEZERRA, Clarice Pereira da Silva, *A Informação nas Relações de Consumo*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

BRITTO, Igor Rodrigues, "*Dever de Informação nos Contratos à Distância e ao Domicilio*", **In** *Estudos de Direito do Consumidor* – n.º 7, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2005.

CARVALHO, Jorge Morais, "*Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância,* **in** *Direito Privado e Direito Comunitário* – Alguns Ensaios, Âncora Editora, Lisboa, 2007.

CARVALHO, Jorge Morais, *Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância*, In: AAVV, "Direito Privado e Direito Comunitário – Alguns Ensaios", 2007.

CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo, Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito de Consumo*, Dissertação para o doutoramento em Direito Privado, Lisboa, 2011.

CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012.

CARVALHO, Jorge Morais e PINTO-FERREIRA, João Pedro, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento*, Almedina, Coimbra, , 2014.

CARVALHO, Jorge Morais, *Legislação de Direito do Consumo*, 3ª Ed. consolidada, Almedina, Coimbra, 2016.

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual do Direito do Consumo*, Almedina, 8ª Ed – Reempressão, Lisboa, 2023.

CORDEIRO, António Menezes, "*Da Natureza Civil do Direito do Consumo*": In *O Direito*, Ano 136, IV, 2004, pp. 605-640, p. 608 (reproduzido) posteriormente in *Estudos em Memoria do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005.

CORREIA, Miguel Pupo, Tomás, António José e Paulo, Octávio Castelo, (colaboração), *Direito Comercial: Direito da Empresa,* 11ª ed., revista e actualizada, Lisboa, 2009.

CUNHA, Carolina, *Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regulamentação Jurídica e Protecção do Consumidor:* Vol. IV, In DInD, 2005.

DUQUE, Ernesto Barera, "*Modelos de Negócios na Internet*", In ICET, Legis, Bogota, 2002.

FRANCISCO, José Mateus (2019), *A Protecção do Consumidor nos Contratos à Distância face ao Ordenamento Jurídico Angolano*, Dissertação de Mestrado e Ciências Jurídico-Forenses, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa.

GOMIDE, Alexandre Junqueira, *Direito de Arrependimento nos Contratos* – Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, 2009.

LEITÃO, Luís Menezes, "*A Protecção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas*", O Direito, Lisboa, A. 134° e 135°, 2002-2003.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2002), "*O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática*", Vol. I, In Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002.

LIMA, Pires de e Varela, Antunes, *Código Civil Anotado*, 4 Edª., Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

LOPES, Alexandre Augusto de Oliveira, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, Academia.edu, 2015.

LIZ, Jorge Pegado, *Introdução do Direito e a Política do Consumo*, Editorial Noticiais, Lisboa, 1999.

MEDEIROS, Maria Nascimento Borges de, *Os Contratos Celebrados à Distância no Decreto-Lei n.º 143/2011 e na Directiva 2011/83/UE*, Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídicas e Forenses, Universidade Nova de Lisboa, 2013.

MORAIS, Fernando Gravato, *Crédito aos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2009.

OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002.

PAUL, Leornard, *Direito da Publicidade em Moçambique, Anotado e Comentado, abordagem jurídica ao Decreto n. 38/2016, de 31 de Agosto*, FDS-Fim de Semana Lda., Maputo, 2017.

PEREIRA, Alexandre Dias, "*Comercio Electrónico e Consumidor*", In EDC, n.º 6, 2004.

PIZARRO, Sebastião Nobrega, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, 2005.

RAMOS, António Gama, *Contratos de Venda ao Domicílio: Breve Abordagem a uma Área Conflitual do Domínio dos Contratos*": In Estudos de Direito do Consumidor-n.º 4, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2002.

REBELO, Fernanda Neves, "*O Direito a Informação do Consumidor na Contratação à Distância, In* Liber Amicorum Mário Fota: A Causa do Direitos dos Consumidores, Almedina, Coimbra, 2012.

