ESTUDOS
DE
DIREITO DO CONSUMO

VOLUME IV

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO

VOLUME IV

2023

Comissão organizadora

Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha

Mestre Vítor Palmela Fidalgo

ALMEDINA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO
VOLUME IV

COMISSÃO ORGANIZADORA
Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde
Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha
Mestre Vítor Palmela Fidalgo

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.
Avenida Emídio Navarro, 81, 3D
3000-151 Coimbra
Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901
www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA
FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO
EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Junho, 2023

DEPÓSITO LEGAL

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).
Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ALMEDINA | GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO

Estudos de direito do consumo / org. Rui Ataíde,
Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo. – v.
V. 4. – p. - ISBN 978-989-40-0939-9

I – ATAÍDE, Rui
II – ROCHA, Francisco Rodrigues
III – FIDALGO, Vítor Palmela

CDU 346

PLANO DA OBRA

Volume I

Módulo I
Perspectivas nacionais do Direito do Consumo

Prof. Doutor António Menezes Cordeiro
O Direito dos consumidores em Portugal (2022)

Prof. Doutor Thomas Pfeiffer
Verbraucherrecht in Deutschland – Grundfragen und Perspektiven

Prof. Doutor Thomas Pfeiffer
Direito do Consumidor na Alemanha – Questões fundamentais e perspectivas

Prof. Doutor Simon Laimer / Dr. Lukas Klever
Geschichte und Gegenwart des Verbraucherrechts in Österreich

Prof. Doutor Simon Laimer / Dr. Lukas Klever
História e presente do Direito do Consumidor na Áustria

Prof.ª Doutora Nathalie Rzepecki
Le droit de la consommation en France

Prof. Doutor Alfredo Calderale
Diritti dei consumatori e mercato in Italia

Prof. Doutor Miguel Ángel Serrano Ruiz
Derecho de consumo en España

Prof. Doutor Ewoud Hondius
Consumer Law in the Netherlands

Prof.ª Doutora Fidelma White
The Evolution of Irish Consumer Law: past, present and future

Prof.ª Doutora Claudia Lima Marques
O Direito do consumo no Brasil: a codificação e os serviços

Prof.ª Doutora Wei Dan / Dr. Ângelo P. Rafael
O Direito do Consumidor de Macau. Rumo à Modernização da Regulação das Relações de Consumo

Prof.ª Doutora Christine Riefa
Consumer Law in the United Kingdom

Módulo II
Direito do Consumo na Constituição e no Direito da União Europeia

Prof.ª Doutora Ana Rita Gil
A Carta de Protecção do Consumidor do Conselho da Europa

Prof. Doutor Jorge Miranda
O Direito do consumo na Constituição portuguesa

Dr.ª Teresa Moreira
Políticas de Concorrência e de Proteção dos Consumidores da UNCTAD

Módulo III
Situações jurídicas do consumo em geral

Prof. Doutor Nuno Pinto Oliveira
O conceito de consumidor

Mestre João Menezes Leitão
Contratos civis, comerciais e de consumo – uma inquirição de taxinomia

Prof.ª Doutora Ana Amorim
Publicidade

Dr. Jorge Carita Simão / Dr.ª Sofia Assunção Soares
Práticas comerciais desleais em geral e em linha: A Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro, a sua transposição parcial para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, e o reforço da proteção dos direitos dos consumidores

Prof. Doutor Joaquim de Sousa Ribeiro
Cláusulas contratuais gerais

Mestre Carlos Lacerda Barata
Direito de livre desvinculação do consumidor

Prof. Doutor José Engrácia Antunes
Os contratos fora do estabelecimento

Dr. Chen Chen
Contratos à distância em geral

Dr.ª Marta Boura
Serviços financeiros à distância

Prof.ª Doutora Elsa Dias Oliveira
Contratos eletrónicos e tutela do consumidor

Dr.ª Natália Nunes
O excessivo endividamento do consumidor

Dr. Martim Farinha / Prof. Jorge Morais Carvalho
Direito do consumo e tecnologia

Volume II

Módulo IV
Contratos de consumo

A – Serviços Públicos Essenciais

Prof.ª Dr.ª Elionora Cardoso
Fornecimento de serviços públicos essenciais em geral
Fornecimento de água

Dr. Pedro Falcão
Fornecimento de energia elétrica

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha / Mestre Vítor Palmela Fidalgo / Mestre António Barroso Rodrigues
Comunicações electrónicas

Mestre Marcelino de Abreu
Serviços postais, um serviço público essencial

B – Compra e venda

Prof. Doutor Luís Menezes Leitão
Desconformidade e meios de tutela do adquirente na venda de bens de consumo

C – Fornecimento de conteúdos digitais e prestação de serviços digitais

Prof.ª Doutora Maria de Lurdes Pereira
Contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

D – Locação

Prof.ª Doutora Cláudia Madaleno
Locação de bens de consumo

E – Empreitada

Prof. Doutor Rui Ataíde
Empreitada de bens de consumo

F – Transporte e Turismo

Prof.ª Doutora Catarina Salgado
O regime europeu de proteção dos passageiros enquanto consumidores no âmbito do contrato de transporte aéreo

Mestre António Barroso Rodrigues
Transporte em veículos descaracterizados. Sobre a (pretensa) necessidade de reconfiguração dogmática do serviço de transporte

Prof. Doutor José Luís Bonifácio Ramos
Direito Real de Habitação Periódica: Do Bem de Consumo à Realidade

Mestre Miguel Miranda / Dr.ª Raquel Meireles
Viagens turísticas e viagens organizadas

Prof.ª Doutora Adelaide Menezes Leitão
Plataformas em linha, alojamento local e protecção dos consumidores

Prof. Doutor Daniel Morais
A tutela do passageiro/consumidor no transporte ferroviário e rodoviário

G – Seguros

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha
Seguro de responsabilidade civil automóvel

Mestre José Vasques
Seguros de recheio de habitação

Prof. Doutor José Alves de Brito
Seguros de vida associados ao crédito à habitação. Breve análise do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro

Mestre Francisco Luís Alves
Seguro de saúde: regime legal e novos desenvolvimentos

Prof. Doutor Filipe Albuquerque Matos
O estatuto do Consumidor no regime Português do Contrato de Seguro

Juiz Cons. João Luís Marques Bernardo
A responsabilidade civil dos advogados

H – Serviços bancários

Prof. Doutor Miguel Pestana de Vasconcelos
Contrato de conta e relação negocial bancária

Mestre Catarina Granadeiro
Depósitos. Fundo de Garantia de Depósitos

Prof.ª Doutora Maria Raquel Guimarães
Serviços de pagamentos e instrumentos de pagamento: evoluções recentes

Prof. Doutor Francisco Mendes Correia
Os novos serviços de iniciação de pagamentos: algumas notas sobre a responsabilidade civil

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha
Débitos directos. Aspectos de regime de protecção dos consumidores

Prof.ª Doutora Isabel Menéres Campos
Crédito à habitação em Portugal

Prof.ª Doutora Higina Castelo
Crédito ao consumo. Regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores (DL 133/2009, de 2 de junho)

Dr. Gonçalo Aleixo Nunes
A cláusula de reserva de propriedade a favor do (terceiro) financiador

Mestre Nuno Aureliano / Dr.ª Ana Simões Esteves
Aspectos do tratamento jurisprudencial do contrato de locação financeira

Prof. Doutor M. Januário da Costa Gomes
Renegociação e modificação unilateral de contratos de crédito. Transferência do crédito

Dr. João Pedro Matias
A Sobregarantia nos Contratos de Crédito ao Consumo Celebrados com Instituições Bancárias

I – Instrumentos financeiros

Dr. Fábio Almeida
Publicidade relativa a instrumentos financeiros dirigidos a consumidores

Dr. David Nunes dos Reis
Breves notas acerca do âmbito de cobertura do Sistema de Indemnização aos Investidores: leis interpretativas que não o são

Prof. Doutor José Ferreira Gomes
Responsabilidade civil pelo prospecto (Após a reforma do CVM de 2021)

Prof.ª Doutora Madalena Perestrelo de Oliveira
Os deveres de informação no mercado de capitais no quadro da relação especial entre emitente e investidor

Juiz Cons. António Abrantes Geraldes
Responsabilidade civil do intermediário financeiro. Divergências jurisprudenciais a respeito da violação do dever de informação e do nexo de causalidade

Dr. Diogo Lemos Ramalheira
Instrumentos Financeiros Complexos. Notas breves sobre o conceito e evolução regulatória do seu tratamento

Doutor Luís Poças
Produtos de investimento com base em seguros (PIBS)

Volume III

Módulo V
Da segurança dos produtos e da responsabilidade civil

Prof.ª Doutora Mafalda Miranda Barbosa
Da segurança dos produtos

Prof.ª Doutora Paula Costa e Silva / Dr. Nuno Trigo dos Reis
Algumas reflexões sobre a responsabilidade do produtor

Prof. Doutor Pedro Caridade de Freitas
Da segurança dos produtos farmacêuticos: análise do regime jurídico português e da União Europeia

Módulo VI
Do consumo sustentável

Dr. Jorge Pegado Liz
A protecção do consumidor na economia de consumo sustentável
A rotulagem verde

A obsolescência precoce (espontânea) e planeada
Por um novo direito de reparação na UE
Algumas reflexões finais à guisa de conclusão

Módulo VII
A protecção dos dados pessoais

Dr.ª Daniela Rodrigues de Sousa
O conceito de dados pessoais
A protecção dos dados pessoais do consumidor

Prof.ª Doutora Mafalda Miranda Barbosa
Princípios e tratamento lícito dos dados

Dr.ª Dina Freitas Teixeira
A transparência e os deveres de informação no tratamento dos dados

Dr. João Gabriel
O consentimento e o direito ao esquecimento dos dados

Dr. Miguel Duarte Santos
O tratamento de dados sensíveis do consumidor

Mestre Vítor Palmela Fidalgo
O Direito de Portabilidade dos Dados Pessoais

Módulo VIII
Propriedade intelectual e sociedade da informação

Dr. João Fachana
Plataformas digitais e responsabilidade civil

Mestre Vítor Palmela Fidalgo
A tutela do Direito de Autor na era digital: o novo direito conexo do editor de imprensa

Prof. Alberto de Sá e Melo
O impacto da impressão 3D no Direito do consumo

Prof. Alexandre Dias Pereira
Cloud Computing: aspetos jurídicos da computação em nuvem

Prof. Doutor Diogo Pereira Duarte
O regulamento europeu de crowdfunding e o seu impacto no regime jurídico do financiamento colaborativo

Prof. Doutor Nuno Sousa e Silva / Dr.ª Benedita Cunha Pinto
Internet das Coisas (IoT): alguns desafios jurídicos

Dr. António Garcia Rolo
Criptoativo – conceito, modalidades, regime e distinção de figuras afins

Dr.ª Inês Sítima
Inteligência artificial e responsabilidade civil extra-obrigacional por danos provocados a consumidores: estudo de Direito positivo

Prof.ª Doutora Ana Perestrelo de Oliveira
Smart contracts *e* smart arbitration*: maior automatização, maior conflitualidade? A tendência para a internalização da resolução de litígios na* blockchain

Volume IV

Módulo IX
O Direito Internacional Privado do Consumo

Prof. Doutor João Gomes de Almeida
Regulamento Roma II: a lei aplicável à responsabilidade extracontratual do produtor

Prof. Doutor Luís Lima Pinheiro
Regulamento Roma I: Contratos celebrados com os consumidores

Módulo X
Entidades de defesa e promoção do consumidor

Dr. Miguel da Câmara Machado / Dr. Tomás Gomes da Silva / Dr.ª Inês Costa Pina
O Banco de Portugal como defensor do cliente bancário – Em particular, a supervisão comportamental

Prof. Doutor Luís Guilherme Catarino
A Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários e linhas de defesa do consumidor

Dr.ª Maria Eduarda Ribeiro
Competências da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões em matéria de proteção do consumidor de seguros. Regras de conduta no setor segurador

Prof. Doutor Ricardo Branco
A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos

Dr.ª Helena Almeida
Competências da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em matéria de proteção dos direitos dos consumidores

Dr.ª Sofia Nogueira da Silva / Dr. Nuno André Silva
Entidade Reguladora da Saúde

Prof.ª Doutora Suzana Tavares da Silva
Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE)

Prof.ª Doutora Isabel Mousinho Figueiredo
Responsabilidade civil das autoridades de fiscalização na defesa do consumidor

Dr.ª Joana Costa Lopes
Associações e fundações de defesa dos consumidores

Dr. João Vieira dos Santos
Associações de defesa de investidores e a (não) aplicabilidade do seu regime aos investidores em criptoativos

Módulo XI
Direito Penal e Contra-Ordenacional do Consumo

Mestre Mafalda Moura Melim / Mestre Rita do Rosário
Protecção penal do consumidor

Mestre Catarina Abegão Alves
Protecção contraordenacional do consumidor

Módulo XII
Do acesso à Justiça

Dr.ª Isabel Mendes Cabeçadas
Mediação, Conciliação e Arbitragem nos Conflitos de Consumo

Dr.ª Sofia Campos Coelho
Os julgados de paz

Dr.ª Filipa Lemos Caldas
Das acções colectivas em geral: afinidades, distinções

Dr.ª Margarida Paz
A acção popular cível

Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes
A acção popular administrativa

Prof. Doutor João Marques Martins
Acções inibitórias nos litígios de consumo

Módulo IX
O Direito Internacional Privado do Consumo

REGULAMENTO ROMA II: A LEI APLICÁVEL À RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO PRODUTOR

João Gomes de Almeida*

Sumário: *I. Introdução. II. Breve contexto histórico. III. Objetivos e panorâmica geral. IV. Conexão primária: autonomia privada. V. Conexão subsidiária especial. A) Residência habitual comum. B) Conexões cumulativas. C) Cláusula de exceção. VI. Conclusão.*

Palavras-chave: *Direito Internacional Privado; Direito de Conflitos; Regulamento Roma II; Responsabilidade extracontratual do produtor; Produtos defeituosos.*

I. Introdução

A sociedade moderna é uma sociedade global. Os processos de conceção, produção, distribuição, comercialização e aquisição de produtos não se encontram, necessariamente, confinados ao território de um Estado. Todos nós adquirimos e utilizamos produtos que foram concebidos e produzidos em Estados diferentes daquele em que o adquirimos. Os meios de comunicação à distância, em particular a *Internet*, facilitam a aquisição de produtos comercializados em Estados diferentes do da residência habitual do adquirente. A sociedade moderna pauta-se também por uma facilidade

* Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, 1649-014, Lisboa, Portugal. Membro do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(mitigada nos últimos anos pela pandemia que vivemos) sem precedentes de deslocação de pessoas além-fronteiras. Não é, por isso, invulgar que um produto seja adquirido num Estado e deslocado para outro.

Assim, os casos de responsabilidade do produtor por danos causados por um produto têm, muitas vezes, pontos de contacto relevantes com mais de um Estado e suscitam os problemas específicos de determinação do tribunal internacionalmente competente, da lei aplicável e do reconhecimento de decisões estrangeiras. O presente estudo foca-se na determinação da lei aplicável, em concreto na determinação da lei reguladora da obrigação extracontratual do produtor, adotando a perspetiva da ordem jurídica portuguesa.

Inicia-se com um breve contexto histórico, dando-se conta, em traços gerais, da solução que vigorou na ordem jurídica portuguesa e do processo legislativo do Regulamento Roma II[1], onde se encontram hoje consagradas as normas de conflitos que determinam a lei aplicável à responsabilidade extracontratual do produtor por danos causados por produtos. De seguida, atende-se aos objetivos prosseguidos e, em traços gerais, às conexões adotadas, procurando dar-se uma panorâmica de como elas se coordenam. Procede-se, depois, a análise de cada uma dessas conexões, após o que se apresentam as nossas conclusões.

II. Breve contexto histórico

Antes do Regulamento Roma II, a Conferência da Haia aprovou a Convenção da Haia de 1973 sobre a Lei Aplicável à Responsabilidade Decorrente de Produtos[2]. Esta Convenção entrou internacionalmente em vigor em 1 de outubro de 1977, mas não pode considerar-se um sucesso, uma vez que, em outubro de 2021, é aplicável apenas em 11 Estados Contratantes[3]. A razão para um tão escasso número de Estados Contratantes parece encontrar-se na elevada complexidade da solução conflitual que adotou[4].

[1] Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II), publicado no Jornal Oficial (doravante JO) L 199, de 31 de julho de 2007.

[2] Doravante Convenção ou Convenção da Haia.

[3] A saber, Croácia, Eslóvenia, Espanha, Finlândia, França, Luxemburgo, Macedónia do Norte, Montenegro, Noruega, Países Baixos e Sérvia.

[4] Cf., por exemplo, Thomas Kadner Graziano, «The Law Applicable to Product Liability: The Present State of the Law in Europe and Current Proposals for Reform», *International & Comparative Law Quarterly* 54, n. 2 (2005): 480, https://doi.org/10.1093/iclq/lei008; Luís

Segundo a Convenção, a lei reguladora da responsabilidade decorrente de produtos é: *(i)* a lei do Estado da residência habitual do lesado se esse Estado for também o do estabelecimento principal do alegado agente *ou* o do lugar onde o produto foi adquirido pelo lesado (artigo 5.º); na falta desta, *(ii)* a lei do Estado do lugar onde ocorreu o dano direto se esse Estado for também o da residência habitual do lesado, o do estabelecimento principal do alegado agente *ou* o do lugar onde o produto foi adquirido pelo lesado (artigo 4.º); na falta desta, *(iii)* a lei do Estado do estabelecimento principal do alegado agente ou do lugar onde ocorreu o dano direto, consoante a escolha do lesado (artigo 6.º); contudo, *(iv)* será aplicável a lei do Estado do estabelecimento principal do alegado agente se este demonstrar que não podia razoavelmente prever que o produto ou os seus produtos do mesmo tipo seriam disponibilizados nos Estados da residência habitual do lesado ou do lugar onde ocorreu o dano direto (artigo 7.º)[5].

Portugal iniciou, mas não concluiu, o processo de vinculação a esta Convenção. O Direito de Conflitos português de fonte interna não contém uma norma de conflitos especial em matéria de responsabilidade do produtor decorrente de danos causados por produtos. A lei aplicável à responsabilidade do produtor, quando revista natureza extracontratual, é determinada de acordo com as normas de conflitos gerais em matéria de responsabilidade extracontratual, previstas no artigo 45.º do Código Civil[6].

de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, 4.ª ed., vol. II (Coimbra: Almedina, 2015), 489; contra, considerando duvidoso que uma regra simples consiga atender aos interesses envolvidos nesta matéria, cf. J. J. Fawcett, «Products Liability in Private International Law: A European Perspective (Volume 238)», *Recueil Des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 238 (1993): 154–155.

[5] Cf. W. L. M. Reese, «Explanatory Report on the 1973 HCCH Products Liability Convention» (Haia: Bureau Permanent de la Conférence, 1973), 263–264.

[6] Cf., sobre este preceito, João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1995), 367–377; Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado* (Coimbra: Almedina, 2001), 481–509; Nuno Andrade Pissarra, «O dano transnacional em direito internacional privado: alguns problemas» (s.n., 2004), 107 e ss.; Florbela de Almeida Pires, *Conflitos de leis: comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil* (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 113–117; Elsa Dias Oliveira, *Da Responsabilidade Civil Extracontractual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado* (Coimbra: Almedina, 2011), 350 e ss.; Maria João Matias Fernandes, «anotação ao artigo 45.º», em *Comentário ao Código Civil : Parte Geral*, ed. Luís A. Carvalho Fernandes e José Carlos Brandão Proença (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014), 123–128; Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:500–501; Maria Helena Brito, «Anotação aos arts. 14.º a 65.º», em *Código Civil Anotado*, ed. Ana Prata, vol. I (Coimbra: Alme-

No artigo 45.º, n.º 1, do Código Civil consagrou-se a regra clássica em matéria de responsabilidade extracontratual: é aplicável a *lex loci delicti comissi*, i. é, a lei do Estado onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo ou, no caso da responsabilidade por omissão, a lei do Estado onde o responsável deveria ter agido. No caso da responsabilidade do produtor, nem sempre será fácil determinar onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo. Em muitos casos, o lugar onde foi fabricado o produto será aquele em que decorreu a principal atividade causadora do prejuízo[7]. Contudo, nos casos em que o produto é desenhado num Estado, produzido noutro e colocado no comércio num terceiro, parece que a resposta deve variar em função da natureza do defeito[8].

O artigo 45.º, n.º 2, dá relevância à *lex laesi*, i. é, à lei do lugar do efeito lesivo desde que *(i)* esta considere o agente responsável, ao contrário da *lex loci delicti comissi*; e *(ii)* fosse previsível para o agente a produção de um dano no Estado da lei do efeito lesivo. Os casos de responsabilidade do produtor são terreno fértil para se verificar uma dissociação entre o lugar da prática do facto e o lugar do efeito lesivo: é comum que um (determinado tipo de) produto seja comercializado em vários Estados (sendo ou não um deles o Estado em que foi produzido). Se o produto foi adquirido num Estado que não é aquele em que foi produzido e aí causou um dano, teremos, em regra, uma dissociação entre o lugar da principal atividade causadora do prejuízo (Estado em que o produto foi produzido) e o lugar em que ocorreu a lesão do bem jurídico (Estado em que o produto foi adquirido). A primeira das duas condições previstas no artigo 45.º, n.º 2, do Código Civil é controvertida: alguns autores advogam que a *lex laesi* se deve aplicar, quando seja mais favorável para o lesado, mesmo que a *lex loci delicti comissi* considere o agente responsável[9]; outros sustentam, numa interpretação mais próxima da letra do preceito, que só é possível aplicar a *lex laesi* quando a *lex loci delicti comissi* não considere o agente responsável[10].

dina, 2019), 74–75; Dário Moura Vicente, «Comentário aos artigos 14.º a 65.º», em *Código Civil Comentado I – Parte Geral* (Coimbra: Almedina, 2020), 200–204.

[7] Cf., neste sentido, João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil Do Produtor* (Coimbra: Almedina, 1990), 142.

[8] J. J. Fawcett, «Products Liability in Private International Law», 211.

[9] Cf. Dário Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, 489; e, aderindo a esta posição, Nuno Andrade Pissarra, «O dano transnacional em direito internacional privado», 163.

[10] Cf. João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 371; Maria João Matias Fernandes, «anotação ao artigo 45.º», 126; e Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional*

O artigo 45.º, n.º 3, consagra novo desvio à *lex loci delicti comissi*: se agente e lesado tiverem nacionalidade ou residência habitual comum, e se encontrarem ocasionalmente em país estrangeiro, é aplicável a lei da nacionalidade ou residência habitual comum, sem prejuízo da aplicação das normas do Estado local que devem ser aplicáveis indistintamente a todas as pessoas. A aplicação desta regra aos casos de responsabilidade do produtor suscita dúvidas. Atualmente, os produtores são, em regra, pessoas coletivas. As pessoas coletivas não têm nacionalidade ou residência habitual. Pode e deve equivaler-se a sede à nacionalidade ou residência habitual da pessoa singular. Ainda assim, dificilmente se encontrará preenchido o requisito de agente e lesado se encontrarem *ocasionalmente* em país estrangeiro. Não será ocasional, pelo menos em regra, a "presença" do produtor nos países em que o seu produto é colocado em circulação[11].

O processo legislativo do Regulamento Roma II iniciou-se com a apresentação, em 22 de julho de 2003, pela Comissão Europeia, da sua proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais ("Roma II")[12]. Nesta proposta, a lei aplicável à responsabilidade decorrente de produtos é determinada, em primeiro lugar, pela *professio iuris* (artigo 10.º da Proposta). Nos casos em que agente e lesado não escolham a lei aplicável, é aplicável a lei do Estado da residência habitual comum; na falta desta, é aplicável a lei do Estado da residência habitual do lesado, desde que o produto[13] seja aí comercializado

Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial, II:501. Na jurisprudência acompanharam esta posição o Supremo Tribunal de Justiça, nos seus acórdãos de 11 de abril de 2013, proc. 186/10.6TBCBT.S2, e de 14 de janeiro de 2014, proc. 1032/08.6TBMTA.L1.S1, o Tribunal da Relação de Guimarães, no acórdão de 29 de outubro de 2013, proc. 225/12.6TBAMR.G1, e o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 9 de maio de 2013, proc. 1782/06.2TBAMT.P1.

[11] O Supremo Tribunal de Justiça caracterizou como ocasional "a estadia sem grande estabilidade e permanência, antes a título transitório e passageiro, ou seja, para durar por um período limitado, circunscrita à realização de um fim ou atividade pouco prolongada." (acórdão de 8 de novembro de 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, pp. 456 e ss.).

[12] COM(2003) 427 final. Doravante Proposta.

[13] O concreto produto que causou o dano ou um produto do mesmo tipo. Isso decorre claramente da exposição de motivos da Proposta: "Quando a pessoa lesada adquire o produto num país diferente do da sua residência habitual, por exemplo, durante uma viagem, devem distinguir-se duas hipóteses: na primeira, adquiriu no estrangeiro um produto que é igualmente comercializado no país da sua residência, por exemplo, para beneficiar de uma promoção. Neste caso, o produtor já tinha previsto que a sua actividade poderia ser avaliada ao abrigo das normas em vigor neste país e o artigo 4.º designa a lei deste país cuja aplicação era previsível para as duas partes." (cf. p. 15).

com o consentimento da pessoa cuja responsabilidade é invocada; caso tal não suceda, é aplicável a lei do Estado da residência habitual da pessoa cuja responsabilidade é invocada. A aplicação da lei do Estado da residência habitual comum, da residência habitual do lesado e da residência habitual da pessoa cuja responsabilidade é invocada deve ser afastada em favor da lei de um outro Estado que, no caso concreto, apresente uma conexão manifestamente mais estreita (artigo 4.º da Proposta[14]).

Em suma, a Comissão Europeia defendeu, na sua Proposta, a consagração de uma norma de conflitos especial em matéria de lei aplicável à responsabilidade decorrente de produtos. No essencial, a norma de conflitos proposta limita-se à substituição da *lex damni* (artigo 3.º, n.º 1, da Proposta) pela lei do Estado da residência habitual do lesado ou do agente. É interessante verificar que a Comissão Europeia ponderou a solução da Convenção da Haia e considerou que a solução conflitual a adotar "não deve ser desnecessariamente complexa"[15].

O Parlamento Europeu, em primeira leitura[16], recomendou a eliminação da norma de conflitos especial sobre responsabilidade decorrente de produtos. A lei aplicável seria assim determinada pelas normas de conflitos gerais. O Parlamento Europeu recomendou igualmente o aditamento de vários critérios à cláusula de exceção, bastante vagos e aparentemente inspirados no *Restatement (Second) of the Conflict of Laws* do *American Law Institute*[17].

A Comissão Europeia, em 21 de fevereiro de 2006, apresentou a sua Proposta alterada de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Lei Aplicável às Obrigações Extracontratuais ("Roma II")[18]. Na sua Proposta alterada, a Comissão Europeia esclarece que não aceita as

[14] O artigo 4.º da Proposta estabelecia: "Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º, a lei aplicável à obrigação extracontratual em caso de dano ou risco de dano causado por um produto defeituoso é a lei do país em que a pessoa lesada tem a sua residência habitual, salvo se a pessoa cuja responsabilidade é invocada provar que o produto foi comercializado neste país sem o seu consentimento, sendo então aplicável a lei do país em que a pessoa cuja responsabilidade é invocada tem a sua residência habitual."

[15] Cf. exposição de motivos da Proposta, p. 15.

[16] $P6_{TA}(2005)0284$.

[17] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 73, n. 2 (2009): 277; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, ed. Peter Huber, Pocket Commentaries (Munich: sellier european law publishers, 2011), 115.

[18] COM(2006) 83 final. Doravante Proposta alterada.

recomendações do Parlamento Europeu relativas à eliminação da norma de conflitos em matéria de responsabilidade decorrente de produtos e à redação da cláusula de exceção. Quanto a esta última, considera que a recomendação "traduzir-se-ia numa alteração substancial do espírito do instrumento" e que a redação proposta "pode transmitir uma mensagem que contraria o objetivo de previsibilidade prosseguido pelo regulamento"[19]. A Comissão Europeia recusa a eliminação da norma de conflitos especial em matéria de responsabilidade decorrente de produtos por entender que a regra geral (*lex damni*) não permite prever a lei aplicável com razoável certeza, sendo, muitas vezes, fortuito o local do dano[20]. A Comissão Europeia mantém a sua proposta de norma de conflitos especial em matéria de responsabilidade decorrente de produtos, com pequenos ajustes de redação[21].

O Conselho, em 25 de setembro de 2006, adotou uma posição comum[22]. O Conselho rejeitou a eliminação da norma de conflitos especial em matéria de responsabilidade decorrente de produtos, considerando que "a aplicação de regras gerais nos casos de responsabilidade por produtos defeituosos não permite prever a lei aplicável com uma certeza razoável", e a alteração proposta à cláusula de exceção por considerar "desnecessário fazer uma lista de factores específicos"[23]. O Conselho rejeitou igualmente a solução conflitual proposta pela Comissão Europeia. Manteve a norma de conflitos especial, que atende à lei da residência habitual comum de agente e lesado e à cláusula de exceção, mas consagrou "um sistema em cascata de factores de conexão, associado a uma cláusula de previsibilidade"[24].

[19] Cf. exposição de motivos da Proposta alterada, p. 4.

[20] Cf. exposição de motivos da Proposta alterada, p. 6.

[21] O artigo 6.º da Proposta alterada estabelecia: "Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo **5.º**, a lei aplicável à obrigação extracontratual em caso de dano causado por um produto defeituoso é a lei do país em que a pessoa lesada tem a sua residência habitual, **no momento da ocorrência do dano**, salvo se a pessoa cuja responsabilidade é invocada provar que o produto foi comercializado neste país sem o seu consentimento, sendo então aplicável a lei do país em que a pessoa cuja responsabilidade é invocada tem a sua residência habitual." (destaques no original)

[22] Posição Comum (CE) N.º 22/2006, adoptada pelo Conselho em 25 de Setembro de 2006, tendo em vista a adopção do Regulamento (CE) n.º .../... do Parlamento Europeu e do Conselho, de ..., relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («ROMA II»), publicada no JO C 289E de 28 de novembro de 2006, pp. 68–83 (2006/C 289 E/04) (doravante Posição Comum).

[23] Cf. Posição Comum, nota justificativa do Conselho, p. 79.

[24] *Idem*.

Na sequência da Posição Comum, a Comissão Europeia proferiu uma comunicação na qual referiu que a proposta do Conselho em matéria de responsabilidade decorrente de produtos constitui "um desvio significativo quanto à abordagem adoptada em matéria de formulação, mas não em termos de intenção", que lamenta a adoção de um "sistema bastante complexo de aplicação «em cascata» de factores interrelacionados" e que "Continua convicta que a sua solução inicial assegurava uma solução igualmente equilibrada para os interesses em jogo, formulada de modo muito mais simples"[25].

Nos momentos subsequentes do processo legislativo até à adoção e publicação do Regulamento Roma II, a norma de conflitos especial em matéria de responsabilidade decorrente de produtos não foi objeto de ulterior debate, tendo o Parlamento Europeu aceitado a redação dada pelo Conselho. Deste breve excurso pelo processo legislativo do Regulamento Roma II, verificamos que a opção por uma norma de conflitos especial nesta matéria não foi pacífica e que prevaleceu uma redação mais próxima da consagrada na Convenção da Haia, que tem sido criticada pela sua complexidade.

III. Objetivos e panorâmica geral da solução conflitual adotada no Regulamento Roma II

No que respeita aos objetivos, podemos distinguir entre objetivos gerais do Regulamento Roma II e objetivos específicos em matéria de responsabilidade decorrente de produtos. Em geral, o Regulamento Roma II visa uniformizar as normas de conflitos em matéria de obrigações extracontratuais. Prossegue objetivos de certeza jurídica quanto à lei aplicável e de promoção da previsibilidade do resultado dos litígios[26]. As normas de conflitos uniformes devem ser essencialmente formais, i. é, devem designar o Direito material aplicável sem atender ao conteúdo deste, com vista a evitar o risco de distorções da concorrência entre litigantes da União Europeia[27], e assegurar um equilíbrio razoável entre os interesses da pessoa alegadamente

[25] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu em conformidade com o n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 251.º do Tratado CE relativa à posição comum do Conselho respeitante à adopção de um regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais ("Roma II"), COM(2006) 566 final, p. 3 (doravante Comunicação).

[26] Cf. considerandos 6.º e 14.º do Regulamento Roma II.

[27] Cf. considerando 13.º do Regulamento Roma II.

responsável e os interesses do lesado[28]. Nas palavras do Tribunal de Justiça, são finalidades do Regulamento Roma II "garantir a previsibilidade das decisões dos litígios, a segurança jurídica quanto à lei aplicável e a aplicação uniforme do referido regulamento em todos os Estados-Membros"[29].

O objetivo da justa ponderação de interesses é acentuado como objetivo específico em matéria de responsabilidade decorrente de produtos:

> "A regra de conflito de leis em matéria de responsabilidade por produtos defeituosos deverá responder aos objectivos que consistem na **justa repartição** dos riscos inerentes a uma sociedade moderna de alta tecnologia, na protecção da saúde dos consumidores, na promoção da inovação, na garantia de uma concorrência não falseada e na facilitação das trocas comerciais. A criação de um sistema em cascata de factores de conexão, acompanhada de uma cláusula de previsibilidade, constitui uma solução equilibrada em relação a estes objectivos. O primeiro aspecto a ter em conta é a lei do país onde o lesado tenha a sua residência habitual, no momento em que tenha ocorrido o dano, se o produto tiver sido comercializado nesse país. Os outros elementos da cascata são desencadeados se o produto não tiver sido comercializado nesse país, sem prejuízo do n.º 2 do artigo 4.º e da possibilidade de uma conexão manifestamente mais estreita com outro país"[30].

No essencial, a norma de conflitos especial em matéria de responsabilidade decorrente de produtos visa designar uma lei que constitua um justo equilíbrio entre os interesses do lesado e do agente[31], e assim acautelar objetivos mais gerais da União Europeia, como a saúde dos consumidores, a promoção da inovação e a salvaguarda da concorrência[32].

[28] Cf. considerando 16.º do Regulamento Roma II.

[29] Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça (doravante TJ) de 17 de novembro de 2011, *Homawoo*, C-412/10, EU:C:2011:747, considerando 34.

[30] Cf. considerando 20.º do Regulamento Roma II. Negritos aditados.

[31] Cf., neste sentido, a exposição de motivos da Proposta da Comissão Europeia, p. 15 e a Posição Comum do Conselho, p. 79.

[32] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 281; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 116; Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:488; Ulrich Magnus e Peter Mankowski, eds., *Rome II Regulation – Commentary*, *Magnus/Mankowski, European Commentaries on Private International Law* (Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019), 214; Giorgio Risso, «Product Liability and Protection of EU Consumers: Is It Time for a Serious Reassessment?», *Journal of Private International Law* 15, n. 1 (2 de Janeiro de 2019): 215, https://doi.org/10.1080/17441048.2019.1579994 e ss..

A solução conflitual em matéria de responsabilidade decorrente de produtos consagrada no Regulamento Roma II adota, como conexão primária, a escolha de lei pelas partes (art. 14.º). Na falta de escolha de lei, a norma de conflitos subsidiária especial (art. 5.º) manda aplicar a lei da Estado da residência habitual comum do lesado e agente[33]; na falta de residência habitual comum, determina-se a lei reguladora da responsabilidade decorrente de produtos recorrendo a três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias, sujeitas a uma cláusula de previsibilidade. Será assim aplicável a lei do Estado da residência habitual do lesado, da aquisição do produto ou da ocorrência do dano, desde que seja *simultaneamente* a lei do Estado da comercialização do produto *e* fosse razoavelmente previsível ao agente a comercialização do produto, ou de um produto do mesmo tipo, nesse Estado. Nos casos em que a opere a cláusula de previsibilidade e nos casos em que produto não seja comercializado nos Estados da residência habitual do lesado, da aquisição do produto e da ocorrência do dano, será aplicável a lei do Estado da residência habitual do agente[34]. Por fim, todas as conexões, com exceção da escolha de lei pelas partes, estão sujeitas a uma cláusula de exceção.

A solução conflitual, sumariamente descrita, consagra sete conexões diferentes, a saber: *(i)* lei estadual escolhida pelas partes; *(ii)* lei do Estado da residência habitual comum de lesado e agente; *(iii)* lei do Estado da residência habitual do lesado e da comercialização do produto; *(iv)* lei do Estado da aquisição e comercialização do produto; *(v)* lei do Estado do dano e da comercialização do produto; *(vi)* lei do Estado da residência habitual do agente; e *(vii)* lei do Estado que, no caso concreto, tenha uma conexão manifestamente mais estreita com a situação do que os Estados designados em *(ii)* a *(vi)*.

Assinala-se que esta solução tem muito em comum com a consagrada para as obrigações extracontratuais em geral: a conexão primária é a mesma (art. 14.º) e o artigo 5.º só substitui a *lex damni*, consagrada no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, uma vez que mantém o elemento de conexão residência habitual comum e a cláusula de exceção. A especificidade na determinação da lei aplicável à responsabilidade decorrente de produtos é

[33] Artigo 4.º, n.º 2, aplicável por via da remissão constante do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II.

[34] Artigo 5.º, n.º 1, segundo parágrafo. A aplicação analógica deste preceito aos casos de não comercialização do produto será desenvolvida *infra*.

a substituição da *lex damni* por três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias, sujeitas a uma cláusula de previsibilidade[35].

Antes de analisarmos concretamente cada uma das conexões consagradas nesta solução conflitual, cabe debruçarmo-nos sobre algumas questões de carácter mais geral. A primeira destas questões é relativa a natureza da obrigação do produtor. Esta solução conflitual, mercê do âmbito de aplicação em razão da matéria do Regulamento Roma II[36], só é aplicável à responsabilidade *extracontratual* do produtor. Eventuais pedidos indemnizatórios fundados em responsabilidade *contratual* do produtor, no contexto de uma situação transnacional, são regulados pela lei designada aplicável nos termos do Regulamento Roma I[37]. O conceito de obrigação extracontratual do Regulamento Roma II deve ser objeto de interpretação autónoma[38] relativamente ao Direito dos Estados-Membros, de maneira a assegurar a harmonia jurídica internacional e a segurança jurídica. Em especial, o Tribunal de Justiça tem vincado que a interpretação dos atos comunitários deve ter em conta o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa[39]. O Regulamento Roma II não define o conceito de obrigação extracontratual[40]. É possível, no entanto e atendendo ao considerando n.º 7

[35] E, quando nenhuma destas conexões esteja preenchida ou se verifique a cláusula de previsibilidade, a aplicação da lei da residência habitual do agente.

[36] Cf. artigo 1.º do Regulamento Roma II.

[37] Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), publicado no JO L 177 de 4 de julho de 2008.

[38] Cf., neste sentido, o considerando n.º 11 do Regulamento Roma II.

[39] Cf., por exemplo, Acórdão do TJ de 27 de setembro de 1988, *Kalfelis*, C-189/97, EU:C:1988:459, considerandos n.ºs 15 e 16, Acórdão do TJ de 17 de dezembro de 2002, *Tacconi*, C-334/00, EU:C:2002:499, considerando n.º 19, Acórdão do TJ de 20 de janeiro de 2005, *Engler*, C-27/02, EU:C:2005:33, considerandos n.ºs 33 e 50, e Acórdão do TJ de 2 de abril de 2009, *A*, C-523/07, EU:C:2009:225, considerando n.º 34. Na doutrina portuguesa, cf, em geral, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral*, 3.ª ed., vol. I (Coimbra: Almedina, 2014), 460-461; *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:472; *Direito Internacional Privado. Competência internacional*, 3.ª refundida, vol. III, tomo I (Lisboa: AAFDL, 2019), 49-50 e 129; e, em sede do Regulamento Roma II, Elsa Dias Oliveira, *Da Responsabilidade Civil Extracontractual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, 213 e ss.

[40] Sobre a definição deste conceito no Regulamento Roma II, cf. Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:472 e ss.; Elsa Dias Oliveira, *Da Responsabilidade Civil Extracontractual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, 220 e ss.; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 36 e ss.; Gralf-Peter

do Regulamento Roma II, recorrer à jurisprudência do TJ proferida sobre este conceito no âmbito da Convenção de Bruxelas[41] e dos Regulamentos Bruxelas I[42] e Bruxelas I *bis*[43]. Decorre desta jurisprudência que o conceito de obrigação extracontratual é um conceito negativo: inclui as obrigações que não podem ser consideradas como obrigações contratuais[44]. O conceito de obrigação contratual tem vindo a ser definido pelo TJ como um compromisso livremente assumido por uma parte perante outra[45]. Nos casos de responsabilidade do produtor, em que este seja demandado por um utilizador do produto que o adquiriu a terceiro, a inexistência de uma relação contratual entre eles parece suficiente para concluir que estaremos perante uma obrigação extracontratual[46].

O Regulamento Roma II define o conceito de dano, no artigo 2.º, como abrangendo "todas as consequências decorrentes da responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco, do enriquecimento sem causa, da *negotiorum gestio* ou da *culpa in contrahendo*." Este conceito de dano é mais amplo do que o previsto no artigo 9.º da Diretiva em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos[47]. Pode assim suscitar-se a

Calliess, ed., *Rome Regulations: Commentary*, 2.ª ed. (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015), 472 e ss.; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 70 e ess.

[41] Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial, versão consolidada, publicada no JO L 299 de 31 de dezembro de 1972.

[42] Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicado no JO L 12 de 16 de janeiro de 2001.

[43] Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 , relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação), publicado no JO L 351 de 20 de dezembro de 2012.

[44] Acórdão do TJ de 27 de setembro de 1988, *Kalfelis*, C-189/97, EU:C:1988:459, considerando n.º 17.

[45] Acórdão do TJ de 17 de junho de 1992, *Handte*, C-26/91, EU:C:1992:268, considerando n.º 15 e Acórdão do TJ de 20 de janeiro de 2005, *Engler*, C-27/02, EU:C:2005:33, considerandos n.ºs 50 e 51.

[46] Neste sentido, Acórdão do TJ de 17 de junho de 1992, *Handte*, C-26/91, EU:C:1992:268, considerandos n.ºs 16 e 21.

[47] Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, publicada no JO L 210 de 7 de agosto de 1985, retificada por Retificação publicada no JO L 307 de 12 de novembro de

questão de saber se o conceito de dano da norma de conflitos especial do artigo 5.º deve entender-se em conformidade com o previsto na Diretiva ou no artigo 2.º do Regulamento Roma II. A melhor solução é esta última. Embora haja uma proximidade entre a norma de conflitos especial do artigo 5.º e a Diretiva em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, releva-se que esta Diretiva não harmoniza completamente a matéria da responsabilidade por produtos defeituosos[48] e que as normas de conflitos do Regulamento Roma II tem carácter universal, isto é, o artigo 5.º pode designar como aplicável a lei de um Estado terceiro, que não está sujeito à obrigação de transposição da Diretiva para o seu Direito nacional. Deste modo, a maior amplitude do artigo 5.º e a interpretação declarativa do artigo 2.º apontam no sentido de que o conceito de dano a adotar é o do artigo 2.º do Regulamento Roma II[49].

A redação da norma de conflitos especial na Proposta e na Proposta alterada da Comissão Europeia era clara no sentido de que esta se aplicava em matéria de responsabilidade causada por um produto defeituoso[50]. Todavia, a redação final do artigo 5.º do Regulamento Roma II, que resultou

1988 e alterada pela Directiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio de 1999, que altera a Directiva 85/374/CEE do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, publicada no JO L 141 de 4 de junho de 1999 (doravante Diretiva ou Diretiva sobre responsabilidade decorrente de produtos defeituosos).

[48] Cf. os artigos 9.º, 15.º e 16.º da Diretiva.

[49] Cf., neste sentido, Guillermo Palao Moreno, «Product Liability: Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Cases in the European Union», *ERA Forum* 11, n. 1 (Março de 2010): 55, https://doi.org/10.1007/s12027-010-0154-z; Simon Whittaker, «The Product Liability Directive and Rome II Article 5: "Full Harmonisation" and the Conflict of Laws», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 13 (2011): 460, https://doi.org/10.5235/152888712801752889; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 540; Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 222; contra Peter Stone, «Product Liability Under the Rome II Regulation», em *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, ed. William Binchy e John Ahern (Leiden: Brill | Nijhoff, 2009), 181–182, https://doi.org/10.1163/ej.9789004171930.i-480; e Giorgio Risso, «Product Liability and Protection of EU Consumers», 216.

[50] O artigo 4.º da Proposta e o artigo 6.º da Proposta alterada utilizam, no texto do preceito, nas versões portuguesa, inglesa e francesa, as expressões "produto defeituoso", "defective product" e "produit défectueux". As versões portuguesa e francesa utilizam ainda os respetivos termos na epígrafe dos artigos.

da Posição Comum do Conselho, eliminou do texto do preceito a expressão "produto defeituoso", referindo-se apenas a "produto". A menção a produtos defeituosos subsiste unicamente na epígrafe do artigo e apenas nas versões portuguesa e espanhola[51]. Pode assim suscitar-se a questão se, com esta alteração, se pretendeu alargar o âmbito de aplicação material desta norma de conflitos, de modo a abranger *também* os danos causados por produtos, mesmo que esses danos não tenham sido causados por um defeito do produto[52]. Embora seja questão que não é de particular importância para o objeto deste estudo, uma vez que não se discute a inclusão no âmbito de aplicação deste preceito da responsabilidade do produtor por danos causados por produtos defeituosos, entendemos que esta alteração da redação do preceito não visou alargar o seu âmbito. Nada nos elementos preparatórios permite fundar o entendimento de que o Conselho, com a sua Posição Comum, pretendeu alargar o âmbito de aplicação material da regra inicialmente proposta pela Comissão, por exemplo, aos danos causados por produtos perigosos, e uma interpretação teleológica do preceito, atendendo às suas conexões e à proximidade da solução conflitual adotada com a da Convenção da Haia, aponta no sentido de a norma de conflitos especial designar apenas a lei aplicável à responsabilidade extracontratual decorrente de produtos defeituosos[53].

[51] A mesma distinção ocorre no considerando 20. As versões portuguesa e espanhola utilizam, respetivamente, "produtos defeituosos" e "productos defectuosos". As versões inglesa e francesa utilizam, respetivamente, "product liability" e "produits".

[52] A questão é discutida, por exemplo, na Áustria, como se refere em British Institute of International and Comparative Law (BIICL) et al., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (LU: Publications Office of the European Union, 2021), 105, https://data.europa.eu/doi/10.2838/399539.

[53] Cf., neste sentido, Phaedon John Kozyris, «Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides' "Missed Opportunity"**», *The American Journal of Comparative Law* 56, n. 2 (1 de Abril de 2008): 487–488, https://doi.org/10.5131/ajcl.2007.0013; Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 283; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 122–123; Peter Stone, «Product Liability Under the Rome II Regulation», 180–181; Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:488; e, aparentemente, Rui Manuel Moura Ramos, «O Direito Internacional Privado das Obrigações Extracontratuais na União Europeia», em *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia* (Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016), 118; considerando que o âmbito de aplicação material do artigo 5.º não é claro, cf. Pietro Franzina, «Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)», *Le Nuove Leggi Civili Commentate* XXXI, n. 5 (2008): 1004, nota de rodapé n.º 141; contra, cf. Gralf-Peter Calliess,

O conceito de produto, determinante no artigo 5.º do Regulamento Roma II, também não é definido. Atendendo a que, como defendemos *supra*, o preceito determina apenas a lei aplicável à responsabilidade extracontratual decorrente de danos causados por produtos defeituosos, o conceito de produto deve interpretar-se em conformidade com a definição dada pelo artigo 2.º da Diretiva sobre responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. Assim, deve entender-se por produto qualquer bem móvel, mesmo se incorporado noutro bem móvel ou imóvel, incluindo a eletricidade[54].[55]

IV. Conexão primária: autonomia privada

A conexão primária é a escolha da lei pelas partes. O Regulamento Roma II estabelece a escolha da lei pelas partes como principal conexão para a generalidade da responsabilidade extracontratual, com exceção das obrigações extracontratuais decorrentes de um ato de concorrência desleal ou da violação de um direito de propriedade intelectual[56]. Visa-se, com esta conexão primária, "respeitar o princípio da autonomia das partes e reforçar a certeza jurídica"[57].

A consagração da autonomia privada, em sede de responsabilidade extracontratual do produtor, não suscita reparos. Estamos no âmbito de direitos patrimoniais disponíveis. A possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável traduz, a nível conflitual, a liberdade de composição das situações jurídicas de que dispõem as partes a nível de Direito material. Concor-

Rome Regulations, 542–543; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 217–218.

[54] Cf. Exposição de Motivos da Proposta da Comissão Europeia, p. 14.

[55] Cf., neste sentido, Peter Stone, «Product Liability Under the Rome II Regulation», 181; Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 283; Guillermo Palao Moreno, «Product Liability», 55–56; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 122; Simon Whittaker, «The Product Liability Directive and Rome II Article 5», 457; Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:489; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 540–541; contra Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 216–217, nas quais refere que o conceito de produto do artigo 5.º do Regulamento Roma II abrange todos os produtos enquadráveis na definição do artigo 2.º da Diretiva *e* também aqueles que sejam apenas enquadráveis nas normas de Direito material interno, o que parece dificilmente compaginável com a ideia de interpretação autónoma do conceito de produto.

[56] Cf., respetivamente, artigos 6.º, n.º 4, 8.º, n.º 4, e 13.º do Regulamento Roma II.

[57] Cf. considerando n.º 31 do Regulamento Roma II.

da-se, igualmente, que a lei escolhida pelas partes reforça a certeza jurídica. Atendendo ao elevado número de conexões que compõem a solução conflitual em matéria de responsabilidade extracontratual do produtor, ao facto de algumas delas estarem condicionadas a uma cláusula de previsibilidade e de todas, com exceção da escolha de lei, estarem sujeitas a uma cláusula de exceção, parece-nos inequívoco que a escolha da lei permite determinar, de modo mais certo e seguro, qual a lei aplicável.

O artigo 14.º do Regulamento Roma II não introduz muitos limites à *professio iuris* e os que introduz são, na sua maioria, semelhantes aos que existem na consagração da *professio iuris* no Regulamento Roma I que determina a lei reguladora das obrigações contratuais. Assim, as partes só podem escolher a lei de um Estado. Quando a situação subjacente esteja exclusivamente ligada com Estados-Membros da União Europeia, a escolha de uma lei de um Estado terceiro (Estado que não é membro da União Europeia) não afasta as disposições imperativas de direito da União Europeia[58]. No caso da responsabilidade extracontratual do produtor a escolha, nestes casos, da lei de um Estado terceiro não permite afastar a aplicação das disposições imperativas que resultam da transposição da Diretiva sobre produtos no Estado-Membro do foro[59]. De igual modo, sempre que todos os elementos relevantes da situação se situem, no momento em que ocorre o facto que dá origem ao dano, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse país (que não é o país da lei escolhida pelas partes) não derrogáveis por acordo. Sobretudo no âmbito do lugar paralelo do artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento Roma I, é controversa a interpretação deste preceito: alguns autores advogam que o preceito visa impedir que as partes, através do recurso à *professio iuris*, consigam escolher uma lei aplicável a uma situação que era, antes da escolha, puramente interna e, com isso, afastar a aplicação das normas imperativas da lei com a qual a situação se encontra exclusivamente conexa[60]; outros advogam que se a situação subjacente era puramente interna,

[58] Cf. artigo 14.º, n.º 3 do Regulamento Roma II. O conceito de Estado-Membro encontra-se definido no artigo 1.º, n.º 4, do Regulamento Roma II. *Vide*, também, o lugar paralelo do artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento Roma I.

[59] Cf., neste sentido, Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 720–721.

60 Cf., neste sentido, no âmbito da Convenção de Roma, Mario Giuliano e Paul Lagarde, «Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», 1980, 18; no âmbito do Regulamento Roma I, Helmut Heiss, «Party Autonomy», em *Rome I Regulation : The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, ed. Franco Ferrari e Stefan Leible

a escolha de lei pelas partes não tem a capacidade de a transformar numa situação privada internacional e que, por isso, o artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento Roma I não visa essas situações, uma vez que o âmbito de aplicação espacial do Regulamento não se encontra preenchido. Sustentam, por isso, que o preceito é aplicável apenas nos casos em que estejamos perante uma situação relativamente internacional: a situação subjacente está unicamente ligada com um determinado Estado, que não é o da lei escolhida pelas partes e o litígio coloca-se perante os tribunais de um Estado-Membro vinculado ao Regulamento Roma I (que não é o Estado com o qual a situação subjacente está ligada)[61].

Uma das principais diferenças na consagração da *professio iuris* no Regulamento Roma II diz respeito ao momento da escolha: em regra, a escolha de lei só pode ser efetuada pelas partes por acordo *posterior ao facto que dê origem ao dano*[62]. Pensa-se que são, no essencial, duas as razões que presidem a esta limitação temporal. A primeira diz respeito à indeterminabilidade dos sujeitos. Em momento anterior ao facto que dá origem ao dano, em regra não é possível determinar quem será o agente e quem será o lesado. Muitas obrigações extracontratuais surgem sem que haja uma relação pré-existente entre lesado e agente. Assim, em muitos casos não será possível escolher previamente a lei aplicável, por não ser possível determinar com quem celebrar o acordo de escolha de lei. Esta limitação temporal visa também a proteção da parte mais fraca[63]. Desde logo, porque apenas as partes que "desenvolvam actividades económicas" podem celebrar um acordo de escolha de lei em momento *anterior* ao facto que dê origem ao dano[64]. Exclui-se, assim, a possibilidade de escolher a lei reguladora das obrigações extracontratuais em momento anterior ao facto gerador do dano nas relações entre consumidores (*C2C*) e entre profissionais e consumidores (*B2C*).

(Munique: sellier european law publishers, 2009), 2; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 104–107; Franco Ferrari, ed., *Rome I Regulation Pocket Commentary* (Munique: sellier european law publishers, 2015), 110–114.

[61] Cf., neste sentido, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:328–329.

[62] Cf. artigo 14.º, n.º 1, alínea *a)* do Regulamento Roma II. Confrontar o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento Roma I que permite a celebração do acordo de escolha de lei em qualquer momento.

[63] No considerando n.º 31 do Regulamento Roma II afirma-se que "É necessário proteger as partes mais vulneráveis, impondo determinadas condições a esta escolha."

[64] Cf. artigo 14.º, n.º 1, alínea *b)* do Regulamento Roma II.

Em matéria de responsabilidade extracontratual do produtor, em regra, não existirá uma relação pré-existente entre agente (produtor) e lesado, o que significa que o recurso à *professio iuris* será limitado. Nos casos em que exista uma relação pré-existente, salienta-se que o acordo de escolha da lei só poderá ser celebrado em momento anterior ao facto gerador do dano se todas as partes envolvidas na sua celebração exercerem atividades profissionais[65]. Tal significa que também o lesado terá de exercer atividade profissional. A isto acresce que o acordo de escolha de lei terá de ser celebrado "mediante convenção livremente negociada", o que parece vedar acordos de escolha da lei baseados na adesão a formulários[66].

O acordo de escolha da lei só pode ser celebrado em momento posterior ao facto que dê origem ao dano quando uma das parte não exerça atividades profissionais. Crê-se, porém, que esta limitação não é, em matéria de responsabilidade extracontratual do produtor, particularmente adequada para proteger a parte (presumivelmente) mais vulnerável, aquela que não exerce atividades profissionais. Isto porque, nos casos de responsabilidade por produtos defeituosos, muitas vezes haverá uma dilação temporal entre a prática do facto – que será, em regra e consoante o defeito, o desenho, produção ou colocação no comércio do produto[67] – e a ocorrência do dano, que ocorrerá, em regra, apenas em momento posterior à aquisição do produto por uma pessoa, que poderá ou não ser o lesado. Atente-se que, durante a dilação entre a prática do facto e a ocorrência do dano, é possível celebrar um acordo de escolha de lei nos termos do artigo 14.º, n.º 1, alínea *a)* do Regulamento Roma II, pois estamos em *momento posterior* à prática do facto. No entanto, como estamos ainda antes da ocorrência do dano, isto é, como o lesado ainda não sofreu qualquer lesão na sua esfera jurídica, é possível que ele não tenha ainda uma correta perceção da importância que reveste um (eventual) acordo de escolha da lei nesta matéria.

[65] Cf., neste sentido, Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 496–497.

[66] Cf., neste sentido, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:477; e Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 713–714; Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 501–503, defende que a utilização de formulários constitui presunção *ilidível* de que a convenção *não* foi livremente negociada; contra, cf. Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 336–337, que parece entender que a regra constante do formulário de uma parte pode ter sido *livremente* aceite pela outra, não exigindo, por isso, que tenha havido uma liberdade de estipulação.

[67] J. J. Fawcett, «Products Liability in Private International Law», 211.

Apesar desta reserva, considera-se que a *professio iuris* será pouco utilizada – o que se tem vindo a verificar na prática – sobretudo pela dificuldade em determinar quem serão os sujeitos, na falta de uma relação pré-existente.

V. Conexão subsidiária especial

A) Residência habitual comum

Na falta de escolha de lei, é aplicável a lei do Estado da residência habitual comum de agente e lesado (*lex domicillii communis*)[68]. Esta norma de conflitos é muitas vezes entendida como inspirada[69] na jurisprudência norte-americana *Babcock v. Jackson*[70], em que o tribunal afastou a aplicação da *lex loci delicti commissi* em favor da lei da residência habitual comum do agente e lesado, por considerar que a primeira tinha carácter fortuito e a segunda uma ligação mais significativa com o litígio. Assinala-se que, aquando da elaboração do Regulamento Roma II, alguns Estados-Membros consagravam no seu Direito Internacional Privado de fonte interna desvios semelhantes assentes na lei do Estado da residência habitual comum, na lei do Estado da nacionalidade comum ou na lei do Estado da residência habitual ou da nacionalidade comum[71].

A aplicação da lei do Estado da residência habitual do agente e lesado parece justificar-se em face da conexão especial que existe por via de estes estarem integrados na mesma comunidade jurídica[72]. A aplicação da *lex domicilli communis* pode também justificar-se por permitir uma redução dos custos de litigância e uma coincidência entre *forum* e *ius*: residindo agente e lesado habitualmente no mesmo Estado, é provável que o litígio seja intentado no Estado em que ambos residam (e não no Estado em que foi prati-

[68] Cf. artigo 4.º, n.º 2, aplicável por remissão da parte inicial do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II.

[69] Cf., por exemplo, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:484.

[70] Babcock v. Jackson, 191 N.E.2d 279, 12 N.Y.2d 473 (N.Y. 1963).

[71] Cf., por exemplo, o artigo 99.º, §1.º, n.º 1, do Código Civil belga; o artigo 62.º, n.º 2, da Lei de 31 de maio de 1995, n.º 218, que reforma o sistema italiano de Direito Internacional Privado; o artigo 40.º, n.º 2, da Lei de introdução ao Código Civil Alemão; e o artigo 45.º, n.º 3, do Código Civil português.

[72] Pode ler-se, no considerando n.º 18 do Regulamento Roma II, que "[...] O n.º 2 do artigo 4.º deverá ser visto como uma excepção a este princípio geral, criando uma conexão especial caso as partes tenham a sua residência habitual no mesmo país."

cado o facto lesivo ou ocorreu o dano) por ser nesse Estado que agente e lesado têm maior facilidade no acesso ao Direito. Nesses casos, a aplicação da *lex domicilli communis* permite a aplicação pelo tribunal do foro do seu próprio Direito material. Pode também, em muitos (mas não em todos os) casos, corresponder à legítima expetativa das partes[73].

O conceito de residência habitual encontra-se apenas *parcialmente* definido no artigo 23.º do Regulamento Roma II. Este preceito define que a residência habitual das pessoas coletivas e outras entidades sem personalidade jurídica é, em regra, o local onde se situa a respetiva administração central. Nos casos em que o facto que dá origem ao dano, ou o dano ocorra, no exercício da actividade de uma sucursal, agência ou outro estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao local onde se situa a sucursal, agência ou outro estabelecimento. Estabelece igualmente que a residência habitual das pessoas singulares que atuam no exercício de uma atividade profissional se situa no local do seu estabelecimento principal.

Porém, não se encontra definido o conceito de residência habitual das pessoas singulares que não atuam no exercício de uma atividade profissional. Este conceito deve, não obstante, ser interpretado autonomamente. Entende-se que é possível obter orientações para a definição deste conceito na jurisprudência do Tribunal de Justiça que se debruçou sobre o conceito no âmbito de outros instrumentos de Direito Internacional Privado da União Europeia, nomeadamente o Regulamento Bruxelas II *bis*[74]. O conceito tem sido mais desenvolvido na jurisprudência do Tribunal de Justiça no contexto da residência habitual do menor.

Muito recentemente, o Tribunal de Justiça proferiu acórdão no qual se debruça sobre o conceito de residência habitual dos cônjuges[75]. Socorrendo-

[73] Cf. Proposta da Comissão Europeia, p. 12. Concorda-se, no entanto, que nem sempre a expetativa das partes será a aplicação da lei da residência habitual comum. Imagine-se, por exemplo, uma colisao de veículos entre duas pessoas com residência habitual em França que se encontram de férias em Portugal. Se as pessoas vieram de férias juntas, podem legitimamente esperar que se aplique ao seu litígio a lei da sua residência habitual; caso contrário, se não existir qualquer relação entre elas anterior à colisão, dificilmente terão a expetativa de aplicação da *lex domicilli communis*. O que não significa que não haja outras razões (as avançadas no texto) para se aplicar essa lei.

[74] Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, publicado no JO L 338 de 23 de dezembro de 2003.

[75] Acórdão do TJ de 25 de novembro de 2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20, EU:C:2021:955.

-se da sua jurisprudência em matéria de residência habitual de menores, o Tribunal de Justiça reitera que a noção de residência habitual é essencialmente uma questão de facto, que se determina mediante a análise do conjunto de todas as circunstâncias do caso concreto[76]. A residência habitual corresponde, por isso, ao local onde se situa o centro de vida do interessado e é, em princípio, caracterizada por dois elementos: a vontade do interessado fixar o seu centro de vida num determinado local e a duração, condições e regularidade da sua presença nesse determinado local, que deve dar nota de uma relação estreita e estável entre o interessado e esse local[77]. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que uma pessoa singular (o cônjuge) só pode ter, num determinado momento, uma residência habitual[78].

A residência habitual comum deve existir no momento em que ocorre o dano. Assinala-se que, nos casos de responsabilidade extracontratual por danos decorrentes de produtos defeituosos, a lei do Estado da residência habitual comum do agente e lesado é aplicável *mesmo* que o produto, ou um produto do mesmo tipo, não tenha sido comercializado nesse Estado *ou* que não fosse razoavelmente previsível ao agente a sua comercialização nesse Estado. Esta conclusão decorre da letra do preceito e da teleologia da conexão: o que parece fundar a aplicação da *lex domicilli communis* é, essencialmente, a especial ligação decorrente dos sujeitos estarem integrados numa mesma comunidade jurídica. O que não significa que estes elementos não possam ter uma relevância indireta, por via da cláusula de exceção consagrada no artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento Roma II[79].

B) Conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias

Não tendo agente e lesado residência habitual comum, a lei reguladora é determinada por três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias, a saber, a lei do Estado da residência habitual do lesado, da aquisição do produto ou da ocorrência do dano, desde que cada uma destas seja *simultaneamente* a lei do Estado da comercialização do produto *e* fosse razoavelmente

[76] Acórdão do TJ de 25 de novembro de 2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20, EU:C:2021:955, cons. 52.

[77] Acórdão do TJ de 25 de novembro de 2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20, EU:C:2021:955, cons. 57.

[78] Acórdão do TJ de 25 de novembro de 2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20, EU:C:2021:955, cons. 62.

[79] Cf., neste sentido, Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 548–549; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 225.

previsível ao agente a comercialização do produto, ou de um produto do mesmo tipo, em cada um desses Estados.

As três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias estabelecem três elementos de conexão distintos (residência habitual do lesado, lugar da aquisição do produto e lugar onde ocorre o dano) e um elemento de conexão comum (lugar da comercialização).

A especificidade do elemento de conexão residência habitual do lesado consiste na interpretação autónoma do conceito de residência habitual, que só é parcialmente definido no artigo 23.º do Regulamento Roma II. Remete-se para o que se escreveu *supra* aquando da análise da *lex domicilli communis*.

O elemento de conexão lugar da aquisição do produto refere-se, claramente, ao *concreto* produto cujo defeito deu origem a um dano. O termo aquisição deve ser interpretado de modo a abranger aquisições onerosas ou gratuitas. Mais dúvidas suscita a questão de saber se releva apenas o lugar da primeira aquisição do produto ou se releva igualmente o lugar de aquisições subsequentes do mesmo produto. A letra do preceito depõe neste último sentido, ao não qualificar a aquisição, o que permite entender que relevam as aquisições originárias ou subsequentes. Por outro lado, a procura de um justo equilíbrio entre os interesses do agente e lesado parece depor contra a relevância do lugar das aquisições subsequentes, pois estas não serão cognoscíveis para o agente (produtor). Dir-se-á, no entanto, que esta questão é, pelo menos, mitigada pela cláusula de previsibilidade: se a aquisição derivada ocorrer em Estado diferente do da aquisição originária, o agente pode invocar que não lhe era razoavelmente previsível a comercialização daquele produto naquele país, salvo se, através da sua rede comercial, também disponibilizou nesse país produtos do mesmo tipo. Pensa-se, por isso, que a interpretação mais lata é a melhor[80].

Outra questão associada a este elemento de conexão é a de saber se ele é aplicável a todas as tipologias de lesados. Este elemento de conexão é aplicável quando a pessoa que adquiriu o produto é também a pessoa que sofreu o dano. Parece igualmente aplicável quando o lesado, não sendo o adquirente do produto, é uma pessoa que utiliza o produto, em regra, conjuntamente com o adquirente, *v.g.*, familiares ou pessoas que vivem em economia comum com o adquirente[81]. A aplicação da lei do lugar da aquisição do

[80] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 287.

[81] Cf., neste sentido, Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 227.

produto (mesmo que essa lei seja igualmente a lei do Estado onde o produto foi comercializado) não parece adequada quando o lesado é um terceiro que não tem qualquer relação com o adquirente (*bystander*)[82]. Nestes casos, parece que se deverá recorrer à cláusula de exceção.

O elemento de conexão lugar onde ocorre o dano corresponde, e por isso deve ser interpretado da mesma forma, à *lex damni* consagrada no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento Roma II. Como resulta expressamente deste último artigo, não releva nem o lugar da prática do facto (*lex loci delicti comissi*) nem o lugar onde ocorram as consequências indiretas desse facto. Esta solução é justificada por o lugar da prática do facto ser, muitas vezes, imprevisível e de pouca ou nenhuma importância para o lesado e, em contraponto, o lugar das consequências indiretas ser, muitas vezes, igualmente imprevisível, mas para o agente. A procura de um justo equilíbrio entre os interesses de agente e lesado parece apontar assim para a lei do lugar onde ocorre o dano direto[83]. E "(...) o país onde os danos ocorrem deverá ser o país em que o dano tenha sido infligido, respetivamente, à pessoa ou ao património"[84]. Nesta ótica, o dano direto tem de corresponder à ofensa de um direito ou interesse legalmente protegido e às consequências imediatas dessa ofensa na pessoa ou património do lesado[85].

O elemento de conexão *comum* é o lugar da comercialização do produto. O conceito de comercialização não é definido no Regulamento Roma II. Não obstante, carece de uma interpretação autónoma.

Poder-se-ia equacionar uma equiparação com o conceito de "colocação em circulação" da Diretiva sobre responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, já interpretado pelo Tribunal de Justiça "(...) no sentido de que um produto é colocado em circulação quando sai do processo de fabrico realizado pelo produtor e entra num processo de comercialização em que se encontra no estado de oferta ao público com vista a ser utilizado ou

[82] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 287; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 227.

[83] Cf. considerando n.º 16 do Regulamento Roma II.

[84] Considerando n.º 17 do Regulamento Roma II.

[85] Cf., neste sentido, Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:483–484; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 503–504; Rui Manuel Moura Ramos, «O Direito Internacional Privado das Obrigações Extracontratuais na União Europeia», 115–116; Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 164 e ss.; Dário Moura Vicente, «Comentário aos artigos 14.º a 65.º», 201.

consumido."[86] Esta ideia, porém, não parece a melhor[87]. O conceito de colocação em circulação surge, na Diretiva, com o intuito de precisar um determinado momento (artigos 6.º, n.º 1, al. *a)*, 6.º, n.º 2, e 11.º) ou como meio de defesa do produtor (artigo 7.º, als. *a)* e *e)*). No Regulamento Roma II, o conceito parece mais ligado à possibilidade de um utilizador final do produto poder adquiri-lo, independentemente de quem o coloca em circulação nesse país. Considera-se, por isso, que se deve entender que há comercialização num dado país quando se verifica a disponibilização do produto (presencialmente ou à distância, *v.g.*, através da *Internet*) aos utilizadores finais que aí residem[88].

Suscita igualmente dúvidas o que é que tem de ser efetivamente comercializado: o *concreto* produto defeituoso que causou o dano *ou* é suficiente que seja comercializado um produto *do mesmo tipo*? A questão surge, desde logo, porque nas alíneas do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II se utiliza a expressão "se *o produto* tiver sido comercializado nesse país" enquanto na cláusula de previsibilidade se utiliza a expressão "essa pessoa não puder razoavelmente prever a comercialização *do produto, ou de um produto do mesmo tipo*, no país cuja lei é aplicável, ao abrigo das alíneas a), b) ou c)."[89] A letra do preceito parece, por isso, apontar que a comercialização se refere

[86] Acórdão do TJ de 9 de fevereiro de 2006, *O'Byrne*, proc. C-127/04, EU:C:2006:93, cons. 32.

[87] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 290; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 131; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 549; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 221; contra, Guillermo Palao Moreno, «Product Liability», 58.

[88] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 290–292; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 130; em sentido semelhante, Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 550–551, defendendo que o conceito assenta em dois elementos: (i) a comercialização lícita (ii) através de meios comerciais, nomeadamente uma rede de distribuição; Trevor C. Hartley, «Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems Under the Rome II Regulation», *International & Comparative Law Quarterly* 57, n. 4 (Outubro de 2008): 904, https://doi.org/10.1017/S0020589308000638, considera que o conceito exige a organização de uma rede para vendas em massa de um produto estandardizado; em sentido aparentemente mais amplo Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 220, ao entender que o conceito de comercialização pode encontrar-se, em certos casos, preenchido mesmo quando se dirigem mensagens publicitárias a utilizadores finais do produto num dado país, mas não se dá uma verdadeira oportunidade de esses utilizadores finais adquirirem o produto.

[89] Itálicos aditados.

ao *concreto* produto defeituoso que causou o dano[90]. Parece-nos, porém, que essa interpretação não é a melhor. Se a comercialização se referir apenas ao concreto produto defeituoso que causou o dano, na maioria das situações este elemento de conexão será coincidente com o elemento de conexão lugar de aquisição do produto[91]. E, como a comercialização é o elemento de conexão *comum*, esta interpretação acarreta uma (muito) significativa compressão do espaço e relevância de aplicação dos outros elementos de conexão consagrados pelo legislador (residência habitual do lesado e lugar onde ocorre o dano). Dito de outra forma, essa (muito) significativa compressão afetaria de tal forma a ponderação de interesses de agente e lesado e procura de um justo equilíbrio entre eles, que seria preferível consagrar apenas uma conexão singular simples, assente no lugar da aquisição do produto e flexibilizada mediante uma cláusula de exceção. Entende-se, por isso, que o elemento de conexão *comum* se preenche quando houve comercialização *ou* do concreto produto defeituoso que causou o dano *ou* de um produto do mesmo tipo[92].

A posição sustentada acarreta uma nova questão: o que se deve entender por um produto do mesmo tipo? Em primeiro lugar, parece-nos que terá de ser um produto comercializado pelo agente, ou pela sua rede de distribuição. Um produto, ainda que tenha características idênticas, comercializado por um outro (distinto e autónomo) operador económico não é suficiente para preencher o elemento de conexão do lugar da comercialização. Aponta neste sentido, pensa-se, a ideia de que se procura a aplicação de uma lei previsível, com que agente e lesado poderiam contar. Não é previsível, para o agente, a aplicação de uma determinada lei de um Estado (o da residência habitual do lesado ou o do lugar da ocorrência do dano), para o qual *não* dirigiu a sua atividade económica, apenas porque um outro operador económico atua nesse mercado e comercializa produtos com as

[90] Aparentemente neste sentido, embora criticando a solução, cf. Trevor C. Hartley, «Choice of Law for Non-Contractual Liability», 904.

[91] Não o será, por exemplo, nos casos em que haja uma aquisição subsequente num Estado diferente daquele em que ocorreu a aquisição originária.

[92] Cf., neste sentido, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 292–293; Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 132–133; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 220–221; contra, ver Trevor C. Hartley, «Choice of Law for Non-Contractual Liability», 904; e Peter Stone, «Product Liability Under the Rome II Regulation», 188; e Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 552–553.

mesmas características de segurança. De entre os produtos comercializados pelo agente, são produtos do mesmo tipo aqueles que possuem idênticas características de segurança[93].

Qualquer uma das três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias está ainda condicionada por uma cláusula de previsibilidade: o agente pode impedir a aplicação de qualquer uma destas três conexões cumulativas se provar que não podia razoavelmente prever a comercialização do produto, ou de um produto do mesmo tipo, nesses Estados.

Em primeiro lugar, e atendendo à conjugação da cláusula de previsibilidade com as alíneas do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II, entende-se que esta cláusula opera em relação a cada uma das conexões, mas não afeta a sua natureza sucessiva ou subsidiária. Assim, e por exemplo, caso o agente, numa determinada situação, consiga alegar e provar que não podia razoavelmente prever a comercialização do produto, ou de um produto do mesmo tipo, na lei do Estado da residência habitual do lesado, essa lei não será aplicável. Mas tal não significa, necessariamente, que será aplicável a lei do Estado da residência habitual do agente[94]; primeiramente há que determinar o preenchimento das outras duas conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias e, em caso afirmativo, se também se verifica a cláusula de previsibilidade quanto a estas. Dito de outra forma: a cláusula de previsibilidade só conduz à aplicação da lei do Estado da residência habitual do agente quando ela se verifica em relação às três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias *ou* quando se verifica em relação a alguma, mas as demais não operam porque não são, simultaneamente, o Estado da comercialização[95].

Pode igualmente suceder que o produto, ou um produto do mesmo tipo, não seja comercializado nem no Estado da residência habitual do lesado, nem no Estado da aquisição, nem no Estado onde ocorreu o dano. Neste caso, nenhuma das alíneas do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II se encontra preenchida e temos uma lacuna. Para integração desta lacuna foram essencialmente avançadas três soluções: *(i)* aplicação da lei do Estado em que houve comercialização, que esteja mais próximo de um dos indi-

[93] Cf., neste sentido, Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 134–135; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 220.

[94] Artigo 5.º, n.º 1, 2.º parágrafo do Regulamento Roma II.

[95] Cf., neste sentido, Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 224–225; e, aparentemente, Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 555.

cados nas alíneas *a)* a *c)* do n.º 1 do artigo 5.º[96]; *(ii)* aplicação do artigo 4.º, norma de conflitos subsidiária geral[97]; e *(iii)* aplicação analógica da lei do Estado da residência habitual do agente[98].

A primeira proposta de solução não nos parece viável, porque redunda na aplicação de uma lei que é apenas a lei de um Estado onde foi comercializado um produto, ou um produto do mesmo tipo, o que colide com a intenção do legislador, que foi a de aplicar a lei de um Estado que reúna dois elementos de conexão. A aplicação do artigo 4.º também não parece a melhor solução, em face do carácter muitas vezes fortuito do elemento de conexão lugar do dano direto nos casos de responsabilidade extracontratual por danos decorrentes de produtos defeituosos. Recorda-se que a Comissão Europeia e o Conselho consideraram, aquando do processo legislativo, que a aplicação da *lex damni* não permitia, nestes casos, prever a lei aplicável com uma certeza razoável, o que os levou a defender a criação e manutenção de uma norma de conflitos subsidiária especial. O que aponta no sentido de que se deve integrar a lacuna no seio e de acordo com o sistema delineado no próprio artigo 5.º do Regulamento Roma II. Por estes motivos, parece-nos que a melhor solução é a aplicação analógica da lei do Estado da residência habitual do agente. Releva-se que é esta a lei aplicável se o agente alegar e demonstrar que não podia razoavelmente prever a comercialização do produto, ou de um produto do mesmo tipo, na lei do Estado da residência habitual do lesado, na lei do Estado da aquisição e na lei do Estado onde ocorreu o dano direto. Se o funcionamento da cláusula da previsibilidade – que também opera atendendo à comercialização – conduz, neste caso, a aplicação da lei do Estado da residência habitual do agente, então, por maioria de razão, deve aplicar-se essa mesma lei quando o produto, ou um produto do mesmo tipo, *não* foi comercializado em nenhum desses três Estados.

[96] British Institute of International and Comparative Law (BIICL) et al., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 34.

[97] Trevor C. Hartley, «Choice of Law for Non-Contractual Liability», 904–905.

[98] Cf. Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 296–297; Guillermo Palao Moreno, «Product Liability», 60; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 561; Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:489; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 228–229.

C) Cláusula de exceção

Por fim, consagra-se, no artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento Roma II uma cláusula de exceção em termos essencialmente idênticos à prevista no artigo 4.º, n.º 3[99]. Pode suscitar-se uma questão preliminar, em face da redação do artigo 5.º, n.º 1, e da remissão que nele consta para o artigo 4.º, n.º 2: está, ou não, a designação da lei do Estado da residência habitual comum do agente e lesado sujeita à cláusula de exceção? Apesar de o elemento literal não ser perfeitamente claro, pensa-se que a melhor solução, atendendo à teleologia do artigo 5.º e ao lugar paralelo do artigo 4.º, é a de considerar que também a lei do Estado da residência habitual comum do agente e lesado está sujeita à cláusula de exceção.

Consideramos, por isso, que a cláusula de exceção só não condiciona a lei escolhida pelas partes.

A cláusula de exceção, assente no princípio da conexão mais estreita, visa flexibilizar as restantes normas de conflitos consagradas no (ou para onde remete o) artigo 5.º, que têm a natureza de normas de conflitos *rígidas*. Esta opção do legislador da União Europeia parece advir da prossecução de um objetivo geral: promover uma maior certeza e previsibilidade jurídicas[100].

O artigo 5.º, n.º 2, utiliza a teoria da conexão acessória como exemplo de uma possível conexão manifestamente mais estreita. Possível, porque a conexão manifestamente mais estreita só pode analisar-se atendendo às circunstâncias do caso concreto. A sua verificação é, por isso, casuística. Devem evitar-se generalizações quanto à aplicação da cláusula de exceção a determinadas exceções, até porque se corre o risco de "cristalizar" a cláusula de exceção, reduzindo a margem de flexibilidade que ela poderia conceder às restantes normas de conflitos aplicáveis.

Feita esta ressalva, assinala-se que se existir um contrato prévio de aquisição (*v.g.*, contrato de compra e venda) do produto entre agente (produtor) e lesado, a lei reguladora deste pode, num determinado caso concreto, constituir uma conexão manifestamente mais estreita que afasta as demais leis designadas nos termos das normas de conflitos do (ou para que remete

[99] A única diferença consiste na identificação da(s) norma(s) de conflitos na previsão. A cláusula de exceção do artigo 4.º, n.º 3, incide sobre os n.ºs 1 e 2 do mesmo preceito. A claúsula de exceção do artigo 5.º, n.º 2, incide sobre o n.º 1 desse preceito.

[100] Cf. considerandos 14, 18 e 20 do Regulamento Roma II.

o) artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II[101]. Quando o lesado seja um terceiro que não adquiriu nem utilizou o produto, isto é, quando seja alguém que não tem qualquer relação com o utilizador final do produto, as conexões do artigo 5.º, n.º 1, do Regulamento Roma II podem não ser as mais adequadas. Para este lesado, a lei do Estado da comercialização não é particularmente significativa. Há, por isso, vários autores que advogam que, em certos casos concretos, será preferível acionar a cláusula de exceção e aplicar a *lex damni*[102].

VI. Conclusão

Terminado este breve excurso, conclui-se que o artigo 5.º é "(...) uma regra de conflitos particularmente complexa"[103]. A complexidade é manifesta: as normas de conflitos do artigo 5.º substituem apenas a *lex damni*. A lei do Estado onde ocorreu o dano direto é substituída por três conexões cumulativas sucessivas ou subsidiárias (lei do Estado da residência habitual do lesado e da comercialização; lei do Estado da aquisição do produto e da comercialização e lei do Estado onde ocorreu o dano direto e a comercialização) e pela lei do Estado da residência habitual do agente. Esta multiplicação de conexões parece prejudicial ao objetivo geral de promoção da certeza e previsibilidade jurídicas.

No recentíssimo Estudo publicado sobre o Regulamento Roma II, 20% dos *stakeholders* consultados indicaram recorrer frequentemente ao artigo 5.º e 18% consideraram que o preceito carecia de ser melhorado[104]. A prática jurisprudencial relatada neste Estudo aponta para um reduzido número de casos judiciais onde o artigo 5.º foi concreta e expressamente interpretado. A pesquisa efetuada em bases de dados nacionais e internacionais aponta no mesmo sentido[105]. Não são claras quais as razões para

[101] Este exemplo é dado pela maioria dos autores, sendo que Martin Illmer et al., *Rome II Regulation*, 139, parece mesmo considerar que nestes casos estaremos sempre perante uma conexão manifestamente mais estreita.

[102] Cf., em sentido semelhante, Martin Illmer, «The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters», 302; Gralf-Peter Calliess, *Rome Regulations*, 563; e Ulrich Magnus e Peter Mankowski, *Rome II Regulation – Commentary*, 230.

[103] Rui Manuel Moura Ramos, «O Direito Internacional Privado das Obrigações Extracontratuais na União Europeia», 120.

[104] British Institute of International and Comparative Law (BIICL) et al., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 34.

[105] Encontrou-se apenas um acórdão que analisou o artigo 5.º do Regulamento Roma II, proferido pelo *England and Wales High Court*, [2014] EWHC 753 (QB), [2015] 2 WLR 442.

um reduzido número de casos, atendendo a que estamos perante um campo profícuo para litígios internacionais. Uma razão possível foi avançada pela Comissão Europeia: trata-se de "(...) matéria em que o número de transacções extrajudiciais é muito elevado, designadamente devido à intervenção dos seguradores"[106].

Reconhece-se que um justo equilíbrio dos interesses em presença (agente, lesado e não distorção da concorrência) não é um objetivo fácil de alcançar[107], sobretudo se se pretende um modo mais simples para determinar a lei aplicável à responsabilidade extracontratual decorrente de danos causados por produtos defeituosos. Parece-nos, no entanto, ser um esforço desejável, até pelas lições que se podem retirar da Convenção da Haia. Pela nossa parte, e *de iure condendo*, acreditamos que uma justa ponderação daqueles interesses poderia ser alcançada, quando o lesado é o adquirente ou utilizador final do produto, aplicando a lei do Estado onde o concreto produto foi comercializado[108] e, nos casos em que o lesado é um terceiro sem qualquer relação com o adquirente ou utilizador final do produto, aplicando a lei do Estado onde ocorre o dano direto[109].

[106] Cf. Exposição de Motivos da Proposta, p. 15.

[107] Cf., neste sentido, Symeon C. Symeonides, «Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity», *The American Journal of Comparative Law* 56, n. 1 (2008): 209; e Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado. Direito de Conflitos – Parte Especial*, II:489.

[108] Esta lei é, em regra, previsível para agente e lesado e evita distorções de concorrência no mercado económico de um determinado Estado, uma vez que, tendencialmente, não sujeita a leis diferentes competidores que operam num mesmo espaço económico apenas porque um deles atua igualmente noutros mercados.

[109] Veja-se uma solução próxima desta em Phaedon John Kozyris, «Rome II», 490 e ss.

REGULAMENTO ROMA I: CONTRATOS CELEBRADOS COM CONSUMIDORES*

Luís de Lima Pinheiro**

Sumário: *Introdução; I. Breve referência às principais regras de conflitos gerais do Regulamento Roma I; II. Sentido e âmbito de aplicação do regime especial dos contratos com consumidores; III. Conteúdo do regime especial dos contratos com consumidores; IV. Direito aplicável à forma do contrato; V. Considerações finais.*

Introdução

I. O contrato celebrado por um consumidor pode estar exclusivamente inserido na esfera social do Estado português. Trata-se, então, de um *contrato interno* que está submetido diretamente ao Direito material português.

São cada vez mais frequentes, porém, os contratos com consumidores que transcendem a esfera social de um Estado, designadamente em razão da residência habitual, sede ou estabelecimento das partes. Por exemplo, a venda de uma coleção de discos compactos realizada através da internet, em que o vendedor é uma sociedade sedeada e estabelecida em Otava e o comprador tem residência habitual em Lisboa.

* O presente trabalho foi reelaborado com vista à publicação nos Estudos em Homenagem ao Professor António Pinto Monteiro.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Estes *contratos transnacionais colocam um problema de determinação do Direito aplicável*. Assim, no exemplo dado, suscita-se a questão de saber se o contrato está submetido ao Direito canadiano, ao Direito português ou a outro Direito. Devido às divergências entre os sistemas nacionais, da competência deste ou daquele Direito nacional podem decorrer soluções muito diferentes quanto à validade do contrato, à sua interpretação e integração ou a litígios relativos à sua execução.

O presente contributo oferece-me o ensejo de retomar, atualizar e complementar estudos anteriores sobre o Direito aplicável aos contratos com consumidores[1].