REBELO, Fernanda Neves, **"***O Direito de Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, In Liber Amicorum Mário Frota, A causa do Direito dos Consumidores, Almedina, Coimbra, 2015.

RODRIGUES, Raúl Carlos de Freitas, *O Consumidor no Direito Angolano,* Almedina, Coimbra, 2009.

SILVA, Fernando dos Santos, **"***Dos Contratos Negociados à Distância,* In Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 5, Coimbra, 1996.

SOUSA, Silva de, *"Contratos à Distância: O Ciberconsumidor", In Estudos do Direito do Consumidor* – n.º 5, Centro do Direito do Consumo, Coimbra, 2002.

SÍTIOS DE INTERNET

https://www.itu.int/en/ITU-D/Projects/ITU-EC-ACP/HIPSSA/Pages/default.aspx. Acesso em 10.03.2024;

Ecom@Africa makes new strides, disponível em http://news.upu.int/no_cache/nd/ecomafrica- makes-new-strides/. Acesso em 10.03.2024;

eTrade for all - UPU: Operational Readiness for Ecommerce (ORE), disponível em https://etradeforall.org/development-solution/upu-operational-readiness-for-ecommerce-ore/. Acesso em 10.03.2024;

http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudencia/acordaos-do-tribunal-supremo). Acesso em 26.06.2024;

http://www.ts.gov.mz/index.php.pt/jurisprudencia/acordaos-dos-tribunais-superiores-de-recurso. Acesso em 26.06.2024

ÍNDICE GERAL

APRESENTAÇÃO
António Pinto Monteiro.....

NON FUNGIBLE TOKENS (NFT) E TUTELA DO CONSUMIDOR
Mafalda Miranda Barbosa

1. Primeiras palavras. Circunscrição temática..... 9
2. Os *non fungible tokens* entre o consumo e o investimento..... 10
2.1. *Non fungible tokens* como instrumentos financeiros 11
2.2. Os investidores como consumidores e a sua tutela ao nível do mercado de NFT..... 13
3. Os específicos problemas comunicados pelo metaverso 22
3.1. A miscigenação entre consumo e investimento e os particulares problemas que daí resultam 22
3.2. A posição do consumidor no metaverso 42
4. O Regulamento MiCA 42

O USO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA AVALIAÇÃO DE SOLVABILIDADE – ASPETOS JURÍDICOS
Sandra Passinhas

1. Introdução 49
2. Parâmetros normativos da avaliação de solvabilidade do devedor..53
3. A avaliação de solvabilidade com base em sistemas de IA 56
4. A avaliação de solvabilidade à luz do Regulamento IA 60
5. A proteção contra a definição de perfis à luz do RGPD 66
a) O caso SCHUFA.....69
b) O caso D&M.....76
6. Conclusão 83

ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS – BREVES NOTAS

Fernanda Almeida

Sumário 85
I. Introdução 85
Ii. O Art. 437.º CC no tempo e no espaço 90
1. A autonomia privada e alteração das circunstâncias 90
2. O Direito Comparado 91
2.1 França 91
2.2 Itália 93
2.3 Inglaterra 94
2.4 Alemanha 95
2.5 Brasil 100
3. Em Portugal 100
3.1 O código de Seabra e o Anteprojeto 100
3.2 O regime dos atuais arts. 437.º a 439.º do CC 102
3.2.1 A formulação do normativo 102
3.2.2 Os requisitos de aplicação 103
3.2.3 Contratos a que se aplica o regime 111
a) Contratos com dilação temporal entre a sua celebração e a prestação a que se vinculou o devedor. 111
b) Contratos bilaterais, unilaterais e bilaterais imperfeitos 112
c) Contratos aleatórios 113
3.2.4 Os meios de reação 116
4. Interpretação conforme à Constituição 120
III. Aplicação jurisprudencial da modificação ou resolução por alteração das circunstâncias 123
1. A Jurisprudência pós-revolução 123
1.1 Tribunal Constitucional 123
1.2 Jurisprudência dos tribunais comuns 125

COMPETÊNCIA MATERIAL DOS CENTROS DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO: UM ESTUDO DE CASO

Carlos Filipe Fernandes de Andrade Costa 131

PUBLICIDADE COMPARATIVA E A TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSE DOS CONSUMIDORES E DOS CONCORRENTES*

Francisco Duarte de Figueiredo Dias

Introdução 153
I Antecedentes, regime, classificações e direito comparado 155

1. Antecedentes 155
1.1. Ordenamentos jurídicos primordialmente contra a prática da publicidade comparativa 155
1.2. Ordenamentos jurídicos primordialmente favoráveis à prática da publicidade comparativa 160
1.3. No seio da União Europeia 163
1.4. Ordenamento jurídico português 164
2. Legislação no Código da Publicidade: noção, ofertas especiais e ónus da prova da veracidade 165
3. Evolução da regulação do regime 166
3.1. Em Portugal 167
3.2. Na União Europeia 170
4. Elementos constitutivos e indícios 175
4.1. Utilização de testes comparativos 178
5. Condições de licitude 182
5.1. Condições referentes ao objeto 185
5.2. Condições referentes aos parâmetros em confronto 187
5.3. Condições referentes ao conteúdo 189
5.4. Casos de ilicitude absoluta 193
5.5. Sanções e medidas cautelares em caso de ilicitude ao abrigo do Código da Publicidade 194
6. Classificações 196
6.1. Publicidade comparativa direta 196
6.2. Publicidade comparativa indireta 197
6.3. Publicidade adesiva 198
6.4. Publicidade de tom pessoal 201
6.5. Publicidade de tom excludente 203
6.6. Publicidade puramente sugestiva 205
6.7. Autocomparação 206
6.8. Classificação por tipos de comparação 207
7. Regulação noutros países 209
7.1. Noutros países da União Europeia 210
7.2. Na Suíça 212
7.3. No Brasil 213
8. Síntese conclusiva 215
II Deliberações e decisões em matéria de publicidade comparativa 218
1. Deliberações da Auto Regulação Publicitária 218

1.1. Caso Danone Portugal, S.A. vs. Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.-: autocomparação 219
1.2. Caso Reckitt Benckiser vs. Procter & Gamble-: necessidade, objetividade, confusão e desacreditação da marca concorrente 220
1.3. Caso Lidl & Companhia vs. Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A.-: substituibilidade e preço 223
1.4. Caso OLX Portugal vs. Banco Credibom-: comparação com o líder de mercado e publicidade de tom exclusivo 225
1.5. Caso Transportes Aéreos Portugueses, S.A. vs. Skycop.com, UAB-: utilização de sinal distintivo semelhante ao do concorrente. 226
2. Decisões dos tribunais nacionais 228
2.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de maio de 2015: utilização do regime das marcas 229
2.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de novembro de 2020: utilização de listas comparativas 231
2.3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2017: negação da denegrição e desacreditação do produto concorrente 233
3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia 235
3.1. Caso Toshiba Europe GmbH vs. Katun Germany GmbH-: utilização de números de artigos 235
3.2. Caso Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG vs. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH-: omissão da marca, condições de aquisição, aquisição para teste e utilização da sigla da marca concorrente 237
3.3. Caso Carrefour Hypermarchés SAS vs. ITM Alimentaire International SASU-: tipologia ou dimensão dos postos de venda 239
3.4. Caso Posteshop SpA – Divisione Franchising Kipoint vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Presidenza del Consiglio dei Ministri-: conceitos de publicidade comparativa e de publicidade enganosa como ilícitos autónomos ou cumulativos? 241
3.5. Caso Lidl SNC vs. Vierzon Distribution SA-: comparação de preços relativamente a produtos com composição distinta 244
3.6. Caso O2 Holdings Limited e O2 (UK) Limited vs. Hutchison 3G UK Limited-: registo de marcas figurativas 245
3.7. Caso L'Oréal S.A. vs. Bellure NV 319-320-321: retirada de partido indevido de uma marca concorrente e apresentação de