II. A *defesa e promoção dos interesses dos consumidores* é um objetivo constitucionalmente consagrado na ordem jurídica portuguesa (arts. 60.º, 81.º/i e 99.º/e CRP) e também prosseguido pelo Direito da União Europeia (art. 169.º TFUE). Na prossecução deste fim, foram adotados numerosos regimes materiais que visam a proteção do consumidor, enquanto parte contratual mais fraca[2]. As *assimetrias de informação* justificam uma intervenção do legislador, quer através do estabelecimento de deveres de informação ao consumidor quer, se tal não for suficiente, de limitações à liberdade de estipulação através de regimes imperativos protetores do consumidor[3]. Este desenvolvimento foi acompanhado da formulação de *regras especiais de*

[1] Ver, designadamente, "Direito aplicável aos contratos com consumidores", *ROA* 61 (2001) 155-170 (=*in Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 93-106, Coimbra, 2002); *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 4.ª ed., Lisboa, 2015, §§ 65 D e 66 C e D.

[2] Sobre as políticas legislativas de proteção do consumidor, ver João Calvão da Silva – *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, 27 e segs; António Pinto Monteiro – "Do Direito do Consumo no Código do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor* 1 (1999) 201-214; Id. – "Sobre o Direito do Consumidor em Portugal", *Estudos do Direito do Consumidor* 4 (2002) 121-135; Luís Menezes Leitão – "O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática", *in Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, 11-30, Coimbra, 2002; António Menezes Cordeiro – *Tratado de Direito Civil Português. I – Parte Geral*, tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, 201 e segs.; Id. – *Tratado de Direito Civil. II – Parte Geral*, 5.ª ed., Coimbra, 2021, 505 e segs.; Carlos Ferreira de Almeida – *Direito do Consumo*, Coimbra, 2005, 17 e segs. e 37 e segs.; José de Oliveira Ascensão – "Direito Civil e Direito do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor* 8 (2006/2007) 29-49; Jorge Morais Carvalho – *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Coimbra, 2020, 25 e segs. e 52 e segs.; e David Falcão – *Lições de Direito do Consumidor*, 3.ª ed., Coimbra, 2022, 15 e segs.

[3] Ver Giesela Rühl, *in Grundlagen des Rechts*, org. por Julian Krüper, 3.ª ed., Baden Baden, 2017, 234 e segs.

Direito Internacional Privado que prosseguem o mesmo fim[4]. Perante o risco de o consumidor ficar submetido a uma lei estrangeira cujo conteúdo dificilmente pode conhecer e que pode estabelecer um baixo nível de proteção dos seus interesses, revelou-se necessário garantir ao consumidor a proteção da lei do país em que tem o centro da sua vida[5].

III. Não vou examinar todas as regras especiais de Direito Internacional Privado destinadas à proteção dos consumidores, mas tão-somente as regras especiais do Regulamento sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Reg. (UE) n.º 593/2008, doravante designado *Regulamento Roma I*), que tendem a abranger generalidade dos contratos com consumidores. Estas regras estão contidas nos arts. 6.º e 11.º/4. Observe-se que a proteção dos consumidores também pode resultar de outras regras de conflitos especiais do Regulamento contidas no art. 5.º, em matéria de contratos de transporte, e no art. 7.º em matéria de contratos de seguro[6]. Recorde-se ainda que o Regulamento não prejudica as soluções conflituais que matéria de contratos obrigacionais possam decorrer de outros atos de Direito da União Europeia (art. 23.º)[7].

I. Breve referência às principais regras de conflitos gerais do regulamento Roma I

O Direito de Conflitos em matéria de contratos obrigacionais nos Estados-Membros da União Europeia foi unificado, primeiro pela Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980) e, em seguida, pelo Regulamento Roma I.

[4] Ver Rui Moura Ramos – *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 663 e seg., n. 617 e 746 e segs. e "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português", *in Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, 1997, 331-357, 338 e segs., com desenvolvidas referências legislativas e bibliográficas; ver ainda Michael Wilderspin – "Art. 6", *in Rome I Regulation Commentary*, org. por Ulrich Magnus e Peter Mankowski, Colónia, 2017, n.º 1.

[5] Ver Dieter Martiny – "Art. 6", *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. XIII, 8.ª ed., Munique, 2021, n.ºs 1-2 e 5.

[6] Apesar de o Considerando n.º 32 poder sugerir o contrário, tem-se entendido que o regime do art. 6.º também será aplicável aos contratos de seguro celebrados com consumidores não abrangidos pelo art. 7.º – ver Lima Pinheiro (n. 1 [2015]) § 65 D, com mais referências.

[7] Relativamente a regras especiais que têm por objeto as cláusulas contratuais gerais ou determinadas categorias de contratos com consumidores, ver Lima Pinheiro (n. 1 [2015]), § 66 C e D; ver também Magnus/Mankowski/Wilderspin, Art. 6 n.ºs 94 e segs.

A *autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável* aos contratos obrigacionais constitui hoje um princípio de Direito Internacional Privado comum à esmagadora maioria dos sistemas nacionais[8].

No Regulamento Roma I, este princípio encontra-se consagrado no n.º 1 do art. 3.º.

O art. 3.º do Regulamento Roma I, à semelhança do art. 3.º da Convenção de Roma, não estabelece quaisquer limites quanto às ordens jurídicas estaduais que podem ser designadas. É pacífico que a lei escolhida não tem de ter conexão objetiva com o contrato e, segundo o entendimento largamente dominante, não há quaisquer outros limites à liberdade de escolha de um Direito estadual ou local[9]. Com efeito, esses preceitos não subordi-

[8] Cf. Ole Lando – "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI* 189 (1984) 223-447, 284; António Ferrer Correia – "Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais", *RLJ* (1990) n.ºs 3787 a 3789, n.ºs 3787 a 3789; Frank Vischer – "General Course on Private International Law", *RCADI* 232 (1992) 9-256, 139, considera que a liberdade de escolher a lei aplicável pode ser considerada como um princípio geral de Direito; mas refere François Rigaux – "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *RCADI* 213 (1989) 7-407, 234, quando este autor assinala que o problema não é tanto o princípio em si, quanto o seu alcance e limites. Em rigor tem havido uma certa resistência a este princípio por parte dos Estados latino-americanos – ver Diego Fernández Arroyo (org.) – *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, 2003, 1015 e segs. Segundo o Preâmbulo da Resolução do *Instituto de Direito Internacional* sobre a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre particulares, aprovada na sessão de Basileia (1991), a "autonomia da vontade das partes é um dos princípios de base do Direito Internacional Privado". Observe-se ainda que, no Direito português, a liberdade de designação do Direito aplicável foi já consagrada, em 1888, pelo n.º 1 do art. 4.º C. Com.

[9] Relativamente à Convenção de Roma, decorre de Mario Giuliano e Paul Lagarde – "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JOCE* C 282, 31/10/80 (n.º 4 do art. 3.º), que o risco de uma evasão a disposições imperativas mediante o *dépeçage* foi considerado nos trabalhos preparatórios, tendo os peritos entendido que este risco seria neutralizado pelo disposto no art. 7.º. Ora, este comentário, feito a propósito das remissões parciais, vale por maioria de razão para o risco (menor) de evasão mediante uma designação global. Lando (n. 8) 292, afirma ainda que a possibilidade de incluir o "princípio da *fraus legis*" foi suscitada, e não concretizada, pelos peritos, e retira, do comentário ao art. 16.º, em que se sublinha que a "ordem pública não intervém, abstrata e globalmente, contra a lei designada pela convenção", a exclusão da aplicação da *ordre public* a casos de *fraus legis*. No mesmo sentido parece apontar a Exposição de Motivos da Proposta de Regulamento Roma I quando afirma que a "fraude à lei" é visada pelos n.ºs 4 e 5 do art. 3.º, que correspondem no Regulamento aos n.ºs 3 e 4 do art. 3.º. Ver mais referências em Lima Pinheiro (n. 1 [2015]) n. 658.

nam a escolha a qualquer laço objetivo entre o contrato e a lei escolhida nem admitem um controlo da sua motivação.

As regras sobre a formação do consentimento e a validade formal do contrato aplicam-se também ao acordo sobre a lei aplicável (arts. 10.º e 11.º *ex vi* art. 3.º/5). Assim, a formação do consentimento sobre a lei aplicável é regido, em princípio, pela lei designada[10].

Há ainda que ter em conta a relevância concedida à lei da residência habitual do contraente nos termos do art. 10.º/2. Se a convenção sobre o Direito aplicável constituir uma *cláusula contratual geral*, a sua inclusão no contrato será apreciada, em primeiro lugar, pela lei escolhida; se a questão for respondida afirmativamente pela lei escolhida, o declaratário poderá ainda invocar, com base no art. 10.º/2, a lei da sua residência habitual para demonstrar que não deu o seu acordo, se resultar das circunstâncias que não seria razoável determinar os efeitos do seu comportamento nos termos da lei escolhida[11].

A lei aplicável à análise do caráter abusivo das cláusulas constantes em contratos celebrados por consumidores e que são objeto de uma ação inibitória deve ser determinada autonomamente, em função da natureza dessas cláusulas. Assim, no caso de a ação inibitória se destinar a impedir que tais cláusulas sejam inseridas em contratos celebrados por consumidores para neles criarem obrigações contratuais, a lei aplicável à apreciação das

[10] Relativamente aos contratos celebrados através da internet, ver Luís de Lima Pinheiro – "Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet" (2006), *in Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, 11-65, Coimbra, 2009, 18-23, e "Contratos celebrados através da internet – tribunais internacionalmente competentes e Direito aplicável" (2018), *in Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. III, 361-387, Lisboa, 2021, 364 e 374.

[11] Ver António Frada de Sousa – *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Porto, 1999, 245 e segs. O art. 5.º da Resolução do *Instituto de Direito Internacional* sobre a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais entre particulares, aprovada na sessão de Basileia (1991), após admitir, no seu n.º 1, que a "lei aplicável pode ser designada por cláusulas contratuais gerais desde que as partes tenham nelas consentido", acrescenta, no seu n.º 2, uma regra material, segundo a qual este "consentimento deve ser expresso por escrito, ou de uma maneira conforme aos hábitos estabelecidos entre as partes, ou segundo os usos profissionais de que elas têm conhecimento". Esta solução inspira-se na jurisprudência do TCE relativamente à cláusula de jurisdição inserida no formulário proposto por uma das partes – cf. Erik Jayme. – "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport définitif", *Ann. Inst. dr. int.* 64-I (1991) 62-76, 72 e segs.

referidas cláusulas deve ser determinada em conformidade com o Regulamento Roma I[12].

Nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento, *o consentimento das partes na designação do Direito aplicável pode ser manifestado expressa ou tacitamente*.

O princípio da autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável ao contrato fundamenta-se, em primeiro lugar, na *autodeterminação* das partes[13]. Para a justificação da eficácia jurídica da convenção sobre o Direito aplicável, concorrem ainda razões de *certeza*, *previsibilidade* e *facilidade* para as partes na determinação da disciplina material do caso, ligadas à *proteção da confiança recíproca*. Enfim, é de partir do princípio que a conexão operada mediante a designação feita pelas partes exprime, numa concreta relação da vida, uma *solução adequada aos seus interesses*.

Esta fundamentação pressupõe que as partes estão colocadas numa posição de igualdade. Em certas modalidades contratuais, em que uma das partes se encontra normalmente numa posição negocial mais fraca, pode justificar-se uma limitação ao princípio da autonomia da vontade. É, como veremos, aquilo que se verifica com certos contratos celebrados com consumidores.

O n.ºs 3 e 4 do art. 3.º contêm limitações ao alcance da lei escolhida relativamente aos contratos inteiramente localizados num Estado diferente ou, quando for escolhida a lei de um Estado terceiro, num ou em vários Estados-Membros[14].

Na falta de escolha válida do Direito aplicável, o Regulamento Roma I estabelece conexões primárias com base num critério determinado (art. 4.º/1 e 2), acompanhado da relevância do critério geral da conexão mais estreita no quadro de uma cláusula de exceção (art. 4.º/3) ou para estabelecer uma conexão subsidiária (art. 4.º/4).

A conexão primária baseia-se principalmente na doutrina da prestação característica: o contrato é, em princípio, regulado pela lei da residência habitual do

[12] TUE 28/7/2016 [ECLI:EU:C:2016:612], no caso *Verein für Konsumenteninformation I*, n.ºs 49 e 58. A ação inibitória é regida pela lei aplicável às obrigações extracontratuais.

[13] Ver Isabel de Magalhães Collaço – *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado, Aspectos Fundamentais*, vol. I, Lisboa, 1954, 108, que se refere a um momento de liberdade, e, em geral, sobre a fundamentação do princípio da autonomia da vontade na designação do Direito aplicável, Luís de Lima Pinheiro – *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, § 12 B, com mais referências.

[14] Ver Lima Pinheiro (n. 1 [2015]), § 65 B, com mais referências, e sobre as relações destes preceitos com o art. 6.º do Regulamento, *MünchKomm.*/Martiny, Art. 6 n.ºs 68-69.

devedor da prestação característica[15]. Nos contratos que têm por função a troca de uma coisa, do uso de uma coisa ou da prestação de um serviço por uma prestação pecuniária a prestação característica consiste na entrega da coisa, na cessão do uso da coisa ou na prestação do serviço.

Assim, o princípio da conexão mais estreita é até certo ponto consagrado, mas atribui-se uma relativa prioridade à lei do devedor da prestação característica, designadamente ao fornecedor de bens e serviços, solução que não é isenta de controvérsia[16].

II. Sentido e âmbito de aplicação do regime especial dos contratos com consumidores

Por aplicação do regime geral, o contrato internacional com um consumidor poderia ficar sujeito à escolha de qualquer lei estrangeira, que o consumidor dificilmente pode influenciar e, na falta de escolha, ficaria geralmente submetido à lei do fornecedor de bens ou serviços. Para evitar este resultado, o Regulamento Roma I consagra um *regime especial mais favorável aos seus interesses conflituais* do que o regime geral (Considerandos n.ºs 23-25). Este regime é aplicável à generalidade dos contratos obrigacionais celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua atividade comercial ou profissional ("o consumidor"), com outra pessoa que aja no quadro das suas atividades comerciais ou profissionais ("o profissional") (art. 6.º/1), que não sejam expressamente excluídos ou abrangidos por outro regime especial do Regulamento[17].

O consumidor é protegido como *parte economicamente mais fraca e negocialmente menos experiente*. O legislador europeu entendeu que esta necessidade de proteção não se verifica quando os bens ou serviços se destinam ao exercício de uma atividade independente. No entanto, a formulação utilizada pelo TCE/TUE em diversas decisões suscitou dúvida sobre se o

[15] Ver, com mais desenvolvimento, Eugénia Galvão Teles – "A prestação característica: um novo conceito para determinar a lei subsidiariamente aplicável aos contratos internacionais. O artigo 4.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais", *O Direito* 127 (1995) 71-183, 108 e segs., e "Determinação do Direito material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral da conexão mais estreita", *in Estudos de Direito Comercial Internacional*, vol. I, org. por Lima Pinheiro, 63-141, Coimbra, 2004, 85 e segs.; e Luís de Lima Pinheiro – *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, 117 e segs.

[16] Ver Lima Pinheiro (n. 13) § 23 A e (n. 1 [2015]) § 65 C, com mais referências.

[17] Cf. Exposição de Motivos da Proposta da Comissão, 7.

trabalhador por conta doutrem será protegido, como consumidor, quando adquira um bem destinado à sua atividade profissional (por exemplo, um livro profissional)[18]. O TUE, contrariando a opinião dominante, veio responder negativamente a esta questão[19].

O mesmo tribunal entendeu que o regime de competência internacional em matéria de contratos com consumidores não é aplicável ao *contrato relativo a um bem destinado a uma utilização parcialmente profissional e parcialmente estranha à atividade profissional*, salvo se a utilização profissional for marginal, a ponto de apenas ter um papel despiciendo no contexto global da operação em causa, sendo irrelevante, a este respeito, o facto de o aspeto extraprofissional ser dominante[20]. Um entendimento próximo foi defendido em relação ao art. 5.º da Convenção de Roma no relatório Giuliano/Lagarde[21], mas outra parte da doutrina advoga que perante o Regulamento Roma I deve ser decisivo o fim dominante do contrato[22].

A atuação extraprofissional de uma pessoa que tem uma atividade independente só é relevante se a outra parte conhecia ou devia conhecer este facto[23].

[18] Os acs. TCE 21/6/1978, no caso *Bertrand* [ECLI:EU:C:1978:137], e 19/1/1993, no caso *Shearson* [ECLI:EU:C:1993:15], referem-se a "consumidores finais com caráter privado". Segundo o acs. TCE/TUE 3/7/1997, no caso *Benincasa* [ECLI:EU:C:1997:337], n.º 17, 20/1/2005, no caso *Gruber* [ECLI:EU:C:2005:32], n.º 36, e 14/3/2013, no caso Česká spořitelna, a.s. [ECLI:EU:C:2013:165], a proteção do consumidor só se justifica para contratos celebrados para a satisfação da sua necessidade própria de consumo privado. Em sentido afirmativo, em relação ao art. 6.º do Regulamento Roma I, *MünchKomm.*/Martiny, Art. 6 n.º 15, e Ulrich Magnus, *in J. von Staudingers Kommentar zum BGB. Internationales Vertragsrecht 1. Neubearbeitung 2011*, Berlim, 2011, Art. 6 n.º 44, e, relativamente ao Regulamento Bruxelas I bis, quando o trabalhador adquire o bem por sua própria conta, Peter Mankowski e Peter Nielsen, *in Brussels Ibis Regulation Commentary*, org. por Ulrich Magnus e Peter Mankowski, Colónia, 2016, Art. 17 n.º 28.

[19] Cf. TUE 20/10/2022, no caso *ROI Land Investments* [ECLI:EU:C:2022:807], n.ºs 54-55, e 9/3/2023, no caso JA [ECLI:EU:C:2023:185], n.º 26"].

[20] Ac. 20/1/2005, no caso *Gruber* [ECLI:EU:C:2005:32], n.º 54. Ver também 25/1/2018, no caso *Schrems I* [ECLI:EU:C:2018:37], n.º 32, e 14/2/2019, no caso *Milivojević* [ECLI:EU:C:2019:123], n.º 91.

[21] (N. 9) 23.

[22] Neste sentido, *MünchKomm.*/Martiny, Art. 6 n.º 16, e *Staudinger*/Magnus, art. 6 n.º 47.

[23] Cf. Giuliano/Lagarde, loc. cit., e TUE 20/1/2005, no caso *Gruber* [ECLI:EU:C:2005:32], n.ºs 51-53.

No caso *Schrems I*[24], o TUE considerou que o utilizador de uma conta privada *Facebook* não perde a qualidade de "consumidor", quando publica livros, faz conferências, gere sítios *web*, recolhe donativos e obtém a cedência dos direitos de vários consumidores para os exercer em justiça, mas não beneficia do respetivo regime especial de competência para fazer valer não só os seus próprios direitos, mas também os direitos cedidos por outros consumidores[25].

Nos termos do art. 6.º/1, *este regime é aplicável quando há uma conexão entre a atividade do profissional e o país da residência habitual do consumidor*[26]. É necessário que o profissional:

- exerça as suas atividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou
- por qualquer meio, dirija essas atividades para este ou vários países, incluindo aquele país,

  e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas atividades.

O Considerando n.º 24, na esteira da Exposição de Motivos da Proposta da Comissão[27], contém indicações importantes para a interpretação deste preceito[28], que apontam no sentido de serem abrangidos os casos em que um site convide à celebração de contratos à distância e que tenha sido efetivamente celebrado um contrato à distância.

No entanto, é previsível uma *extensão da jurisprudência do TUE relativa ao regime da competência internacional em matéria de contratos de consumo* uma vez que o Considerando n.º 24 deste Regulamento e a decisão do TUE nos casos *Peter Pammer* e *Hotel Alpenhof* favorecem uma convergência na interpretação destes Regulamentos[29]. Isto, sem esquecer que o Considerando n.º 24

[24] 25/1/2018 [ECLI:EU:C:2018:37].

[25] Ver ainda as observações de Alfonso-Luis Calvo Caravaca – "Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias", *in Relaciones Transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje Fernández Rozas*, 165-178, Cizur Menor (Navarra), 2020, 176-178.

[26] Sobre o relevante conceito de "atividade", ver *MünchKomm./*Martiny, Art. 6 n.º 40.

[27] 6-7.

[28] Ver ainda Considerando n.º 25, atrás referido, e Paul Lagarde e Aline Tenenbaum – "De la convention de Rome au règlement Rome I", *R. crit.* 97 (2008) 727-780, 745-746. Perante a Convenção de Roma, ver Elsa Dias Oliveira – "Lei aplicável aos contratos celebrados com os consumidores através da Internet e tribunal competente", *in Estudos de Direito do Consumidor* 4 (2002) 219-239, 227 e segs.; e Lima Pinheiro (n. 10 [2006]) 31 e segs.

[29] TUE 7/12/2010 [ECLI:EU:C:2010:740], n.º 43. Ver também Jürgen Basedow – The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations, A Haia, 2015, 413.

do Regulamento Roma I, que não tem paralelo no Regulamento Bruxelas I, aponta para uma interpretação diferente da acolhida pelo tribunal.

Segundo este entendimento, para que se verifique uma atividade dirigida ao país do domicílio do consumidor, o comerciante deve ter manifestado, ainda que tacitamente, a sua vontade de estabelecer relações comerciais com os consumidores de um ou de vários Estados, entre os quais o Estado-Membro do domicílio do consumidor[30].

Para o efeito não releva a distinção entre sítios "interativos" e "passivos" nem se exige que o comerciante dirija "intencionalmente a sua atividade, de forma substancial", para o Estado-Membro em que está domiciliado o consumidor. O consumidor não tem de provar a intenção do comerciante de desenvolver uma atividade de certa dimensão no Estado do seu domicílio[31].

Assim, a demonstração da existência de uma atividade "dirigida" ao Estado-Membro do domicílio do consumidor pode resultar de diversos indícios, eventualmente combinados entre si. São mencionados, designadamente, a natureza internacional da atividade, a menção de itinerários a partir de outros EstadosMembros para chegar ao local onde o comerciante está estabelecido, a utilização de uma língua ou moeda diferentes das habitualmente utilizadas no Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido, com a possibilidade de reservar e confirmar a reserva nessa língua, a menção de números de telefone com a indicação de um indicativo internacional, a realização de despesas num serviço de referenciação na Internet para facilitar aos consumidores domiciliados noutros Estados-Membros o acesso ao sítio do comerciante ou a um sítio do seu intermediário, a utilização de um nome de domínio de primeiro nível diferente do do Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido e a menção de uma clientela internacional constituída por clientes domiciliados em diferentes Estados-Membros[32].

Já se considera insuficiente a simples acessibilidade do sítio na internet do comerciante ou do intermediário no Estado-Membro do domicílio do consumidor, bem como a menção de um endereço eletrónico e de outros

[30] Caso supracit., n.ºs 75 e segs. A favor deste entendimento, Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González – *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, 2020, Cap. XXIII, n.º 29.

[31] Caso supracit., n.ºs 79 e 82. Ver também Magnus/Mankowski/Mankowski/Nielsen, Art. 17 n.º 77.

[32] Caso supracit., n.ºs 83 e 93.

elementos de contacto ou a utilização de uma língua ou moeda que sejam habitualmente utilizadas no Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido[33].

É uma *solução de compromisso*, mas que não evita muitas dificuldades na sua aplicação prática[34].

As decisões posteriores, relacionadas com atividades dirigidas através da internet, mas que dizem respeito a contratos entre presentes, tendem a flexibilizar a solução, mas nem sempre do melhor modo.

Estas decisões entenderam, quanto à aplicação do regime especial dos contratos com consumidores que:

– não se exige que o contrato entre o consumidor e o profissional tenha sido celebrado à distância[35];

[33] Caso supracit., n.º 94. O Regulamento (UE) n.º 302/2018, sobre *bloqueio geográfico*, não prejudica os Regulamentos Bruxelas I bis e Roma I e o seu cumprimento não pode ser interpretado como implicando que o comerciante dirige atividades para o Estado-Membro em que o consumidor tem a sua residência habitual ou o seu domicílio (art. 1.º/6). Nos termos do art. 3.º/1, os "comerciantes não podem bloquear nem restringir, por meio de medidas de caráter tecnológico ou de qualquer outro modo, o acesso dos clientes às suas interfaces em linha por razões relacionadas com a nacionalidade, com o local de residência ou com o local de estabelecimento dos clientes". Assim, designadamente, da não exclusão do acesso dos consumidores residentes num determinado Estado-Membro não se pode inferir que o profissional dirige a sua atividade para este Estado-Membro. No entanto, os profissionais podem evitar os indícios de que dirigem a atividade para determinados países de modo a afastar a aplicação das respetivas leis – ver Reithmann/Martiny/Martiny – *Internationales Vertragsrecht*, 9.ª ed., Colónia, 2022, n.º 35.57. Alguns autores defendem mesmo que os profissionais podem excluir a contratação com consumidores residentes em determinados países ou limitar a contratação a consumidores residentes em determinados países com o mesmo objetivo, ver Raúl Lafuente Sánchez – "Mercado Único Digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluídos por via eletrónica y normas de Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11 (2019/2) 117-149, n.ºs 63 e segs., com mais referências.

[34] Ver ainda as observações de Peter Stone – "Internet transactions and activities", *in Research Hanbook on EU Private International Law*, org. por Peter Stone e Youseph Farah, 1-22, Cheltenham, UK, and Northampton, MA, USA, 2015, 7 e segs.; Magnus/Mankowski/Wilderspin, Art. 6 n.ºs 56 e segs., e Tobias Lutzi – "Internet Cases in EU Private International Law Developing a Coherent Approach", *Int. Comp. L. Q.* 66 (2017) 687-721, 703 e segs. e 713 e segs.

[35] TUE 6/9/2012, no caso *Mühlleitner* [ECLI:EU:C:2012:542] .

– não tem de haver um nexo de causalidade entre o meio empregue para dirigir a atividade para o país do domicílio do consumidor e a celebração do contrato com o consumidor[36], e que
– é abrangido um contrato que não se enquadra no domínio da atividade dirigida ao EstadoMembro do domicílio do consumidor, mas que apresenta um vínculo estreito com um contrato celebrado anteriormente entre as mesmas partes no âmbito dessa atividade[37].

A dispensa de um nexo de causalidade entre o meio empregue para dirigir a atividade e a celebração do contrato tem sido criticada pela doutrina[38]. Com efeito, o art. 15.º/1/c do Regulamento Bruxelas I exige que o contrato seja abrangido pela atividade ocorrida ou dirigida ao Estado-Membro do domicílio do consumidor (e o mesmo se verifica com o art. 17.º/1 do Regulamento Bruxelas I bis). Uma interpretação uniforme destes Regulamentos e do Regulamento Roma I, sobre a determinação do Direito aplicável, reforça

[36] TUE 17/10/2013, no caso *Emrek* [ECLI:EU:C:2013:666], foi confrontado com um contrato de contrato de venda um automóvel usado celebrado em França entre uma empresa situada em França, próximo da fronteira alemã, que dirigia a sua atividade através de um sítio da internet para a França e a Alemanha, e um consumidor domiciliado na Alemanha. O TUE entendeu que o art. 15.º/1 deve ser interpretado no sentido de que não exige a existência de um nexo de causalidade entre o meio empregue para dirigir a atividade comercial ou profissional ao EstadoMembro do domicílio do consumidor, designadamente um sítio internet, e a celebração do contrato com esse consumidor. Todavia, a existência desse nexo de causalidade constitui um indício de conexão do contrato a essa atividade.

[37] TUE 23/12/2015, no caso *Hobohm* [ECLI:EU:C:2015:844]. Tratava-se de um contrato de mediação imobiliária celebrado por mediador que dirigia a sua atividade, através da internet, para o país do domicílio dos clientes (Alemanha) e de um contrato de mandato celebrado no país de situação do imóvel (Espanha). O TUE entendeu que o art. 15.º/1 do Regulamento Bruxelas I deve ser interpretado no sentido que pode ser aplicado a um contrato celebrado entre um consumidor e um profissional, que não se enquadra, enquanto tal, no domínio da atividade comercial ou profissional "dirigida" por esse profissional "ao" EstadoMembro do domicílio do consumidor, mas que apresenta um vínculo estreito com um contrato celebrado anteriormente entre as mesmas partes no âmbito dessa atividade. O TUE acrescentou que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se estão reunidos os elementos constitutivos deste vínculo, designadamente a identidade, de Direito ou de facto, das partes nos dois contratos, a identidade do fim económico prosseguido através desses contratos que têm o mesmo objeto concreto e a complementaridade do segundo contrato ao primeiro, na medida em que visa permitir alcançar o fim económico prosseguido através deste último contrato.

[38] Ver Giesela Rühl, – "The Consumer's Jurisdictional Privilege: On (Missing) Legislative and (Misguided) Judicial Action", *LSN Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law, & Conflict of Laws eJournal, Vol. 2 No. 43, 07/28/2015* (acessível em SSRN), 3.3.2, com mais referências.

este ponto de vista, uma vez que o Considerando n.º 25 do Regulamento Roma I afirma que o consumidor deve ser protegido quando o contrato seja celebrado "no quadro" de tal atividade.

Por outro lado, embora o Considerando n.º 24 ligue o critério da atividade dirigida à celebração de um contrato à distância, deve entender-se que o contrato abrangido pela atividade dirigida ao país da residência habitual do consumidor não tem de ser celebrado à distância para que aplique o regime do art. 6.º do Regulamento Roma I. Neste sentido pode invocar-se a decisão do TUE no caso *Mühlleitner* (2012)[39] [40], relativa ao art. 15.º do Regulamento Bruxelas I (num problema de competência internacional).

O art. 6.º abrange os contratos de venda e a generalidade dos contratos de prestação de serviço, mas também, por exemplo, contratos de financiamento, contratos de locação de coisas móveis e contratos de *timesharing*.

No entanto, *o art. 6.º não abrange todos os contratos com consumidores*. Com efeito, são excluídos:

- os contratos de transporte e os contratos de seguro abrangidos pelo art. 7.º, que são objecto de regras especiais (n.º 1);
- os contratos de prestação de serviço quando os serviços devam ser prestados ao consumidor exclusivamente num país diferente daquele em que este tem a sua residência habitual (n.º 4/a)[41] – por exemplo, um contrato de hospedagem num hotel situado no estrangeiro ou de realização de um curso de línguas no estrangeiro; já não é excluído o contrato pelo qual são prestados serviços à distância, no país de residência habitual do consumidor, a partir do território de outro país[42];
- os contratos que tenham por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel, diferentes dos contratos que têm por objecto um direito de utilização de bens imóveis a

[39] Cf. TUE 6/9/2012 [ECLI:EU:C:2012:542].

[40] Ver também Anabela De Sousa Gonçalves – "E-Commerce and the Protection of Consumers in International Contracts by the European Union Law", *in Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, org. por José Moreno Rodriguez e Claudia Lima Marques, 709-731, Porto Alegre, Brasil, 2014, 715-716.

[41] Esta exclusão é criticada por Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)", *RabelsZ*. 71 (2007) 225-344, 275-276.

[42] Cf. TUE 3/10/2019, no caso *Verein für Konsumenteninformation II* [ECLI:EU:C:2019:827], n.ºs 52-54.

tempo parcial, na aceção da Diretiva 2008/122/CE relativa aos contratos de *timesharing* (n.º 4/c)[43];
- "direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro e direitos e obrigações que constituam os termos e as condições que regulam a emissão ou a oferta ao público e as ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários, e a subscrição e o resgate de partes de organismos de investimento coletivo" (n.º 4/d);
- contratos celebrados no âmbito de um mercado regulamentado ou de um sistema de negociação multilateral de instrumentos financeiros (n.º 4/e)[44].

O art. 6.º já se aplica aos contratos de prestação de serviços financeiros que digam respeito a operações sobre instrumentos financeiros[45].

Relativamente aos *contratos de transporte*, o art. 5.º/2 já tem em conta preocupações de proteção do passageiro. A exclusão dos contratos de transporte de mercadorias do âmbito de aplicação do art. 6.º parece dever-se a duas ordens de razões[46]. Por um lado, vigoram diversas Convenções internacionais de Direito material unificado que contêm regimes imperativos de proteção do carregador/destinatário aplicáveis naquelas modalidades de transporte em que há tipicamente uma desigualdade económica entre as partes. Por outro, o regime contido no art. 6.º não é adequado a estes contratos, porque levaria à aplicação à mesma operação de transporte das normas imperativas dos países da residência habitual de todos os carregadores.

A exclusão dos contratos de transporte não abrange os contratos relativos a uma viagem organizada na aceção da Diretiva 90/314/CEE Relativa

[43] A referência à Dir. 94/47/CE Relativa à Proteção dos Adquirentes nos Contratos de *Timesharing* deve ser entendida como sendo feita à Dir. 2008/122/CE nos termos do art. 18.º desta Diretiva. Sobre o alcance desta exclusão, ver TUE 10/2/2022, no caso *ShareWood* [ECLI:EU:C:2022:86].

[44] Sobre a *ratio* destas duas últimas exclusões, ver Considerando n.º 28. Sobre os relevantes conceitos de "instrumento financeiro" e de "valor mobiliário", ver Considerando n.º 30 e Lima Pinheiro (n. 1 [2015]), § 65 D.

[45] Embora estes contratos só sejam referidos na al. d), deve entender-se que também são abrangidos os digam respeito às operações da alínea e). Ver também Considerando n.º 26, *MünchKomm.*/Martiny, Art. 6 n.º 34, e Magnus/Mankowski/Wilderspin, Art. 6 n.º 44.

[46] Ver Relatório Giuliano/Lagarde (n. 9) 24, e *Max Planck Institute* (n. 41) 276. Cp. as considerações críticas de Paul Lagarde – "Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", *R. crit.* 95 (2006) 331-359, 341, e Peter Mankowski – "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", *IPRax* (2006) 101-113, 105.

às Viagens Organizadas, Férias Organizadas e Circuitos Organizados. Esta Diretiva foi revogada e substituída pela Diretiva (UE) 2015/2302 Relativa às Viagens Organizadas e aos Serviços de Viagem Conexos. É, em princípio, considerada viagem organizada a que inclua dois dos quatro serviços mencionados no art. 3.º/1 desta Diretiva – transporte, alojamento, aluguer de veículos a motor e outros serviços turísticos não integrantes dos serviços anteriores que representem uma proporção significativa do valor da combinação ou uma característica essencial da combinação –, e que exceda 24 horas ou inclua uma dormida (arts. 3.º/2 e 2.º/2/a)[47]. Por um exemplo, um pacote de férias adquirido a uma agência de viagens.

No que se refere aos *contratos de arrendamento de imóveis* também é frequente que os sistemas jurídicos contenham regimes imperativos de proteção do arrendatário que visam, pelo menos em primeira linha, os arrendamentos de imóveis situados no respetivo território. Uma vez que estes contratos, na falta de escolha da lei aplicável, são normalmente regidos pela lei da situação do imóvel, o regime do art. 6.º não seria o mais adequado. Mas pode ser questionado que, em caso de escolha de uma lei diferente, não se salvaguarde a aplicabilidade das normas protetoras do arrendatário do país da situação do imóvel[48]. Em todo o caso, existe a possibilidade de essas normas serem aplicadas pelos tribunais do Estado da situação do imóvel nos termos do art. 9.º/2 (i. e., como normas de aplicação necessária)[49].

III. Conteúdo do regime especial dos contratos consumidores

Vejamos em que consiste *o regime especial de determinação do Direito aplicável aos contratos com consumidores*.

As partes podem, nos termos do art. 3.º do Regulamento, escolher qualquer Direito estadual ou local para reger o contrato, mas esta escolha não pode privar o consumidor da proteção que lhe proporcionam as normas imperativas do Estado da sua residência habitual (art. 6.º/2).

Esta regra veicula uma *ideia de alternatividade*: aplicar-se-ão as disposições imperativas da lei da residência habitual que sejam mais favoráveis ao

[47] Ver também TCE 30/4/2002, no caso *Club-Tour* [ECLI:EU:C:2002:272], n.º 13. O TCE já entendeu que isto se verifica na viagem realizada num cargueiro, que incluía, por um preço global, o transporte e o alojamento, e excedia 24 horas – cf. TUE 7/12/2010, nos casos *Peter Pammer* e *Hotel Alpenhof* [ECLI:EU:C:2010:740], n.º 45, relativamente ao art. 15.º/3 do Regulamento Bruxelas I.

[48] Cp. as considerações de Lagarde (n. 46) 341, e Mankowski (n. 46) 105.

[49] Ver também Mankowski (n. 46) 105.

consumidor que as regras da lei escolhida[50]. Para o efeito é necessária uma comparação dos complexos de normas que formam, nas ordens jurídicas em presença, unidades de regulação, por forma a respeitar a coerência destas unidades e a apreender corretamente o seu sentido de proteção[51].

Também se pode dizer que a lei da residência habitual fornece *o padrão mínimo de proteção*. A lei da residência habitual é a que se encontra em melhor posição para fornecer este padrão mínimo de proteção, por ser a lei do Estado a que o consumidor está mais estreitamente ligado. O consumidor tem um *interesse conflitual* na sua aplicação, por ser a lei com que está mais familiarizado[52].

Nos casos *Verein für Konsumenteninformation I* (2016) e *II* (2019)[53], o TUE entendeu que, perante a *Diretiva sobre Cláusulas Abusivas* (Dir. 93/13/CEE), uma cláusula contratual geral estipulando que o contrato celebrado com um consumidor *é regido pela lei de um Estado*Membro que não seja o da sua

[50] Ver Relatório Giuliano/Lagarde (n. 9) 25 quanto à disposição homóloga contida no art. 6.º/1 da Convenção de Roma; Lagarde (n. 18) 314; Erik Jayme – "Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *in Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, 77-85, 82; Moura Ramos (n. 4) 754; Antoine Kassis – *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, 337; *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15.ª ed. por Lord Collins of Mapesbury (ed. geral), Adrian Briggs, Andrew Dickinson, Jonathan Harris, J. McClean, Peter McEleavy, Campbell McLachlan e C. Morse. Londres, 2012, n.º 33-146; e Eugénia Galvão Teles – *A protecção do consumidor nos contratos internacionais* (Diss. Mestrado policopiada), Lisboa, 1997, 421 e segs.

[51] Ver também Maria Helena Brito – A Representação nos Contratos Internacionais, Coimbra, 699, seguida por Elsa Dias Oliveira – A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet. Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista, Coimbra, 2002, 251, e Eugénia Galvão Teles – "Sobre o critério da 'lei mais favorável' nas normas de conflitos", in Est. Marques dos Santos, vol. I, 193-238, Coimbra, 2005, 236 e segs. O respeito das unidades de regulação e a opção pelas que forem mais protetoras reduz o risco de contradições normativas ou valorativas na aplicação simultânea de normas das duas ordens jurídicas em presença, mas não o elimina em absoluto. O concurso de regimes de proteção das duas ordens jurídicas em presença é de excluir quando representar uma contradição normativa ou valorativa nos termos gerais – ver Luís de Lima Pinheiro – Direito Internacional Privado, vol. I – Introdução e Direito de Conflitos/Parte Geral, 3.ª ed., Lisboa, 2014, § 44; neste caso deve sempre optar-se pelo regime mais favorável ao consumidor. Ver ainda, Eugénia Galvão Teles (n. 50) 425, MünchKomm./Martiny, Art. 6 n.º 64, e, relativamente ao contrato de trabalho, Moura Ramos (n. 4) 876 e segs.

[52] Ver também Moura Ramos (n. 4) 756.

[53] TUE 28/7/2016 [ECLI:EU:C:2016:612] e 3/10/2019 [ECLI:EU:C:2019:827].

residência habitual é abusiva na medida em que induza esse consumidor em erro, dandolhe a impressão de que só a lei desse EstadoMembro é aplicável ao contrato, sem o informar de que beneficia igualmente da proteção que lhe proporcionam as disposições imperativas do Direito que seria aplicável na falta dessa cláusula[54].

Estas decisões vão porventura demasiado longe, uma vez que a aplicabilidade das normas imperativas do país da residência habitual do consumidor que lhe sejam mais favoráveis que as da lei escolhida já decorre do regime especial contido no art. 6.º do Regulamento[55].

Além disso, segundo o melhor entendimento, a *validade* de cláusulas de escolha da lei aplicável não se deveria considerar abrangida pela Diretiva sobre Cláusulas Abusivas[56]. Da presente decisão decorre, porém, que *as cláusulas de escolha da lei aplicável estão submetidas ao controlo geral das normas que transpõem a Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, dentro do âmbito de aplicação desta Diretiva.

Na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, o art. 6.º/1 do Regulamento consagra um desvio à conexão supletiva estabelecida pelo art. 4.º. O art. 4.º do Regulamento Roma I conduz frequentemente à aplicação da lei do país em que o fornecedor de bens ou serviços tem o seu estabelecimento. Por força do art. 6.º/1 do Regulamento, *o contrato com consumidor será regulado pela lei do país em que o consumidor tenha a sua residência habitual*.

IV. Direito aplicável à forma do contrato

Os n.ºs 1 e 2 do art. 11.º estabelecem conexões alternativas que favorecem muito a validade formal do contrato. Todavia, a preocupação de proteger o consumidor levou o legislador europeu a afastar estas conexões alternativas relativamente aos contratos abrangidos pelo art. 6.º[57], determinando

[54] O que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar à luz de todas as circunstâncias pertinentes – cf. TUE 28//7/2016 (n.º 71).

[55] Neste sentido, quanto às situações em que estão implicados dois Estados-Membros da UE, Sabine Corneloup – "De la loi applicable aux activités des enterprises de commerce électronique", *R. crit.* (2017) 112- 122, 119. Ver ainda Magnus/Mankowski/Mankowski, Art. 3 n.ºs 13 e segs.

[56] Ver Wulf-Henning Roth – "Datenschutz, Verbandsklage, Rechtswählklauseln in Verbraucherverträgen: Unionsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht", *IPRax* (2017) 449-463, 456-457, com mais referências.

[57] Sobre a validade formal dos contratos que têm por objeto um direito de utilização de bens imóveis a tempo parcial, ver *MünchKomm.*/Spellenberg, art. 11 n.º 66.

que *a validade formal destes contratos também é submetida à lei do país em que o consumidor tem residência habitual*. O contrato só é válido se observar a forma prescrita por esta lei.

V. Considerações finais

A reformulação do regime especial aplicável aos contratos celebrados com consumidores vai ao encontro de algumas preocupações suscitadas pelo art. 5.º da Convenção de Roma. Em todo o caso, a exigência de que o contrato seja abrangido pelo âmbito das atividades exercidas ou dirigidas ao país da residência habitual do consumidor continua *a privar o consumidor de proteção em casos em que ela se justificaria plenamente*. Por exemplo, se um consumidor residente habitualmente na Austrália aproveitar férias em Portugal para aqui realizar uma compra a crédito não se verifica a conexão com o Estado da residência habitual do consumidor exigida pelo art. 6.º/1 do Regulamento e, portanto, o consumidor pode ser privado da proteção que é concedida tanto pelas normas australianas como pelas normas portuguesas[58].

Há naturalmente outras regras de conflitos ou sobre a interpretação e aplicação das regras de conflitos contidas no Regulamento que são relevantes para os contratos com consumidores. Na impossibilidade de examinar nesta sede essa regras, deixarei apenas duas notas sobre os arts. 9.º e 21.º do Regulamento.

Quanto à articulação dos arts. 6.º e 9.º do Regulamento ("*normas de aplicação imediata*") deve valer o mesmo entendimento que defendi com respeito à articulação dos arts. 5.º e 7.º da Convenção de Roma[59]. Se o fim do legislador europeu é proteger o consumidor, não se pode inferir do art. 6.º nenhum limite à aplicação de normas imperativas protetoras do consumidor, *que sejam espacialmente autolimitadas*, por força do art. 9.º[60]. Isto não obsta a que a aplicação cumulativa de normas protetoras de sistemas diferentes

[58] Ver, relativamente à Convenção de Roma, Trevor Hartley – "Consumer Protection Provisions in the EEC Convention", *in Contract Conflicts*, org. por P. North, 111-133, Amesterdão, Nova Iorque e Oxford, 1982, 130, e Lagarde (n. 18) 317.

[59] Ver Lima Pinheiro (n. 1 [2001]) 164 e segs., com mais referências.

[60] Ver também Ver também Ole Lando e Peter Arnt Nielsen – "The Rome I Regulation", *Common Market Law Rev.* 45 (2008) 1687-1725, 1723-1724, e Magnus/Mankowski/Wilderspin, Art. 6 n.º 80. Em sentido contrário, *MünchKomm.*/Martiny, art. 6 n.º 73, com mais referências. No sentido de uma diferenciação, Basedow (n. 29) 421 e segs., e *Saudinger*/Magnus, Art. 6 n.ºs 34-36.

possa ser limitada, ou mesmo excluída, em caso de contradição normativa ou valorativa entre as normas em presença, nos termos gerais. No entanto, o ponto é controverso e será bem-vinda uma clarificação do TUE.

Por outro lado, não se deve esquecer que o resultado a que conduz a aplicação de uma lei estrangeira, competente segundo as regras de conflitos examinadas anteriormente, pode ser afastado se for manifestamente incompatível com regras e princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa, nos termos do art. 21.º do Regulamento. Esta intervenção da *reserva de ordem pública internacional* será *muito excecional* em virtude da proteção do consumidor que já decorre dos arts. 6.º e 9.º do Regulamento, mas pode suceder quando, apesar de haver uma ligação significativa com o Estado português, o regime especial dos contratos com consumidores não assegure uma proteção jurídico-material do consumidor minimamente aceitável ou, inversamente, quando este regime conduza a uma proteção manifestamente excessiva do consumidor.

Para concluir, cumpre assinalar que o regime especial dos contratos com consumidores, bem como outros regimes protetores da parte contratual tipicamente mais fraca, *limitam o princípio da autonomia privada* em Direito Internacional Privado. Não obstante, ao fazê-lo, permitem que esse princípio seja entendido com a maior amplitude nas relações entre empresários e/ou profissionais independentes. Em última análise, esta diferenciação de regimes constitui não só uma concretização do *princípio da igualdade*, que exige um tratamento desigual de situações diferentes, mas também reforça o princípio da autonomia privada enquanto expressão do valor *liberdade* na regulação dos contratos internacionais.

Módulo X
Entidades de defesa e promoção do consumidor

O BANCO DE PORTUGAL COMO DEFENSOR DO CLIENTE BANCÁRIO – EM PARTICULAR, A SUPERVISÃO COMPORTAMENTAL

Miguel da Câmara Machado
Tomás Gomes da Silva
Inês da Costa Pina[1/2]

Sumário: 1. *Pontos essenciais sobre o Banco de Portugal, os clientes bancários e as suas reclamações;* **1.1.** *Clientes e reclamações;* **1.2.** *Deveres, regras de conduta e áreas de compe-*

[1] Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ("FDUL"), Investigador no Centro de Investigação de Direito Privado da FDUL e Advogado no Banco de Investimento Global ("BiG") // Advogado no BiG // Estagiária no BiG e mestranda na FDUL.
[2] Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com as quais os autores têm vindo a colaborar e pretendem ser, acima de tudo, um olhar prático sobre um enquadramento legislativo e regulamentar que é de certa forma recente e incomum (o Banco de Portugal não é tradicionalmente visto com esta perspetiva), pretendendo contribuir para abrir um estudo que se pretende maturar e desenvolver através do conhecimento que só a prática e aplicação destes regimes possibilitará. Ao longo dos últimos anos, as competências e a intervenção – prática e real – do Banco de Portugal foi intensificada para proteger os clientes bancários: primeiro, por causa da pandemia de COVID-19 e das várias medidas desenhadas para proteger os cidadãos, a nível bancário e também financeiro; e, depois, devido à invasão da Ucrânia pela Federação Russa, em fevereiro de 2022 e consequentes repercussões nos mercados financeiros.
Tentaremos dar nota destas alterações, apesar da génese deste texto ter acontecido em 2021, no contexto da presente obra coletiva (e a que muito nos honra pertencer), devendo,

tência; **1.3.** *Alguns detalhes e deveres em especial;* **1.4.** *Dicas práticas quanto a reclamações (no livro ou no portal);* **2.** *O enquadramento destas competências na missão e funções atribuídas ao BdP;* **3.** *Em maior detalhe: a supervisão comportamental do Banco de Portugal;* **3.1.** *As entidades supervisionadas e os produtos e serviços financeiros abrangidos no âmbito da supervisão comportamental;* **3.2.** *Regulação da conduta das entidades supervisionadas – Avisos, Instruções e Cartas Circulares do Banco de Portugal;* **3.3.** *Fiscalização da conduta das entidades supervisionadas – fiscalização sistemática da informação recebida, ações de inspeção e análise das reclamações apresentadas pelos clientes; e* **3.4**. *Formação e promoção da literacia financeira dos clientes bancários – o Portal do Cliente Bancário;* **4.** *Conclusões.*

1. Pontos essenciais sobre o Banco de Portugal, os clientes bancários e as suas reclamações

O Banco de Portugal (doravante, por simplicidade, por vezes referido como "Banco" ou até pela menos simpática e quase petrolífera sigla "BdP"), conforme decorre da sua Lei Orgânica a Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro (doravante abreviadamente designada por "Lei Orgânica" ou "LO")[3] é o banco central da República Portuguesa e faz parte integrante do Sistema Europeu de Bancos Centrais ("SEBC"), prosseguindo os objetivos e participando no

naturalmente, ser contextualizado por essas circunstâncias. Posteriormente, uma versão deste artigo, já mais atualizada, foi publicada na *Revista de Direito Comercial* (*online* em https://www.revistadedireitocomercial.com/), em abril de 2022, com algumas alterações. Desde então, houve vários desenvolvimentos relevantes, até à primavera de 2023, a que tentaremos fazer referência, pelo menos em rodapé, incluindo-se menções ao último *Relatório de Supervisão Comportamental*, apresentado pelo BdP em março de 2023, que esperamos desenvolver em estudos futuros que considerem a atuação do supervisor nestes domínios.
Por fim, apesar de, então, os autores integrarem uma equipa da mesma instituição, alguns alteraram as suas funções profissionais. Para além disso, assistimos a inúmeras inovações legislativas, regulamentares e também doutrinárias relevantes enquanto o texto se encontrava em curso de publicação, que tentaremos assinalar sempre que possível. Adicionalmente, e acima de tudo, agradecemos a colaboração dos nossos colegas Ana Catarina Vinagre, Christiano Aguiar e Francisco Luna Vaz, que reviram o nosso texto de forma crítica e que colaboraram para a possível atualização e melhoria do texto que se publica em 2023. Todos esperamos que o presente texto contribua para que os bancos funcionem melhor, os clientes estejam mais protegidos e o Banco de Portugal seja um melhor aliado nas funções que aqui tentaremos apresentar, num estudo que terá de ser contínuo e que esperamos que continue a ser feito.

[3] Para um enquadramento histórico relativo à criação do BdP e à evolução da sua orgânica e respetivas competências, também de supervisão comportamental, cf. a informação disponibilizada em https://www.bportugal.pt/page/historia?mlid=818 (consultado em outubro de 2021).

desempenho das atribuições cometidas àquele sistema, sujeito ao disposto nos Estatutos do SEBC e do Banco Central Europeu ("BCE"), atuando em conformidade com as orientações e instruções que o BCE lhe dirija ao abrigo dos mesmos Estatutos.

Com múltiplas vestes e atribuições, responsabilidades e competências, tanto como emissor de notas e moedas de euro, dentro das várias funções e operações de banco central (com responsabilidades, por exemplo, no domínio da política monetária e cambial, no exercício da supervisão financeira ou na superintendência dos sistemas de pagamentos), o BdP pode ser visto como *supervisor, regulador* ou *sancionador*, mas também, e no que mais importa para estas linhas, como protetor ou *defensor dos clientes bancários* [4].

1.1. Clientes e reclamações

Todos os clientes bancários, sejam pessoas singulares ou coletivas (quer sejam clientes de uma instituição de crédito, de uma sociedade financeira, de uma instituição de pagamento, de uma instituição de moeda eletrónica ou de intermediário de crédito registado no BdP), podem reclamar de atuações que considerem inadequadas ou lesivas dos seus interesses ou direitos[5], quando alguma dessas entidades intervenha na venda de produtos e serviços bancários de retalho. É, assim, de notar, que não poderá ser analisada pelo BdP uma reclamação apresentada sobre toda e qualquer atuação

[4] Especificamente sobre a supervisão comportamental bancária e este tipo de atuação "defensiva" do BdP, recomendamos, desde logo: Alexandra Gonçalves Marques, "Supervisão comportamental bancária: da supervisão à proteção do cliente bancário", in *Revista da Banca*, n.º 70, (jul.-dez.), 2010; Joana Pinto Monteiro, "O desenvolvimento recente da supervisão bancária comportamental", in *O novo direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2012; Rute Saraiva, "Entre o paternalismo e o Estado libertário: a ética e constitucionalidade de uma nova regulação comportamental", in *Garantia de direitos e regulação: perspectivas de direito administrativo*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020; Paulo Câmara, "Supervisão bancária: recentes e próximos desenvolvimentos", in *I Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2020; e Daniela Rodrigues de Sousa, "Considerações gerais sobre as normas comportamentais e de organização interna no Anteprojeto do Código da Atividade Bancária", in *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 3, n.º 10, 2021.

[5] Neste domínio, o mais importante diploma, como âncora, é ainda a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que, também no domínio bancário, estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, tendo sido adotadas algumas medidas no que respeita à qualidade dos bens e serviços, proteção da saúde, da segurança física e dos interesses económicos dos consumidores e à informação pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 189/96, de 31 de outubro.

de uma entidade sujeita à sua supervisão. Neste sentido, podem ser analisadas pelo BdP reclamações apresentadas pelos clientes bancários quando esteja em causa uma atuação relativa à venda de um produto bancário de retalho, i.e., quando esteja em causa uma atuação relativa a uma conta de depósito, a um produto de crédito (como o crédito à habitação, o crédito pessoal ou o crédito automóvel) ou a um serviço de pagamento (cartões de crédito, transferências ou débitos diretos)[6].

Nestes casos, o papel do Banco de Portugal consiste na análise das reclamações e na verificação do cumprimento das normas (europeias, nacionais, legais ou regulamentares) que regem a atividade daquelas instituições, no âmbito da comercialização de produtos e serviços bancários de retalho. Essa análise não se limita ao conteúdo da reclamação, podendo servir para o supervisor conhecer e verificar outros factos relacionados com a atividade das instituições.

Todos podemos apresentar reclamações ou pedir a intervenção deste supervisor diretamente e isso significa, normalmente, tempos mais acelerados de resposta da parte das instituições reclamadas (e pressionadas por esse facto), ainda que as soluções possam não ser as mais "negociadas" com os clientes (que muitas vezes beneficiam de um contacto direto com os seus gestores e responsáveis de conta, compensando a paciência de esperar por uma solução internamente preparada pela instituição). Atualmente existem formulários de reclamação *online* e o chamado "Portal do Cliente Bancário" veio aproximar o supervisor dos clientes, em geral, e é uma boa plataforma para defendermos os nossos interesses, como consumidores, junto do supervisor[7].

Em princípio, as reclamações devem estar relacionados com as atividades das entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal ou com a

[6] Ainda assim, se estiverem em causa atuações relativas a outros produtos ou serviços financeiros que sejam comercializados nos balcões dessas instituições, o BdP não é competente para analisar reclamações que respeitem, por exemplo, a produtos de seguros e fundos de pensões ou a instrumentos financeiros e valores mobiliários (sendo competentes para a análise de reclamações relativas a estes produtos a ASF ou a CMVM, respetivamente). Neste sentido, oiça-se o *BdP Podcast* disponível em https://www.bportugal.pt/page/tem-razao-de-queixa-do-seu-banco-saiba-como-resolucao-alternativa-de-litigios-o-pode-ajudar (consultado em março de 2023).

[7] Alternativamente, podemos imprimir um formulário de reclamação (ou copiar os seus elementos essenciais) e enviá-lo por correio para a morada: Banco de Portugal, Apartado 2240, 1106-001 Lisboa.

forma de atuação dessas entidades, sendo bastante lato[8] o âmbito dos deveres que podem ser violados pelas instituições na sua relação com os consumidores, nomeadamente os previstos no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na sua redação atual[9] (doravante, abreviadamente designado por "RGICSF"), em especial no Título VI daquele diploma[10].

[8] É certo que existem muitos outros diplomas (regulamentos europeus, leis e decretos-leis, avisos e instruções do BdP) que preveem outros deveres, alguns deles, inclusivamente, sancionados de forma algo controversa através de remissões incompletas ou talvez demasiado abertas a partir do RGICSF ou de legislação complementar. A previsão destes deveres é suficiente para motivar uma reclamação, mas se os consumidores encontrarem uma concreta norma (europeia, legislativa ou regulamentar) violada por alguma das entidades supervisionadas, isso seguramente reforçará a reclamação apresentada perante o supervisor.

[9] Enquanto este texto se encontrava em curso de publicação decorreu um atribulado processo legislativo conducente às últimas alterações feitas ao RGICSF, que interromperam o tão esperado e anunciado "Anteprojeto de Código da Atividade Bancária" ("CAB"), constante da Consulta Pública n.º 6/2020 do Banco de Portugal, que parece ter desaparecido depois da publicação do relatório disponível *online* em https://www.bportugal.pt/comunicado/banco-de-portugal-publica-relatorio-da-consulta-publica-do-anteprojeto-de-codigo-da-0 e sobre o qual muito ainda haverá a perceber. Na realidade, foram feitas alterações mais "minimalistas" e que, aparentemente, terão pouco impacto no tema objeto deste estudo.
Quanto à revisão, mais focada na parte sancionatória do Regime, pode ler-se Miguel da Câmara Machado, «Um princípio que pode ser uma "estrada de tijolos amarela" e quatro pequenas alterações: notas sobre as regras sancionatórias decorrentes do quase secreto RGICSF'22 (Lei n.º 23-A/2022, de 9 de dezembro)», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 82, vol. III/IV, jul./dez. 2022, pp. 647-667. O princípio que abordamos nesse texto poderá ser de muito interesse para uma efetiva tutela e proteção do consumidor (ainda que reflexa) através da introdução do novo artigo 209.º-A do RGICSF, uma vez que este artigo permite que o BdP determine a não instauração de processo contraordenacional (n.º 3) quando a lesão dos direitos ou interesses do consumidor tenha cessado (alínea b) do n.º 1) ou quando os danos causados ao consumidor tenham sido reparados (alínea c) do n.º 1, todos do artigo 209.º-A do RGICSF). Esta via seguramente merecerá atenção numa futura atualização deste texto que, infelizmente, não pode ter mais desenvolvimento aqui, mas que nos parece um excelente incentivo para que, de forma articulada, supervisor e supervisionados melhor protejam os interesses dos consumidores bancários.

[10] Em geral, sobre os direitos dos consumidores bancários ou financeiros, e para maior aprofundamento, v. Claudia Combe Sotomayor, "Algunos Apuntes sobre la Protección al Usuario de Servicios Financieros", in *Derecho & Sociedad,* (34), 2010; Madalena Perestrelo de Oliveira, "Transparência no mercado de capitais: *information overload*, eficiência ou tutela dos investidores?", in *Revista de Direito das Sociedades*, VIII, 4, 2016; João Vasconcelos Raposo, *Crédito hipotecário, incumprimento e execução no contexto de crise financeira – A "dação potestativa" como solução?*, Coimbra, Almedina, 2016; Geraint Howells e Stephen

Importa ter em atenção que a intervenção do BdP na análise de reclamações dos clientes bancários tem em vista a fiscalização do cumprimento das regras que regulam a atuação das instituições na relação com os clientes, tendo competência para exigir a correção dos procedimentos em causa e para aplicar coimas caso sejam detetadas falhas graves ou reiteradas nas práticas das entidades supervisionadas. Assim, na apreciação de reclamações, o BdP não tem em vista a resolução dos conflitos que opõem os clientes às instituições e não tem competência para impor às instituições que indemnizem os clientes por eventuais danos financeiros que tenham sofrido para impor a sua decisão. Para esse efeito, os clientes, para além de apresentar uma reclamação ao BdP, de modo a obterem uma decisão vinculativa sobre o litígio em causa ou para serem ressarcidos dos danos financeiros que tenham eventualmente sofrido, devem submeter a situação em causa à

Weatherill, *Consumer Protection Law (Markets and the Law)*, Londres, Routledge, 2017; Rui Pinto Duarte, "O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017) – Uma Apresentação", in *III Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2018; Pedro Pais de Vasconcelos, "Confiança, Tipo e Cláusulas Contratuais Gerais", in *Revista de Direito Comercial,* ano 2, 2018; Pierre Storrer E Myriam Roussille, "Nouveaux moyens de paiement, banque digitale et protection des données", in Banque & Droit, n. 180, Paris (Jui-Aoû), 2018; Sandra Passinhas, "O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa?", in *Revista de Direito Comercial,* ano 2, 2018; Rui Filipe Polónia Sousa Batista Gomes, *Deveres de Informação dos Intermediários Financeiros*, Coimbra, Almedina, 2019; José Engrácia Antunes, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019; *Garantia de direitos e regulação: perspectivas de direito administrativo*, (coord. Carla Amado Gomes. et al.), Lisboa, AAFDL Editora, 2020; Ross Cranston, *European Banking Law: The Banker-Customer Relationship*, 2nd ed., Kindle Version, Amazon Services, Londres: Routledge, 2020; Sandra Passinhas, "Incumprimento do contrato de crédito à habitação, cessão de créditos e direitos do consumidor", in *Revista de Direito Comercial,* ano 5, 2021; Ana Prata, *Contrato de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Almedina, 2021; Madalena Perestrelo de Oliveira, *Tutela do Investidor Perante o Emitente no Mercado de Capitais: Um Modelo Dinâmico de Proteção*, Coimbra, Almedina, 2021; *Financial consumer protection, including financial education and literacy (Note by the United Nations Conference on Trade and Development),* 2022, disponível *online* em https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd29_en.pdf; Miguel da Câmara Machado, Tomás Gomes da Silva, Inês da Costa Pina, "O Banco de Portugal como defensor dos clientes bancários", in *Revista de Direito Comercial,* ano 6, 2022; Inês Palma Ramalho, "Smart (Legal) Contracts, Clickwrap Agreements, Cláusulas Contratuais Gerais e os Elefantes na Sala", in *Revista de Direito Comercial,* ano 6, 2022; Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2022; Juan Manuel Fernández Torres, "La cultura del cumplimiento deportivo en la pandemia", in *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, no. 74 (enero-marzo), 2022.

apreciação dos tribunais judiciais ou à resolução alternativa ou extrajudicial de litígios[11].

1.2. Deveres, regras de conduta e áreas de competência

Neste domínio, sobressaem as regras de conduta, cabendo às instituições de crédito assegurar, em todas as atividades que exerçam, elevados níveis de competência técnica, garantindo que a sua organização empresarial funcione com os meios humanos e materiais adequados a assegurar condições apropriadas de qualidade e eficiência (deveres previstos no artigo 73.º do RGICSF e de difícil verificação prática, devido a alguma indeterminabilidade dos termos utilizados). Sublinha-se, principalmente, o dever de proceder, tanto nas relações com os clientes como nas relações com outras instituições, com *diligência*, *neutralidade*, *lealdade*, *discrição* e *respeito consciencioso* dos interesses que lhes estão confiados, em conformidade com o critério de diligência previsto no artigo seguinte (a diligência de um gestor criterioso e ordenado, em conformidade com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações e da ponderação do interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes, em geral).

Para concretizar estes deveres, o BdP tem regulamentado e previsto regras de conduta que considera necessárias para complementar e desenvolver os deveres aplicáveis, bem como emitido recomendações, determinações específicas e cartas circulares, que robusteceram, ao longo dos últimos anos, os processos contraordenacionais e a aplicação de coimas e sanções acessórias pela violação dos mesmos. Previa-se, no final de 2020 e início de 2021, no Anteprojeto de Código da Atividade Bancária apresentado pelo Banco de Portugal, que estes poderes fossem alargados e cobrissem outras áreas como, por exemplo, a publicidade e a divulgação de produtos[12].

[11] Neste sentido, oiça-se o *BdP Podcast* disponível em https://www.bportugal.pt/page/tem-razao-de-queixa-do-seu-banco-saiba-como-resolucao-alternativa-de-litigios-o-pode-ajudar (consultado em março de 2023), no qual se pode encontrar mais informação quanto a estas vias de obtenção pelos clientes de uma indemnização por eventuais danos financeiros que tenham sofrido.

[12] Conforme referimos em nota anterior, enquanto este texto se encontrava em curso de publicação, o Anteprojeto de CAB "perdeu-se" e não se espera que reapareça até ao verão de 2023, pelo menos em "vestes" próximas das anteriores. No entanto, continuamos a antecipar que o BdP pretende alargar os seus poderes e competências para proteger os consumidores em mais domínios, sendo esses os sinais dados pelos responsáveis do supervisor. Cf., por exemplo, o Relatório de Supervisão Comportamental apresentado em 2022

Quanto às atividades dos intermediários de crédito, o BdP fiscaliza e sanciona a violação dos deveres associados à apresentação de propostas de contratos de crédito, à prestação de assistência a consumidores nos atos preparatórios de contratos de crédito mesmo que não tenham sido apresentados ou propostos por si, à celebração de contratos de crédito com consumidores em nome das instituições mutuantes ou à prestação de serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito.

Note-se que, pela negativa, o BdP não tem competência para apreciar reclamações relativas a outros produtos financeiros (ainda que comercializados aos balcões de instituições supervisionadas), nem quanto a assuntos relacionados com fundos de investimento e valores mobiliários ou com seguros e fundos de pensões que têm como autoridades competentes, respetivamente, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ("CMVM") e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões ("ASF").

Assim, ainda que haja matérias em que as competências se sobrepõem (por as instituições poderem ter violado deveres legais que sobre si impedem), se os particulares pretenderem ver respeitadas questões de natureza contratual (especificamente se pretenderem ser compensados ou que a instituição seja civilmente responsabilizada por o cliente ter sofrido danos), deverá recorrer-se a meios judiciais ou arbitrais, nos quais não há, tipicamente, lugar à intervenção do BdP[13].

(disponível *online* em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsc_2021_pt.pdf) ou a página atualizada especificamente dedicada à publicidade a crédito https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/publicidade-credito. Já em fevereiro e março de 2023, o "*Podcast BdP*" dedicou dois episódios ao tema da fiscalização da relação entre bancos e clientes (https://spotify.link/SSLA83nbcyb) ou sobre as formas de os consumidores pedirem indemnização aos seus bancos através de mecanismos de resolução alternativa de litígios (https://spotify.link/kRtJE0pbcyb, recomendando-se em especial a explicação dada depois do minuto 3:50, em que fica claro que não se insere no âmbito da atuação do BdP o ressarcimento do cliente/consumidor – o que é uma ótima moldura para delimitar o presente texto).

[13] Na sua página de internet, o BdP afirma que, quanto à maioria das reclamações, a sua é suficiente para eliminar ou compensar a perda que o cliente tenha sofrido (levando as instituições reclamadas a agir em conformidade).

Contudo, importa sublinhar que, quando o cliente bancário sofre danos, a determinação do valor da indemnização não cabe ao supervisor, não cabendo ao BdP qualquer competência judicial ou para-judicial para impor a reparação de danos que os clientes bancários tenham sofrido. As coimas que o Banco de Portugal eventualmente aplique à instituição ou ao intermediário de crédito em caso de falhas penalizam a entidade e o seu produto reverte para o

Apesar da formulação genérica do já referido artigo 74.º do RGICSF (que apela a valores como a *diligência*, *neutralidade*, *lealdade*, *discrição* e *respeito consciencioso dos interesses dos clientes*), não cabe ao Banco de Portugal analisar a cordialidade do atendimento das instituições supervisionadas, nem as condições de acessibilidade dos estabelecimentos das instituições abertas ao público ou sobre outros aspetos relacionados com o Decreto-Lei n.º 163/2006, de 8 de agosto. Ficam também expressamente afastadas da competência de supervisão, neste domínio, as entidades que exercem atividade prestamista (ou seja, que concedem crédito garantido por penhor de bens – usualmente, ouro, prata ou jóias) e ainda há, no âmbito das chamadas *fintechs* ou dos *neobanks,* muitas zonas cinzentas ou fora do âmbito de possibilidades de supervisão do BdP.

Também as reclamações a apresentar contra prestadores de serviços de pagamento que atuam em Portugal em regime de livre prestação de serviços não serão apreciadas pelo supervisor nacional, devendo os clientes bancários, nessas situações, informar-se sobre o país de origem do prestador, verificando a lista de instituições autorizadas pelo BdP, e qual ou quais as entidades que, no país de origem, têm competência em matéria de reclamações. À partida, estas informações poderão ser obtidas no site da Autoridade Bancária Europeia ("EBA"), no caso de prestadores de serviços de pagamento com sede na União Europeia[14] / [15].

BdP, para o Fundo de Garantia de Depósitos ou para o Estado, nos termos da lei aplicável, mas não compensam eventuais perdas que os clientes tenham sofrido.

[14] Com informação muito detalhada, a página dedicada a como "apresentar uma reclamação contra um prestador de serviços financeiros de outro país do EEE", está disponível em https://finance.ec.europa.eu/consumer-finance-and-payments/retail-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/make-complaint-about-financial-service-provider-another-eea-country_pt e podemos encontrar as "Orientações sobre tratamento de reclamações para os setores de valores mobiliários e da banca", um documento conjunto da EBA, da ESMA (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados) e da EIOPA (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma), disponível *online* em https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2381463/d75dc426-f618-45fa-9c11-f232a6d197ec/Joint%20Committee%20Guidelines%20on%20complaints-handling%20%28JC%202018%2035%29_PT.pdf?retry=1.

[15] Pode também encontrar-se, no site da EBA, uma recente publicação na qual é identificado um conjunto de *"indicadores para identificar potenciais causas de danos aos consumidores bancários"*, disponibilizada no final de março de 2023 em https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-new-set-indicators-identify-potential-causes-consumer-harm.

Quanto às reclamações apresentadas diretamente ao Banco de Portugal, por correio ou através do formulário *online*, este notifica as instituições para, no prazo de vinte dias[16] úteis subsequentes à receção da reclamação, remeterem cópia da carta dirigida ao reclamante, sem prejuízo da possibilidade de o BdP pedir esclarecimentos adicionais às instituições reclamadas, fixando prazos apertados (de três dias úteis, que podem ser prorrogados), utilizando, para esta interação, a plataforma *BPNet*, podendo ser feitos diversos pedidos e mesmo partir-se de uma reclamação para uma inspeção mais alargada à atividade da entidade reclamada.

Em termos muito sintéticos (que, muitas vezes, são considerados insuficientes ou insatisfatórios para os clientes bancários), o Banco de Portugal deve transmitir aos reclamantes o resultado da análise que efetuou às reclamações que incidam sobre matérias no âmbito das suas competências, mas, tendo em conta a extensão do segredo de supervisão, previsto, a nível nacional, no artigo 80.º do RGICSF, é possível que as medidas tomadas pelo supervisor não cheguem a ser conhecidas pelos clientes reclamantes (e, às vezes, nem mesmo pelas entidades reclamadas).

Quanto são detetados incumprimentos ou irregularidades na sequência da apresentação de uma reclamação, o BdP exige a correção de incumpri-

Estes indicadores servem, segundo a EBA, para associar os prejuízos sofridos pelos consumidores com casos de má conduta de instituições financeiras que disponibilizem produtos bancários de retalho na UE. Os indicadores detetados refletem a experiência dos consumidores com os serviços financeiros e deverão servir para complementar outras fontes de informação que a EBA vai usar para decidir as suas prioridades quanto à proteção do consumidor no futuro.

Assim, estes indicadores incluem diversos produtos bancários, incluindo o crédito hipotecário, crédito ao consumo, depósitos, contas de pagamento e serviços de pagamento. Os indicadores destinam-se a medir os riscos de retalho encontrados pelos consumidores, ou seja, o potencial prejuízo sofrido no contexto da relação comercial entre os consumidores e os seus fornecedores de produtos/serviços.

Para além da EBA, também as diversas autoridades nacionais competentes, como o BdP, deverão utilizar estes indicadores para perceber quais as áreas prioritárias e mais carentes de regulamentação e supervisão na área da proteção do consumidor.

[16] Cf. a Carta Circular n.º CC/2020/00000041 (que veio revogar as medidas de flexibilização introduzidas pela Carta Circular n.º CC/2020/00000017) que reforça a recomendação de que as instituições supervisionadas devem assegurar a resposta aos clientes bancários no prazo de 20 dias úteis, no caso das reclamações apresentadas diretamente ao Banco de Portugal, de acordo com o disposto na Carta Circular n.º 25/2008/DSB, e prestar resposta aos pedidos de informação adicional formulados pelo Banco de Portugal no decurso da apreciação de reclamações no prazo de 3 dias úteis, nos termos da Carta Circular n.º 6/2008/DSB.

mentos às instituições ou intermediários de crédito, podendo, por exemplo, emitir determinações específicas ou instaurar processos de contraordenação e aplicar coimas relacionadas com os factos conhecidos por esta via.

1.3. Alguns detalhes e deveres em especial

Para além da regulamentação própria, o RGICSF detalha logo, nos seus artigos 77.º e seguintes, alguns dos principais deveres que as instituições devem respeitar nas relações com os clientes, como o dever de informação e de assistência.

Assim, exige-se que as instituições supervisionadas informem, com clareza, os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e os elementos caracterizadores dos produtos oferecidos, bem como sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos a suportar pelos clientes (com muitos detalhes especificados, desde os momentos em que estas informações são prestadas, até ao tipo de suporte e sua durabilidade, comparabilidade, etc.). Deste modo, pretende-se alcançar alguma padronização e também alargar as obrigações às empresas que intermedeiam a concessão do crédito nos mesmos termos. Neste sentido, o BdP emite e atualiza Avisos e Instruções periodicamente para regulamentar todos estes requisitos mínimos[17] que as instituições devem satisfazer na divulgação ao público das condições em que prestam os seus serviços.

Para além da legislação que abundantemente tem sido publicada quanto a crédito bancário[18], também a regulamentação setorial tem sido intensiva

[17] Veja-se, por exemplo, o Aviso n.º 10/2014, que estabeleceu os deveres mínimos de informação a observar durante a vigência dos contratos de crédito ao consumo e aos consumidores celebrados no âmbito dos Decretos-Leis n.ºs 359/91 e 133/2009, de 21-9 e 2-6, respetivamente.

[18] Cf., por exemplo e desde logo, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (consolidado com as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2018, de 18 de julho, pela Lei n.º 13/2019, de 12 de fevereiro, e pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto), que aprovou o regime dos contratos de crédito relativos a imóveis, estabelecendo as regras aplicáveis ao crédito a consumidores quando garantido por hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel, a Lei n.º 32/2018, de 18 de julho, que institui a obrigatoriedade de as instituições bancárias refletirem totalmente a descida da taxa Euribor nos contratos de crédito à habitação, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, a Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro, que cria salvaguardas para mutuários de crédito à habitação e altera e republica o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro (consolidado com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro, e Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho), que regula a concessão de crédito para aquisição, construção

em diferentes domínios, desde os relativos à concessão de crédito[19] até às regras de prevenção e gestão do incumprimento bancário ou atuação dos intermediários de crédito[20] e, ainda, no campo dos apoios e regimes espe-

e realização de obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação de habitação própria permanente, secundária ou para arrendamento, bem como para aquisição de terreno para construção de habitação própria permanente, o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho (consolidado com as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e pela Lei n.º 57/2020, de 28 de agosto), que procede à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores, a Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto, que aprova o regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência ou Lei n.º 63/2014, de 26 de agosto, que aprova o regime de concessão de crédito bonificado à habitação para deficientes das forças armadas.

[19] Em termos de regulamentação do supervisor, só nos anos mais recentes e na questão do crédito, vejam-se, por exemplo, o Aviso do Banco de Portugal n.º 4/2017, de 22 de setembro, que estabelece procedimentos e critérios a observar na avaliação da solvabilidade dos consumidores pelas entidades que concedem crédito, o Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2017, de 22 de setembro, que regulamenta várias disposições do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, o qual estabelece deveres de informação a observar na negociação e celebração de contratos de crédito regulados pelo mesmo diploma, o Aviso n.º 17/2012, de 4 de dezembro, do Banco de Portugal, que estabelece os deveres a observar pelas instituições de crédito no âmbito da prevenção e da regularização extrajudicial de situações de incumprimento de contratos de crédito, regulamentando o disposto no Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro ou o Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2017, de 6 de outubro, que regulamenta várias disposições do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho, relativas ao processo de autorização para o exercício da atividade de intermediário de crédito, ao registo dos intermediários de crédito junto do Banco de Portugal e às políticas de remuneração das entidades que desenvolvem a atividade de intermediário de crédito ou prestam serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito.

[20] Quanto à prevenção e gestão do incumprimento bancário, sobressaem o Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, (consolidado com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 70-B/2021, de 6 de agosto), que estabelece princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários e cria a rede extrajudicial de apoio a esses clientes bancários no âmbito da regularização dessas situações ou o Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, que estabelece as novas normas aplicáveis à classificação e contagem dos prazos das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor. Quanto a intermediários de crédito releva, desde logo, o Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho (consolidado com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 122/2018, de 28 de dezembro), que estabelece o Regime Jurídico que define os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito e transpõe parcialmente a Diretiva n.º 2014/17/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro, relativa aos contratos de crédito

ciais relacionados com pandemia global que vivemos a partir de 2020[21] e com a invasão da Ucrânia pela Federação Russa, em 2022[22].

aos consumidores para imóveis à habitação, bem como o Decreto-Lei n.º 122/2018, de 28 de dezembro, que altera o regime jurídico que estabelece os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria.

[21] Já em tempos de pandemia, a regulamentação de *proteção do cliente bancário* partiu logo da criação da chamada "moratória pública (COVID-19)", decorrente do tantas vezes alterado Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de março (consolidado com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/2020, de 10 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 26/2020, de 16 de junho, pela Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, pela Lei n.º 78-A/2020, de 29 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 107/2020, de 31 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 22-C/2021, de 22 de março, pelo Decreto-Lei n.º 63/2021, de 28 de julho, e pela Lei n.º 50/2021, de 30 de julho), que estabelece medidas excecionais de proteção dos créditos das famílias, empresas, instituições particulares de solidariedade social e demais entidades da economia social, bem como um regime especial de garantias pessoais do Estado, no âmbito da pandemia da doença COVID-19.

[22] Os regimes citados na nota anterior tinham particular relevância aquando da feitura inicial deste texto, ao longo de 2021, quando se vivia a pandemia de COVID-19 com maior intensidade e perderam-na parcialmente, entretanto ganhando relevância outros, sendo de destacar, em especial, as medidas para lidar com a subida de juros, que aqui não podemos desenvolver com maior pormenor, deixando algumas referências essenciais a regimes decorrentes do impacto global que a invasão da Ucrânia pela Federação Russa continua a ter em 2023. Devemos dar nota, pelo menos, da Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro, que aprovou o orçamento do Estado para 2023, com algumas medidas relevantes neste domínio, da Lei n.º 19/2022, de 21 de outubro, que determinou o coeficiente de atualização de rendas para 2023, criou um apoio extraordinário ao arrendamento, reduziu o IVA no fornecimento de eletricidade, estabeleceu um regime transitório de atualização das pensões, estabeleceu um regime de resgate de planos de poupança e determinou a impenhorabilidade de apoios às famílias, ou do Decreto-Lei n.º 80-A/2022, de 25 de novembro, que veio estabelecer medidas destinadas a mitigar os efeitos do incremento dos indexantes de referência de contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente. O Banco de Portugal construiu uma página bastante completa onde apresenta e sintetiza estas medidas, disponível em https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/prevencao-do-incumprimento e em https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/medidas-de-mitigacao-do-impacto-do-aumento-das-taxas-de-juro-no-credito-habitacao, tendo dedicado, também, um episódio do seu *podcast* a este tema, disponível em https://www.bportugal.pt/page/conheca-medidas-para-lidar-com-subida-dos-juros.

Cada tempo tem os seus problemas (e soluções) específicos, ainda não havendo doutrina conhecida que preveja os efeitos que as atuais crises terão no Direito da supervisão comportamental portuguesa e mundial, ainda estando a doutrina a refletir sobre os efeitos da última crise financeira – sobre essa cf., entre outros, Mathias Dewatripont, Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, Keith Tribe, *Balancing the Banks: Global Lessons from the Financial Crisis,* Nova Jersey: Princeton University Press, 2010; Carlos da Silva Costa, "Lições da grande crise financeira para regulação e supervisão", in *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. 62, 2019; Filipa Prazeres, *A supervisão no setor bancário: contexto pós crise financeira*, (Dissertação

Apesar de toda esta legislação complementar, o RGICSF não deixa logo de exigir que os contratos celebrados entre as instituições de crédito e os seus clientes contenham *"toda a informação necessária e ser redigidos de forma clara e concisa"* (formulação que, por ser tão genérica, também será seguramente mais criticável), ou conter regras sobre uma especial fatura-recibo anual, sem qualquer custo associado, que discrimine todas as comissões e despesas associadas as conta de depósito à ordem suportadas, pelo cliente, no ano civil anterior (de acordo com o previsto no artigo 77.º do RGICSF).

Em especial quanto às reclamações dos clientes, o mais recente artigo 77.º-A do RGICSF prevê o regime com que abrimos este texto (i.e. que todos os clientes destas instituições podem apresentar diretamente ao Banco de Portugal reclamações fundadas no incumprimento das normas que regem a sua atividade, competindo ao supervisor apreciar as reclamações, independentemente da sua modalidade de apresentação, bem como definir os procedimentos e os prazos relativos à apreciação das reclamações, com observância, em ambos os casos, dos princípios da imparcialidade, da celeridade e da gratuitidade).

Ao longo destes procedimentos, deverão ser identificadas as modalidades de reclamação e promovidas as diligências necessárias para a verificação do cumprimento das normas por cuja observância lhe caiba zelar (através de contactos rápidos com as instituições supervisionadas – em geral através da plataforma "BPNet") e adotadas as medidas adequadas para obter a sanação dos incumprimentos detetados, sendo instaurado procedimento contraordenacional *"sempre que a conduta das entidades reclamadas, nomeadamente pela sua gravidade ou reiteração, o justifique"* (seria recomendável, neste âmbito, reconsiderar a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima que perpassam o Direito sancionatório e, muitas vezes, parecem ser esquecidos ou menosprezados pelo supervisor, nestes domínios[23]).

de mestrado não publicada), disponível em http://hdl.handle.net/10400.21/15266, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, 2021.

[23] Poderemos assistir a uma inversão desta tendência através da aplicação prática do princípio da oportunidade, que já referimos acima, introduzido no RGICSF enquanto este texto se encontrava em curso de publicação, parecendo-nos que o novo artigo 209.º-A dá margem ao BdP para alguma clemência, negociação e prossecução efetiva dos interesses dos clientes bancários e não de uma "caça às coimas", como outras autoridades de supervisão são acusadas, com ou sem razão, desde os domínios rodoviários aos da concorrência (em que se anunciam "metas" ou "objetivos" de valores a atingir). Sobre este fascinante tema, haverá muito

No n.º 4 do artigo 77.º-A do RGICSF, prevê-se, ainda, que o Banco de Portugal divulgue anualmente um relatório sobre as reclamações dos clientes das instituições de crédito, independentemente da sua modalidade de apresentação, com especificação das suas áreas de incidência e das entidades reclamadas e com informação sobre o tratamento dado às reclamações[24].

para onde remeter, mas podemos regressar às bases da Lei da Concorrência e sugerir que se leia Paulo de Sousa Mendes, "Eficácia das sanções e transações", in *Revista C&R*, n.º 16, pp. 21-28, entre outros aí citados.
Em geral, sobre o incumprimento dos deveres pelas entidades supervisionadas e o seu sancionamento, v., Raul Soares da Veiga, "Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das entidades reguladoras", in *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Batista, Anabela Morão de Campos, "Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do tribunal da concorrência, regulação e supervisão: vida íntima dos processos", *in Revista C&R*, a. 7, n.º 30, (Abr.-Jun.), 2017; Manuel Carneiro da Frada, "A responsabilidade dos intermediários por falta de adequação dos instrumentos financeiros", in *Revista de Direito Comercial*, ano 2, 2018; Miguel da Câmara Machado "Novas regras sancionatórias (bancárias e financeiras) – A reforma do RGICSF em matéria contraordenacional", in *Revista de Direito Civil*, II/2, 2017 e "Um princípio que pode ser uma 'estrada de tijolos amarela' e quatro pequenas alterações – Notas sobre as regras sancionatórias decorrentes do quase secreto RGICSF'22", in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 83, (III/IV), 2022.

[24] Assim, veja-se o último Comunicado do Banco de Portugal sobre o *Relatório de Supervisão Comportamental de 2022*, apresentado em 28 de março de 2023, disponível *online* em https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-relatorio-de-supervisao-comportamental-de-2022. Como referido no Relatório de Supervisão Comportamental de 2022, a supervisão comportamental do BdP tem aumentado, tendo-se registado um crescimento de quase 13% no número de reclamações dos clientes bancários entre 2021 e 2022, sendo que, em resultado das medidas de supervisão adotadas pelo BdP em 2022: "*110 instituições devolveram aos clientes mais de três milhões de euros, dos quais 2,8 milhões relativos a comissões e juros indevidamente cobrados, envolvendo 111 872 contratos. No exercício das suas funções de supervisão comportamental, o Banco de Portugal emitiu 2829 determinações específicas e recomendações, visando 143 instituições financeiras, e instaurou 117 processos de contraordenação, contra 32 instituições financeiras. A quase totalidade dos processos teve origem em reclamações de clientes bancários. Em 2022, foram concluídos 432 processos de contraordenação, conduzindo à aplicação de coimas no total de 1,8 milhões de euros.*". No decorrer de 2022, o BdP acompanhou com especial atenção a entrada em vigor das regras extraordinárias adotadas pelo legislador para proteger os mutuários de contratos de crédito à habitação dos efeitos decorrentes da subida da inflação e o impacto do aumento das taxas de juro (*i.e.*, das regras que obrigam as instituições a acompanhar a execução dos contratos de crédito à habitação, exigindo uma atuação atenta das instituições no âmbito do Plano de Ação para o Risco de Incumprimento – PARI). No acompanhamento da implementação do regime extraordinário, o BdP fiscalizou o cumprimento da proibição temporária de cobrança da comissão de reembolso antecipado nos contratos de crédito para aquisição de habitação própria permanente sujeitos ao regime de taxa de juro

1.4. Dicas práticas quanto a reclamações (no livro ou no portal)

Como já referimos acima, os clientes bancários podem apresentar as suas reclamações formais (as dirigidas ao supervisor – é sempre possível tentar contactar diretamente a instituição e procurar uma solução "amigável" antes de fazer intervir o Banco de Portugal) de várias formas. As reclamações de clientes bancários não têm, nem podem ter, custos associados.