um produto ou serviço como sendo imitação ou reprodução do concorrente 248
4. Síntese conclusiva 250
III Publicidade comparativa e o interesse dos profissionais e dos consumidores 253
1. Relação com as conceções de concorrência desleal e a tutela dos interesses dos consumidores e dos profissionais nelas presente 253
2. Argumentos a favor e contra a utilização da publicidade comparativa 256
2.1. Do lado dos profissionais 256
2.1.1. Argumentos a favor 256
2.1.2. Argumentos contra 258
2.2. Do lado dos consumidores 261
2.2.1. Argumentos a favor 261
2.2.2. Argumentos contra 264
3. Introdução do artigo 43.º no Código da Publicidade e mudanças na tutela dos direitos e interesses dos consumidores e dos profissionais 266
3.1. Diretiva referente às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores 266
3.2. Transposição da diretiva referente às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores para o ordenamento jurídico português no que toca à publicidade comparativa 270
3.3. Transposição da diretiva referente às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores no que toca à matéria da publicidade comparativa noutros ordenamentos jurídicos 272
3.3.1. Espanha e a semelhança com a transposição portuguesa da diretiva 272
3.3.2. Alemanha e Polónia e as respetivas soluções distintas da transposição portuguesa 273
3.4. Proteção dos consumidores em Portugal face à publicidade comparativa ilícita antes e depois da transposição da diretiva dedicada às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores 275
3.5. Aplicabilidade do regime da publicidade comparativa previsto no Código da Publicidade para os profissionais 282

4. Interesses dos consumidores vs. interesses dos profissionais: quais prevalecem no âmbito da publicidade comparativa? 283
5. Síntese conclusiva 287
Conclusão 290
Bibliografia 294
Jurisprudência 303
Decisões da Auto Regulação Publicitária: 303
Acórdãos dos tribunais nacionais: 304
Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia: 305

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS NO SETOR DA SAÚDE: A PUBLICIDADE ENGANOSA E AGRESSIVA

Patrícia Teixeira Fonseca

Resumo 307
PARTE I — O regime das práticas comerciais desleais 309
1. Um breve enquadramento: o Decreto-lei nº 57/2008 310
1.1. Âmbito de aplicação (objetivo e subjetivo) 311
1.2. A qualificação de práticas comerciais como desleais: os 3 níveis de proteção consagrados 312
PARTE II — As práticas de publicidade em saúde 316
1. A informação como vetor essencial do direito à decisão livre e esclarecida e o papel da publicidade 317
2. Âmbito de aplicação 321
2.1. Âmbito de aplicação objetivo 321
2.2. Âmbito de aplicação subjetivo 323
2.2.1. O *interveniente* 323
2.2.1.1. Quando o utilizador é prestador de cuidado de saúde 325
2.2.2. O *utente* 327
3. Princípios gerais a que deve obedecer a publicidade em saúde e a sua inovação 328
3.1. Princípios gerais a que deve obedecer a publicidade em saúde 328
3.1.1. Princípios da transparência, fidedignidade e licitude 329
3.1.1.1. A necessidade de colocação dos elementos de identificação nas páginas eletrónicas e redes sociais 331
3.1.2. Princípio da objetividade e princípio do rigor científico 334
3.2. A inovação trazida pelos princípios gerais das práticas de publicidade em saúde (ou a falta dela…) 336
4. Práticas de publicidade em saúde proibidas: uma análise comparativa com o Decreto-lei nº 57/2008 337