1.4.1. Livro de reclamações em formato físico ou cartas enviadas ao BdP

O Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, prevê que a apresentação de queixa no livro de reclamações das instituições que temos referido ao longo deste texto é um direito reconhecido a todos os cidadãos (artigo 1.º) que concretiza, mas não limita, o exercício de quaisquer outros direitos constitucional ou legalmente consagrados (artigo 13.º).

Para apresentar reclamações, o meio provavelmente mais comum será através do livro de reclamações, seja em formato físico, disponível nos balcões das instituições, seja em formato eletrónico, a que podemos aceder em www.livroreclamacoes.pt. Este livro de reclamações tem de estar obrigatoriamente disponível nos balcões das instituições ou nos estabelecimentos dos intermediários de crédito e, caso não seja imediatamente apresentado ao cliente que o solicite, poderá implicar a aplicação de elevadas sanções (prevendo-se mesmo coimas mínimas – de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa), impondo-se, de todo o modo, a observância das normas de atendimento prioritário que possam colidir com este dever.

De acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, num prazo de 15 dias úteis, a instituição

variável em 98 instituições e exigiu a correção das irregularidades detetadas em 94 destas, tendo resultado em alterações dos procedimentos adotados e na devolução aos clientes de cerca de 502 mil euros. Quanto a estes e outros dados que são de destacar na supervisão comportamental do BdP em 2022, pode ouvir-se o episódio do Podcast do BdP disponível em https://www.bportugal.pt/page/bdp-podcast-faz-balanco-da-supervisao-comportamental-em-2022, no qual a diretora de Supervisão Comportamental, Lúcia Leitão, faz um balanço sobre a evolução das reclamações dos clientes bancários e destaca os tópicos mais relevantes abordados no Relatório de Supervisão Comportamental de 2022 (em especial, sobre a aplicação das novas regras para mitigar o impacto do aumento das taxas de juro, *i.e.*, da atuação das instituições no âmbito do PARI). Recentemente, sobre o tema das taxas de juro em especial, v. Carlos Filipe Costa, "As taxas de juro bancárias estão liberalizadas", in *Vida Judiciária*, n.º 224, (jan.-fev. 2022), 2022.

reclamada tem de remeter ao Banco de Portugal o original da folha de reclamação, ficando o reclamante com um duplicado da folha de reclamação e conservando a instituição o triplicado, que faz parte integrante do livro de reclamações (os livros seguem um sistema de cores que pretende facilitar e simplificar este procedimento que não deixa de ser sujeito a falhas e lapsos operacionais que nos parecem compreensíveis atendendo ao procedimento com intervenção não automatizável e humana). Ao balcão ou estabelecimento comercial de uma instituição ou intermediário de crédito podemos apresentar as queixas ou reclamações (mas, muitas vezes, também elogios!), solicitando e preenchendo o livro, completando, com precisão, três campos essenciais: (i) identificação[25] e local da instituição reclamada; (ii) o nome do cliente, identificação e morada; e (iii) os factos que motivam a reclamação.

Também podemos, naturalmente, enviar a reclamação por carta enviada ao Banco de Portugal, recomendando-se que se direcione logo ao Departamento de Supervisão Comportamental (que deverá conter todos estes dados, ainda que eventuais omissões ou incompletudes não impeçam o conhecimento e análise pelo supervisor)[26]. Para além de cartas e do livro de reclamações físico, é comum as entidades disponibilizarem outros meios

[25] Entretanto, enquanto este texto se encontrava em curso de publicação, a Comissão Nacional da Proteção de Dados ("CNPD"), em 2 de março de 2023, emitiu o Parecer n.º 22/2023, recomendando a exclusão do campo relativo ao número de identificação fiscal ("NIF") nos formulários de reclamação, entendendo haver uma manifesta desnecessidade para a identificação, em violação da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do Regulamento Geral da Proteção de Dados ("RGPD"). Esta posição poderá ser questionável, podendo haver reclamantes com nomes homónimos e facilitação, em vários serviços, do processamento da informação e identificação do cliente lesado. Teremos de acompanhar os desenvolvimentos desta orientação da CNPD (e outras práticas europeias similares). Sobre alguns destes problemas e dificuldades de articular outros deveres dos bancos, perante supervisores, com os deveres perante os clientes, cf., por exemplo, Sandulescu Mihaela, "Reconciling the anti-money laundering *compliance* duties and the commercial objectives of the bank", in: Petrus C. van Duyne (ed.), *Corruption, greed and crime money: sleaze and shady economy in Europe and beyond*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013; Christiano Aguiar, "Os conflitos entre os princípios de proteção de dados e os deveres de AML no âmbito do tratamento de dados pelas instituições financeiras", in *Anuário da Proteção de Dados 2022*, Lisboa, 2022.

[26] Para facilitar a análise, é sempre possível imprimir e preencher o formulário para apresentação de reclamações disponível online e seguir instruções indicadas nesse documento, com letra legível. No entanto, não há obrigações ou exigências de forma que impeçam a análise que o supervisor deverá fazer de forma aprofundada e sem se ater ao objeto concreto dos factos descritos que podem ser indiciários de práticas que impliquem a prática de

através dos quais o cliente tem a possibilidade de manifestar a sua insatisfação quanto aos serviços prestados.

1.4.2. Livro de reclamações em formato eletrónico

Quanto à versão eletrónica do livro de reclamações, para além da já referida página geral, disponível em www.livroreclamacoes.pt, onde podemos aceder à plataforma e verificar se o operador económico em causa já ali se encontra registado, podemos apresentar a reclamação diretamente ao BdP, em https://clientebancario.bportugal.pt/formulario-nova-reclamacao.

Para a reclamação estar devidamente instruída, o cliente deve (i) inserir os respetivos dados pessoais; (ii) identificar a entidade reclamada; (iii) preencher os campos da reclamação com descrição do assunto e factos, podendo anexar até três ficheiros; e (iv) confirmar se todos os dados estão corretos e carregar no botão "*submeter*". Na página do BdP há ainda um Manual do Utilizador que detalha todas estas informações[27].

Depois deste processo de submissão no portal do livro de reclamações eletrónico, a reclamação será enviada para a entidade reclamada e, ao mesmo tempo, para o Banco de Portugal enquanto entidade reguladora deste setor da comercialização de produtos e serviços bancários, caso o cliente bancário tenha selecionado o mesmo no campo específico para o efeito. Também o cliente bancário deverá receber cópia da reclamação formato "pdf" no endereço que indicou e, nos termos legalmente previstos, deverá receber uma resposta à sua reclamação, pela mesma via eletrónica, no prazo de 15 dias úteis (de acordo com o já citado Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro).

Prevemos que a automatização e intervenção de inovações tecnológicas na supervisão comportamental também seja uma tendência a acompanhar nos próximos anos, já havendo instituições de crédito que têm pequenos "bots" para responder a algumas dúvidas dos consumidores e bancos centrais que recorrem a sistemas com base em mecanismos de inteligência artificial e de *machine learning* para analisar as questões, pretensões e reclamações apresentadas pelos clientes bancários[28].

ilícitos penais ou contraordenacionais por parte da instituição representada ou dos colaboradores, representantes e agentes.

[27] Cf. https://www.livroreclamacoes.pt/apoio-utilizador (consultado em novembro de 2021).

[28] Mais em geral, e para uma perspetiva comparada, sobre a importância e relevâncias das novas tecnologias para a supervisão, cf. Jennifer Chien e Mackenzie Wallace, "Technologies for market conduct supervision in a new digital era", in *World Bank Blogs*, 2021, dispo-

1.4.3. Enquadramento das reclamações

As reclamações não têm de vir juridicamente fundamentadas ou sustentadas em legislação ou regulamentação aplicável à área de atividade sobre a qual incidem, mas, se o forem, esta circunstância naturalmente robustece a posição dos clientes reclamantes. Para além disto, apelar aos Códigos de Conduta que as instituições estão obrigadas a adotar, nos termos previstos no artigo 77.º-B do RGICSF, também poderá ser uma boa solução, uma vez que as instituições são obrigadas a adotá-los e a divulgá-los junto dos clientes, desde logo através das respetivas páginas na internet, devendo desses códigos constar os princípios e as normas de conduta que regem os vários aspetos das relações das instituições com os clientes.

De acordo com a *Sinopse de Atividades de Supervisão Comportamental* divulgada pelo Banco de Portugal em setembro de 2021[29], o supervisor terá recebido quase dez mil reclamações no primeiro semestre daquele ano, acima das mil e seiscentas por mês, um valor em linha (ainda que ligeiramente abaixo) com o número de reclamações recebidas em 2020. Conforme se refere aquela *Sinopse,* foi relevante *«a redução do número de reclamações associadas às medidas de mitigação da pandemia da covid-19, incluindo a aplicação das moratórias pública e privadas»* e «*sem estas matérias, o número de reclamações entradas teria crescido 3,3%, face à média mensal de 2020»*. Naquele período, a diminuição das reclamações relativas a depósitos bancários contribuiu para o decréscimo verificado, principalmente porque aumentaram as reclamações relacionadas com o crédito ao consumo[30].

nível *online* em https://blogs.worldbank.org/psd/technologies-market-conduct-supervision--new-digital-era; Pedro Maia, "*Compliance* bancário na era da inteligência artificial: uma breve introdução", in *Julgar* 45, 2021; *SupTech Tools for Market Conduct Supervisors*, disponível *online* em https://www.finconet.org/FinCoNet-Report-SupTech-Tools_Final.pdf; Jêrome De Cooman, "Humpty Dumpty and high-risk AI systems: the *ratione materiae* dimension of the Proposal for an EU Artificial Intelligence Act", in *Market and Competition Law Review*, v. 6, n.1 (April 2022), 2022.

[29] Cf. https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/publicacao/sinopse-de-atividades-de-supervisao-comportamental-2021.

[30] É muito interessante analisar estes recentes Relatórios de Supervisão Comportamental divulgados pelo BdP. No Relatório divulgado em 2021, o BdP continuou a monitorizar a implementação das medidas de proteção dos clientes bancários adotadas no contexto da pandemia da COVID-19 e, agora, no Relatório divulgado em 2022, é natural que se tenha focado mais na implementação das medidas de proteção dos clientes em contexto de inflação e subida de taxas de juro. A supervisão comportamental do BdP tem vindo a acompanhar a implementação da legislação e regulamentação nacional e europeia, desenhada para pro-

Mais recentemente, no *Relatório de Supervisão Comportamental de 2022*, notamos que a "intensidade" da supervisão comportamental do BdP tem aumentado, tendo-se registado um crescimento de 12,7% no número de reclamações dos clientes bancários entre 2021 e 2022, tendo o supervisor recebido, em média, 1815 reclamações, por mês, durante o ano de 2022. Este crescimento no número de reclamações apresentadas pelos clientes «*refletiu principalmente o aumento das reclamações sobre (i) a informação reportada pelas instituições, ao BdP, sobre responsabilidades de crédito dos clientes, (ii) alegadas situações de fraude em pagamentos digitais e (iii) dificuldades na abertura de contas de depósito à ordem por cidadãos estrangeiros. Foram identificadas irregularidades em 2,2% das reclamações encerradas. As instituições resolveram a situação reclamada, apesar de não existirem indícios de infração, em 37,4% das reclamações encerradas*»[31].

Entre as matérias analisadas, as reclamações têm estado relacionadas com depósitos bancários (a maioria), serviços de pagamento (em número muito próximo), crédito aos consumidores, à habitação e hipotecário, a própria existência do livro de reclamações, sigilo bancário (tema que, talvez pelo destaque que o RGPD e as preocupações associadas ganharam nos últimos anos, tem merecido mais atenção, ainda que a "força" (em estrutura e recursos) do BdP como regulador e supervisor supere a da Comissão Nacional de Proteção de Dados ("CNPD") e o regime previsto nos artigos 78.º e 79.º tenha uma extensão e lógica bastante diferente daquelas normas protetoras da privacidade). A *Sinopse de 2021,* entre outro tipo de reclamações, identifica ainda as relacionadas com atendimento prioritário e com as moratórias de crédito próprias tempos de pandemia e o Comunicado de 2022 acentua a relevância das medidas para proteção de credores[32] vividos aquando da preparação deste texto.

teger os clientes bancários a cada momento. Os últimos anos espelham bem esta necessidade de constante acompanhamento, sob pena de não se verificarem, na prática, os efeitos da legislação que se pretende que proteja os clientes bancários. É importante notar que, no contexto europeu, o Banco de Portugal vem assumindo, nestes domínios, posições de relevo, continuando, em 2021, a presidir à Organização Internacional para a Proteção do Consumidor Financeiro (FinCoNet) e tendo assumido, em março de 2022 a Vice-Presidência da Rede Internacional de Educação Financeira da OCDE (OCDE/INFE).

[31] Leia-se o *Relatório de Supervisão Comportamental* completo, que descreve as atividades desenvolvidas pelo BdP, em 2022, na supervisão dos mercados bancários de retalho.

[32] Cf. o Comunicado do Banco de Portugal de 28 de março de 2023 sobre o *Relatório de Supervisão Comportamental de 2022*, disponível *online* em https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-relatorio-de-supervisao-comportamental-de-2022.

2. O enquadramento destas competências na missão e funções atribuídas ao BdP

Para um enquadramento mais geral deste tema, importa recordar que, quando estudamos Direito bancário, tradicionalmente começamos por aprender a distinção entre o Direito bancário material e o Direito bancário institucional[33]. O Direito bancário material (ou Direito da atividade das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras ou Direito das relações da banca com os particulares) reporta-se, sobretudo, ao Direito aplicável aos contratos comerciais bancários, sujeitos à liberdade negocial das partes e, geralmente, à aplicação das regras relativas às cláusulas contratuais gerais, nomeadamente, o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, que se encontra previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, na sua redação atualmente em vigor, aplicável aos contratos bancários que assumam a forma de contrato de adesão, nos termos do Aviso n.º 11/2001 do Banco de Portugal. Já o Direito bancário institucional (ou Direito da organização do sistema financeiro nacional, ou simplesmente Direito da organização financeira) corresponde, por sua vez, à disciplina jurídica do sistema financeiro, *i.e.*, à disciplina jurídica das instituições que comercializam produtos ou serviços financeiros no sistema financeiro nacional. Em Portugal, presentemente e de um modo geral, a regulação e a supervisão do Direito bancário institucional encontram-se atribuídas ao Banco de Portugal que, nestas linhas, procuraremos observar a atuar, mais do que como "supervisor" ou "sancionador", como "defensor dos consumidores".

No âmbito do Direito bancário institucional, como já referimos, para analisar o modelo de regulação, supervisão e fiscalização, e a forma como se dá o exercício dessas competências por parte do Banco de Portugal (a natureza, as atribuições, as funções e as responsabilidades do BdP – entre outros aspetos como, por exemplo, a sua sede, o seu capital social, as suas reservas e provisões, os seus órgãos e respetivas competências) é imprescindível considerar o previsto na sua Lei Orgânica[34], bem como no RGICSF e legislação complementar, bem como os padrões europeus em que nos inserimos, no quadro do BCE[35].

[33] Neste sentido, ver António Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª Edição (revista e atualizada), Almedina, novembro de 2018, pp. 60-63.

[34] Para um enquadramento histórico relativo à criação do BdP e à evolução da sua LO, veja-se a informação disponibilizada em https://www.bportugal.pt/page/historia?mlid=818.

[35] Sobre o modelo de supervisão português, europeu e para uma visão mais global destes temas, leia-se, entre outros, Luís Máximo dos Santos, "Regulação e supervisão bancária",

Aprofundando o que atrás começámos a apresentar, o BdP é o banco central de Portugal e, nessa qualidade, encontra-se integrado no SEBC, conforme previsto no artigo 102.º da Constituição da República Portuguesa ("CRP")[36], bem como no artigo 3.º da Lei Orgânica[37] e no artigo 92.º do RGICSF) e, por isso, faz parte do Eurosistema (a autoridade monetária da área do euro, que é composta pelo BCE e pelos bancos centrais nacionais da área do euro). Compete ao Eurosistema definir e executar a política monetária relativa ao euro, com o objetivo primordial de manter os preços estáveis e, desta forma, contribuir para o bem-estar dos clientes bancários, para a eficiência do sistema bancário nacional e para o crescimento sustentável da economia.

in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina, 2009; Armindo Saraiva Matias, "Regulação bancária: conceito e tipologia", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011; António Barreto Menezes Cordeiro, "Organização e supervisão dos mercados financeiros", in *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, a. 6, 3/4, 2014; José Ferreira Gomes, "Novas regras sobre o governo das instituições de crédito: Primeiras impressões", in *Revista de Direito das Sociedades*, VII, 1, 2015; Hugo Moredo Santos, "A nova arquitetura bancária europeia: notas breves sobre a união bancária" in *II Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2017; João Pedro Castro Mendes, "Estabilidade Financeira, Princípio da Proporcionalidade e Supervisão Macroprudencial", in *Estudos de Direito Bancário I*, Coimbra, Almedina, 2018; Bernardo Cortes, "O regime dos inducements à luz da DMIF II", in *Revista de Direito das Sociedades*, XI, 3-4, 2019; Francisco Soares Machado, "A proposta de reforma da supervisão financeira em Portugal", in *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, n.º 2, 2019; *The Cambridge handbook of surveillance law* (ed. by David Gray et al.), Cambridge: Cambridge University Press, 2019; Carlos Francisco Alves, "Que modelo de supervisão financeira para Portugal?", in *O novo direito dos valores mobiliários*, Governance Lab., vol. 2, (coord. Paulo Câmara et al.), Coimbra, Almedina, 2019; Christos V. Gortsos, *European Central Banking Law: The Role of the European Central Bank and National Central Banks under European Law*, Londres, Palgrave Macmillan, 2020; Lúcio Tomé Feteira, "Regulação financeira e o setor bancário: justificação, âmbito e perspetivas", in *Garantia de direitos e regulação: perspectivas de direito administrativo*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020; Cornelia Manger-Nestler e Markus Gentzsch, *Democratic Legitimation of Central Bank Independence in the European Union*, Londres, Springer, 2021; Eiji Hotori, Mikael Wendschlag e Thibaud Giddey, *Formalization of Banking Supervision: 19th–20th Centuries*, Londres, Palgrave Macmillan, 2021.

[36] O artigo 102.º da CRP prevê que "*O Banco de Portugal é o banco central nacional e exerce as suas funções nos termos da lei e das normas internacionais a que o Estado Português se vincule*".

[37] Nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da sua Lei Orgânica, o BdP, por se encontrar integrado no SEBC está sujeito ao disposto nos Estatutos do SEBC (de modo de a desempenhar determinadas atribuições que pertencem ao SEBC) e ainda nos Estatutos do BCE (pelo que tem de atuar de acordo com as orientações e instruções do BCE).

Em Portugal, o BdP desempenha várias funções relacionadas com as suas duas missões essenciais[38], que são (i) a manutenção da estabilidade dos preços; e (ii) a promoção da estabilidade e eficiência do sistema financeiro e bancário nacional.

O Banco de Portugal tem várias competências e atribuições concedidas por lei e que se encontram plasmadas na sua Lei Orgânica e no RGICSF, que se traduzem em várias funções[39], entre as quais as mais relevantes e que tentamos esquematizar abaixo, sem limitar, mas para dar um quadro geral do papel deste supervisor/regulador/sancionador/defensor do consumidor como autoridade verdadeiramente revestida de "múltiplas personalidades":

- **Emissão monetária –** O BdP é responsável por: (1) colocar em circulação as moedas de euro[40] (embora o BCE detenha o direito exclusivo de autorizar o volume de moedas emitidas); (2) emitir, armazenar e colocar em circulação as notas de euro; (3) verificar a autenticidade e a qualidade das notas e das moedas que lhe são entregues, bem como, consequentemente, a destruição das notas que não estiverem aptas a retornar à circulação; (4) colaborar com a Polícia Judiciária para assegurar o combate à contrafação e falsificação de notas e moedas de euro – que podem corresponder a infrações criminais ou a contraordenações cujo processamento cabe ao BdP, nos termos dos artigos 6.º a 11.º da Lei Orgânica;
- **Gestão de ativos e reservas –** Cabe ao BdP gerir as disponibilidades externas do país que lhe estejam cometidas, quer em euros, em moeda estrangeira e em ouro, de acordo com o artigo 12.º, alínea a) da Lei Orgânica;
- **Apoio ao Estado Português –** Compete ao BdP agir como intermediário das relações monetárias internacionais do Estado Português e

[38] O BCE desempenha, o nível europeu, as mesmas funções que o BdP desempenha em Portugal, isto porque tem como missões, (1) a manutenção da estabilidade dos preços e (2) a contribuição e promoção para a segurança e a solidez do sistema bancário europeu, ou seja, dos países da União Europeia (UE). Mais informação relativa às missões e consequentes funções desempenhadas pelo BCE podem ser encontradas no seu site em https://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.pt.html.

[39] Considerámos, no elenco apresentado das funções do BdP, a informação condensada que é disponibilizada no site do BdP em https://www.bportugal.pt/page/missao-e-funcoes?mlid=808.

[40] As moedas de euro são emitidas pelo Estado, através do Ministério das Finanças (Direção Geral do Tesouro) e são produzidas pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

aconselhar o Governo nos domínios económico e financeiro, nos termos do artigo 12.º, alíneas b) e e) da Lei Orgânica;

- **Participar em atividades internacionais, em representação e em prol do sistema financeiro nacional** – O BdP participa ainda nos trabalhos desenvolvidos por vários organismos internacionais (sendo de destacar o BCE, o Mecanismo Único de Supervisão ("MUS"), o Fundo Monetário Internacional ("FMI"), o Banco de Pagamentos Internacionais (BIS – abreviatura para a designação em inglês *Bank for International Settlements*) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ("OCDE") e desenvolve ainda atividades de cooperação, principalmente com os bancos centrais dos países de língua portuguesa, nos termos do artigo 12.º, alínea d) da Lei Orgânica;
- **Compilação e elaboração de estatísticas** – O BdP é a autoridade estatística nacional responsável pela recolha e elaboração das estatísticas monetárias, financeiras, cambiais e da balança de pagamentos, nos termos do artigo 13.º da Lei Orgânica e da alínea b) do n.º 1 do artigo 92.º do RGICSF, sendo que estas estatísticas são publicadas num site específico do BdP, o "BP*stat*"[41]. O trabalho estatístico desenvolvido pelo BdP revela-se bastante importante para dar a conhecer, ao longo do tempo, a realidade do sistema financeiro nacional, permitindo ao BdP a adoção de medidas mais adequadas para manter a estabilidade do sistema financeiro e bancário em Portugal;
- **Regulação e fiscalização dos sistemas de pagamento** – Compete ao BdP regular, fiscalizar e promover o bom funcionamento dos sistemas de pagamentos, de acordo com o artigo 14.º da Lei Orgânica e com a alínea a) do n.º 1 do artigo 92.º do RGICSF;
- **Regulação e fiscalização do mercado cambial** – O BdP é a autoridade cambial nacional e, nessa qualidade, regula o funcionamento do mercado cambial e fiscaliza o exercício do comércio de câmbios e a realização de operações cambiais – nomeadamente, compra e venda de moeda estrangeira e transferências de ou para exterior expressas em moeda estrangeira, nos termos dos artigos 15.º, 16.º, 20.º e 21.º da Lei Orgânica e da alínea a) do n.º 1 do artigo 92.º do RGICSF;
- **Assegurar a resolução ordenada dos bancos** – O BdP é a autoridade nacional de resolução (que tem, entre outros, o poder de elaborar os planos de resolução) e, nessa qualidade, integra o Mecanismo

[41] O "BP*stat*" pode ser acedido através do seguinte endereço: https://bpstat.bportugal.pt/.

Único de Resolução ("MUR"), que tem como objetivo assegurar a resolução ordenada dos bancos em situação de insolvência, garantindo a estabilidade do sistema financeiro, nos termos do artigo 17.º-A da Lei Orgânica e dos artigos 116.º-J a 116.º-Q do RGICSF;

- **Supervisão** – Compete ao BdP exercer a função de supervisão financeira, conforme prevista no n.º 1 do artigo 17.º da Lei Orgânica[42], no âmbito da qual existem vários tipos de supervisão que são da sua competência, designadamente, os seguintes:
  (1) Supervisão Prudencial – Compete ao BdP regular e supervisionar as instituições de crédito, as sociedades financeiras e as instituições de pagamento para garantir a segurança dos fundos confiados a essas entidades pelos seus clientes. Enquanto autoridade nacional de supervisão, ao nível europeu, o BdP faz parte do MUS, o sistema europeu de supervisão bancária, responsável por zelar pela segurança e pela solidez dos bancos europeus[43], nos termos do artigo 17.º, n.º 2 da Lei Orgânica do BdP e dos artigos 93.º e 93.º-A, bem como nos artigos 91.º a 115.º e 130.º a 138.º-D, todos do RGICSF. A supervisão prudencial desenvolvida pelo BdP é divida nos seguintes dois tipos de supervisão:
  (1.1.) Supervisão Macroprudencial – Compete ao BdP tomar as medidas macroprudenciais que considere necessárias para assegurar a estabilidade financeira[44]. A base legal para a implementação de medidas macroprudenciais por parte do BdP encontra-se na Lei Orgânica e no RGICSF (que transpôs para a legislação nacional a Diretiva 2013/36/EU (*Capital Requirements Directive* – CRD IV) e o Regulamento (UE) n.º 575/2013 (*Capital Requirements Regulation* – CRR)). O BdP é ainda responsável em Portugal pela definição e implementação da política macroprudencial: esta é uma função muito relevante para a economia nacional e, em

[42] Nos termos do n.º 1 do artigo 17.º da LO do BdP: "*Compete ao Banco de Portugal exercer a supervisão das instituições de crédito, sociedades financeiras e outras entidades que lhe estejam legalmente sujeitas, nomeadamente estabelecendo diretivas para a sua atuação e para assegurar os serviços de centralização de riscos de crédito, bem como aplicando-lhes medidas de intervenção preventiva e corretiva, nos termos da legislação que rege a supervisão financeira*".

[43] Mais informação relativa ao MUS pode ser encontrada no site do Banco de Portugal, em https://www.bportugal.pt/page/mecanismo-unico-de-supervisao?mlid=852.

[44] Mais informação relativa às medidas macroprudencias pode ser encontrada no site do BdP em https://www.bportugal.pt/page/medidas-macroprudenciais?mlid=859.

última análise, para o dia-a-dia dos portugueses, uma vez que tem como objetivo principal contribuir para a estabilidade do sistema financeiro (que inclui bancos, seguradoras, fundos de investimento e de pensões e do mercado de capitais). Na qualidade de autoridade macroprudencial nacional, o BdP procura (1) prevenir perturbações nos serviços financeiros que possam comprometer o financiamento à economia e (2) reforçar a capacidade de resistência do sistema financeiro perante situações adversas – a política macroprudencial foca-se assim nos riscos que podem afetar a estabilidade do sistema financeiro como um todo[45]; e

(1.2.) Supervisão Microprudencial – Compete ao BdP exercer a supervisão microprudencial que visa (1) assegurar a solvabilidade e solidez financeira de cada uma das instituições do sistema financeiro, e (2) garantir a segurança dos fundos que as pessoas e as empresas confiam a essas instituições, nos termos previstos nos artigos 94.º a 115.º do RGCISF. Assim, o BdP verifica se as instituições cumprem as suas obrigações, intervindo para que eventuais falhas sejam corrigidas, promovendo a manutenção de uma gestão sã e prudente das instituições supervisionadas (por exemplo, através da imposição de um adequado equilíbrio entre o perfil de risco e os níveis de capital e liquidez)[46];

(2) Supervisão Preventiva do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo ("PBCFT" ou "BCFT" ou "AML", em inglês) – O BdP tem competências de supervisão preventiva do BCFT do setor financeiro, cabendo-lhe, entre outras, a função de supervisionar o cumprimento por parte das entidades financeiras de vários deveres a que estão obrigadas, como, por exemplo, o dever de comunicação de operações suspeitas, cuja supervisão compete ao BdP nos termos do disposto nos artigos 86.º e 88.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo ("BCFT"), e do Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2022,

[45] Mais informação relativa à política macroprudencial pode ser encontrada no site do BdP em https://www.bportugal.pt/page/politica-macroprudencial?mlid=858.

[46] Mais informação relativa à supervisão microprudencial pode ser encontrada no site do BdP, em várias páginas (no separador "Supervisão > Microprudencial"), das quais destacamos as que podem ser acedidas em https://www.bportugal.pt/page/micro-objetivos-e-principios?mlid=1231 e https://www.bportugal.pt/page/micro-prioridades?mlid=1203.

de 6 de junho que regulamenta as condições de exercício, os procedimentos, os instrumentos, os mecanismos, as formalidades de aplicação, as obrigações de prestação de informação e os demais aspetos necessários a assegurar o cumprimento dos deveres preventivos do BCFT, no âmbito da atividade das entidades financeiras sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, bem como os meios e os mecanismos necessários ao cumprimento, pelas mesmas, dos deveres previstos na Lei n.º 97/2017, e ainda as medidas que os prestadores de serviços de pagamento devem adotar para detetar as transferências de fundos em que as informações sobre o ordenante ou o beneficiário são omissas ou incompletas, bem como do Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2021, de 13 de abril, que regulamenta o processo de registo junto do Banco de Portugal de entidades que pretendam realizar, em território português, atividades com ativos virtuais sujeitas a registo, bem como posteriores alterações aos elementos registados[47] [48]; e

(3) Supervisão Comportamental – Aquela a que dedicámos a primeira parte deste texto: compete ao BdP exercer a competência de supervisão comportamental, sendo, deste modo, responsável por: (1) Regular, fiscalizar e sancionar a conduta das entidades supervisionadas na comercialização de produtos e serviços bancários de retalho aos seus clientes; e (2) Promover a informação e formação financeira dos clientes bancários.

Os objetivos da supervisão comportamental levada a cabo pelo BdP (de modo a contribuir para a eficiência e estabilidade do sistema financeiro) são, assim:

[47] Mais informação relativa aos principais diplomas em matéria de combate ao BCFT pode ser encontrada no site do BdP em https://www.bportugal.pt/page/legislacao-e-normas?mlid=864.

[48] Uma explicação mais detalhada dos conceitos de "branqueamento de capitais" e "financiamento do terrorismo" pode ser encontrada no site do BdP em https://www.bportugal.pt/page/branqueamento-de-capitais-e-financiamento-do-terrorismo?mlid=1233. Existe ainda o Portal da Comissão de Prevenção do BCFT (sendo que a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto confere algumas competências a esta Comissão) disponível em https://www.portalbcft.pt/pt-pt. A Comissão de Coordenação de Políticas de Prevenção e Combate ao BCFT funciona na dependência do Ministério das Finanças.

> 1 – assegurar o cumprimento do quadro normativo dos produtos e serviços financeiros abrangidos pela supervisão comportamental; e
> 2 – garantir a transparência da informação prestada pelas entidades supervisionadas aos seus clientes na comercialização de produtos e serviços bancários.

Em suma, tendo em conta esta síntese, quase esquemática, das várias funções que são desempenhadas pelo BdP, parece-nos possível concluir que todas, em conjunto e em abstrato, são fundamentais para manter a estabilidade do sistema financeiro e bancário nacional e para garantir a fiabilidade das entidades que atuam no seu âmbito perante os respetivos clientes, nomeadamente, no que toca a garantir a proteção dos clientes que necessitam de adquirir produtos ou serviços a essas entidades.

Contudo, conforme referimos na abertura deste texto, entendemos que é no âmbito da competência de supervisão comportamental atribuída ao BdP, em particular, que é tratada a matéria de proteção do cliente bancário – quer através da existência de vários deveres atribuídos às entidades supervisionadas pelo BdP (quanto a determinados produtos e serviços), quer através da definição de mecanismos de defesa dos direitos atribuídos aos consumidores (que passam, por exemplo, pela possibilidade de apresentação de reclamações ao BdP e pela formação e promoção da literacia financeira dos clientes)[49].

[49] Neste sentido, cf. as pp. 96 e ss. do *Relatório de Supervisão Comportamental de 2022*, em que o BdP assume que "*a promoção da literacia financeira da população continuou a ser uma prioridade estratégica*" do Banco de Portugal. Assim, no final de 2022, o BdP deu início à segunda etapa da campanha de formação financeira digital denominada "#ficaadica", cujo propósito é fomentar a utilização segura de produtos e serviços bancários nos meios digitais. Após uma primeira fase predominantemente direcionada aos jovens, a segunda etapa centra-se na população em geral. Esta campanha abrange temáticas como a prevenção de fraudes financeiras digitais, a utilização adequada de serviços bancários digitais, a abertura de contas bancárias à distância, as transações de comércio eletrónico e a contratação de empréstimos ao consumo *online*. Numa época em que a prestação de serviços bancários é feita predominantemente à distância e através de instrumentos eletrónicos, a formação para os riscos e *best practices* é essencial para garantir a proteção dos consumidores bancários e evitar (através da prevenção) o recurso à reclamação como forma de exercer os direitos.
Sobre este tema, cf., em especial, Diogo Emanuel Trabulo Martins, *A relação entre a supervisão comportamental do Banco de Portugal e a literacia financeira* (Dissertação de mestrado não publicada), disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/26961/1/Martins_2017.pdf, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2017.

3. Detalhes e aprofundamentos sobre a supervisão comportamental assegurada pelo Banco de Portugal

As disposições relativas à supervisão comportamental do BdP encontram-se previstas no Título VI do RGICSF, sob a epígrafe "Supervisão comportamental". Nos capítulos seguintes iremos analisar em concreto cada um dos elementos que compõem esta competência do BdP.

3.1. As entidades supervisionadas e os produtos e serviços financeiros abrangidos no âmbito da supervisão comportamental

A função de supervisão comportamental exercida pelo BdP abrange, em termos subjetivos, os seguintes tipos de entidades supervisionadas, nos termos previstos no Título I do RGICSF[50] (sublinhado nosso):

- **Instituições de crédito** – correspondem a um dos tipos que se encontram elencados no artigo 3.º do RGICSF; assim, são instituições de crédito:
  a) Os bancos;
  b) As caixas económicas;
  c) A Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo;
  d) As instituições financeiras de crédito;
  e) As instituições de crédito hipotecário;
  m) As empresas de investimento que tenham obtido autorização ao abrigo do regime especial de autorização previsto no artigo 21.º-A (do RGICSF).
  Este elenco não é taxativo: a alínea k) do artigo 3.º do RGICSF prevê que que sejam também consideradas instituições de crédito "*Outras empresas que, correspondendo à definição do artigo anterior, como tal sejam qualificadas pela lei*";
- **Sociedades financeiras** – empresas "*com exceção das instituições de crédito e das empresas de investimento*[51]*, cuja atividade principal consista em*

[50] Adicionalmente ao raciocínio dedutivo decorrente dos artigos aplicáveis para aferir a qualificação das entidades supervisionadas, a identificação das instituições autorizadas a atuar no mercado financeiro e bancário nacional é disponibilizada no site do BdP em https://www.bportugal.pt/entidades-autorizadas.

[51] Conforme definido na atual alínea s) do artigo 2.º-A do RGICSF, uma empresa de investimento será "*uma empresa que exerça e preste serviços e atividades de investimento, nos termos da legislação aplicável, e não seja uma instituição de crédito*".

exercer pelo menos uma das atividades permitidas aos bancos, com exceção da receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público"[52], conforme definido no artigo 2.º-A, alínea qq) do RGICSF, e que correspondem a um dos tipos que se encontram elencados no artigo 6.º, n.º 1 do RGICSF[53] / [54];

- **Instituições de pagamento**, nos termos definidos no Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro (doravante designado "RJSPME");
- **Instituições de moeda eletrónica**, igualmente reguladas nos termos do RJSPME;
- **Sucursais de instituições de crédito, de instituições de pagamento e de instituições de moeda eletrónica com sede em países da União Europeia**, nos termos definidos, respetivamente, no RGICSF e no RJSPME, conforme aplicável;
- **Sucursais de instituições de crédito e de instituições de moeda eletrónica com sede em países terceiros**, nos termos definidos, respetivamente, no RGICSF e no RJSPME, conforme aplicável; e

[52] Ou seja, com exceção da atividade permitida aos bancos nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do RGICSF.

[53] A atual alínea ee) do artigo 2.º-A prevê que são instituições financeiras "*com exceção das instituições de crédito, sociedades gestoras de participações no setor dos seguros, das sociedades gestoras de participações de seguros mistas e das sociedades gestoras de participações no setor puramente industrial, as empresas que tenham como atividade principal adquirir ou gerir participações sociais ou exercer uma ou mais das atividades enumeradas nas alíneas b) a h), j) e r) do n.º 1 do artigo 4.º, incluindo instituições de pagamento, empresas de investimento, sociedades de gestão de ativos, companhias financeiras, companhias financeiras mistas e companhias financeiras de investimento*".

[54] O artigo 6.º, n.º 1 do RGICSF prevê, atualmente, que são sociedades financeiras:

"a) As empresas de investimento referidas nas alíneas a) a d) e g) do n.º 1 do artigo 4.º-A;

b) As instituições financeiras referidas na alínea ee) do artigo 2.º-A, nas quais se incluem:

i) As sociedades financeiras de crédito;

ii) As sociedades de investimento;

iii) As sociedades de locação financeira;

iv) As sociedades de factoring;

v) As sociedades de garantia mútua;

vii) As sociedades de desenvolvimento regional;

viii) As agências de câmbios;

ix) As sociedades financeiras de microcrédito";

l) Outras empresas que, correspondendo à definição de sociedade financeira, sejam como tal qualificadas pela lei.

- **Intermediários de crédito**, nos termos definidos no Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de julho, que estabelece os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria (transpondo parcialmente a Diretiva 2014/17/UE).

É importante notar que a supervisão comportamental exercida pelo BdP não abrange a totalidade dos produtos financeiros que sejam comercializados pelas entidades supervisionadas. Assim, a supervisão comportamental do BdP abrange especificamente os seguintes produtos e serviços financeiros:

- Depósitos bancários e as suas contas;
- Crédito à habitação, crédito aos consumidores, crédito a empresas e outros créditos (exceto os que tenham por finalidade o financiamento de operações sobre instrumentos financeiros); e
- Instrumentos de pagamento (cartões, transferências, cheques e débitos diretos).

3.2. Regulação da conduta das entidades supervisionadas – Avisos, Instruções e Cartas Circulares do BdP

Nas suas vestes de regulador-defensor-do-consumidor, o Banco de Portugal define e estabelece ainda regras de conduta (através de Avisos ou Instruções) que as entidades supervisionadas têm de cumprir quando atuam nos mercados bancários de retalho (e comercializam algum produto ou serviço financeiro abrangido pela supervisão comportamental), e que complementam as regras definidas no RGICSF, no RJSPME, no regime jurídico que estabelece os requisitos de acesso e de exercício da atividade de intermediário de crédito e da prestação de serviços de consultoria e em legislação específica dos produtos e serviços bancários. Adicionalmente, o BdP estabelece também, através de Cartas Circulares, boas práticas que as entidades devem seguir na sua atuação junto dos seus clientes. As várias instruções emitidas pelo BdP são publicadas no seu site, para conhecimento das entidades supervisionadas bem como dos clientes bancários[55].

[55] Os Avisos, Instruções ou Cartas Circulares emitidos pelo BdP são publicitados no site do BdP, e podem ser encontradas no motor de busca disponibilizado, pelo BdP no seu site em https://www.bportugal.pt/aviso/all/all/aviso.

Conforme já aludimos no início deste texto, no âmbito do RGICSF, as regras de conduta aplicáveis às entidades supervisionadas pelo BdP encontram-se previstas nos artigos 73.º ("*Competência técnica*"), 74.º ("*Outros deveres de conduta*") e 75.º ("*Critério de diligência*").

O artigo 73.º do RGICSF prevê que "*As instituições de crédito devem assegurar, em todas as atividades que exerçam, elevados níveis de competência técnica, garantindo que a sua organização empresarial funcione com os meios humanos e materiais adequados a assegurar condições apropriadas de qualidade e eficiência*". Já o artigo 74.º do RGICSF prevê que "*Os administradores e os empregados das instituições de crédito devem proceder, tanto nas relações com os clientes como nas relações com outras instituições, com diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados*". Por fim, o artigo 75.º do RGICSF prevê que "*Os membros dos órgãos de administração das instituições de crédito, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direção, gerência, chefia ou similares, devem proceder nas suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes em geral*".

O artigo 76.º, n.º 1 do RGICSF prevê que o BdP "*poderá estabelecer, por aviso, regras de conduta que considere necessárias para complementar e desenvolver*" o que decorre do RGICSF. Para assegurar o cumprimento destas regras de conduta (previstas no RGICSF e em legislação e regulamentação complementares), nos termos previstos no n.º 2 do artigo 76.ºdo RGICSF, o BdP pode "*emitir recomendações e determinações específicas, bem como aplicar coimas e respetivas sanções acessórias*". Na parte final do n.º 2 do artigo 76.º, é feita uma remissão para os "*procedimentos de supervisão*" do artigo 116.º, ambos do RGICSF, decorrendo destas normas que compete, em especial, ao Banco de Portugal, no desempenho destas suas funções de supervisão:

> *«a) Acompanhar a atividade das instituições de crédito, das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas;*
>
> *b) Vigiar pela observância das normas que disciplinam a atividade das instituições de crédito, das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas, designadamente a avaliação do cumprimento dos requisitos do presente Regime Geral e do Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013;*
>
> *c) Emitir determinações específicas dirigidas a pessoas coletivas ou singulares, designadamente para que adotem um determinado comportamento, cessem determinada conduta ou se abstenham de a repetir ou para que sejam sanadas as irregularidades detetadas;*

(...)
e) Emitir recomendações;
f) Regulamentar a atividade das entidades que supervisiona;
g) Sancionar as infrações».

Prevê-se ainda, no n.º 2 do mesmo artigo que o BdP *«pode exigir a realização de auditorias especiais por entidade independente, por si designada, a expensas da instituição auditada»*. Adicionalmente, nos termos do artigo 77.º-B do RGICSF, as instituições de crédito devem adotar códigos de conduta e divulgá-los junto dos clientes.

Neste âmbito, o BdP criou o "*Fórum para a Supervisão Comportamental*", uma estrutura consultiva que serve para envolver as entidades supervisionadas e as representantes de clientes bancários na definição da atuação regulatória nos mercadas bancários de retalho[56]. Neste Fórum, os interesses dos clientes bancários são representados através da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor ("DECO"), que o integra.

3.3. Fiscalização da conduta das entidades supervisionadas – fiscalização sistemática da informação recebida, ações de inspeção e análise das reclamações apresentadas pelos clientes

O BdP fiscaliza a conduta das entidades supervisionadas no exercício das respetivas atividades no mercado bancário nacional de retalho (e quanto à comercialização de algum produto ou serviço financeiro que se encontre abrangido pela supervisão comportamental) através das três formas seguintes:

1) **Fiscalização sistemática da informação que as entidades supervisionadas estão obrigadas a reportar** – seguindo um princípio de proporcionalidade, o BdP fiscaliza, de forma sistemática, a informação que as entidades supervisionadas estão obrigadas a reportar nos termos dos artigos 77.º e seguintes do RGICSF, bem como a adoção, por parte das entidades supervisionadas, nos termos do artigo 77.º-F do RGICSF, de uma política de remuneração e de avaliação específica para todos os seus colaboradores, que tenham contacto

[56] No Fórum para a Supervisão Comportamental estão representadas várias entidades que se encontram elencadas no site do BdP em https://www.bportugal.pt/page/forum-para-supervisao-comportamental?mlid=871 bem como quatro instituições de crédito (indicadas anualmente pelas associações do setor financeiro).

direto ou indireto com clientes no âmbito da comercialização ao retalho de produtos e instrumentos financeiros, sendo que, no âmbito da fiscalização sistemática do BdP, são analisados, entre outros, os seguintes pontos relativamente a cada uma das entidades supervisionadas:

- Suportes publicitários e informação disponibilizada nesses suportes aos clientes bancários, i.e., o BdP fiscaliza o cumprimento dos deveres de informação na publicidade feita pelas entidades supervisionadas, em qualquer meio utilizado (televisão, rádio, imprensa, cartazes, publicidade em qualquer formato eletrónico e na internet, etc.), nos termos previstos no artigo 77.º-C do RGICSF; de acordo com o disposto no artigo 77.º-D, o BdP pode, em relação à publicidade que não respeite a lei: "*a) Ordenar as modificações necessárias para pôr termo às irregularidades; b) Ordenar a suspensão das ações publicitárias em causa; c) Determinar a imediata publicação, pelo responsável, de retificação apropriada*";
- Documentos de informação fundamental dos depósitos estruturados que sejam submetidos, i.e., o BdP verifica a conformidade desses documentos previamente à comercialização dos respetivos depósitos estruturados em causa e da respetiva publicidade;
- Contratos de crédito aos consumidores que sejam reportados, i.e., o BdP avalia o cumprimento das taxas máximas nos novos contratos de crédito aos consumidores;
- Demais informação contratual e sobre os produtos bancários e financeiros, incluindo sobre a própria instituição de crédito e a sua organização interna, para além dos novos critérios de avaliação "ESG" ou "ASG" (ambientais, sociais e de boa governação), cuja competência de fiscalização poderá vir a ser confiada também ao DSC, em articulação com a CMVM, haverá áreas de articulação com a supervisão prudencial, analisando-se as páginas ou *sites* de internet das instituições para conferir as suas políticas, códigos de conduta e regras de organização interna[57].

[57] Desde que este texto foi apresentado inicialmente, em 2021, a informação a reportar pelas entidades supervisionadas tem sido cada vez maior e abrange também novos domínios, que carecem de ser esclarecidos, por exemplo sobre matérias "ESG" – "*Environmental, Social, and Governance*" (ambientais, de sustentabilidade e "boa governação").
Nesse campo, sobressai o Regulamento (UE) 2019/2088 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com

2) **Ações de inspeção –** o BdP realiza ações de inspeção junto dos balcões e serviços centrais das entidades sujeitas à sua supervisão, bem como ações de inspeção à distância (utilizando a informação repor-

a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros, cujos deveres têm causado algumas perplexidades aos aplicadores e supervisionados. Abordámos algumas dessas dificuldades entretanto em Miguel da Câmara Machado, «*It's not easy bein' green?*: Algumas dúvidas, medos e ansiedades sobre as dificuldades em saber o que são e como se cumprem os deveres "ESG" nos mercados financeiros, no final de 2022», in *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 4, n.º 14, (2022) pp. 617-633. Para uma perspetiva mais geral e global, recomenda-se sempre Mark Carney, *Value(s) – Building a better world for all*, Glasgow: William Collins, 2021, refletindo sobre as formas como podemos incorporar determinados valores e preocupações nos mercados financeiros.

Num futuro próximo prevê-se que os clientes bancários também possam decidir com base nas políticas e informações "ESG" divulgadas pelas instituições e, mesmo, ser protegidos através dos mecanismos que se encontram atualmente a ser desenvolvidos a nível europeu.

É natural que estes reportes e a "transparência" vá influenciar cada vez mais a relação entre os bancos e os seus clientes, como já condiciona o comportamento de acionistas e investidores. Quanto aos temas de governo interno (que o futuro irá seguramente cruzar com os de proteção do consumidor), pode ver-se Diogo Costa Gonçalves, "*A remuneração dos administradores das instituições de crédito: o comité de remunerações*", in *Revista de Direito das Sociedades*, VII, 3/4, 2015; *A governação de bancos nos sistemas jurídicos lusófonos*, (org. Paulo Câmara, et al.), Coimbra, Almedina/ Governance lab, 2016; *Estudos sobre* Law Enforcement, *Compliance e Direito Penal*, (coord. Maria Fernanda Palma, et al.), Coimbra, Almedina, 2018; *Novos Estudos sobre* Law Enforcement, *Compliance e Direito Penal*, (coord. Maria Fernanda Palma, et al.), Coimbra, Almedina, 2019; Diogo Pereira Duarte e Francisco Passaradas, "Gestão de risco, *compliance* e auditoria interna", in *Estudos de Direito Bancário I*, Coimbra, Almedina, 2018; Paulo Câmara, "O governo dos bancos", in *III Congresso de direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2018; Luís Costa Ferreira e Benedita Magalhães da Cunha, "Breve comentário sobre o Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020 em matéria de conduta e cultura organizacional e sistemas de governo e controlo interno", in *Revista de Direito das Sociedades,* 11, (3-4), 2019; Nicola Faith Sharpe, "Prioritizing process: empowering the corporate ethics and *compliance* function", *University of Illinois Law Review* 4, 2019; *Administração e governação das sociedades* (coord. Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2020; Diogo Pereira Duarte, "A comissão executiva e as suas competências no governo interno das instituições bancárias", in: Paulo Câmara (coord.), *Administração e governação das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2020; Iris H-Y Chiu, *Regulating (from) the inside: the legal framework for internal control in banks and financial institutions*, Oxford: Hart Publishing, 2018; José Iglésias Soares, "DSP2 *compliance* & TPP e a prevenção da fraude", in (coord. António João Maia, et al), *Ética e integridade na vida pública,* Coimbra, Almedina, 2020; Leonildo Manuel, "Governance e sistema de controlo interno de bancos: o que haverá de novo?" in *O sistema financeiro angolano*), Coimbra: Almedina, 2020; María Esther Sánchez López, "El principio de buena administración y el *compliance* fiscal: una relación necesaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 193, (enero-marzo), 2022.

tada pelas entidades ou a informação disponível nos seus sítios de internet). Assim, podem ser objeto de ações de inspeção pelo BdP os seguintes produtos e serviços financeiros:

- Conta de Serviços Mínimos Bancários ("SMB");
- Conta de depósito à ordem;
- Crédito aos consumidores e aos consumidores nos canais digitais; e
- Crédito à habitação e hipotecário.

3) **Análise das reclamações apresentadas pelos clientes bancários** – Quanto à forma mais comum de os consumidores e quaisquer clientes bancários provocarem a intervenção do Banco de Portugal, remetemos para o início deste texto.

   O BdP é responsável por analisar as reclamações que os clientes bancários apresentem contra as entidades supervisionadas quanto a alguns produtos e serviços que estas comercializem (*i.e.*, reclamações que versem sobre depósitos bancários, crédito à habitação[58], crédito aos consumidores, outros créditos a particulares e empresas e serviços de pagamento e moeda eletrónica). De acordo com o n.º 1 do artigo 77.º-A do RGICSF "*os clientes destas instituições podem apresentar diretamente ao Banco de Portugal reclamações fundadas no incumprimento das normas que regem a sua atividade*", e de acordo com o n.º 2, "*Compete ao Banco de Portugal apreciar as reclamações, independentemente da sua modalidade de apresentação, bem como definir os procedimentos e os prazos relativos à apreciação das reclamações referidas na segunda parte do número anterior, com observância, em ambos os casos, dos princípios da imparcialidade, da celeridade e da gratuitidade*".

   Resumindo o que atrás descrevemos, estas reclamações podem ser apresentadas (i) no livro de reclamações em formato físico (disponível nos balcões das várias entidades); (ii) no livro de reclamações em

[58] O artigo 41.º ("Reclamação para o Banco de Portugal") do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho (transpõe parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, relativa a contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados à habitação) prevê que: "*1 – Sem prejuízo do acesso aos meios judiciais competentes, os consumidores, os fiadores e as suas associações representativas, bem como os demais interessados, podem apresentar, diretamente ao Banco de Portugal, reclamações fundadas no incumprimento das normas do presente decreto-lei por parte dos mutuantes e dos intermediários de crédito. 2 – Na sua resposta, o Banco de Portugal informa os reclamantes da existência de meios de resolução alternativa de litígios, sempre que as reclamações não possam ser resolvidas através de medidas que lhe caiba legalmente adotar, ou quando a respetiva matéria não caiba nas suas atribuições legais. 3 –Às reclamações previstas neste artigo é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime das reclamações dos clientes das instituições de crédito estabelecido no artigo 77.º-A do RGICSF*".

formato eletrónico, disponível em www.livroreclamacoes.pt; e (iii) diretamente ao BdP, através do Portal do Cliente Bancário[59] ou através do envio de carta que poderá igualmente ser enviada ou deixada nas instalações do Banco.

Também como tentámos explicar, de um ponto de vista mais prático, acima, com a publicação do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, tornou-se obrigatória a disponibilização de um livro de reclamações por parte de todos os fornecedores de bens e prestadores de serviços que tenham contacto com o público, incluindo as instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e prestadores de serviços postais. Para além dessa disponibilização, as entidades obrigadas devem ainda apoiar o cliente no preenchimento da folha de reclamações, entregar o duplicado da folha ao cliente, enviar o original da folha ao BdP e arquivar os livros por um período de três anos (este dever legal prevalece, naturalmente, sobre os deveres de apagamento decorrentes do RGPD).

O Livro de Reclamações (e a análise imparcial da reclamação apresentada pelo cliente que a instituição de crédito está obrigada a efetuar) é um importante instrumento de defesa dos direitos dos clientes, em particular, e uma forma de o BdP obter conhecimento das condutas adotadas por alguma entidade supervisionada que suscitem dúvidas quanto à sua legalidade ou pertinência. Assim, o BdP, enquanto entidade reguladora e fiscalizadora competente, analisa, investiga, sanciona ou dirige recomendações à entidade supervisionada em questão, caso considere necessário face à existência de práticas contrárias à legislação aplicável.

No âmbito da fiscalização desenvolvida, o BdP, desempenha ainda duas outras funções adicionais:

- **Correção de irregularidades e sancionamento** – Sempre que detete situações de irregularidade ou incumprimento, cabe ao BdP exigir a sua correção, nos termos do disposto no artigo 116.º-C do RGICSF, bem como sancionar as entidades em causa no âmbito de processos de contraordenação, através da aplicação de coimas e de sanções acessórias; e

[59] Podem ser submetidas reclamações, pelos clientes/consumidores que assim o entendam, através do preenchimento do formulário disponibilizado no Portal do Cliente Bancário, que se encontra disponível em https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/formulario-nova-reclamacao.

- **Certificação e monitorização de entidades formadoras –** O BdP é responsável pela certificação e monitorização (1) da atividade das entidades formadoras dos intermediários de crédito (*i.e.*, o BdP certifica e monitoriza as pessoas que exercem ou pretendem exercer a atividade de intermediário de crédito e de prestação de serviços de consultoria relativamente a contratos de crédito) e (2) dos funcionários das instituições de crédito envolvidos na comercialização do crédito à habitação (*i.e.*, o BdP certifica e monitoriza a atividade das entidades responsáveis por ministrar a formação que confere certificação profissional aos trabalhadores das instituições de crédito envolvidos na elaboração, comercialização e celebração de contratos de crédito à habitação e outros créditos hipotecários).

As atividades de supervisão comportamental desenvolvidas pelo BdP são descritas anualmente e em detalhe, nos Relatórios de Supervisão Comportamental[60] e, quando aplicável, nas Sinopses de Atividades de Supervisão Comportamental[61].

3.4. Formação e promoção da literacia financeira dos clientes bancários – o Portal do Cliente Bancário

O BdP promove a informação e a formação financeira dos clientes bancários de forma complementar às suas competências de regulação e fiscalização dos mercados bancários de retalho.

[60] Nos últimos anos, foram publicados pelo BdP o "Relatório de Supervisão Comportamental (de 2020)", o "Relatório de Supervisão Comportamental (de 2021)" bem como o "Relatório de Supervisão Comportamental (de 2022)", em maio de 2021, em maio de 2022 e em março de 2023, respetivamente, e estão todos disponíveis em https://www.bportugal.pt/publications/banco-de-portugal/all/127 (consultado em abril 2023). Adicionalmente, quanto a cada um destes relatórios, é possível encontrar a respetiva infografia muito sucinta e esclarecedora em https://www.bportugal.pt/page/supervisao-comportamental-em-numeros-2020, em https://www.bportugal.pt/page/supervisao-comportamental-em-numeros-2021-0, e em https://www.bportugal.pt/page/supervisao-comportamental-em-numeros-2022, respetivamente (consultado em abril 2023).

[61] Em 2021 foi apresentada a já citada "*Sinopse de Atividades de Supervisão Comportamental – relativa ao 1.º semestre de 2020*" mas, em 2022, não foi apresentado um documento com o mesmo título, tendo o BdP apresentado um documento intitulado *"Evolução das reclamações dos clientes bancários – 1.º semestre de 2022"*, disponível *online* em https://clientebancario.bportugal.pt/pt-pt/publicacao/evolucao-das-reclamacoes-dos-clientes-bancarios-1o-semestre-de-2022 (consultado em abril 2023), essencialmente com a mesma lógica.

A título de exemplo, nos termos do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 74-A/ /2017, de 23 de junho (que transpõe parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, relativa a contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados à habitação), «*O Banco de Portugal deve promover iniciativas de formação dos consumidores no que diz respeito ao recurso responsável ao crédito, à prevenção para o risco de sobre-endividamento e à gestão responsável de dívidas, em especial no que se refere a consumidores que celebram os contratos regulados pelo presente decreto-lei pela primeira vez. 2 - Em particular, é assegurada a divulgação de informação sobre: a) O processo de concessão de crédito; b) As entidades que podem prestar apoio aos consumidores; e c) O tipo de orientação que pode ser concedido por estas entidades*».

Esta função do BdP, de natureza formativa, assume particular relevância na proteção dos interesses dos clientes na qualidade de consumidores, atendendo a que os clientes bancários mais informados e com maior literacia financeira estão mais aptos a tomar decisões adequadas ao seu perfil de risco e aos seus recursos financeiros. Os clientes bancários informados sobre os seus direitos e sobre os deveres das entidades supervisionadas pelo BdP são, em regra, mais atentos e mais exigentes quanto ao comportamento dos diferentes atores no âmbito do sistema financeiro e bancário nacional. A formação financeira permite que as pessoas, em geral, possam compreender os riscos de determinadas opções bancárias e as vantagens que podem advir de determinadas decisões financeiras que sejam tomadas.

A análise possível da literacia financeira em Portugal não tem sido, no entanto, muito satisfatória, havendo inúmeras áreas que carecem de melhorias e intervenções. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"), em articulação com o BdP e outras autoridades portuguesas divulgou recentemente um estudo sobre a necessidade de continuar a desenvolver a literacia financeira digital em Portugal, recolhendo mais dados estas matérias e relativamente à oferta de educação financeira digital no país[62].

[62] Assim, já em abril de 2023, a fechar este texto, foi apresentado o estudo *Digital Financial Literacy in Portugal: relevance, evidence and provision*, disponível em https://www.oecd.org/finance/financial-education/digital-financial-literacy-portugal.htm, que pretende analisar a oferta existente de educação financeira digital em Portugal e apresentar os resultados de um inquérito quantitativo que avalia os níveis individuais de literacia financeira digital. É a partir destes resultados que se tentam identificar necessidades específicas de literacia financeira digital da população, bem como lacunas na oferta existente de educação financeira digital. De acordo com a OCDE e o BdP «*Este relatório irá apoiar o desenvolvimento de uma estratégia de literacia financeira digital baseada em dados concretos para Portugal, incluindo um roteiro de imple-*

Para promover a informação e a formação financeira, o BdP disponibiliza informação sobre os produtos e serviços bancários, simuladores, um glossário de termos financeiros e respostas a perguntas frequentes, através do Portal do Cliente Bancário, no qual são publicados artigos e brochuras sobre os principais produtos e serviços bancários. O Portal do Cliente Bancário é, assim, uma grande fonte de informação para que a generalidade dos clientes bancários possa saber mais sobre os deveres das entidades supervisionadas pelo BdP e sobre os seus próprios direitos.

No Portal do Cliente Bancário (disponível em https://clientebancario.bportuga, l.pt/) é possível encontrar vários separadores relativos aos diversos temas (numa lógica de perguntas e respostas rápidas) para além de, como vimos, apresentar reclamações.

Por fim, para além do desenvolvimento do Portal do Cliente Bancário, o BdP está ainda ativamente envolvido no *"Plano Nacional de Formação Financeira"*, através do Portal Todos Contam, dinamizado em conjunto com outras entidades de supervisão do setor financeiro (nomeadamente, a ASF e a CMVM) e que conta com a parceria de um vasto conjunto de entidades – incluindo ministérios, associações do setor financeiro, associações de consumidores, associações empresariais e centrais sindicais[63]. Este plano nacional tem incluído formações em escolas (desde o ensino básico ao secundário), prisões, instituições particulares de solidariedade social e acompanhado idosos, devendo intensificar-se esta atividade nos próximos anos.

Conclusões

Atendendo ao que fomos explicando, primeiro, numa vertente mais prática, olhando para o Banco de Portugal como entidade responsável por receber as queixas e denúncias dos clientes bancários e, depois, com um enquadramento mais geral, coordenando as várias missões que o BdP prossegue com efeitos mais ou menos diretos na defesa dos consumidores, podemos concluir que o esforço do BdP em matéria de proteção do cliente

mentação», ambições que só podemos saudar, perante uma população com elevados níveis de iliteracia financeira, mesmo em áreas, idades ou consumidores com graus académicos, onde tal não seria esperado.

[63] O Plano Nacional de Formação Financeira tem o slogan "*Todos Contam*" e pode ser encontrado em www.todoscontam.pt. No site "Todos Contam" o Plano Nacional de Formação Financeira encontra-se dividido em vários separadores, conforme segue: "*Planear o Orçamento Familiar*", "*Fazer Pagamentos*", "*Poupar e investir*", "*Criar uma empresa*", "*Contrair empréstimo*", "*Fazer um seguro*" e "*Prevenir a fraude*".

bancário passa pelo exercício das suas funções de regulação e supervisão (comportamental, mas não só) e está dividido em duas grandes frentes:

1) **A regulação e fiscalização da conduta das entidades que atuam no sistema financeiro e bancário nacional**, e que, pela sua natureza, estão numa posição de superioridade em relação às suas contrapartes face ao maior conhecimento de que dispõem sobre as regras e o funcionamento do sistema financeiro, que leva a que defendam melhor os seus interesses e enfraquecem a posição dos clientes na relação contratual bancária que estabelecem entre si; e
2) **A formação financeira dos clientes bancários**, que, em regra, são a contraparte mais desprotegida na relação contratual bancária e que compete ao BdP proteger, garantindo um melhor equilíbrio dessa relação e do próprio sistema financeiro, disponibilizando (in)formação para combater a iliteracia financeira e esclarecendo quais os seus direitos, para que possam defender os seus interesses.

Apesar da necessidade de manter os consumidores informados dos direitos de que dispõem dentro do sistema bancário nacional, o trabalho que tem sido desenvolvido pelos diversos agentes nesta área, incluindo, entre outros, o BdP, tem sido bastante positivo, como o demonstram os resultados do Inquérito Internacional à Literacia Financeira dos Adultos 2020 promovido pela *International Network on Financial Education* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE/INFE) junto de 26 países, em que Portugal ficou em 7.º lugar, incluindo uma posição acima da média no indicador global de literacia financeira, na avaliação de conhecimentos financeiros e nos comportamentos financeiros[64].

Ainda assim, apesar dos resultados positivos alcançados nesta área, este é um tema em constante desenvolvimento face ao aumento da complexidade do sistema bancário e financeiro, quer a nível nacional, quer a nível

[64] Os resultados completos podem ser consultados na página da OCDE em International Gateway for Financial Education - Organisation for Economic Co-operation and Development (oecd.org). O Portal Todos Contam apresenta ainda os resultados desta inquérito de forma resumida em Portugal em 7º lugar no inquérito internacional à literacia financeira dos adultos 2020 da OCDE/INFE | Todos Contam. Desde que este texto foi preparado (entre 2021 e 2023), estes dados não foram atualizados nas respetivas páginas de internet, nem foram publicados os resultados de novos questionários.

internacional[65], pelo que o Banco de Portugal deverá manter-se atento, vigilante e proativo no cumprimento dos seus deveres de entidade supervisora da banca e de protetor dos direitos dos clientes bancários (conceito mais amplo que o de consumidores), também assim redescobrindo o seu papel perante uma sociedade cada vez mais desconfiada da banca, em geral e do supervisor, em especial, recuperando a confiança que é central e essencial nas relações bancárias e financeiras[66].

[65] O constante desenvolvimento e a evolução do nosso Direito bancário e financeiro são uma marca reconhecida há décadas, tendo vindo a ser acolhidas boas propostas de inúmeros autores, sugerindo-se alguns exemplos dos últimos vinte anos que mostram esta constante vitalidade: Armindo Saraiva Matias, "Supervisão Bancária Situação Actual e Perspetivas de Evolução", in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2003; *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, (coord. Eduardo Paz Ferreira, et al.), Coimbra, Almedina, 2012; Pedro Duarte Neves, "O RGICSF – passado, presente e futuro", in *II Congresso de Direito Bancário*, (coord. L. Miguel Pestana de Vasconcelos), Coimbra, Almedina, 2017; Rute Saraiva, *Direito dos Mercados Financeiros*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018; Jorge Braga de Macedo, Nuno Cassola, Samuel da Rocha Lopes, *Por onde vai a Banca em Portugal?*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020.

[66] Terminámos e fechamos este texto (em 2021) e a sua revisão (em 2023) apelando a mais desenvolvimentos e aprofundamentos doutrinários, pela atenção que o problema da proteção dos consumidores bancários merece, não só no particular contexto vivido nos anos de 2020 e 2021 (especialmente afetados por uma pandemia que marcou a sua relação com os bancos, que passou a ser, cada vez mais, "à distância"), mas também, depois de 2022 e 2023, em que vivemos uma realidade muitíssimo diferente (numa conjuntura muito peculiar de guerra e de interrupções nas cadeias de distribuição na Europa, bastando comparar as taxas de juro, inflação ou os problemas típicos – e as reclamações típicas – dos clientes, para ter noção de que vivemos num mundo muito diferente, marcado por acontecimentos muitíssimo atípicos e inesperados, num tão curto espaço de tempo).
Estas marcas temporais servem de impulso a que se mantenha vivo o tema da proteção do consumidor bancário e do papel dos supervisores nessa missão. Tudo isto promete e apela a mais estudo e desenvolvimento sobre estes temas e, mesmo a nós, interpela-nos a regressar ao problema e a este estudo, para também contribuirmos para melhor defender os mercados, os bancos e os consumidores bancários, usando o Direito bancário da melhor forma possível.

A COMISSÃO DO MERCADO DOS VALORES MOBILIÁRIOS E LINHAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Luís Guilherme Catarino*

Sumário: *No domínio da proteção dos consumidores de serviços financeiros (investidores), a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) insere-se numa aparelhagem burocrática específica denominada de* Fourth Branch *do Governo. É uma instituição pública independente do Executivo, com funções quasi-jurisdicionais, justificada e legitimada pela tutela e garantia de direitos fundamentais num sector técnico muito especializado e da proteção da respetiva ordem pública: os mercados de instrumentos financeiros. Considerado o mercado como um sector "sensível" – um sector onde existem interesses a proteger e cuja violação não permite (ou dificilmente permite) uma reparação judicial célere e efetiva ou um reequilíbrio no campo substancial – i) confere-se à CMVM um grande poder de vigilância e controlo da observância de ii) vasta lei setorial onde a informação e a proteção do consumidor são leitmotiv, iii) a arbitragem de interesses mediante* moral suasion *e iv) a resolução amigável de conflitos mediante instrumentos de* restaurative justice. *É do confluir destas linhas de defesa que aqui damos conta, e que findam muitas vezes num procedimento extrajudicial de reparação de danos atento a liberdades económicas e tutela dos mais fracos por* the poor's man court *(CMVM).*

1. Introdução

A História tem demonstrado que num sistema de economia livre nem sempre os mercados financeiros conseguem a melhor afetação dos recur-

* As opiniões expressas no presente texto são naturalmente pessoais e não podem ser imputadas à CMVM.

sos escassos (a mítica concorrência perfeita). A essencialidade dos mercados financeiros para o sistema económico (e para *servir* o interesse económico geral, artigos 80.º-81.º da Constituição da República Portuguesa, *CRP*) implica a intervenção pública para prevenir perigos e mitigar riscos para a economia, suprir as necessidades de produção de bens coletivos, tornar eficiente a afetação de recursos, promover uma sã concorrência, obviar aos fatores que geram informação assimétrica. A intervenção pública visa obviar às deficiências ou falhas de mercado (*market failures*), sejam elas "naturais" (caso dos monopólios naturais, de titularidade e/ou gestão pública ou privada), ou sejam "induzidas" (caso das posições dominantes de que se possa abusar), e obviando à incidência sobre terceiros de externalidades negativas.

A par de outras funções públicas como de *estabilização* (considerando o desemprego, a inflação e os desequilíbrios estruturais) e de *redistribuição* (visando a redistribuição e considerando os consumos obrigatórios), a função de *regulação* pretende garantir um *equilíbrio* num determinado mercado, uma sã *concorrência* de cujo funcionamento resulte a melhor afetação dos recursos escassos disponíveis (*eficiência*), traduzida no *preço* de um instrumento financeiro, obviando ao avantajamento de empresas sobre as concorrentes, sobre os consumidores ou sobre o próprio Estado.

O *sistema financeiro* é um bem jurídico com valor jurídico supra-individual (não é um bem jurídico fundamental), dotado de uma proteção ou tutela constitucional difusa por via dos seus valores conformadores (artigo 101.º *CRP*). O sistema financeiro engloba as instituições cuja função é intermediar recursos financeiros e abrange as operações de obtenção, de colocação e de financiamento de capital, sendo composto tradicionalmente por três setores e correspondentes ordenamentos jurídicos *setoriais*: dos mercados de capitais a par dos setores bancário e segurador.

A necessidade da regulação decorre também do reconhecimento de que o crescimento não regulado do poder económico pode influir sobre o exercício do poder político, sobretudo em fenómenos de concentração (artigo 80.º, a) CRP), sendo-lhe inerente a possibilidade de o Executivo intervir no âmbito das suas políticas económicas. O Governo mantém seu poder de *superintendência* sobre todo o sistema financeiro e para além de indicações gerais para execução das suas políticas económicas pode intervir diretamente na sua estrutura, no âmbito prudencial e comportamental, na organização institucional, e mesmo no seu funcionamento sempre que o imponham o progresso económico do País a sua estabilidade ou a afetação da riqueza (artigo 81.º, a) e f) CRP).

A importância do mercado de capitais também decorre do funcionamento à escala global e ininterrupto (*follow the sun*) nele circulando grande parte da massa monetária dos Estados, das poupanças dos investidores, da liquidez detida pelos bancos e que lhes foi confiada pelas famílias, empresas e instituições públicas (vg aquelas que têm como atribuição gerir o futuro coletivo, como a Segurança Social), e a dívida das empresas e dos Estados que aí acorrem para se financiar. Perante a necessidade de salvaguarda de superiores interesses coletivos e de um modelo jurídico-económico de mercado (a intervenção jurídica *reguladora* e *não dirigista* pressupõe um sistema liberal de economia de mercado), organizaram-se *sistemas de controlo público do risco* e *do perigo,* particularmente exigentes: *(i)* controlos *externos*, pois o acesso a operadores profissionais que intermediam operações financeiras é condicionado à obtenção de uma autorização pública cuja manutenção depende do cumprimento de obrigações de particular intensidade; *(ii)* controlos *internos*, pois a lei exige aos agentes profissionais uma organização e controlo interno que diminua o risco *individual* e do sistema (*sistémico*) e evite conflitos de interesses entre empresas e destas com os clientes[1].

Estes sistemas de controlo e garantia pública visam também *proteger os consumidores de instrumentos financeiros ou investidores* (artigo 81.º, i) *CRP*) que acedem aos mercados na compra, venda ou troca de instrumentos financeiros.

2. Ordenação e Controlo dos mercados financeiros: a sua ordem pública

Na consideração da ordem pública dos mercados são essenciais os princípios constitucionais económicos orientadores e enformadores do Estado português e dos objetivos políticos. Os primeiros encontram-se vertidos na Constituição e nos tratados constitutivos da União Europeia, sendo que no Título IV da Constituição dedicado ao "Sistema financeiro e fiscal" se estabelece que "o sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social", remetendo para a função política/legislativa a conformação e regulação (*equilíbrio*) dos interesses em presença.

[1] Acerca do tratamento do *risco* na atividade financeira, e aplicação da teoria do *risco* e do *perigo* nos atos administrativos autorizatórios dos reguladores financeiros, Luís Catarino, 2015, "Fit and Proper: o controlo administrativo da idoneidade no sistema financeiro" disponível online na *Revista de Concorrência & Regulação*, 23-24, Jul/Dez, pp. 29-102.

A intervenção do Executivo depende dos princípios fundamentais que regem a atividade administrativa (legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa fé, artigo 262.º *CRP*), e da necessária compatibilização com instituições jusfundamentais do circuito económico como o direito da propriedade (artigo 62.º, n.º 1 CRP), o direito da liberdade dos contratos e da privacidade (artigo 80.º, alínea c) CRP), ou o direito da efetivação judicial da responsabilidade pela sua violação (artigo 22.º CRP).

A União Europeia acrescenta-lhe, *inter alia*, a liberdade de comércio transfronteiriço, de circulação e estabelecimento e os princípios de reconhecimento mútuo, da igualdade e da não discriminação, definindo claramente um regime *liberal* de economia *social* de mercado.

> A ordem pública da União é caracterizada pela liberdade de empresa, de profissão, de estabelecimento, de sã concorrência e proibição de monopólios, de equidade na formação dos preços e de garantia dos mercados, *vg*. do mercado financeiro e da propriedade privada, e de proteção do consumidor/investidor. Embora seja discutível a afirmação de que as normas sectoriais de carácter administrativo que regulam o sector não fundamentam direitos subjetivos dos usuários, os consumidores vêm protegida a sua posição da Constituição à Carta de Direitos Fundamentais da Europa (art. 38.º)[2].

No âmbito legislativo nacional, a *ordem pública dos mercados financeiros* pode ser considerada como o conjunto de instituições, normas e imperativos fundamentais destinados a garantir e defender o normal funcionamento dos mercados e a segurança e a justiça das relações aí constituídas segundo os princípios fundamentais da *transparência* (essencial à proteção dos consumidores/investidores e de uma "eficiência informativa" traduzida nos *preços*, vg nas *cotações*), da *estabilidade* (objetivo macroeconómico de equilíbrio que engloba a regularidade do funcionamento do mercado), da *segurança* (pela minimização do risco inerente ao sistema) e da *eficiência* (melhor alocação dos capitais). A proteção do consumidor decorre também de um *bom funcionamento* do mercado (artigos 309.º, 315.º, 318.º, 361.º, 377.º-A, 379.º Código dos Valores Mobiliários, CodVM[3]).

[2] Como bem refere Ortiz, a liberdade económica é, como a liberdade política (de consciência, de expressão...), uma parte da liberdade total, sendo o respeito pela ordenação legal e o cumprimento, *vg*. por um sistema judicial eficiente, *conditio sine qua non* da eficiência de um regime político (1995: 22).

[3] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro (CodVM). Doravante as citações de artigos referem-se-lhe salvo indicação contrária.

Na moderna ordem pública dos mercados de capitais assistimos à *neutralização* da intervenção política empresarial e dirigista, à redução do sector público e dos respetivos custos, ao abandono de sectores económicos básicos e da técnica do serviço público (em prol de formas privadas de prossecução dos "serviços de interesse económico geral" ou SIEG), à privatização de serviços e produção de bens coletivos e da gestão pública; enfim, à alteração do paradigma de intervenção do Estado na economia[4]. Mas o acréscimo de liberdade no mercado financeiro permitiu sucessivas *market failures* com efeitos globais e sistémicos, demandando-se sempre por novas armaduras legais e institucionais numa crescente atuação administrativa de controlo e sanção.

O sistema institucional de controlo e garantia caracteriza-se em Portugal pela pluralidade de reguladores financeiros sectoriais, públicos e privados[5], distintos em função das atribuições fundamentais – *prudencial* no caso do Banco de Portugal enquanto regulador do mercado bancário, e *comportamental* no caso da CMVM enquanto regulador do mercado de instrumentos financeiros. No domínio da ação administrativa a *proteção dos consumidores* é atribuição de todos os reguladores financeiros setoriais sob o comando da Constituição (cfr. os seus artigos 60.º, 81.º, f) e i), 99.º, e), 101.º).

A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) enquadra-se nestes meios institucionais, caraterizando-se por ser uma administração de âmbito *setorial*, *neutral* e *independente*, que cria especiais relações jurídicas e económicas não só da administração com os particulares sujeitos a supervisão, mas relações "trilaterais" ao implicar a relação entre os consumidores em prol de quem os atos públicos de controlo e de ordenação são praticados[6]. No sistema financeiro foram criadas várias autoridades administrativas de regulação e controlo independentes, especializadas em setores específicos (banca, seguros, instrumentos financeiros), sendo certo que a progressiva indiferenciação entre produtos financeiros, a interligação de atividades financeiras, a prossecução de idênticas finalidades – i.a. a proteção dos consumidores/investidores dos diferentes

[4] Acerca do movimento denominado de *Consenso de Washington*, Sitglitz, 2003: 95 ss.

[5] Para uma análise deste fenómeno de transferência de poderes públicos para entidades privadas, o estudo de Pedro Gonçalves, 2005, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra.

[6] Acerca das relações "poligonais" no âmbito do ambiente, mas perfeitamente transplantável para este mercado, Gomes Canotilho, 1993: 1-71.

serviços ou a luta ao branqueamento de capitais – têm levado a uma contínua integração dos mercados setoriais.

A atenuação da tradicional distinção entre sectores, produtos e atividades tende à integração num sistema *monista* do correspondente controlo público (*integrated supervision*)[7] e também no âmbito da ordenação pública em muitos Estados se fundem as autoridades de regulação dos setores do sistema financeiro afastando o *institutional approach*.

3. Tipos de investidores nos mercados de instrumentos financeiros

A crise financeira global iniciada em 2007/8 demonstrou os limites das estratégias regulatórias que assentavam no paradigma norte-americano de total transparência da informação ou de *full disclosure* (evitar o avantajamento por uso de informação privilegiada não divulgada) e consequente assunção pelos consumidores da responsabilidade (*caveat emptor approach*). A assimetria da informação (*vg* entre investidores institucionais e não institucionais) e a disciplina regulatória (governamental ou administrativa independente) não preveniram as crises do século XXI no sistema financeiros e seu impacto sistémico, levando a que o paradigma se alterasse. Convocaram-se todos os reguladores setoriais para a matéria do risco prudencial e macroprudencial e para a defesa do consumidor. O protecionismo deu lugar à assunção de responsabilidade individual, mas promovendo a educação e formação ("literacia") financeira. Assumindo que excesso de informação é um meio de *desinformação* determinou novos deveres jurídicos de *disclosure* da informação necessária, de forma padronizada, sucinta e objetiva (sem prejuízo da consulta de informação mais complexa). Novos deveres que também decorrem da orientação política de convocar os consumidores para investirem na nova União do Mercado de Capitais (UMC ou *CMU* do inglês *Capital Markets Union*)[8].

A proteção do investidor é uma atribuição fundamental da CMVM, que distingue entre os investidores *profissionais,* institucionais ou *qualificados* e *contrapartes elegíveis*, e os *não institucionais, não qualificados* ou *não profissionais* – *ordinary* vs *outsiders*, no jargão anglo-saxónico (artigos 30.º e 358.º, a) CodVM e artigo 4.º, n.º 2, a) Estatutos).

[7] Acerca do fenómeno desta crescente integração comunitária Calvão da Silva, 2000: 15 ss.

[8] Uma visão sobre a *ongoing* construção da União dos Mercados de Capitais, Catarino, 2021: 659.

Investidores profissionais são, *inter alia*, instituições de crédito, empresas de investimento, empresas de seguros, instituições de investimento coletivo, unidades económicas que têm competência, experiência e conhecimento para tomar as suas decisões e realizar os seus investimentos avaliando por si os riscos, e por isso menos carentes da proteção das *autoridades de garantia e controlo*. Os demais investidores são, por exclusão, investidores não profissionais ou de retalho e gozam de maior proteção legal (artigos 30.º-34.º e 317.º). A natureza do investidor pode variar a pedido, verificados requisitos legais muito específicos (artigos 317.º a 317.º-D) e existindo um dever jurídico de os intermediários financeiros categorizarem previamente os seus clientes.

Existe a possibilidade de o intermediário financeiro, por sua iniciativa ou a pedido, tratar *(i)* o investidor profissional como não profissional mediante acordo escrito entre ambos e delimitando o seu objeto (artigo 317.º-A), e *(ii)* o não profissional como profissional (artigo 317.º-B). Neste último caso, dada a menor proteção que acarreta a alteração, são maiores as exigências de avaliação prévia dos conhecimentos e da experiência do cliente e da exposição ao risco, existindo requisitos legais cumulativos a cumprir relativos à dimensão e experiência dos investidores e ao efetivo conhecimento pelo cliente da alteração da natureza e das suas implicações (cfr. artigo 317.º-B, n.ºs 2 e 5, 317.º-C).

Esta distinção entre investidores tem como base longínqua os *Standards and Rules for Harmonizing Core Conduct of Business Rules for Investor Protection* de Fevereiro de 2001 da FESCO, bem como a Diretiva dos Serviços de Investimento 93/22/CEE (DSI) e Comunicação da Comissão Europeia COM 2000, 722 Final, de 14 de Novembro de 2000 e tem sido prosseguida pelas subsequentes Diretivas como a DMIF[9] e a DMIF II[10].

Teremos mais uma distinção no domínio do denominado *crowdfunding* ou financiamento colaborativo objeto de regulação pela União Europeia[11] que

[9] Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, art. 4.º, n.º 1, (1) e (12) e Diretiva 2006/73/CE da Comissão, de 10 de agosto de 2004, *vd* Considerandos (5) e (44).

[10] Diretiva n.º 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros.

[11] Cfr. artigo 2.º, n.º 1, alíneas j) e k) do Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de outubro 2020, relativo aos prestadores europeus de serviços de financiamento colaborativo às entidades, e que altera o Regulamento (UE) 2017/1129 e a Diretiva (UE) 2019/1937 (europa.eu), não se aplicando no domínio do crédito ao consumo na aceção da Diretiva 2008/48/CE, artigo 3.º, alínea a).

distingue entre "investidor sofisticado" e "investidor não sofisticado", sendo investidor sofisticado a pessoa singular ou coletiva "que é um cliente profissional nos termos do anexo II, secção I, ponto 1, 2, 3 ou 4 da Diretiva 2014/65/EU (DMIF II), ou uma pessoa singular ou coletiva que foi aprovada pelo prestador de serviços de financiamento colaborativo para ser tratado como um investidor sofisticado em conformidade com os critérios e o procedimento estabelecidos no anexo II do regulamento"[12]. Baseada embora na metodologia adotada pela DMIF II e em matéria como a prévia verificação da adequação dos investimentos na plataforma, esta nova regulação tem critérios próprios que obrigarão, nas futuras normas técnicas de regulamentação da EBA e da ESMA, à concatenação com a classificação financeira tradicional *vg* quando o serviço seja prestados por empresas de investimento.

A diferença tem repercussão no regime jurídico e na *informação a prestar* ao cliente pelo intermediário financeiro (artigo 312.º, n.º 2) sobre o *serviço* de investimento, o *instrumento financeiro* e o *mercado* onde o negócio será executado, que dará informação *própria* (*vg* sobre comissões e preçário) e informação sobre a liquidez e solvabilidade das empresas objeto de uma decisão de investimento ou desinvestimento, informando sobre a adequação dos investimento ao *perfil daquele* investidor – *cfr*. artigos 312.º, 314.º e 314.º-D. Os intermediários financeiros devem conhecer *a natureza do* cliente (tradicional princípio de *know your customer)* de acordo com uma política interna prévia e um *fitness test* que são alguns dos elementos que permitem uma prévia categorização baseada na verificação da sua *expertise* e conhecimentos. Conhecendo o *perfil* do seu cliente *vg* perante as ordens, serviços ou negócios que solicita ou lhe recomenda, deve verificar a sua *adequação* às caraterísticas do cliente, prevenir *conflitos de interesses* entre o investidor e o profissional mandato para executar as suas ordens e *fazer prevalecer o interesse do cliente* dada a relação fiduciária constituída (artigos 312.º-317.º-I C) – *infra*.

[12] Segundo o Anexo II, "um investidor sofisticado é um investidor que tem consciência dos riscos associados ao investimento em mercados de capitais e que possui os recursos adequados para assumir esses riscos sem se expor a consequências financeiras excessivas. Os investidores sofisticados podem ser classificados como tal caso cumpram os critérios de identificação definidos na presente secção e o procedimento definido na secção II", procedendo no ponto 1.1) à descrição de pessoas coletivas que não são consideradas sofisticadas, e permitindo a qualificação de sofisticado a pedido.