4.1. A publicidade enganosa ao abrigo do RJPPS 337
4.1.1. Um pequeno desvio: a falsa alegação de que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações e os chamados "produtos milagrosos". 345
4.2. Publicidade considerada "agressiva" 350
5. Regime sancionatório 351
6. A importância prática do DL nº 238/20015 desde a sua entrada em vigor 352
PARTE III - A proteção individual conferida ao consumidor(-utente) 355
1. A aplicação subsidiária do RPCD: o art. 14.º 355
1.1. O "ónus" da diligência do consumidor 357
Conclusão 359
Bibliografia 360
Siglas e Abreviaturas 362
ANEXO 363

A PUBLICIDADE A BEBIDAS ALCOÓLICAS
Ana Rita Rodrigues Contente

Resumo 365
Introdução 368
1. Conceitualização 369
1.1. Conceito de publicidade 369
1.2. Conceito de bebida alcoólica 370
2. As bebidas alcoólicas enquanto restrições ao objeto da publicidade 371
3. A Autorregulação Publicitária em matéria de publicidade a bebidas alcoólicas 373
4. O caso dos menores e as críticas à autorregulação 375
5. Publicidade e patrocínios 379
5.1. Publicidade e patrocínios[21] a atividades desportivas, culturais e recreativas dirigidas a menores 380
5.2. Publicidade e patrocínio de bebidas alcoólicas associada aos símbolos nacionais 382
6. O que nos diz a economia e a estatística? 386
7. Medidas recentes relativas à regulação das bebidas alcoólicas ..390
7.1. Os rótulos 390
7.2. A Estratégia Nacional de Luta Contra o Cancro 393
8. Seria a proibição da publicidade a bebidas alcoólicas uma solução? 394

Conclusão 398
Bibliografia 399
Livros e revistas 399
Notícias e outros link's 400
Vídeos publicitários 402
Decisões 403
Legislação 404

A PUBLICIDADE A JOGOS DE SORTE OU AZAR: DA (IN)ADMISSIBILIDADE AO CASO DO FUTEBOL

Gonçalo Proença Fidalgo

Resumo 405
Siglas e Abreviaturas 407
Introdução 408
1. O conceito de publicidade 409
1.1. Marketing e publicidade 410
2. Conceito de jogo de sorte ou azar 411
2.1. Do casino ao jogo online: a evolução dos jogos de sorte ou azar . 411
2.1.1. O Jogo Online e os videojogos como uma entrada para o mundo dos jogos de sorte ou azar 412
2.2. O Jogo online em Portugal 414
3. O vício em jogos de sorte ou azar como uma doença para a Organização Mundial de Saúde. 416
3.1. A crescente preocupação europeia 416
3.2. O caso português – a imperfeita implementação das recomendações – análise do art. 21º do código da publicidade 417
4. A publicidade e patrocínios a jogos de sorte ou azar no futebol ... 421
4.1. A correlação entre o aumento do volume de publicidade a jogos de sorte e azar online e o número de novos jogadores 422
4.1.1. Possíveis implicações destes mecanismos publicitários 424
4.2. O Caso Espanhol – Real Decreto 958/2020 425
4.2.1. Reflexão sobre o artículo 12 428
4.3. O Caso Italiano 429
4.4. A Evolução do Caso Inglês 430
5. O Caso Português 433
5.1. A curiosa redação do art.21º/5 do Código da Publicidade – breve nota 435
Conclusão 436
Bibliografia e Webgrafia 439

Links e dados estatísticos: 440
Legislação e recomendações: 441

OS EFEITOS LUSÓFONO E EUROPEÍSTA NA LEGISLAÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM TIMOR-LESTE

João Fernandes Moreira

Sumário 443
Resumo 444
1. Introdução 448
2. O efeito da lusofonia no constitucionalismo timorense 451
2.1. O problema do português enquanto língua oficial de timor-leste e de produção legislativa do país 452
2.2. A consagração constitucional dos direitos dos consumidores 454
3. O desafio da dispersão legislativa na proteção do consumidor 459
4. O "efeito lusófono" e o indireto "efeito de Bruxelas" na Lei de Proteção dos Consumidores de Timor-Leste 461
5. A formação e educação para o consumo: da consagração na LPC à prática 467
6. O potencial papel dos estabelecimentos de ensino superior na promoção do Direito do Consumo e proteção do consumidor 470
7. O "efeito de Bruxelas" na ASEAN e o futuro para Timor-Leste 473
8. Considerações finais 478
9. Bibliografia 480