4. A CMVM como linha institucional de defesa dos investidores

As linhas de defesa do investidor residem na estrutura institucional de regulação e numa (vasta) panóplia de competências típicas de autoridades administrativas de controlo e garantia de proteção do investidor – a *administração pública reguladora nacional* – que tem à cabeça o Governo com os seus poderes de decisão política e de *superintendência* sobre o sistema financeiro[13] (dentro do quadro e limites da União Europeia) e de *coordenação* da atividade dos agentes de mercado com a sua política económica e social[14]. Compete-lhe a definição da *política* (*politics*) relativa aos mercados de instrumentos financeiros (artigo 352.º).

> Existem outras entidades de controlo e de garantia dos consumidores no sistema financeiro de que salientamos, no âmbito do mercado bancário e revestindo a natureza de autoridade administrativa independente, o Banco de Portugal (BdP), pessoa coletiva de direito público dotada de independência e de autonomia (administrativa e financeira e património próprio[15]), regido por um estatuto legal híbrido: *i)* público e privado (resquício da sua nacionalização em 1974, *vd* art. 64.º da sua Lei Orgânica), *ii)* nacional e internacional (parte da sua atividade é regulada pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE – e legislação derivada, quando respeita ao exercício de funções junto do Sistema Europeu de Bancos Centrais, art. 108.º do TFUE). Junto do BdP funcionam outros entes públicos como o Fundo de Garantia de Depósitos[16], o Fundo de Resolução[17] e o Mediador de Crédito[18].

[13] Cfr. os artigos 22.º a 24.º da Lei Orgânica do Ministério das Finanças aprovada pelo Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro.

[14] Cfr. o artigo 91.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de dezembro (RGIC).

[15] Decreto-Lei n.º 337/90, de 30 de outubro (cfr. versão original da Lei n.º 3/2004, de 15 janeiro, artigo 48.º).

[16] O Fundo está previsto no Título IX, artigos 154.º-173.º do RGIC, qualificado como uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira, e tem por objeto garantir os depositantes das instituições de crédito até 100.000 Euros – "entende-se por depósito os saldos credores que, nas condições legais e contratuais aplicáveis, devam ser restituídos pela instituição de crédito e consistam em disponibilidades monetárias existentes numa conta ou que resultem de situações transitórias decorrentes de operações bancárias normais".

[17] Tem previsão legal no Título VIII-A do RGIC, artigos 153.º-B a 153.º-U, sendo uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.

[18] O Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de junho, criou o Mediador de Crédito junto do Banco de Portugal, com importantes funções de informação ao mercado e de formação financeira,

No âmbito da atividade de regulação e supervisão dos seguros e de resseguros e fundos de pensões a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) é uma pessoa coletiva de direito público com natureza de entidade administrativa independente, com autonomia administrativa, financeira e de gestão e património próprio[19].

A coordenação da supervisão em matérias que compitam a mais do que um supervisor do sistema financeiro constitui uma atribuição que na área financeira parece ter sido objeto de devolução a favor de uma entidade administrativa dotada de personalidade e capacidade jurídica denominada de Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF[20]).

Na constelação regulatória-financeira atual Portugal não adotou um sistema de regulação financeira de regulador único apesar de tal ter estado em consulta pública em 2009[21] (*single supervisor*[22]), mantendo uma pluralidade de reguladores usualmente separados por duas grandes áreas de supervisão financeira, a comportamental e a prudencial (*conduct* e *prudential supervision*) com uma cooperação reforçada (modelo *Twin Peaks* ou de *sectorial supervisors*). No "modelo *Twin Peaks*", típico de países como Portugal, Espanha, França, Itália, Grécia, Holanda, Chipre, França temos as entidades reguladoras divididas entre o banco central, que tem um forte peso na regulação e supervisão *prudencial* (estabilidade, resiliência e prevenção do risco sistémico, i.e. de todo o sistema financeiro) e pouca interferência na atividade das empresas de seguros, enquanto outra autoridade reguladora toma a seu cargo, *inter alia,* a proteção do consumidor/investidor através da supervisão das condutas, deveres de informação ou de cooperação entre os agentes de mercado, designada de supervisão *comportamental* (*market conduct*).

vg em matéria de concessão de crédito, e de coordenação da atividade de mediação entre clientes bancários e instituições de crédito.

[19] Cfr artigos 6.º e 7.º do seu Estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro (Estatuto).

[20] Esta entidade visa incrementar a cooperação administrativa no sistema financeiro, com a consulta e troca de informação relevante, coordenação de atividades, prevenção de conflitos de competências ou lacunas de regulação ou múltipla utilização de recursos próprios, Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro.

[21] O Ministério das Finanças e da Administração Pública colocou em consulta pública em Outubro de 2009 uma proposta de reforma da supervisão financeira nacional que, tal como sucederia em 2019, não teve consequências jurídicas – disponível *in* CMVM – Consulta Pública do Ministério das Finanças sobre Proposta de Reforma da Supervisão Financeira em Portugal.

[22] O modelo monista típico dos países do norte da Europa foi igualmente seguido pelo Reino Unido com a Financial Services Authority (FSA) que em 2012 daria lugar à Financial Conduct Authority a par da Prudential Regulatory Authority – VEIL, 2022: 50.

Este é ainda, em tese, o modelo adotado em Portugal e na União Europeia embora o panorama atual seja um pouco mais confuso, dado que nos últimos anos foram cometidas competências de supervisão *comportamental* reforçada ao Banco de Portugal e transferidas para a CMVM competências de supervisão *prudencial*.

A CMVM[23] é uma pessoa coletiva de direito público, independente, dotada de autonomia administrativa e financeira e património próprio, que regula os mercados de instrumentos financeiros, junto de quem funciona um Sistema de Indemnização aos Investidores[24]. Integra o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF – *infra*) perante o qual funciona como autoridade nacional competente para o respetivo sector (ANC) sendo regida pelo vasto "direito da União Europeia" (*cfr.* artigos 1.º, n.º 3 e 2.º, alíneas a), d) e e) dos seus Estatutos). Para além dos vínculos legais encontra-se obrigada a estabelecer formas pactuadas de cooperação e de associação administrativa com outras entidades nacionais e internacionais (artigos 2.º e 4.º dos Estatutos).

Na sequência do estudo e das Linhas Gerais da Proposta desenvolvida pelo Grupo de Trabalho nomeado pelo Despacho n.º 1041-B/2017 do então Ministro das Finanças, Mário Centeno – "Reforma do Modelo de Supervisão Financeira" –, foi apresentada à Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 190/XIII onde se pugnava, *inter alia*, pela constituição de um Conselho de Supervisão e Estabilidade Financeira e o Conselho Superior de Política Financeira, a par de alterações materiais às competências legalmente cominadas aos reguladores financeiros setoriais *vg* no domínio dos poderes e definição de uma autoridade de resolução bancária, e do tratamento de conflitos patrimoniais dos consumidores das diversas áreas financeiras[25]. A Proposta de Lei viria a caducar com o fim da legislatura, não tendo o Governo apresentado nova proposta.

[23] Anteriormente englobado no Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991, e posteriormente no Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de novembro, o Estatuto legal foi aprovado pelo DL n.º 5/2015, de 8 de janeiro.

[24] O SII é pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira regulado pelo Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de Junho, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 97/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Março, garantindo a cobertura dos créditos de que seja sujeito passivo uma entidade participante em consequência de incapacidade financeira para, de acordo com as condições legais e contratuais aplicáveis, reembolsar ou restituir aos investidores os fundos que lhes sejam devidos ou lhes pertençam, ou em caso de revogação de autorização pelo BdP, até 25.000 Euros.

[25] Na sequência do Despacho 1041-B/2017, de 26 de janeiro de 2017 – Despacho 1041-B/2017, 2017-01-26 – DRE –, e das propostas apresentadas pelo Grupo de Trabalho, o Governo

4.1. Atribuições e competências na defesa do consumidor

A CMVM pertence à denominada administração independente (artigo 267.º, n.º 3 CRP), criação que pretendeu possibilitar uma atuação administrativa fora do círculo da subordinação ou confiança política do Poder Executivo, do Poder Político, do circuito eleitoral e do poder das instituições representativas da partidocracia. Criadas para a proteção de direitos, liberdades e garantias fundamentais, estas entidades estenderam-se a algumas atividades ou serviços que desempenham um importante relevo público e social e económico, tendo como uma das finalidades fundamentais neutralizar politicamente atividades antes integradas no Poder Executivo e suas Direções-Gerais (da Energia, da Concorrência, da Saúde, das Telecomunicações, dos Seguros), ou em institutos públicos de regime geral[26].

Após anos de omissão legislativa a Assembleia da República criou um regime geral para a administração independente reguladora dos setores económicos (a denominada Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, LQER)[27], a cujo regime jurídico a Lei aproximou recentemente os pressupostos legais de nomeação do Governador e administradores do Banco de Portugal[28]. Firmou como orientação política para o Executivo que, a par da inexistência de poderes de direção ou de tutela administrativa e financeira na gestão destas pessoas coletivas, o Executivo deve conferir aos reguladores os meios necessários

apresentou à Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 190/XIII/4, que "Cria e regula o funcionamento do Sistema Nacional de Supervisão Financeira" – Detalhe Iniciativa (parlamento.pt).

[26] Sobre esta questão e consequente constitucionalidade de *poderes neutrais*, *poderes independentes*, *administração semi-independente*, *fourth branch*, *autoridade quasi-judiciais*, existe vasta bibliografia (alguma já citada a propósito do fenómeno em França, RU, EUA, ou Espanha, outras a citar em questões concretas) mas não queremos deixar de indicar Moreira e Maçãs, 2003: 48. Cardoso, 2002: 412; Calvão da Silva, 2008: 191; Herrero, 2000: 53; Manetti, 1994: 216; Passaro, 1996: 245. Teitgen-Colly, 1990: 153-26; *idem*, 1990a): 55.

[27] Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, artigos 3.º e 17.º (LQER).

[28] Na sequência do Projeto de Lei (PL) n.º 365/XIV/1.ª do PAN, visando a alteração do artigo 27.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, o procedimento iniciado seria discutido com o PL 423/XIV da Iniciativa Liberal relativo à LOBP e com os PL n.ºs 394/XIV CDS-PP e 433/XIV PEV, relativos ao regime de nomeação e destituição dos membros do conselho de administração das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica – cfr. https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=44819

(técnicos, humanos e financeiros) para que a regulação económica setorial seja real, efetiva e independente dos Poderes Executivo e Político e dos regulados – a independência é orgânica, funcional, financeira e técnica[29].

Esta orientação vem igualmente da União Europeia e a especial natureza destas autoridades administrativas traduz uma desconcentração administrativa máxima (devolução), visa uma "governação" pública por setores da vida social e económica de forma *apolítica* e *não burocrática* (o denominado "governo de sábios" ou de tecnocratas), com um poder de regulação e de arbitragem de interesses públicos e privados firmado mais na *Auctoritas* do que na *Potestas*. Por isso se baseiam na existência de um corpo administrativo muito especializado (*vg* porque selecionado com base em *critérios transparentes* de *meritocracia* por *elevada experiência profissional e académica* na área a regular), atuando, como no meio judiciário, de forma *independente* e não meramente autónoma, *imparcial* e *reservada* obedecendo à lei na proteção e defesa dos direitos dos consumidores ou investidores e no interesse de um mercado.

A especial natureza de independência e de neutralidade[30] tem sido mal compreendida ou aceite e existem alguns episódios de alegada interferência do Poder Executivo na independência, como sucedeu em 1995 com a demissão em bloco do Conselho Diretivo da CMVM face à atuação do então Ministro das Finanças, Eduardo Catroga[31]. Paradigmática foi também a alegada retirada de um projeto de decreto-lei elaborado pelo então Ministro da Economia, Carlos Tavares, que pretenderia ter a última palavra na regulação independente do setor elétrico – retirada em Conselho de Ministros após ameaça de veto político pelo então Presidente da República Jorge Sampaio que demonstrou publicamente a naturalidade da ascensão da "desgovernamentalização do modelo regulatório" e a proteção destas autoridades "enquanto referencial de independência"[32].

[29] Acerca das exigências legais da União Europeia relativas à independência das entidades reguladoras administrativos no domínio financeiros, o *Report on the Independence of Nacional Competent Authorities*, de 18 de outubro de 2021 ESMA 42-110-3265, esma42-110-3265_report_on_ncas_independence.pdf (europa.eu)

[30] Para uma diferenciação da independência, neutralidade e imparcialidade, Catarino, 2009: 308.

[31] Demissão da direção da CMVM – RTP Arquivos.

[32] Após pedido de audiência do então presidente da ERSE, Professor Doutor Eng. Vasconcelos, o diploma seria retirado da reunião de Conselho de Ministros – Jornal de Negócios, de 9 de novembro de 2005.

A ação administrativa destas entidades é independente mas não isenta de *accountability* perante a Assembleia da República (AR) e o Governo, a exercer *ex ante* (na criação legislativa, ou na nomeação dos titulares pelo Governo) ou *a posteriori* (Relatório anual ao Governo e à AR e publicitação no *website*, possibilidade de dissolução, de destituição de titulares em circunstâncias especiais, prestação de esclarecimentos à AR, e cumprir orientações *políticas* do Governo para o mercado sujeitando-se a intervenções de urgência[33]), e *accountability* concentrada (tribunais) ou difusa (*media* e opinião social)[34].

Nas suas *atribuições* de regulação dos mercados de instrumentos financeiros, sua supervisão e promoção, e colaboração com o Governo e o Ministro das Finanças para a definição das políticas do sector (artigo 352.º), caracteriza-se por uma *atuação por finalidades* constitucionalmente delimitada *vg* para a defesa dos "interesses e direitos dos consumidores" (particularmente dos *outsiders*), quer tomem decisões de investimento por si ou através de peritos que gerem e selecionam investimento (investimento institucional e coletivo). Visa: *i)* o eficiente e regular funcionamento do mercado; *ii)* o controlo e garantia sobre a informação, *quantidade* e *qualidade*, *pública* ou a *publicitar*, de forma a garantir uma equilibrada concorrência e igualdade dos agentes; *iii)* a prevenção do risco; *iv)* a prevenção e repressão de atuações contrárias à lei ou regulamento enquanto "práticas lesivas do interesse geral"; *v)* a promoção dos mercados (artigos 81.º CRP)[35].

A circunstância de ter nascido com a criação das congéneres europeias e sob o figurino anglo-americano das *independent regulatory agencies* conferiu-lhe uma especial aparelhagem e arsenal de poderes públicos e faculdades (*tool box*), que seriam modelo para as demais autoridades reguladoras setoriais nacionais – pese embora o "pecado original" da falta de legitimidade democrática e da cumulação de poderes paralegislativo, administrativo e parajudicial[36].

[33] Cfr. arts. 10.º, 18.º, 40.º Estatutos, arts. 17.º, 20.º, 49.º LQER; arts. 352.º CodVM.

[34] Cfr. art. 22.º CRP arts. 39.º, n.ºs 1 e 2 Estatutos, 5.º, n.º 3, b) e d) e 46.º, n.ºs 1 e 2 LQER, e Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. Sobre os diversos formas e estádios de *accountability* de reguladores independentes, Catarino, 2014, "Governar com a Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?",* disponível *online* in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano V, n.º 17, Jan/Mar.

[35] Artigos 4.º e 5.º do Estatuto; 40.º LQERI; 7.º, 353.º, 358.º CodVM.

[36] Sobre estas questões e decisões do TEDH e TJUE, Catarino, 2009: 82, 308 e 361.

À semelhança de outras entidades administrativas reguladoras, pode aprovar atos normativos – dentro dos princípios da legalidade, proporcionalidade, consulta pública e publicidade [37]–, aprovar recomendações e pareceres genéricos[38], prestar esclarecimentos e assessoria do Governo na elaboração da legislação do respetivo sector. Cumpre-lhe tomar decisões individuais, concretas e vinculativas, como as licenças, autorizações, aprovações, registos, suspensões, isenções, revogações, incluindo a emissão de ordens ou injunções vinculativas para os destinatários no âmbito da fiscalização do cumprimento da lei e dos regulamentos administrativos[39]. A fiscalização ou supervisão é possível através de inspeções e inquéritos administrativos, com apoio ou conjuntamente com outras autoridades, procedendo a pedidos verbais ou escritos, de resposta a formulários, à audição de pessoas, com poder de entrada em estabelecimentos e de proceder a exame, busca, vistoria, cópia e apreensão de documentos ou outras medidas necessárias à aquisição e conservação da prova nos casos de prática de ilícitos contra o mercado[40]. Em processo de contraordenação investiga, acusa e aplica medidas cautelares, coimas e sanções acessórias, e pode determinar a abertura de *processo de averiguações preliminares* (investigação) relativas a crimes contra o mercado e determinar o seu encerramento[41].

No modelo de regulação em rede regional (UE), de integração *host*/*home* e reconhecimento mútuo, a supervisão implica o poder-dever de cooperar e trocar informação, interna e internacional, sujeita a sigilo derrogável, funcionalizada, que seja concreta, necessária, lícita, não judicial, eventualmente coordenada e sob o Direito da União Europeia, originário ou derivado, no Sistema Europeu de Supervisão Financeira[42].

[37] Acerca desta competência e do procedimento de consulta pública prévia, artigos 6.º, n.ºs 2-4 Estatutos; 40.º, n.º 2, a) e 41.ºLQ; 369.º CodVM; 96.º ss e 135.º-147.º CPA.

[38] Englobam os poderes consultivos e de recomendação, traduzidos na emissão de pareceres, recomendações genéricas e concretas (artigos 12.º, s), 15.º, n.º 3 a) Estatutos; 40.º, n.º 2, b) LQ; 360.º, n.º 1, f) 361.º, n.º 2, 370.º CodVM; e 136.º, n.º 4 CPA).

[39] Artigos 40.º, n.º 1, g) e h) e 3 LQ; 6.º, n.º 5, c), 12.º e 13.º Estatutos; 358.º, 360.º, 361.º, n.º 1, f), 399.º CodVM; 10.º-12.º e 148.º-174.º CPA.

[40] Artigos 4.º, n.º 5, 37.º Estatutos; 42.º (vd n.ºs 2 e 3) LQ; 360.º, 364.º CodVM.

[41] Artigos 6.º, n.º 5 e 12.º, u) Estatutos; 43.º LQ; 361.º, n.º 1, e), 364.º, 383.º a 386.º, 407.º, 412.º CodVM; Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que aprovou o Regime de Mera Ordenação Social.

[42] Artigos 1.º, n.º 3, 2.º als a), d) e e), 4.º, n.º 3 Estatuto; 11.º LQ; 353.º, n.º 2, 353.º, n.º 2, e 355.º-6.º, 373.º, 377.º CodVM; 18.º CPA; o Regulamentos da União Europeia n.ºs 1092 a 1096/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2010. Acerca do *segredo* e *acesso à informação*, Catarino, 2019 a).

> Promove uma "justiça de proximidade" disponibilizando meios para a resolução de conflitos ou litígios patrimoniais entre particulares numa base voluntária[43].

Tal como o Direito do Trabalho se rege por um princípio de proteção do trabalhador como parte contratual mais vulnerável, o CodVM rege-se pelo princípio de proteção dos investidores com particular enfâse nos *não profissionais* ou "de retalho". A par da vasta legislação criada para sua proteção, foram criados meios institucionais de proteção pública como o registo de associações de investidores com direito de obtenção de informação e de serem consultadas e participar no Conselho Consultivo da CMVM[44], acesso público aos reguladores setoriais para pedir informação, formular queixas e reclamar, ou obter mediação pública para resolução de pequenos conflitos patrimoniais e ações judicias coletivas (*class actions* – infra).

Estes meios fundam-se numa particular visão de que existe na realidade uma assimetria na informação disponível e nos conhecimentos e *expertise* entre investidores não profissionais e os investidores profissionais e por esse motivo só os primeiros têm legitimidade para iniciar tais procedimentos (*infra*).

4.2. A CMVM como autoridade nacional do Sistema Europeu de Supervisão Financeira

A regulação jurídica dos sistemas financeiros tem sido uma das áreas com maior crescimento no Direito da União Europeia incluindo a criação de um novo "instrumento de harmonização" comunitária (art. 114.º TFUE): as autoridades (agências) europeias de supervisão (AES ou *ESA*s, do inglês). Num caminho claramente centralizador aproveitou-se como janela de oportunidade a crise financeira de 2007/8 que alertou para a necessidade de colmatar de imediato algumas falhas de mercado regulando (e se necessário proibindo) inovações financeiras com risco sistémico e a atividade de notação de risco. A janela de oportunidade abrir-se-ia para recriar os mercados de capitais através de uma União dos Mercados de Capitais (UMC ou *CMU* do inglês *Capital Markets Union*).

[43] Artigos 6.º, n.ºs 6-9 Estatutos; 40.º, n.º 4, 47.º LQER; 33.º CodVM.

[44] Decreto-Lei n.º 294/2003, de 21 de novembro.

A estrutura institucional entrada em vigor em 1 de janeiro de 2011 e imputada às recomendações do Relatório de Larosière[45], sofreu em 2017 uma revisão tendente a aprofundar o movimento de "financiarização" da economia, alterando-se a *governance* das autoridades administrativas europeias no sentido de uma maior independência e *potestas* frente aos Estados-membros e às suas autoridades administrativas nacionais setoriais[46]. Este movimento está hodiernamente a alterar as relações entre a administração pública nacional e a crescente administração pública da União, traduzindo-se na criação de um sistema administrativo multinível independente e gradualmente afastado dos Executivos dos Estados-membros (e por vezes das suas políticas próprias)[47]. Esta rede implica uma especial conexão entre diferentes níveis da administração nacional com atribuições e competências de supervisão financeira descentralizadas, e diferentes níveis da administração europeia, independentes também da Comissão Europeia (SESF).

Ao pluralismo normativo[48] acresce um pluralismo institucional que se traduz numa rede europeia de supervisão "em linha" (*networking* semelhante à existente nos diversos Estados-membros[49]) em que novas "Autoridades" administrativas internacionais substituem um anterior sistema institucional nacional baseado na *cooperação* e *concertação* administrativa com Comités intergovernamentais setoriais assistindo a Comissão Europeia, em que novas "autoridades" administrativas europeias dotadas de autonomia administrativa e financeira tendem a substituir o anterior sistema institucional internacional baseado na *cooperação* entre as autoridades nacionais e

[45] O Relatório do *High Level Group on Financial Supervision in the EU* presidido por Jacques de Larosière, de 25 de fevereiro de 2009, não surge isolado sendo sequência do mandato do ECOFIN de 2006 ao *Financial Services Committee* e *Economic and Financial Committee* tendo em vista rever o processo regulatório existente e visando-se um aprofundamento da liberalização e eficiência do mercado, o fim da estrutura multinível de decisão, o predomínio da Comissão sobre os Estados-membros – cfr. da Comissão Europeia, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies, e o Impact Assessment in* {COM(2008) 704}{SEC(2008) 2745} e "ECOFIN Roadmap". O Relatório pugnava pela criação de um Sistema Europeu de Supervisão, e encontra-se disponível em https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf.

[46] Acerca das exigências legais da União Europeia relativas à independência do reguladores no domínio financeiros, o recente *Report on the Independence of Nacional Competent Authorities*, de 18 de outubro de 2021 ESMA 42-110-3265, esma42-110-3265_report_on_ncas_independence.pdf (europa.eu).

[47] Buttiegeg, 2015: 422.

[48] Chamon, 2012: 62.

[49] Rhodes, 1997: 7; Moreno, 2014: 69.

na *concertação* administrativa em Comités intergovernamentais especializados em razão do setor económico[50].

O SESF é composto pelo Comité Europeu do Risco Sistémico[51] *(European Systemic Risk Board, ESRB* ou CERS) ganhou grande protagonismo na sequência da Grande Recessão iniciada em 2008 devido a algum alheamento ao risco sistémico por parte das Autoridades Nacionais Competentes dos mercados de capitais (ANC)[52], sendo que a estabilidade financeira e a prevenção do risco sistémico passaram a constituir uma atribuição de todas as autoridades nacionais de supervisão, com quem coopera[53]. O Banco Central Europeu (BCE) tem atribuições específicas num Comité que tem uma importante função de análise de informação relevante, *vg* de riscos sistémicos, de troca de informação e cooperação, de recomendação e de alerta, estando em coordenação com fóruns mundiais como o Fundo Monetário Internacional ou o Conselho de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board*), sendo presidido pelo Presidente do BCE[54]. A rede é composta a nível micro-prudencial por (i) uma Autoridade Bancária Europeia *(*ABE ou *European Banking Authority, EBA*), (ii) uma Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (AESPCR ou *European Insurance and Occupational Pensions Authority*, *EIOPA*), (iii) uma Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (AEVMM ou *European Securities and Markets Authority*, de ora em diante Autoridade ou *ESMA*[55]), (*iv)* um Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão para coordenação e cooperação intersectorial (Comité Conjunto ou *Joint Committee of the European Supervisory Authorities* onde têm assento as novas autoridades e que também tem competência para dirimir diferendos intersectoriais entre ANC[56]), e

[50] Acerca do procedimento comitológico e seus problemas, BIGNAMI, 1999: 451.

[51] Regulamento UE n.º 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativo à supervisão macroprudencial do sistema financeiro na União Europeia e que cria o Comité Europeu do Risco Sistémico.

[52] Especificamente acerca do CERS/ESRB, FERRAN, 2011: 3ss.

[53] Cfr. artigo 15.º do Regulamento (UE) n.º 1092/2010 *cit.*

[54] Regulamento (UE) n.º 1096/2010, do Conselho, de 17Nov2010, que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que se refere ao funcionamento do Comité Europeu do Risco Sistémico.

[55] Criadas pelos Regulamentos (UE) n.ºs 1093/2010 a 1096/2010, do Conselho, de 17Nov2010.

[56] Sendo um órgão sectorialmente misto coordenará e representará as diversas agências criadas pela União (ESMA, EBA e EIOPA), tendo em vista a adoção de posições comuns e troca de informação e coordenação, *vg* em matéria de conglomerado, auditoria, contabilidade e matérias de regulação horizontal (produtos financeiros de retalho, combate ao

(*v)* pelas Autoridades Nacionais de supervisão Competentes (ANC ou *NCA* do inglês), como a CMVM, que fazem a supervisão operacional, nacional e diária, do respetivo sector financeiro no respetivo território[57].

O Sistema assenta em competências partilhadas "em rede" por entidades de supervisão micro-prudencial (natureza similar às tradicionais *independent regulatory agencies* norte-americanas, no fenómeno dito de "agencificação" da União Europeia[58]), mas o crescente movimento de descentralização administrativa institucional na União[59] e *potestas* internacional tem sido muito discutido, doutrinária e judicialmente, em particular no que respeita à crescente atividade regulatória e de supervisão da *ESMA*.

A esta autoridade foi conferida uma *toolbox* regulatória bastante assertiva para prossecução dos objetivos de integração do mercado interno dos serviços financeiros (Considerando 17 do seu estatuto vertido no Regulamento EU 1095/2010, do PE e do Conselho, de 24 de novembro de 2010), de coerência de cultura e de supervisão. Detém poderes de iniciativa normativa (projetos de "normas técnicas de regulamentação" e "normas técnicas de execução" à Comissão Europeia), de adotar Orientações ou Recomendações ou decisão dirigidas às autoridades nacionais relevantes para que adotem as medidas que considera necessárias e, em caso de inação ou recusa de acatamento fundamentada (*binding soft law*) dirigir-se aos intervenientes nos mercados financeiros para adoção de determinadas medidas necessárias perante a violação ou não aplicação pelos Estados da legislação da União, ou de uma sua decisão arbitral (pode avaliar o cumprimento da legislação da União pelas ANC). Pode ainda mediar vinculativamente conflitos positivos ou negativos de competência entre ANC em situações transfronteiriças[60]. Tem poderes de injunção em situações

branqueamento de capitais, troca de informação, análises micro-prudenciais (arts. 54.º-6.º). Tem ainda especiais competências para dirimir diferendos entre as diversas autoridades competentes (art. 20.º).

[57] Wymeersch, 2007*:* 237.

[58] Este movimento, mimetizado nos Estados europeus, é decalcado da realidade transnacional, vg norte-americana, enquanto processo reativo típico de um regime económico. Catarino, 2012: 147-203.; *idem*, 2019, 407 ss.

[59] Na primeira década do presente século, estas agências na EU triplicaram, Scholten, 2015: 2.

[60] Após a fase de conciliação, em caso de omissão de conformação da autoridade nacional, a Autoridade toma uma decisão no sentido de a autoridade nacional agir ou deixar de agir (*with binding effects*), e poderá tomar decisões concretas dirigidas a participantes no mercado, mas apenas *in areas of the Union law directly applicable to them*. O curto-circuito (*bypass*) às

de emergência[61] vg proibir ou restringir temporariamente práticas ou atividades financeiras que ameacem o funcionamento ordenado, a integridade dos mercados ou a estabilidade de parte ou da totalidade do sistema financeiro da UE (art. 9.º, n.º 5).

Embora com alguns escolhos constitucionais e judiciais[62], o legislador europeu e a ESMA não têm deixado de aprofundar um caminho de concertação e convergência das atribuições e competências nos mercados de capitais de toda a EU, numa intervenção fiscalizadora e de controlo direto, adotando a nível europeu medidas *case-by-case* ou "ad-hoc"[63] junto das ANC, dos mercados e mesmo dos agentes económicos nacionais, conforme permitido pela *toolbox* regulatória. A título de exemplo, no caso de situações de emergência que podem ser espoletadas por investidores (*infra*), pode atuar de forma precetiva ou proibitiva visando a manutenção da estabilidade, integridade e funcionamento ordenado dos mercados, tomando decisões dirigidas às ANC ou agentes de um mercado (arts. 8.º e 9.º, n.º 5), entre os quais "proibir ou restringir temporariamente determinadas atividades financeiras que ameacem o funcionamento ordenado e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União" (depende das competências previstas nos atos legislativos, artigo 1.º, n.º 2, ou em casos de urgência, artigo 18.º, todos do Regulamento UE 1095/2010).

Uma aplicação prática da defesa do consumidor com base no normativo da EU pode ser visto na sequência da crise de 2008; perante graves consequências e danos para a economias e para os investidores decorrentes da criação e da comercialização dos denominados "produtos financeiros complexos" – instrumentos financeiros de elevada complexidade e demasiadas vezes com alta probabilidade de perdas absolutas para os investidores –, o

autoridades nacionais é ainda vedado quando existam poderes nacionais discricionários – nos conflitos entre autoridades sectoriais diversas decide o *Joint Committee* (arts. 20.º-1.º).

[61] Numa "situação de emergência", as medidas podem ser suscitadas junto do Conselho que, em consulta com a Comissão e o ESRB, determina se a ESMA dirige a injunção a uma ou mais entidades nacionais (art. 18.º do Regulamento 1095/2010 *cit.*). Se os reguladores a não cumprirem, e dentro das *Framework directives* que regem os reguladores nacionais (art. 1.º, n.º 2), dirige aos intervenientes no mercado uma decisão individual para tomarem as medidas *necessárias*. Cfr. os artigos arts. 10.º, 15.º a 19.º, 30.º, 28.º.

[62] Para uma análise dos sucessivos Acórdãos TJUE (Meroni ao ESMA/short-selling), Catarino, 2020.

[63] Howell, 2017: 1031; Chamon, 2012: 64; Majorsola, 2014: 503.

Regulamento EU 600/2014 (MiFIR[64]) atribuiu competências expressas à ESMA (art. 40.º) e às ANC para proibir a comercialização, a distribuição ou a venda de determinados instrumentos financeiros, ou outras atividades ou práticas financeiras[65]. A ESMA não hesitou em proibir, temporária mas reiteradamente, a comercialização, distribuição e venda de CFDs e opções binárias a clientes não profissionais[66].

O procedimento encontra paralelo em outros casos como do Regulamento EU n.º 236/2012[67], que veio estatuir no art. 28.º que a ESMA tomaria medidas excecionais *preceptivas* ou *proibitivas* no âmbito do denominado *short-selling* relativamente a pessoas singulares e coletivas, sobre determinadas vendas a descoberto, em casos excecionais e mesmo *superando eventuais medidas já tomadas pelos Estados-membros se as considerar inadequadas*, quando estejam em causa ameaças para o correto funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou para a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União e o caso tiver implicações transfronteiriças[68].

Sem preocupações de exaustividade refere-se ainda o artigo 57.º da Diretiva 2014/65/UE ou DMIF II relativo aos limites das posições e ao controlo de gestão de posições em derivados de mercadorias negociados em plataformas de negociação (ou em contratos de derivados OTC "economicamente equivalentes"), que permite à ESMA tomar decisões individuais sobre agentes económicos tendo em vista a proteção dos mercados.

[64] Regulamento UE n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativo aos mercados de instrumentos financeiros e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 (MiFIR).

[65] Com o Regulamento UE 600/2014 os Estados-membros passaram a deter competências expressas para proibir a produção ou comercialização de produtos que revelavam estatisticamente uma predominância de perdas para os investidores (competências que trouxeram maior segurança face à possibilidade de atuação de defesa do interesse e ordem pública (eventualmente em estado de necessidade) – arts. 40.º-42.º.

[66] Com efeito, no âmbito da União também a ESMA utilizou o poder de proibição temporário previsto no artigo 9.º, n.º 5 do seu estatuto legal tendo procedido à proibição de *marketing*, distribuição ou venda de CFDs e opções binárias a clientes não profissionais ("de retalho") – Decisões UE n.ºs 2018/795 e 2018/796, de 22Maio2018 –. Renovou a proibição relativa à comercialização, distribuição e venda de opções binárias por mais três meses após 2Out2018, e o mesmo sucedeu para os CFDs para o retalho após 1Nov2018, JOUE de 31.10.2018, L272/65.

[67] Regulamento UE 263/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012.

[68] Enunciação dos vastos poders de intervenção Catarino, 2021: 665; Howell, 2017: 1027--1058.

A posição de supremacia da *ESMA* no concerto europeu de supervisão dos mercados e das autoridades nacionais (ANC) é real e deliberada. Ganhou protagonismo pelo crescente e impressionante *output* legislativo material da União no setor dos mercados de instrumentos financeiros, mas também pela excelência da *expertise* técnica demonstrada no exercício efetivo dos poderes fortes (*hard*) de regulação e supervisão – apesar dos confrontos com a Comissão Europeia e com o Parlamento Europeu[69] –, e pelo projetado papel na União dos Mercados de Capitais cuja promoção junto dos investidores nacionais é considerado hoje uma tarefa fundamental (*infra*)[70].

5. A União do Mercado de Capitais e o acesso do investidor ao Sistema Europeu

O caminho da "europeização" das competências de supervisão financeira na *ESMA* tem como poderoso aliado o programa de criação de uma União do Mercado de Capitais (UMC)[71]. Ante as dificuldades sentidas na revitalização dos mercados financeiros da União na primeira década do presente século, muito baseado no tradicional modelo bancário de financiamento da economia (*bank based finance*) baseado na mutualização do risco, na estabilidade e na proteção do Euro, a Comissão Europeia apostou num modelo de novas fontes de financiamento da economia e de investimento alternativo ao bancário. Como? Através do incremento do mercado de capitais (*market based finance*) de que o projeto da UMC é uma peça[72].

> "A prioridade da Comissão (isto é, a prioridade da Europa) é o crescimento e o emprego. Se queremos que a Europa retome a trajetória de crescimento, há que desbloquear os investimentos nas empresas e infraestruturas europeias. O pacote de investimento de 315 mil milhões de Euros permitirá lançar esse processo. Mas para reforçar o investimento a longo prazo, temos de criar um verdadeiro mercado único dos capitais, uma União dos Mercados de Capitais para todos os 28 Estados-Membros da União Europeia. (...)

[69] Maloney, 2016b): 405 ss; Busuioc, 2013:119; TSAGAS, 2016: 128.

[70] No seu programa colocou com um dos vetores estratégicos 2016-2020, a convergência regulatória – ESMA, "Strategic Orientation 2016-2020", ESMA/2015/935, de 2015.

[71] Moloney, 2016a): 316.

[72] Acerca do Plano Juncker para a UMC, "União dos Mercados de Capitais: um plano de ação para estimular o financiamento das empresas e do investimento", de 30 de setembro de 2015, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5731_en.htm.

> Em comparação com outras regiões, o financiamento com recurso ao mercado de capitais está relativamente pouco desenvolvido na Europa. Os nossos mercados de títulos, da dívida e outros desempenham um papel menor no financiamento do crescimento e as empresas europeias continuam fortemente dependentes dos bancos, o que acentua a vulnerabilidade das nossas economias face à contração da oferta de empréstimos bancários. Por outro lado, o nível de confiança dos investidores não é suficiente e as poupanças europeias nem sempre são utilizadas da forma mais produtiva"[73].

A UMC é um modelo que pretende uma maior integração global e um crescendo de operações transfronteiras, completando a União Económica e Monetária com uma União Financeira que compreende a União Bancária e a União do Mercado de Capitais como meio de reforçar a integridade do Euro e a sua área[74]. No alargamento das atividades de investimento e de fontes alternativas de financiamento da economia, dos novos modelos de negócio e operações *vg* no financiamento transfronteiras das empresas, está implícito um paralelismo com a integração da União Bancária e o Mecanismo Único de Supervisão (MUS), e o reforço do poder de supervisão direta pela AEVMM ou *ESMA* é essencial.

> A sugestão entusiasmada, no "Relatório dos 5 Presidentes" (Juncker, TusK, Dijsselbloem, Draghi e Schultz), do "rumo a um supervisor único" do mercado de capitais[75], não foi afastada pela Comissão Europeia que apresentou em 20 de setembro de 2017 uma Comunicação para *reforçar a supervisão integrada* e a *integração financeira*[76] com propostas de alteração do quadro institucional relativo ao

[73] Acerca da criação da União do Mercado de Capitais, o Livro Verde da Comissão Europeia para a "Construção de uma União dos Mercados de Capitais", de 18Fev2015, (COM(2015) 0063, e a Resolução do Parlamento Europeu de 9Jul2015, sobre a construção de uma União dos Mercados de Capitais (2015/2634(RSP).

[74] Uma visão dos seus principais objetivos em Catarino, 2021: 677.

[75] Este "rumo ao supervisor único" era já apontado no relatório era já apontado no relatório dos 5 presidentes, de Junho de 2015, o *Five Presidents' Completing Europe's Economic and Monetary Union*, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_en.pdf.

[76] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Reforçar a supervisão integrada para consolidar a União dos Mercados de Capitais e a integração financeira num ambiente em evolução", de 20Set2017, COM(2017) 542 final.

SESF[77]. Não se pretende transformar o mecanismo de supervisão do mercado de capitais em um modelo paralelo ao MUS (por motivos constitucionais, artigo 127.º TFUE), sendo mais seguro e com menores riscos jurídicos a atribuição paulatina de poderes "ad-hoc" de supervisão direta, criação de *single rule-book* para a convergência regulatória, e um reforço da supervisão integrada que ultrapasse a supervisão local concentrando na *ESMA* poderes vinculativos[78].

Em 2017 surge a proposta de revisão intercalar do Plano de Ação para a Unidade dos Mercados de Capitais[79] apresentada pela Comissão com novas medidas prioritárias[80], salientando-se medidas com especial incidência na transparência, simplicidade e objetividade da *informação* a prestar aos investidores e ao mercado, acesso aos mercados organizados, simplificação do investimento em veículos ou instrumentos de longo prazo, e um particular reforço da *formação* e *educação* (*literacia*) financeira dos consumidores e sua proteção (*vg* perante conflitos de interesses, vendas indevidas ou *mis-selling*), abrindo-se o acesso dos investidores às autoridades europeias de supervisão como a ESMA[81].

Os atores políticos da União defenderam o aprofundamento da União através de alterações institucionais e de *governance* pugnando por maior independência, transparência, e novas competências *vg* face aos investidores, que permitem uma intervenção fiscalizadora e de controlo direto da *ESMA* num cenário de medidas *case-by-case* ou "ad-hoc" ou num cenário contínuo de atuação no dia-a-dia (*supra*).

[77] O rumo ao supervisor único" é prosseguido no *Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union* da Comissão Europeia, COM(2017)291, de 31Mai2017.

[78] Parecer [COM(2017) 536 final – 2017/0230 (COD)], publicado no JOUE 28Jun2018, C 227/63.

[79] Para uma visão das medidas já implementadas pela União Europeia no âmbito da UMC, *vd* documento https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/capital-markets-union/legislative-measures-taken-so-far-build-cmu_pt.

[80] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, Conselho, Comité Económico e Social Europeu e Comité das Regiões, COM(2017) 292 final, 8 de junho de 2017.

[81] Cfr a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Reforçar a supervisão integrada para consolidar a União dos Mercados de Capitais e a integração financeira num ambiente em evolução", de 20Set2017, COM(2017) 542 final, e a Resolução do Parlamento Europeu de 19Jan2016, *Stocktaking and challenges of the EU Financial Services Regulation: impact and the way forward towards a more efficient and effective EU framework for Financial Regulation and a Capital Markets Union* (2015/2016(INI).

A revisão em 2019 do SESF deu corpo a algumas das preocupações com o acesso às Autoridades dos investidores *não institucionais*[82], e nas normas que reforçam o relacionamento da Autoridade com os consumidores e os investidores, sendo hoje um dos *LEIT MOTIV* da reforma e do Plano de Ação da Comissão Europeia de 2020 a *educação do investidor*, a par e como meio da sua proteção. Foi colocada ênfase na formação e na *literacia financeira* e *literacia digital* especialmente dedicada à proteção dos consumidores (artigo 9.º, n.º 1, a-B, c) e f), n.º 4), bem como uma participação institucional e procedimental alargada de pessoas singulares e coletivas através: *i)* da disponibilização de informação no respetivo sítio na internet e de Alertas (artigo 8.º, n.º 1, K-A e n.º 2 d-A); *ii)* de um diálogo regulatório decorrente de perguntas e respostas da ESMA a pessoas singulares e coletivas (artigo 16.º-B); *iii)* do desenvolvimento de indicadores de risco *a nível de retalho* para identificação oportuna de potenciais causas de prejuízos para os consumidores e os investidores (artigo 9.º, n.º 1, a-B); *iv)* da promoção de condições equitativas de acesso a serviços financeiros pelos consumidores e de consultas públicas alargadas (artigos 8.º, n.º 3 e 9.º, n.º 2, c); *v)* da estatuição de um "direito de queixa "de pessoas singulares e coletivas contra autoridades de supervisão dos Estados-membros por violação do direito da União (artigo 9.º, n.º 2, todos do Regulamento EU 1095/2010 *cit.*).

No âmbito da formação e defesa do consumidor e demais agentes de mercado, também os "Alertas" públicos das Autoridades europeias (a par das nacionais) sobre os riscos inerentes a muitas das operações e produtos oferecidos ao público em geral são extremamente importantes, sobretudo quando constituem "second best" pela inexistência de *hard rules* para atuar, *vg* por omissão política ou legislativa. Caso paradigmático sucedeu com o crescente fenómeno de investimento nos denominados criptoativos e nas correspondentes ofertas públicas de venda ou de troca (alertas que remontam pelo menos a 2013...). Curiosamente, atenta a posição cautelosa e não coincidente dos reguladores a nível da União Europeia e nacional, estes apostaram na insistente publicitação e difusão de avisos e alertas acerca dos *perigos* e *riscos* em que incorrem os investidores pela inexistência das

[82] Resulta expresso no preâmbulo das propostas de 12Set2018, COM(2018) 646 final, 2017/0230 (COD), e do Regulamento (EU) 2019/2175 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2019.

garantias de regulação e supervisão, seja na área bancária[83] ou na área dos instrumentos financeiros[84], seja através de comunicados conjuntos[85].

O que denominámos por direito "de representação" ou "de queixa" é importante tanto para a convergência da supervisão, através de uma aplicação harmonizada e coerente da legislação da União, quanto para a *proteção internacional* dos investidores sem acesso ao TJUE. O "direito de queixa" tem o seu ponto crítico na possibilidade de a Autoridade poder iniciar um processo por violação do direito da União – uma questão que tem sido política e juridicamente controvertida dado que tal função de velar pelo cumprimento da legislação da União se encontra cometida à Comissão Europeia –, quando se alegue que uma ANC não aplica ou aplica o direito da União "de forma que pareça configurar uma violação". A *legitimidade ativa* no processo por violação foi estendido aos particulares, pessoas singulares e coletivas, também contra as autoridades de supervisão dos Estados membros (artigos 17.º e 17.º-A do Regulamento UE 1095/2010).

> A criação da UMC propõe-se globalizar a economia europeia, aumentar a escala dos seus agentes, e permitir investimentos transfronteiras, e com a nova Estratégia Industrial para a Europa[86] implicam riscos crescentes para os consumidores a que acrescem os decorrentes da constante inovação financeira[87]

[83] Vd os alertas da EBA – iniciados já em 2013 – sobre os riscos destes ativos e do BdP, https://www.eba.europa.eu/documents/10180/598344/EBA+Warning+on+Virtual+Currencies.pdf e https://www.bportugal.pt/comunicado/autoridades-de-supervisao-europeias-alertam-os-consumidores-para-os-riscos-das-moedas.

[84] Para uma visão dos alertas emitidos durante 2017, https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-highlights-ico-risks-investors-and-firms; A par dos seus alertas próprios, a CMVM contém no seu *website* um *link* para alertas do CNSF, das demais autoridades europeias e da IOSCO http://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/fintech/Pages/Comunic_fintech.aspx.

[85] Alerta conjunto das autoridades europeias de regulação financeira, EBA, ESMA e EIOPA, https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2139750/Joint+ESAs+Warning+on+Virtual+Currencies.pdf

[86] A *New Industrial Strategy for Europe*, de 0.3.2020, COM(2020) 102 final.

[87] A inovação financeira não é a meramente digital e é conatural ao sistema financeiro com vantagens e riscos, seja ao nível de novos instrumentos – vg produtos financeiros complexos –, de atividades – *vg* o *crowdfunding* –, de modelos de negócio – vg as recentes SPACs ou *special purpose acquisition companies*, "shell companies that are admitted to trading on a trading venue with the intention to acquire a business and are often referred to as blank check companies" (*Public Statement*, ESMA 32-384-5209, 15 julho 2021). Estes últimos podem traduzir para os investidores um cheque em branco à empresa para futuras aquisições, com possíveis conflitos de interesses – com os patrocinadores dos SPACs, diluição de res-

e aposta na *Digital Finance*[88], ou da necessidade de obter fundos privados, sem ecobranqueamento ("greenwashing[89]") no Pacto Ecológico Europeu (*Green Deal*[90]). Há por isso que promover a crescente proteção do investidor através da prestação e obtenção de informação, e da sua formação e educação financeira, ambiental, social e de governação, e digital – uma das prioridades da ESMA[91].

6. Linhas de defesa com *intensidade normativa*: o investimento *apropriado* e o *adequado*

Sendo a proteção do investidor um dos princípios de ordem pública neste setor, existem várias linhas de defesa contidas na legislação financeira que o têm como referencial e decorrentes *(i)* da legislação geral e especial relativa aos deveres legais *de informação* pelos agentes profissionais *ao* investidor, *(ii)* dos deveres legais *de obtenção* de informação *sobre* o investidor, ou *(iii)* da prestação de informação e tratamento de reclamações e da mediação de conflitos patrimoniais *pelo regulador*.

As primeiras linhas de defesa traduzem-se em deveres gerais de informação contratuais e pré-contratuais, principais e acessórios, que podem influir na validade dos contratos. São importantes no *private enforcement* mas também no *public enforcement vg* através de medidas sancionatórias que, por regra, apenas indiretamente apoiam o consumidor (a resposta sancionatória da CMVM apenas pode ser um documento num eventual pedido de indemnização cível). Referimo-nos à legislação nacional de proteção dos consumidores de produtos financeiros que celebrem negócios jurídicos com conexão relevante com o território português (artigo 3.º). Sob o comando regulatório da Constituição (artigos 60.º, 81.º, f) i), 99.º, e), 101.º) temos a Lei de Defesa do Consumidor[92], sendo que o Código dos Valores

ponsabilidade dos mesmos –, falta de transparência ou opacidade de empresas, objetivos e alvos – "SPACs: prospectus disclosure and investor protection considerations", documento da ESMA da mesma data.

[88] Cfr. o Pacote «Financiamento Digital» (europa.eu) na sequência do Plano de Ação para a Tecnologia Financeira ou FinTech da Comissão, de 2018.

[89] Regulamento UE 2020/852 do PE e do Conselho, de 18 de junho de 2020, relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável.

[90] Cfr. o Pacto Ecológico Europeu consequente da Agenda 2030 das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável. A UE visa já a neutralidade carbónica em 2050 – *A Clean Planet for all – A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy* COM (2018) 773.

[91] Cfr. *2022 Anual Work Programme*, 27 setembro 2021, ESMA20.95-1430.

[92] Lei de Defesa do Consumidor aprovada pela Lei n.º 24/96, de 3 de julho, artigos 1.º e 2.º.

Mobiliários estatui expressamente a aplicação do regime geral da publicidade[93] e das cláusulas contratuais gerais[94], cabendo à CMVM a supervisão do seu cumprimento (artigos 7.º, n.º4, 292.º, 366.º).

> Temos assim que, quando não reservado à função judiciária, é cominado à CMVM o *enforcement*, e a aplicação da sanção contraordenacional no domínio do "material publicitário", além de medidas necessárias de polícia administrativa (suspensão de publicidade, ordem para retificação ou modificação da informação pelo próprio, substituição do visado no caso de urgência ou incumprimento pelo visado, artigo 366.º, n.ºs 2-4), e aplicação no processo contraordenacional de medidas cautelares, sanções complementares e acessórias (artigos 367.º CodVM e 34.º-41.º Código da Publicidade)[95].

Referimos anteriormente que a regulação financeira no âmbito da União Europeia foi uma das áreas com maior crescimento legislativo e normativo na última década, sobretudo entre 2010-2014[96]. A Comissão Europeia aproveitou para um *upgrade* do procedimento de regulação, de interregulação e uniformidade regulatória, e de proteção dos investidores.

A par de princípios gerais de *full disclosure* e de transparência, inerente a todo o sistema financeiro, existem fortes deveres legais de *proatividade* do intermediário financeiro na prestação de *informação ao investidor* sobre serviços financeiros ou comercialização de produtos, em *quantidade* e *qualidade* adequadas (artigo 7.º) e de estabelecer previamente uma política interna que permita a todo o tempo conhecer a *natureza* de cada cliente (artigo 317.º). Para o investidor tomar uma decisão esclarecida "o intermediário financeiro deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efetivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada (...)" sobre o intermediário, o tipo de serviço que está a prestar, a natureza do investidor, o instrumento financeiro, os custos, eventuais conflitos de interesses. A "extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente"

[93] Cfr. o artigo 3.º do Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 330/90, de 23 de outubro.
[94] Cfr. os artigos 1.º e 2.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo DL n.º 446/85, de 25 de outubro.
[95] Acerca da aplicação do regime da publicidade neste domínio, Rodrigues, 2001: 12.
[96] Acerca do *Tsunami* regulatório que então se abateu sobre a União, Peixe & Catarino, 2014.

(artigo 312.º), sem detrimento de regime aplicável à informação em geral ou em particular, vg perante produtos financeiros particularmente complexos ou em circunstâncias excecionais com repercussão nos valores e rendimento (artigo 24.º, n.º 3 MiFID II)[97].

No domínio da proteção do consumidor e da sua formação financeira, em 2021 foram apresentadas propostas de alteração da legislação delegada no domínio da comercialização de produtos financeiros com maior complexidade – os denominados pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs[98]) –, com regras aplicáveis em toda a União Europeia uniformizando a informação obrigatória a prestar aos investidores não institucionais. A informação foi normalizada, consta de um documento explicativo simplificado e claro prestado aos clientes gratuita e previamente aos contratos. Este documento informativo simplificado designa-se por Documento de Informação Fundamental (usa-se o acrónimo DIF ou KID, de *Key Information Document*)[99]. Já não está sujeito a aprovação pelo regulador (mas a mera notificação prévia) mas este detém fortes poderes de fiscalização e de intervenção *a posteriori* no domínio da sua comercialização[100]. O Regulamento permite a atual solução de prévia aprovação da publicidade e das mensagens publicitárias[101].

[97] A propósito dos riscos de inflação e estagnação decorrentes das medidas tomadas durante a Pandemia por Covid 19 e posterior invasão da Ucrânia pela Rússia, a ESMA entendeu que esta era uma das informações a prestar ao investidor (ESMA, *Public Statement* de 27set2022, ESMA35-43-3328).

[98] Cfr. Regulamento (UE) n.º 1286/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs) e o Regulamento Delegado (UE) 2017/653 da Comissão, de 8 de março de 2017; a Lei n.º 35/2018, de 20 de julho, o Regulamento CMVM n.º 8/2018 relativo aos deveres informativos e de comercialização e Circular da CMVM de 4 de janeiro de 2018.

[99] Cfr. os artigos art. 5.º, 13.º, n.º 3, 14.º e 19.º, n.ºs 5 a 8 do Regulamento (EU) n.º 1286/2014 relativos a informação pré-contratual normalizada (arts. 5.º e 19.º, n.ºs 5 a 8), e prévia (arts. 13.º, n.º 3 e 14.º).

[100] Tem competência de regulação o Banco de Portugal (depósitos estruturados), a ASF (contratos de seguros ligados a fundos de investimento, *unit-linked* ou produtos de seguro de vida com participação nos resultados financeiros) e a CMVM – art. 2.º do regime aprovado pela Lei n.º 35/2018.

[101] Cfr. o Anexo II à *cit.* Lei n.º 35/2018, arts. 1.º, 4.º, n.º 2 e 3.º, bem como o Regulamento CMVM n.º 8/2018, que contém os deveres informativos e de comercialização relativos aos PRIIPs.

A mesma *policy* foi seguida noutros domínio: das atividades de organismos de investimento coletivo sobre valores mobiliários com as "Informações Fundamentais Destinadas aos Investidores", relativas a OICVM e OIAs[102], que passam a ser englobadas nas regras de formulação do Documentos de Informação Fundamental ou DIF[103] aplicáveis a PRIIPs[104] – o regime dos PRIIPS é-lhes aplicável a partir de 1 de janeiro de 2023; da mediação de seguros onde a *Insurance Distribution Directive* ou IDD assume a padronização de informação escrita constante da "Informação Fundamental"[105]; do setor bancário *vg* com a Diretiva de 2014 relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação (MCD de *Mortgage Credit Directive*[106]); e também a Diretiva de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (ou PSD de *Payment Services Directive*[107]) a exigirem prestação de "informação normalizada" a incluir na publicidade ou em informação pré-contratual através de uma "Ficha de Informação Normalizada Europeia" (FINE).

A padronização da informação a prestar tem aplicações práticas em outras áreas de consumo como do exercício da denominada atividade de *crowdfunding* ou de financiamento colaborativo, e também no denominado *crowdfunding* de investimento (financiamento colaborativo por empréstimo ou de capital) onde

[102] Cfr, artigos 153.º-156.º do Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo, aprovado pela Lei n.º 16/2016, de 24 de fevereiro (RGOIC).

[103] Decreto-Lei n.º 31/2022, de 6 de maio, que transpôs para o ordenamento jurídico interno o regime jurídico relativo à emissão e comercialização de obrigações cobertas e também alterou o RGOIC ao transpor para o ordenamento interno a Diretiva (UE) 2021/2261, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2021, que altera a Diretiva 2009/65/CE no que respeita à utilização dos documentos de informação fundamental pelas sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo em valores mobiliários.

[104] Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13jul2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM), artigos 78.º ss.

[105] Diretiva n.º 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20Jan2016, sobre a distribuição de seguros, arts. 20.º e 23.º.

[106] Diretiva n.º 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 e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, aplicável a partir de 21 de Março de 2016, art. 10.º ss.

[107] Cfr. a Diretiva 2014/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (PAD de *Payment Accounts Diretive* de 23 de julho de 2014, para além Diretiva UE 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Diretivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n. o 1093/2010, e que revoga a Diretiva 2007/64/CE, de 25 de novembro de 2015 (PSD2 de *Payment Services Directive*).

o Regulamento UE de 2020 estatui a obrigação de prestar informação pré-contratual através de uma "Ficha de Informação Fundamental" sobre o investimento, com informação padronizada e que obedece a regras claras de qualidade e mesmo de quantidade (no caso, "um máximo de seis páginas de formato A4 quando impressa em papel"[108]).

A *tutela informativa* do investidor das 3 áreas do sistema financeiro torna-se comum, permitindo um *level playing field* na prestação da informação, na comparabilidade de produtos, aceitando que demasiada informação é *desinformação.*

Ao encetar a relação de clientela e durante as relações duradouras que se constituam, os intermediários devem também *conhecer o seu cliente* obtendo dele a informação *necessária* e *adequada* (dentro do conhecido círculo de melhores práticas que constituem a obrigação, no inglês, de *Know Your Costumer* ou *KYC*[109]). Obter *informação sobre os conhecimentos* e *experiência* do cliente ou potencial cliente (face ao volume, natureza e tipo de transações já realizados e incluindo o seu conhecimento e profissão), para averiguar do carácter *apropriado* (*appropriatness*) ou da *adequação* (*suitaility*) do serviço prestado ou do instrumento financeiro a investir. A impossibilidade, por omissão, falta ou incompletude, deve ser expressamente comunicada por escrito ao investidor[110].

A título de exemplo, esta obtenção de informação *sobre* o cliente para verificação do caráter apropriado (*appropriatness*, também referido como *adequação em sentido fraco*) do serviço pretendido, é reforçada e particularmente exaustiva, *i)* quando incida sobre os denominados instrumentos financeiros complexos – a

[108] Regulamento (UE) 2020/1503 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7out2020, relativo aos prestadores europeus de serviços de financiamento colaborativo ou *crowdfunding*, artigo 23.º.

[109] Cfr. o Regulamento Delegado UE 2017/565, de 25abr2016, que completa a DMIF II no que diz respeito aos requisitos em matéria de organização e às condições de exercício da atividade das empresas de investimento e aos conceitos definidos da referida diretiva. Também, as "Orientações relativas a determinados aspetos dos requisitos da DMIF II em matéria de adequação" (ESMA35-43-1163), de 6 de novembro de 2018, "MiFID II Supervisory Briefing on Suitability" (ESMA35-43-1206), de 13 de novembro de 2018, e "MiFID II Supervisory Briefing on Appropriateness and Execution-only" (ESMA-35-36-1640) de 4 de abril de 2019 e ainda as *Questions and Answers* da ESMA (ESMA35-36-794).

[110] O investidor deve receber tal informação escrita, confirmar expressamente por escrito a receção da advertência, e deve abster-se de recomendar ou de realizar uma operação considerada inadequada no domínio da prestação de serviços de consultoria para investimento ou gestão de carteiras, art. 314.º-A, n.º 3.

noção de instrumento financeiro complexo é uma categorização *funcional* expressa no art. 314.º-D[111] e não se confunde com a de "produto" financeiro complexo hoje coberto pelo regime PRIIP –, ou *ii)* quando decorra da prestação de alguns serviços de investimento como a consultoria ou aconselhamento ou a gestão de carteiras (artigos 312.º-H e 314.º-A CodVM). A lei obriga então a um *plus* de diligência sobre o carácter apropriado de um determinado investimento pretendendo-se que a verificação da *adequação* do produto e do serviço o seja num sentido *mais forte*, de *suitability*[112], que obriga à obtenção de *mais* informação sobre o cliente ou potencial cliente como: *i)* o seu *perfil* ou *natureza* (conhecimento e experiência não só acerca do serviço prestado mas também da natureza, do volume e da frequência dos seus investimentos, do tipo de instrumento financeiro, o nível de literacia e a sua profissão); *ii)* as suas *características* (o tipo de serviço prestado e o instrumento financeiro concreto deve ser ponderado face aos seus conhecimentos e experiência); *iii)* as suas *circunstâncias* (situação financeira que inclui as fontes de rendimento regular e familiar, o seu ativo patrimonial incluindo o financeiro e o imobiliário mas também o seu passivo sem descurar os deveres ou débitos regulares e periódicos e a sua capacidade para suportar perdas); *iv)* os seus *objetivos* (averiguar o objetivo do investimento não afasta o conhecimento do seu horizonte temporal, do seu perfil de risco incluindo a tolerância ao risco e às perdas)[113].

[111] Na prestação do serviço de transmissão e de receção de ordens os deveres de informação expressos no art. 314.º não se aplicam quando o objeto da operação sejam, *inter alia*, ações admitidas à negociação num mercado regulamentado (dada a sua liquidez, art. 314.º-D) ou quando a ordem seja da mera iniciativa do cliente (*execution-only*) – cfr. os casos previstos nos n.ºs 1 a 3 do artigo. Em rigor, a classificação é *funcional* porque não decorre da natureza, caraterísticas ou categorias de investidor, mas porque se entende que nestes casos o investidor necessita de menor proteção jurídica. Tal tem por vezes levado a abusos por profissionais com menores escrúpulos, nomeadamente pela atitude de inclusão de ordens de investidores no domínio da denominada *execution only* transferindo assim a sua responsabilidade pelo investimento e pela não prestação prévia da informação legal.

[112] Cfr. Artigos 312.º e 312.º-H e 314.º e 314.º-A. Ainda, o *Final Report: Guidelines on certain aspects of the MiFID Suitability requirements,* e *Final Report* relativo às *Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements* (ESMA35-43-869) e mais recentemente a revisão das Guidelines de 2018 pelo decorrentes das alterações ao Regulamento Delegado sobre fatores ASG Final Report de Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements, de 23sete2022, ESMA35-43-3172, e no domínio da *Common Supervisory Action* (CSA) sobre os requisitos de *suitability* na MiFID II, ESMA HIGHLIGHTS AREAS FOR IMPROVEMENT IN COMPLIANCE WITH MIFID II SUITABILITY REQUIREMENTS (europa.eu)

[113] A recolha desta informação permitirá ao consultor, conhecendo o seu cliente e a classificação interna dos instrumentos financeiros, *selecionar* e *recomendar* o investimento *adequado*

Antes de passarmos a uma nova linha de defesa dos consumidores e aos mecanismos não judiciais de proteção cumpre deixar uma nota sobre *o alinhamento normativo nas linhas de defesa dos consumidores nas áreas dos seguros e bancária com a DMIF II*. As principais figuras jurídicas de *prestação* de informação e *obtenção* de informação sobre os conhecimentos e experiência de clientes ou potenciais clientes (verificação da adequação no sentido fraco, *appropriatness,* ou forte, *suitability*); os regimes reforçados de *prestação* de informação nas recomendações e consultoria *vg* a independente; a matéria de *governação* e monitorização da conceção de produtos financeiros (*product governance* cujos requisitos foram introduzidos como meio de proteção do investidor); a informação sobre *conflitos de interesses*, incentivos e *inducements*; os deveres de conhecimento e competência e de formação periódica *dos colaboradores* de empresas do sistema financeiro para prestarem aos clientes informação ou aconselhamento. O expoente máximo do transplante intersectorial nacional do regime *investor protection* e *market conduct* é dado pelo regime da conceção, comercialização e prestação de serviços de consultoria relativo a depósitos estruturados aprovado pela Lei n.º 35/2018, de 29 de julho.

Embora as regras relativas ao aconselhamento ou à consultoria para investimento sejam as previstas nos regimes jurídicos especificamente aplicáveis no sector em causa – bancário, segurador ou dos mercados de instrumentos financeiros –, a Diretiva sobre distribuição de seguros (IDD) alinha com a DMIF II na matéria da distribuição de contratos de seguro (*vd* o Considerando 12). Encontramos normas sobre exigência de formação, de conhecimentos e de competência dos profissionais na atividade de distribuição de produtos (artigo 10.º), verificação da adequação ou sua dispensa nos casos de mera execução ou *execution only* (Considerando 44 e artigos 29.º-30.º), de prevenção (identificação e gestão) de conflitos de interesses (artigos 17.º, n.º 3, 19.º, 27.º-28.º), de aconselhamento com enfoque no denominado aconselhamento "imparcial e pessoal" ou independente da DMIF II (artigos 19.º, n.º 1, 20.º, n.º 3 e 29.º, n.º 3), demarcação entre o aconselhamento e as meras comunicações comerciais (artigos 2.º, n.º 1, 15), 17.º, n.º 2, e 20.º, n.º 1), governação dos produtos (artigo 25.º).

(face a um instrumento financeiro e ao *scoring* do risco inerente e concentração de riscos) e que preenche *as suas necessidades,* o *interesse* ou a *vontade*, com informação ao próprio sobre a não adequação ou a impossibilidade da sua aferição *vg* por falta ou recusa de informação do cliente artigos 314.º-A CodVM, e 25.º, n.º 3 DMIF II.

Também no domínio bancário vd a *supra* referida Diretiva de 2014 relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação (ou a Directiva de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno), que contêm *deveres de informação* a clientes sobre o contrato principal e serviços auxiliares e de aferição das respetivas necessidades para a *adequação* dos produtos de crédito (contratos principais e acessórios). No caso do crédito ao consumo com garantia hipotecária ou outro direito sobre imóvel para habitação, uma das questões principais é que o cliente saiba quando lhe está a ser prestada *consultoria* pelo mutuante ou pelo intermediário de crédito ou representante nomeado –uma recomendação personalizada sobre concessão de crédito, produtos de crédito ou serviços acessórios[114] –, podendo os Estados proibir a utilização errónea desta expressão (artigo 24.º, n.º 4 MCD). Quando utilizada, a Diretiva recorre ao normativo constante da MiFID II relativo a aconselhamento ou consultoria (*vd* artigo 4.º, n.º 21[115]), aceitando a noção de *consultoria independente* e seus requisitos como a oferta de uma gama alargada de produtos (artigo 22.º, n.ºs 2 e 4); os requisitos de informação e de verificação da *adequação* de produtos aos consumidores/clientes (artigo 7.º, n.º 1 e 22.º, n.º 3); a prevenção de *conflitos de interesses vg* decorrentes da estrutura das remunerações do pessoal como remunerações por objetivos ou decorrentes de comissões pagas pelos mutuantes aos intermediários de crédito (artigo 7.º, n.ºs 1 a 4); a exigência de o pessoal deter (e manter) "um nível adequado" de conhecimentos e de experiência sobre a atividade (artigo 9.º); a prestação de "informação normalizada" a incluir na publicidade, na informação pré-contratual através da "Ficha de Informação Normalizada Europeia" (FINE) ou de "explicações adequadas" sobre a operação e serviços acessórios (artigos 11.º, 15.º a 17.º, n.ºs 1 e 2 e Anexo II); a avaliação da solvabilidade do consumidor/mutuário e da sua situação

[114] Vd artigo 15.º, n.º 1, d) da Diretiva e Considerandos 63 a 65. "A consultoria sob a forma de recomendações personalizadas constitui uma atividade distinta, que pode ser combinada, embora não o seja necessariamente, com outros aspetos da concessão ou intermediação de crédito. Por conseguinte, para estarem em condições de compreender a natureza dos serviços que lhes são prestados, os consumidores deverão ser informados sobre se lhes estão a ser prestados serviços de consultoria ou se esses serviços lhes podem ser prestados, bem como sobre o que se entende por serviços de consultoria.".

[115] Por serviços de consultoria entende-se "a prestação de recomendações dirigidas especificamente a um consumidor em relação a uma ou mais operações relativas a contratos de crédito enquanto atividade separada da concessão de crédito e das atividades de intermediação de crédito".

pessoal e financeira como *conditio sine qua non* do contrato (artigos 18.º, n.ºs 1 e 2, e 20.º, 22.º).

Ao intermediário financeiro que pretenda encetar uma relação de clientela são igualmente exigidos especiais deveres profissionais de conhecimento e de experiência (*K&C* do inglês *knowledge and competence*) e de formação profissional contínua – por exemplo para os colaboradores que pretendam prestar serviços de aconselhamento ou consultoria para investimento[116] –, com particular foco na *disseminação de opiniões e/ou recomendações* nas redes sociais[117]. Ao *informar* os investidores têm uma especial *expertise* e conhecem os deveres especiais de informar exigidos naqueles serviços (*vg* distinguindo o aconselhamento de uma mera execução de ordens[118]).

Esta *expertise* é atualmente acrescida pela crescente regulação sobre finanças sustentáveis e a nível Ambiental, Social e da Governação (ASG ou ESG do inglês *Environmental, Social and Governance*). Das prioridades fixadas no âmbito das finanças sustentáveis[119] decorre necessidade do seu conhecimento – para integrar na relação de clientela a ponderação do impacto, riscos e preferências dos investidores ao nível da sustentabilidade – o que tem implicações no domínio da organização e exercício da atividade e prestação de serviços de investimento. O impacto é crescente *a nível prudencial* (crescem as exigências de garantia da sustentabilidade do sistema

[116] A MiFID II sujeita colaboradores dos intermediários financeiros a especiais exigências de conhecimento e competência na consultoria para investimento e na mera prestação de informação sobre um instrumento financeiro (incluindo depósitos estruturados) ou serviços de investimento, principais ou auxiliares – artigos 24.º e 25.º e as Orientações ESMA/2015/1886, de 22 de março de 2016. Portugal deu cumprimento a estas Orientações e a regulamentação pela CMVM foi objeto de consulta pública, http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Paginas/20170621.aspx?v=.

[117] *ESMA addresses investment recommendations made on social media plat*forms (europa.eu), 28 de outubro de 2021, SMA70-154-2780.

[118] Referimo-nos à denominada *execution only* ou mera execução de ordens nos termos do artigo 314.º-D – atente-se nos diferentes deveres de informação previstos nos artigos 314.º e 314.º-A.

[119] A ESMA estabeleceu em fevereiro de 2020 a sua estratégia, cujos objetivos se encontram no documento de 6fev2020 denominado de *Strategy on Sustainable Finance* – ESMA22-105-1052 e a Comissão Europeia fixou em 2021 a sua estratégia de financiamento para objetivos mais amplos de transição para uma economia sustentável – cfr *European Commission Strategy for financing the transition to a sustainable economy*, 6Jul2021. A matéria relativa a riscos, fatores, preferências, no domínio da sustentabilidade terão impacto no domínio da gestão de ativos, das entidades emitentes e dos intermediários e *product governance*.

financeiro e dos seus agentes face a fatores ASG *vg* através de um *fine-tune* de critérios relativos a fundos próprios, auditoria e solvência), mas também na *expertise* necessária para a *prestação* e *obtenção* de informação sobre conhecimentos e preferências no domínio da ASG, necessários para avaliação da *adequação* do investimento[120].

A ESMA fixa expressamente áreas como da prestação de serviços de investimento *vg* consultoria para investimento, no aconselhamento em matéria de seguros, na gestão de ativos, de prestação de informação e da *governance* , no domínio das entidades emitentes quanto a informação (financeira e não financeira), em matéria de *benchmarks* e notação de risco de crédito, na negociação e nas estruturas de mercado (*trading* e *post-trading*) e na inovação financeira[121], para *formação dos investidores* que os leve a investir preferencialmente em projetos sem preterir a necessidade da sua proteção contra *mis-selling vg* através da transparência e da comparabilidade dos produtos verdadeiramente ASG[122].

São também objetivos da Comissão para o mercado de capitais[123], onde existe necessidade de prévia criação de padrões de uniformização de conceitos e de definições ASG (caso da Regulação sobre Taxonomia *vg* para a inclusão desta informação não financeira a par do relato financeiro – NFRD – e sua consideração nos setores financeiros – SFDR – onde a recente inclusão de matérias como do investimento em produtos financeiros expostos a atividades dependentes de atividades nucleares ou dependentes de gaz trouxe alguma surpresa[124]). Necessitam de uma avaliação por terceiros de forma a evitar más práticas como o aproveitamento do *label* sem que existam verdadeiras vantagens ou benefícios

[120] Cfr. Regulamento Delegado /UE) 2021/1253 da Comissão, de 21abr2021, que altera o Regulamento Delegado (UE) 2017/565 no que diz respeito à integração dos fatores, dos riscos e das preferências de sustentabilidade em determinados requisitos em matéria de organização e nas condições de exercício da atividade das empresas de investimento, JOUE de 02.08.2021, L277/1; o Decreto-Lei n.º 109-H/2021, de 10 de dezembro que aprova o Regime das Empresas de Investimento e o Regulamento CMVM n.º 6/2022

[121] Cfr o *Annual Report 2021*, de 15 de junho de 2022, ESMA22-439-962.

[122] Cfr. o *Sustainable Finance Roadmap 2022-2024*, de 10 fevereiro 2022, ESMA30-379-105.

[123] Cfr. a estratégia fixada em 2021 pela Comissão Europeia, in *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, COM(2021) 390 final.

[124] Cfr os comentários e referências contidas no *Final Report on draft regulatory Technical Standards* de 30 de setembro de 2022, da autoria das três autoridades europeias de supervisão financeira através do *Joint Committee* relativo aos RTS a aprovar pela Comissão Europeia (JC 2022 42).

económicos para o ambiente quando não existem mesmo desvantagens ocultas – "ecobranqueamento" ou *greenwashing*[125]. As más práticas permitem uma vantagem anticoncorrencial decorrente da difusão de informação ou de *marketing* de produtos ou de atividades como ambientalmente sustentáveis ou amigas do ambiente sem que tal informação seja correta (*mis-selling* ou *misrepresentation*) ou que os produtos, entidades ou atividades atinjam ou visem tais objetivos (*mislabelling*). Estas práticas impossibilitam uma comparação justa para o investidor, mas sobretudo induzem-no em erro e minam a sua confiança e conhecimento sobre os verdadeiros objetivos de atividades ou de produtos ambientalmente sustentáveis

A mesma preocupação existe na avaliação dos verdadeiros fundos de investimento ASG, ou do impacto ambiental das denominadas "obrigações verdes" ou *green bonds*[126].

7. Mecanismos institucionais de proteção dos investidores: *i)* informação e literacia financeira; *ii)* os meios alternativos de resolução de conflitos

Temos referido em escritos anteriores que a estratégia financeira regulatória atual assenta mais em determinar comportamentos ou convencer (*steering*) do que em ordenar ou dirigir (*rowing*) assumindo o regulador vestes de regulador-consultor-orientador típico da *responsive regulation*. Apesar de algumas das ações regulatórias e de fiscalização denominadas *hard* ou de *command and control* poderem beneficiar o investidor, direta ou indiretamente (cfr. o mecanismo de "sanção contratualizada" a favor dos inves-

[125] Cfr. o cit. Regulamento (UE) 2019/2088, de 27 de novembro de 2019 (Regulamento Taxonomia mas também SFDR do inglês *Sustainable Finance Disclosure Regulation)*, que entrou em vigor em 10 de março de 2021 e alterações do Regulamento (EU) 2020/852, de 18 de junho de 2020; Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas) e a Diretiva (UE) 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2022, que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas**.**

[126] A falta da sua regulação legal é colmatada por princípios e padrões criados pela indústria, *Climate Bonds Initiative*, "Climate Bonds Standard – International best practice for labelling green investments", and International Capital Markets Association, "Green Bond Principles – Voluntary process guidelines for issuing green bond". A Comissão Europeia adotou em 6 de julho de 2021 uma proposta de Regulamento relativo às obrigações verdes europeias (COM(2021)391 final) fixando requisitos mínimos de transparência e de fiabilidade alinhados com o Regulamento da Taxonomia.

tidores constante do artigo 405.º-A, n.º 8 CodVM), interessa o *entry point* na base das denominadas "pirâmides regulatórias"[127] onde vingam as estratégias *non adversarial* do regulador face aos mercados e seus agentes, e da *restaurative justice* perante a lesão ao investidor[128].

7.1. A (in)formação financeira como estratégia de proteção do investidor

A *responsive regulation* é ainda uma forma de microsupervisão pela CMVM, pré-legal, realizada na base da pirâmide de regulação financeira, com recurso à *moral suasion* e à chamada *soft law*[129] desempenhada pela "prestação de informação e apoio aos investidores não qualificados" e "divulgação e dinamização dos direitos e interesses" respetivos, bem como a difusão e conhecimento dos mercados e enquadramento legal desenvolvendo, incentivando ou patrocinando, "por si ou em colaboração com outras entidades, estudos, inquéritos, publicações, ações de formação e outras iniciativas semelhantes" (artigos 4.º, n.º 2, d) e e), e 5.º Estatutos). No diálogo com os mercados financeiros, a proteção do investidor não decorre apenas da supervisão e sanção, nem da resposta a pedidos de informação e de esclarecimento, mas também de *ações de formação* como realização de Seminários, de Workshops, de inquéritos aos investidores – genéricos ou temáticos, gerais ou sobre um intermediário ou produto financeiro –, da publicitação de Glossários, de Perguntas e Respostas sobre temas relevantes (FAQ/Q&A), das Recomendações e/ou Orientações, dos Alertas ou Avisos, da promoção do associativismo, da utilização dos media pelos gabinetes de comunicação.

A promoção da União do Mercado de Capitais e financiamento da economia tem como um dos principais vetores a chamada dos investidores de retalho ao mercado, o que também implica a assunção de fortes responsabilidades singulares (*caveat emptor approach*). A regulação deixou de depender meramente de deveres reforçados de *transparência* e de *full disclosure* ou de *prestação* de informação, adicionando-se à vertente de objetividade e padronização da informação direta disseminada (uma espécie de "informação

[127] Para uma visão da aplicação no procedimento administrativo regulatório das muito glosadas "pirâmides regulatórias" de Braithwaite e Ayres, Catarino, 2009: 244 e 264.

[128] Braithwaite e Ayres, 1992: 19.

[129] A *soft law* traduz regras de conduta "(...) that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects", Senden, 2004: 110-119; Catarino, 2009: 383 e 420.

vital")[130]: uma atitude proativa de *formação* e de *educação* dos investidores ("literacia financeira"), numa interseção entre pura regulação *económica* (de setores da economia) e regulação *social* (como do meio ambiente, das condições e do ambiente de trabalho, dos interesses dos consumidores e outros interesses sociais[131]).

A simplicidade, concisão e objetividade da informação a divulgar ao mercado são um dos meios de atração pela rápida formação nos investidores de capacidade de tomar decisões informadas de investimento ou desinvestimento, e que acarreta maior responsabilização dos produtores, comercializadores e assessores perante os investidores (*caveat vendor*) sobretudo quando os poderes públicos apostam no fim de atos de supervisão prévia ou *ex ante* (caso da informação relativa aos PRIIPs, *supra*).

Ganha lugar a necessidade de formação e educação financeira que não substitua mas implemente princípios básicos que compõem as demais linhas de defesa do investidor. Vimos ser o caso das finanças sustentáveis ou da *informação com impacto a nível Ambiental, Social e da Governação* (ASG) onde existe uma necessidade de incrementar a prestação e a divulgação de informação sobre sustentabilidade pelas empresas (na captação ou investimento) e pelos profissionais que operam nos mercados de capitais como os gestores de ativos ou os investidores profissionais (na formação, informação e divulgação de produtos e/ou de processos de investimento). O problema da *adequação* dos investimentos e prevenção de condutas indevidas também convoca a literacia do investidor não profissional para a prevenção de más práticas. As informações sobre sustentabilidade no setor dos serviços financeiros vertidos na SFDR tem também impacto no domínio da gestão de ativos[132], sobre o governo de produtos financeiros (*product governance*)[133] e formação dos consultores para investi-

[130] Neste sentido o *Final Report On the European Commission mandate on certain aspects relating to retail investor Protection*, de 29abr2022, ESMA35-42-1227, conclusões e "technical advices".

[131] Estes interesses, não sendo alheios ao mercado, traduzem-se em finalidades externas ao funcionamento dos próprios mercados ponderando-se assim os efeitos socialmente indesejados da economia sobre outras áreas – esta distinção não é pacífica, Paz Ferreira & Luís Morais, 2009: 24.

[132] Acerca dos riscos e dos fatores de sustentabilidade a ter em conta pelos OICVM *vd* DL n.º 109.º-F/2022, de 9 de dezembro.

[133] Diretiva 2021/338 UE do PE e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2021, alterando a MiFID II e que entrou em vigor no dia seguinte ao da publicação e Diretiva Delegada (UE) 2021/1269 que altera a Diretiva Delegada da DMIFII (Diretiva Delegada (UE)2017/593) no que respeita à integração dos fatores de sustentabilidade nas obrigações de governação dos

mento[134], de PMEs e dos investidores que os leve a investir preferencialmente em projetos sem preterir a necessidade da sua proteção contra *mis-selling* vg através da transparência e da comparabilidade dos produtos financeiros verdadeiramente ASG, A literacia e formação financeira sobre mercados tem também de seguir as novas tendências globais, como *i)* o investimento de longo prazo com que se pretende tornar os sistemas sociais e de pensões sustentáveis (diretamente como no caso do Produto Individual de Reforma Pan-Europeu ou PEPP[135], ou através de investimento coletivo como nos ELTIFs[136]); *ii)* o investimento em projetos "verdes" (para financiamento privado a acrescer ao investimento público necessário para a transição para uma economia sustentável); *iii)* o investimento através de meios digitais (no âmbito da atual transição para a Tecnologia Financeira – FinTech).

A par de inúmeras iniciativas próprias[137] a CMVM tem desenvolvido com os demais supervisores financeiros um intenso trabalho conjunto através do Plano Nacional de Formação Financeira (PNFFF) que inclui uma vasta organização e multidisciplinariedade de membros e parceiros do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros[138].

produtos, transposta pelo DL n.º 109-H/2021, de 10 de dezembro – as disposições relativas a esta matéria entram em vigor em 22 de novembro de 2022.

[134] Cfr o Decreto-Lei n.º 109-H/2021, de 10 de dezembro que aprova o Regime das Empresas de Investimento e o Regulamento CMVM n.º 6/2022.

[135] Regulamento (UE) 2019/1238, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho e respetiva regulamentação complementar, o qual estabelece regras uniformes relativamente ao registo, criação, distribuição e supervisão de produtos individuais de reforma que são distribuídos na União Europeia.

[136] Regulamento UE 2015/760 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2015, relativo aos fundos europeus de investimento a longo prazo.

[137] Salientamos a sua importância num recente trabalho de caracterização do perfil do investidor e do não investidor nacional, nomeadamente as suas atitudes, comportamentos e conhecimentos financeiros, elaborado entre 2020 e 2021 sob a égide da CE, "Financial literacy for investors in the securities market in Portugal". Também a iniciativa da CMVM apoiada pela Direção-Geral do Apoio às Reformas Estruturais (DG REFORM), da Comissão Europeia, ao abrigo de financiamento comunitário dedicado à promoção de reformas estruturais nos Estados-membros que envolveu uma amostra total de 15.173 indivíduos e decorreu entre 2020 e início de 2021, já no contexto da pandemia – in CMVM – CMVM divulga estudo sobre literacia relativa ao mercado de capitais em Portugal.

[138] Comissão de Acompanhamento e composição em Comissão de Acompanhamento | Todos Contam.

Todos os anos é apresentado um vasto programa de formação e educação financeira promovida *on site* ou *online* (ações de formação financeira de professores e de formadores *vg* no âmbito de acordos multimunicipais, ou com associações privadas e públicas – IEFP), de inquéritos temáticos específicos, internacionais (*vg* no âmbito da INFE/OCDE) [139]ou nacionais, ou disponibilização de documentos *online* ou em formato em papel (caso dos Cadernos de Educação Financeira para os diversos ciclos de ensino básico – *cfr* as iniciativas e conteúdos constantes do Portal online "Todos Contam"[140]).

Salientamos ainda a participação da CMVM na *Global Money Week* que é realizada em cada ano e englobada na Semana Mundial do Investidor (*World Investor Week*) promovida pela IOSCO desde 2017, e que tem em vista sensibilizar a população mundial para a literacia financeira enquanto meio de formação, mas sobretudo como meio de proteção dos investidores.

Um importante vetor da formação e educação financeira na atualidade é a literacia *digital* e a literacia *financeira digital*, para fazer face ao recurso a novas tecnologias como os dispositivos móveis disponibilizados à população para acesso imediato a plataformas digitais ("uberização") que utilizam algoritmos, inteligência artificial, *machine learning*, com automação e "plataformização" da negociação de instrumentos financeiros.

A CMVM também participa no EFIF ou *European Forum for Innovation Facilitators*,[141], uma plataforma que visa permitir a interconexão e partilha de novas tecnologias, produtos, modelos de negócio e experiências inovadoras entre reguladores e firmas (*innovation facilitators*) *vg* no domínio de *innovation hubs* ou de *regulatory sandboxes* constituídas no domínio do direito da União (um caso típico de modelo de negócio a inserir nestes últimas poderá ser a matéria de criptoativos dada a sua natureza disruptiva), tendo em vista a promoção das denominadas *FinTech*s e a convergência (cooperação e coordenação) no tratamento regulatório e de supervisão digital na União do Mercado de Capitais (*RegTech* e *SupTech*)[142]. No caso português congrega as 3 (três) autoridades de Supervisão do sistema financeiro nacional (Portugal FinLab).

[139] A Comissão promove a mobilização dos investidores não profissionais e juntamente com a OCDE e a respetiva *International Network on Financial Education* trabalha para melhorar a sua literacia financeira.

[140] FR12/2018 World Investor Week 2017 (iosco.org)).

[141] Acerca deste fórum, vd os respetivos *Terms of Reference* in efif_terms_of_reference.pdf

[142] Sobre estas diferentes noções, Catarino, 2019, "Ofertas públicas de criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz", disponível *online* na Revista da

Para além de matérias relacionadas com o risco de adequação de um serviço, investimento ou produto financeiro a um consumidor *vg* decorrente de condutas indevidas (*misconduct* inerente a *misselling, misrepresentation, mislabelling)*, existem fatores *comportamentais* importantes. Um investidor pode decidir com base em ideia pré-concebida (por exemplo de profunda aversão ao risco ou *herding behaviour*), em atitudes emotivas (excesso de confiança) ou estados emocionais (ansiedade ou dificuldade financeira), ou assente em formação financeira própria (com a consequente discriminação negativa dos menos letrados ou com menor acesso a ferramentas digitais).

> Em 2021 aumentou consideravelmente o consumo e o investimento pelos denominados investidores de retalho por meios telemáticos sobretudo entre os jovens[143] mas também motivados pela inovação digital, pelo incremento do *marketing* das redes sociais, pela influência de *chatrooms* e fóruns, e acelerado pelo ambiente de Pandemia COVID 19. Casos como do GameStop ocorrido em 2021 demonstraram à saciedade os riscos decorrentes do acesso direto e *online* de investidores de retalho aos mercados através de dispositivos móveis, e da transformação de investimento em jogo[144].

Correspondem-lhe três tendências: *i)* crescente utilização de redes e de meios digitais no sistema financeiro e acesso a estruturas e mercados com "desintermediação"; *ii)* "gamificação" dos investimentos em instrumentos financeiros, traduzida num ativismo para além das tradicionais finalidades de aplicação e rentabilização de poupanças; *iii)* incremento das tendências anteriores pelas circunstâncias de auto-isolamento dos investidores e o acesso ao *trading online*.

> A inovação digital no domínio financeiro deve ser *neutra* (no sentido de que não deve permitir uma regulação *race to the bottom*), ser *um meio* (e não um *fim* em si mesma), e ser *funcional* (a inovação digital é um meio ao serviço da UMC

Concorrência e Regulação, 40, Set/Out, pp. 15-85.

[143] Cfr. as conclusões do inquérito conduzido pela AMF, "Les investisseurs particuliers et leur activité depuis la crise COVID: plus jeunes, plus nombreux et attirés par de nouveaux acteurs", de Novembro de 2021; da AFM, "AFM Market Watch 3, "Investing and social media in light of Gamestop"; o Survey de 2021 da FCA, "Young investors driven by competition and hype", junho de 202, e ainda "FCA warns that younger investors are taking on big financial risks", de março de 2021.

[144] Cfr. *Statement on episodes of very high volatility in trading of certain stocks*, ESMA 70-155-11809, de 17 de fevereiro 2021.

e dos seus objetivos de financiamento das economias não adicionando risco aos mercados). A inovação digital é um tema que preocupa todos os reguladores, nacionais e europeus, e a União Europeia lançou em 2020 um novo Pacote Digitalização (referimos já o Pacote Financiamento Digital de 2018)[145] que se baseia no Plano de Ação para a Tecnologia Financeira contendo uma Proposta de Regulamento sobre criptoativos (*Regulation on Micro Assets in Crypto-Assets*, MiCA) e sobre resiliência digital (*Digital Operational Resilience Act*, ou DORA)[146].

Tal como o *Digital Market Act* e o *Digital Services Act* pretende-se a regulação do mercado digital e a criação de um *level playing field* e cobertura do risco inerente à crescente digitalização e "resiliência"[147], quer para a estabilidade financeira[148] e salvaguarda de uma sã e efetiva concorrência, quer para a proteção do consumidor e da sua privacidade.

Torna-se essencial a proteção dos investidores sobretudo perante atividades e serviços financeiros ditos "passaportados" (i.e., harmonizados e abrangidos pela liberdade de circulação, de estabelecimento e de prestação de serviços na União), sem esquecer a necessária prevenção do aumento do risco de branqueamento de capitais, financiamento de terrorismo e outra criminalidade

[145] O novo pacote «Financiamento Digital» adotado pela Comissão Europeia em 2020 inclui estratégias em matéria de financiamento digital e de pagamentos de pequeno montante, bem como propostas legislativas sobre criptoativos e resiliência digital. Vd *The Digital Services Act: ensuring a safe and accountable online environment*| da Comissão Europeia; a *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European and Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a Digital Finance Strategy for the EU*, 24.9.2020 COM(2020) 591 final; a *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Capital Markets Union for people and businesses-new action plan*, COM(2020)590; a *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on A European Data Strategy*, COM(2020) 66 final, 19.02.2020.

[146] Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao mercado de criptoativose e Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à resiliência operacional digital do setor financeiro, de 24.09.2020, respetivamente COM(2020) 593 e 595, final.

[147] Coveware, "Ransomware attack vectors shift as new software vulnerabilities exploit about", April 2021.

[148] Deloitte, "FinTech: On the brink of further disruption", December 2020. Os riscos inerentes à volatilidade e liquidez e a eventual criação de "bolhas" são salientados no *ESMA Report on Trends, Risks and Vulnerabilities*, n.º 2, 2021.

facilitada pelo recurso a novas tecnologias, à desmaterialização de operações, a comunicações eletrónicas e a ativos digitais.

No que respeita à formação do investidor em matéria da literacia *financeira* e *digital* esta vertente foi adotada pelos próprios agentes e operadores profissionais de mercado, não sendo raro que em campanhas de *marketing* ou nas plataformas eletrónicas de negociação existam "conteúdos educativos" (*education sections*) que visam dar ao cliente uma visão ativa de compreender os mecanismos de *trading* e os seus produtos, e participar ativamente no mercado. É real o perigo de inexistir informação *online* sobre os riscos ou sobre a tecnologia e processos que subjazem à negociação ou ao *marketing* dirigido a potenciais investidores, ou ser percebidos mais como informação do que verdadeira recomendação para investir, sendo que a relação *one-on-one* com a gestora de plataformas de *trading* e o anonimato inerente tornam difícil a supervisão e regulação das relações jurídicas constituídas.

Também a intervenção na cadeia de investimento dos denominados "influencers", de comunidades de investimento ("social trading communities"), das campanhas "investor-oriented" através dos meios de comunicação social eletrónicos de largo espetro e velocidade ("redes", "chatrooms", "coaching"), e a pretensão de democratização, desintermediação e o individualismo e a cultura de auto-iniciativa e acesso ("self-directed investment journey"), tornam importante a aplicação de princípios fundamentais de formação dos investidores[149].

As ofertas de cursos de literacia financeira e digital e de contas demonstração para "treino" dos participantes (*demo account*s) são por vezes "funcionali-

[149] Existem múltiplas ferramentas digitais que permitem a utilização de *data* decorrente de visitas a *websites* para através de "cookies" formular campanhas para utilizadores, ou fazer *browsing* de comportamentos categorizados e afins, incluindo recolha de informação geográfica e demográfica de segmentos de clientela com base em tipos de contas, sendo importante a utilização das redes de *social media* como o Facebook ou o Twitter, onde são colocados eventos de mercado e mesmo cursos de literacia financeira, com a vantagem da tradução em diversas línguas para captação de clientes. A utilização de *search engines marketing*, com posteriores campanhas *online* que se baseiam em algoritmos que têm como alvo determinadas expressões ou *keywords* ("produtos financeiros", "posições curtas"), permite detetar possíveis clientes e pode ter como alvo milhões de *keywords* que são constantemente atualizadas. É frequente que o email de marketing personalizado vise converter consumidores em investidores ativos – a denominada *Search Engine Optimization* visa a otimização dos *websites* de uma marca visando atrair consumidores que procuram serviços de *trading* meramente *online*, oferecendo-lhe incentivos como dispensa inicial de comissões, e cursos de literacia financeira e digital.

zadas" a outros fins que não o investimento[150] mas quando a utilização de *pop-ups*, *banners*, *posts*, *apps* ou pessoas que online (vg através de *livestreams*) procedam à disseminação de material ou assessoria para investimentos, em nome ou por conta de instituições financeiras (sob alguma forma de contratualização, "partenarização" ou vantagem patrimonial) é sua a responsabilidade final.

Também a receção de um aviso eletrónico relativo a uma baixa de preço de um instrumento financeiro pode traduzir, conforme as circunstâncias e a resposta comportamental esperada do cliente, uma recomendação para investir ou desinvestir devendo então a contra parte ser um prestador do serviço de investimento autorizado, estar a atuar no melhor interesse do cliente, ter previamente verificado da adequação do investimento (*suitability*).

O problema tende a agudizar-se dado que por vezes são apresentados nas instituições financeiras questionários de *appropriateness/suitability* que parecem parte de um "jogo" *online*, com possibilidade de passar o "quiz" ou de dar a resposta certa quando o investidor erra, sendo mesmo antecedidos de um "manual" de educação financeira. O intermediário é então responsável pelo incumprimento das linhas legais prévias de proteção do investidor.

7.2. Meios institucionais não judiciais de proteção do investidor.

Dando corpo ao estatuído na Constituição relativamente ao direito de petição e de ação popular (art. 52.º), o CodVM consagrou para o consumidor/investidor *não institucional* o direito *i)* de apresentar, individual ou coletivamente à CMVM ou a quaisquer autoridades petições, representações, queixas, reclamações[151] – incluindo a *denúncia* de infrações[152] – para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral, *ii)* de iniciar um procedimento de mediação de conflitos patrimoniais com investidores profissionais, e *iii)* de ação popular para proteção de interesses indi-

[150] Acerca da transformação do investimento em verdadeiro jogo (*gamification*), *Financial Times*, "Robinhood is Eliminating Controversial Gamification Feature", April 2021.

[151] Embora o conteúdo material do pedido seja diverso, o CodVM (artigos 31.º-34.º) e os Estatutos da CMVM (artigo 6.º) não procederam à distinção entre *reclamação* (traduz tipicamente uma impugnação de um ato), *queixa* (traduz a denúncia de prática de atos ou adoção de medidas ilegais ou funcionamento anormal de um serviço), *representação* (traduz a exposição de uma opinião contrária à perfilhada por uma entidade ou um requerimento para ponderação da mesma) ou *petição* – cfr. Lei n.º 43/90, de 10 de agosto.

[152] Cfr os artigos 368.º-A a 368.º-E do CodVM e a Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro que estabelece o regime geral de proteção de denunciantes de infrações (RGPDI)

viduais homogéneos ou coletivos (artigos 31.º, 33.º-34.º, 368.º-A a 368.º-E CodVM e artigo 6.º, n.ºs 6-9 do Estatuto)[153].

Ultrapassada uma cultura de confronto e de polícia administrativa traduzida na mera investigação de condutas ilegais ou ilícitas e consequente *denúncia* ou aplicação de sanções, a intervenção da CMVM assenta numa cultura de prévia cooperação e comunicação entre/com os agentes dos mercados. Assim, e na sequência do *indirizzo* político vertido no artigo 47.º da LQER de "Proteção do consumidor", o Estatuto fixou como atribuição da CMVM "contribuir para a resolução de conflitos entre entidades sujeitas à sua supervisão, e entre estas e investidores", designadamente através da prestação de informação, do tratamento de reclamações e da mediação (artigo 6.º, n.º 6).

As atividades de *receção de reclamações* e de *resolução de conflitos patrimoniais por via da mediação* traduzem-se em serviços públicos gratuitos ao dispor dos investidores não profissionais (não institucionais, não qualificados, "não sofisticados").

> Cumpre referir que os intermediários financeiros devem igualmente manter um procedimento "eficaz e transparente para o tratamento adequado e rápido de reclamações recebidas de investidores não profissionais" (o mesmo sucede relativamente aos denominados investidores "não sofisticados"), enviando à CMVM semestralmente as reclamações objeto de tratamento, sendo um meio adicional de supervisão comportamental (artigo 305.º-E)[154].

Nas reclamações a CMVM *verifica o cumprimento das normas legais* pelos supervisionados e procede unilateralmente a uma definição jurídica da situação jurídica concreta, exercendo um poder de regulação jurídica com efeitos externos, sendo o conhecimento atempado e análise pela CMVM um instrumento essencial de aferição das condutas no mercado (supervisão comportamental[155]). O procedimento de reclamação pode findar com

[153] As fundações e associações de defesa dos investidores têm legitimidade ativa, Ascenção, 2001:3.

[154] Regulamento da CMVM 7 2020 e art. 7.º, n.º 8, Regulamento UE 2020/1503.

[155] Na análise do cumprimento da lei pelos regulados (a par da resolução da reclamação ou da petição este é um *fim* igualmente inerente ao procedimento de tratamento das reclamações), em muitos casos o procedimento redundará a final num ato meramente opinativo, de recomendação, de informação ou de elucidação – sobretudo nos casos em que os reclamantes não têm razão.

i) arquivamento, *ii)* um ato materialmente desfavorável à pretensão do reclamante, ou *iii)* um ato favorável, de natureza recomendatória ou impositiva[156].

> O diálogo regulatório inerente a este procedimento tem uma natureza de *moral suasion* perante as partes. No entanto, e mesmo quando arquivado porque as partes chegaram a um acordo e/ou porque o interessado desiste do seu pedido, na defesa da legalidade a CMVM tem o *poder funcional* de prosseguir as diligências necessárias para aferir da licitude e *enforcement* se "entender que o interesse público assim o exige" (art. 131.º do CPA).
>
> As recomendações concretas traduzem *sugestões de conduta* ou *atos opinativos ou orientadores* ("atos quase-normativos" ou *soft law* típica da *responsive regulation*) ao contrário da *imposição* de obrigações ou medidas concretas a adotar pelo intermediário financeiro consideradas necessárias a uma reparação justa dos direitos dos consumidores.
>
> Numa interpretação conforme com a Constituição, entende-se que a possibilidade de a autoridade administrativa no final do procedimento de reclamação determinar a adoção de medidas "necessárias à reparação justa de direitos dos investidores" (artigo 47.º, n.º 3, d) da LQER, artigo 6.º, n.ºs 6-8 dos respetivos Estatutos) se traduz num ato administrativo, e não judicial de arbitragem de um *quantum* indemnizatório. É por isso sindicável nos tribunais do contencioso administrativo (art. 360.º, n.º 1, f)). Nele se determinarão as obrigações ou medidas entendidas como *proporcionadas*, *adequadas* e *necessárias* à resolução material do conflito de interesses em presença[157].

Entre os novos meios afetos pela Comissão à promoção e proteção dos interesses dos consumidores/investidores é ainda de destacar a criação e organização de um procedimento de resolução extrajudicial de conflitos adaptado às especificidades dos litígios na área dos instrumentos financei-

[156] O Estatuto da CMVM inovou nesta matéria e impõe à Administração que não se fique por uma decisão de mera apreciação ou declaração da situação jurídica, podendo erradamente pensar-se que neste último caso teria lugar uma condenação da entidade regulada à justa reparação de um direito violado, numa decisão de indemnização similar à judicial e sindicável nos tribunais cíveis.

[157] A solução não é nova no Código dos Valores Mobiliários dado que se prevê igualmente que a CMVM fixe a uma entidade sancionada, no domínio das contraordenações, o cumprimento de obrigações por si determinadas, que considere fundamentadamente necessárias e adequadas "para reparação dos danos" causados pelo facto ilícito que sanciona, suspendendo a execução da sanção até ao cumprimento pontual destas novas obrigações (art. 415.º, n.º 2).

ros[158] – *cfr.* arts. 33.º e 34.º do CodVM e Regulamento CMVM n.º 2/2016, *Reclamações e resolução de conflitos*[159].

Criado em 1999 de acordo com o movimento comunitário de criação de ADR (*Alternative means of Dispute Resolution* ou meios de resolução de litígios alternativa aos tribunais[160]), a CMVM mantém em funcionamento, no âmbito do serviço de apoio ao investidor, *i)* um sistema *público ii)* de *mediação institucional*, *iii)* com natureza *voluntária*, *iv)* visando a proteção de *investidores não institucionais*, *v)* tendencialmente *gratuito*, *vi)* tecnicamente *qualificado*, *vii)* funcionalmente sujeito a *confidencialidade* (mesmo perante o regulador). Neste diferendo, em que têm possibilidade de intervir particulares ou associações de particulares, o mediador é *imparcial* e visa aproximar as partes interessadas num acordo.

Os sistemas públicos de mediação foram posteriormente regulados pela Lei n.º 29/2013[161], que fixa os princípios gerais que regem os sistemas de mediação pública e acima referidos, incluindo este instrumento de denominada *hoft law devido a um efeito cogente*[162]: alcançado um acordo ele tem força executiva sem necessidade de homologação judicial (artigo 9.º da *cit.* Lei 29/2013).

> Esta obrigação de serviço público encontra-se igualmente cominada pela legislação da União Europeia, sendo a mediação um dos meios alternativos ou complementares à via judicial para resolução de conflitos de interesses a par da *negociação*, da *conciliação* e inúmeros outros meios de natureza híbrida ou mesmo diversa como a *arbitragem* ou o *mini-trial*[163].

[158] Acerca deste movimento de *Foedus Pacificum* nos mercados financeiros, Peixe *et al.*, 2001: 158.

[159] Regulamento da CMVM 2_2016 (consolidado final).pdf.

[160] Catarino, 2009: 767-838.

[161] A Lei n.º 29/2013, 2013-04-19 – DRE_contém "os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, aos mediadores e à mediação pública", estabelecendo o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação. Consoante os casos, derrogou ou revogou expressamente, total ou parcialmente, os sistemas públicos de mediação já existentes (artigo 7.º, n.ºs 2 e 3 do Código Civil), como o previsto nos artigos 33.º e 34.º do CodVM.

[162] Acerca destes mecanismos *soft* com "efeitos duros" MöLLERS, 2010: 379-407.

[163] Na heterocomposição de conflitos existem inúmeros mecanismos e meios ADR, todos eles miscíveis originando técnicas de composição mista – para uma visão mais aprofundada dos denominados *Alternative means of Dispute Resolution* a nossa tese de doutoramento, 2008, *Hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM face às garantias fundamentais. Da Justiça*

Embora a lei nacional não lhe atribua a função jurisdicional de arbitragem (nem tal seria constitucionalmente possível enquanto entidade administrativa), é possível à CMVM *promover* outros mecanismos de resolução de conflitos, alternativos aos judiciais, como a conciliação ou a arbitragem, cumprindo a norma da UE (artigo 75.º, n.º 1 da DMIF II, "Mecanismos extrajudiciais para a apresentação de queixas dos consumidores"):

Os Estados-Membros asseguram a instituição de procedimentos eficientes e efetivos para a apresentação de queixas e recursos, destinados à resolução extrajudicial dos litígios de consumidores respeitantes à prestação de serviços de investimento e de serviços auxiliares por parte das empresas de investimento, utilizando para esse fim os organismos já existentes, se tal for conveniente. Os Estados-Membros também asseguram que todas as empresas de investimento adiram a um ou mais desses organismos que aplicam os procedimentos de queixa e de recurso.[164]

Cumpre realçar que o recurso a estes serviços públicos de mediação não prejudica a possibilidade de os investidores recorrerem a outros meios como os centros de mediação e de arbitragem de conflitos de consumo (artigo 30.º da *cit*. Lei n.º 29/2013), ou a órgãos como o Provedor de Justiça[165] ou Assembleia da República (através do direito de queixa e sobretudo do direito de petição e sua discussão em Comissão especializada ou em Plenário[166]), meios que não prejudicam o direito à tutela judicial efetiva mediante o recurso aos Tribunais (artigo 20.º CRP).

Administrativa às Autoridades Administrativas Independentes, policop., biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

[164] O Regulamento CMVM 2/2016 comina à CMVM a *promoção* da arbitragem, divulgado e apoiando nos termos legais "entidades que prestam aquele serviço, assim como promover a adesão àqueles mecanismos por parte das entidades intervenientes no setor" (artigo 22.º).

[165] Esta é uma outra linha de defesa, nos termos do artigo 23.º da Constituição. O Provedor de Justiça dispõe de vastos poderes de supervisão e especial *Auctoritas* (*Auctorias* que não é atribuída, mas ganha no combate diário a favor dos cidadãos) e independe de trâmites judiciais e/ou administrativos concorrentes (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do Provedor de Justiça).

[166] Cfr. a Lei n.º 43/90, de 10 de agosto, e a obrigatoriedade de tratamento por um relator na Comissão competente em razão da matéria e decisão desta quando subscrita por mais de 100 cidadãos, sendo a discussão e posterior votação obrigatória quando subscritas por mais de 2500 cidadãos e até 7500, podendo mesmo chegar a ser apreciadas pelo Plenário da AR – sê-lo-ão obrigatoriamente quando subscritas por mais de 7500 peticionários ou quando existir relatório e parecer favorável (em alternativa), artigos 20.º-24.º.

Síntese bibliográfica

Ascenção, Oliveira, 2001, "A ação popular e a proteção do investidor", *CadMVM*, vol. 10, agosto 2001, disponível em Microsoft Word – ACÇAOPOPULAR.doc (cmvm.pt)

Bajakić, Ivana e Božina, Marta, 2017 "Examining agency governance in the European Union financial sector – a case-study of the European Securities and Markets Authority", *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 30:1 https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1331677X.2017.1383170 pp. 1743-1757

Braithwaite, John e Ayres, Ian, 1992, *Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford.

Busuioc, Madalina, 2013, "Rule-Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope", *European Law Journal*, vol. 19, 1. Acessível em http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2013/04/Busuioc_ELJ_1_2013.pdf pp. 111-125

Buttiegeg, Christopher, 2015, "Governance of Securities Regulation and Supervision: Quo Vadis Europa?", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 21, Acessível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2585453 pp. 411–449

Calvão da Silva, João, 2001, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra

Calvão da Silva, João Nuno, 2008, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra

– 2015, *Agências europeias de regulação*, Almedina, Coimbra

Cardoso, Lucas 2002, *Autoridades administrativas independentes e constituição: contributo para o estudo da génese, caracterização independente*, Coimbra Editora

Catarino, Luís Guilherme, 2009, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do* Governo *e* Jurisdição *das Autoridades Independentes*, Almedina, Coimbra

– 2012, "A agencificação da regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?", 9, *RC&R*, Ano III; 147-203

– 2019, "O devir do procedimento de cooperação no Sistema Europeu de Supervisão Financeira", obra colectiva, *coord.* Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, *Direito dos Valores Mobiliários e dos Mercados de Capitais – Angola, Brasil e Portugal*, Almedina, 2019, pp. 405-443

– 2019 a), "Os segredos públicos: o segredo nos procedimentos administrativos de inspeção, supervisão e sancionatórios", obra *coord.* Carla Amado Gomes, *Os Segredos no Direito*, AAFDL, 2019, republicado atualizado, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano X, n.º 38, Abr/Jun 2019

– 2020, "Limites legais e políticos à nova administração europeia dos valores mobiliários", obra coletiva, *coord.* Professora Carla Amado Gomes, *Garantia de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL

– 2021, "União do Mercado de Capitais e convergência na supervisão europeia: tensões e dificuldades vertidas no caso *ESMA-short selling", Cadernos dos Valores Mobiliários,* obra coletiva de comemoração dos 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários, Almedina, Coimbra, pp.657-707

Paz Ferreira, Eduardo, e Morais, Luís Silva, 2009, "A Regulação Sectorial da Economia: Introdução e Perspectiva geral" AAVV., *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra, Almedina, pp. 7-38

Peixe, Manuela e Catarino, Luís, 2014, "A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?", artigos Parte I e Parte II, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XIV, 2014, Lisboa, IVM da Faculdade de Direito de Lisboa (FDL), *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. I, ebook

Peixe, Manuela, Catarino, Luís, e Garcia, Raquel, 2001, "Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no mercado de valores mobiliários – Apontamento para uma Justiça de "proximidade", *in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários,* n.º 11, Agosto 2001, pp.157-179, CMVM – Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários – N.º 11

Chamon, Merijn, 2011, "EU Agencies between Meroni and Romano or the devil and de deep blue sea", *Common Market Law Review*, n.º 48. Acessível em https://www.academia.edu/2441173/EU_agencies_between_Meroni_and_Romano_or_the_devil_and_the_deep_blue_sea pp.1055-1075

– 2011a), "EU Agencies between Meroni and Romano or the devil and de deep blue sea", *Common Market Law Review*, n.º 48, em https://www.academia.edu/2441173/EU_agencies_between_Meroni_and_Romano_or_the_devil_and_the_deep_blue_sea pp.1055-1075

Gomes Canotilho, José Joaquim, (1993), "Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais", in BFDC, LXIX, p. 1-71

Herrero, Mariano, 2000, *Limites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP

Hofman, Herwig e Morini, Alessandro, 2012, *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through 'Agencification*, (janeiro 2012). Acessível em: Law Working Paper Series, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031499

Howell, Elizabeth, 2016, *Short Selling Restrictions in the EU and the US: A Comparative Analysis*. Acessível em SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2793812

– Elizabeth, 2017, *The Evolution of ESMA and Direct Supervision: Are there Implications for EU Supervisory Governance?*. Acessível em SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970037, pp.1027-1058

MALONEY, 2016, *International financial governance, the EU, and Brexit: the 'agencification' of EU financial governance and the implication*. Acessível em SSRN: http://eprints.lse.ac.uk/67548/8/Moloney_International%20financial%20governance_published_2016_LSERO.pdf, pp. 451-480

MOLONEY, 2016a), *Capital markets union: "ever closer union" for the EU financial system*. Acessível em SSRN: http://eprints.lse.ac.uk/66192/1/Moloney_Capital_markets_union_ever_closer_union.pdf, 307-337

MOLONEY, 2016b), *Institutional governance and Capital Markets Union: Incrementalism or a "big bang?*. Acessível em SSRN: http://eprints.lse.ac.uk/65178/7/Moloney_Institutional%20governance.pdf, pp.378-421

MANETTI, 1994, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova.

MARJOSOLA, Keikki, 2014, "Bridging the constitutional gap in EU executive rule-making: the court of justice approves legislative conferral of intervention powers to European securities markets authority", *European Constitutional Law Review,* 10. *Acessível em https://researchportal.helsinki.fi/en/publications/bridging-the-constitutional-gap-in-eu-executive-rule-making-the-c* pp. 500–527

MÖLLERS, Thomas, 2010, "Sources of Law in European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière", *European Business Organization Law Review*, n.º 11, pp. 379-407

MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, (2003), *Autoridades Reguladoras Independentes,* Coimbra Editora, Coimbra

MORENO, Natália de Almeida, 2014, *A Reforma Institucional da Regulação Financeira no Pós-Crise. Working Paper* do Boletim de Ciências Económicas do Instituto Jurídico, Coimbra

ORTIZ, Gaspar Ariño, 1995, *Principios constitucionales de la libertad de empresa,* Marcial Pons, Madrid

PASSARO, Michelle, 1996, *Le Amministrazioni Indipendenti*, Giuffrè, Milano

RHODES, R., 1997, *Understanding Governance – Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability*, (maio de 1997). Acessível em: Open University Press: https://www.researchgate.net/publication/233870082_Understanding_Governance_Policy_Networks_Governance_Reflexivity_and_Accountability

RODRIGUES, Sofia Nascimento, 2001, "Publicidade Relativa a Valores Mobiliários", CadMVM, 11, agosto 2001, Microsoft Word – PublicidadeSNR.doc (cmvm.pt)

SCHOLTEN, Miroslava, 2015, *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, Nijhoff Studies in European Union Law, vol. 6, n.º 2

SITGLITZ, 2003, *Globalização – a Grande Desilusão*, 3.ª ed., Terramar, Lisboa

TEITGEN-COLLY, 1990, "Les instances de régulation et la Constitution", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.* 1990, Vol 106, Num 1, pp. 153-26

– 1990a), "Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes", *Les Petites Affiches*, 17Jan, pp. 25-55

Torchia, Luisa, 1992, *Il controllo pubblico della finanza privata*, CEDAM, Pádova

Tsagas, Georgina, 2016, "The Regulatory Powers of the European Supervisory Authorities: Constitutional, Political and Functional Considerations" in Mads Andenas e Gudula Deipenbrock, eds., *Regulating and Supervising European Financial Markets – More Risks than Achievements*, Springer, pp. 103-138

Wymeersch, Eddy, 2007, "The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors", *European Law Review*, 8, pp. 239-306

Veil, Rüdiger, 2022, 3.ª ed., *European capital markets law*, Hart Publishing, Oxford

COMPETÊNCIAS DA AUTORIDADE DE SUPERVISÃO DE SEGUROS E FUNDOS DE PENSÕES EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SEGUROS. REGRAS DE CONDUTA NO SETOR SEGURADOR

Maria Eduarda Ribeiro*

Sumário: *I. O âmbito da tutela jurídica específica dos sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro. 1. Categorias de titulares de posições juridicamente tuteladas no contrato de seguro. 2. Desagregação das categorias de titulares de posições juridicamente tuteladas no contrato de seguro. 3. Confronto com a definição de consumidor consagrada no regime legal aplicável à defesa dos consumidores. 4. Proporcionalidade: seguro de riscos de massa e seguro de grandes riscos. II. A estrutura institucional de regulação e supervisão da atividade seguradora em Portugal. 5. Caracterização do modelo nacional de estrutura institucional de regulação e supervisão da atividade seguradora. 6. A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. III. Fontes das competências da ASF e das regras de conduta. 7. Enfoque nas regras de conduta e competências associadas. 8. Fonte estatutária. 9. Fonte regime setorial. 9.1 Regime transversal. 9.2 Regime específico. 9.2.1 Regime de supervisão de seguros obrigatórios. 9.2.2 Princípio da proibição da aprovação prévia ou da comunicação sistemática. 9.2.3 Regime de supervisão adaptado ao funcionamento do mercado*

* Jurista da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Diretora do Departamento de Política Regulatória.
As opiniões constantes deste texto são expressas a título pessoal e não vinculam a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões.

interno de seguros. 9.3 Deveres de conduta de mercado. 9.3.1 Política de conceção e aprovação de produtos de seguros. 9.3.2 Política de tratamento. 9.3.3 Acordos. 9.3.4 Publicidade. 9.3.5 A gestão de reclamações. 10. Fonte regimes gerais. 11. Consumer protection is in the 'DNA' of EIOPA. *IV. Conclusões.*

I. O âmbito da tutela jurídica específica dos sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro

1. Categorias de titulares de posições juridicamente tuteladas no contrato de seguro

Nos regimes institucional e contratual nacionais aplicáveis à atividade seguradora, os sujeitos que são contrapartes dos seguradores ou relativamente aos quais o contrato de seguro produz efeitos jurídicos e que a lei confere uma tutela jurídica específica não se restringem ao conceito de "consumidor" num sentido técnico-jurídico.

Essa especial proteção é atribuída, de forma transversal, embora em graus distintos consoante a natureza dos contratos, como adiante se exporá, ao tomador do seguro, ao segurado e ao beneficiário, posições jurídicas que podem estar dissociadas ou serem assumidas por um único sujeito[1].

Nem o regime jurídico do contrato de seguro (RJCS)[2], aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, nem o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora (RJASR)[3], aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, definem "tomador do seguro", "segurado" e "beneficiário"[4], enquanto o regime jurídico da distribuição de seguros e

[1] Cfr. Pedro Romano Martinez, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, Pedro Romano Martinez *et al*., 4.ª ed., Almedina, 2020, p. 70, que relativamente ao regime jurídico do contrato de seguros anota que: "Não se autonomizou uma categoria de seguro de consumo, porquanto tal distinção perderia sentido, atenta a contraposição entre tomador do seguro, segurado e beneficiário; com efeito, a LCS não alude a consumidor (exceto art. 3.º), tutelando, dependendo das circunstâncias, o tomador do seguro, o segurado ou o beneficiário, independentemente de qualquer um deles poder ser qualificado como consumidor.".

[2] Alterado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro e pela Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro.

[3] Alterado pelos Decreto-Lei n.º 127/2017, de 9 de outubro, Lei n.º 35/3018, de 20 de julho, Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro, Lei n.º 27/2020, de 23 de julho, Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto, Decreto-Lei n.º 84/2020, de 12 de outubro e Decreto-Lei n.º 56/2021, de 30 de junho.

[4] Ao contrário da opção adotada no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de julho, disposição que viria a ser revogada pelo art. 6.º, n.º 2, alínea *e)*, do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16

de resseguros (RJDS), aprovado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro, apenas inclui uma definição de tomador do seguro[5]. A posição jurídica destes sujeitos no contrato resulta, assim, do regime legal aplicável e está consagrada doutrinariamente[6]. O mesmo se poderá dizer do próprio conceito de contrato de seguro, cujo reconhecimento da dificuldade de definição tem incentivado o legislador e a doutrina[7] a optar por identificar os elementos essenciais ou típicos que o caracterizam. Partiremos, assim, da identificação legal do conteúdo típico do contrato de seguro, constante do art. 1.º do RJCS[8], nos termos do qual: "Por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente.".

O tomador do seguro corresponde à pessoa, singular ou coletiva, que é a contraparte do segurador, por ter celebrado com este o contrato de seguro ou que, por transmissão ou sucessão, *inter vivos* ou *mortis causa*, veio a ocu-

de abril. As alíneas *b), c)* e *e)* do art. 1.º definiam, respetivamente, "tomador de seguro" como "entidade que celebra o contrato de seguro com a seguradora, sendo responsável pelo pagamento do prémio", como "segurado" a "pessoa no interesse da qual o contrato é celebrado ou a pessoa (pessoa segura) cuja vida, saúde ou integridade física se segura", e "beneficiário" como a "pessoa singular ou colectiva a favor de quem reverte a prestação da seguradora decorrentes de um contrato de seguro ou de uma operação de capitalização".

[5] Cfr. art. 4.º, alínea *v)*.

[6] Cfr. quanto às partes e outros titulares de posições juridicamente tuteladas num contrato de seguro, J. C. Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, 1971, p. 103, José Vasques, *Contrato de Seguro: Notas para uma teoria geral,* Coimbra Editora, 1999, pp. 169-184, Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, 2010, pp. 41-61, Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos III, Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, 2012, pp. 229-231 e António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros,* Almedina, 2.ª ed., 2016, pp. 528-534.

[7] Cfr. quanto aos elementos essenciais do contrato de seguro, Moitinho de Almeida, *ob. cit.*, pp. 19-30, quanto aos elementos essenciais, naturais e acidentais do contrato de seguro, José Vasques, *ob. cit.*, pp. 125-140, quanto aos elementos característicos comuns aos contratos de seguro, Carlos Ferreira de Almeida, *ob. cit.,* pp. 222-233, e quanto aos elementos do contrato de seguro, António Menezes Cordeiro, *ob. cit.,* pp. 525-567. Para um estudo aprofundado do contrato de seguro cfr. Margarida Lima Rego, *ob. cit.*, em especial Parte I.

[8] Cfr. anotação ao art. 1.º do RJCS, Pedro Romano Martinez, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 39-41.

par ou adquirir essa posição[9] e se obriga a pagar o prémio correspondente. O tomador do seguro age por conta própria[10], caso em que o contrato tutela o seu interesse próprio, ou por conta de outrem[11] caso em que a posição jurídica de tomador do seguro não coincide com a de segurado.

Aproximando o conceito de segurado dos traços que resultam do regime legal, pode-se caracterizá-lo como a pessoa, singular ou coletiva, em cuja esfera jurídica releva o risco e que fica coberta pelo contrato[12] e no interesse da qual é celebrado o contrato[13], ou seja, que tem interesse em que não concretize o evento aleatório cuja ocorrência está coberta pelo contrato ou as despesas que do mesmo decorrem[14]. O art. 43.º, n.º 1, do RJCS, exige que este interesse deva ser digno de proteção legal relativamente ao risco coberto, sob pena de nulidade do contrato. O n.º 2 da mesma disposição densifica que, no seguro de danos, o interesse respeita à conservação ou à integridade de coisa, direito ou património seguros. Não existe disposição paralela para os seguros de pessoas, mas, para prevenção de que interesse alheio possa incentivar situações especulativas na contratação de seguros de vida[15], exige o art. 43.º, n.º 3, do RJCS, que a pessoa segura que não seja beneficiária tenha ainda de dar o seu consentimento para a cobertura do risco, salvo quando o contrato resulta do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho[16]. Note-se, ainda, que nos contratos de seguro de grupo – o contrato de seguro que cobre riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador do seguro por um vínculo que não seja o de segurar[17] –, a dissociação entre o tomador do seguro e os segurados faz parte da natureza destes contratos.

[9] Cfr. Margarida Lima Rego, *ob. cit.*, pp. 44-45, ainda que se referindo à definição de parte no contrato de seguro.
[10] Cfr. art. 47.º do RJCS.
[11] Cfr. art. 48.º do RJCS.
[12] Cfr. art. 1.º do RJCS.
[13] Cfr. art. 47.º, n.º 1, *a contrario* e art. 48.º do RJCS.
[14] Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, p. 230.
[15] Cfr. quanto às formas de obviar a situações de *votum mortis* do beneficiário de um seguro de vida, J. C. Moitinho de Almeida, *ob. cit.*, pp. 341-346.
[16] Sobre o artigo 43.º do RJCS cfr. José Vasques, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 253-258.
[17] Cfr. art. 76.º do RJCS.

A pessoa segura corresponde à pessoa cuja vida, saúde ou integridade física se segura[18]. O conceito de "pessoa segura" é frequentemente assimilado ao de segurado nos seguros de pessoas[19], mas também é referenciado como uma categoria que acresce às de tomador do seguro, segurado e beneficiário[20]. Quando a pessoa segura não coincida com a pessoa em cuja esfera jurídica releva o risco e que fica coberta pelo contrato, importa distinguir o risco primário associado à pessoa segura (exposta à concretização física da eventualidade que se segura), do risco seguro associado ao segurado (exposto aos danos causados pela concretização dessa eventualidade)[21]. Adite-se ainda que, embora muito circunscritas, o RJCS prevê normas que traduzem a autonomização da pessoa segura face ao segurado[22].

O beneficiário designa a pessoa singular ou coletiva destinatária da prestação do segurador convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato de seguro e que pode coincidir ou ser um terceiro ao tomador do seguro e ao segurado.

2. Desagregação das categorias de titulares de posições juridicamente tuteladas no contrato de seguro

Ainda que as categorias descritas constituam o núcleo dos potenciais sujeitos de efeitos jurídicos de um contrato de seguro abrangidos pela esfera de proteção conferida pela lei, os regimes que enquadram o exercício da atividade seguradora apresentam diferentes níveis de desagregação desse elenco. Assim, os estatutos da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões[23], tratam o "lesado" e o "subscritor"[24] a par das outras categorias cuja proteção é o objetivo principal da missão da ASF e o RJASR, nas

[18] Cfr. art. 175.º, n.º 1, do RJCS.

[19] Cfr. alínea *b)* do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de julho, J. C. Moitinho de Almeida, *ob. cit.*, pp. 314 e 341 e ss., José Vasques, *ob. cit.,* pp. 102 e 171, especificando que: "Em rigor, no seguro de vida em caso de morte, parece impróprio falar de segurado, no sentido de titular de direitos do contrato, já que sendo a pessoa exposta ao risco, antes assume a posição de *objecto* do contrato.".

[20] Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *ob. cit.,* p. 231, António Menezes Cordeiro, *ob. cit.,* p. 531.

[21] Cfr. Margarida Lima Rego, *ob. cit.*, pp. 48-53, citando vários exemplos da prática seguradora demonstrativos da dissociação entre o segurado e a pessoa segura.

[22] Cfr. art. 177.º, n.º 1, e art. 178.º, n.ºs 3 e 5, do RJCS.

[23] Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro, e alterados pelo Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto.

[24] Cfr. arts. 6.º, 16.º, n.º 7, 46.º, alínea *g)* e 51.º.

normas que disciplinam especificamente a atuação das empresas de seguros face aos potenciais sujeitos de efeitos jurídicos de contratos de seguro, autonomiza a menção a terceiro lesado[25/26], tendo resolvido a referência a subscritor pela via de a considerar incluída no conceito de tomador do seguro no âmbito do ramo Vida[27].

O lesado ou terceiro lesado, correspondente ao titular de um direito de indemnização resultante de responsabilidade civil do segurado.

O subscritor é a pessoa, singular ou coletiva, que celebra uma operação de capitalização com o segurador, sendo responsável pelo pagamento da prestação[28]. Ao contrário do conceito de contrato de seguro, a operação de capitalização, incluída no elenco das operações que os seguradores do ramo Vida podem prosseguir, encontra uma definição legal no RJASR[29], correspondendo a uma "operação de poupança, baseada numa técnica atuarial, que se traduza na assunção pelo segurador de compromissos determinados quanto à sua duração e ao seu montante, como contrapartida de uma prestação única ou de prestações periódicas previamente fixadas". A grande distinção entre um contrato de seguro de vida e uma operação de capitalização reside no facto de o compromisso assumido pelo segurador não se encontrar dependente de qualquer álea ligada à duração da vida humana, ou seja, não cobrir risco demográfico[30].

[25] Cfr. arts. 21.º, 28.º, n.º 2, alínea *b)*, 34.º, alínea *a)*, 153.º, n.º 1, 154.º, 155.º, 157.º, n.os 2 e 4, 158.º, n.os 1 e 3, 175.º, n.º 1, alínea *d)*.

[26] As exceções quanto à menção a "terceiros lesados" no RJASR fora do enquadramento que disciplina a atuação das empresas de seguros no seu relacionamento com os tomadores de seguros, segurados e beneficiários reportam-se ao art. 203.º que se refere à participação em sistemas de garantias nacionais de empresas de seguros com sede em outro Estado membro que operem em Portugal através de sucursais e ao art. 331.º, n.º 1, que, para efeitos do regime de liquidação de empresas de seguros, inclui nos créditos de seguros quaisquer quantias que representem uma dívida de uma empresa de seguros para com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários ou qualquer terceiro lesado que tenha direito de ação direta contra a empresa de seguros decorrente de um contrato ou operação da atividade seguradora.

[27] Cfr. art. 5.º, n.º 5.

[28] Cfr. art. 208.º, n.º 1, alínea *c)*, do RJCS.

[29] Cfr. art. 9.º, alínea *d)*.

[30] Quanto aos traços comuns e diferenças fundamentais entre o contrato de seguro e a operação de capitalização e identificação das disposições do regime comum do contrato de seguro e do regime especial dos seguros de vida aplicáveis às operações de capitalização cfr. anotação ao art. 207.º do RJCS, E. Ribeiro, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 621-626.

3. Confronto com a definição de consumidor consagrada no regime legal aplicável à defesa dos consumidores

Traçado o âmbito dos potenciais sujeitos da proteção específica conferida por lei e partindo da definição central de consumidor consagrada no regime legal aplicável à defesa dos consumidores[31]: "Considera-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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios."[32], importa assinalar, em consequência do exposto, que os regimes aplicáveis à atividade seguradora asseguram uma esfera de proteção mais ampla.

De facto, por um lado, prescindem da finalidade visada com a cobertura do seguro, podendo destinar-se a um uso "pessoal, familiar ou doméstico" ou a um uso profissional[33] e por outro lado, a proteção conferida abstrai da natureza singular ou coletiva da pessoa[34], e só em casos muito específicos se restringe às pessoas singulares[35], ao passo que parte da doutrina[36] exclui que uma pessoa coletiva possa ser considerada como consumidor ou o admite apenas mediante uma avaliação casuística da situação concreta que

[31] Assumindo o pressuposto que a definição constante do regime legal aplicável à defesa dos consumidores é utilizada como referência no direito português, por reprodução, remissão expressa ou por via interpretativa. Cfr. Jorge Morais de Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 7.ª ed., 2020, p. 30.

[32] Cfr. art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, 47/2014, de 28 de julho, e 63/2019, de 16 de agosto e pelos Decretos-Leis n.ºs 59/2021, de 14 de julho, 84/2021, de 18 de outubro e 109-G/2021, de 10 de dezembro.

[33] Quanto ao conceito de uso não profissional cfr. Fernando Baptista de Oliveira, *O Conceito de Consumidor: Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, 2009, pp. 85-106 e Jorge Morais de Carvalho, *ob. cit.*, pp. 34-42.

[34] Quanto à questão sobre se o consumidor é sempre uma pessoa singular ou pode ser uma pessoa coletiva, cfr. Fernando Baptista de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 72-85.

[35] Registam-se, no RJCS, o regime aplicável ao valor do silêncio do segurador na celebração do contrato (art. 27.º) ou à adesão a um seguro de grupo contributivo (art. 88.º) e o regime de livre resolução (art. 118.º) e, no RJASR, a possibilidade de, por via regulamentar, a ASF estabelecer a delimitação dos tipos de ativos ou valores de referência a que podem estar condicionados os benefícios dos contratos, se o risco de investimento for assumido por um tomador do seguro que seja uma pessoa singular (art. 150.º, n.º 2).

[36] Jorge Morais de Carvalho, *ob. cit.*, p. 37, de forma mais ampla admite que podem ser abrangidas pelo conceito de consumidor as pessoas coletivas que não destinem a aquisição a uma atividade profissional, como as associações ou as fundações.

pondere "(...) os interesses em causa na relação contratual, a maior ou menor debilidade contratual daquele contratante, a preparação técnica que dispõe e a organização eventual empresarial de que possa dispor."[37].

4. Proporcionalidade: seguro de riscos de massa e seguro de grandes riscos

No entanto, aos regimes institucional e contratual nacionais aplicáveis à atividade seguradora não é alheia uma dimensão de proporcionalidade, processando-se o ajustamento da proteção em função do perfil da contraparte ou das finalidades da cobertura pela distinção entre seguro de riscos de massa e seguro de grandes riscos. O conceito de riscos de massa é recortado de forma residual face ao conceito de grandes riscos[38] que conjuga critérios qualitativos, que têm em consideração a natureza dos riscos e a qualidade do tomador do seguro, com critérios de dimensão do tomador do seguro[39].

[37] Cfr. Fernando Baptista de Oliveira, *ob. cit.*, p. 73.

[38] Cfr. art. 5.º, n.os 2 a 4, do RJASR.

[39] São considerados grandes riscos:
a) Os riscos que respeitem aos ramos de seguro: «Veículos ferroviários», «Aeronaves», «Embarcações marítimas, lacustres e fluviais», «Mercadorias transportadas», «Responsabilidade civil de aeronaves», e «Responsabilidade civil de embarcações marítimas, lacustres e fluviais»;
b) Os riscos que respeitam aos ramos de seguro «Crédito» e «Caução, sempre que o tomador do seguro exerça a título profissional uma atividade industrial, comercial ou liberal e o risco se reporte a essa atividade;
c) Os riscos que respeitem aos ramos de seguro: «Veículos terrestres», «Incêndio e elementos da natureza», «Outros danos em coisas», «Responsabilidade civil de veículos terrestres a motor», «Responsabilidade civil geral» e «Perdas pecuniárias diversas», desde que, relativamente ao tomador do seguro (individualmente considerado ou atendendo ao conjunto de empresas no âmbito do qual consolide contas), sejam excedidos dois dos seguintes valores: *(i)* Total do balanço – 6,2 milhões de euros; *(ii)* Montante líquido do volume de negócios – 12,8 milhões de euros; *(iii)* Número médio de empregados durante o último exercício – 250. Dá-se nota que estes montantes foram revistos nos termos do art. 300.º da Diretiva Solvência II, passando, respetivamente, a 6,6 milhões de euros e a 13,6 milhões de euros conforme o Aviso relativo à adaptação, de acordo com a inflação, dos montantes estabelecidos na Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (*JO* C 423, de 19.10.2021, p. 25). Em Portugal, por força do disposto no art. 17.º, n.º 3, do RJASR, a alteração é aplicada a partir de 1 de janeiro de 2022.

Estes conceitos foram introduzidos no ordenamento jurídico nacional a partir do regime institucional. Na Segunda Diretiva no âmbito da atividade de seguro direto não vida[40], que teve por finalidade principal facilitar o exercício da livre prestação de serviços, o conceito de grandes riscos foi consagrado com o objetivo expresso de operar a distinção entre os tomadores de seguros que devido à sua qualidade, à sua importância, ou à natureza do risco a segurar, não necessitariam de proteção particular no Estado membro onde o risco se situa, pelo que lhes deveria ser concedida total liberdade para recorrer a um mercado de seguros o mais amplo possível e os que careceriam de um maior grau de proteção[41]. A Segunda Diretiva Não Vida foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 352/91, de 20 de setembro[42], que, em contraponto com o conceito de grandes riscos (art. 3.º, n.os 1 a 3), adotou o conceito de riscos de massa (art. 3.º, n.º 4).

A finalidade inicial da consagração do conceito de grandes riscos perdeu acuidade a partir do momento em que a Terceira Geração de Diretivas de seguros[43] instituiu um mercado interno baseado no princípio do «passaporte comunitário» extensivo a toda a atividade seguradora[44].

[40] Diretiva n.º 88/357/CEE, do Conselho, de 22 de junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto não vida, que fixa disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Diretiva n.º 73/239/CEE.

[41] Cfr. Gilbert Parleani, *Le Marché Unique de L' Assurance*, in *Traité de Droit des Assurances*, Tomo I, *Entreprises et Organismes d'Assurance*, dir. Jean Bigot, 2.ª ed., LGDJ, 1996, pp. 598 e 678-680 e Ministério das Finanças, Conselho para o Sistema Financeiro, *Livro Branco sobre o Sistema Financeiro: 1992, Seguros e Pensões*, Vol. III, Relatório Principal, julho 1993, pp. 75-76 e 196-198.

[42] Ainda que, por força do regime transitório previsto no art. 27.º dessa Diretiva, até 31 de dezembro de 1992, a cobertura em livre prestação de serviços de grandes riscos situados em território português se regulasse ainda pelo regime previsto para a cobertura de riscos de massa e, a partir dessa data, o regime passasse a ser aplicável, mas com critérios de dimensão mais elevados do que os previstos no regime fixado na Segunda Diretiva Não Vida.

[43] Diretiva n.º 92/49/CEE, do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto não vida e que altera as Diretivas 73/239/CEE e 88/357/CEE e Diretiva n.º 92/96/CEE, do Conselho, de 10 de novembro de 1992, que estabelece a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto vida e que altera as Diretivas 79/267/CEE e 90/619/CEE.

[44] Sobre o mercado interno dos seguros e as etapas da sua construção, cfr. Gilbert Parleani, *ob. cit.*, pp. 585-711, Ministério das Finanças, *ob. cit.*, pp. 71-77, 193-210 e 421-434.

Nos termos deste princípio, uma empresa de seguros que obtenha autorização da autoridade de supervisão do Estado membro em que estabelecer a sua sede social para o exercício da atividade seguradora (Estado membro de origem) fica habilitada a exercê-la no território de outros Estados membros (Estados membros de acolhimento), quer pela via do estabelecimento de uma sucursal, como através da livre prestação de serviços, após um processo de notificação à autoridade de supervisão do Estado membro de origem[45]. A concessão de uma autorização única e a atribuição da competência exclusiva de supervisão à autoridade de supervisão do Estado membro de origem – sem prejuízo dos poderes da autoridade de supervisão do Estado membro de acolhimento para garantir a observância no seu território das condições fundadas em razões de interesse geral –, baseiam-se, por seu turno, na harmonização das regras de acesso e das condições de exercício, com especial incidência na solvência, a um nível necessário a garantir o reconhecimento mútuo das autorizações e dos sistemas de supervisão prudencial.

O abandono da opção de proteção especial de uma categoria de tomadores de seguros foi justificado pela convicção de que "a harmonização do direito do contrato de seguro não é uma condição prévia para a realização do mercado interno de seguros; que, por conseguinte, a faculdade deixada aos Estados-membros de poderem impor a aplicação do seu próprio direito aos contratos de seguro que cubram os riscos situados no seu território é susceptível de prestar as garantias suficientes aos tomadores de seguros que têm necessidade de uma protecção especial;"[46].

Assim, para além de regras específicas em matéria de conflitos de leis, de uma harmonização residual do direito material dos seguros (restrito a deveres de informação pré-contratual e contratual e de um direito de renúncia nos contratos individuais de seguro de vida), da regulação de ramos de seguros em especial, como o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, o seguro de proteção jurídica e o seguro de assistência e da faculdade de imposição de condições em que, por razões de interesse geral, a atividade seguradora deve ser exercida, à regulação do mercado interno

[45] Cfr. Gilbert Parleani, *ob. cit.*, p. 600.

[46] Considerando 18 da Diretiva n.º 92/49/CEE. Ideia replicada no considerando 19 da Diretiva n.º 92/96/CEE.

dos seguros foram alheias outras dimensões da proteção dos tomadores de seguros na sua relação com as empresas de seguros[47].

Tendo origem no regime de acesso e exercício da atividade seguradora, o conceito de grandes riscos passa, assim, a ter interesse muito circunscrito nesse âmbito. No RJASR, a única menção que persistiu visa afastar a aplicação de alguns princípios gerais de conduta de mercado impostos às empresas de seguros[48]. É no regime aplicável ao contrato de seguro que a distinção mantém importância significativa, quer na escolha da lei aplicável ao contrato[49], quer pela importação do conceito para o RJCS, desde logo, para os efeitos muito relevantes de nesses contratos, pelo art. 12.º, n.º 2, se admitir a convenção entre as partes, afastando o regime de imperatividade absoluta dos arts. 59.º e 61.º e pelo art. 13.º, n.º 2, se excluir a imperatividade das disposições previstas no n.º 1 da mesma disposição. A distinção entre seguros de massa e seguros de grandes riscos, no sentido de excluir estes últimos de um regime de maior proteção, concretiza-se ainda, de forma específica, na exclusão do dever especial de esclarecimento ao tomador do seguro[50], na liberdade de convenção entre as partes do prazo para entrega da apólice ao tomador do seguro[51], na liberdade de ajustar livremente a denúncia do contrato de seguro[52], na liberdade de fixação de um regime de resolução após sinistro[53] e na possibilidade de afastamento do regime aplicável em caso de concorrência de sub-rogação do segurador contra o terceiro responsável e o direito do segurado relativo à parcela de risco não coberto[54]. No sentido oposto, de exclusão dos seguros de riscos de massa de um regime específico, assinala-se que o cosseguro comunitário apenas é admitido em relação aos contratos cujo objeto se destine a cobrir grandes riscos[55], ainda que neste caso se trate de regime eminentemente institucional que migrou para o RJCS.

[47] Cfr. Gilbert Parleani, *ob. cit.*, pp. 692-707.

[48] Cfr. art. 153.º, n.º 9. Resulta da transposição do artigo 25.º, n.º 4, da Diretiva sobre distribuição de seguros. *Vd.* ponto 9.3.1 *infra* "Política de conceção e aprovação de produtos de seguros".

[49] Cfr. art. 7.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

[50] Cfr. art. 22.º, n.º 4, do RJCS.

[51] Cfr. art. 34.º, n.º 1, do RJCS.

[52] Cfr. art. 112.º, n.º 4, do RJCS.

[53] Cfr. art. 117.º, n.º 5, do RJCS.

[54] Cfr. art. 136.º, n.º 3, do RJCS.

[55] Cfr. art. 71.º do RJCS.

Uma última nota para a menção do regime sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs)[56/57] como afloramento do princípio da proporcionalidade na delimitação da categoria dos sujeitos a proteger com o regime.

Não sendo um regime circunscrito à atividade seguradora, importou da área do mercado de instrumentos financeiros o conceito de investidor não profissional[58], que limita o âmbito dos deveres fixados no Regulamento.

II. A estrutura institucional de regulação e supervisão da atividade seguradora em Portugal

5. Caracterização do modelo nacional de estrutura institucional de regulação e supervisão da atividade seguradora

Entre os modelos de estrutura institucional de regulação e supervisão da atividade seguradora[59], o modelo nacional caracteriza-se por: *(i)* estar

[56] Cfr. Regulamento (UE) n.º 1286/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014. Alterado pelo Regulamento (UE) 2016/2340, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2016 e pelo Regulamento (UE) 2019/1156, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019.
Foi complementado pelo Regulamento Delegado (UE) 2016/1904, da Comissão, de 14 de julho, no que diz respeito à intervenção sobre produtos e pelo Regulamento Delegado (UE) 2017/653, da Comissão, de 8 de março de 2017, que estabelece as normas técnicas de regulamentação no que diz respeito à apresentação, ao conteúdo, ao reexame e à revisão dos documentos de informação fundamental, bem como às condições para o cumprimento do requisito de fornecer esses documentos, alterado pelo Regulamento Delegado (UE) 2019/1866, da Comissão, de 3 de julho de 2019. No regime nacional, há a considerar a Lei n.º 35/2018, de 20 de julho, que no seu Anexo II adapta a ordem jurídica interna ao Regulamento (UE) n.º 1286/2014 e o regime dos arts. 40.º a 46.º do RJDS que fixa requisitos adicionais no que se refere à distribuição de produtos de investimento com base em seguros.

[57] Sobre o regime aplicável aos PRIIPs cfr. anotação ao art. 206.º do RJCS, E. Ribeiro, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 612-616.

[58] Cfr. art. 4.º, 6) *b)*, do Regulamento n.º 1286/2014.

[59] Sobre a diversidade de estruturas institucionais de regulação e supervisão da atividade seguradora, partindo da análise de 50 autoridades, cfr. o relatório da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), OECD, *The Institutional Structure of Insurance Regulation and Supervision*, 2018, pp. 28-40. Acessível em www.oecd.org/finance/The-Institutional-Structure-of-Insurance-Regulation-and-Supervision.pdf. Para estudo desenvolvido da matéria cfr. Luís Silva Morais, *Modelos de supervisão financeira em Portugal e no contexto da União Europeia*, Banco de Portugal, 2016.

incluído num sistema de supervisão do setor financeiro tripartido em função de um critério setorial; *(ii)* conjugar atribuições de regulação e supervisão e *(iii)* abranger a vertente prudencial e a vertente comportamental ou de conduta de mercado.

Por oposição a um modelo de supervisor financeiro único ou integrado (o modelo mais disseminado[60]), com atribuições extensivas a toda a atividade e instituições financeiras, incluindo o setor bancário, o setor dos valores mobiliários, o setor segurador e o setor dos fundos de pensões, em Portugal, a estrutura da regulação e supervisão do setor financeiro divide essas atribuições pelo Banco de Portugal[61], pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)[62] e pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF).

A existência do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF)[63/64] não obsta a esta classificação, ainda que constitua base para a qualificação do modelo nacional de supervisão como um "modelo tripartido *sui generis* ou parcialmente qualificado"[65]. Esta estrutura, que integra como membros permanentes o governador do Banco de Portugal, que preside, um membro do conselho de administração do Banco de Portugal com o pelouro da supervisão, o presidente da ASF e o presidente da CMVM[66] "exerce funções de coordenação entre as autoridades de supervisão do sistema financeiro no exercício das respetivas competências de regulação e supervisão das entidades e atividades financeiras e assume funções consultivas para com o Banco de Portugal, enquanto autoridade macroprudencial

[60] OCDE, *ob. cit.*, p. 34. Cfr. também Dirk Schoenmaker e Nicolas Véron, *A 'twin peaks' vision for Europe, in* Policy Contribution, Issue n.º 30, novembro 2017, Bruegel, p. 3. Acessível em https://www.bruegel.org/policy-brief/twin-peaks-vision-europe

[61] Cfr., em especial, a Lei Orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, e o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro.

[62] Cfr., em especial, os estatutos da CMVM, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de janeiro e o Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro.

[63] Criado pelo Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 211-A/2008, de 3 de novembro e n.º 143/2013, de 18 de outubro e pela Lei n.º 118/2015, de 31 de agosto.

[64] Quanto à origem e o contexto da criação do CNSF cfr. Luís Silva Morais, *ob. cit.*, pp. 42-46.

[65] Cfr. Luís Silva Morais, *ob. cit.*, p. 43.

[66] Cfr. art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro.

nacional, no contexto da definição e execução da política macroprudencial para o sistema financeiro nacional"[67].

Embora as expressões "regulação" e "supervisão" sejam utilizadas frequentemente de forma indistinta ou de forma a abranger num dos termos as duas dimensões[68] e não exista unanimidade conceitual, será mais congruente com a organização das competências conferidas à autoridade nacional responsável pela regulação e supervisão do setor segurador considerar que a "regulação" (ao nível de uma entidade independente) abrange as competências necessárias para a participação na definição dos princípios orientadores (a política) da atividade regulada e no desenvolvimento da legislação, bem como os poderes para emissão de regulamentação e de *soft law* e que a "supervisão" implica a monitorização, a fiscalização numa base permanente da atuação das empresas de seguros, a verificação do cumprimento do enquadramento legal e regulamentar aplicável e a adoção de atos de *enforcement*[69]. A ASF congrega as atribuições de regulação e supervisão do setor segurador[70], estando em linha com o modelo institucional maioritário[71].

Por último, a estrutura institucional de regulação e supervisão da atividade seguradora segue um modelo agregado, abrangendo a vertente prudencial e a vertente comportamental ou de conduta de mercado (modelo claramente predominante[72]), em contraposição a um modelo dualista ou de

[67] Cfr. art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro.

[68] A *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS), nos seus *Insurance Core Principles* (ICP), utiliza o termo "supervisão" para referir supervisão e regulação. Cfr. International Association of Insurance Supervisors (IAIS) *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups*, novembro 2019, ponto 12, p. 7. Mas também se verifica a opção inversa. Cfr. Vital Moreira, *Autoridades Reguladoras Independentes (ARI) nos domínios económico e financeiro. Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, (col. Fernanda Maçãs), Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, 2002, pp. 7 e 8, que refere: "Em regra, a regulação compreende a capacidade para o estabelecimento de normas, garantir a sua aplicação e execução, bem como para fiscalizar o cumprimento e efectivar a punição das infracções às referidas normas.".

[69] Acompanhando a distinção operada pela OCDE. Cfr. OECD, *ob. cit*, p. 7.

[70] Cfr. o art. 7.º, n.º 1 e o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro, que aprova a Lei Orgânica do Ministério das Finanças, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro e o art. 7.º, n.º 1, alínea *a)*, dos estatutos da ASF, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro.

[71] OECD, *ob. cit*, p. 30.

[72] OECD, *ob. cit*, p. 35. Cfr. também Dirk Schoenmaker e Nicolas Véron, *ob. cit., loc. cit.*.

twin peaks[73], em que as atribuições relativamente a cada uma dessas vertentes de supervisão estão autonomizadas em autoridades distintas.

A regulação e supervisão prudencial prosseguem fins associados à solidez financeira e à solvência das empresas de seguros e justificam-se pelas características da atividade seguradora, baseada na inversão do ciclo produtivo (em que é pago um prémio como contrapartida de uma prestação futura convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato) e num conjunto de processos técnicos e financeiros pelos quais o segurador garante a cobertura de uma massa de riscos, de acordo com técnicas e regras atuariais próprias, que permitem projetar as estatísticas referentes à frequência e intensidade dos sinistros de molde a determinar que prémio é ajustado a cada risco individual, tendo em conta a mutualização e a compensação de riscos pelas leis da estatística. Estas características determinam que seja necessário assegurar que a empresa de seguros esteja, de forma permanente, em condições de cumprir os seus compromissos e, por conseguinte, sujeita ao controlo de poderes públicos, quer no seu acesso, como no exercício da atividade[74]. Já a regulação e supervisão comportamental não têm como foco a proteção da mutualidade,

[73] As desvantagens, sobretudo associadas a um potencial conflito de interesses e de objetivos, e as sinergias de um modelo institucional em que a supervisão prudencial e de conduta de mercado se encontram atribuídas à mesma entidade têm sido objeto de grande densidade de discussão doutrinária. Dirk Schoenmaker e Nicolas Véron (*ob. cit.,* pp. 4-5) anotam as diferentes capacidades (conhecimentos em economia, finanças e contabilidade *versus* conhecimentos no domínio comportamental e legal) e mentalidades que cada uma destas vertentes de supervisão requer, e o conflito de interesses que, sobretudo em períodos de crise financeira ou com o objetivo de a evitar, pode induzir o supervisor a subestimar o cumprimento de deveres de conduta para auxiliar ao cumprimento dos requisitos prudenciais e que, em contrapartida, em tempos de ausência de crise financeira, pode levar a que as preocupações prudenciais sejam negligenciadas face as questões associadas à conduta de mercado. Encontramos a análise de modelos de supervisão seguindo critérios diversos do setorial em Luís Silva Morais, *ob. cit.*, pp. 54-93. Quanto à maior adequação de um modelo unitário no setor segurador, por confronto com um modelo de *twin peaks*, cfr. *Contributo da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões para a reflexão sobre o Relatório do grupo de trabalho para a reforma da supervisão financeira*, fevereiro de 2017, pp. 13-22, acessível no sítio da ASF na Internet (https://www.asf.com.pt). Sobre a matéria e na linha da indissociabilidade entre as duas vertentes na supervisão da atividade seguradora cfr. ainda *A supervisão prudencial e de conduta de mercado no contexto de uma visão integrada de riscos*, *in Relatório de Regulação e Supervisão da Conduta de Mercado* (2009), pp. 155-172, acessível no sítio da ASF na Internet.

[74] Cfr. Jean Bigot, *Traité de Droit des Assurances*, Tome 3, *Le Contrat d'Assurance*, dir. Jean Bigot, LGDJ, 2002, pp. 21-29.

mas sim as regras de conduta das empresas de seguros estabelecidas em prol da proteção dos interesses individuais dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários.

6. A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), resultante da redenominação do Instituto de Seguros de Portugal pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 janeiro, diploma que também aprovou os respetivos estatutos[75], é a autoridade de supervisão e regulação do setor segurador e dos fundos de pensões.

Como reflexo dos contextos político, económico-financeiro e do enquadramento jurídico vigente, à ASF antecederam vários modelos institucionais de supervisão da atividade seguradora desde que em 21 de outubro de 1907 foi publicado o Decreto que criou o Conselho de Seguros e que é considerado como o primeiro diploma que em Portugal regulou de forma sistemática a supervisão da atividade seguradora[76/77] até à instituição do Instituto de Seguros de Portugal pelo Decreto-Lei n.º 302/82, de 30 de julho[78], com estatutos já mais próximos da configuração dos atuais.

Os atuais estatutos da ASF são tributários da Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (Lei-quadro das enti-

[75] Alterados pelo Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto.

[76] Acessível em https://www.asf.com.pt/biblioteca/Catalogo/

[77] Passando pela Inspecção de Seguros (criada pelo Decreto n.º 17:556, de 5 de novembro de 1929), pela Inspecção-Geral de Crédito e Seguros (instituída pelo Decreto-Lei n.º 37:470, de 6 de julho de 1949), pelo Instituto Nacional dos Seguros (criado pelo Decreto-Lei n.º 11-B/76, de 13 de janeiro) e pela Inspecção-Geral de Seguros (instituída pelo Decreto-Lei n.º 513-B1/79, de 27 de dezembro). Cfr. David Teles Pereira, *Evolução da Regulação do Setor Segurador e dos Fundos de Pensões*, in Fórum, Edição Especial – 30 anos, Revista Semestral, Instituto de Seguros de Portugal, Ano XVI, n.º 32, outubro 2012, pp. 19-46 e Rui Cardona Ferreira/Vasco Freitas da Costa, *Governação da entidade reguladora do (subsetor) dos seguros e fundos de pensões*, in *O Governo da Administração Pública,* Almedina, 2013, pp. 234-235.

[78] Os estatutos do Instituto de Seguros de Portugal foram renovados pelos Decreto-Lei n.º 251/97, de 26 de setembro e pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2002, de 25 de setembro. Sobre o Instituto de Seguros de Portugal cfr. Ministério das Finanças, *ob. cit*., pp. 426-433, David Teles Pereira, *ob. cit*., pp. 24-26, Rui Cardona Ferreira/Vasco Freitas da Costa, *ob. cit.,* pp. 235-271 e António Menezes Cordeiro, *ob. cit.,* pp. 313-315, 371-319 e 340-345.

dades reguladoras)[79/80], que determinou que os estatutos das entidades reguladoras existentes fossem adaptados ao disposto na lei-quadro, no prazo de 90 dias após a entrada em vigor da lei[81].

A ASF é uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa, financeira e de gestão e de património próprio[82]. A missão da ASF é "assegurar o regular funcionamento do mercado segurador e dos fundos de pensões, através da promoção da estabilidade e solidez financeira das entidades sob a sua supervisão, bem como da garantia da manutenção de elevados padrões de conduta por parte das mesmas, com vista ao objetivo principal de proteção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados"[83/84], para o que lhe foi cometido um conjunto de atribuições[85].

A ASF rege-se pela Lei-quadro das entidades reguladoras, pela legislação setorial e pelo direito da União Europeia aplicáveis, pelos respetivos estatutos e pelos regulamentos internos aprovados ao abrigo deste, estando sujeita a vários regimes transversais à administração pública[86].

A estrutura orgânica da ASF compreende o conselho de administração[87], "órgão colegial responsável pela definição da atuação da ASF, bem como

[79] Aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e alterada pelas Leis n.º 12/2017, de 2 de maio, n.º 71/2018, de 31 de dezembro e n.º 75-B/2020, de 12 de dezembro.

[80] Sobre a Lei-quadro das entidades reguladoras cfr. *Estudos de Regulação Pública – II*, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, 2015, pp. 335-537, em especial quanto à adaptação dos estatutos da ASF à Lei-quadro, Joana Neto Anjos, *Os novos Estatutos das Entidades Reguladoras: Concretização da Adaptação à Lei n.º 67/2013*, de 28 de agosto, pp. 449-461.

[81] Cfr. art. 3.º, n.os 1 e 3, alínea *a)*, da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

[82] Cfr. art. 1.º dos estatutos.

[83] Cfr. art. 6.º dos estatutos.

[84] A atribuição de objetivos múltiplos aos supervisores de seguros gera a necessidade de gestão de possíveis conflitos de interesses. Tal pode suceder, por exemplo, entre a componente de supervisão prudencial e a comportamental ou quando o supervisor está simultaneamente mandatado para promover o mercado e aumentar a penetração dos seguros e o número de entidades supervisionadas ou para reforçar a concorrência entre os supervisionados. Cfr. OECD, *ob. cit*, pág 41. O regime nacional resolve este conflito de objetivos ao sublinhar que as várias dimensões da missão da ASF estão subordinadas ao objetivo principal de proteção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados, princípio secundado no art. 22.º do RJASR.

[85] Cfr. art. 7.º dos estatutos.

[86] Cfr. art. 2.º dos estatutos.

[87] Cfr. arts. 11.º a 20.º dos estatutos.

pela direção dos respetivos serviços", o conselho consultivo[88], "órgão de consulta da ASF sobre as grandes linhas de orientação estratégica relativas à coordenação do setor de atividade sob supervisão" e a comissão de fiscalização[89], "órgão responsável pelo controlo da legalidade, da regularidade e da boa gestão financeira e patrimonial da ASF e de consulta do respetivo conselho de administração nesses domínios".

A ASF está sujeita ao princípio da especialidade, que impõe que os órgãos da ASF não possam delegar ou concessionar a entidades públicas ou privadas a prossecução de quaisquer das suas atribuições ou o exercício das suas competências regulatórias e sancionatórias. Em concretização do mesmo princípio, a ASF está impedida de exercer atividades ou usar os respetivos poderes fora das suas atribuições, ou dedicar os seus recursos a finalidades diversas das que lhe tenham sido cometidas, de garantir a terceiros o cumprimento de obrigações de outras pessoas jurídicas, públicas ou privadas e de criar ou participar na criação de entidades de direito privado com fins lucrativos ou adquirir participações em tais entidades[90].

O princípio de independência da ASF no exercício das suas funções é declarado explicitamente no art. 4.º, n.º 1, dos estatutos, estando subjacente a diversas características do seu regime estatutário[91/92]. Assim, a ASF não se encontra sujeita a superintendência ou tutela governamental e os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas ao conselho de administração da ASF sobre a atividade reguladora da ASF ou priori-

[88] Cfr. arts. 21.º a 24.º dos estatutos.

[89] Cfr. arts. 25.º a 29.º dos estatutos.

[90] Cfr. art. 3.º dos estatutos.

[91] Quanto aos critérios de avaliação da independência das autoridades de supervisão da atividade seguradora cfr. IAIS, *ob. cit.*, ICP 2, pp. 20-27 e EIOPA, *Criteria for the Independence of Supervisory Authorities*, Publications Office of the European Union, 13.09.2021, acessível em https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2021-09/eiopa-bos-21-167-independence-criteria.pdf.

[92] Em relatório da EIOPA são identificadas as razões que conferem à independência uma relevância central no suporte a mercados equitativos, eficientes e transparentes e é descrita a situação factual das autoridades nacionais competentes (incluindo a ASF) face aos critérios de independência operacional, financeira, pessoal e de *accountability* e transparência. Cfr. EIOPA, *Report on the independence of national competent authorities*, EIOPA-BoS-21/278, 18.10.2021, acessível em https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2021-10/eiopa-bos-21-278-report-independence.pdf. Com um âmbito mais amplo, cfr. a análise da situação de 50 reguladores e supervisores de seguros pela OCDE, *ob. cit.*, pp. 14-27.

dades a adotar na respetiva prossecução[93], sem prejuízo do poder conferido ao membro do Governo responsável pela área das finanças para solicitar apoio técnico à ASF (designadamente mediante a apreciação de iniciativas legislativas ou outras relativas à regulação do setor de atividade sob supervisão e elaboração de pareceres, estudos, informações e projetos de legislação) e para obter informações sobre a execução do orçamento e dos planos de atividades[94], para a aprovação prévia do orçamento, planos de atividades e relatório e contas[95] e para a autorização prévia da aceitação de doações, heranças ou legados ou da aquisição ou alienação de bens imóveis[96]. Para a independência operacional concorre o vasto elenco de competências atribuídas ao conselho de administração que são exercidas de forma autónoma face ao Governo ou a outras entidades públicas ou privadas[97]. O regime de exercício de funções em regime de exclusividade e de incompatibilidades e impedimentos que impende sobre os membros do conselho de administração[98] e sobre os trabalhadores da ASF[99] também contribui para a independência operacional e pessoal.

Os critérios de seleção dos membros do conselho de administração[100], os crivos prévios e as limitações à sua designação entre a convocação de eleições para a Assembleia da República ou a demissão do Governo e a investidura parlamentar do Governo recém-designado[101], a duração do seu mandato (seis anos), não renovável[102], o intervalo obrigatório para assunção de novo mandato (seis anos)[103], o regime de inamovibilidade que resulta das causas restritas e típicas pelas quais pode cessar o seu mandato[104], a res-

[93] Cfr. art. 4.º, n.º 2, dos estatutos.

[94] Cfr. art. 4.º, n.º 3, dos estatutos.

[95] Cfr. art. 4.º, n.os 4 a 6, dos estatutos. A aprovação pelo membro do Governo responsável pela área das finanças apenas pode ser recusada mediante decisão fundamentada em ilegalidade ou prejuízo para os fins da ASF ou para o interesse público, ou em parecer desfavorável emitido pelo conselho consultivo.

[96] Cfr. art. 4.º, n.º 7, dos estatutos.

[97] Cfr. art. 16.º dos estatutos.

[98] Cfr. art. 15.º dos estatutos.

[99] Cfr. art. 32.º dos estatutos.

[100] Cfr. art. 12.º, n.º 2, dos estatutos.

[101] Cfr. art. 17.º da Lei-quadro das entidades reguladoras, aplicável nos termos do art. 12.º, n.º 3, dos estatutos.

[102] Cfr. art. 13.º, n.º 1, dos estatutos.

[103] Cfr. art. 13.º, n.º 2, dos estatutos.

[104] Cfr. art. 13.º, n.º 3, dos estatutos.

trição da dissolução do conselho de administração ou da destituição de um dos seus membros com fundamento em motivo justificado[105], bem como o regime de recrutamento concursal de trabalhadores[106] e o apoio jurídico a que têm direito os membros dos órgãos da ASF e os seus trabalhadores quando demandados judicialmente por terceiros pelos atos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções[107] também concorrem para a independência da ASF, pela via da independência pessoal.

Nos estatutos da ASF também relevam os elementos do regime no sentido da transparência que complementam e reforçam o regime de independência e de prestação de contas (*accountability*), registando-se a publicação do seu orçamento e plano de atividades e do relatório e contas anuais, a publicação de informação estatística e de relatórios sobre a atividade supervisionada[108], a divulgação obrigatória no sítio na Internet de um amplo conjunto de informações[109] e a promoção obrigatória de consultas públicas prévias à emissão de normas regulamentares[110].

Os estatutos da ASF estão pontuados por diversas formas de prestação de contas, desde logo por via das suas publicações e pelos atos previstos de aprovação pelo membro do Governo responsável pela área das finanças já referidos, como pelo funcionamento do conselho consultivo, pela apresentação anual do seu plano de atividades perante a comissão parlamentar competente da Assembleia da República e à qual se deve apresentar, sempre que solicitado, para prestar informações ou esclarecimentos sobre a respetiva atividade e pelo envio à Assembleia da República e ao Governo e publicação no seu sítio na Internet de um relatório detalhado sobre a respetiva atividade e funcionamento no ano antecedente[111]. Os membros dos

[105] Cfr. art. 13.º, n.os 4 e 5, dos estatutos.

[106] Cfr. art. 31.º dos estatutos.

[107] Cfr. art. 53.º, n.º 3, dos estatutos.

[108] Cfr. art. 16.º, n.º 8, alíneas *a)* a *c)*, dos estatutos.

[109] Cfr. art. 46.º dos estatutos que deve ser articulado com o art. 26.º do RJASR, que são parcialmente redundantes. Sobre o tratamento da transparência na lei Portuguesa sobre regulação e supervisão de seguros, cfr. Margarida Lima Rego e Diogo Costa Seixas, *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law of Portugal*, in *Transparency in Insurance Regulation and Supervisory Law – A Comparative Analysis*, AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, Vol. IV, Springer, 2021, pp. 231-247. Especificamente sobre o dever de transparência da ASF e a relação deste dever com a sua *accountability* cfr. pp. 238-240.

[110] Cfr. art. 47.º dos estatutos.

[111] Cfr. art. 54.º dos estatutos.

órgãos da ASF e os seus trabalhadores respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos atos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos gerais[112].

III. Fontes das competências da ASF e das regras de conduta

7. Enfoque nas regras de conduta e competências associadas

Tendo presentes a missão e os objetivos da supervisão pela ASF e os regimes aplicáveis à atividade seguradora, quer ao nível da regulação do contrato de seguro, quer ao nível da regulação do acesso e exercício da atividade, incluindo aqui o regime jurídico da distribuição de seguros e de resseguros[113], todos concorrerão para a proteção dos sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro merecedores de uma tutela jurídica específica.

Depois de um enquadramento geral, o enfoque desta parte do texto centra-se, no entanto, nas regras de conduta dos seguradores no seu relacionamento com os tomadores de seguro, segurados ou beneficiários, bem como nas competências do conselho de administração da ASF transversais ou específicas neste domínio, com exclusão das que resultam do RJCS ou dos regimes que regulam contratos de seguro em especial e sem considerar a dimensão da distribuição de seguros.

8. Fonte estatutária

Os estatutos da ASF são a fonte primária das competências do conselho de administração da ASF em matéria da proteção dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários. De recordar que os estatutos da ASF especificam também como categorias incluídas nessa esfera de proteção os subscritores, os lesados, e os participantes em fundos de pensões[114]. Embora sejam os atuais estatutos da ASF os primeiros a nomear a supervisão comportamental, tem sido reconhecido que esta vertente na atuação da autoridade de supervisão da atividade seguradora já apresentava alguma singularidade pela atenção que, desde 1983 prestava ao tratamento (autonomizado

[112] Cfr. art. 53.º dos estatutos.

[113] Aprovado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro. Para uma descrição sintética do regime da distribuição de seguros e de resseguros cfr. anotação ao art. 28.º do RJCS, E. Ribeiro, *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 185-201.

[114] Na medida em que este texto se atém à atividade seguradora, não se estendendo aos fundos de pensões, abstemo-nos de doravante a nomear especificamente.

organicamente) das reclamações dos "consumidores" de seguros e pelo processo de aprovação prévia de contratos e tarifas.

Considerando que a prossecução da missão e das atribuições da ASF se concretiza através do exercício das competências legalmente conferidas aos seus órgãos, as competências transversais do conselho de administração no âmbito da orientação e gestão da ASF, da gestão financeira e patrimonial, da atividade regulatória, da atividade de supervisão, do domínio sancionatório, do relacionamento institucional e do desenvolvimento de conhecimentos técnicos e respetiva difusão, do reforço da literacia financeira e divulgação de informação pública contribuirão para essa finalidade.

Entre as competências transversais ressaltam as competências de regulação e de supervisão.

As competências de regulação[115] conferem o poder para a emissão de normas regulamentares de cumprimento obrigatório pelas entidades sujeitas à supervisão da ASF, publicadas na 2.ª série do *Diário da República* e imediatamente disponibilizadas no sítio da ASF na Internet e que devem ser precedidas de um procedimento de consulta pública[116], mas também para a emissão de instrumentos regulatórios no domínio de *soft law*, como circulares, recomendações e orientações genéricas. O conselho de administração da ASF é ainda competente para se pronunciar, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à regulação do setor de atividade sob supervisão e, por iniciativa própria, para formular sugestões com vista à revisão do quadro legal e regulatório aplicável ao setor de atividade sob supervisão, elaborando e apresentando ao Governo os correspondentes anteprojetos legislativos ou regulamentares.

As competências de supervisão[117] conferem ao conselho de administração da ASF o poder para aplicar, fiscalizar, auditar e assegurar o cumprimento pelas entidades sob sua supervisão das leis, regulamentos e atos de direito da União Europeia aplicáveis, bem como de qualquer orientação ou instrução que emita. Cabe-lhe a prática dos atos de autorização, aprovação, homologação, registo ou certificação legalmente previstos. Pode requerer informações e documentos e promover averiguações e exames em qualquer entidade ou local, bem como emitir ordens, proibições ou instruções vinculativas para que sejam sanadas irregularidades, sendo nulos os atos

[115] Cfr. art. 16.º, n.º 3, dos estatutos.
[116] Cfr. art. 47.º dos estatutos.
[117] Cfr. art. 16.º, n.º 4, dos estatutos.

praticados em sua violação. Pode, ainda, proceder à revogação das autorizações concedidas ou dos registos e determinar a suspensão temporária ou retirada definitiva de clausulados e da comercialização de produtos, quando ocorra violação da lei ou haja risco ilegítimo para os interessados ou para o equilíbrio da exploração da empresa ou do setor.

Algumas das competências para desenvolvimento de conhecimentos técnicos e respetiva difusão, reforço da literacia financeira e divulgação de informação pública[118] têm especial relevância na esfera da proteção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, beneficiários e lesados, designadamente a previsão da publicação autónoma de um relatório anual sobre a supervisão e regulação da conduta de mercado[119], a promoção, apoio ou participação em iniciativas de reforço da literacia financeira[120], a gestão do sistema de registo de informações relativas ao seguro de responsabilidade civil de veículos terrestres a motor[121] e de outros sistemas de registo de informações relativas a outros seguros que venham a ser legalmente instituídos e a disponibilização do acesso público ao registo de entidades supervisionadas[122].

É, no entanto, o art. 16.º, n.º 7, dos estatutos, a sede de um conjunto de competências com o objetivo expresso de apoio aos tomadores de seguros, segurados, subscritores, beneficiários e lesados, designadamente assegurar-lhes a prestação de informação, orientação e apoio – para o efeito, a ASF dispõe de um sítio na Internet autonomizado do seu sítio institucional (o Portal do Consumidor) que disponibiliza um conjunto de informações e serviços em linha[123] –, assegurar a divulgação, semestral, de dados estatís-

[118] Cfr. art. 16.º, n.º 8, dos estatutos.

[119] Acessível no sítio da ASF na Internet.

[120] Destacando-se as que têm sido desenvolvidas sob a égide do Plano Nacional de Formação Financeira do CNSF. Cfr. Portal Todos Contam, acessível em https://todoscontam.pt/.

[121] Ainda que o sistema de registo de informações relativas ao seguro de responsabilidade civil de veículos terrestres a motor prossiga fins mais vastos (cfr. art. 76.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto), tem um papel relevante de proteção do lesado ao facultar um meio expedito de verificação de informação sobre o seguro e empresa de seguros que cobre o risco de responsabilidade civil decorrente da utilização do veículo que causou o acidente. Acessível em https://www.asf.com.pt/isp/PortalConsumidor .

[122] Acessível no sítio da ASF na Internet.

[123] Cfr. https://www.asf.com.pt/isp/PortalConsumidor. O Portal divulga informação sobre o regime do contrato de seguro e contratos de seguro específicos, legislação, relatórios relevantes da perspetiva do consumidor, os contactos dos gestores de reclamações, provedores do cliente e meios de resolução de litígios, sobre a colocação de contratos de seguro obriga-

ticos sobre as respetivas reclamações de forma agregada ou identificando as entidades reclamadas[124], assegurar a análise e a resposta às reclamações apresentadas que não estejam pendentes noutras instâncias[125], promover a dinamização e cooperação com os mecanismos alternativos de resolução de conflitos existentes e emitir recomendações ou, na sequência da análise das reclamações, ordenar aos operadores sujeitos à sua supervisão as providências necessárias à reparação justa dos direitos dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados.

9. Fonte regime setorial

A sede mais relevante de regras de conduta é, no entanto, o RJASR[126], não obstante ter na sua base direito harmonizado da União Europeia, centrando-se, por conseguinte, maioritariamente na vertente prudencial da atividade seguradora e na respetiva supervisão, tal como a diretiva que transpôs para a ordem jurídica interna[127], e no seguimento dos regimes anteriores.

tório de responsabilidade civil automóvel recusados por três empresas de seguros, formação financeira, a forma de aceder ao serviço da ASF destinado a facultar informação sobre os contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e operações de capitalização com beneficiários em caso de morte do segurado ou do subscritor e, ainda, sobre as comissões e rendibilidades dos planos poupança-reforma (PPR) constituídos sob a forma de contrato de seguro do ramo Vida não ligado a fundos de investimento.
O Portal disponibiliza vários serviços on-line como o serviço de reclamações e de apresentação de pedidos de esclarecimento, de verificação do seguro através da matrícula, e a consulta das entidades autorizadas.

[124] Acessível no sítio da ASF na Internet. Cfr. também o capítulo sobre Gestão de reclamações e apoio ao consumidor do Relatório de Regulação e Supervisão da Conduta de Mercado que divulga informação sobre a distribuição das reclamações, identificando as entidades reclamadas no âmbito dos seguros automóvel e de acidentes de trabalho.

[125] Serviço em linha acessível no referido Portal Consumidor.

[126] Para uma descrição sumária do RJASR cfr. n.os 5 e 6 da anotação ao art. 16.º do RJCS, E. Ribeiro, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 95-99.