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA AO CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS: A TUTELA CAUTELAR

Andreza Fernanda Velo Moraes

Resumo 483
I. O consumidor na ordem jurídica portuguesa 485
1.1 A Constituição de Portugal 485
1.2. Normas nacionais e comunitárias da UE de proteção e defesa do consumidor 487
II. Da desconformidade à demanda: o problema 492
III. Da proteção ao consumidor: a proteção jurisdicional efetiva como direito fundamental 494
3.1 Antecedentes históricos 494
3.2. O consumo enquanto direito fundamental 503

IV. A providência cautelar como instrumento da materialização do direito fundamental à proteção jurisdicional efetiva do consumidor 506
4.1. O tempo e a efetividade como fatores a considerar no processo. 506
4.2 Breve menção às disposições da administração da justiça e da tutela cautelar 513
4.3. Posição do Supremo Tribunal de Justiça sobre cautelar em matéria de direito do consumo 517
V. Breve conclusão 520
Referências bibliográficas 522
Livros físicos 522
Internet: livros digitais e sites 524

CONTRATOS DE CONSUMO CELEBRADOS À DISTÂNCIA E FORA DO ESTABELECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

Júlio Malene

Sumário 527
Resumo 528
1. Contrato de consumo 531
2. Contratos de consumo em especial 535
3. Contratos de consumo celebrados à distância 536
3.1. Requisitos 538
3.2. Deveres de informação pré-contratual 545
3.3. Formação dos contratos celebrados à distância 553
3.4. Modalidades de contratos celebrados à distância 555
3.4.1. Contratos celebrados por correspondência postal 555
3.4.2. Contratos celebrados com recurso a televisão e rádio 557
3.4.3. Contratos celebrados por telefone 560
3.4.4. Contratos celebrados através da internet 562
3.4.5. Contrato de crédito ao consumo celebrado à distância 568
3.5. Deveres de informação pós-contratual 571
4. Contratos celebrados fora do estabelecimento 574
4.1. Requisitos 580
4.2. Deveres pré-contratuais 582
4.3. Formação do contrato celebrado fora do estabelecimento 585
4.4. Modalidades ou Tipologia de Contratos Celebrados fora do Estabelecimento 587
4.4.1. Contratos celebrados no comércio ambulante 587
4.4.2. Contratos celebrados no domicílio 590

4.4.3. Contratos celebrados no local de trabalho 594
4.4.4. Contratos celebrados em reuniões 597
4.4.5. Contratos celebrados em excursões 598
4.4.6. Contratos celebrados em local indicado pelo profissional 599
4.4.7. Contrato de crédito ao consumo celebrado fora do estabelecimento comercial 602
4.5. Deveres de informação pós-contratual 603
5. Quadro legislativo sobre a contratação à distância e fora do estabelecimento em Moçambique e na Região 605
5.1. A lei de transacções electrónicas 605
5.2. Regulamento do Sistema de Certificação Digital de Moçambique617
5.3. Convenção da União Africana sobre Cibersegurança e Protecção de Dados Pessoais (CUACPDP) 618
5.4. Lei Modelo Harmonização das Políticas das Tecnologias de Informação e Comunicação na África Subsariana 620
5.5. União Postal Universal – ECOM@AFRICA 623
5.6. Iniciativas Regionais 624
6. Notas finais 625
7. Bibliografica 629
Legislação 629
Doutrina 632
Sítios de internet 635