[127] A designada "Diretiva Solvência II", Diretiva n.º 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício, alterada pelas Diretivas n.os 2011/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, 2012/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de setembro de 2012, 2013/23/UE, do Conselho, de 13 de maio de 2013, 2013/58/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, 2014/51/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, 2016/2341, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2016, pelo Regulamento (UE) 2017/2402, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, pelas Diretivas (UE)

Sem prejuízo de todo o regime de acesso e exercício da atividade seguradora convergir para o seu objetivo principal de proteção dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários[128], é, no entanto, possível destacar quer os princípios e poderes de supervisão transversais mais relevantes no domínio da supervisão da conduta de mercado, quer especificamente vocacionadas para regular a atuação das empresas de seguros no relacionamento com as categorias de sujeitos da tutela específica legalmente estabelecida.

9.1 Regime transversal

A supervisão da conduta de mercado partilha, assim, com a supervisão prudencial, três princípios gerais[129] que são subjacentes à forma como pode ser prosseguida pela ASF:

a) Assenta numa abordagem prospetiva e baseada no risco e abrange a verificação permanente do correto exercício da atividade pelas empresas de seguros e do respetivo cumprimento das disposições legais, regulamentares e administrativas aplicáveis;

b) Disponibilidade e utilização de instrumentos e práticas de supervisão apropriados, incluindo uma combinação adequada de realização de inspeções nas respetivas instalações (*on-site*) e de atividades de outra natureza (*off-site*);

c) Aplicação do regime de forma proporcional à natureza, dimensão e complexidade dos riscos inerentes à atividade das empresas de seguros.

Para o exercício das suas competências de supervisão, a ASF dispõe de um conjunto alargado de poderes dos quais se destacam os seguintes pela maior conexão com as competências em matéria de conduta de mercado[130]:

a) Verificar a conformidade técnica, financeira, contabilística e legal da atividade das empresas de seguros sujeitas à sua supervisão;

b) Obter informações pormenorizadas sobre a situação e atividades das empresas de seguros, nomeadamente através da recolha de dados, da exigência de documentos ou de inspeções a efetuar nas instalações

n.os 2018/843, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018 e 2019/2177, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2019.

128 Cfr. art. 22.º do RJASR.

129 Cfr. art. 25.º do RJASR.

130 Cfr. art. 27.º do RJASR.

das empresas, no âmbito das quais as entidades sujeitas à supervisão da ASF estão obrigadas a facultar-lhe o acesso irrestrito aos seus sistemas e arquivos, incluindo os informáticos;

c) Adotar, em relação às empresas de seguros e aos membros dos seus órgãos de administração e de fiscalização, demais pessoas que dirijam efetivamente as empresas ou pessoas que as controlam, as medidas, preventivas ou corretivas, adequadas e necessárias para garantir que as suas atividades observam, de forma consistente, as disposições legais, regulamentares e administrativas que lhes são aplicáveis e evitar ou eliminar qualquer irregularidade que possa prejudicar os interesses dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários;

e) Exigir às empresas de seguros, designadamente através da emissão de instruções e recomendações, que corrijam as deficiências ou irregularidades detetadas;

f) Garantir a aplicação efetiva das medidas referidas nas alíneas anteriores, se necessário mediante recurso às instâncias judiciais.

No processo de supervisão, a ASF revê e afere as estratégias e processos estabelecidos pelas empresas de seguros e os respetivos procedimentos de prestação de informação para garantir o cumprimento das disposições legais, regulamentares e administrativas aplicáveis, designadamente no âmbito da verificação da atuação das empresas de seguros no seu relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados[131].

Ainda no âmbito do regime transversal, cabe ressaltar o poder conferido à ASF para adotar medidas cautelares perante o exercício não autorizado de atividade seguradora[132]. Para além de a prática de atos ou operações de seguros ou de capitalização sem que para tal exista a necessária autorização ser punida com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa[133], a

[131] Cfr. art. 28.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b)*, do RJASR.

[132] Quanto ao fundamento da reserva da atividade seguradora a entidades autorizadas e sobre a controvérsia doutrinária relativa à consideração do elemento "técnica seguradora" ou "empresa" como elemento essencial do contrato de seguro cfr. n.os 3 e 4 da anotação ao art. 16.º do RJCS, E. Ribeiro, in *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, *cit.*, pp. 90-95.

[133] Cfr. art. 356.º, n.º 1, do RJASR. Cfr. ainda o regime processual aplicável aos crimes especiais do setor segurador e dos fundos de pensões e às contraordenações cujo processamento compete à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, em especial o respetivo capítulo I.

ASF, sempre que tenha fundadas suspeitas da prática desses atos ou operações pode[134]:

a) Promover a publicitação, pelos meios adequados, da identificação de pessoas singulares ou coletivas que não estão legalmente habilitadas a exercer atividades supervisionadas pela ASF;

b) Sem prejuízo da legitimidade atribuída por lei a outras pessoas, requerer a dissolução e liquidação de sociedade ou outro ente coletivo que, sem estar habilitado, pratique atos ou operações de seguros ou de capitalização sem que para tal exista a necessária autorização[135].

9.2 Regime específico

9.2.1 Regime de supervisão de seguros obrigatórios

Entrando no quadro do regime mais focado na proteção dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados, importa, desde logo, mencionar o regime de supervisão de seguros obrigatórios[136] – um reduto em que os Estados membros podem exigir que as empresas de seguros comuniquem de forma sistemática à autoridade de supervisão as condições do seguro[137].

A empresa de seguros que pretenda explorar um seguro obrigatório deve comunicar à ASF as condições gerais e especiais da apólice, bem como as correspondentes alterações, antes do início da respetiva comercialização ou no prazo máximo de um mês a partir dessa data, da produção de efeitos da alteração ou da superveniência de alterações legais ou regulamentares com efeito nos contratos vigentes. No prazo máximo de três meses a partir dessa comunicação, a ASF verifica a conformidade legal das condições comunicadas podendo, fundamentadamente, solicitar a alteração das cláusulas que entenda necessárias para assegurar essa conformidade. Desde que reconhecida a respetiva conformidade legal, as condições gerais e especiais, bem como as correspondentes alterações, são divulgadas no sítio da ASF na Internet. Para além dos seguros obrigatórios, este regime é extensivo aos seguros que constituam uma das modalidades alternativas de

[134] Cfr. art. 27.º, n.º 5, do RJASR.

[135] Sobre esta matéria cfr. também no ponto 10 *infra* a menção à Lei n.º 78/2021, de 24 de novembro.

[136] Cfr. art. 39.º, n.os 2 a 6, do RJASR.

[137] Cfr. art. 181.º, n.º 2, da Diretiva Solvência II.

cumprimento de uma obrigação legal, com exceção dos seguros utilizados como meio de prestação de caução. Não estão sujeitos a este regime os seguros relativamente aos quais não seja possível determinar a cobertura ou o capital mínimo obrigatório, e que, por conseguinte, não beneficiam do crivo da supervisão, encontrando-se igualmente identificados no sítio da ASF na Internet, ainda que esta publicação não resulte de uma obrigação legal.

A ASF pode, ainda, por norma regulamentar, impor o uso de cláusulas ou apólices uniformes para os ramos ou modalidades de seguros obrigatórios[138], poder a que deu uso mediante a aprovação de vários normativos com esta finalidade, dos quais destacamos a parte uniforme das condições gerais da apólice de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel[139], a parte uniforme das condições gerais e das condições especiais uniformes da apólice de seguro obrigatório de incêndio[140] e a parte uniforme geral das condições gerais das apólices de seguros obrigatórios de responsabilidade civil[141].

9.2.2 Princípio da proibição da aprovação prévia ou da comunicação sistemática

Um segundo princípio na conformação do exercício dos poderes de supervisão dos contratos reconduz-se ao princípio da proibição da aprovação prévia ou da comunicação sistemática das condições gerais e particulares das apólices de seguro, das tarifas, das bases técnicas utilizadas para o cálculo das tarifas e das provisões técnicas e dos formulários e outros impressos que as empresas de seguros se proponham utilizar nas suas relações com os tomadores de seguros, princípio, como vimos, apenas afastado no âmbito dos seguros obrigatórios. Igualmente excluída está a possibilidade de os Estados membros manterem ou introduzirem a exigência de notificação prévia ou de aprovação dos aumentos de tarifas propostos, salvo enquanto elementos de um sistema geral de controlo dos preços.

[138] Cfr. art. 39.º, n.º 1, do RJASR.

[139] Norma Regulamentar n.º 14/2008-R, de 27 de novembro, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 240/2008, de 12 de dezembro.

[140] Norma Regulamentar n.º 16/2008-R, de 18 de dezembro, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 5/2009, de 8 de janeiro.

[141] Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, de 19 de março, publicada no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 69/2009, de 8 de abril.

Hoje refletido no art. 40.º do RJASR, em transposição de regime da Diretiva Solvência II[142], este princípio foi introduzido no direito da União Europeia pela Segunda Diretiva Não Vida ainda que restrito à cobertura de grandes riscos[143], tendo posteriormente sido alargado parcialmente ao ramo Vida pela Segunda Diretiva Vida[144] e generalizado a todos os contratos de seguro pelas Terceiras Diretivas Não Vida e Vida[145/146] e merecido confirmação jurisprudencial[147].

De facto, ao objetivo de instituição de um mercado interno de seguros que possibilitasse ao tomador do seguro o acesso à maior diversidade de contratos oferecidos pelas empresas de seguros da União Europeia seria avessa uma supervisão baseada na aprovação de produtos e tarifas, crendo-se que a maior desregulamentação e liberalização dos mercados, afastando obstáculos ao exercício de atividade transfronteiras, potenciaria opções mais ajustadas às necessidades e ao perfil do tomador do seguro e contribuiria para a promoção da concorrência, excluindo a uniformização tarifária e melhorando a eficiência do mercado[148].

O regime nacional, que desde a aprovação dos estatutos do Instituto de Seguros de Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 302/82, de 30 de julho[149], previa,

[142] Cfr. arts. 21.º, 154.º, 181.º e 182.º da Diretiva Solvência II.

[143] Cfr. art. 8.º, n.º 3, e art. 10.º, n.º 3, da Diretiva n.º 73/239/CEE, do Conselho, de 24 de julho de 1973, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à atividade de seguro direto não vida e ao seu exercício, na redação introduzida pela Diretiva n.º 88/357/CEE e art. 18.º, n.os 2 e 3, da Diretiva n.º 88/357/CEE.

[144] Cfr. artigo 19.º, n.os 2 e 3, da Segunda Diretiva do Conselho, n.º 90/619/CEE, de 8 de novembro de 1990, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto de vida, que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício efetivo da livre prestação de serviços e altera a Diretiva 79/267/CEE.

[145] Cfr. art. 8.º, n.º 3, da Diretiva n.º 73/239/CEE, na redação introduzida pela Diretiva n.º 92/49/CEE e arts. 29.º e 39.º da Diretiva n.º 92/49/CEE e art. 8.º, n.º 3 da Diretiva n.º 79/267/CEE, na redação introduzida pela Diretiva n.º 92/96/CEE e arts. 29.º e 39.º da Diretiva n.º 92/96/CEE.

[146] Cfr. Ministério das Finanças, *ob.cit.*, p. 74.

[147] Cfr., quanto à vertente contratual, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 11.05.2000, Processo C-296/98, e quanto à vertente tarifária, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25.02.2003, Processo C-590/01.

[148] Cfr. Gilbert Parleani, *Le Marché Européen de L´Assurance*, in *Traité de Droit des Assurances*, Tomo I, *Entreprises et Organismes D´Assurance*, dir. Jean Bigot, 3.ª ed., LGDJ, 2011, pp. 512 e 513.

[149] Quanto à caracterização do processo de supervisão vigente em 1982 e das principais alterações introduzidas nessa data cfr. Direção de Supervisão, *Acerca do processo de supervisão em 1982*, Fórum Edição Especial – 30 anos, *cit.*, pp. 7-17.

entre as respetivas competências, a aprovação das bases técnicas, tarifas e condições gerais e especiais dos diversos ramos e modalidades de seguros e o estabelecimento de apólices uniformes e tarifas obrigatórias para determinados ramos ou modalidades de seguros[150], começa a inverter esta forma de supervisão contratual a partir da transposição da Segunda Diretiva Não Vida pelo Decreto-Lei n.º 352/91, de 20 de setembro, que eliminou a aprovação prévia e a comunicação sistemática das condições gerais e especiais das apólices, bem como das bases técnicas e das tarifas no âmbito da cobertura em livre prestação de serviços de grandes riscos situados em território português[151], mantendo-a na cobertura de seguros obrigatórios[152] e na cobertura de riscos de massa[153]. Pelo Decreto-Lei n.º 375/91, de 9 de outubro, foi alargado o leque de contratos cujas condições gerais e especiais são dispensadas de aprovação prévia, restringindo-a aos ramos Vida, Acidentes e Doença, Assistência, Proteção jurídica, Crédito e Colheitas e aos seguros obrigatórios. Com a transposição para o ordenamento jurídico da Terceira Geração de Diretivas pelo Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de abril, abandona-se definitivamente o sistema de aprovação prévia de produtos e tarifas[154], ainda que Portugal se tivesse prevalecido do regime transitório previsto nas Diretivas[155] para, até 31 de dezembro de 1994, exigir em relação a contratos de seguro que cobrissem riscos situados exclusivamente em território português e aos contratos de seguro nos quais Portugal fosse o Estado membro do compromisso que as empresas de seguros comunicassem prévia e sistematicamente ao Instituto de Seguros de Portugal as condições gerais e especiais dos contratos de seguro[156].

Assim, no que respeita aos seguros não obrigatórios, a ASF, para efeitos da supervisão do cumprimento das disposições aplicáveis aos contratos, apenas pode exigir às empresas de seguros com sede em território português, às sucursais de empresas de seguros com sede fora do território da União Europeia e às empresas de seguros com sede no território de outros Estados membros que exerçam atividade em Portugal através de uma

150 Cfr. art. 5.º, n.º 2, alíneas *b)* e *c)*, dos estatutos.

151 Cfr. art. 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 352/91, de 20 de setembro.

152 Cfr. art. 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 352/91, de 20 de setembro.

153 Cfr. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 352/91, de 20 de setembro.

154 Cfr. art. 121.º do Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de abril.

155 Cfr. art. 50.º, alínea *a)*, Diretiva n.º 92/49/CEE e art. 46.º, n.º 2, alínea *a)*, da Diretiva n.º 92/96/CEE.

156 Cfr. art. 197.º, n.º 1, alínea *a)*, do Decreto-Lei n.º 102/94, de 20 de abril.

sucursal ou em regime de livre prestação de serviços, a comunicação não sistemática das condições gerais e especiais das apólices, das tarifas, das bases técnicas e dos formulários e outros impressos que sejam utilizados nas suas relações com os tomadores de seguros ou segurados[157].

No caso de seguro ou operação do ramo Vida, para efeitos da supervisão do cumprimento das disposições aplicáveis em matéria de princípios atuariais, a ASF pode ainda exigir às empresas de seguros com sede em território português e às sucursais de empresas de seguros com sede fora do território da União Europeia a comunicação sistemática das bases técnicas utilizadas para o cálculo das tarifas, das prestações, das contribuições e das provisões técnicas do ramo Vida[158]. Em qualquer dos casos, estas comunicações não podem constituir condição para o exercício da atividade pela empresa de seguros[159].

Se este regime tem sido justificado como forma de possibilitar a diversidade e a adequação das opções contratuais de um tomador de seguros no âmbito do mercado interno e potenciou a inovação e a sofisticação dos produtos, também aumentou o espaço para a sua maior complexidade, pelo que se regista uma abertura para o reconhecimento de que, para determinados produtos mais complexos, a proteção do "consumidor" poderá passar pela aprovação ou comunicação prévia das condições contratuais. Assim sucede no Regulamento sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs)[160], em que o art. 5.º, n.º 2, admite que os Estados membros exijam que o criador de PRIIPs ou a pessoa que os vende notifique previamente a autoridade competente para os PRIIPs comercializados nesse Estado membro do documento de informação fundamental. No uso desta opção, o legislador nacional previu a notificação prévia do documento de informação fundamental à autoridade competente com a antecedência mínima de dois dias à data pretendida para a respetiva disponibilização aos investidores não profissionais[161].

[157] Cfr. art. 40.º, n.º 1, do RJASR.
[158] Cfr. art. 40.º, n.º 2, do RJASR.
[159] Cfr. art. 40.º, n.º 3, do RJASR.
[160] Cfr. nota 56 *supra*.
[161] Cfr. art. 5.º do anexo II da Lei n.º 35/2018, de 20 de julho.

9.2.3 Regime de supervisão adaptado ao funcionamento do mercado interno de seguros

O terceiro traço fundamental no exercício das competências da ASF em matéria de proteção do "consumidor" reporta-se a estar adstrito a um regime e a procedimentos distintos por força do mercado interno de seguros, consoante se trate de empresa de seguros sediada em Portugal ou em país terceiro à União Europeia ou noutro Estado membro da União Europeia[162].

A ASF é a autoridade competente para o exercício da supervisão da atividade das empresas de seguros com sede em Portugal, incluindo a atividade exercida no território de outros Estados membros pelas respetivas sucursais ou aí exercida em livre prestação de serviços, sem prejuízo da competências da autoridade competente do Estado membro de acolhimento no âmbito da supervisão das condições fundadas em razões de interesse geral. Supervisiona também a atividade exercida em território fora da União Europeia[163], bem como a atividade exercida em território português por sucursais de empresas de seguros de um país terceiro[164], relativamente às quais não existem divergências a assinalar quanto às regras de conduta e respetiva supervisão aplicáveis a empresas de seguros sediadas em território português[165].

Já quanto a empresas de seguros com sede em outro Estado membro que operem em Portugal através de uma sucursal ou em livre prestação de serviços, a ASF não dispõe de competências em matéria de supervisão financeira (exclusiva da autoridade de supervisão do Estado membro de origem), competindo-lhe supervisionar o cumprimento das normas legais,

[162] Nos termos do art. 3.º do RJASR podem exercer atividade seguradora em Portugal *(i)* empresas de seguros (sociedades anónimas ou mútuas de seguros) sediadas em Portugal e autorizadas ao abrigo do RJASR; *(ii)* empresas de seguros públicas ou de capitais públicos, criadas nos termos da lei portuguesa, desde que tenham por objeto a realização de operações de seguro em condições equivalentes às das empresas de direito privado; *(iii)* empresas de seguros que adotem a forma de sociedade europeia, nos termos da legislação que lhes seja aplicável; *(iv)* sucursais de empresas de seguros de um país terceiro, autorizadas nos termos do RJASR; *(v)* sucursais de empresas de seguros com sede em outro Estado membro, desde que cumpridos os requisitos de notificação exigidos; e *(vi)* empresas de seguros com sede em outro Estado membro, em regime de livre prestação de serviços, desde que cumpridos os requisitos de notificação exigidos.

[163] Cfr. art. 20.º, n.º 1, alínea *a)*, do RJASR.

[164] Cfr. art. 20.º, n.º 1, alínea *b)*, do RJASR.

[165] Cfr. art. 232.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas *a)* e *g)*, do RJASR.

regulamentares e administrativas aplicáveis[166]. O núcleo destas normas corresponde às condições fundadas em razões de interesse geral a que deve obedecer o exercício da atividade seguradora por essa empresa em Portugal.

Relevantes para delimitar quer o âmbito de aplicação do regime que visa a tutela jurídica específica dos sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro, quer as competências da ASF face a estas empresas, são os conceitos de local do risco[167] ou do compromisso[168], dado que a esfera de intervenção da ASF depende de se considerarem em território português. Estes conceitos foram enunciados nas Segundas Diretivas Não Vida e Vida[169/170], pela necessidade de aferir quando uma empresa de seguros cobre ou assume, a partir da sua sede ou de uma sucursal situada no território de um Estado membro, um risco ou um compromisso situado ou assumido no território de um outro Estado membro.

Em termos procedimentais[171], "[a]pós a comunicação pela autoridade de supervisão do Estado membro de origem de que uma empresa de seguros pretende exercer o direito de estabelecimento em território português mediante a criação de uma sucursal, a ASF informa aquela autoridade, no prazo de dois meses a contar da data da receção daquela comunicação, das condições fundadas em razões de interesse geral a que deve obedecer o exercício da atividade seguradora por essa sucursal". A ASF divulga no

166 Cfr. art. 20.º, n.º 1, alínea *c)*, do RJASR.

167 Nos termos do art. 5.º, n.º 1, alínea *o)*, do RJASR, entende-s*e por* "«Estado membro em que se situa o risco»: *i)* O Estado membro onde se encontrem os bens, caso o seguro respeite a imóveis ou a imóveis e ao seu conteúdo, na medida em que este último esteja coberto pelo mesmo contrato de seguro; *ii)* O Estado membro em que o veículo se encontra matriculado, sempre que o seguro respeite a veículos de qualquer tipo; *iii)* O Estado membro em que o tomador do seguro tiver celebrado o contrato, no caso de um contrato de duração igual ou inferior a quatro meses relativo a riscos ocorridos durante uma viagem ou férias, qualquer que seja o ramo em questão; *iv)* Nos casos não referidos nas subalíneas anteriores, o Estado membro em que se situe a residência habitual do tomador do seguro ou, caso se trate de uma pessoa coletiva, o estabelecimento do tomador do seguro a que o contrato diz respeito;".

168 Nos termos do art. 5.º, n.º 1, alínea *n)*, do RJASR, entende-se por "«Estado membro do compromisso», o Estado membro em que se situe a residência habitual do tomador do seguro ou, caso se trate de uma pessoa coletiva, o estabelecimento do tomador do seguro a que o contrato ou a operação dizem respeito;".

169 Respetivamente art. 2.º, alínea *d)*, da Diretiva n.º 88/357/CEE, do Conselho e art. 2.º, alínea *g)*, da Segunda Diretiva do Conselho n.º 90/619/CEE.

170 Cfr Gilbert Parleani, *ob. cit.*, 2.ª ed., pp. 668 e 669.

171 Cfr. art. 200.º do RJASR.

seu sítio na Internet o elenco dessas condições[172]. Sem prejuízo de outras condições de exercício divulgadas pela ASF, por norma regulamentar, são sempre consideradas como condições fundadas em razões de interesse geral as constantes do capítulo IV do título III do RJASR e respetiva regulamentação, ou seja, as relativas à conduta de mercado.

Uma condição fundada em razões de interesse geral não pode incidir sobre um domínio harmonizado, deve prosseguir um objetivo de interesse geral (*v.g.* a defesa dos consumidores) que não esteja já salvaguardado pelas regras a que a empresa de seguros está sujeita no seu Estado membro de origem, não pode constituir uma medida discriminatória e deve ser objetivamente necessária e proporcional ao objetivo prosseguido[173].

Em termos dos poderes de supervisão, a ASF pode exigir à empresa de seguros a apresentação de documentos necessários ao exercício desses poderes[174], e, caso verifique que não respeita as normas legais e regulamentares que lhe são aplicáveis, notifica-a para que ponha fim a essa situação irregular, que, se se mantiver, legitima que a ASF informe a autoridade de supervisão do Estado membro de origem e lhe solicite as medidas adequadas[175]. Se, não obstante a adoção dessas medidas, ou devido à inadequação ou inexistência dessas medidas, a empresa de seguros persistir na situação irregular, a ASF, após ter informado a autoridade de supervisão do Estado membro de origem, pode, então, adotar as medidas legalmente previstas para sanar as irregularidades cometidas ou evitar novas situações irregulares, podendo, se necessário, proibir a empresa de continuar a celebrar novos contratos de seguro em território português[176]. Em caso de emergência, a ASF pode adotar as medidas necessárias a impedir a persistência da atuação irregular, incluindo a proibição de celebração de novos contratos de seguro, medida que também pode determinar no procedimento comum, como medida de último recurso[177]. As sucursais estão também sujeitas à aplicação das sanções previstas no RJASR[178].

[172] Acessíveis em https://www.asf.com.pt

[173] Cfr. Comunicação Interpretativa da Comissão, *A liberdade de prestação de serviços e o interesse geral no sector dos seguros* (2000/C 43/03).

[174] Cfr. art. 205.º, n.º 1, do RJASR.

[175] Cfr. art. 207.º, n.os 1 e 2, do RJASR.

[176] Cfr. art. 207.º, n.º 3, do RJASR.

[177] Cfr. art. 207.º, n.º 5, do RJASR.

[178] Cfr. art. 208.º do RJASR.

O regime aplicável às sucursais é extensível, por remissão, e com as devidas adaptações, ao exercício de atividade em Portugal em livre prestação de serviços por empresa de seguros com sede em outro Estado membro[179]. Com bastante relevo na proteção dos lesados haverá também de referir a obrigação de designação de um representante para sinistros residente habitualmente ou estabelecido em Portugal, quando esteja em causa a cobertura de riscos obrigatória nos termos da lei[180].

Alteração recente do RJASR, promovida pelo Decreto-Lei n.º 56/2021, de 30 de junho[181], veio reforçar o regime de cooperação entre as autoridades de supervisão dos Estado membros de origem e de acolhimento caso surjam preocupações graves e fundamentadas relacionadas com a defesa do consumidor[182] e prever a possibilidade de proposta de criação e a participação da ASF em plataformas de cooperação com o objetivo de facilitar a troca de informações e a cooperação entre as autoridades de supervisão, no âmbito da atividade transfronteiras[183].

9.3 Deveres de conduta de mercado

A partir do Decreto-Lei n.º 2/2009, de 5 de janeiro, o regime de acesso e exercício da atividade seguradora passou a dispor de uma secção específica dedicado aos deveres de conduta de mercado, à qual sucedeu o capítulo IV do título III do RJASR (arts. 153.º a 159.º).

9.3.1 Política de conceção e aprovação de produtos de seguros

O art. 153.º do RJASR estabelece que as "empresas de seguros devem atuar de forma diligente, equitativa e transparente no seu relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados",

[179] Cfr. art. 241.º do RJASR.

[180] Cfr. art. 242.º do RJASR.

[181] Este diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/2177, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2019, que, no contexto da revisão dos Regulamentos que criaram as Autoridades Europeias de Supervisão, visou, entre outros objetivos, reforçar o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades de supervisão e a EIOPA em casos de atividades de seguros transfronteiriças (cfr. considerando 7 da Diretiva).

[182] Cfr. art. 189.º, n.º 1 e 206.º, n.º 2, do RJASR.

[183] Cfr. art. 247.º-A do RJASR.

e anuncia os princípios gerais em matéria de política de conceção e aprovação de produtos de seguros.

O dever de a empresa de seguros definir uma política de conceção e aprovação de produtos de seguros – que não sejam de grandes riscos –, antes de os referidos produtos serem distribuídos, considerando todas as fases contratuais e de assegurar que a mesma é adequadamente implementada e o respetivo cumprimento monitorizado, tem hoje um papel essencial na proteção do tomador do seguro ou do segurado, por visar certificar que o produto de seguros é concebido e que ao longo de todo o seu ciclo de vida é consistente com as características, as necessidades e os objetivos da pessoa à qual é oferecido, contribuindo, assim, para a mitigação de potenciais coberturas e investimentos inadequados.

Os processos de conceção e aprovação dos produtos de seguros devem ser adequados e proporcionais à natureza do produto, assegurar a identificação do perfil dos tomadores de seguros ou segurados que constituem o mercado alvo do produto, garantir que todos os riscos relevantes para o mercado alvo são avaliados e que a estratégia de distribuição é consistente com o mercado alvo identificado e prever todas as medidas razoáveis para salvaguardar que o produto é distribuído a esse mercado alvo.

As empresas de seguros devem ainda "garantir que a forma como são concebidos os produtos de seguros e a respetiva estrutura de prémio ou de custos ou suas componentes, não induz ou contribui para agravar situações de conflito com os interesses dos tomadores de seguros, segurados ou beneficiários", tendo a ASF sido dotada do poder para proibir ou impedir a comercialização de produtos de seguros que os prejudiquem ou possam prejudicar os seus interesses, "designadamente por serem desadequados ao respetivo perfil ou por induzirem ou contribuírem manifestamente para agravar situações de conflito com os seus interesses"[184].

Este regime é secundado no regime jurídico da distribuição de seguros e de resseguros (RJDS), aprovado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro, com normas aplicáveis ao mediador de seguros que conceba produtos de

[184] Este poder foi também atribuído à ASF quanto aos produtos de investimento com base em seguros nas condições estabelecidas no art. 17.º pelo Regulamento (UE) n.º 1286/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014 e respetivo Regulamento Delegado (UE) 2016/1904, da Comissão, de 14 de julho, no que diz respeito à intervenção sobre produtos.

seguros[185], ou ao distribuidor de seguros[186]. Embora o regime nacional de conceção e aprovação de produtos de seguros seja anterior a esta Lei, tendo sido introduzido pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro[187], o facto de o direito da União Europeia o ter harmonizado através da Diretiva sobre a distribuição de seguros[188] implicou uma revisão do art. 153.º do RJASR. O quadro jurídico aplicável neste domínio completa-se com o Regulamento Delegado que complementa a Diretiva (UE) 2016/97 no que diz respeito aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros[189].

A centralidade atual da promoção da sustentabilidade nas diversas dimensões da regulação europeia sobre o setor financeiro[190] teve também eco nestes requisitos. Assim, a partir de 2 de agosto de 2022[191], os fatores e os

185 Cfr. art. 24.º, n.º 1, alínea *m)*, do RJDS.

186 Cfr. art. 24.º, n.º 1, alínea *n)*, art. 37.º, n.º 2, alínea *e)* e art. 39.º do RJDS.

187 O que explica que a terminologia nacional "política de conceção e aprovação de produtos de seguros", seja distinta da utilizada na Diretiva "Requisitos de supervisão e de governação dos produtos", mas deve considerar-se que existe uma identidade material na regulação.

188 Art. 25.º da Diretiva (UE) 2016/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de janeiro de 2016, alterada pela Diretiva (UE) n.º 2018/411, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2018, no que respeita à data de aplicação das medidas de transposição dos Estados membros e pelo Regulamento Delegado (UE) 2019/1935, da Comissão, de 13 de maio de 2019, no que respeita às normas técnicas de regulamentação que adaptam os montantes de base em euros para efeitos do seguro de responsabilidade civil profissional e da capacidade financeira dos mediadores de seguros e de resseguros.

189 Regulamento Delegado (UE) 2017/2358, da Comissão, de 21 de setembro de 2017.

190 Com interesse direto para o setor segurador relevam o Regulamento (UE) 2019/2088, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros, o Regulamento (UE) 2020/852, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2020, relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088, Regulamento Delegado (UE) 2021/1256, da Comissão, de 21 de abril de 2021, que altera o Regulamento Delegado (UE) 2015/35 no que respeita à integração dos riscos de sustentabilidade no governo das empresas de seguros e de resseguros, o Regulamento Delegado (UE) 2021/2139, da Comissão, de 4 de junho de 2021, que completa o Regulamento (UE) 2020/852 e o Regulamento Delegado (UE) 2022/1288, da Comissão, de 6 de abril de 2022, que complementa o Regulamento (UE) 2019/2088.

191 Cfr. art. 3.º do Regulamento Delegado (UE) 2021/1257, da Comissão, de 21 de abril de 2021, que altera os Regulamentos Delegados (UE) 2017/2358 e (UE) 2017/2359 no que respeita à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nos requisitos de supervisão e governação dos produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores

objetivos de sustentabilidade passam a dever ser considerados no processo de governação e supervisão dos produtos de seguros e na determinação do mercado alvo e no teste dos produtos. As preferências individuais em matéria de sustentabilidade passam igualmente a ser relevantes no conhecimento que os mediadores e as empresas de seguros que prestam aconselhamento sobre produtos de investimento com base em seguros devem obter para recomendar produtos desse tipo adequados aos seus clientes e devem ser refletidas nessas recomendações, para além dos objetivos estritamente financeiros. Estabelecem-se também regras para obstar ao «ecobranqueamento», determinando a abstenção de recomendação de um produto que não corresponda às preferências individuais em matéria de sustentabilidade.

Não se atendo a um fim procedimental, se o cumprimento destes deveres corresponder, de forma substantiva, à sua finalidade e não apenas a critérios formais, pode constituir uma das formas para equilibrar (do lado da oferta do produto) a proteção dos interesses dos tomadores de seguros hoje muito assente em requisitos de informação e transparência e na sua otimização pela via da literacia financeira. De facto, sem prejuízo da enorme relevância desses fatores na tomada de decisões adequadas, têm sido reconhecidos os seus limites, quer pela crescente complexidade dos contratos e da informação que lhes está associada, quer pelos ensinamentos da economia comportamental, que assume o pressuposto da limitada racionalidade da decisão[192] e valoriza os fatores psicológicos e emocionais e as simplificações e enviesamentos cognitivos na decisão (financeira).

Assim, a par e conjugada com o esforço de triagem, simplificação e adequação da informação a prestar e do investimento na educação financeira e na formação financeira do tomador do seguro e do segurado – essencial para reforçar o impacto de todos os instrumentos disponíveis para proteção dos seus interesses –, a imposição ao segurador do dever de diligenciar para que o produto de seguros seja compatível com as características, as necessidades e os objetivos do tomador do seguro ou do segurado é tão mais revelante quanto se constata alguma fragilidade do modelo de contratação baseado no consentimento informado, sobretudo por via da contratação eletrónica[193].

de seguros, bem como nas regras relativas ao exercício das atividades e ao aconselhamento de investimento para os produtos de investimento com base em seguros.

[192] Cfr. Meinrad Dreher, *Treatises on Solvency II*, Springer, 2015, p. 91.

[193] Cfr. Margarida Lima Rego, *Manifesto contra a subversão do contrato*, in www.revistadedireitocomercial.com, 6-01-2019, pp. 31-74. A autora, depois de evidenciar que o

9.3.2 Política de tratamento

O art. 154.º do RJASR impõe às empresas de seguros a definição, implementação e monitorização do cumprimento de uma política de tratamento dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados. O conteúdo mínimo da política de tratamento foi definido, por via regulamentar, pela ASF, incluindo, entre outros elementos, o tratamento equitativo, diligente e transparente dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados, o tratamento adequado das respetivas necessidades de informação e de esclarecimento, atendendo ao seu perfil e à natureza e complexidade da situação e dos seus dados pessoais, a prevenção e a gestão de conflitos de interesse, designadamente no âmbito da gestão de reclamações, a gestão célere e eficiente dos processos que lhe respeitem, designadamente em matéria de sinistros e de reclamações[194].

O órgão de administração da empresa de seguros é responsável pelo cumprimento dos deveres inerentes à política de tratamento, que deve ser consignada em documento escrito, comunicada de forma eficaz a toda a empresa e encontrar-se permanentemente disponível e acessível em meio de divulgação interno e divulgada ao público através de meios adequados, designadamente através da respetiva disponibilização em sítio da Internet bem como, sempre que solicitado, através da entrega em suporte papel. Deve ser assegurado que os princípios, regras e procedimentos adotados no quadro do relacionamento da empresa de seguros com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários ou terceiros lesados são igualmente extensíveis aos canais de distribuição[195].

cidadão médio não lê o clausulado contratual: "Temos de render-nos à evidência: se quase ninguém lê coisa nenhuma, o cidadão médio, essa abstração, tão-pouco o fará. Logo, a decisão de comprar sem ler não pode qualificar-se, sem mais, como uma decisão negligente. Essa conduta não fica aquém do padrão médio de diligência que sobre todos impende, pela simples razão de que todos o fazemos. Este cidadão somos nós." (cfr. p. 48), identifica alguns regimes de tutela adequada de quem aceita sem ler, entre os quais os requisitos de governação do produto (cfr. pp. 67-68).

[194] Cfr. art. 5.º da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho, sobre conduta de mercado e tratamento de reclamações pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (*Diário da República*, 2.ª série, de 30 de junho de 2022).

Esta norma regulamentar, face à Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, de 25 de junho, que revogou, estendeu a regulação às entidades gestoras de fundos de pensões, especificou os princípios aplicáveis à conduta de mercado no âmbito do sistema de governação e densificou os requisitos de reporte à supervisão e os requisitos de divulgação pública de informação.

[195] Cfr. art. 4.º da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.

A ASF tem o poder de determinar que as empresas de seguros procedam à alteração da respetiva política de tratamento, quando não assegure devidamente os direitos dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários ou terceiros lesados.

9.3.3 Acordos

Pelo impacto que as convenções, protocolos ou outros acordos celebrados entre empresas de seguros possam ter no relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados, o art. 155.º do RJASR vem prever um dever de comunicação dos mesmos à ASF.

9.3.4 Publicidade

A matéria da publicidade, que constitui outro domínio central na proteção do consumidor, tem também um tratamento específico enquadrado no art. 156.º do RJASR. O princípio fundamental deste regime é o de que a publicidade das empresas de seguros está sujeita à lei geral[196], sem prejuízo do regime especial que for fixado em norma regulamentar da ASF[197].

A regulamentação da ASF tem um âmbito transversal a todas as entidades supervisionadas, estabelecendo princípios e regras a observar pelas empresas de seguros, pelos mediadores de seguros e pelas entidades gestoras de fundos de pensões[198]. No que se refere às empresas de seguros importa reter que o regime se aplica em todas as situações em que sejam comercializados seguros em que Portugal seja o Estado membro do compromisso ou que cubram riscos situados em Portugal[199], independentemente das formas de comunicação e dos meios de difusão utilizados[200]. De forma consistente com a reserva da atividade seguradora a entidades autorizadas, a mensagem publicitária que tenha por objeto entidades ou atividades sujeitas à supervisão da ASF, apenas pode referir-se a entidades que se encontrem autori-

[196] Designadamente o Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro.

[197] Cfr. Norma Regulamentar n.º 3/2010-R, de 18 de março, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, de 24 de março. Quanto à publicidade na atividade seguradora cfr. Joana Mendes e Rita Lopes Tavares, *Regulação e Supervisão da Publicidade no Sector Segurador: Perspectivas de Direito Nacional e de Direito Comparado*, Fórum, Revista Semestral, Instituto de Seguros de Portugal, Ano XIII, n.º 28, dezembro 2009, pp. 6-29.

[198] Cfr. art. 1.º da Norma Regulamentar n.º 3/2010-R, de 18 de março.

[199] Cfr. art. 2.º, n.º 1, da Norma Regulamentar n.º 3/2010-R, de 18 de março.

[200] Cfr. art. 2.º, n.º 4, da Norma Regulamentar n.º 3/2010-R, de 18 de março.

zadas para o exercício dessa atividade e quanto tenha por objeto produtos e serviços sujeitos à sua supervisão, apenas pode referir-se a produtos e serviços comercializados por entidades autorizadas para o efeito[201]. O regime especial de publicidade abrange uma diversidade de matérias, entre as quais se destaca a identificação do operador, produtos e serviços, os princípios da identificabilidade, da veracidade, a menção obrigatória e expressões de uso restrito.

Cabe à ASF a "supervisão do cumprimento das disposições legais, regulamentares ou administrativas, gerais ou especiais, aplicáveis em matéria de publicidade das empresas de seguros e das suas associações empresariais"[202], dispondo dos poderes para, nos casos de incumprimento, ordenar as modificações necessárias para pôr termo às irregularidades, ordenar a suspensão das ações publicitárias e determinar a imediata publicação pelo responsável de retificação apropriada[203].

Para além da supervisão da publicidade na sequência de denúncias, reclamações ou pedidos de esclarecimento, a ASF utiliza um sistema de identificação da publicidade divulgada através de televisão, rádio, imprensa e cartazes, que permite a sua monitorização permanente e que possibilita uma intervenção imediata em caso de incumprimento[204].

9.3.5 A gestão de reclamações

A gestão de reclamações[205] dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados desdobra-se por três intervenientes: a gestão de reclamações pelos serviços da empresa de seguros reclamada, pelo provedor do cliente e pela ASF.

As empresas de seguros devem prover à gestão célere e eficiente dos processos de reclamação para o que devem instituir uma função autónoma responsável pela gestão das reclamações que deve funcionar como ponto centralizado de receção e resposta, bem como assegurar que os colaboradores que intervenham nos processos são idóneos e detêm qualificação profis-

[201] Cfr. art. 4.º da Norma Regulamentar n.º 3/2010-R, de 18 de março. Sobre esta matéria cfr. também no ponto 10 *infra* a menção à Lei n.º 78/2021, de 24 de novembro.

[202] Cfr. art. 156.º, n.º 2, do RJASR.

[203] Cfr. art. 156.º, n.º 3, do RJASR.

[204] Cfr. Relatório de Regulação e Supervisão da Conduta de Mercado, 2021, p. 110.

[205] Cfr. conceito de reclamação a considerar para efeitos deste regime no art. 3.º, alínea *a)*, da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.

sional adequada e que o modelo organizacional adotado promove a gestão imparcial das reclamações[206].

O órgão de administração da empresa de seguros é responsável pela definição e aprovação de um regulamento de funcionamento aplicável à gestão de reclamações que deve ser consignado em documento escrito e ser comunicado e estar permanentemente acessível internamente à empresa, bem como pela implementação adequada do mesmo e pela monitorização do respetivo cumprimento[207]. A regulamentação da ASF fixa o conteúdo mínimo do regulamento de funcionamento, a informação geral a disponibilizar pelas empresas de seguros aos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados, o meio de apresentação e os elementos mínimos que devem constar de uma reclamação para possibilitar o seu tratamento e os procedimentos mínimos que a empresa de seguros deve adotar na gestão[208].

Caso a empresa de seguros não responda à reclamação no prazo de 20 dias contados a partir da data da respetiva receção ou no prazo de 30 dias nos casos que revistam especial complexidade ou quando, tendo respondido, o reclamante discorde do sentido da mesma, a reclamação torna-se elegível para ser apresentada ao provedor do cliente[209]. O provedor do cliente é designado de entre pessoas singulares de reconhecido prestígio, qualificação, idoneidade e independência, exercendo tais funções exclusivamente para uma empresa de seguros, ou para empresas de seguros que integrem o mesmo grupo segurador[210]. O provedor do cliente opera de acordo com os critérios e procedimentos fixados no respetivo regulamento de funcionamento[211], estabelecendo a regulamentação da ASF o conteúdo mínimo desse regulamento e os procedimentos mínimos que o provedor do cliente deve adotar na gestão das reclamações[212]. O provedor do cliente aprecia as reclamações no prazo máximo de 30 dias contados a partir da data da respetiva receção, prorrogando-se o prazo máximo para 45 dias nos

[206] Cfr. art. 157.º, n.º 2, do RJASR e art. 6.º da Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, de 25 de junho.
[207] Cfr. art. 8.º da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.
[208] Cfr. arts. 9.º a 11.º da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.
[209] Cfr. art. 15.º, n.º 2, da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.
[210] Cfr. art. 158.º, n.os 1 e 2, do RJASR.
[211] Cfr. art. 158.º, n.º 3, do RJASR.
[212] Cfr. arts. 14.º e 15.º da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.

casos que revistam especial complexidade[213]. Na sequência dessa apreciação, o provedor do cliente comunica ao reclamante e à empresa de seguros os resultados da apreciação da reclamação e respetiva fundamentação, incluindo, se for o caso, as recomendações que decida efetuar[214]. A empresa de seguros deve informar o provedor do cliente quanto ao acolhimento das recomendações no prazo máximo de 20 dias contados a partir da data da respetiva receção. Caso a empresa de seguros não acolha a recomendação, o provedor do cliente informa o reclamante em conformidade[215]. Do sítio da ASF na Internet constam as recomendações efetuadas pelos provedores do cliente[216].

Por último e em correspondência com a competência atribuída pelos seus estatutos, a ASF aprecia as reclamações que lhe sejam apresentadas, e "promove as diligências necessárias para a verificação do cumprimento das normas cuja observância lhe caiba zelar e adota as medidas adequadas para obter a sanação dos incumprimentos, sem prejuízo da instauração de procedimento contraordenacional sempre que a conduta das entidades reclamadas, nomeadamente pela gravidade ou reiteração, o justifique"[217]. A ASF dispõe de um serviço on-line[218], que permite a apresentação da reclamação e a consulta do estado do processo.

O capítulo VIII da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho, regula o tratamento de reclamações pela ASF. Destacam-se a identificação das condições e do meio preferencial para a apresentação de reclamações e a descrição da tramitação do processo junto da ASF.

10. Fonte regimes gerais

Para além do regime setorial da atividade seguradora, as regras de conduta das empresas de seguros encontram a sua base em regimes transversais ou em regimes comuns que visam a proteção dos consumidores ou a proteção dos consumidores do setor financeiro. Citam-se alguns desses regimes de forma não exaustiva.

[213] Cfr. art. 15.º, n.º 6, da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.

[214] Cfr. art. 15.º, n.os 7 a 9, da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.

[215] Cfr. 15.º, n.os 10 e 11, da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho.

[216] Cfr. art. 16.º da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 7 de junho. As recomendações efetuadas pelos provedores do cliente estão acessíveis no Portal do Consumidor.

[217] Cfr. art. 157.º, n.º 1, do RJASR.

[218] Acessível em https://www.asf.com.pt/isp/PortalConsumidor/Reclamacoes.

Sem prejuízo de a atividade seguradora integrar o âmbito de aplicação desses regimes, o art. 3.º do RJCS também explicita que não afasta a aplicação de regimes gerais como a legislação sobre cláusulas contratuais gerais[219], sobre defesa do consumidor[220] e sobre contratos celebrados à distância[221], nos termos do disposto nesses diplomas. O art. 19.º do RJCS reitera a remissão, no âmbito específico dos deveres de informação do segurador, para o regime dos contratos celebrados à distância e para o regime de defesa do consumidor, caso o tomador do seguro seja considerado consumidor nos termos legalmente previstos.

De referir que o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores nomeia a ASF como competente para a fiscalização do regime e para o processamento das contraordenações e aplicação de sanções, no âmbito das respetivas atribuições[222].

Igualmente oponíveis aos seguradores são os deveres previstos no regime do comércio eletrónico[223], regime que reconhece às "entidades de supervisão" um conjunto de atribuições e competências[224].

Os consumidores de seguros estão ainda cobertos pelo regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações comerciais com os consumidores[225]. À ASF foram atribuídas competências para a fiscalização do cumprimento do regime, instrução dos processos de contraordenação e aplicação de coimas e sanções acessórias no âmbito dos setores que supervisiona e para a determinação de medidas cautelares relativas a práticas comerciais desleais que ocorram nesse âmbito[226].

[219] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro e alterado pelos Decretos-Leis n.os 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de 17 de dezembro, pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio pelo Decreto-Lei n.º 108/2021, de 7 de dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

[220] Cfr. nota 32 *supra*.

[221] Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, pelas Leis n.º 46/2011, de 24 de junho e n.º 14/2012, de 26 de março e pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro.

[222] Cfr. arts. 26.º, n.º 1, e 37.º do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio.

[223] Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. Alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março e pelas Leis n.º 46/2012, de 29 de agosto e n.º 40/2020, de 18 de agosto.

[224] Cfr. art. 36.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

[225] Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março. Alterado pelos Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

[226] Cfr. art. 19.º, n.os 1 e 2, art. 20.º e art. 21.º, n.os 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

No domínio das reclamações, para além do regime específico que lhes é aplicável ao nível setorial, os reclamantes no setor segurador podem também recorrer ao livro de reclamações[227].

Cabe também referir o Decreto-Lei n.º 71/2021, de 11 de agosto, que assegura a execução do Regulamento (UE) 2017/2394, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores, que designa as autoridades nacionais competentes para a aplicação do Regulamento, às quais são reconhecidos os poderes previstos nesse Regulamento. À ASF, sem prejuízo dos poderes que já decorrem dos estatutos, foram atribuídos os poderes de investigação e de aplicação previstos no art. 9.º, n.º 3 e n.º 4, alíneas *a)*, *g)* e *h)* do Regulamento, cujo exercício obedece ao disposto no art. 10.º[228], com referência aos *supra* mencionados regime do comércio eletrónico, regime da comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores[229].

A relevância da prevenção e combate ao exercício de atividades financeiras não autorizadas para proteção do consumidor está na base da Lei n.º 78/2021, de 24 de novembro. Esta Lei estabelece deveres de abstenção de difusão, aconselhamento ou recomendação de produtos e serviços financeiros prestados ou distribuídos por entidade que não esteja legalmente habilitada, deveres de comunicação à autoridade de supervisão competente do conhecimento de exercício não autorizado e deveres de diligência específicos a cargo de órgãos de comunicação social ou sítios eletrónicos organizados como um todo coerente de caráter comercial, editorial, noticioso ou outro, e do profissional ou agência de publicidade. As autoridades de supervisão financeira devem disponibilizar nos respetivos sítios institucionais na Internet um canal de denúncias e organizar um registo público dos alertas de atividade financeira não autorizada difundidos. São ainda dotadas do poder de determinar o bloqueio preventivo do acesso a sítios eletrónicos, do protocolo de Internet ou do sistema de nomes de domínio ou a remoção

[227] Regime pelo Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 371/2007, de 6 de novembro, 118/2009, de 19 de maio, 317/2009, de 30 de outubro, 242/2012, de 7 de novembro, 74/2017, de 21 de junho, 81-C/2017, de 7 de julho, 9/2020, de 10 de março e 9/2021 de 29 de janeiro.

[228] Cfr. art. 12.º do Decreto-Lei n.º 71/2021, de 11 de agosto.

[229] Cfr. anexo ao Decreto-Lei n.º 71/2021, de 11 de agosto.

de determinado conteúdo específico ilícito, que tenham por objeto a tentativa ou a promoção ou comercialização de produtos e bens ou a prestação de serviços financeiros por entidades não habilitadas.

11. Consumer protection is in the 'DNA' of EIOPA

O lema utilizado pela Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA) serve de mote a que se sublinhe a relevância que a sua instituição e funcionamento representa para a incursão de preocupações específicas focadas no consumidor de seguros na regulação e na supervisão da atividade seguradora na União Europeia.

Trata-se da autonomização do conceito de consumidor no direito da União Europeia aplicável à regulação e supervisão da atividade seguradora e da atenção crescente à proteção do consumidor, âmbito específico a que, como vimos, o processo de construção do mercado interno permaneceu alheio.

Sendo um conceito ausente da Diretiva Solvência II[230], embora já bastante presente na Diretiva sobre a distribuição de seguros, começou a ter um tratamento destacado no Regulamento que cria a EIOPA[231]. Este Regulamento "estabelece a fundação da relação entre o regime de supervisão da atividade seguradora e a proteção do consumidor."[232].

A EIOPA foi instituída como parte integrante do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF) cujo principal objetivo é assegurar a aplicação adequada das regras ao setor financeiro para preservar a estabilidade financeira e garantir a confiança no sistema financeiro no seu conjunto e uma proteção eficaz e suficiente aos clientes e consumidores de serviços financeiros[233]. Para além da EIOPA, o SESF compreende o Comité Europeu

[230] Na versão inicial da Diretiva, o termo não era utilizado no articulado, constando de forma isolada do considerando 79, passando a integrar duas menções residuais no art. 77.º-F, n.º 1, alínea *h)*, aditado pela Diretiva 2014/51/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014 e no art. 152.º-A, n.º 2, aditado pela Diretiva (UE) 2019/2177, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2019.

[231] Regulamento (UE) n.º 1094/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, alterado pela Diretiva 2014/51/EU e pelo Regulamento (EU) 2019/2175, do Parlamento Europeu e do Conselho de, 18 de dezembro de 2019.

[232] Cfr. Meinrad Dreher, *ob. cit.*, p. 69 (tradução nossa). Embora o autor considere que as tarefas e poderes delegados à EIOPA na área da proteção do consumidor se reportam apenas à proteção coletiva e não (também) à proteção individual do consumidor (cfr. pp. 69 e 88-89).

[233] Cfr. art. 2.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.

do Risco Sistémico, a Autoridade Bancária Europeia, a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão e as autoridades competentes ou de supervisão dos Estados membros[234].

As preocupações com a proteção do consumidor, que o Regulamento distingue do cliente, do tomador do seguro e do investidor, estão expressas nos objetivos da Autoridade[235], nas atribuições gerais[236], na adoção de decisão pela EIOPA em situação de emergência[237], na realização de inquéritos a determinados tipos de instituição financeira, de produto ou de comportamento no âmbito da avaliação de riscos sistémicos[238], na composição do Grupo de Interessados do Setor dos Seguros e Resseguros[239], na participação no Conselho de Supervisores[240] e nas matérias que são consideradas pelo Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão para garantia da coerência intersectorial[241].

Mas central neste âmbito é o art. 9.º do Regulamento da EIOPA especificamente dedicado às atribuições relacionadas com a proteção do consumidor[242], cometendo-lhe um vasto conjunto de incumbências para que desempenhe "um papel de liderança na promoção da transparência, da simplicidade e da equidade no mercado no que se refere aos produtos e serviços financeiros destinados aos consumidores em todo o mercado interno". Nestas tarefas destacam-se a recolha de informação, análise e divulgação das tendências dos consumidores e da evolução dos custos e dos encargos dos serviços e produtos financeiros de retalho nos Estados membros, a realização de revisões temáticas aprofundadas da conduta do mercado, o desenvolvimento de indicadores de risco a nível de retalho e iniciativas em matéria de literacia e educação no domínio financeiro.

A EIOPA dispõe de poderes para a adoção de orientações e recomendações com vista a promover a segurança e solidez dos mercados e a con-

234 Cfr. art. 2.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
235 Cfr. art. 1.º, n.º 6, alínea *f)*, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
236 Cfr. art. 8.º, n.º 1, alínea *h)*, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
237 Cfr. art. 18.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
238 Cfr. art. 22.º, n.º 4, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
239 Cfr. art. 37.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
240 Cfr. art. 40.º, n.º 6, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
241 Cfr. art. 54.º, n.º 2, 7.º travessão, do Regulamento (UE) n.º 1094/2010.
242 As principais tarefas em curso e áreas de trabalho da EIOPA no âmbito da proteção do consumidor estão acessíveis em https://www.eiopa.europa.eu/browse/consumer-protection_en .

vergência e eficácia das práticas regulatórias e de supervisão, bem como para difundir alertas no caso de uma atividade financeira constituir uma séria ameaça para os objetivos que são prosseguidos pela Autoridade. Pode ainda, se previsto e nos termos dos atos legislativos que delimitem a área de intervenção da EIOPA ou, no caso de uma situação de emergência, nos termos e condições estabelecidos no art. 18.º do Regulamento, proibir ou restringir temporariamente a comercialização, a distribuição ou a venda de produtos, instrumentos ou atividades financeiras suscetíveis de acarretar sérios prejuízos financeiros para os clientes ou consumidores, ou que ameacem o funcionamento ordenado e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União.

O art. 16.º do Regulamento sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs)[243] já atribuiu em concreto à EIOPA o poder de proibir ou restringir temporariamente na União a comercialização, distribuição ou venda de determinados produtos de investimento com base em seguros ou de produtos de investimento com base em seguros com determinadas características especificadas ou determinado tipo de atividade ou prática financeira de uma empresa de seguros, nas condições definidas no Regulamento e no Regulamento Delegado (UE) 2016/1904, da Comissão, de 14 de julho, no que diz respeito à intervenção sobre produtos.

Como parte integrante da Autoridade foi criado um Comité para a proteção dos consumidores e a inovação financeira especificamente dedicado a esta matéria.

O nível de harmonização do direito da União Europeia no setor segurador e o crescente papel da EIOPA na promoção da convergência da regulação e das práticas de supervisão tornam incontornável que a proteção do consumidor de seguros seja enquadrada pela sua atuação, sem prejuízo da celeridade e proximidade da resposta a manter nos supervisores nacionais.

IV. Conclusões

Os regimes institucional e contratual nacionais aplicáveis à atividade seguradora conferem uma tutela jurídica específica a um conjunto de sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro mais amplo que os que se possam qualificar como "consumidor" num sentido técnico-jurídico.

[243] Cfr. nota 56 *supra*.

Essa especial proteção, quando prevista, é conferida nuclearmente ao tomador do seguro, ao segurado e ao beneficiário, ainda que os regimes que enquadram o exercício da atividade seguradora apresentem diferentes níveis de desagregação desse elenco, incluindo o subscritor e o lesado (ou terceiro lesado).

Por confronto com a definição de consumidor consagrada no regime legal aplicável à defesa dos consumidores, os regimes aplicáveis à atividade seguradora asseguram proteção aos sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro prescindindo da finalidade visada com a cobertura do seguro e abstraem da natureza singular ou coletiva da pessoa.

Aos regimes institucional e contratual nacionais aplicáveis à atividade seguradora não é, no entanto, alheia uma dimensão de proporcionalidade, processando-se o ajustamento da proteção em função do perfil da contraparte ou das finalidades da cobertura pela distinção entre seguro de riscos de massa e seguro de grandes riscos. Esta distinção foi introduzida no ordenamento jurídico nacional a partir do regime institucional, como forma de distinguir entre os tomadores de seguros que devido à sua qualidade, à sua importância, ou à natureza do risco a segurar, não necessitariam de proteção particular no Estado membro onde o risco se situa, pelo que lhes deveria ser concedida total liberdade para recorrer a um mercado de seguros o mais amplo possível e os outros que careceriam de um maior grau de proteção. Mercê da evolução da construção do mercado interno de seguros esta distinção perdeu acuidade, dado que o princípio do «passaporte comunitário» foi aplicado a todos os seguros e se considerou dispensável manter esta proteção especial a um conjunto de tomadores de seguros. É no regime aplicável ao contrato de seguro que a distinção mantém importância significativa, quer na escolha da lei aplicável ao contrato, quer no RJCS, permitindo o afastamento de algumas disposições de imperatividade absoluta, excluindo o regime de imperatividade relativa e facultando uma maior liberdade de convenção entre as partes em aspetos específicos do regime.

A estrutura institucional da regulação e supervisão da atividade seguradora em Portugal, caracteriza-se por estar incluída num modelo tripartido em função de um critério setorial, conjugar atribuições de regulação e supervisão e abranger a vertente prudencial e a vertente comportamental ou de conduta de mercado. A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), herdeira dos modelos institucionais de supervisão da atividade seguradora que se sucederam desde que em 21 de outubro de 1907 foi criado o Conselho de Seguros, é regida por estatutos que acompanha-

ram a evolução dos regimes setoriais por cuja supervisão é responsável e os princípios internacionais que se fundamentam no papel determinante da independência das autoridades de supervisão para a garantia de mercados equitativos, eficientes e transparentes e são tributários do impulso de adaptação determinado pela Lei-quadro das entidades reguladoras. O objetivo principal da missão e atribuições da ASF e do exercício das competências pelos seus órgãos é a proteção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados. A ASF está sujeita ao princípio da especialidade, encontrando o princípio da independência reflexo em múltiplos traços do seu regime estatutário.

A missão e os objetivos da atuação pela ASF e todos os regimes aplicáveis à atividade seguradora concorrem para a proteção dos sujeitos de efeitos jurídicos em contrato de seguro merecedores de uma tutela jurídica específica, mas centrando a análise nas regras de conduta dos seguradores no seu relacionamento com os tomadores de seguro, segurados ou beneficiários (fora do âmbito do RJCS e do RJDS), identificam-se as competências estatutárias do conselho de administração da ASF nesse âmbito, bem como o regime transversal que a supervisão da conduta de mercado partilha com a supervisão prudencial no RJASR.

No regime específico do RJASR focado na proteção dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados há que destacar o regime de supervisão de seguros obrigatórios, a singularidade do princípio da proibição da aprovação prévia ou da comunicação sistemática das condições gerais e particulares na conformação do exercício dos poderes de supervisão dos contratos de seguro e o âmbito delimitado e os processos distintos a que a ASF pode recorrer quando esteja em causa a supervisão comportamental da atividade em território português, através de uma sucursal ou em regime de livre prestação de serviços, por empresa de seguros sediada em outro Estado membro da União Europeia.

No capítulo do RJASR expressamente dedicado às regras de conduta das empresas de seguros são-lhes cometidos um conjunto de deveres: de definição, implementação e monitorização do cumprimento de uma política de tratamento dos tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados; de comunicação à ASF das convenções, protocolos ou outros acordos celebrados entre empresas de seguros que possam ter impacto no relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados; de cumprimento de um regime especial no domínio da publicidade, para além da sujeição à lei geral; de implementação de um

sistema de gestão de reclamações e de designação de um provedor do cliente para apreciação das reclamações elegíveis para o efeito.

Cabe ressaltar o regime relativo à política de conceção e aprovação de produtos de seguros (ou os requisitos de supervisão e de governação dos produtos) que visa garantir que o produto de seguros, ao longo do seu ciclo de vida, é compatível com as características, as necessidades e os objetivos do tomador do seguro ou do segurado.

Este regime, em paralelo com alguns afloramentos da inflexão do princípio da proibição da aprovação prévia e da comunicação sistemática à autoridade de supervisão de informação contratual em produtos complexos e com os poderes para as autoridades de supervisão proibirem ou impedirem a comercialização de produtos de seguros que prejudiquem ou possam prejudicar os interesses dos sujeitos que a lei tutela, constitui uma das formas de, conjugadamente com requisitos de informação e transparência e da sua otimização pela via da literacia financeira, prosseguir a proteção dos interesses dos tomadores de seguros. De facto, sem prejuízo da enorme relevância desses fatores na tomada de decisões adequadas, têm sido reconhecidos os seus limites, quer pela crescente complexidade dos contratos e da informação que lhes está associada, quer pelos ensinamentos da economia comportamental, que assume o pressuposto da limitada racionalidade da decisão e valoriza os fatores psicológicos e emocionais e as simplificações e enviesamentos cognitivos na decisão. Pelo que, cabe também considerar os instrumentos de proteção do "consumidor" de seguros que contribuam para a garantia de oferta de produtos adequados.

Para além do regime setorial da atividade seguradora, as regras de conduta das empresas de seguros encontram a sua base em regimes transversais ou em regimes comuns que visam a proteção dos consumidores ou a proteção dos consumidores do setor financeiro.

Por último, importa concluir que o Regulamento que instituiu a EIOPA é um marco na abordagem regulatória e de supervisão do setor segurador na União Europeia ao autonomizar a proteção do consumidor nos objetivos e atribuições da Autoridade Europeia de Supervisão.

O reconhecimento de específicas preocupações com os tomadores de seguros, segurados e beneficiários que se qualifiquem como consumidores pode fundamentar o desenvolvimento de regimes de proteção mais adequados por facilitarem a aplicação do princípio da proporcionalidade que se afigura mais complexa quando não considera a natureza do sujeito e as diferentes necessidades de proteção.

A ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Ricardo Branco*

Sumário: *1. Razão de ordem; 2. Enquadramento e natureza jurídico-institucionais; 3. A ERSAR e os direitos dos consumidores; 3.0. Os sujeitos da relação jurídica de consumo regulada pela ERSAR; 3.1. A ERSAR como garante do direito dos consumidores à qualidade dos serviços de águas e resíduos; 3.2. A ERSAR como garante do direito À proteção da saúde e da segurança física do consumidor dos serviços de águas e resíduos; 3.3. A ERSAR como entidade garante do direito à informação no consumo; 3.4. A ERSAR e a garantia do direito à proteção dos interesses económicos dos consumidores dos serviços de águas e resíduos; 3.5. A ERSAR como instrumento de garantia do direito dos consumidores dos serviços de águas e resíduos à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; Conclusão.*

1. Razão de ordem

I. A decisão da Comissão Organizadora da presente Colectânea de incluir, na economia da mesma, *rectius* a propósito das entidades públicas com atribuições no âmbito de aplicação do Direito do Consumo, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), revela-se de uma propriedade dogmática bem mais clarividente do que muitos cultores do Direito do Consumo ou do Direito da Regulação poderiam à partida julgar, pois:

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1) Se, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na sua redação atual, lei essa que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores (doravante "*Lei da Defesa do Consumidor*"), «*Considera-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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios* [, ou ainda] (...) *pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*»;
2) E se, nos termos do subsequente artigo 3.º da mesma Lei, «*O consumidor tem direito* (...) *À qualidade dos bens e serviços* [,] (...) *À protecção da saúde e da segurança física* [,] (...) *À formação e à educação para o consumo* [,] (...) À informação para o consumo [,] (...) À protecção dos interesses económicos [,] (...) À prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogéneos, colectivos ou difusos [, bem como] (...) À protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta [e] (...) À participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses»[1];
3) Compreendendo «Os serviços (...) de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos (...), no todo ou em parte [,] (...) A gestão dos sistemas (...) de captação, elevação, tratamento, adução, armazenamento e distribuição de água para consumo público, (...) de fontanários não ligados à rede pública de distribuição de água que sejam origem única de água para consumo humano [,] (...) A gestão dos sistemas (...) de recolha, drenagem, elevação, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, bem como a recolha, o transporte e o destino final de lamas de fossas sépticas individuais [e] (...) A gestão dos sistemas municipais de recolha, transporte, armazenagem, triagem, tratamento, valorização e eliminação de resíduos urbanos» (cf. n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 194/2009, de 20 de agosto);

[1] Sobre este elenco de direitos dos consumidores, cf., em geral, José Engrácia Antunes, «Os direitos dos consumidores», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 63, 2018, pp. 3-22.

4) E tratando-se, em tal conformidade, não só, mas também, da prestação de serviços destinados a uso não profissional, *in casu* e imperativamente por entes públicos ou seus concessionários, nos termos conjugados do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, na sua redação atual, esclarecido que fique que a própria gestão de resíduos urbanos é uma prestação de serviços destinados a um uso não profissional, quando, nomeadamente nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º do Regime Geral da Gestão de Resíduos, aprovado em anexo ao Decreto-lei n.º 102-D/2020, de 10 de dezembro, na sua redação atual, é «"*Resíduo urbano*", o resíduo (...) De recolha indiferenciada e de recolha seletiva das habitações, incluindo papel e cartão, vidro, metais, plásticos, biorresíduos, madeira, têxteis, embalagens, resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos, resíduos de pilhas e acumuladores, bem como resíduos volumosos, incluindo colchões e mobiliário [, assim como] (...) de outras origens, caso sejam semelhantes aos resíduos das habitações na sua natureza e composição»;
5) A ERSAR é, por definição, uma entidade pública encarregue da defesa dos direitos do consumidor, uma vez que, nos termos dos respetivos Estatutos, «... tem por missão a regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, abreviadamente designados por serviços de águas e resíduos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano» (cf. n.º 2 do artigo 1.º), bem como por atribuição, entre outras que à mesma se subsumem, «Assegurar a salvaguarda dos direitos e interesses dos utilizadores em relação a tarifas, serviços e qualidade de serviço e promover a resolução de litígios destes com as entidades gestoras» (idem, a alínea e) do n.º 4 do artigo 5.º).

II. É pois, tal qual oportunamente se concluirá, com plena inserção dogmática na proteção dos direitos dos consumidores que se perfila o presente estudo sobre a ERSAR, o que não prejudica a necessidade de se descrever, para esclarecimento do alcance da ação da mesma enquanto entidade protetora dos direitos dos consumidores, os respetivos enquadramento e natureza jurídico-institucionais.

2. Enquadramento e natureza jurídico-institucionais

I. Os Estatutos da ERSAR começam por qualificá-la como *pessoa coletiva de Direito Público* (cfr. a primeira parte do n.º 1 do artigo 1.º). O necessário cumprimento, exigido a todo o intérprete, do disposto no artigo 9.º do Código Civil – de acordo com cujos três sucessivos números: «A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada [;] (...) Não pode[ndo], porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso [, em moldes nos quais,] (...) Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» – exigirá que, em lugares do sistema jurídico-normativo estatutariamente relacionados com a categoria «*pessoa coletiva de Direito Público*» se busque, por maior operatividade e sem menoscabo da importantíssima teorização sobre o sentido da personalidade coletiva de Direito Público[2], o adequado subsídio para a definição de quanto tal seja.

E assim, reconstituindo o sentido da expressão «*pessoa coletiva de Direito Público*» tida nomeadamente em mente a unidade do sistema jurídico, dentro do sentido literal possível, e tomada em linha de conta a presunção de que o legislador estatutário se exprimiu bem, consideramos ser mister recorrer, na determinação do sentido da expressão estatutária «*pessoa coletiva de Direito Público*», a dogmática interpretativa mais estabilizada em torno da norma jurídica de âmbito mais geral, no ordenamento jurídico português, que apela à qualificação «*pessoa coletiva de Direito Público*», qual norma seja o artigo 1.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, de acordo com cujos termos «A responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da

[2] Cfr. semelhantes referências de âmbito teórico geral, entre outros, em: Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, vol. I, 10.ª ed. (7.ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 182 e ss.; Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, vol. I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 615 e ss.; Sérvulo Correia, Noções de Direito Administrativo, vol. I, Editora Danúbio, Lisboa, 1982, pp. 137 e ss.; Vital Moreira, Administração Autónoma e Associações Públicas, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 257 e ss.; E Pedro Gonçalves, Entidades Privadas com Poderes Públicos, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 248 e ss.

função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial».

Em perspetiva de dogmática jurídico-administrativa, naturalmente tributária da competente teoria geral, o anotador mais sistemático e de maior vulto deste regime jurídico[3] tem-se pronunciado, com entendimento que vai fazendo escola, em sentido no qual pessoas coletivas de Direito Público são quantas:

(1) além de agirem no exercício de prerrogativas de poder público[4], i.e., «*faculdade*[s, legalmente atribuídas a dados entes, de] (...), *de modo unilateral, editar*[em] *normas jurídicas, produzir*[em] *efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, e utilizar*[em], *se necessário, meios coercivos para executar*[em] *as suas decisões* [,] (...) *Constitu*[indo] (...) *manifestações do exercício de poderes de autoridade a emissão de regulamentos administrativos, a prolação de atos administrativos e a celebração de contratos administrativos, que constituem formas jurídicas comuns de atuação das entidades administrativas*»[5];

(2) prosseguem igualmente as suas atribuições «*...no âmbito de atividade regulada por disposições ou princípios de direito administrativo*»[6], enquanto «*...conjunto de normas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública e conferem a órgãos administrativos prerrogativas de autoridade* (...) "*...para o prosseguimento do interesse público, disciplina[m] o seu exercício ou organiza*[m] *os meios necessários para esse efeito*"», além da sujeição aos princípios constitucionais da Administração Pública, total na personalidade coletiva de Direito Público[7];

II. Com o fito da determinação do alcance da qualificação estatutária da ERSAR como pessoa coletiva de Direito Público, a valoração, imperativa para o intérprete, do elemento sistemático na interpretação jurídica reclama ainda a tomada em linha de conta do disposto no n.º 1 do artigo 3.º da Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de

[3] Cfr. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: anotado*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

[4] Idem, p. 28.

[5] Idem, p. 34, na esteira confessa, e também por nós reconhecida, de Pedro Gonçalves, *Entidades...* cit., p. 608.

[6] Cfr. Carlos Alberto Fernandes Cadilha, op. cit., p. 28.

[7] Idem, p. 34, recorrendo, quanto à referenciação das prerrogativas de autoridade, à conhecida lição de Marcello Caetano, op. cit., p. 84.

regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, a referenciar doravante como «*Lei-Quadro*»), em cujos termos «*As entidades reguladoras são pessoas coletivas de direito público*».

A aplicação desta norma é concitada pelo facto, linguístico e jurídico, de resultar da designação da própria ERSAR a respetiva qualificação como entidade reguladora, bem como do de resultar da segunda parte do citado n.º 1 do artigo 1.º dos respetivos Estatutos que a ERSAR «*...é uma entidade* (...) *com funções de regulação e de supervisão*».

Ora, sem se apurar ainda o que significam «funções de regulação e de supervisão», a qualificação da ERSAR como entidade reguladora é natural elemento de conexão para o chamamento da aplicação do n.º 1 do artigo 3.º da *Lei-Quadro*, expressamente referido, à semelhança da própria lei, a Entidades Reguladoras.

Tal qual muito bem refere Ana Raquel Moniz[8], «*Embora ínsita num ato legislativo que se autointitula como "lei-quadro", não corresponde rigorosamente a essa a natureza da LQER* [, pois] (...) *tratar-se-á de* (...) *uma "lei reforçada cartaz", dotada de uma força vinculativa diminuída que não impede o afastamento das suas prescrições pela posterior legislação atinente, desde logo, ao estatuto das várias entidades reguladoras* [[9], sem embargo do que,] *Ainda assim, e considerando o seu pendor genérico, bem como a inspiração que instilou no conteúdo dos diplomas relativos a cada um dos reguladores, a análise do regime das entidades reguladoras sob a ótica do seu estatuto, organização, poderes e formas de atuação terá na LQER um arrimo determinante*».

Cobram pois por isso total validade, ainda quanto à qualificação da ERSAR como *pessoa coletiva de Direito Público*, as duas conclusões interpretativas que pedimos de empréstimo a esta mesma Autora, conclusões essas de acordo com cujo sentido: (i) «*... uma entidade reguladora, enquanto pessoa*

[8] Cfr. «As entidades reguladoras independentes: estatuto, organização, poderes e formas de atuação», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), *Garantia de Direitos e Regulação: perspetivas de Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 511.

[9] Excluindo esta *Lei-Quadro*, apesar da sua designação sumária, da categoria das leis de valor reforçado, cfr., por todos: Blanco de Morais, «A Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e o seu Estatuto de Independência», in: *Jurismat: Revista Jurídica,* n.º 7,2015, pp. 160-161; Pedro Gonçalves/Licínio Lopes Martins, «*Nótulas sobre o Novo Regime das Entidades Independentes de Regulação da Atividade Económica*», in: Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Regulação Pública – II, Almedina, Coimbra, 2015*, pp. 336-337; e Marco Caldeira, «As Entidades Administrativas Independentes», in: Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão (coord.), *Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos,* vol. I, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 463.

coletiva pública, é uma pessoa coletiva, criada por lei ou por um ato jurídico baseado numa lei, para desempenhar tarefas materialmente correspondentes ao exercício da função administrativa e, como tal, dotada, em nome próprio, de poderes e deveres públicos»[10]; (ii) o próprio regime de criação, previsto pela *Lei-quadro*, aponta para a personalidade jurídica de Direito Público das Entidades Reguladoras, uma vez que os respetivos atos institutivos são atos legislativos e não atos de Direito Privado[11].

III. Os Estatutos da ERSAR seguem qualificando, no n.º 1 do respetivo artigo 1.º, a ERSAR como «*...uma entidade administrativa independente*».

Também a sistematicamente conexa *Lei-Quadro* estabelece, no n.º 1 do respetivo artigo 3.º, que «*As entidades reguladoras são pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes*».

Neste particular qualificatório da ERSAR como entidade administrativa independente, é, aliás, o n.º 1 do artigo 2.º dos respetivos Estatutos quer a definir o núcleo da independência da Entidade, quer a operar a remissão sistemática para o regime mais geral da *Lei-Quadro* das Entidades Reguladoras, ao conter disposição de harmonia com a qual «*A ERSAR é independente no exercício das suas funções, nos termos previstos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, e nos presentes estatutos, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental no âmbito desse exercício*».

Deve então afirmar-se, com o máximo rigor dogmático, que a qualificação da ERSAR como entidade administrativa independente significa, desde logo, a exclusão da respetiva atividade do espectro da tutela e da superintendência governamentais, colocando-a assim numa *dimensão infra-estadual* de entidade não integrada na Administração direta do Estado, livre da orientação e da tutela estaduais, com poder autónomo de decisão ou influência sobre um determinado setor ou atividade, ainda que tal poder não corresponda à administração de interesses próprios[12].

[10] Cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 517.

[11] Idem, pp. 517-518.

[12] Cfr., neste sentido, com referência à noção de entidade administrativa independente, Vital Moreira, *Administração*... cit, p. 127; Vital Moreira/Maria Fernanda Maçãs, Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 41, respetivamente; Blanco de Morais, «As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa», in: Revista da Ordem dos Advogados, n.º 1, ano 61.º, Janeiro 2001, pp. 103,122 e ss.; E Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits.,

Semelhante qualificação é, de resto, uma qualificação constitucional, que arranca da norma do n.º 3 do artigo 267.º da Constituição, segundo a qual «*A lei pode criar entidades administrativas independentes*»; e de acordo com cujo sentido o constituinte pretendeu naturalmente, em sequência da referência – no precedente n.º 2 do artigo 267.º – aos «*poderes de direção, superintendência e tutela dos órgãos competentes*», habilitar o legislador a criar entidades livres desses poderes.

Por conseguinte, adstringir à ERSAR, ou mesmo a todas as entidades reguladoras, o caráter de entidades administrativas independentes significa, no essencial e à luz do n.º 3 do artigo 267 da Constituição, integrar essas entidades, do ponto de vista organizatório, na Administração independente[13].

A atribuição à ERSAR, à semelhança do que sucede com as demais entidades reguladoras reguladas pela *Lei-Quadro* para cujo regime jurídico o Estatuto da ERSAR remete, da natureza de entidade administrativa independente tem por fins essenciais: (i) a separação da respetiva atividade face à esfera política e à orientação das maiorias conjunturais, por se tratar com tal atividade – como adiante melhor se esclarecerá – do estabelecimento e incremento de regras de funcionamento do mercado livre e concorrencial, distinto da mais politizada e controversa intervenção do Estado como agente económico[14]; bem como (ii) a convocação de meios mais flexíveis do que os característicos das estruturas administrativas hierárquicas[15].

Constituem pois afloramentos ou corolários desta independência, face à cúpula administrativa governamental, caracterizadora das entidades reguladoras, como o é a ERSAR, enquanto entidades administrativas independentes:

[13] Cfr., neste sentido, Vital Moreira, *Administração*... cit., pp. 127-128 e 132-133; Vital Moreira/Fernanda Maçãs, op. cit., pp. 25 e ss.; João Nuno Calvão da Silva, «Poderes e Instrumentos Regulatórios das Entidades Reguladoras ao Abrigo da Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económico dos Sectores Privado, Público e Cooperativo», in: Pedro Gonçalves (org.), Estudos de Regulação Pública-II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 389 e ss.; Marco Caldeira, op. e loc. cits., pp. 464 e ss.; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 521.

[14] Cfr., Vital Moreira/Fernanda Maçãs, op. cit., pp. 10 e ss., e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 524.

[15] Cfr., para o apontamento deste outro fim, Paula Costa e Silva, «As Autoridades Independentes. Alguns Aspetos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica», in: O Direito, ano 138.º, Vol. III, 2006, p. 545; Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 524-525; e Jaime Melo Baptista, «Regulação de serviços de águas e resíduos», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), op. cits., p. 647.

(1) A imperatividade de nomeação dos membros dos conselhos de administração das entidades reguladoras de entre indivíduos dotados de comprovadas idoneidade, competência técnica, aptidão, experiência profissional e formação adequadas ao exercício das respetivas funções (cfr. o n.º 2 do artigo 17.º da Lei-Quadro, bem como o n.º 1 do artigo 18.º dos Estatutos da ERSAR);
(2) A designação dos membros do conselho de administração por Resolução do Conselho de Ministros, após audição pela Assembleia da República (cfr. n.ºs 2 a 6 do artigo 18.º dos Estatutos da ERSAR);
(3) A consagração da peremptória incompatibilidade do exercício de funções na administração das entidades reguladoras com a condição de titular dos órgãos de soberania, das Regiões Autónomas ou do poder local, bem como com o desempenho de quaisquer outras funções públicas salvo funções docentes desempenhadas a título gratuito (cfr. artigo 19.º da *Lei-Quadro*, bem como a alínea a) do n.º 1 do artigo 19.º dos Estatutos da ERSAR);
(4) A genérica consagração da não integração das entidades reguladoras na Administração estadual e, sobretudo, a sua não sujeição à interferência ou ao controlo governamental [cfr. artigos 9.º, n.º 1, e 45.º, n.os 1 e 2, da *Lei-Quadro*), que é como quem diz, respetivas, subtração a qualquer influência diretora ou orientadora do Governo, e sujeição da respetiva atividade exclusivamente ao controlo judicial;
(5) Bem como a não sujeição das entidades reguladoras ao regime geral da superintendência e tutela sobre os institutos públicos;
(6) Tudo sem prejuízo da consagração da regra da aprovação ministerial (n.ºs 3 a 8 do artigo 45.º da *Lei-Quadro*) e da sujeição ao parlamento (artigo 49.º da mesma Lei) de instrumentos como os orçamentos e planos plurianuais de atividades das entidades reguladoras, bem como da necessidade de aprovação ministerial de aquisições ou de alienações de imóveis por parte de tais entidades (cfr. a alínea e) do n.º 3 do artigo 5.º da *Lei-Quadro*)[16].

IV. De qualquer modo, a remissão, operada pelo n.º 1 do artigo 2.º dos Estatutos da ERSAR, do quadro de definição da independência da mesma para a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras determina, deste mesmo ponto de vista estatutário, a validade, relativamente à ERSAR, do princípio

[16] Cfr., com semelhante elenco, Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 525 e ss..

da independência funcional e técnica das entidades reguladoras, consagrado na alínea c) do n.º 2 do artigo 3.º da *Lei-Quadro* em referência, o qual postula, para além da independência vertical ou relativamente ao Governo, a independência horizontal ou face aos destinatários da respetiva atividade[17].

No plano da garantia deste outro nível de independência se situam, nomeadamente, a consagração da «*rotatividade dos membros dos órgãos dirigentes* (cf. artigos 17.º, n.º 2, e 20.º, n.ºs 1 e 2, da LQER [, bem como, dos Estatutos da ERSAR, a alínea b) do n.º 1 e o n.º 2, todos do artigo 19.º]) (...) *de incompatibilidades e impedimentos, inviabilizando que, quer durante o exercício das suas funções, quer num período (temporalmente limitado) após a cessação do mandato, os titulares dos órgãos das entidades reguladoras desempenhem qualquer cargo ou disponham de qualquer vínculo ou relação (de natureza contratual ou outra) com empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da entidade reguladora, ou detenham quaisquer participações ou interesses naquelas* [cf. artigo 19.º, n.º 1, alíneas b) e c), e n.º 2, da LQER]»[18].

O fim último deste distinto regime de independência é, sem dúvida, o da garantia da imparcialidade administrativa destas entidades face aos destinatários da respetiva atuação[19].

Ora, semelhante dimensão da independência, reportada aos destinatários da atividade da ERSAR, levam-nos à necessidade de descrever o âmago da respetiva atividade, descrição essa epigraficamente operada pela parte final do n.º 1 do artigo 1.º dos respetivos Estatutos por meio da referência a «*funções de regulação e de supervisão*», bem como do subsequente n.º 2, ao nele se precisar que «*A ERSAR tem por missão a regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, abreviadamente designados por serviços de águas e resíduos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano*».

Esta missão é concretizada através da previsão estatutária de atribuições da ERSAR, agrupadas pelo legislador em: (1) atribuições de regulação estrutural do setor (n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos); (2) atribuições de regulação comportamental em matéria económica (idem, n.º 3 e 4); (3) atividades regulatórias complementares (idem, n.º 5).

[17] Cfr., neste sentido, Ana Raquel Gonçalves Moniz, p. 518.

[18] Cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 519.

[19] Cfr. a referência da nota anterior.a

V. Nos termos do n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos da ERSAR, «*São atribuições da ERSAR de regulação estrutural do setor:* (...) *Colaborar com a Assembleia da República e com o Governo na formulação das políticas públicas e dos diplomas respeitantes aos serviços regulados*; (...) *Contribuir para a racionalização e a resolução de disfunções respeitantes aos serviços regulados e a organização do setor, bem como acompanhar e reportar a implementação dos seus planos estratégicos;* (...) *Contribuir para a clarificação das regras de prestação destes serviços através da emissão de regulamentos e recomendações, e acompanhar a aplicação desses regulamentos e recomendações e da legislação em vigor*».

Trata-se, assim, de atribuições reportadas, nomeadamente, a poderes normativos e de formulação da política pública do setor.

VI. Num plano mais concreto, já não traduzido na tomada de medidas gerais e abstratas para todo o setor – como o é o da regulação estrutural –, e sim no exercício da atividade regulatória relativamente a cada qual dos seus destinatários, surge a regulação comportamental[20]. Nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º dos Estatutos da ERSAR, «*São atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica:* (...) *Fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das referidas entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis;* (...) *Avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis;* (...) *Emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o incumprimento das normas legais aplicáveis;* (...) *Emitir, nas situações e termos previstos na lei, recomendações quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor;* (...) *Garantir a faturação detalhada pelas entidades prestadoras dos serviços, num quadro de identificação decomposta das várias parcelas que compõe o valor final da fatura, visando a desagregação, perante o utilizador final, das diferentes componentes dos custos respeitantes às atividades de*

[20] Com estes termos de distinção, cfr., por todos, Jaime Melo Baptista, op. e loc. cits., p. 650.

águas, saneamento, gestão de resíduos e outros [;] (...) *Fiscalizar o cumprimento pelas entidades titulares e gestoras das disposições legais, regulamentares e contratuais aplicáveis, nomeadamente nas fases de criação, concurso, contratualização, alteração contratual, reconfiguração e extinção, garantindo o interesse público e a legalidade;* (...) *Assegurar a regulação da qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água, nos termos definidos em legislação aplicável, promovendo a melhoria da sua qualidade e universalidade, avaliando o desempenho dessas entidades;* (...) *Assegurar a regulação da qualidade de serviço prestado aos utilizadores pelas entidades gestoras, promovendo a melhoria dos níveis de serviço, avaliando o desempenho dessas entidades, comparando as entidades entre si e premiando casos de referência;* (...) *Promover a comparação e a divulgação pública da atividade das entidades gestoras, materializando um direito fundamental de acesso à informação que assiste a todos os utilizadores e consolidando uma cultura de disponibilização de informação concisa, credível e de fácil interpretação;* (...) *Assegurar a salvaguarda dos direitos e interesses dos utilizadores em relação a tarifas, serviços e qualidade de serviço e promover a resolução de litígios* (...) *destes com as entidades gestoras;* (...) *Fomentar a participação dos utilizadores dos serviços, criando mecanismos de aconselhamento e divulgação de informação; (...) Conhecer as reclamações dos utilizadores e os conflitos que envolvam as entidades gestoras, analisando-as, promovendo o recurso à conciliação e arbitragem* (...) *entre as partes como forma de resolução de conflitos e tomando as providências que considere urgentes e necessárias*».

É neste núcleo de atribuições de regulação comportamental, tal qual se pode verificar por meio da leitura da introdução ao presente texto constante da respetiva rubrica 1. E melhor se desenvolverá nas rubricas *infra*, que reside a importância da ERSAR como entidade ao serviço dos direitos dos consumidores.

VII. Num terceiro plano, a que chamaríamos instrumental face aos das demais atribuições, os Estatutos da ERSAR qualificam como «*...atribuições específicas da ERSAR as* (...) *atividades regulatórias complementares* [consistentes em]: (...) *Coordenar e realizar a recolha e a divulgação da informação relativa ao setor dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos e às respetivas entidades titulares e gestoras, garantindo o direito de acesso à informação a todos os utilizadores;* (...) *Promover a investigação, a inovação e a realização de estudos sobre matérias das suas atribuições, contribuir para a melhoria da capacitação técnica das entidades gestoras e outros agentes do setor*».

VIII. Estas atribuições são prosseguidas, nos termos dos Estatutos da ERSAR, por meio do exercício de poderes de autoridade, sancionatórios e regulamentares, conforme se prevê no Capítulo II dos Estatutos.

Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º dos respetivos Estatutos, «*A ERSAR exerce os poderes de autoridade necessários à prossecução das suas atribuições, designadamente através da realização de ações de inspeção, fiscalização e auditoria*».

Em tal conformidade, «*Incumbe às entidades sujeitas à intervenção da ERSAR prestar-lhe todas as condições necessárias à garantia da eficácia das ações desenvolvidas no âmbito das suas atribuições, nomeadamente através da designação de interlocutores*» (cfr. o n.º 5 do artigo 9.º dos Estatutos)[21].

Por outro lado, nos termos do artigo 10.º dos Estatutos, «*À ERSAR compete processar as contraordenações e aplicar as coimas correspondentes e ainda as demais sanções aplicáveis às infrações das leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe esteja cometida, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, nos termos previstos na lei*»[22].

IX. Muito importante é a disposição do artigo 11.º dos Estatutos da ERSAR, de harmonia com a qual «*Compete à ERSAR elaborar e aprovar regulamentos com eficácia externa no quadro das respetivas atribuições, sem prejuízo de outras que venham a ser definidas por lei, nomeadamente no que respeita a* (...) *Qualidade de serviço, designadamente através da definição de níveis mínimos de qualidade e das compensações devidas em caso de incumprimento;* (...) *Relações comerciais, através da definição de regras de relacionamento entre as entidades gestoras em alta e em baixa e entre estas últimas e os respetivos utilizadores, nomeadamente no que respeita às condições de acesso e contratação do serviço, medição, faturação, pagamento e cobrança e prestação de informação e resolução de litígios, regulamentando os respetivos regimes jurídicos e a proteção dos utilizadores de serviços públicos essenciais;* (....) *Procedimentos regulatórios inerentes ao seu relacionamento com as entidades sujeitas à sua intervenção, no âmbito das respetivas atribuições, concretizando a forma e o prazo para exercício das competências do conselho de administração em matéria de regulação;* (...) [e] *Procedimentos de aprovação dos produtos em contacto com a água para*

[21] Sobre os poderes de fiscalização das entidades reguladoras, tendo por referência a Lei-Quadro, cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 539-540.

[22] Sobre os poderes sancionatórios das entidades reguladoras, em geral, cfr. Pedro Gonçalves, Regulação, Electricidade e Comunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 565-566; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 540 e ss..

consumo humano, nos termos previstos no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho».

Deste elenco de matérias sujeitas ao poder regulamentar da ERSAR se pode concluir que a intervenção desta entidade reguladora no domínio dos direitos dos consumidores dos serviços públicos de águas e resíduos é, além de individual e concreta, típica da regulação comportamental, também uma importantíssima intervenção normativa expressiva da regulação estrutural[23].

X. Vizinha da previsão de poder regulamentar da ERSAR é a consagração estatutária do respetivo poder de emitir recomendações tarifárias (artigo 13.º dos Estatutos).

Nos termos do n.º 1 do artigo 13.º dos Estatutos da ERSAR, «*A ERSAR aprova recomendações tarifárias para os serviços de água e resíduos nos quais são estabelecidas* (...) *Regras de* [:] (...) *definição, revisão e atualização dos tarifários de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais urbanas e gestão de resíduos urbanos, em obediência aos* [...] *princípios* [de] (...) *Recuperação económica e financeira dos custos dos serviços em cenário de eficiência;* (...) *Preservação dos recursos naturais e promoção de comportamentos eficientes pelos consumidores;* (...) *Promoção da acessibilidade económica dos utilizadores finais domésticos, nomeadamente através de tarifários sociais;* (...) *Promoção da equidade nas estruturas tarifárias, atendendo à dimensão do agregado familiar, com especial ponderação, no caso dos utilizadores domésticos, das famílias numerosas, privilegiando capitações de água mais justas e eficientes, para todos os utilizadores;* (...) *Estabilidade e previsibilidade, em períodos não inferiores a cinco anos, por parte das entidades reguladas;* (...) *contabilidade analítica na ótica estrita da separação contabilística das atividades reguladas entre si e relativamente às demais atividades eventualmente exercidas pelas entidades gestoras;* (...) *convergência tarifária, que, com carácter excecional, permitam a derrogação transitória do princípio da cobertura dos encargos, incorridos em cenário de eficiência, associados à prestação do serviço;* (...) *recuperação de eventuais excessos ou insuficiências de encargos gerados;* (...) *reporte de informação para verificação do cumprimento das normas aplicáveis;* [bem como) (...) *Regras e procedimentos de fiscalização*».

Este poder de recomendação, como adiante melhor se verá, tem também uma significativa projeção material no plano dos direitos dos consumidores, devendo o estatuto das recomendações do respetivo exercício

[23] Sobre os poderes regulamentares das entidades reguladoras, da perspetiva da *Lei-Quadro*, cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 537.

resultantes ser reconduzido, no essencial, ao estatuto da *soft law*[24], ou seja, e muito genericamente, de uma normatividade desprovida de coercividade, mas que responsabiliza *juridicamente* o regulador como modo de prossecução dos fins de interesse público subjacentes à respetiva atividade[25]

XI. Por ora, importa salientar o quanto o elenco de atribuições e poderes da ERSAR explicita o conteúdo da sua genérica missão de regulação e supervisão dos serviços de águas e resíduos, assim como o seu caráter de entidade reguladora, propiciando a plena inserção da correspondente atividade no conceito *dogmático* de regulação, sendo a atividade da ERSAR uma atividade de Regulação porquanto:

(I) Tem por objeto a *garantia* do acesso a um serviço público e não a sua própria prestação[26], acesso esse que se garante num regime de mercado regulamentado[27];

(II) Se consubstancia numa *intervenção* estadual na economia reconduzível ao estabelecimento de normas condicionadoras da atividade económica[28];

(III) Ainda mais genericamente, assegura, como é apanágio da regulação, o *equilíbrio* de todo um sistema complexo, enquanto respetivo funcionamento adequado a objetivos de interesse público[29]

(IV) Incorpora a *definição* de regras, o controlo do respetivo *cumprimento* e, a *sanção* da sua inobservância e a *resolução* de litígios entre regulados e entre estes e os consumidores[30];

[24] Cfr., neste sentido, Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cit., p. 538.

[25] Idem, pp. 560 e ss., com vastas referências doutrinais.

[26] Integrando a atividade de «garantia de acesso a bens ou serviços» como elemento do conceito de regulação, cfr. Pedro Gonçalves, *Regulação*... cit., pp. 7 e ss.; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 529.

[27] Cfr., neste sentido, Vieira de Andrade, «Os Poderes Normativos e de Resolução de Litígios das Entidades Reguladoras Independentes», in: *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira,* Almedina, Coimbra, 2017, p. 137; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 529.

[28] Cfr., explicitando este elemento conceptual da regulação, Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública,* Almedina, Coimbra, 1997, pp. 35-36; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc cits., p. 529.

[29] Cfr., para semelhante sentido do conceito de regulação, e por todos, Mário Aroso de Almeida, «A regulação como função administrativa do Estado: a complexidade de um conceito», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), op. cit., pp. 39 e ss., 42 e ss..

[30] Cfr., neste sentido de definição material da regulação, Pedro Gonçalves, Regulação..., cit., p. 15; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 530.

(V) Se não se consubstancia numa regulação tipicamente económica, reportada às posições dos vários agentes económicos num mercado relevante, é inserível, de pleno, no âmbito da regulação social, enquanto função de garantia do acesso e da qualidade dos serviços de interesse geral[31].

XII. Enquanto elementos da caracterização estatutária, orgânica e funcional da ERSAR, cumpre ainda salientar, a título complementar:

(1) A respectiva jurisdição nacional (n.º. 3 do artigo 1.º);
(2) O seu fundamental regime de Direito Público (artigo 2.º dos Estatutos);
(3) A respetiva sujeição ao princípio da especialidade (idem, artigo 3.º);
(4) A sua condição de sujeito ativo de deveres de colaboração e informação por parte de todas as entidades públicas e privadas (cfr. artigo 6.º);
(5) A sua sujeição a um dever de colaboração com outras entidades reguladoras, nomeadamente com a Autoridade da Concorrência (idem, n.º 2 do artigo 7.º);
(6) A respetiva investidura nos poderes coercivos que, na matéria do seu âmbito de atividade, a lei atribua ao Estado (idem, artigo 8.º);
(7) As prerrogativas de autoridade e coercivas conferidas aos respetivos trabalhadores (idem, n.ºs 2 a 4 do artigo 9.º);
(8) Uma estrutura orgânica em que pontifica o respetivo Conselho de Administração, que exerce todas as competências decisórias correspondentes às atribuições da ERSAR (cfr. o artigo 15.º e o n.º 1 do artigo 24.º, ambos dos Estatutos da ERSAR), além de um fiscal único (idem, artigos 29.º a 34.º), de um conselho consultivo com funções gerais de consulta (idem, artigo 35.º) e do conselho tarifário enquanto órgão de consulta da ERSAR no domínio da regulação tarifária (cfr. artigo 37.º[32].

[31] Cfr., para esta distinção, e por todos, Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 530-531; bem como Mário Aroso de Almeida, op. e loc. cits., pp. 52 e ss..

[32] Sobre as diretrizes organizatórias da *Lei-Quadro* das Entidades Reguladoras, cfr., por todos, Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 532-533.

3. A ERSAR e os direitos dos consumidores

Proceder-se-á, de seguida, à *dogmatização* das atribuições e poderes da ERSAR em função da proteção, pelos mesmos adjudicada, aos direitos dos consumidores consagrados no artigo 3.º da Lei da Defesa do Consumidor.

3.0. Os sujeitos da relação jurídica de consumo regulada pela ERSAR

I. Tal como já se referiu supra, sob a rubrica 1., nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na sua redação atual, lei essa que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, «*Considera-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 actividade económica que vise a obtenção de benefícios* [, ou ainda] (...) *pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*».

II. Explicitando então a qualidade do sujeito protegido na relação jurídica de consumo objeto da atividade da ERSAR, temos que, no plano dos serviços de águas e resíduos, os Estatutos da ERSAR se referem ao consumidor, prevalentemente, como «*utilizador final*» (cfr. alínea e) do n.º 3 do artigo 5.º) ou «*utilizador final doméstico*» (cfr. alínea iii) da alínea a) do n.º 1 do artigo 13.º).

Em conformidade com o n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-lei n.º 194/2009, «*é considerado utilizador dos sistemas municipais qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, cujo local de consumo se situe no âmbito territorial do sistema* [que presta os serviços de águas ou de resíduos, o qual só pode ser um sistema de titularidade municipal, intermunicipal ou simultaneamente estadual e municipal]" (cfr. n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho).

É no Regulamento n.º 594/2018 da ERSAR, epigrafado «*Regulamento de Relações Comerciais dos Serviços de Águas e Resíduos*», *rectius* na alínea b) do n.º 1 do respetivo artigo 3.º, que, em linha com o Direito do Consumo, a própria ERSAR vem definir «"*Consumidor*" (...) [como o] *utilizador dos serviços de águas e resíduos para uso não profissional*».

Na mesma linha de aprofundamento conceptual se esclarece, nos termos da alínea ppp) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento de Relações Comerciais acabado de citar, que «"Utilizador" (...) [é] *qualquer pessoa singu-*

lar ou coletiva, pública ou privada, a quem sejam assegurados, de forma contínua, os serviços de águas e resíduos, podendo ser classificada como "Utilizador municipal"» [, sendo o] (...) *município ou entidade gestora do respetivo serviço municipal, que tenha por objeto da sua atividade a prestação desses mesmos serviços a terceiros* [, ou como] "*Utilizador final*" ou «*cliente*»: *utilizador doméstico ou não doméstico, que não tenha como objeto da sua atividade a prestação desses mesmos serviços a terceiros*».

Portanto, a partir do teor destas definições legais e regulamentares, fica a saber-se que, quando a legislação se refira, no geral e sem distinguir, a «*utilizadores*», dos serviços de águas e resíduos, se refere também, embora não somente, aos consumidores.

III. Quanto a quem presta o serviço em causa ao consumidor neste setor, vem dispor-se nos Estatutos da ERSAR (cfr. artigo 4.º) que «*Estão sujeitas à atuação da ERSAR, no âmbito das suas atribuições e nos termos dos presentes estatutos* [: (1)] *(...) todas as entidades gestoras que atuem nos setores referidos no n.º 2 do artigo 1.º, independentemente da titularidade estatal ou municipal dos respetivos sistemas e do modelo de gestão adotado, designadamente* (...) *Prestação direta do serviço* [,] (...) *Delegação do serviço em empresa do setor empresarial do Estado, do setor empresarial local, em entidades intermunicipais ou em empresa constituída em parceria com o Estado* [, ou] (...) *Concessão do serviço* [; (2)] (...) *as entidades titulares dos serviços de águas e resíduos, sempre que estejam em causa direitos e obrigações da entidade gestora ou dos utilizadores, bem como os laboratórios que efetuem o controlo da qualidade da água para consumo humano* [; (3)] (...) *as associações de utilizadores em que tenham sido delegados estes serviços que, para o efeito dos presentes estatutos, são equiparadas a entidades gestoras de sistemas de titularidade municipal* [; (4)] (...) *quaisquer outras entidades que tenham assumido a responsabilidade pela gestão de serviços no âmbito dos setores regulados, independentemente da sua natureza pública ou privada e do título que legitima o exercício daquelas atividades, que, para o efeito dos presentes estatutos, são equiparadas a entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal ou municipal*».

Sendo, tal como houve já a oportunidade de se observar, a titularidade dos sistemas de prestação dos serviços de águas e resíduos obrigatoriamente municipal ou estadual e municipal, a legislação que enquadra e substantivamente estes serviços, nomeadamente o Decreto-lei n.º 194/2009, distingue entre: (i) a entidade titular, que é a pessoa coletiva de população e território que detém as atribuições de prestação dos serviços de águas e resíduos – Estado ou Municípios, estes últimos individualmente ou associados (artigo 6.º) –; e (ii) a entidade gestora, que pode ser a própria entidade titular no

caso de gestão direta, ou outra entidade pela entidade titular designada, nomeadamente empresa pública delegatária ou concessionário (cfr. artigo 7.º).

IV. Estamos pois em condições, neste momento, de saber, com precisão, em que específica relação jurídica de consumo se afirma a atividade prosseguida pela ERSAR, bem como de avançar para a análise dos direitos subjetivos do consumidor garantidos por essa atividade.

3.1. A ERSAR como garante do direito dos consumidores à qualidade dos serviços de águas e resíduos

I. Consagrado na alínea a) do artigo 3.º da Lei da Defesa do Consumidor, o conteúdo do direito à qualidade dos bens e serviços vem explicitado no subsequente artigo 4.º como compreendendo o direito à aptidão dos bens e serviços destinados ao consumo para satisfazer os fins a que se destinam e para produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

II. Em garantia deste direito, nos termos das alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 5.º dos Estatutos da ERSAR, «*São* (...) *atribuições da ERSAR de regulação comportamental:* (...) *Assegurar a regulação da qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água, nos termos definidos em legislação aplicável, promovendo a melhoria da sua qualidade e universalidade, avaliando o desempenho dessas entidades;* (...) [assim como] (...) *Assegurar a regulação da qualidade de serviço prestado aos utilizadores pelas entidades gestoras, promovendo a melhoria dos níveis de serviço, avaliando o desempenho dessas entidades, comparando as entidades entre si e premiando casos de referência*».

III. Exatamente na mesma linha de garantia se dispõe, no Decreto-lei n.º 194/2009, em termos nos quais «*Compete à entidade reguladora zelar pelo cumprimento das obrigações das entidades gestoras, decorrentes do presente decreto-lei e demais legislação aplicável, com o objectivo de promover a eficiência e a qualidade do serviço prestado aos utilizadores e a sustentabilidade económico-financeira da prestação destes serviços, contribuindo para o desenvolvimento geral do sector*» (n.º 2 do artigo 11.º), assim como, «*Através de regulamento, a entidade reguladora define níveis mínimos de qualidade para os aspectos que estão directamente relacionados com a qualidade do serviço prestado aos utilizadores e por eles sentidos directamente, bem como as compensações devidas em caso de incumprimento*» (cfr. artigo 12.º).

IV. Nos termos do projeto de Regulamento de Qualidade de Serviço dos serviços de águas e resíduos, divulgado pela ERSAR por ocasião da Consulta Pública n.º 1/2020[33], «*As entidades gestoras devem prestar um serviço que respeite* [, enquanto] (...) *princípios gerais da qualidade do serviço* [, as] (...) *Garantia*[s] *do fornecimento de água com qualidade para consumo humano, do saneamento de águas residuais urbanas e da gestão de resíduos urbanos* [,] (...) *Garantia da continuidade e regularidade dos serviços prestados* [,] *(...) da sustentabilidade ambiental, económica e financeira dos serviços* [,] (...) *da proteção dos interesses dos utilizadores finais e da igualdade de tratamento e de acesso;* [assim como a] (...) *Transparência na prestação dos serviços e publicitação das regras aplicáveis às relações comerciais* [, o] (...) *Direito à informação e à proteção da privacidade dos dados pessoais* [, o] (...) *Princípio do utilizador-pagador* [, o] (...) *Direito de reclamar e de recorrer a procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo*».

V. Segundo o mesmo projeto de Regulamento da Qualidade de Serviço, «*Constituem deveres das entidades gestoras, legal e regulamentarmente previstos, nomeadamente os* (...) [de]:

(...) *Fornecimento de água com a qualidade adequada ao consumo humano; (...) Recolha e transporte a destino adequado das águas residuais urbanas, assim como, quando for sua atribuição, das lamas das fossas séticas existentes na sua área de intervenção;* (...) *Gestão dos resíduos urbanos* (...) *em condições que salvaguardem a saúde pública, ambiente e qualidade de vida dos cidadãos;* (...) *Envio dos avisos prévios, nomeadamente para acesso à rede predial, substituição de contadores e suspensão do serviço;* (...) *e Emissão e envio das faturas correspondentes aos serviços prestados e à respetiva cobrança;* (...) *Disponibilização de meios de pagamento diferenciados, que permitam aos utilizadores cumprir as suas obrigações com o menor incómodo possível;* (...) *Disponibilização de serviços de atendimento diferenciados aos utilizadores;* (...) *Tomada de medidas adequadas para evitar danos nos sistemas prediais, resultantes de pressão de serviço excessiva, variação brusca de pressão ou de incrustações nas redes;* (...) *Limpeza dos equipamentos de deposição indiferenciada e seletiva de resíduos e área envolvente;* (...) *Prestação dos serviços que integram a sua atividade, expressamente solicitados pelos utilizadores;* (...) *Informação aos utilizadores sobre interrupções do(s) serviço(s), qualidade da água fornecida, tarifários aplicáveis e outras cuja obrigação resulte de previsão legal ou regulamentar;* (...) *Resposta a pedidos de infor-*

[33] Por último acedido a 30-11-2021 em https://www.ersar.pt/pt/site-comunicacao/site-noticias/Paginas/Consulta-Publica-1-2020-Projeto-de-Regulamento-Qualidade-do-Servico.aspx.

mação, sugestões e reclamações; (...) *Informação aos utilizadores sobre as entidades de Resolução Alternativa de Litígios a que se encontram vinculados por imposição legal decorrente de arbitragem necessária, e indicação do sítio eletrónico na internet das mesmas;* (...) *Disponibilização do acesso à plataforma digital do livro de reclamações, de forma visível e destacada, na página de entrada do sítio na internet da entidade gestora*».

VI. No projeto de regulamento, como importante garantia da qualidade de serviço, prevê-se «*Cabe*[r] *à entidade gestora a prova de todos os factos relativos ao cumprimento das suas obrigações e diligências decorrentes da prestação dos serviços*».

Prevê-se ainda, neste projeto, sob o signo da qualidade do serviço, que «*As entidades gestoras respondem pelos diversos aspetos da qualidade do serviço junto dos utilizadores finais, sem prejuízo da responsabilidade de outras entidades terceiras com quem estabeleceram contratos de prestação de serviços e do direito de regresso sobre estas*».

Muito importante é também o consagrado neste projeto de Regulamento de Qualidade de Serviço «*...direito aos níveis de qualidade do serviço estabelecidos contratualmente com a sua entidade gestora*».

VII. São estes, entre outros, índices da qualidade dos serviços de águas e resíduos nos quais se consubstancia o direito dos consumidores, neste setor, à qualidade do serviço, o qual é também, por força da reserva de setor público na prestação de tais serviços, um direito à qualidade do serviço público, tendo a ERSAR, como se vê, palavra decisiva a dizer na fixação de semelhantes e tão importantes parâmetros da qualidade de serviço.

3.2. A ERSAR como garante do direito À proteção da saúde e da segurança física do consumidor dos serviços de águas e resíduos

I. O direito do consumidor à proteção da sua saúde e da sua segurança física, com enunciação na alínea b) do artigo 3.º da Lei da Defesa do Consumidor, tem por conteúdo, nos termos do subsequente artigo 5.º: (1) a proibição do fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança física das pessoas (cfr. n.º 1); (2) o dever, impendente sobre os serviços da Administração Pública que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento da existência de bens

ou serviços proibidos, de notificação de tal facto às entidades competentes para a fiscalização do mercado (n.º 2); e (3) o dever, impendente sobre organismos competentes da Administração Pública, de apreensão dos bens e interdição das prestações de serviços que impliquem perigo para a saúde ou segurança física dos consumidores, quando utilizados em condições normais ou razoavelmente previsíveis (cfr. n.º 3).

II. A garantia da qualidade dos serviços de águas e resíduos é, como se pode verificar através da leitura da rubrica anterior, instrumental da garantia deste outro direito dos respetivos consumidores. Neste conspecto, revela-se da maior importância o cometimento, à ERSAR, das funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano (cfr. a parte final do n.º 2 do artigo 1.º dos respetivos Estatutos).

3.3. A ERSAR como entidade garante do direito à informação no consumo

I. O direito à informação dos consumidores (alínea d) do artigo 3.º da Lei da Defesa do Consumidor), corporiza-se, segundo o n.º 1 do artigo 8.º da mesma Lei, em dispor 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, nomeadamente sobre:* (...) *As características principais dos bens ou serviços, tendo em conta o suporte utilizado para o efeito e considerando os bens ou serviços em causa;* (...) *A identidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços, nomeadamente o seu nome, firma ou denominação social, endereço geográfico no qual está estabelecido e número de telefone;* (...) *Preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso;* (...) *Modo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato;* (...) *A indicação de que podem ser exigíveis encargos suplementares postais, de transporte ou de entrega e quaisquer outros custos, nos casos em que tais* (...) *encargos não puderem ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato;* (...) *As modalidades de pagamento, de entrega ou de execução e o prazo de entrega do bem ou da prestação do serviço, quando for o caso;* (...) *Sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo profissional, bem como, quando for o caso, sobre os centros de arbitragem de conflitos de* (...) *con-*

sumo de que o profissional seja aderente, e sobre a existência de arbitragem necessária; (...) *Período de vigência do contrato, quando for o caso, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua* (...) *denúncia ou não renovação, bem como as respetivas consequências, incluindo, se for o caso, o regime de contrapartidas previstas para a cessação antecipada dos contratos que estabeleçam períodos contratuais mínimos;* (...) *A existência de garantia de conformidade dos bens, com a indicação do respetivo prazo, e, quando for o caso, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, com descrição das suas condições;* (...) *A funcionalidade dos conteúdos digitais, nomeadamente o seu modo de utilização e a existência ou inexistência de restrições técnicas, incluindo as medidas de proteção técnica, quando for o caso;* (...) *Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento;* (...) *As consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço*.»

II. Garante que é deste direito à informação, «*São ainda atribuições da ERSAR de regulação comportamental:* (...) *Promover a comparação e a divulgação pública da atividade das entidades gestoras, materializando um direito fundamental de acesso à informação que assiste a todos os utilizadores e consolidando uma cultura de disponibilização de informação concisa, credível e de fácil interpretação;* (...) *Fomentar a participação dos utilizadores dos serviços, criando mecanismos de aconselhamento e divulgação de informação;* (...) [bem como] (...) *Coordenar e realizar a recolha e a divulgação da informação relativa ao setor dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos e às respetivas entidades titulares e gestoras, garantindo o direito de acesso à informação a todos os utilizadores*» (cfr. as alíneas d) e f) do n.º 4, bem como a alínea a) do n.º 5, todas do artigo 5.º dos Estatutos).

3.4. A ERSAR e a garantia do direito à proteção dos interesses económicos dos consumidores dos serviços de águas e resíduos

I. A face de garante da proteção dos interesses económicos dos consumidores dos serviços de águas e resíduos constitui, porventura, a face mais visível da atividade da ERSAR, através da sua intervenção no plano tarifário.

Como conteúdo do direito à proteção dos interesses económicos dos consumidores (alínea e) do artigo 3.º da Lei da Defesa do Consumidor) relevante no âmbito dos serviços de águas e resíduos, a Lei da Defesa do

Consumidor, para além de impor 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 (n.º 1 do artigo 8.º), prescreve que:

(i) «*Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados* (...) *À redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares* [, bem como] (...) *À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*» (idem, n.º 2);

(ii) «*O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido*» (idem, n.º 4);

(iii) É vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros (idem, n.º 6);

(iv) «*Sem prejuízo de regimes mais favoráveis, nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de livre resolução no prazo de 14 dias*» (idem, n.º 7);

(v) E «*Incumbe ao Governo adotar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objeto bens e serviços essenciais, designadamente água*» (idem, n.º 8), assim como «*...adotar medidas tendentes a prevenir a lesão dos interesses dos consumidores no domínio dos métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se vincularem*».

II. Vimos já (supra, na rubrica 3.1.) a materialização de muitas destas concretizações do direito à proteção dos interesses económicos do consumidor acontecer a propósito da regulação, pela ERSAR, da qualidade de serviço.

No entanto, em direta aplicação de tal direito, se prescreve expressamente, nos Estatutos da ERSAR, que «*São atribuições da ERSAR de regulação comportamental em matéria económica* (...) *Garantir a faturação detalhada pelas entidades prestadoras dos serviços, num quadro de identificação decomposta das várias parcelas que compõe o valor final da fatura, visando a desagregação, perante o*

utilizador final, das diferentes componentes dos custos respeitantes às atividades de águas, saneamento, gestão de resíduos e outros», [assim como] (...) *Assegurar a salvaguarda dos direitos e interesses dos utilizadores em relação a tarifas*» (cfr. as alíneas e) quer do n.º 3, quer do n.º 4, ambos do artigo 5.º).

III. Na exata medida do acabado de enunciar, são também instrumentais à proteção do direito à proteção dos interesses económicos do consumidor as atribuições de regulação comportamental da ERSAR, previstas nas alíneas a) a d) do artigo 5.º dos respetivos Estatutos – com regulação nos artigos 11.º-A e 11.º-B do Decreto-lei n.º 194/2009 – consistentes em: «*Fixar as tarifas para os sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados, assim como supervisionar outros aspetos económico-financeiros das referidas entidades gestoras dos sistemas de titularidade estatal, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis;* (...) *Avaliar e auditar a fixação e aplicação de tarifas nos sistemas de titularidade municipal, qualquer que seja o modelo de gestão, nos termos definidos na legislação e na regulamentação aplicáveis;* (...) *Emitir recomendações sobre a conformidade dos tarifários dos sistemas municipais ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, com o estabelecido no regulamento tarifário e demais legislação aplicável, bem como fiscalizar e sancionar o incumprimento das normas legais aplicáveis;* [e] (...) *Emitir, nas situações e termos previstos na lei, recomendações quanto às tarifas a praticar pelos sistemas de titularidade municipal ou sistemas de titularidade estatal, geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente públicos, que não se conformem com as disposições legais e regulamentares em vigor*».

IV. Muito importante foi, nesta matéria, a revogação, pela Lei do Orçamento de Estado para 2021 – Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro – da alínea a) do artigo 11.º dos Estatutos da ERSAR, a qual habilitava esta entidade a emitir diretrizes para o cálculo concreto das tarifas de sistemas de águas e resíduos em cuja gestão interviessem os Municípios.

Visando tal habilitação acautelar os interesses económicos dos consumidores, a verdade é que prevaleceu o entendimento de que a mesma violava a autonomia das autarquias locais, consagrada e regulada nos artigos 235.º e seguintes da Constituição, conforme que a revogação em recensão se mostra com o parecer do Prof. Gomes Canotilho de que a Associação Nacional de Municípios Portugueses oportunamente muniu a Assembleia da República.

Em todo o caso, a adstrição do poder de recomendação do artigo 13.º dos Estatutos da ERSAR a preocupações como a da adequação das tarifas à realidade dos consumidores domésticos e, em especial, das famílias numerosas – conforme o supra indicado sob a rubrica 2. – dá bastante testemunho a vinculação estatutária da ERSAR à garantia da proteção dos interesses económicos dos consumidores.

4.5. A ERSAR como instrumento de garantia do direito dos consumidores dos serviços de águas e resíduos à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta

I. O Direito dos consumidores «*à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta*», enunciado na alínea f) do artigo 3.º da Lei da Defesa do Consumidor, significa, no essencial e nos termos do artigo 14.º da mesma Lei, que «*Incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo*» (cfr. n.º 1 do artigo 144.º)[34].

II. Em linha com a consagração deste direito, nos termos das alíneas e) e g) do n.º 4 do artigo 15.º da ERSAR, dispõe-se ser atribuição desta entidade reguladora «*...promover a resolução de litígios destes com as entidades gestoras*» bem como «*Conhecer as reclamações dos utilizadores e os conflitos que envolvam as entidades gestoras, analisando-as, promovendo o recurso à conciliação e arbitragem entre as partes como forma de resolução de conflitos e tomando as providências que considere urgentes e necessárias*».

Já nos termos do n.º 1 do artigo 14.º dos Estatutos da ERSAR, «*No exercício das suas competências em matéria de resolução de conflitos entre as entidades reguladas ou entre estas e os utilizadores, cabe à ERSAR* (...) *Tomar conhecimento de todas as reclamações dos utilizadores que estejam sujeitas à sua supervisão e as que aqueles lhe remetam, dar-lhes resposta e adotar quanto às mesmas as providências necessárias, reconhecendo ou não os direitos alegados e invocado* [,] (...) *Efetuar ações de conciliação ou promover o recurso à arbitragem em termos processuais simples, expeditos e tendencialmente gratuitos, sempre que tal esteja previsto na lei ou mediante solicitação dos interessados*».

[34] Sobre este direito, cfr., expressamente no contexto temático do presente estudo, Jorge Morais Carvalho, «Resolução alternativa de litígios de consumo por entidades reguladoras», in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves (coord.), op. cit., pp. 567 e ss., bem como bibliografia aí citada.

De harmonia com o disposto nos n.ºs 2 a 5 do artigo 14.º dos Estatutos da ERSAR, esta entidade reguladora: (i) «*...deve assegurar que os procedimentos adotados nos termos do número anterior são decididos no prazo máximo de 90 dias a contar da data da receção do pedido, podendo este prazo ser prorrogado por igual período quando a ERSAR necessitar de informações complementares ou, ainda, por um período superior mediante acordo com o queixoso*»; (ii) «*pode inspecionar os registos de reclamações apresentadas pelos utilizadores às entidades reguladas*»; (iii) «*...na sequência da apreciação das reclamações, pode, consoante os casos, ordenar ou recomendar aos operadores sujeitos à sua regulação as providências necessárias à reparação justa dos direitos dos utilizadores;* (iv) *promove a criação de novos centros de arbitragem institucionalizada, podendo fazê-lo em colaboração com outras entidades, ou celebra protocolos com centros de arbitragem institucionalizada existentes, cabendo-lhe nesse caso definir os apoios logístico, financeiro, técnico e humano a prestar para o efeito e, bem assim, promover a adesão das entidades intervenientes nos setores regulados aos referidos centros de arbitragem*»[35].

III. Estas disposições constituem decalque daqueloutras, de alcance mais geral, do artigo 45.º e do n.º 4 do artigo 40.º da *Lei-Quadro* das entidades Reguladoras[36]. Para alguns Autores[37], as mesmas disposições apenas cometem às entidades reguladoras o exercício da mediação «*por mão própria*», cometendo-lhes a mera promoção da arbitragem junto de entidades arbitrais externas às mesmas; ao passo que, segundo outros[38], cabe nas atribuições das entidades reguladoras a criação de instâncias arbitrais de conflitos de consumo.

4. Conclusão

Os dados de Direito positivo vindos de coligir permitem-nos, conclusivamente, retomarmos, em termos definitivos, a tese proposta na razão de ordem do presente contributo, compulsada agora a respetiva premissa menor na crucial afirmação de Jaime Melo Baptista[39], de acordo com a qual

[35] Cfr. sobre o assunto, sinteticamente, Jorge Morais Carvalho, op. e loc. cits., p. 575-576.

[36] Sobre as mesmas, cfr.: Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., pp. 543 e ss.; e Jorge Morais Carvalho, op. e loc. cits., p. 572.

[37] Cfr. Jorge Morais Carvalho, op. e loc. cits., p. 572.

[38] Cfr. Pedro Gonçalves, "Arbitragem e Regulação (A Arbitrabilidade dos Conflitos Regulatórios)", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação,* Vol. VII, 2014, p. 77; e Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. e loc. cits., p. 551.

[39] Cfr. op. e loc. cits., p. 647.

«*A regulação destes serviços tem assim como principal objetivo a proteção dos interesses dos utilizadores através da promoção da qualidade do serviço prestado pelas entidades gestoras e da garantia de tarifários socialmente aceitáveis, para um nível de risco aceitável*».

Nesta conformidade, a atividade da ERSAR, embora conheça concretizações instrumentais de outro âmbito, é, no essencial, uma atividade em que a feição regulatória surge, na íntegra, como sinónimo de garantia dos direitos dos consumidores à qualidade do serviço, à informação, à proteção dos seus interesses económicos, ao encaminhamento das suas reclamações e a uma célere resolução dos seus litígios com os prestadores.

Feliz, pois, este encontro de plenitude entre o Direito da Organização Administrativa, o Direito Regulatório e o Direito do Consumo, encontro este, de prática fusão, quando se trata de estudar, da perspetiva do Direito do Consumo, o papel da ERSAR.

COMPETÊNCIAS DA ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Helena Almeida[1]

Sumário: *1. Introdução; 2. Breve anotação sobre o conceito de consumidor de energia; 3. Atividade preventiva em matéria de proteção dos direitos dos consumidores; 4. Atividade reativa em matéria de proteção dos direitos dos consumidores; 5. Desafios da ERSE em matéria de proteção dos direitos dos consumidores.*

1. Introdução

Os direitos dos consumidores têm consagração constitucional desde 1982, sendo, por isso, direitos fundamentais no contexto jurídico português[2]. De facto, e como amplamente sabido, os direitos consagrados na Constituição da República Portuguesa revestem-se de especialíssima importância, garantindo-lhes o legislador proteção ao nível da lei fundamental do Estado.

[1] Jurista na Direção de Consumidores de Energia da ERSE.
As opiniões e interpretações da autora são pessoais e não podem ser atribuídas à ERSE nem a quaisquer terceiros.

[2] Os direitos fundamentais consagrados na Constituição têm diferentes funções: defesa ou liberdade, prestação social, proteção perante terreiros e não discriminação (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, Almedina, 2002, p. 393 e segs.).

Estatui o n.º 1 do art. 60.º da Constituição que "os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos", incluindo-se esta previsão no Título III – Direitos e Deveres económicos, sociais e culturais.

Tendo em conta o carácter programático da Constituição, em geral, e dos direitos constitucionais, em particular, cabe ao legislador ordinário criar as regras através das quais tais direitos se positivam e materializam no ordenamento jurídico. A este propósito, a legislação é bastante vasta, sendo alguma dela genérica, aplicável a todos os consumidores, e outra específica, aplicável a consumidores de bens ou serviços específicos.

No que se refere ao sector energético, não podemos deixar de lembrar que, tradicionalmente, a exploração, a distribuição e a criação de condições de acesso ao fornecimento, assim como o fornecimento em si, eram competências do Estado, não obstante, em Portugal, a eletrificação ter aberto, desde cedo, campo à iniciativa privada, em especial, cooperativa.

Cabe perguntar porque a prestação de determinados serviços, como as comunicações, o abastecimento de água, eletricidade ou gás natural era considerada função do Estado. Na verdade, tais serviços desde cedo foram considerados de vital importância para uma vida digna e de condições mínimas, assim como para uma economia próspera e em constante desenvolvimento. Por isso, não nos choca que, no passado, a prestação dos mesmos fosse garantida pelo próprio Estado[3] e que, mesmo as empresas que inicialmente estavam obrigadas à sua prestação pertencessem também ao Estado, bastas vezes, enquanto acionista maioritário.

Porém, a evolução social conduziu à prevalência de uma economia de mercado, em que os sectores em apreço foram sendo privatizados e abertos a regimes concorrenciais[4]. Esta opção é também preconizada pela União Europeia, que, através do Primeiro Pacote da Energia, publicou as Diretivas de liberalização dos mercados de eletricidade (Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro de 1996) e gás natural (Diretiva 98/30/CE, de 22 de junho de 1998)[5], estabelecendo regras comuns aos Estados-Membros, com vista à criação de mercados europeus de eletricidade e gás natural livres e concorrenciais.

[3] Sobre a defesa do interesse (e serviço) público, João Caupers, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7.ª Edição, Âncora Editora, 2003. p. 60 e segs.

[4] A liberalização dos mercados de energia teve várias fases, ocorrendo inicialmente no sector da eletricidade, a partir de 1995 e, posteriormente, no sector do gás natural, desde 2007.

[5] Entretanto revogadas e substituídas por mais recentes.

Com a liberalização dos sectores, tornou-se necessária a criação de mecanismos, e órgãos, que garantissem o bom funcionamento dos mercados e, bem assim, o acesso e a qualidade dos serviços prestados aos consumidores. Dada a importância social e individual dos serviços em causa, tornou-se imperativo dotar entidades estatais de competências para definir as regras aplicáveis ao funcionamento dos mercados e de mecanismos de controlo para a verificação do cumprimento dessas regras.

A natureza jurídica das entidades criadas para esse efeito, assim como as características destas, foram alvo de um processo de evolução histórica, que acompanhou o próprio desenvolvimento da realidade. Diogo Freitas do Amaral, define "instituto público" enquanto "pessoa coletiva pública, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa coletiva pública"[6]. Embora a definição não seja absolutamente precisa, por não determinar a que "funções" se aplicaria o conceito, parece resultar claro que tais institutos desempenhariam funções pertencentes ao Estado.

Tal conceito evoluiu entretanto para "entidades administrativas independentes"[7]. A escolha de palavras parece-nos acertada: se, por um lado, as entidades em causa são entidades administrativas, fazendo parte do Estado de Direito, são também independentes, ou seja, a sua atividade não está sujeita à discricionariedade nem à volatilidade que a alternância governativa poderia causar.

No caso português, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), que existe desde 1997, é a entidade responsável pelo acompanhamento do funcionamento dos mercados de eletricidade e gás natural e pela regulação dos mesmos[8].

Importa, então, fazer um breve enquadramento sobre o que é e o que faz a ERSE nesse âmbito e de que forma o exercício da sua atividade contribui para um melhor funcionamento do mercado energético e, consequentemente, para uma efetiva proteção dos direitos dos consumidores de energia.

[6] *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2004, p. 345.

[7] Vital Moreira e Maria Fernanda dos Santos Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, 2003.

[8] As competências da ERSE foram, entretanto, sendo alargadas, debruçando-se hoje sobre outros setores, como gás de petróleo liquefeito (GPL) em todas as suas categorias, dos combustíveis derivados do petróleo e dos biocombustíveis, e da atividade de gestão de operações da rede de mobilidade elétrica.

A Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (Lei Quadro das Entidades Reguladoras – LQER), define "entidades reguladoras" enquanto "pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica, de defesa dos serviços de interesse geral, de proteção dos direitos e interesses dos consumidores e de promoção e defesa da concorrência dos setores privado, público, cooperativo e social." (art. 3.º, n.º 1). A mencionada lei caracteriza ainda as referidas entidades, no n.º 2 do mesmo artigo, e confere-lhes a obrigação de garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores (al. f)). Tal preceito encontra desenvolvimento no art. 47.º, que também prevê mecanismos conducentes à sua concretização.

Podemos concluir, quer pelo enquadramento dado pela LQER, quer pela leitura dos seus Estatutos[9], que a ERSE é uma pessoa coletiva de Direito Público, tem natureza de entidade administrativa independente, património próprio e autonomia administrativa, financeira e de gestão.

Nos termos dos seus Estatutos, a ERSE tem competências de regulamentação, aprovando Regulamentos destinados ao bom funcionamento dos sectores e dos mercados, assim como à proteção dos direitos dos consumidores. Neste âmbito, destacamos o Regulamento de Relações Comerciais dos Sectores Elétrico e do Gás[10], o Regulamento da Qualidade de Serviço dos Sectores Elétrico e do Gás[11], o Regulamento Tarifário do Sector Elétrico[12] e o Regulamento Tarifário do Sector do Gás[13], que definem as regras emanadas pela ERSE com maior impacto para os consumidores. A ERSE tem também competências de regulação e supervisão[14], cumprindo-lhe estabelecer e aprovar os valores das tarifas e dos preços regulados (tarifas aplicáveis aos consumidores que ainda não mudaram para o mercado livre e que, portanto, continuam a ser abastecidos pelo(s) comercializador(es) de último recurso e preços de serviços prestados em regime não concorren-

[9] Os Estatutos da ERSE constam do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 abril e foram alterados pelos Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de setembro, Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho, Decreto-Lei n.º 57-A/2018, de 13 de julho e Decreto-Lei n.º 76/2019, de 3 de junho. A versão consolidada dos Estatutos da ERSE pode ser consultada na página da ERSE, em www.erse.pt/institucional/erse/estatutos/.

[10] Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro.

[11] Regulamento n.º 406/2021, de 12 de maio.

[12] Regulamento n.º 785/2021, de 23 de agosto.

[13] Regulamento n.º 368/2021, de 28 de abril.

[14] Art. 11.º dos Estatutos.

cial), fiscalizar a aplicação das regras do sector (podendo deslocar-se, por exemplo, às instalações dos agentes de mercado para verificar o cumprimento da legislação e dos regulamentos) e promover a realização de inquéritos e auditorias junto dos agentes.

Ainda no âmbito dos seus Estatutos, a ERSE tem competências consultivas, devendo emitir pareceres sobre as matérias reguladas, sempre que solicitados por entidades habilitadas para o efeito.

Os Estatutos da ERSE conferem-lhe, paralelamente, competências sancionatórias e no campo da resolução de litígios, que abordaremos posteriormente.

Acreditamos que, independentemente do âmbito em que exerce as referidas competências, toda a atividade da ERSE contribui para a proteção dos consumidores, constituindo a salvaguarda dos direitos e dos interesses dos mesmos, em particular dos clientes finais economicamente vulneráveis, em relação a preços, à forma e qualidade da prestação de serviços, promovendo a sua informação, esclarecimento e formação, uma das atribuições que lhe estão conferidas, através do art. 3.º dos Estatutos.

Considerando que se dedica à regulação de serviços investidos de carácter público e essencial, entendemos que os consumidores, destinatários finais da prestação daqueles, são a primeira e a última preocupação da ERSE, pese embora a importância que todos os outros agentes do mercado têm no âmbito da sua atuação.

O estudo que nos propomos partilhar visa a explanação dos meios através dos quais a atividade da ERSE tem cumprido, e cumpre, o exercício desse fim, bem como apresentar alguns dos desafios que esse exercício atualmente enfrenta.

Este trabalho não pretende explorar, de forma exaustiva, todas as competências e atribuições da ERSE. Optámos por nos dedicar exclusivamente aos aspetos que especialmente se debruçam sobre a intervenção da ERSE em matéria de proteção dos direitos dos consumidores de energia. Em alguma medida, e sem prejuízo de referências a outros trabalhos e publicações sobre os temas abordados, assumimos este estudo como um olhar prático sobre o que tem feito e faz a ERSE, hoje, de concreto nesse âmbito e de que forma contribui para uma proteção efetiva dos consumidores dos serviços públicos essenciais a que se dedica.

Começaremos com uma breve anotação sobre o conceito de consumidor de energia, continuando com a explanação das atividades da ERSE em

matéria de "prevenção" e seguindo depois para a apresentação das atividades relativas à "reação" na proteção dos direitos dos consumidores.

No que se refere à "atividade preventiva" tentaremos descrever de que forma a ERSE atua, quer antes do estabelecimento da relação contratual entre o consumidor e o comercializador, quer no decurso dessa relação contratual.

Já no que respeita à "atividade reativa" procuraremos explicar de que forma a ERSE pode intervir em caso de incumprimento, tanto das cláusulas contratuais acordadas entre as partes (ou de conflitos entre as mesmas, ainda que não tenham origem em qualquer incumprimento contratual), como das normas cuja verificação do cumprimento cumpre àquela.

Por fim, partilharemos alguns desafios que a proteção dos consumidores de energia atualmente enfrenta, numa perspetiva de contribuir, também com este trabalho, para a afirmação e o reforço dessa proteção.

2. Breve anotação sobre o conceito de consumidor de energia

Sendo este trabalho sobre as competências da ERSE em matéria de proteção dos consumidores, importa, antes de mais, definir o que significa o termo consumidor. Embora haja algumas variantes na determinação do conceito, acompanhamos a definição que nos parece ser a mais relevante e que é feita pela própria Lei da Defesa do Consumidor (LDC)[15], que 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" (art. 2.º, n.º 1).

Perante a definição legal, não restam dúvidas sobre o facto de as pessoas singulares que celebram um contrato de fornecimento de energia para uso não profissional com uma empresa que comercializa esse tipo de serviço com fim profissional serem consumidores.

Porém, no âmbito energético, o elemento subjetivo[16] do conceito extravasa, por vezes, o conceito de pessoa singular que usa o serviço para fim não profissional. Lembramos, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro (entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que transpôs a Diretiva 2019/944/EU, de 5 de junho), que estabe-

[15] Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

[16] Para uma descrição dos elementos do conceito, Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª Edição, Almedina, 2016.

lecia os princípios gerais relativos à organização e funcionamento do sistema elétrico nacional, bem como ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade e que definia como consumidor "o cliente final de eletricidade", desconsiderando o elemento teleológico do conceito (uso não profissional do serviço). Nesta definição cabiam, para além das pessoas singulares (clientes domésticos) que usam o serviço para fins não profissionais, quaisquer pessoas (singulares ou coletivas) que destinassem o serviço ao uso profissional. Na verdade, no sector energético, só mais recentemente se começou a aproximar o conceito de consumidor do estabelecido na LDC.

Também a Lei dos Serviços Públicos Essenciais[17], nos quais se incluem a eletricidade, o gás natural e os gases de petróleo liquefeitos canalizados, se aplica a pessoas singulares e coletivas, nos termos do n.º 3 do art. 1.º, usando para o efeito o termo "utente". Podemos afirmar que, para efeitos da sua aplicação, os consumidores são utentes. O que esta lei faz, e, em nosso entender, bem, é alargar o âmbito da sua aplicação, através da adoção de um termo distinto.

Deste modo, a legislação transversalmente aplicável à proteção dos consumidores tende a adotar o conceito expresso na LDC: os consumidores são pessoas singulares ou, na definição de Carlos Ferreira de Almeida, pessoas físicas (por oposição às pessoas jurídicas) que usam o serviço para fins não profissionais (domésticos).

Assim, e embora muitas das previsões normativas relativas à proteção dos consumidores de energia sejam aplicáveis também a pessoas coletivas que sejam clientes de prestadores de serviços de energia, por razões de segurança jurídica, entendemos que o conceito de consumidor não deve ir além daquele que a lei geral determina. A previsão normativa deve ser clara sempre que estiver em causa a inclusão, ou não, de pessoas coletivas, devendo, sempre que pretenda incluí-las, adotar uma terminologia diferente.

Deste modo, falaremos de consumidores de energia enquanto pessoas (em regra singulares) a quem é prestado um serviço de energia, destinado ao uso não profissional, por meio de um contrato, por uma pessoa (em regra coletiva) que exerce com carácter profissional a atividade de prestação desse serviço, com o objetivo de obter benefícios[18].

[17] Lei n.º 23/96, de 26 de julho.

[18] No que respeita à possibilidade de podermos qualificar uma pessoa coletiva como consumidora, citamos o exemplo do condomínio, que embora seja uma pessoa coletiva, poderá

As relações de consumo caracterizam-se pela disparidade de posições jurídicas existente entre as partes. É comummente reconhecido que o consumidor se encontra numa posição contratual de desvantagem, tanto financeiramente, como em relação ao conhecimento do serviço contratado, bem como das suas características[19].

A relação de consumo de energia tem, além disso, outra caraterística muito especial: embora o contrato seja celebrado entre o consumidor e o fornecedor (ou comercializador) do serviço, a distribuição de energia (e muitas das obrigações associadas à prestação do serviço) é da responsabilidade de uma terceira pessoa, o operador da rede de distribuição. De facto, é aos operadores das redes (de eletricidade e gás) que cumpre estabelecer as ligações às redes, efetuar periodicamente as leituras dos equipamentos de medição, garantir a qualidade de serviço técnica (características e qualidade da energia), restabelecer o serviço depois de uma interrupção por falta de pagamento, para dar alguns exemplos. Tal acontece porque, embora o mercado da comercialização esteja liberalizado, razões relacionadas com a natureza dos serviços não permitem que a distribuição dos mesmos possa ser levada a cabo em regime concorrencial. Falamos de monopólios naturais[20].

Devemos, por isso, falar de uma relação contratual tripartida: o contrato é celebrado entre o comercializador e o consumidor, mas existe uma terceira entidade que é responsável pelo cumprimento de determinadas obrigações no âmbito dessa relação contratual. Esta especificidade permite-nos, desde logo, antever a complexidade da relação de consumo de energia, pois apesar de celebrar o contrato com um comercializador, o consumidor

usar o serviço para fins não profissionais, estando, nesse caso, cumpridos os elementos para a qualificação enquanto consumidor (Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, 2017, p. 27 e 28).

[19] Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª Edição, Almedina, 2016, p. 26.

[20] Tradicionalmente, o funcionamento dos sectores de eletricidade e gás ocorria em regime de monopólio verticalmente integrado (a mesma entidade era responsável pela produção e/ou importação dos serviços, pelo transporte, pela distribuição e pela comercialização do mesmo). Com a evolução económica assistimos a um processo de "desverticalização" (*unbundling*), através do qual as empresas foram sujeitas à necessidade de separar as atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização, tornando-se possível produzir (em Portugal, apenas no caso da eletricidade) e comercializar os serviços em regime concorrencial. Porém, as atividades de transporte e distribuição, pelas suas características e elevados custos mantêm-se em regime não concorrencial.

tem direitos (à leitura periódica do equipamento de medição e à qualidade da energia, por exemplo) e deveres (facultar o acesso ao equipamento de medição e permanecer no local da visita combinada por determinado período de tempo, a título exemplificativo) perante uma terceira pessoa, o operador da rede de distribuição.

Também pelo descrito, nos parece fundamental o papel atribuído à ERSE em matéria de proteção dos direitos dos consumidores.

3. Atividade preventiva em matéria de proteção dos direitos dos consumidores

Explanaremos, nesta fase, as competências e a atividade da ERSE que, no nosso entender, correspondem a uma atuação preventiva, na medida em que se destinam à proteção dos direitos dos consumidores nas fases pré-contratual e contratual.

As competências de regulamentação e regulação, acima mencionadas, incluem-se na atividade preventiva, por determinarem as regras de funcionamento do mercado e definirem as regras que tanto os comercializadores como os operadores das redes de distribuição devem adotar no seu relacionamento com os clientes.

As competências de supervisão e consultivas parecem incluir-se também neste âmbito. No primeiro caso, porque, quando exercidas, operam ainda numa fase de verificação do cumprimento, funcionando como uma garantia do mesmo, através de mecanismos como a fiscalização, a inspeção ou a auditoria. Quando leva a cabo tais ações, a ERSE não está, pelo menos ainda, a agir perante um incumprimento. Está apenas a verificar se existe conformidade do comportamento dos agentes de mercado com o normativo estabelecido. No segundo caso, a ERSE, pronuncia-se, através de pareceres não vinculativos, sobre matérias da sua competência. Dotada de conhecimentos específicos sobre os sectores, que não existem noutras entidades, a ERSE pode aconselhar à tomada de decisões que garantam a proteção dos direitos dos consumidores.

No sentido de apurar as decisões tomadas no exercício das suas competências, do organograma da ERSE fazem parte o Conselho Consultivo, o Conselho Tarifário e o Conselho para os Combustíveis, que são órgãos de consulta específicos (emitindo pareceres não vinculativos) e dos quais fazem parte representantes de várias entidades relacionadas com os sectores, incluindo representantes de outros organismos públicos e associações de defesa dos consumidores.

Paralelamente, a ERSE desenvolve outras atividades, cujo objetivo é a proteção dos consumidores, destacando-se a prestação e divulgação de informação.

O direito dos consumidores à informação está previsto nos artigos 7.º e 8.º da LDC, que definem uma série de obrigações dos fornecedores de bens e prestadores de serviços, nos âmbitos pré-contratual e contratual.

Consciente da importância de ter consumidores informados e de que isso contribui, de forma indelével, para um melhor funcionamento dos mercados, aumentando o nível de proteção e exigência dos utilizadores dos serviços, a ERSE leva a cabo várias ações com o objetivo de clarificar e tornar acessível a informação relativa aos sectores que regula[21].

Uma das faces dessa atividade é a divulgação de informação através da Área dos Consumidores de Energia, acessível a partir da página na Internet da ERSE, onde conteúdos legislativos e regulamentares são apresentados de forma clara, simples e acessível a todos os cidadãos. Também com esse objetivo, foi implementado um sistema de assistência virtual, através do qual qualquer cidadão pode colocar questões mais ou menos direcionadas, recebendo uma resposta rápida e inteligível. Paralelamente, a ERSE divulga periodicamente folhetos informativos (em formato digital e físico), sobre temas específicos dos setores, alertando sobre práticas e abordagens que exigem especial cuidado por parte dos seus destinatários e aconselhando comportamentos a ter na contratação e na utilização dos serviços[22].

Ainda no âmbito digital, a ERSE disponibiliza simuladores de preços de energia, permitindo aos utilizadores dos serviços, fazer simulações de preços com base em diferentes critérios e incluir ou excluir dos resultados ofertas comerciais que contenham determinado tipo de cláusulas (por exemplo, períodos de fidelização ou serviços adicionais[23]).

[21] Sobre a relevância da necessidade de ter consumidores de energia informados, Maria Margarida Corrêa de Aguiar, *A informação e os Direitos dos Consumidores de Energia Elétrica e de Gás Natural*, em *A Regulação da Energia em Portugal 1997-2007*, ERSE, 2007, p. 29 e segs..

[22] Destacamos os "Alertas" sobre más práticas, que advertem os consumidores para algumas abordagens menos claras por parte dos comercializadores e os "ERSExplica", que pretendem divulgar, em linguagem clara e simples, conceitos e procedimentos relativos aos sectores regulados.

[23] A emergência deste tipo de serviços nas ofertas contratuais é relativamente recente e levantou várias questões ao nível da informação prestada aos consumidores. Até à inclusão de cláusulas relativas a serviços adicionais, os contratos de fornecimento de energia tinham por objeto exclusivo a prestação do serviço de energia. Com o seu surgimento, as ofertas passaram a incluir serviços distintos daquele, como a assistência técnica a equipamentos e

Atualmente, a ERSE também divulga regularmente vídeos e criou um *podcast*[24], sobre assuntos específicos (preços da energia, mudança de comercializador, contadores inteligentes, entre outros), numa lógica de tornar a informação mais acessível e clara.

Assinalamos, ainda, a linha de atendimento telefónico dedicada aos consumidores, através da qual a ERSE esclarece as dúvidas e responde a pedidos de informação sobre os setores regulados.

Na perspetiva de clarificar a informação prestada pelos comercializadores de eletricidade nas faturas, a ERSE financiou o projeto online Fatura Amiga[25], criado pela DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, onde são explicados de forma detalhada os campos que constituem as faturas das diferentes empresas que operam no sector elétrico. Para além disso, a página na Internet do projeto disponibiliza jogos interativos e dicas de poupança, contribuindo para a consciencialização e para a adoção de comportamentos conducentes à otimização dos consumos de eletricidade. Este projeto é um exemplo de colaboração com uma entidade externa, no caso, de Direito Privado, que demonstra como está presente o espírito colaborativo e de complementaridade entre diferentes organismos, sempre com o fim último de melhorar e facilitar a relação dos consumidores com a prestação do serviço.

Paralelamente, a ERSE tem, desde 2008, um programa de formação regular[26], que convida os agentes dos sectores regulados, entidades que prestam

seguros de saúde. Embora aceitem propostas contratuais que incluem estes serviços, muitos consumidores não estão na posse de toda a informação necessária (ou a forma de comunicação desta não era adequada) à tomada de decisão contratual. Apesar da contratação (e prestação) de tais serviços não estar relacionada com a prestação do serviço de energia (não sendo, por exemplo, possível suspender o serviço de energia por falta de pagamento do serviço adicional), as condições do serviço adicional podem fazer parte do contrato de prestação do serviço de energia. Consciente da importância de tornar clara a separação entre a contratação do serviço de energia e o serviço adicional, a ERSE emitiu, em março de 2017, a Recomendação n.º 1/2017, indicando, entre outras coisas, que os comercializadores devem identificar os grupos de consumidores destinatários do serviço adicional proposto, garantir informação e formação adequada a fim de reconhecer o grupo de consumidores a que a oferta se destina, monitorizar as ofertas que incluem esses serviços e informar de forma clara e inequívoca que a contratação do serviço adicional é independente da prestação do serviço de fornecimento de energia.

[24] Acessíveis a partir da área multimédia da página institucional na Internet.

[25] Acessível na página na internet www.fatura-amiga.pt.

[26] Na página www.erse.pt/erseforma/erseforma pode ser consultada toda a informação, bem como o histórico de ações de formação do programa ERSEForma.

apoio aos consumidores, ou promovem a resolução alternativa de litígios e consumidores em geral a participar em sessões conjuntas, onde são apresentados e discutidos temas sectoriais. Tendo em conta as regulares alterações legislativas e regulamentares e a tecnicidade de alguns aspetos relacionados com a sua atividade, parece-nos essencial que a ERSE construa e mantenha pontes com outros organismos, numa perspetiva colaborativa, que a todos traz benefícios: à ERSE, porque lhe permite acompanhar de perto a concretização das regras e do funcionamento dos mercados e aos destinatários, que têm aqui um espaço de esclarecimento e debate.

No que à relação contratual concreta entre o consumidor e o comercializador diz respeito, o Regulamento de Relações Comerciais dos Sectores Elétrico e do Gás[27], determina no art. 20.º, o conteúdo mínimo dos contratos de fornecimento. Com o estabelecimento dessa regra, a ERSE pretende garantir que, ao aceitar celebrar um contrato de fornecimento, o consumidor está na posse de informação considerada essencial para a tomada de decisão negocial.

Em paralelo, em 2015, a ERSE publicou uma Diretiva[28] com o objetivo de aumentar o nível de consciência e informação dos consumidores, impondo aos comercializadores a obrigação de disponibilizarem um modelo de ficha contratual normalizada, previamente à celebração de qualquer contrato, que consiste num resumo das principais condições contratuais propostas, nomeadamente no que se refere à existência de períodos de fidelização, aos preços e à inclusão serviços adicionais. Inclusivamente, da Diretiva consta um modelo de ficha contratual, identificando de forma simples e organizada quais os elementos que dela devem constar.

Outro aspeto importante da atuação da ERSE em matéria de proteção dos direitos dos consumidores é a revisão periódica das cláusulas contratuais gerais que os comercializadores de energia apresentam aos potenciais clientes. Esta tarefa tem especial relevo, pois, como já vimos, a relação contratual associada aos contratos de energia é uma relação tripartida, onde se torna essencial definir e clarificar os deveres e obrigações de cada uma dessas partes (consumidor, comercializador e operador da rede de distribuição). Os contratos de fornecimento de energia são contratos de adesão, que, pelas suas características, limitam fortemente a capacidade negocial de

[27] Regulamento da ERSE n.º 1129/2020, de 30 de dezembro.
[28] Diretiva da ERSE n.º 6/2015, de 27 de abril.

uma partes, o aderente[29]. Deste modo, e como já referido, os consumidores de energia estão, desde o momento inicial da relação contratual numa posição de desvantagem: as condições apresentadas pela contraparte (o prestador do serviço) constituem um sistema fechado, podendo apenas aqueles, na grande maioria das vezes, aceitar ou não as mesmas.

Através deste mecanismo, e pese embora o facto de não aprovar nem homologar as cláusulas contratuais gerais, nem particulares, dos comercializadores, a ERSE pode recomendar alterações à formulação ou ao conteúdo apresentado, bem como a inclusão de informação necessária ao cumprimento do dever de informar o aderente, nos termos da legislação vigente. A este propósito, e ao abrigo da al. b) do n.º 2 do art. 11.º dos seus Estatutos, bem como do art. 325.º do Regulamento de Relações Comerciais do Sector Elétrico[30], lembramos a Recomendação da ERSE n.º 1/2019, emitida após análise das cláusulas contratuais gerais apresentadas pelos comercializadores de eletricidade e através da qual recomendou a reformulação, a introdução e a eliminação de determinadas condições gerais das ofertas comerciais.

Julgamos que, através das ações descritas e da sua continuidade, a ERSE leva a cabo um verdadeiro esforço na proteção e acompanhamento da execução dos direitos dos consumidores.

4. Atividade reativa em matéria de proteção dos direitos dos consumidores

Para além da atividade preventiva em matéria de proteção dos direitos dos consumidores, a ERSE tem também poderes para reagir e intervir sempre que as obrigações decorrentes dos contratos de fornecimento celebrados entre o consumidor e o comercializador não são cumpridas. A relação estabelecida entre o consumidor e o operador da rede de distribuição, por via daqueles contratos, pode também ser alvo de intervenção da ERSE, sempre que a mesma gere um litígio[31].

Por outro lado, a ERSE pode intervir sempre que verifica que algum agente de mercado não está a cumprir as regras definidas, ainda que esse

[29] A estes contratos (de adesão) é também aplicável o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro).

[30] Entretanto revogado e substituído pelo Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro.

[31] A ERSE tem também, nos termos dos seus Estatutos, competências para conciliar e mediar conflitos entre os operadores sujeitos à sua regulação (al. a) do n.º 1 do art. 20.º). Porém, não sendo esse o objeto do nosso estudo, não desenvolveremos esse tema.

incumprimento não afete diretamente uma relação contratual previamente estabelecida. Na verdade, existem muitas obrigações cujo cumprimento não está dependente da celebração de qualquer contrato (por exemplo, as obrigações de disponibilizar uma página na Internet, de apresentar propostas contratuais através dessas páginas, de identificar as entidades de resolução alternativa de conflitos, de manter canais de atendimento aos clientes e potenciais clientes ou de enviar periodicamente determinadas informações à entidade reguladora[32]).

Em paralelo, os consumidores têm ao seu dispor meios que lhes permitem apresentar reclamações, quer através de procedimentos disponibilizados pelos comercializadores[33], quer através do Livro de Reclamações (físico ou eletrónico). A ERSE integrou, em 2017, o projeto piloto da implementação do regime do Livro de Reclamações Eletrónico, tendo sido umas das entidades pioneiras na integração deste sistema de reclamações. Através da receção e análise de reclamações, a ERSE identifica eventuais situações de incumprimento[34] e promove a resolução alternativa de litígios (RAL). Estes dois procedimentos são independentes e levados a cabo por direções internas autónomas, não se confundindo, em nenhum momento, os campos de atuação entre um e outro processo.

A RAL, nas suas várias dimensões (negociação, mediação, conciliação, arbitragem e Julgados de Paz[35]), apresenta-se como uma forma alternativa (aos tradicionais tribunais judiciais) de resolver conflitos. Uma das suas principais características é o olhar de forma diferente para o conflito, procurando ouvir as partes e investindo-as de poder para resolverem, elas próprias (e não através da representação jurídica), o conflito – daqui advém a importação do conceito *empowerment* das partes.

Por isso, a RAL desempenha um papel de crucial importância na resolução de conflitos de consumo. Pelas suas especificidades, este tipo de conflitos apresenta, geralmente, valores de causa que não justificam o recurso aos tribunais, sobretudo por parte dos consumidores, que estão numa posição

[32] Obrigações previstas nos Regulamentos de Relações Comerciais dos Sectores Elétrico e do Gás (Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro) e da Qualidade de Serviço dos Sectores Elétrico e do Gás (Regulamento n.º 406/2021, de 12 de maio).

[33] Art. 113.º do Regulamento da Qualidade de Serviço dos Sectores Elétrico e do Gás.

[34] As situações identificadas são encaminhadas internamente para verificação no âmbito sancionatório, que desenvolveremos em fase ulterior deste texto.

[35] Para uma descrição sobre cada meio RAL, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Mariana França Gouveia, 3.ª Edição, Almedina, 2015.

de desvantagem, também económica, em relação às empresas com as quais podem entrar em litígio. Por outro lado, e em especial, nas relações de consumo cujo objeto é a prestação de um serviço público essencial, a necessidade de uma resolução célere torna-se imperativa, tendo em conta que, muitas vezes, poderá estar em causa a interrupção do fornecimento.

Em Portugal, os mecanismos RAL para a resolução de conflitos de consumo estão previstos na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro, que transpôs a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013. Os conflitos de consumo decorrentes da relação estabelecida entre o consumidor e o prestador do serviço de energia estão abrangidos por essa lei, constituindo a promoção da RAL uma das competências da ERSE, que frequentemente encaminha os conflitos de que tem conhecimento para as entidades que a levam a cabo. Os conflitos podem ser encaminhados para os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (CACC) de competência territorial, quando o utilizador do serviço seja uma pessoa singular e para os Julgados de Paz, quando o utilizador seja uma pessoa coletiva.

Nos termos da referida Lei, apesar de o recurso à arbitragem ser voluntário para os consumidores, sempre que estes optem por recorrer a um CACC, os operadores económicos visados ficam sujeitos à resolução do conflito por essa via. A arbitragem torna-se, assim, necessária para as empresas. Por outro lado, o facto de existirem meios RAL não limita, nem impede, os consumidores de recorrer aos tribunais tradicionais.

Na perspetiva de dotar os CACC de competências e meios para dar resposta célere e tendencialmente gratuita aos conflitos em apreço, a ERSE tem celebrado protocolos com os mesmos, que incluem mecanismos de dotação financeira e ações de formação direcionadas aos seus colaboradores.

Assim, não dirimindo diretamente conflitos entre as partes, e embora possa recomendar a resolução de conflitos concretos entre consumidores e comercializadores, com a promoção do uso da RAL e a estreita colaboração com as entidades que a executam, a ERSE contribui para uma resolução de conflitos de resposta célere e satisfatória para as partes[36].

Independentemente da promoção da RAL (e do sucesso desse mecanismo), a ERSE dispõe de poderes para aplicar sanções aos operadores económicos. As competências sancionatórias das entidades reguladoras têm sido

[36] Para um estudo mais aprofundado sobre as competências da ERSE em matéria de RAL, Eugénia Maria Cabaça Alves, *Competências das Entidades Reguladoras Sectoriais na Área da Resolução Alternativa de Litígios. O caso da ERSE*, 2014.

alvo de alguma discussão doutrinária, essencialmente pelas dificuldades em definir a fronteira entre o Direito Administrativo e Direito Penal, que é o ramo de Direito tipicamente habilitado à aplicação de sanções[37].

Entendemos que o poder sancionatório da ERSE, como das demais entidades reguladoras, não se confunde com as penas previstas no âmbito penal. Acreditamos que todo o contexto evolutivo do poder sancionatório da Administração nos permite afirmar que emergiu um novo ramo de Direito, o Direito Sancionatório Administrativo, com princípios e campo de atuação próprios. Embora alguns dos princípios, como o da tipicidade e o da proporcionalidade, aproximem o Direito Sancionatório Administrativo do Direito Penal, muitas são as características que afastam (e autonomizam) estes dois ramos de Direito: a natureza dos bens jurídicos protegidos, as características das sanções aplicáveis e as entidades competentes para os aplicar, que no primeiro caso serão, em regra, entidades administrativas e, no segundo, os tribunais judiciais.

Pelo exposto, consideramos que o Direito Sancionatório das entidades administrativas independentes, como a ERSE, não se confunde com o Direito Penal, cuja aplicação cabe exclusivamente aos tribunais judiciais.

Outra das questões que se levanta com a atribuição de poderes sancionatórios a entidades administrativas e, em especial, às entidades reguladoras é a de saber se o facto de a mesma entidade definir as regras e poder aplicar sanções a quem as incumprir afeta o princípio da separação de poderes, consagrado constitucionalmente[38], segundo o qual, o poder legislativo e o poder executivo devem ser exercidos por entidades distintas. Não nos alongaremos sobre essa discussão, por entendermos que os princípios a que a Administração está vinculada (em especial, o princípio da imparcialidade, que se concretiza através do direito à participação dos destinatários da decisão, bem como do dever de fundamentação da decisão por parte da Administração) garantem a justiça e adequação das suas decisões[39], nomeadamente em sede sancionatória.

[37] A este propósito, ver Miguel Prata Roque, *O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional*.

[38] J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, Almedina, 2002, p. 551 e segs..

[39] David Duarte, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do Princípio da Imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Almedina, 1996.

No caso das entidades reguladoras sectoriais, arriscamos ir mais longe, entendendo que o conhecimento profundamente técnico e específico dos sectores sobre os quais atuam lhes permite verificar o cumprimento das regras com precisão e detalhes que a dotam de competências especializadas para garantir o cumprimento do princípio essencial da boa administração[40], quer na de fase instrução, quer na fase de decisão dos processos contraordenacionais. Em qualquer caso, não devemos perder de vista que o facto de as entidades reguladoras poderem aplicar sanções permite a aceleração dos processos de aplicação da legislação, conduzindo, também por isso, a uma melhor conformação com a mesma por parte dos agentes regulados. Paralelamente, todas as decisões administrativas, incluindo aquelas que aplicam sanções, podem ser contestadas em sede judicial, existindo inclusivamente um tribunal especial para o efeito (Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão). Deste modo, não nos parece que o facto de as entidades reguladoras estarem investidas de poderes sancionatórios afete os princípios da imparcialidade nem da separação de poderes.

Os poderes sancionatórios da ERSE estão previstos no Regime Sancionatório do Sector Energético[41] e em legislação avulsa (como, a título exemplificativo, nos casos dos regimes do Livro de Reclamações[42] e das Práticas Comerciais Desleais[43]).

A aplicação de sanções está, como referido, sujeita ao princípio da legalidade e as sanções aplicáveis pela ERSE podem assumir várias formas: sanções pecuniárias (coimas), admoestações e sanções acessórias[44].

Estando em análise as competências da ERSE em matéria de proteção dos direitos consumidores, importa refletir sobre se, e em que medida, o exercício do poder sancionatório pela ERSE contribui para a concretização dessa proteção. A questão que devemos colocar, primeiramente, é a de saber quais são os fins da aplicação das sanções no âmbito contraordenacional. É inegável que, hodiernamente, as sanções têm como fim a conformação do comportamento com o normativo imposto, para além de efeitos de

[40] Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Coord.), *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, 2015 (em especial, Miguel Assis Raimundo, *Os Princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*, p. 151 e segs.).

[41] Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro.

[42] Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro.

[43] Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

[44] A ERSE publica regularmente os resultados da sua atividade sancionatória na sua página na Internet.

prevenção geral e especial. Deste modo, podemos assumir que a possibilidade de determinados ilícitos poderem ser sancionados conduz à conformação do comportamento, quando em fase anterior à atuação, e à correção do comportamento, pela empresa visada e pelas restantes, em situações de efetiva desconformidade com o normativo imposto e consequente aplicação de sanções.

Ora, se a aplicação de sanções visa a conformação do comportamento dos agentes de mercado, afigura-se-nos natural que essa conformação, por estar de acordo com as regras estabelecidas pela ERSE, contribua para a efetiva proteção dos direitos dos consumidores.

5. Desafios da ERSE em matéria de proteção dos direitos dos consumidores

A complexificação dos mercados de energia tem trazido grandes desafios aos sectores a que a ERSE dedica a sua atividade e tem contribuído para o alargamento progressivo das suas competências e do seu âmbito de atuação. O surgimento de novas formas de produzir e consumir energia, associado à oferta crescente de serviços por parte dos agentes de mercado, tornam a sua atividade fundamental na garantia de mercados equilibrados para todos os intervenientes, incluindo os consumidores.

Recordamos, a título exemplificativo, os recentes regimes da mobilidade elétrica[45] e do autoconsumo[46], que inegavelmente nos colocam perante novos conceitos e realidades. No primeiro caso, uma série de novas relações emergem: a par da relação com o comercializador de energia para uso doméstico, surgem as relações com o comercializador de eletricidade para a mobilidade elétrica e com os operadores dos pontos de carregamento (que, em alguns casos, podem ser a mesma entidade), para além de uma nova relação com a prestação do serviço em si, que, no caso do uso doméstico é considerado serviço público essencial, estando legalmente protegido como tal, mas no caso da utilização para carregamento de veículos elétricos perde essa qualidade.

No segundo caso, o consumidor, para além de ter um contrato de fornecimento, passa a ter a possibilidade de produzir a sua própria energia (o que exige a instalação de equipamentos próprios para a produção de energia solar, muitas vezes adquiridos junto dos fornecedores de energia,

[45] Regulamento n.º 854/2019, de 4 de novembro.

[46] Regulamento n.º 373/2021, de 20 de março.

mas cuja compra não integra a relação de consumo de energia), podendo ainda celebrar um contrato de venda do excedente de energia produzida, com o mesmo ou comercializador diferente (embora o objetivo do regime do autoconsumo não seja a produção de energia para venda, mas sim produzir para consumir, poupar na fatura e contribuir para um consumo mais sustentável). Poderemos ainda falar de um consumidor (e de todos os seus direitos) quando estamos perante um autoconsumidor de energia? Julgamos que sim, apesar de existir uma vertente da relação (venda do excedente) à qual não serão aplicadas todas as normas de proteção previstas para os consumidores. Se pensarmos na figura do autoconsumo coletivo, em que moradores de um condomínio podem conjuntamente instalar soluções para a produção de energia solar com vista ao uso partilhado, a complexidade adensa-se ainda mais.

A relação típica entre o consumidor e o fornecedor de energia evoluiu. E ainda bem. Tais mudanças dinamizam os mercados e permitem a disponibilização de mais serviços e ofertas aos consumidores. É, no entanto, essencial que os níveis de informação e proteção dos seus direitos acompanhem essa mudança. Consideramos fundamental a disseminação de informação, em especial sobre estes temas, para que os consumidores se sintam acompanhados e esclarecidos, para poderem tomar decisões conscientes e de acordo com as suas reais necessidades. A simplificação da linguagem e a acessibilidade da informação sobre estas novas realidades, intrinsecamente complexas, parece-nos essencial.

Indelevelmente relacionada com os dois regimes descritos, está a tão falada transição energética, que todos almejamos.

A descarbonização e a tendente "eletrificação da economia"[47], tornou-se indispensável e urgente. Se, por um lado, os recursos não renováveis tendem a esgotar-se, por outro, a sua exploração e utilização não é compatível com o futuro verde de que precisamos. Na perspetiva dos consumidores, parece-nos essencial trabalhar na consciencialização dessa necessidade, bem como na prestação de informação clara e acessível a todos sobre as alternativas. A evolução que descrevemos contribui de forma decisiva para a transição e, mais do que isso, permite aos consumidores terem um papel ativo no processo.

A transição energética não é, por outro lado, um desafio nacional, mas internacional. A União Europeia aprovou o *Clean Energy Package*, com o

[47] Filipe Matias Santos, *Temas de Energia – Reflexões de Direito da Energia*, ERSE, 2021, p. 61.

objetivo de acelerar o caminho para a transição e direcionar os Estados-Membros nesse sentido. Numa União ainda a várias velocidades, não é fácil incluir todos os consumidores. Tornar a transição acessível, quer em termos económicos, quer em termos de meios disponíveis, para todos os consumidores é um dos temas mais debatidos ao nível do direito do consumo europeu[48].

Atualmente, as "ofertas verdes" apresentam-se ainda como opções mais dispendiosas e, nos casos da mobilidade elétrica e do autoconsumo de eletricidade, é necessário um investimento inicial que a maioria dos consumidores não pode fazer. Por vezes, sentimos estar perante uma solução única para o problema, mas que, apesar disso, não poderá ser acompanhada por todos. É, portanto, essencial garantir que nenhum consumidor fica para trás no processo de transição e a ERSE tem um papel decisivo na inclusão de todos os intervenientes no mercado nesse processo.

Outro dos desafios dos setores é a digitalização. Num mundo cada vez mais global e mais "pequeno", é importante garantir que a facilidade e proximidade que o acesso aos meios digitais proporciona não limite os direitos dos consumidores. A este propósito, salientamos o bom exemplo da Lei n.º 5/2019, de 11 de janeiro que, dando prevalência à emissão da fatura em formato eletrónico, determina que sempre que o consumidor optar por receber a fatura em papel, o valor daquela não pode sofrer nenhum acréscimo, por esse facto. Desta forma, privilegia-se a digitalização, mas não se exclui, nem prejudica, quem ainda não dispõe dos meios ou da informação suficientes para participar dela. Pensamos que fomentar a digitalização e promover a consciencialização para a importância da mesma é o caminho. E compreender que ela não pode fazer-se de um dia para o outro é um passo importante desse caminho.

Por fim, face ao atual contexto socio-económico, não podemos deixar de mencionar, mesmo que de forma breve, a crise de preços que o sector energético atravessa. É fulcral que a ERSE continue a acompanhar de perto a evolução desta crise e que se mantenha atenta à proteção dos direitos

[48] A este propósito, o Conselho Europeu de Reguladores de Energia e o *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC) publicaram o documento *2030 Vision for Energy Consumers*, com o lema *Let's ASPIRE*, que contém as iniciais dos princípios que devem ser seguidos no processo de transição e inclusão dos consumidores (*Affordability, Simplicity, Protection, Inclusiveness, Reliability* e *Empowerment*).

dos consumidores nesta matéria, sobretudo em relação aos economicamente vulneráveis[49].

Podemos concluir que a ERSE tem pela frente muitos desafios, sendo crucial que continue a prosseguir a garantia da proteção dos direitos dos consumidores de energia nas suas diferentes dimensões. É essencial incluir todos os consumidores de forma positiva na ultrapassagem desses desafios, nunca perdendo de vista que eles são parte central e fundamental da matriz que compõe a concretização do bom funcionamento dos sectores regulados e, consequentemente, de uma regulação eficaz.

[49] No início de março de 2022, considerando o contexto de preços historicamente elevados a nível nacional, ibérico e europeu, a ERSE lançou a Consulta Pública n.º 107, sobre Medidas Extraordinárias no âmbito do Sistema Nacional do Gás, com o objetivo de mitigar os efeitos da crise nos preços.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Sofia Nogueira da Silva*
Nuno André Silva

Sumário: *1. Entidade Reguladora da Saúde: missão, atribuições e competências; 1.1. O sistema de saúde em Portugal e a regulação em saúde; 1.2. Missão e atribuições da Entidade Reguladora da Saúde: o utente dos serviços de saúde como elemento central da intervenção regulatória; 2. Utentes de serviços de saúde: direitos e interesses legítimos; 2.1. Utentes de serviços de saúde; 2.2. Direitos e interesses legítimos dos utentes de serviços de saúde; 2.2.1. Direito fundamental à proteção da saúde e direito de acesso a cuidados de saúde de qualidade; 2.2.2. Direito à informação; 2.2.3. Participação dos utentes; 3. Intervenção administrativa e sancionatória da ERS.*

1. Entidade Reguladora da Saúde: missão, atribuições e competências

1.1. O sistema de saúde em Portugal e a regulação em saúde

A existência de um sistema de saúde organizado tem uma importância tal para a vida das pessoas e para o desenvolvimento das sociedades, que a mesma não precisa de ser realçada.

A intervenção pública no setor da Saúde pode ser justificada por várias razões. A primeira, e a mais importante, é o facto de se assumir, em países como Portugal, a saúde como um bem social e, por isso, a proteção da

* À data em que o presente texto foi redigido, Sofia Nogueira da Silva exercia funções de Presidente do Conselho de Administração da Entidade Reguladora da Saúde, mandato que assumiu de 18 de junho de 2016 a 14 de fevereiro de 2023.

saúde como um direito fundamental. Tal implica que o Estado assuma responsabilidades no financiamento dos cuidados de saúde e na proteção dos direitos e interesses dos utentes dos serviços de saúde, promovendo a equidade e garantindo o acesso universal aos cuidados, em particular àqueles que, num mercado organizado com base em pagamentos diretos e/ou em seguros privados voluntários, dificilmente teriam acesso aos necessários cuidados de saúde.

O Estado pode ainda assumir, ou não, um envolvimento direto na prestação de cuidados de saúde, e é precisamente esta uma das principais diferenças entre os modelos bismarckiano e beveridgiano presentes na Europa. Efetivamente, em ambos os casos o Estado chama a si a responsabilidade por garantir o acesso aos cuidados de saúde mas, enquanto no primeiro assume essencialmente o papel de garante do adequado funcionamento de um mercado assente em larga medida na iniciativa privada, sujeito a apertadas regras e ao necessário escrutínio decorrentes do facto da prestação ser efetuada no âmbito de um seguro público de saúde, no segundo assume também a prestação pública de cuidados, enquadrada num serviço nacional de saúde. Em países que, como Portugal, adotaram o modelo de Beveridge, o Estado é, assim, simultaneamente financiador e prestador de cuidados de saúde.

No sistema de saúde português coexistem diversos mecanismos de seguro e correspondentes entidades financiadoras – o Serviço Nacional de Saúde (SNS), os subsistemas de saúde públicos e privados, e o setor segurador –, a que acrescem os pagamentos diretos dos utentes. Por outro lado, entre estas várias esferas existem significativas sobreposições, quer em termos dos beneficiários – desde logo porque, sendo a cobertura do SNS universal, qualquer beneficiário de um subsistema ou seguro tem, no mínimo, uma dupla cobertura –, quer dos próprios prestadores de cuidados dos setores privado, social ou cooperativo que, frequentemente, estabelecem contratos e convenções com várias entidades financiadoras, incluindo o SNS. O sistema de saúde português é, assim, um sistema misto, com uma combinação de financiamento público e privado e de prestadores de cuidados, de naturezas diversas – pública, privada, social e cooperativa.

À crescente complexidade do sistema de saúde soma-se o facto deste setor se caraterizar por fortes assimetrias de informação, tipicamente em desfavor do utente, o que dificulta ainda mais a sua tomada de decisões informadas e potencia situações de violação dos seus direitos e interesses.

Este enquadramento levou o Legislador a criar uma entidade reguladora independente face ao decisor político, às várias entidades financiadoras e

aos prestadores de cuidados de saúde, que tem como propósito proteger os interesses e defender os direitos dos utentes, garantindo o acesso aos cuidados de saúde de qualidade e em segurança, nos termos da Constituição e da Lei, e zelando por uma relação apropriada e transparente entre os diversos agentes do sistema de saúde.

1.2. Missão e atribuições da Entidade Reguladora da Saúde: o utente dos serviços de saúde como elemento central da intervenção regulatória

O programa de governo apresentado, em 2002, pelo XV Governo Constitucional, previa a criação de uma entidade reguladora da saúde, com a natureza de autoridade administrativa independente e com o propósito de regular a atividade de estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, no contexto da introdução de várias alterações ao SNS e ao modelo de gestão e exploração das suas unidades. Este propósito veio a ser anunciado no Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto, diploma que definiu os princípios e instrumentos para o estabelecimento de parcerias em saúde entre o Ministério da Saúde ou instituições e serviços integrados no SNS e outras entidades, reconhecendo-se que as atividades desenvolvidas neste âmbito deveriam ser objeto de regulação económica.

Em 2003, e no âmbito da reestruturação da rede de cuidados de saúde primários operada pelo Decreto-Lei n.º 60/2003, de 1 de abril, a criação de uma entidade reguladora passou a ser uma exigência para a entrada em vigor e operacionalização das novas regras definidas para a gestão das unidades de saúde da rede, cabendo-lhe a tarefa de enquadrar a participação dos prestadores dos setores privado e social no âmbito da prestação de serviços saúde no SNS e de assegurar o acompanhamento dos respetivos níveis de desempenho.

Foi neste contexto que, com a publicação do Decreto-Lei n.º 309/2003 de 10 de dezembro, foi criada a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), sublinhando-se no preâmbulo do diploma a necessidade de garantia da equidade e do acesso dos utentes aos cuidados de saúde, do cumprimento de requisitos de qualidade e segurança no setor e do respeito pelos demais direitos e interesses legítimos das pessoas. Nos termos dos artigos 3.º e 6.º do referido Decreto-Lei, as atribuições da ERS compreendiam a regulação e a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos, instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde, no que respeita ao cum-

primento das suas obrigações, legais e contratuais, relativas ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, à observância de níveis de qualidade e à segurança e aos direitos dos utentes.

A defesa dos interesses dos utentes no setor da saúde constituiu, desde sempre, o propósito central da ERS; nos termos dos artigos 25.º e 26.º daquele diploma, já eram objetivos da atividade e intervenção regulatória: (i) assegurar o direito de acesso universal e igual de todas as pessoas ao serviço público de saúde, zelar pelo respeito da liberdade de escolha dos utentes nas unidades de saúde privadas, prevenir e combater as práticas de indução artificial de procura de cuidados de saúde e prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de utentes nos estabelecimentos e serviços do SNS; (ii) garantir adequados padrões de qualidade dos serviços de saúde, através da avaliação e verificação de padrões e indicadores de qualidade subjacentes aos cuidados de saúde prestados e acompanhamento do cumprimento das obrigações inerentes à acreditação dos estabelecimentos e serviços; e (iii) assegurar os direitos e interesses legítimos dos utentes, propondo critérios básicos relativos à «*Carta dos direitos dos utentes*» dos serviços de saúde e zelando pelo respeito dos preços administrativamente fixados ou convencionados no SNS.

O referido diploma previa também um regime sancionatório específico para o não cumprimento de algumas obrigações, considerando como contraordenação, entre outras condutas, a indução artificial de procura de cuidados de saúde.

Este objetivo de proteção dos direitos dos utentes foi reforçado na Lei n.º 41/2007, de 24 de agosto, que aprovou os termos a que deveria obedecer a "*Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS*", a qual se destinaria a garantir a prestação de cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas, em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente, definindo assim os tempos máximos de resposta garantidos (TMRG) para todo o tipo de prestações sem carácter de urgência, nomeadamente cuidados em ambulatório dos centros de saúde, cuidados domiciliários, consultas externas hospitalares, meios complementares de diagnóstico e terapêutica e cirurgia programada, e o direito dos utentes à informação sobre esses TMRG. Este novo regime apresentava um conjunto de regras a observar pelos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde do SNS e convencionados, para conformar o direito de acesso dos utentes a cuidados de saúde e o respetivo direito à

informação, reconhecendo-se ainda o direito de reclamarem para a ERS, no caso de incumprimento dos TMRG referidos[1].

A reestruturação da ERS realizada pelo Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, embora destinada a adaptar a Entidade ao desempenho de funções de regulação económica e de concorrência no setor da saúde, manteve o propósito nuclear de garantia do respeito pelos direitos e interesses legítimos dos utentes, competindo-lhe a este propósito, nomeadamente: assegurar o direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados; prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados; prevenir e punir as práticas de indução artificial de procura de cuidados de saúde; zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos de saúde privados; monitorizar as queixas e reclamações dos utentes; e verificar o não cumprimento da «*Carta dos direitos dos utentes*» dos serviços de saúde. Neste particular, destaca-se sobretudo o alargamento do regime sancionatório, com a previsão de novos tipos legais de contraordenação, como o não cumprimento da «*Carta dos direitos dos utentes*» dos serviços de saúde e do regime jurídico aplicável às queixas e reclamações dos utentes ou a violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde, incluindo a violação da igualdade e universalidade no acesso ao SNS.

O propósito de garantia dos direitos dos utentes viria a ser reforçado pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo. O diploma veio estabelecer um novo enquadramento jurídico nesta área, determinando para todas as entidades reguladoras o objetivo de promoção da defesa dos serviços de interesse geral e da proteção dos direitos e interesses dos consumidores nas áreas de atividade económica sobre a qual incide a respetiva atuação (cfr. artigo 47.º). Este objetivo deverá ser atingido por diversas vias:

[1] A Carta viria a ser publicada em anexo à Lei n.º 15/2014, de 21 de março, diploma que também consolidou no ordenamento jurídico os direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, elencando um conjunto essencial de normas a observar na prestação de cuidados de saúde e que abrangem, nomeadamente, o direito de escolha, o direito de consentir ou recusar a prestação, o direito de acesso a cuidados de saúde adequados, o direito ao sigilo, à proteção de dados pessoais e à reserva da vida privada, o direito de acesso à informação de saúde, o direito à assistência espiritual e religiosa, o direito a reclamar e apresentar queixa e o direito ao acompanhamento nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde.

- Participação de associações de consumidores nos órgãos consultivos e nos processos de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões suscetíveis de afetar os direitos e interesses dos consumidores;
- Resolução de conflitos entre os operadores sujeitos à intervenção regulatória e os consumidores, por recurso à mediação, conciliação ou arbitragem;
- Prestação de informação, orientação e apoio aos consumidores e da cooperação com as respetivas associações representativas;
- Promoção da transparência e informação, em especial, divulgando informação sobre as reclamações recebidas e os resultados decorrentes da análise das mesmas;
- Emissão de recomendações ou, na sequência do tratamento das reclamações, ordens aos operadores sujeitos à sua regulação para adoção das providências necessárias à reparação justa dos direitos dos consumidores.

Por força da entrada em vigor deste novo regime, a ERS foi alvo de uma nova reestruturação, concretizada pela publicação dos seus Estatutos, anexos ao Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, os quais robusteceram o seu papel na defesa e garantia dos direitos e interesses legítimos dos utentes de serviços de saúde.

Nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º dos referidos Estatutos, as atribuições da ERS compreendem a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde dos setores público, privado, cooperativo e social, no que respeita à garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde, à prestação de cuidados de saúde de qualidade, bem como dos demais direitos dos utentes.

Por sua vez, considerando as alíneas a) a e) do artigo 10.º, são objetivos da atividade reguladora da ERS, entre outros:

- Assegurar o cumprimento dos requisitos do exercício da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo os respeitantes ao regime de licenciamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde;
- Assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde;
- Garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes;
- Zelar pela prestação de cuidados de saúde de qualidade;

– Zelar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema.

No âmbito da defesa dos direitos e interesses legítimos dos utentes, compete à ERS verificar se estes são respeitados pelos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e intervir, sempre que se justifique, utilizando os poderes que lhe são confiados nos seus Estatutos para, nomeadamente:

– Assegurar o direito de acesso universal e equitativo à prestação de cuidados de saúde nos serviços e estabelecimentos do SNS, nos estabelecimentos publicamente financiados, bem como nos estabelecimentos contratados para a prestação de cuidados no âmbito de sistemas ou subsistemas públicos de saúde ou equiparados;
– Prevenir e punir as práticas de rejeição e discriminação infundadas de utentes nos serviços e estabelecimentos do SNS, nos estabelecimentos publicamente financiados, bem como nos estabelecimentos contratados para a prestação de cuidados no âmbito de sistemas ou subsistemas públicos de saúde ou equiparados;
– Prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde;
– Zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo o direito à informação;
– Verificar o cumprimento da "*Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos utentes do SNS*", por todos os prestadores de cuidados de saúde, nela se incluindo os direitos e deveres inerentes;
– Prestar informação, orientação e apoio aos utentes dos serviços de saúde.

O regime sancionatório também sofreu alterações, alargando-se o leque de contraordenações previstas, sempre com o propósito de assegurar o respeito pelos direitos dos utentes, nomeadamente, o direito de acesso a cuidados de saúde e a liberdade de escolha. Assim, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 61.º dos Estatutos da ERS, "*Constitui contraordenação, punível com coima de € 750 a € 3740,98 ou de € 1000 a € 44 891,81, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva: a) A violação dos deveres que constam da «Carta dos direitos de acesso» a que se refere a alínea b) do artigo 13.º, bem como nos n.ºs 1 e 2 do artigo 30.º*". Por sua vez, nos termos da alínea b) do n.º 2 do mesmo artigo 61.º, *"Constitui contraordenação, punível com coima de € 1000 a € 3740,98*

ou de € 1500 a € 44 891,81, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva: [...] *b) A violação das regras relativas ao acesso aos cuidados de saúde: i) A violação da igualdade e universalidade no acesso ao SNS, prevista na alínea a) do artigo 12.º; ii) A violação de regras estabelecidas em lei ou regulamentação e que visem garantir e conformar o acesso dos utentes aos cuidados de saúde, bem como práticas de rejeição ou discriminação infundadas, em estabelecimentos públicos, publicamente financiados, ou contratados para a prestação de cuidados no âmbito de sistemas e subsistemas públicos de saúde ou equiparados, nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do artigo 12.º; iii) A indução artificial da procura de cuidados de saúde, prevista na alínea c) do artigo 12.º; iv) A violação da liberdade de escolha nos estabelecimentos de saúde privados, sociais, bem como, nos termos da lei, nos estabelecimentos públicos, prevista na alínea d).* [...]"

2. Utentes de serviços de saúde: direitos e interesses legítimos[2]

2.1. Utentes de serviços de saúde

São vários os termos utilizados pelo Legislador para identificar os destinatários de cuidados de saúde e os sujeitos dos direitos e obrigações contemplados na Lei. A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 64.º, refere-se aos "cidadãos", enquanto titulares do direito fundamental à proteção da saúde; porém, a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, sobre informação de saúde e informação genética pessoal, bem como a Lei de Bases da Saúde (LBS), aprovada em anexo à Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, já utilizam o termo "pessoas", com o mesmo propósito. Nos Estatutos da ERS e na Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que procedeu à consolidação de direitos e deveres no âmbito da saúde, o Legislador já recorre a uma terceira designação para o mesmo objetivo – precisamente, a de "utentes" de serviços de saúde.

A única definição legal para este conceito de "utente", encontra-se no Decreto-Lei n.º 293/2015, de 14 de outubro, diploma que estabeleceu o regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde; nos termos da alínea c) do seu artigo 2.º, "utente" é qualquer pessoa singular

[2] No que diz respeito aos direitos dos utentes dos serviços de saúde, o presente texto segue a estrutura do documento "Direitos e Deveres dos Utentes dos Serviços de Saúde", publicado pela ERS em julho de 2021 (www.ers.pt/media/fhejukse/direitos-e-deveres-dos-utentes-dos-serviços-de-saúde-documento-macro.pdf)

que, nas práticas de publicidade em saúde, atua com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

Certo é que o conceito de "utente" de serviços de saúde não se resume, hoje, aos clássicos termos "doente" ou "paciente", comummente utilizados no âmbito da saúde. Desde logo, porque quem recorre a serviços de saúde nem sempre se encontra "doente" – pense-se, por exemplo, nas consultas de rotina nos centros de saúde, nos exames de rastreio efetuados em clínicas ou no acompanhamento de mulheres grávidas; acresce ainda que, face ao disposto no artigo 64.º da CRP, o direito à proteção da saúde não garante apenas o acesso a serviços de saúde, mas também a outro tipo de serviços ou prestações, que têm como principal objetivo conformar e garantir o exercício daquele direito fundamental, mas que não se concretizam diretamente em cuidados de saúde.

Considerando todo este enquadramento, bem como, a missão, atribuições e competências da ERS, podemos concluir que o "utente de serviços de saúde" será qualquer pessoa singular que recorre aos serviços de estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde e a quem, neste âmbito, é reconhecido um conjunto vasto de direitos para assegurar o cumprimento do direito fundamental acima referido e protegê-lo de uma situação de especial vulnerabilidade, decorrente de eventuais problemas de saúde e do menor grau de informação que tem disponível a este respeito. Na verdade, a relação jurídica estabelecida entre utente, estabelecimento e profissionais de saúde é caracterizada pela informação imperfeita que, regra geral, aquele possui relativamente à sua saúde. A assimetria de informação entre as partes envolvidas nesta relação resulta, precisamente, do facto dos profissionais de saúde serem portadores de informação e conhecimento sobre os cuidados mais adequados às necessidades dos utentes e de estes, regra geral, não serem conhecedores dos problemas que os afetam, nem dos instrumentos, medidas e procedimentos necessários para os debelar. Não se trata aqui de encarar o utente de forma paternalista ou condescendente, mas sim de reconhecer que, numa área de elevada complexidade técnica e científica como é a da prestação de cuidados de saúde, o utente não possui geralmente o conhecimento necessário, nem os meio técnicos e científicos para, de forma autónoma, identificar um determinado problema e encontrar a melhor solução para o resolver, justificando-se assim um enquadramento jurídico que proteja os seus interesses legítimos e uma intervenção regulatória que assuma a garantia dos seus direitos como eixo principal de atuação.

2.2. Direitos e interesses legítimos dos utentes de serviços de saúde

Os direitos dos utentes de serviços de saúde estão identificados em vários diplomas distintos, desde a CRP, que no seu artigo 64.º contempla o direito fundamental à proteção da saúde, passando pela LBS e pela Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que, concretizando aquele direito fundamental, reconhecem um conjunto vasto de direitos às pessoas que recorrem a serviços de saúde, entre muitos outros diplomas que consagram regimes mais específicos.

Como vimos acima, compete à ERS garantir o respeito por todos os direitos e interesses legítimos dos utentes, com especial enfoque no direito de acesso aos cuidados de saúde. Não sendo possível efetuar neste espaço uma análise exaustiva sobre todos estes direitos que cumpre à ERS acautelar e defender, faremos uma breve referência ao direito à proteção da saúde e ao direito de acesso a cuidados de saúde de qualidade; ao direito à informação e ao regime jurídico das práticas de publicidade em saúde; e aos direitos de queixa e reclamação e de associação e participação.

2.2.1. Direito fundamental à proteção da saúde e direito de acesso a cuidados de saúde de qualidade

– Direito à proteção da saúde

O direito fundamental à proteção da saúde, inscrito no artigo 64.º da CRP, é uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da realização da democracia social (artigos 1.º e 2.º da CRP). A proteção da saúde é reconhecida como um direito de todos os cidadãos, a quem cumpre também o dever especial de defender e de promover a saúde. Este direito à proteção da saúde não se concretiza apenas através da sua mera enunciação na CRP; tal como sucede com os demais direitos e deveres económicos, sociais e culturais, elencados no Título III da Parte I da Constituição, o direito à proteção da saúde reclama a intervenção do Estado para a sua efetiva realização, nomeadamente nos seguintes moldes:

- Criação de um SNS universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;
- Criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, melhorar as condições de vida e de trabalho e promover a cultura física e desportiva, escolar e popular, e desenvolver a educação sanitária e práticas de vida saudável.

- Garantia do acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
- Garantia de uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde.

A LBS reconhece, logo no n.º 1 da sua Base 1, este direito à proteção da saúde como o direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de trabalho e de lazer.

Ambos os dispositivos normativos reclamam a responsabilidade do Estado, das pessoas e da sociedade em geral, para a garantia efetiva do direito fundamental à proteção da saúde, reconhecendo-o como um objetivo não apenas individual, mas sobretudo coletivo, que deve estar presente em todas as dimensões da esfera social e política e que deve ser cumprido com respeito pelos princípios da igualdade, da não discriminação, da confidencialidade e da privacidade (cfr. artigo 13.º da CRP e alínea a) do n.º 1 da Base 2 da LBS). Neste sentido, o direito à proteção da saúde compreende o acesso, ao longo da vida, à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação da saúde, a cuidados continuados e a cuidados paliativos, cabendo ao Estado a promoção e garantia do referido direito através do SNS, dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais, podendo recorrer ainda, de forma supletiva, fundamentada e temporária e mediante a celebração de acordos específicos, a entidades privadas e do setor social, bem como a profissionais em regime de trabalho independente (cfr. n.º 2 e 4 da Base 1 e n.º 1 da Base 6 da LBS).

Finalmente, a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, reconhece ao utente dos serviços de saúde o direito a receber os cuidados de saúde de que necessita, com prontidão ou num período de tempo considerado clinicamente aceitável, consoante os casos (cfr. artigo 4.º, n.º 1), e a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (CDHB) afirma, no seu artigo 3.º, a obrigação do Estado, tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis, tomar as medidas adequadas com vista a assegurar um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada.

Constituindo o núcleo essencial da obrigação do Estado para conformar o direito à proteção da saúde, o SNS é o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de cuidados de saúde,

dirigido pelo ministério responsável pela área da saúde, que pauta a sua atuação pelos seguintes princípios (cfr. Base 20 da LBS):

a) Universalidade, garantindo a prestação de cuidados de saúde a todas as pessoas sem discriminações, em condições de dignidade e de igualdade;
b) Generalidade, assegurando os cuidados necessários para a promoção da saúde, prevenção da doença e o tratamento e reabilitação dos doentes;
c) Tendencial gratuitidade dos cuidados, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos;
d) Integração de cuidados, salvaguardando que o modelo de prestação garantido pelo SNS está organizado e funciona de forma articulada e em rede;
e) Equidade, promovendo a correção dos efeitos das desigualdades no acesso aos cuidados, dando particular atenção às necessidades dos grupos vulneráveis;
f) Qualidade, visando prestações de saúde efetivas, seguras e eficientes, com base na evidência, realizadas de forma humanizada, com correção técnica e atenção à individualidade da pessoa;
g) Proximidade, garantindo que todo o país dispõe de uma cobertura racional e eficiente de recursos em saúde;
h) Sustentabilidade financeira, tendo em vista uma utilização efetiva, eficiente e de qualidade dos recursos públicos disponíveis;
i) Transparência, assegurando a existência de informação atualizada e clara sobre o funcionamento do SNS.

Com relevância para a intervenção regulatória da ERS, importa analisar com mais cuidado os três princípios basilares do SNS – universalidade, generalidade e tendencial gratuitidade.

O respeito pelo princípio da universalidade implica que o SNS garanta o acesso à prestação de cuidados de saúde a todas as pessoas, em condições de dignidade e de igualdade (cfr. alíneas a) e b) do n.º 1 da Base 2, e a alínea a) do n.º 2 da Base 20 da LBS). Este princípio decorre, assim, do princípio da igualdade: todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei e ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou

orientação sexual (cfr. artigo 13.º da CRP). O acesso a serviços de saúde deve ser garantido a qualquer pessoa, independentemente do local onde reside, exigindo-se do Estado que garanta que o SNS abrange todo o território nacional, dispõe de uma cobertura racional e eficiente de recursos em saúde (princípio da proximidade) e está a funcionar de forma articulada e em rede (princípio da integração de cuidados).

De acordo com os n.os 1 e 2 da Base 21 da LBS, são beneficiários do SNS todos os cidadãos portugueses, bem como todos os cidadãos com residência permanente ou em situação de estada ou residência temporárias em Portugal, que sejam nacionais de Estados-Membros da União Europeia ou equiparados, nacionais de países terceiros ou apátridas, requerentes de proteção internacional e migrantes, com ou sem a respetiva situação legalizada, nos termos do regime jurídico aplicável. O conceito de beneficiários do SNS respeita o princípio geral de equiparação de direitos e deveres, descrito no n.º 1 do artigo 15.º da CRP, segundo o qual os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres dos cidadãos portugueses, salvo aqueles que a Constituição ou a Lei reserva a estes últimos.

Para respeitar o princípio da generalidade, o SNS deve assegurar todos os cuidados necessários para a promoção da saúde, prevenção da doença e o tratamento e reabilitação dos doentes (cfr. alínea b) do n.º 1 da Base 2 e alínea b) do n.º 2 da Base 20 da LBS). Para tanto, o SNS deve estar organizado de forma a garantir o direito de acesso dos utentes aos cuidados de saúde de que necessitem, sejam eles primários, hospitalares, continuados ou paliativos, o que implica o funcionamento devidamente articulado, integrado e em rede das unidades que o compõem.

No que respeita ao princípio da tendencial gratuitidade, conforme previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da CRP e na alínea c) do n.º 2 da Base 20 da LBS, o direito à proteção da saúde é realizado através de um SNS universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito. Uma vez que, por força do princípio fundamental da igualdade, ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da sua situação económica ou condição social, o acesso à proteção da saúde e ao SNS não poderia estar sujeito ao pagamento de um preço. A tendencial gratuitidade significa que a prestação de cuidados de saúde no SNS não implica qualquer co-pagamento, sendo apenas admissível a cobrança de valores em condições muito específicas e previamente determinadas

por Lei, tal como sucede no caso das taxas moderadoras. No que respeita a estas, e por forma a cumprir o princípio da tendencial gratuitidade, o n.º 1 da Base 24 prevê o seguinte: "*A lei deve determinar a isenção de pagamento de taxas moderadoras, nomeadamente em função da condição de recursos, de doença ou de especial vulnerabilidade, e estabelecer limites ao montante total a cobrar*.". Deste modo, a cobrança de taxas moderadoras é admissível, desde que tenha como finalidade racionalizar a utilização do SNS, não constitua o pagamento do (ou parte do) preço devido pelos cuidados de saúde prestados, e não crie restrições no acesso aos cuidados de saúde.

– Direito de acesso a cuidados de saúde no SNS

O acesso a cuidados de saúde está sujeito ao cumprimento de diferentes normas, consoante a entidade responsável, legal ou contratualmente, pelo seu financiamento ou pelo pagamento dos encargos respetivos, a natureza jurídica da entidade que explora o estabelecimento, a tipologia do estabelecimento, e a especificidade dos cuidados de saúde em causa.

No caso do SNS, o acesso a cuidados de saúde deve observar um conjunto de regras específicas que visam, essencialmente, garantir o acesso de todas as pessoas aos cuidados de saúde de que necessitem (princípios da universalidade e generalidade), bem como assegurar o respeito pelo direito de acesso aos cuidados de saúde adequados à sua situação, nos termos da alínea b) do n.º 1 da Base 2 da LBS. Para além de promover o mero acesso a cuidados de saúde, o Estado deve garantir que estes são prestados em tempo útil, com qualidade e em segurança. Com esse objetivo, o artigo 4.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, afirma que o utente dos serviços de saúde tem direito a receber, com prontidão ou num período de tempo considerado clinicamente aceitável, consoante os casos, os cuidados de saúde de que necessita, cuidados esses que devem ser os mais adequados e tecnicamente mais corretos, e prestados com respeito pela dignidade do utente.

Intrinsecamente relacionada com o direito ora em análise está a já mencionada "*Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS*", consagrada no Capítulo V (artigo 25.º a 30.º) da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que visa garantir a prestação dos cuidados de saúde pelo SNS e pelas entidades convencionadas em tempo considerado clinicamente aceitável para a condição de saúde de cada utente do SNS. A Lei n.º 15/2014 foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 44/2017, de 20 de abril, diploma este que, entre outros aspetos, criou o Sistema Integrado de Gestão do Acesso (SIGA SNS) e voltou a definir os termos a que deve obedecer a Carta.

Na sequência destas alterações, foi publicada a Portaria n.º 153/2017, de 4 de maio, com os objetivos de melhorar efetivamente o acesso ao SNS e de criar condições para uma gestão ativa, integrada e atempada do percurso dos utentes na procura de cuidados de saúde, redefinindo os TMRG para todo o tipo de prestações de saúde sem caráter de urgência (cfr. anexo I da Portaria), e aprovando e publicando ainda, no seu Anexo III, a nova Carta, que contempla regras similares às que já constavam da Lei n.º 15/2014. No Anexo I da referida Portaria n.º 153/2017, são definidos os TMRG para vários níveis de acesso e cuidados diferentes: cuidados de saúde primários; primeira consulta de especialidade hospitalar; avaliação para realização de planos de cuidados de saúde programados; realização de meios complementares de diagnóstico e terapêutica; realização de procedimentos hospitalares cirúrgicos programados; entidades com acordos e contratos de convenção; e entidades com contratos no âmbito da Rede Nacional de Cuidado Continuados Integrados.

– Princípio da igualdade e da não discriminação no acesso a cuidados de saúde

O direito de acesso também está sujeito ao cumprimento de normas específicas fora do âmbito do SNS, dependendo da relação jurídica estabelecida entre o utente, a entidade financiadora (nomeadamente, um subsistema de saúde ou uma entidade seguradora) e a entidade responsável pela prestação dos cuidados de saúde (seja ela do setor privado, social ou cooperativo).

Independentemente da qualidade em que o utente acede aos cuidados de saúde ou da entidade financiadora, encontram-se consagrados na CRP princípios basilares de um regime democrático que também devem ser aqui respeitados. Assim, de acordo com os artigos 12.º e 13.º da CRP, todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados neste diploma, têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Todos estes princípios constam da LBS, que afirma, como fundamentos da política de saúde, a igualdade e a não discriminação no acesso a cuidados de saúde de qualidade em tempo útil, a garantia da equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços e a adoção de medidas de diferenciação positiva de pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade. De acordo com a sua Base 2, todas as pessoas têm direito à proteção da saúde com respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação, confidencialidade e privacidade, sendo certo que as pessoas com deficiên-

cia têm direito às adaptações necessárias para a efetivação dos direitos elencados na Lei.

Esta preocupação também ficou vertida na CDHB, em cujo artigo 1.º se afirma que "*As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.* [...]" e, no artigo 11.º, sob a epígrafe "*Não discriminação*", que "*É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu património genético.*".

Assim, se a urgência clínica poderá ser um critério de preferência no acesso aos cuidados de saúde, já questões relacionadas com a entidade financiadora, a origem do utente, a sua religião, a cor da sua pele, o seu género ou a sua orientação sexual não poderão sustentar qualquer tratamento diferenciado no acesso a cuidados de saúde.

Medidas de ação ou discriminação positivas são permitidas, quando se destinam a proteger pessoas que se encontrem em situação desfavorável, sobretudo no que diz respeito ao exercício do direito de acesso a cuidados de saúde, promovendo, assim, a correção dos efeitos dessas desigualdades – nesse sentido, os regimes previstos na Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto (que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência), no Decreto-Lei n.º 74/2007, de 27 de março (que consagra o direito de acesso das pessoas com deficiência acompanhadas de cães de assistência a locais, transportes e estabelecimentos de acesso público), ou no Decreto-Lei n.º 163/2006, de 8 de agosto (que aprova o regime da acessibilidade a espaços públicos, equipamentos coletivos e edifícios públicos e habitacionais), que contemplam várias medidas de ação positiva, com o objetivo de garantir o exercício dos direitos e deveres a cidadãos portadores de deficiências, corrigindo uma situação factual de desigualdade que persiste na vida social.

Para assegurar o respeito pelo princípio da igualdade, foram ainda criados regimes jurídicos específicos destinados a prevenir e punir comportamentos discriminatórios. É o caso da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde e que vincula todas as pessoas singulares e coletivas, públicas ou privadas. O artigo 4.º da Lei n.º 46/2006 considera como práticas discriminatórias contra pessoas com deficiência e, por isso, proibidas, as ações ou omissões que, em razão da deficiência, violem o princípio da igualdade, designadamente, a recusa de fornecimento ou o impedimento

de fruição de bens ou serviços, a recusa ou o impedimento da utilização e divulgação da língua gestual, a recusa ou a limitação de acesso ao meio edificado ou a locais públicos ou abertos ao público, e a recusa ou a limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados, entre outras condutas. Nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 46/2006, a prática de qualquer ato discriminatório contra pessoa com deficiência confere-lhe o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais e, atento o disposto no artigo 9.º, faz incorrer o infrator numa contraordenação, punível com coima graduada entre cinco e dez vezes ou 20 e 30 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida, consoante se trate de uma pessoa singular ou coletiva, respetivamente, podendo ainda ser aplicadas as sanções acessórias elencadas no artigo 10.º, tais como interdição do exercício de profissões ou atividades, privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos, encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa ou suspensão de autorizações, licenças e alvarás, entre outras. Quando o regime previsto na Lei n.º 46/2006 não for cumprido por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, a ERS é a entidade com competência para a instrução dos processos de contraordenação e para aplicar as sanções previstas, nos termos do disposto nos artigos 3.º e 4.º o Decreto-Lei n.º 34/2007, de 15 de fevereiro.

Com o mesmo propósito de defender o princípio da igualdade, foi publicada a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem, regime esse aplicável a todas as pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, no que respeita, entre outros âmbitos, à proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde, a benefícios sociais e ao acesso a bens e serviços e seu fornecimento, colocados à disposição do público. Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 93/2017, é proibida qualquer forma de discriminação em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem, que tenha por objetivo ou efeito a anulação ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos sociais e culturais, considerando-se como discriminatórias, entre outras, as seguintes práticas: a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público; a recusa ou limitação

de acesso a locais públicos ou abertos ao público; e a recusa ou limitação de acesso aos cuidados de saúde prestados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados, entre outras condutas. Nos termos do artigo 15.º da Lei n.º 93/2017, a prática discriminatória, por ação ou omissão, confere ao lesado o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, a título de responsabilidade civil extracontratual, e, atento o disposto no artigo 16.º do mesmo diploma, faz incorrer o infrator numa contraordenação, punível com coima graduada entre uma e dez vezes ou entre quatro e vinte vezes o valor do indexante dos apoios sociais, consoante se trate de pessoa singular ou coletiva, respetivamente, podendo ainda ser aplicadas as sanções acessórias previstas no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, em especial, interdição do exercício de profissões ou atividades, privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos, encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa e suspensão de autorizações, licenças e alvarás, entre outras. Quando o regime previsto na Lei n.º 93/2017 não for cumprido por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, compete à Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial proceder à abertura dos processos de contraordenação e aplicar as sanções previstas na Lei; já a instrução dos processos compete ao Alto Comissariado para as Migrações, I.P. (cfr. artigo 18.º da Lei n.º 93/2017).

– Direito de acesso a cuidados de saúde de qualidade

O direito à proteção da saúde engloba também o direito de acesso aos cuidados de saúde adequados à situação de cada pessoa, de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde.

Os utentes podem exigir dos profissionais e dos estabelecimentos, o cumprimento de requisitos de higiene, qualidade e segurança definidos pela Lei, pelos códigos científicos e técnicos aplicáveis e pelas regras de boa prática, ou seja, pelas *leges artis*[3], nomeadamente quanto:

[3] A este respeito, nos termos do n.º 1 do artigo 150.º do Código Penal, "*As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leges artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.*"; porém, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 150.º, "*As pessoas indicadas no número anterior que, em vista*

- À formação académica e habilitação para o exercício da profissão;
- Aos equipamentos e instrumentos utilizados na prestação de cuidados;
- Ao funcionamento dos estabelecimentos, em especial quanto à obrigação de registo público junto da ERS e à obtenção de licença de funcionamento;
- A normas emitidas pelas várias entidades com competências na área da saúde, nomeadamente, Ministério da Saúde, Direção Executiva do SNS, Direção-Geral da Saúde, Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. ou ordens profissionais.

Neste particular, um dos objetivos da atividade reguladora da ERS é, precisamente, zelar pela prestação de cuidados de saúde de qualidade, garantindo o cumprimento das normas referentes ao exercício da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, em especial no que respeita ao respetivo registo público e ao regime jurídico a que fica sujeita a abertura, a modificação e o funcionamento dos estabelecimentos, constante do Decreto-Lei n.º 127/14, de 22 de agosto e legislação conexa; promovendo um sistema de âmbito nacional de classificação dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde quanto à sua qualidade global, de acordo com critérios objetivos e verificáveis, e garantindo o direito dos utentes à prestação de cuidados de saúde de qualidade, sem prejuízo das competências da Direção-Geral da Saúde.

2.2.2. Direito à informação

O exercício do direito à decisão, livre e informada, sobre a proposta de cuidados de saúde é um requisito fundamental na relação estabelecida entre o utente, os profissionais de saúde e a entidade responsável pela prestação dos cuidados, assumindo-se como uma manifestação dos valores da dignidade humana, da liberdade e da autodeterminação. Para assegurar o exercício deste direito à decisão livre, consciente e informada, o Legislador, ciente da assimetria de informação existente entre o utente e os profissionais e estabelecimentos, contemplou um conjunto de regras para proteger

das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as leges artis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.".

a especial vulnerabilidade daquele e salvaguardar o seu direito à informação e os princípios da verdade e transparência, em três momentos distintos: (i) antes da escolha da entidade prestadora de cuidados de saúde; (ii) no momento em que lhe são propostos cuidados de saúde específicos e durante a execução dos mesmos e (iii) depois de terminada a relação estabelecida com o profissional e com o estabelecimento prestador dos cuidados de saúde.

A disponibilização de informação ao utente sobre cuidados de saúde pode ocorrer em momento prévio ao contacto direto e efetivo com o estabelecimento ou profissional de saúde. E esse momento também está sujeito ao cumprimento de regras específicas, que se destinam a proteger o utente de serviços de saúde: referimo-nos ao regime jurídico das práticas de publicidade em saúde, constante do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro. Segundo o preceituado no n.º 1 do artigo 1.º, este diploma estabelece o regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde desenvolvidas por quaisquer intervenientes, de natureza pública ou privada, sobre as intervenções dirigidas à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doenças, incluindo oferta de diagnósticos e quaisquer tratamentos ou terapias, independentemente da forma ou meios que se proponham utilizar.

Por "Intervenientes", a Lei refere-se a todos aqueles que beneficiam ou participam na conceção ou na difusão de uma prática de publicidade em saúde. Desde logo, aplica-se a todas as entidades, pessoas singulares ou coletivas, de natureza pública ou privada, no interesse de quem se realiza a publicidade, ou seja, aos profissionais de saúde e às entidades responsáveis por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde[4]. Mas o conceito de "Intervenientes" aqui utilizado é mais vasto e abrange ainda todos aqueles que, por qualquer meio, contribuíram para a construção, comunicação e divulgação da publicidade em causa, que podem ou não ser prestadores de cuidados de saúde, sejam eles beneficiários da publicidade em causa ou tenham apenas participado na sua conceção ou difusão.

A "prática de publicidade em saúde", segundo a alínea b) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, corresponde a qualquer comunicação comercial, a televenda, a telepromoção, o patrocínio, a

[4] Ou seja, às pessoas, singulares ou coletivas, que sejam proprietárias, tutelem, detenham ou explorem estabelecimentos onde sejam prestados cuidados de saúde, ou por qualquer outra forma, exerçam a sua atividade profissional por conta própria num estabelecimento de saúde, desde que sobre o mesmo detenham controlo – cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento da ERS n.º 66/2015, de 11 de fevereiro.

colocação do produto e a ajuda a produção, bem como a informação, ainda que sob a aparência, designadamente, de informação editorial, técnica ou científica, com o objetivo ou o efeito direto ou indireto de promover junto dos utentes:

a) Quaisquer atos ou serviços dirigidos à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doenças, com o objetivo de os comercializar ou alienar;
b) Quaisquer ideias, princípios, iniciativas ou instituições dirigidas à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doenças.

Nos termos dos artigos 3.º a 6.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, as práticas de publicidade em saúde e a informação nestas contida devem reger-se pelos princípios da transparência, fidedignidade e licitude, da objetividade e do rigor científico. O propósito do regime é proteger os interesses dos utentes destinatários das práticas de publicidade, pelo que estas só serão permitidas se identificarem, de forma verdadeira, completa e inteligível, o interveniente a favor de quem a publicidade em saúde é efetuada, de modo a não suscitar dúvidas sobre a natureza e idoneidade do mesmo. E neste âmbito, a publicidade é considerada ilícita sempre que o interveniente a favor de quem a publicidade em saúde é efetuada assumir a qualidade de prestador de cuidados de saúde sem efetivamente o ser, ou, sendo prestador de cuidados de saúde, não cumpra os requisitos de atividade e funcionamento, designadamente, não se encontre devidamente registado na ERS e não seja detentor da respetiva licença de funcionamento, quando aplicável.

Para além disso, a mensagem ou informação publicitada deve ser clara, precisa e percetível, deve conter todos os elementos considerados adequados e necessários ao esclarecimento cabal do utente, independentemente do meio, suporte ou plataforma utilizada para a sua comunicação e divulgação[5]. E na publicidade devem utilizar-se apenas informações que sejam aceites pela comunidade técnica ou científica. Este é, aliás, o elemento central de todo o regime: não são permitidas práticas de publicidade em saúde que induzam ou sejam suscetíveis de induzir os utentes em erro acerca

[5] Em cumprimento da competência de regulamentação atribuída à ERS pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, foi aprovado e publicado o Regulamento da ERS n.º 1058/2016, de 24 de novembro, que define os elementos de identificação dos intervenientes a favor de quem são efetuadas as práticas de publicidade em saúde, bem como os elementos que devem constar na mensagem ou informação publicitada.

da utilidade e da finalidade real do ato ou serviço, ou sobre a sua decisão relativamente ao objeto da publicidade. No n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 283/2015 consta um elenco meramente exemplificativo de práticas publicitárias em saúde que o Legislador proíbe, por induzirem ou serem suscetíveis de induzir em erro e, no n.º 2 do mesmo artigo, são descritas práticas de publicidade proibidas, por se consubstanciarem como agressivas e lesivas de direitos e interesses dos utentes.

A infração ao regime em causa constitui contraordenação punível, nos termos do artigo 8.º, com coimas de 250 € a 3 740,98 € ou de 1 000 € a 44 891,81 €, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva, e com sanções acessórias que podem ir desde a apreensão de suportes, objetos ou bens utilizados na prática das contraordenações, até à interdição temporária do exercício de atividade profissional ou publicitária ou privação de direito ou benefício outorgado por entidades reguladoras ou serviços públicos, competindo à ERS a fiscalização e a instrução dos processos de contraordenação, e ao seu Conselho de Administração a aplicação das correspondentes coimas e sanções acessórias.

Este regime jurídico apresenta vantagens relevantes, do ponto de vista da salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos utentes. Promovendo a certeza e segurança da informação veiculada pela publicidade e da identidade dos intervenientes, ele contribui para a proteção da saúde dos utentes, garantindo um conjunto de regras mínimas para assegurar que a informação sobre atos e serviços de saúde é completa e verdadeira, que se refere a estabelecimentos e profissionais de saúde que cumprem os requisitos mínimos para, respetivamente, poderem funcionar e exercer a sua atividade profissional, permitindo assim a tomada de decisões mais esclarecidas no que respeita ao acesso a cuidados de saúde e ao exercício da liberdade de escolha nesta matéria.

Uma vez escolhido o profissional ou o estabelecimento prestador de cuidados de saúde, o utente beneficia de uma nova proteção jurídica no que diz respeito à informação que lhe deve ser transmitida, para efeitos de tomada de decisão sobre os específicos cuidados de saúde que lhe vierem a ser propostos – a sua decisão, para ser juridicamente válida, deve ser livre, informada, esclarecida e consciente. Para que o utente possa concretizar a sua liberdade e o direito de decisão sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, em particular, quanto a consentir ou recusar a sua prestação, tem de lhe ser disponibilizada, de forma inteligível, toda a informação necessária.

No que respeita a este direito à informação, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 15/2014, "*O utente dos serviços de saúde tem o direito a ser informado pelo prestador dos cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado*" (cfr. n.º 1), sendo certo que esta informação deverá ser transmitida de forma acessível, objetiva, completa e inteligível (cfr. n.º 2). Por esse motivo, o artigo 157.º do Código Penal afirma que o consentimento para a prestação de cuidados de saúde só é eficaz quando o utente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento – ou seja, quando ao utente forem fornecidos todos os elementos necessários à tomada de uma decisão consciente, fundamentada e livre.

A informação deve ser verdadeira e abranger todos os elementos necessários à decisão (incluindo o preço a pagar pelos cuidados propostos), e deve ser prestada com a antecedência necessária e de forma clara e adaptada à capacidade de compreensão do utente, e tendo em conta a sua personalidade, o seu nível de conhecimento quanto à sua situação de saúde, e o seu estado clínico, físico e mental. E para que o utente possa, em consciência e liberdade, tomar uma decisão sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, terá de ser informado sobre todos os elementos essenciais para o efeito, nomeadamente: diagnóstico; intervenção proposta (por exemplo, exame complementar de diagnóstico, intervenção terapêutica ou medicamentosa); riscos e efeitos secundários da proposta; informação sobre o direito de recusar e de revogar o consentimento a qualquer momento, incluindo informação sobre os eventuais riscos para a saúde, inerentes ao exercício destes direitos; obrigações administrativas, logísticas e financeiras da proposta de intervenção. Todas estas informações podem ser relevantes, não só para a decisão do utente quanto à prestação de cuidados de saúde em concreto, mas ainda para que este possa escolher livremente o prestador dos cuidados de saúde a que irá recorrer (dos setores público, privado, social ou cooperativo).

Igualmente relevante nesta matéria é o direito de acesso do utente à informação sobre a sua saúde, fundamental para garantir o exercício da liberdade de escolha e o direito à segunda opinião ou apreciação sobre a sua situação clínica. Para que o utente possa tomar decisões livres e esclarecidas, tem de aceder, atempadamente e sempre que o desejar, à informação sobre o seu estado de saúde. Só assim pode o direito à liberdade, à autonomia e à autodeterminação ser assegurado e, nessa medida, ser concretizado o direito à proteção da saúde. A obrigação de respeitar este direito de

acesso dos utentes à sua informação de saúde aplica-se a todos os profissionais de saúde e a todo e qualquer estabelecimento prestador de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza jurídica.

Nos termos no n.º 1 da Base 15 da LBS, "*A informação de saúde é propriedade da pessoa*", sendo certo que, nos termos do seu n.º 2, "*A circulação da informação de saúde deve ser assegurada com respeito pela segurança e proteção dos dados pessoais e da informação de saúde, pela interoperabilidade e interconexão dos sistemas dentro do SNS e pelo princípio da intervenção mínima.*". Concretizando este direito, a Lei n.º 15/2014 reafirma, no n.º 3 do artigo 5.º, que "*O utente dos serviços de saúde é titular do direito de acesso aos dados pessoais recolhidos e pode exigir a retificação de informações inexatas e a inclusão de informações total ou parcialmente omissas*". A CDHB também consagra este direito de acesso à informação, afirmando, no n.º 2 do artigo 10.º, que "*Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde* [...]". Idêntica solução encontra-se prevista no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, quando aí se refere que "*O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado*"[6].

Informação de saúde é todo o tipo de informação, direta ou indiretamente ligada à saúde – presente ou futura – do utente, quer este se encontre com vida ou tenha falecido, incluindo os dados clínicos registados nos estabelecimentos de saúde (nomeadamente, o processo clínico), o historial clínico e familiar, e resultados de análises e de outros exames, intervenções, diagnósticos e tratamentos (cfr. artigo 2.º e n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro).

Tal como refere o n.º 1 da Base 15 da LBS, a informação de saúde pertence, unicamente, ao utente – uma vez que contém informação sobre o próprio, que se integra no seu direito fundamental à reserva da intimidade da vida

[6] A exceção prevista no n.º 2 do artigo 3.º da n.º Lei 12/2005 ao direito de acesso à informação, o chamado "privilégio terapêutico", visa acautelar situações em que o conhecimento de uma dada informação, ainda que pessoal, possa interferir negativamente na saúde do próprio utente. Também no mesmo sentido, segundo o artigo 157.º do Código Penal, "[...] *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, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.*".

privada – e não à unidade de saúde ou aos profissionais de saúde, que não podem recusar, dificultar ou, por qualquer meio, condicionar o acesso a tal informação. Os profissionais de saúde devem aceder e utilizar a informação de saúde do utente para efeitos de prestação de cuidados de saúde e, quando aplicável, para investigação clínica. Por sua vez, as instituições de saúde devem garantir que essa informação fica devidamente armazenada, protegida e acessível aos profissionais de saúde, para os efeitos referidos, e aos próprios utentes, ou a quem estes autorizarem expressamente para o efeito.

O acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento ou nos termos da lei, é exercido livremente pelo próprio ou, se este assim o solicitar, por intermédio de médico, independentemente da unidade de saúde onde aquela informação se encontra depositada integrar o setor público, privado, social ou cooperativo.

Inclui-se aqui não só o direito de consulta da informação de saúde, mas também o direito de reprodução dessa informação (nomeadamente, de obtenção de cópias), e o direito de exigir a alteração de informação inexatas e a inclusão de informação total ou parcialmente omissa.

2.2.3. Participação dos utentes

Se a proteção dos direitos e interesses dos utentes de serviços de saúde se assume como o propósito central da intervenção da ERS, a mesma não seria eficaz, nem eficiente, sem a participação dos próprios na defesa dos seus direitos e sem a sua intervenção quer nas principais instituições do setor da saúde, quer nos processos de tomada de decisão.

– Direito de queixa e reclamação

A CRP prevê, no seu artigo 52.º, o direito de qualquer pessoa apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da CRP, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informadas, em prazo razoável, sobre o resultado da respetiva apreciação.

Nesse sentido, a LBS confirma, na alínea i) do n.º 1 da sua Base 2, que todas as pessoas têm direito a apresentar sugestões, reclamações e a obter resposta das entidades responsáveis. Também a Lei n.º 15/2014, de 21 de março, determina que "*o utente dos serviços de saúde tem direito a reclamar e a*

apresentar queixa nos estabelecimentos de saúde, nos termos da lei" e que "*as reclamações e queixas podem ser apresentadas em livro de reclamações ou de modo avulso, sendo obrigatória a resposta, nos termos da lei*" (Cfr. n.os 1 e 2 do artigo 9.º).

Todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, independentemente da sua natureza jurídica, têm assim a obrigação de garantir o acesso dos utentes ao exercício da queixa ou da reclamação, designadamente pelo acesso ao livro de reclamações, que pode ser preenchido por quem o solicitar (artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 15/2014). Com o exercício do direito de reclamação, pretende-se proteger os demais direitos e interesses dos utentes, constituir um instrumento de prevenção de conflitos e por outro lado, constituir um mecanismo de promoção da qualidade dos serviços prestados. Assim, todos os prestadores de cuidados de saúde devem garantir que, independentemente do motivo, qualquer pessoa pode exercer o seu direito de queixa ou reclamação, perante o que entenda constituir uma ofensa dos seus direitos e interesses legítimos.

A obrigatoriedade de existência e disponibilização do livro de reclamações nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde dos setores privado, social e cooperativo encontra-se consagrada no Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, o qual determina que as reclamações sejam remetidas à ERS e por esta analisadas.

O Decreto-Lei n.º 74/2017, de 21 de junho, veio criar o Livro de Reclamações Eletrónico, passando os fornecedores de bens e prestadores de serviços (incluindo-se, portanto, as unidades de saúde) obrigados a disponibilizar o livro de reclamações em formato físico e eletrónico. Note-se que o livro de reclamações eletrónico não vem substituir o livro de reclamações em papel, o qual deve estar sempre acessível nos locais onde sejam prestados cuidados de saúde[7].

De acordo com a alínea b) do n.º 1, do artigo 3.º deste diploma "*O fornecedor de bens ou prestador de serviços é obrigado a*: [...] *b) Facultar imediata e gratuitamente ao consumidor ou utente o livro de reclamações sempre que por este tal lhe seja solicitado, sem prejuízo de serem observadas as regras da ordem de atendimento previstas no estabelecimento comercial, com respeito pelo regime de atendimento prioritário*." Por outro lado, o regime jurídico concretamente aplicável à obrigatoriedade de existência e disponibilização do livro de reclamações

[7] Atualmente, as reclamações ainda só podem ser apresentadas através do Livro de Reclamações Eletrónico quando forem respeitantes a unidades de saúde dos setores privado, social e cooperativo.

em serviços e organismos da Administração Pública – onde estão incluídos os prestadores de cuidados de saúde do setor público – está consagrado no artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril[8], que determina que os serviços e organismos da Administração Pública ficam obrigados a adotar o livro de reclamações nos locais onde seja efetuado atendimento ao público, devendo a sua existência ser divulgada de forma visível.

O mesmo artigo confere a competência para a apreciação das reclamações à Agência para a Modernização Administrativa, I.P. No entanto, no caso da área da saúde, este regime jurídico está desatualizado à luz dos Estatutos da ERS, que confirmam as suas atribuições e competências em matéria de apreciação das reclamações, bem como na monitorização do seguimento que lhes é dado pelas unidades de saúde visadas. Assim, as competências da ERS nesta temática estendem-se agora a todos os prestadores sujeitos à sua regulação, dos setores público, privado, social e cooperativo (cfr. n.os 1 e 2 do artigo 4.º, articulados com alínea a) do artigo 13.º, todos dos Estatutos da ERS)[9].

Por sua vez, o artigo 30.º dos Estatutos da ERS determina que:

> "*1 – Cabe à ERS apreciar as queixas e reclamações apresentadas pelos utentes, assegurar o cumprimento das obrigações dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde relativas ao tratamento das mesmas, bem como sancionar as respetivas infrações.*
>
> *2 – Os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde estão obrigados a remeter à ERS, no prazo de 10 dias úteis, cópia das reclamações e queixas dos*

[8] O Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril, estabelece as medidas de modernização administrativa aplicáveis a todos os serviços da administração central, regional e local, e foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 74/2017, de 21 de junho, que entrou em vigor no dia 1 de julho.

[9] Quer o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril, que estabelece as medidas de modernização administrativa aplicáveis a todos os serviços da administração central, regional e local, quer o Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, que estabelece o Regime Jurídico do Livro de Reclamações, foram objeto de alteração pelo Decreto-Lei n.º 74/2017, de 21 de junho. Por força dessa alteração, o n.º 7 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 156/2005, passou a estabelecer que "*Sem prejuízo do disposto no n.º 3, compete aos fornecedores de bens e aos prestadores de serviços cuja atividade esteja sujeita a regulação por entidade reguladora do setor ou entidade de controlo de mercado competente assegurar o cumprimento das obrigações previstas no presente decreto-lei nos casos em que os fornecimentos de bens e as prestações de serviços sejam efetuados, ainda que de forma não exclusiva ou principal, nos locais dos serviços e organismos da Administração Pública que tenham contacto com o público.*".

utentes, designadamente as constantes dos respetivos livros de reclamações, bem como do seguimento que tenham dado às mesmas."[10].

Por sua vez, atento a alínea a) do n.º 1 do artigo 61.º dos Estatutos da ERS, constitui contraordenação, punível com coima de 750 € a 3740,98 € ou de 1000 € a 44 891,81 €, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva, a violação dos deveres que constam nos n.os 1 e 2 do artigo 30.º.

O utente tem ainda a possibilidade de recorrer à mediação, um meio extrajudicial e alternativo de resolução de conflitos em que as partes são auxiliadas por um terceiro imparcial (neste caso, a ERS), e através do qual procuram voluntariamente chegar a um acordo que resolva o conflito que as opõe, podendo o mediador propor soluções para a conciliação, nos termos do artigo 28.º dos Estatutos da ERS. Para este efeito, a ERS publicou o Regulamento n.º 628/2015, de 17 de setembro, que estabelece as condições e requisitos de funcionamento do seu procedimento de resolução de conflitos, incluindo a mediação ou conciliação de conflitos.

– Direito de associação e de participação

Conforme acima exposto, o direito à proteção da saúde constitui uma responsabilidade conjunta das pessoas, da sociedade e do Estado. Concretizando esta norma, a LBS reconhece, nas alíneas j) e k) do n.º 1 da sua Base 2, que todas as pessoas têm direito a intervir nos processos de tomada de decisão em saúde e na gestão participada das instituições do SNS e a constituir entidades que as representem e defendam os seus direitos e interesses, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção da saúde e prevenção da doença, de ligas de amigos e de outros formatos de participação que a lei preveja.

Este direito do utente à representação ou à constituição de associações de defesa dos seus direitos resulta da liberdade fundamental consagrada no artigo 46.º da CRP, cujo n.º 1 afirma que "*Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que*

[10] No seguimento do referido artigo, foi aprovado o Regulamento da ERS n.º 65/2015, de 11 de fevereiro, que veio estabelecer as regras aplicáveis ao procedimento em questão. A ERS dispõe ainda de uma plataforma informática – o Sistema de Gestão de Reclamações – especificamente dedicada ao processamento e apreciação das reclamações e exposições relativas aos seus regulados. A ERS analisa ainda todas as demais reclamações que lhe cheguem ao conhecimento por outros meios (seja por via postal, fax, correio eletrónico, através do livro de reclamações online disponível no seu *website*, ou do Livro de Reclamações Eletrónico.

estas não se destinem a promover a violência e os respetivos fins não sejam contrários à lei penal.". No que respeita aos direitos dos consumidores, o n.º 3 do artigo 60.º da CRP refere o seguinte: "*As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.*".

Também a Lei n.º 15/2014 contempla este direito de associação; nos termos do n.º 1 do artigo 10.º, "*O utente dos serviços de saúde tem direito a constituir entidades que o representem e que defendam os seus interesses*"; por sua vez, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, "*O utente dos serviços de saúde pode constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção e defesa da saúde ou de grupos de amigos de estabelecimentos de saúde.*".

O exercício do direito a constituir associações de defesa dos direitos e interesses legítimos dos utentes encontra-se previsto na Lei n.º 44/2005, de 29 de agosto (regulamentada pela Portaria n.º 535/2009, de 18 de maio), que estabeleceu os direitos de participação e de intervenção destas associações junto da Administração central, regional e local (n.º 1 do artigo 1.º). Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º, as associações de defesa dos utentes de saúde são associações constituídas nos termos da lei geral, dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objetivo principal de proteger os interesses e os direitos dos utentes de saúde. No n.º 4 do artigo 2.º, o Legislador estabeleceu a distinção entre associações de defesa dos utentes de saúde de interesse genérico (associações cujo fim estatutário seja a tutela dos utentes de saúde em geral) e as de interesse específico (associações cujo fim estatutário seja a defesa dos utentes de uma determinada área de saúde ou portadores de uma determinada patologia). No artigo 3.º do citado diploma é consagrada a independência e autonomia das associações de defesa dos utentes de saúde, sendo que as atribuições de apoios por parte do Estado ou de qualquer outra entidade não pode condicionar a sua independência e autonomia.

A estas associações são reconhecidos os direitos consignados no artigo 5.º da Lei n.º 44/2005, destacando-se:

- O direito de participação em processos legislativos sobre a política de saúde, bem como em processos de consulta e audição públicas referentes à tomada de decisões relativas aos direitos e interesses dos utentes;

- O direito de adquirir o estatuto de parceiro social em matérias relativas à política de saúde;
- O direito de antena nos serviços públicos de rádio e televisão;
- O direito de solicitar aos órgãos da administração central, regional e local as informações que lhes permitam acompanhar a definição e a execução da política de saúde;
- O direito de receber apoio do Estado, através da administração central, regional e local, nomeadamente no exercício da sua atividade no domínio da formação, informação e representação dos utentes;
- O direito de participar na elaboração e acompanhamento das estratégias, planos e programas nacionais de saúde;
- O direito de iniciar e intervir em processos judiciais e em procedimentos administrativos quanto aos interesses dos seus associados, nos termos da lei.

Ainda no âmbito da participação dos utentes nos processos de tomada de decisão em saúde e na gestão participada das instituições, a Lei n.º 108/2019, de 9 de setembro, aprovou a "*Carta para a Participação Pública em Saúde*", a qual pretende fomentar a participação das pessoas, com ou sem doença, nas decisões que afetam a saúde da população e incentivar a tomada de decisão em saúde assente numa ampla participação pública. A Carta pretende contribuir para:

- Promover e defender os direitos das pessoas com ou sem doença, em especial no que respeita à proteção da saúde, da informação e da participação;
- Informar as entidades públicas sobre as prioridades, necessidades e preocupações das pessoas com ou sem doença;
- Tornar as políticas de saúde mais eficazes e, consequentemente, obter melhores resultados em saúde;
- Promover a transparência das decisões e a prestação de contas por parte de quem decide;
- Aproximar o Estado e a sociedade civil, aprofundando o diálogo e a interação regular entre ambos;
- Legitimar as decisões sobre a avaliação custo-efetividade e os dilemas éticos colocados pelas inovações tecnológicas.

A participação pública das pessoas com ou sem doença e seus representantes compreende a tomada de decisão no âmbito da política de saúde

e outras políticas relacionadas, tanto ao nível dos respetivos ministérios, incluindo os serviços integrados na administração direta ou indireta do Estado, órgãos consultivos e outras entidades relacionadas com a saúde, como da Assembleia da República e Conselhos Nacionais na área da saúde que funcionam junto desta, assim como dos órgãos do poder local (cfr. n.º 1 do artigo 3.º).

A participação pública das pessoas, com ou sem doença, e dos seus representantes aplica-se a todas as entidades ou sistemas que prestem serviços de saúde e abrange, nomeadamente, as seguintes áreas (cfr. n.º 3 do artigo 3.º):

- Plano Nacional de Saúde e programas de saúde;
- Gestão do SNS, incluindo recursos humanos, materiais e financeiros, e organização da prestação dos cuidados de saúde, através dos agrupamentos de centros de saúde e dos hospitais;
- Orçamento do Estado para a saúde;
- Avaliação de tecnologias de saúde;
- Avaliação da qualidade em saúde;
- Normas e orientações;
- Ética e investigação em saúde;
- Direitos das pessoas com ou sem doença e seus representantes.

Nos termos do artigo 5.º da Carta, a participação pública na tomada de decisão em saúde deve contemplar mecanismos de participação presencial e remota, quer de iniciativa das instituições do Estado e privadas, quer das pessoas e organizações; e deve ainda ser operacionalizada de forma sistemática, através de mecanismos diversos, de forma a ir ao encontro das especificidades de todas as partes interessadas e afetadas e promover uma participação ampla e diversificada, nomeadamente através de reuniões, consultas e audições públicas; representação em conselhos consultivos, comissões ou grupos de trabalho especializados ou setoriais, no âmbito da política de saúde e políticas relacionadas, tanto a nível nacional como regional e municipal; conselhos da comunidade, junto das diversas entidades e serviços relevantes no âmbito da política de saúde e políticas relacionadas; comissões de utentes; conselhos municipais de saúde; conselho nacional para a participação em saúde; fórum nacional sobre participação em saúde; e plataformas digitais para a participação pública em saúde.

Por fim, e ainda sobre a participação no sistema de saúde, importa referir a importância da inclusão das associações de utentes no conselho

consultivo da ERS. Nos termos do artigo 44.º dos Estatutos desta Entidade, o seu conselho consultivo é o órgão de consulta e participação na definição das linhas gerais de atuação da ERS e nas decisões do conselho de administração e é composto por 20 membros, entre os quais cinco representantes dos utentes, por intermédio das associações específicas de utentes de cuidados de saúde e das associações de consumidores de caráter geral.

3. Intervenção administrativa e sancionatória da ERS

Para além do exercício de poderes sancionatórios, tal como decorre do artigo 21.º dos seus Estatutos e como acima se foi fazendo referência, nos termos do artigo 19.º do mesmo diploma, incumbe à ERS zelar pela aplicação das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua regulação, no âmbito das suas atribuições, e emitir ordens e instruções, bem como recomendações ou advertências individuais, sempre que tal seja necessário, sobre quaisquer matérias relacionadas com os objetivos da sua atividade reguladora, incluindo a imposição de medidas de conduta e a adoção das providências necessárias à reparação dos direitos e interesses legítimos dos utentes.

Conforme a alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º dos seus Estatutos e ainda no exercício dos seus poderes de supervisão, a ERS pode também realizar estudos de mercado e inquéritos por áreas de atividade que se revelem necessários para a prossecução da sua missão, designadamente para "*A verificação de circunstâncias que indiciem distorções ou restrições à concorrência, ao acesso aos cuidados de saúde, à legalidade de funcionamento dos prestadores de cuidados de saúde, à transparência do seu funcionamento ou da relação entre estes com entidades financiadoras ou com os utentes de cuidados de saúde, ou ainda relativamente aos direitos destes últimos*.".

No respeito pelos princípios da transparência e da administração aberta, a ERS publica todas as decisões administrativas e sancionatórias proferidas, bem como, os estudos e relatórios efetuados no cumprimento das suas obrigações estatutárias, os quais podem ser consultadas no seu *website*.

AUTORIDADE DE SEGURANÇA ALIMENTAR E ECONÓMICA (ASAE)

Suzana Tavares da Silva

O objectivo deste trabalho é enquadrar jurídica e institucionalmente a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) no contexto das Entidades de Defesa e Promoção do Consumidor. Este objectivo leva-nos a organizar a exposição em três tópicos essenciais: a apresentação das linhas gerais (e da origem) da regulação da segurança alimentar no plano internacional e europeu, por ser a área na qual a ASAE mais se destaca desde a sua criação "nestas vestes"; as opções do legislador nacional subjacentes à criação da ASAE e a evolução histórica do modo como foram surgindo e sendo "acomodadas na organização administrativa" as diversas competências que hoje se congregam neste serviço da administração directa do Estado; e uma análise breve de algumas dificuldades inerentes ao controlo dos actos praticados pela ASAE.

1. A regulação da segurança alimentar no quadro das políticas internacionais e europeia

A *segurança alimentar* é um conceito polissémico que encerra dois significados essenciais: a *segurança no acesso a alimentos* (*food security*) e a *segurança dos alimentos consumidos* (*food safety*). Estes dois significados em que se efectiva a *segurança alimentar* são também conceitos complexos no âmbito do direito das políticas públicas. E a política alimentar, por seu turno, é um exemplo claro de *direito multinível*, assente em regras de direito internacional, europeu, nacional e municipal[1].

[1] Esta foi uma das notas que pusemos em destaque num dos primeiros trabalhos que dedicámos ao estudo deste tema – referimo-nos ao nosso «Acto administrativo de faca e garfo»,

É verdade que as dimensões da *segurança no acesso a alimentos* não são o objecto de estudo deste trabalho, pois, como veremos melhor mais à frente, a garantia do direito à alimentação não integra, entre nós, o leque de atribuições e competências da ASAE e nem mesmo o recente *direito a uma nutrição equilibrada* se afigura como uma competência regulatória desta entidade, pelo menos de forma directa; porém, a interligação entre as duas dimensões do conceito de "segurança alimentar" e a sua relação com a *protecção dos consumidores* explicam a utilidade de deixar aqui algumas indicações essenciais sobre as novidades neste domínio.

Assim, a *segurança no acesso a alimentos* convoca, desde logo, distintas dimensões da luta contra a pobreza, entre as quais se destacam a "erradicação" da fome[2], que é uma dimensão essencial das políticas sociais[3] e que actual-

Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jose Joaquim Gomes Canotilho, Vol. IV, Fernando Alves Correia / Jónatas Machado / João Carlos Loureiro (Org.), FDUC, Coimbra Editora, 2012, pp. 617-641 [ISBN: 978-972-32-2056-8] – e sobre a qual se podem consultar, com interesse, dois trabalhos: Ravi Afonso Pereira, «Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission», *German Law Journal,*Vol. 9, Issue 11, 2008, pp. 1693-1718 e Natália Zampieri, *A Comissão do Codex Alimentarius no contexto da governança global da alimentação. A legitimidade da normação do codex e a juridicização de standards técnicos*, Tese de Doutoramento na FDUC, 2020.

[2] A *fome*, antes de se ter transformado num conceito jurídico e a sua eliminação constituir um desígnio das políticas públicas sociais, hoje lideradas pelas directrizes da FAO, sempre foi uma realidade social que acompanhou o Homem nas diversas fases da história – *v.* Josep Maria Salrach Marés, *El hambre en el mundo: Pasado y presente,* Publicaciones de la Universidad de València, 2012.

Actualmente, a *fome* é ainda um problema por resolver à escala global: segundo o último relatório da FAO, 690 milhões de pessoas sofrem de fome crónica e das doenças associadas à subnutrição, com um indicador de tendência no sentido do agravamento deste número, apesar de, à escala global, serem actualmente produzidos alimentos suficientes para toda a população – *v.* FAO, *The state of Food Security and Nutrition in the World,* 2020, p. 3 (disponível em www.fao.org). Isso explica que o segundo objectivo do Desenvolvimento Sustentável seja "End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture". No plano jurídico, a *fome* é "combatida" pelo *direito à alimentação* [*v.* artigo 25.º da Declaração Universal dos Direito do Homem e artigo 11.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos, Económicos, Sociais e Culturais, de 1966, que entrou em vigor em 1976 na ordem jurídica internacional e em Portugal no ano seguinte – publicado em anexo à Lei n.º 45/78].

[3] O *direito de acesso a alimentos* é hoje um direito humano e uma dimensão do direito humanitário, o que significa que os agentes políticos internacionais estão juridicamente vinculados a garantir que cada pessoa tenha acesso a alimentação sólida adequada e a água potável (que é igualmente considerada, para este efeito, um alimento). A literatura destaca o papel das "Directrizes Voluntárias em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada

mente se "reinventa" no mundo Ocidental no contexto da autonomização de um "direito à nutrição"[4]. E da mesma forma que a *fome* é perspectivada como uma ameaça à paz, a garantia da *soberania alimentar*[5] apresenta-se hoje

no contexto da segurança alimentar nacional", aprovadas pela FAO em 2004 e subscritas por diversos países, que, por este meio, podem receber apoio directo das instituições internacionais para implementar com efectividade o direito à alimentação nos seus territórios, no âmbito de acções que vão desde a distribuição justa da terra, técnicas de cultivo ou a melhoria da distribuição dos alimentos, com o propósito de transformar o direito à alimentação num verdadeiro direito e não numa acção social – *v.* Jean Ziegler *et alii*, *The Fight for the Right to Food. Lessons Learned*, palgrave macmillan, 2011, pp. 18ss.

[4] A dimensão do *direito à nutrição* adquire relevo no Ocidente como instrumento de política de saúde pública para combater os efeitos das deficiências nutricionais enquanto fenómeno social. Tal como a fome é causa de diversas doenças decorrentes da subnutrição, a alimentação incorrecta do ponto de vista nutricional e os novos hábitos de vida sedentária obrigam a uma intervenção das entidades responsáveis pela *governance* das políticas de saúde pública e alimentação, com o intuito de alterar as estatísticas em matéria de obesidade, diabetes, hipertensão e outras patologias. Porém, também aqui a intervenção que é reclamada por parte do Estado é complexa – abrange medidas económicas de promoção dos alimentos locais (Elizabeth Dooley e Allison Condra, «Regional Development of Rural Areas and Promotion of Local Foods: comparing the EU and US Approach», *in Food Diversity between Rights, Duties and Autonomies,* Springer, Cham, 2018, pp. 111ss), medidas de regulação de conteúdos publicitários (Francisco Bombillar Sáenz, «Respaldo del Derecho Audiovisual y Publictario a las Políticas de Lucha contra la Obesidad Infantil y Fomento de Hábitos de Vida Saludables», *Hábitos de Vida Saludables y Lucha contra la Obesidad: Los Retos del Derecho ante la Salud Alimentaria y la Nutrición,* Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 295ss), ou mesmo de tributação de certos nutrientes (Marta Costa Santos e Francisa Robalo Cordeiro, «A Introdução das *Fat Taxes* em Portugal: algumas considerações», Estudos do Observatório de Taxas & Contribuições, CEDIPRE, 2016).

[5] A expressão "soberania alimentar" terá sido cunhada, segundo a maioria dos autores, na Cimeira Mundial sobre a Alimentação que teve lugar em Roma (Itália), em 1996 – Marc Edelman *et alii*, «Introduction: critical perspectives on food sovereignty», *Journal of Peasant Studies*, 2014, Vol. 41, n.º 6, pp. 911-931. Apesar de algumas correntes apontarem também a ligação desta expressão com os movimentos agrários populistas, e por isso alguns a associam, também, às denominadas políticas públicas do "confronto" ou da litigiosidade (*v.* Maria-Josée Massicotte, «Feminist Political Ecology and La Vía Campesina's Struggle for Food Sovereignty through the Experience of the Escola Latino-Americana de Agroecologia», *Globalization and Food Sovereignty,* University of Toronto Press, Toronto, 2014, pp. 255ss), a verdade é que actualmente a maior parte da literatura utiliza a expressão *soberania alimentar* no contexto de *segurança no acesso alimentos nutricionalmente adequados*, ou seja, também no contexto da mudança de paradigma económico mundial de valorização dos recursos de proximidade, face ao consumo de produtos agrícolas processados e transportados em largas distâncias (Amy Trauger, «Putting food sovereignty in place», *Food Sovereignty in International Context,* Routledge, 2015, pp. 1ss).

como uma dimensão fundamental de um Estado de Direito Democrático, desde logo através da preservação da identidade cultural alimentar, e como um requisito de acesso universal à alimentação adequada. Acresce que é curioso notar que os "movimentos políticos" pela *soberania alimentar*, associados a uma nova política de alimentação – *local food movement*, com ligações à *agro-ecologia* e ao *slow food* –, têm algumas raízes em movimentos cívicos com especial implantação em países como o Canadá, "liderados" por uma associação entre os agricultores e os consumidores com o intuito de combater os mercados globais de produtos agrícolas (a promoção da *democracia alimentar*) e a este movimentos aliam-se objectivos muito variados, desde a transição para uma economia mais justa até aos objectivos de redução do consumo de alimentos mais processados[6].

E estas directrizes globais não escapam às linhas orientadoras da Política Agrícola Comum para 2023-2027, sobretudo na estratégia *"Do prado ao prato: para um sistema alimentar justo, saudável e respeitador do ambiente"*[7]. A implementação desta estratégia acarretará alterações em todas as fases, desde a *produção* (com o foco no financiamento de novas formas de produção mais sustentáveis e a continuação da modernização do sector agrícola e pecuário), passando pela indústria agro-alimentar, da qual se espera uma adaptação à directriz de inovação na criação de cadeias alimentares orientadas para a economia circular e sustentável, e pela distribuição, que deve dar resposta a uma produção orientada para as necessidades dos consumidores, no quadro a resiliência do sistema alimentar europeu.

A outra dimensão da *segurança alimentar* é a *segurança dos alimentos consumidos*, que é aquela que aqui nos ocupará de forma mais directa, uma vez que é nesta dimensão que residem as principais competências da ASAE. Esta acepção da segurança alimentar corresponde, igualmente, a uma confluência de abordagens, que vão desde o impacto dos nutrientes e aditivos

[6] Para uma visão generalizada de todas estas questões e da complexidade que está por detrás deste movimento *v.*, por todos, Amy Trauger (Ed.), *Food Sovereignty in International Context. Discourse, Politics and Practice of Place,* Routledge, London, 2015 e Peter Andrée *et alii* (Ed.), *Globalization and Food Sovereignty. Global and Local Change in the New Politics of Food,* University of Toronto Press, Toronto, 2014.

[7] A estratégia em que assenta a nova PAC – *v.* COM(2020) 381final –, que é também um pilar da Estratégia Europeia para o Compromisso Verde e a neutralidade Carbónica a atingir em 2050, o denominado Pacto Ecológico Europeu – COM(2019) 640 final –, assenta no princípio da sustentabilidade, que aí é identificado em quatro vectores principais: a prevenção do desperdício alimentar, a produção local, a reforma da indústria alimentar, da distribuição e uma alteração dos hábitos de consumo.

na saúde pública às técnicas e práticas fitossanitárias, passando pela metodologia de "Análise de Perigos e Controlo de Pontos Críticos" (HACCP). Os objectivos da *segurança alimentar* centram-se na garantia da qualidade, segurança e autenticidade dos produtos alimentares que consumimos e para isso a regulação abrange a produção e pré-produção dos alimentos (sementes, aditivos, pesticidas, OGM), a transformação agro-industrial (aditivos, enzimas, desinfecção e controlo de ameaças causadas por patógenos como a *Salmonella* e a *Escherichia coli*), a embalagem e a qualidade nutricional e a segurança (incluindo dos novos alimentos).

Os principais marcos temporais da regulação da *segurança dos alimentos para consumo* coincidem com alguns eventos catastróficos.

É o caso do surto de *E. coli* na cadeia americana de *fast-food* "Jack in the Box" que teve lugar em 1993 e que é apontado pela literatura como um marco da política de segurança alimentar naquele país a cargo do *U. S. Departamento of Agriculture* (USDA), o qual esteve na origem da primeira vaga de etiquetas de segurança alimentar[8]. É também o caso da *European Food Safety Authority* (EFSA), criada em 2002, em resposta a diversos problemas se insegurança alimentar que tinham surgido em finais da década de 1990[9] (com especial ênfase para a BSE[10]), procurando assim garantir a

[8] *V.* Darin S. Detwiler, *Food Safety. Past, Present and Predictions,* Elsevier Academic Press, London, 2020.

[9] Os registos de *insegurança alimentar* no espaço da actual União Europeia começam muito antes, os riscos associados ao uso de aditivos químicos na indústria alimentar explicam a adopção pela Inglaterra do *Adulterated Food Act* de 1860, que depois daria lugar ao *Sale of Food and Drugs Amendment Act* de 1879, que fixava regras para a resolução de conflitos sobre a comercialização de alimentos (Detwiler, Food Safety...*ob. cit.*, pp.12ss).

Seguiu-se, em finais de 1970 início de 1980, o caso do óleo de colza espanhol adulterado, que causou cerca de 20.000 casos de doença severa e morte e que espalhou o pânico entre os consumidores daquele produto.

E, mais recentemente, em 2011, uma nova estirpe de *E. coli*, que causou 30 mortes, em especial na Alemanha e na Suécia, lançou as suspeitas sobre os produtos hortícolas de diversos países, acabando por ser identificada em brotos germinados de feijão.

[10] O surto de BSE (*Bovine Spongiform Encephalopathy*), também conhecido como "doença das vacas loucas"), que começou no Reino Unido em 1986, gerou um enorme alarme social a respeito da possível transmissibilidade da doença a humanos por via do consumo da carne, uma vez que era conhecida a variante humana da doença (doença de Creutzfeldt-Jakob), e levou à adopção de diversas medidas de restrição em matéria de alimentação dos bovinos (ficou comprovado, à data, que o surto tinha sido originado pela administração de uma ração), bem como de proibição de comercialização de alguns subprodutos, como a cabeça e a espinhal medula. Porém, como o Comité Científico Veterinário emitiu um parecer em

segurança dos alimentos consumidos e produzidos em qualquer dos Estados-Membros através de uma análise de risco[11].

A *segurança para a saúde* é um valor que tem de ser garantido desde a fase de produção e, por isso, a EFSA regula a saúde animal, a fitossanidade, os contaminantes das sementes e monitoriza os riscos dos OGM. Acresce que hoje existe também evidência científica a respeito dos riscos decorrentes de contaminantes químicos, que podem estar presentes em etapas como a embalagem e o transporte, o que impôs igualmente a regulação destas fases da cadeia dos alimentos.

Para além da *segurança para saúde* em termos restritos, outros valores fazem parte das garantias económicas que devem ser prestadas aos consumidores de produtos alimentares, como a autenticidade e a qualidade dos produtos[12].

Mais recentemente, como sucede em boa parte das políticas públicas, estes dois universos conceptuais, que sempre mantiveram relevantes pontos de contacto, conjugam-se de forma mais intensa na resposta ao que muitos integram nos desafios do século XXI: estabelecer regras para que a população mundial possa dispor de quantidade suficiente de produtos alimentares seguros, nutricionalmente adequados e de qualidade, para satisfazer as suas necessidades alimentares, respeitando o ambiente, o clima e a remuneração justa da produção[13]. Este não é o local adequado para discor-

que não conseguia excluir o risco de transmissibilidade da doença aos humanos, a Comissão adoptou uma medida de emergência de proibição de comercialização temporária de animais e de carne bovina procedente do Reino Unido, até existir maior evidência científica. O Reino Unido e a Irlanda impugnaram aquela medida junto do Tribunal de Justiça, mas a mesma seria considerada legítima, desde logo por aplicação do *princípio da precaução* (§100 proc. C-180/96).

[11] Sobre a origem da EFSA *v.* David Byrne, «The Genesis of EFSA and the First 10 Years of EU Food Law», *Foundations of EU Food Law and Policy,* Ashgate, Surrey, 2014, pp. 17-22.

[12] Cabe neste conceito a regulação de diversas certificações como a "IGP – Indicação Geográfica Protegida", a "DOP – Denominação de Origem Protegida" e a "Especialidade Tradicional Garantida".

[13] Trata-se de uma "síntese destas várias orientações de política pública" que, a seu modo, pode ser traduzida pela expressão *fair food*, a qual procura reformular e reestruturar o sistema alimentar mundial, assente em novos objectivos como a "democratização alimentar" (para a qual contribuem os agricultores e produtores pecuários, os *foodies* e a indústria agro-alimentar associada ou não à distribuição alimentar), a "literacia nutricional" (a reeducação dos hábitos alimentares para uma alimentação mais saudável e a redução do consumo de alimentos processados), a "justiça alimentar" (remuneração justa dos produtores, o que equivale a apostar em novas formas de organização das actividades agrícolas e pecuárias, na

rer sobre o tema, mas gostaríamos de deixar assinalado que esta "terceira via" da regulação alimentar é bastante complexa, pois, por um lado, procura respostas para as duas dimensões tradicionais da segurança alimentar no quadro das alterações climáticas[14], mas em outras acepções propende também para uma certa "restrição implícita" da autodeterminação alimentar e, por via de uma regulação indirecta, para a autonomização de um tipo de "dever à correcta alimentação" – dever que suscita sérias dúvidas no contexto de uma sociedade assente em valores como a liberdade individual.

2. Os poderes da ASAE e o seu enquadramento no âmbito da EFSA

Em Portugal, uma parte muito relevante destas competências em matéria de segurança alimentar pertencem, como veremos, à ASAE e estão na origem da configuração actual desta entidade administrativa.

A ASAE, cujo regime jurídico vigente consta do Decreto-Lei n.º 194/2012, de 23 de Agosto, surgiu como Autoridade de Segurança Alimentar e Económica em 2005[15], sucedendo nessa data aos serviços da administração directa e indirecta do Estado, que até aí exerciam competências na área do controlo oficial dos géneros alimentícios e da segurança alimentar[16].

aplicação das novas tecnologias e na qualificação da mão-de-obra) e a "cultura alimentar" (maior consumo e divulgação das espécies e produtos autóctone e a valorização das experiências gastronómicas contextualizadas).

[14] Incluem-se neste âmbito, por exemplo, a introdução de insectos na alimentação humana de forma generalizada – *v.* Afton Halloran *et alii* (Ed.), *Edible Insects in Sustainable Food Systems,* Springer, Cham, 2018 – ou a manipulação laboratorial dos alimentos em que se incluiu o "cultivo de carne sintética" – *v.* David. J McClements, *Future Foods. How Modern Science is Transforming the Way We Eat,* Springer, Cham, 2019.

[15] A ASAE foi criada pelo Decreto-Lei n.º 237/2005, de 30 de Dezembro, para assegurar a transposição para o direito nacional das exigências do Regulamento (CE), n.º 178/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, que criou a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos. Este diploma seria depois revogado pelo Decreto-Lei n.º 274/2007, de 30 de Julho, que antecedeu o regime jurídico actual em matéria de orgânica da ASAE; nesta ocasião as alterações introduzidas não foram significativas, limitando-se, no essencial, a ajustar a orgânica administrativa daquela entidade às orientações definidas pelo Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2006, de 30 de Março.

[16] Referimo-nos à Direcção-Geral do Controlo e Fiscalização da Qualidade Alimentar e à Agência Portuguesa de Segurança Alimentar, I. P..

A *Direcção-Geral do Controlo e Fiscalização da Qualidade Alimentar* era um serviço central do Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas [*v.* artigo 4.º, n.º 1, al. *f)* do Decreto-Lei n.º 74/96, de 18 de Junho], tendo a sua orgânica sido definida pelo Decreto-

Foi também nessa ocasião que o legislador optou por integrar nas competências desta nova entidade a fiscalização do sector não alimentar, justificando essa opção, quer com o crescente número de estabelecimentos económicos que actuavam, simultaneamente, no sector alimentar e não alimentar, quer com o propósito de optimizar recursos humanos e procedimentos de fiscalização económica, facilitando as intervenções práticas desta entidade e a interacção com os agentes económicos[17].

-Lei n.º 98/97, de 26 de Abril. Previamente, estas competências tinham pertencido ao *Instituto de Protecção da Produção Agro-Alimentar* (Decreto-Lei n.º 99/93, de 2 de Abril), que era um instituto público dependente do Ministério da Agricultura [artigo 3.º, n.º 4, al. *c)* do Decreto-Lei n.º 94/93, de 2 de Abril]. Na década de 80, a opção em termos organizatórios havia sido a de manter estas competências no *Instituto da Qualidade Alimentar*, criado pelo Decreto-Lei n.º 221/77, de 28 de Maio, igualmente sob os poderes de supervisão do Ministério da Agricultura, Pescas e Alimentação [artigo 6.º, n.º 1, al. *l)* e 42.º do Decreto-Lei n.º 221/77; artigo 11.º, n.º 1, al. *f)* do Decreto-lei 293/82, de 27 de Julho; e artigo 3.º, n.º 4, al. *e)* do Decreto-Lei 310-A/86, de 23 de Setembro]. As competências em matéria de *aplicação de coimas e sanções acessórias* apenas são transferidas para o Instituto de Protecção da Produção Agro-Alimentar com a aprovação do Decreto-Lei n.º 176/94, de 27 de Junho, embora a instrução do procedimento de aplicação das contra-ordenações fosse depois da competência da Inspecção-Geral das Actividades Económicas. Este procedimento sancionatório acabaria por ser novamente reorganizado com a aprovação do Decreto-Lei n.º 49/97, de 28 de Fevereiro, que atribuiu à Direcção-Geral de Fiscalização e Controlo da Qualidade Alimentar a competência em matéria de aplicação de coimas e de sanções acessórias.

Já a Agência Portuguesa de Segurança Alimentar, I. P., tinha sido criada pelo Decreto-Lei n.º 217-B/2004, de 9 de Outubro, sucedendo à Agência para a Qualidade e Segurança Alimentar, que havia sido instituída pelo Decreto-Lei 180/2000, de 10 de Agosto (diploma depois modificado pelo Decreto-Lei n.º 82/2001 de 9 de Março e pelo Decreto-Lei n.º 308/2002, de 16 de Dezembro). A sua instituição entre nós surge na sequência da aprovação do já mencionado Livro Branco da Segurança Alimentar e da criação da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, para responder às exigências europeias em matéria de estruturas administrativas de implementação e gestão daquela política europeia.

[17] A ASAE sucedeu também, em 2005, à Inspecção-Geral das Actividades Económicas (IGAE), cuja orgânica, nessa data, era disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 46/2004, de 3 de Março.

A IGAE era um serviço central do Ministério responsável pela área da Economia, centrado na defesa do consumidor, com larga tradição em Portugal desde a sua criação em 1965, e cuja orgânica foi, sucessivamente, regulada, por ordem cronológica inversa, pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 269-A/95, de 19 de Outubro; Decreto-Lei n.º 14/93, de 18 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 452/71, de 27 de Outubro e Decreto-Lei 46336, de 17 de Maio de 1965.

Sobre a relevância deste serviço pode ler-se, com especial interesse, o preâmbulo do Decreto-Lei 46193, de 18 de Fevereiro de 1965, que é o diploma que cria, no Ministério da Economia, a Inspecção-Geral das Actividades Económicas e define as suas atribuições e

Assim, a ASAE é hoje um serviço central[18] da administração directa do Estado, sob a direcção do Ministro de Estado, da Economia e da Transição Digital e com uma função dominante de controlo, auditoria e fiscalização. A sua principal missão é a fiscalização e prevenção do cumprimento da legislação reguladora do exercício das actividades económicas, nos sectores alimentar e não alimentar, bem como a avaliação e comunicação dos riscos na cadeia alimentar, sendo o organismo nacional de ligação com as suas entidades congéneres, a nível europeu e internacional. A ASAE é também a entidade responsável por diversos processos contra-ordenacionais (artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 194/2012)[19], tendo sucedido nesta matéria à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade [artigo 40.º, n.º 3, al. *g)* do Decreto-Lei n.º 126-C/2011, de 29 de Dezembro][20].

competências. Aí se explica que na génese desta intervenção estatal na economia esteve a Intendência-Geral dos Abastecimentos, criada em 1943, pelo Decreto-Lei n.º 32945, de 2 de Agosto, com o objectivo de fazer face às dificuldades no abastecimento de matérias-primas e de bens de primeira necessidade no período da guerra. Em 1965 os objectivos que presidiram à criação da Inspecção-Geral das Actividades Económicas eram distintos, centrando-se na prevenção e repressão das actividades delituosas contra a economia nacional e a saúde pública.

[18] É um serviço central que dispõe de três unidades regionais desconcentradas (Norte, Centro e Sul) e que exerce as suas competências em todo o território nacional [artigo 11.º, n.º 4, al. *a)* da Lei n.º 4/2004, de 15 de Janeiro (na sua redacção actualizada), e artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 194/2012, de 23 de Agosto].

[19] De notar que nas Regiões Autónomas estas competências são maioritariamente exercidas por entidades administrativas regionais: a Autoridade Regional das Actividades Económicas da Madeira (ARAE Madeira) e a Inspecção Regional das Actividades Económicas dos Açores (IRAE Açores).

De acordo com os n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2012, a ASAE é, porém, a entidade competente em todo o território nacional para a fiscalização do jogo ilícito, e a circulação e comércio de uvas destinadas à produção de vinho, mosto de vinho e produtos vínicos, bem como pela avaliação e comunicação dos riscos na cadeia alimentar e do controlo oficial dos géneros alimentícios.

[20] A Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade tinha sido institucionalizada com a aprovação do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que alterara o regime em vigor em matéria de infracções antieconómicas e contra a saúde pública (antes disciplinadas pelo Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957 e pelo Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio). Posteriormente, a sua orgânica seria aprovada pelo Decreto-Lei n.º 81/2002, de 4 de Abril e depois alterada pelo Decreto-Lei n.º 143/2007, de 27 de Abril.

Os *poderes de fiscalização económica* da ASAE são tão amplos[21] que acabam por se suscitar dúvidas de sobreposição com competências fiscalizadoras de outras entidades, potenciando o surgimento de conflitos positivos ou negativos de atribuições e competências[22].

Noutros casos, o risco de sobreposição de competências pode decorrer da correcta delimitação entre o poder de "avaliação da conformidade" dos produtos ou dos serviços, a cargo das entidades nacionais competentes para o efeito e o de adoptar medidas de proibição, de restrição da disponibilização, de retirada ou de recolha desses produtos, a cargo da ASAE, ambos praticados ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 765/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 Julho de 2008, que estabelece os requisitos de acreditação e fiscalização do mercado relativos à comercialização de produtos.

[21] De acordo com a alínea *i)* do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 194/2012, a ASAE tem poderes de fiscalização sobre todos os locais onde se proceda a qualquer actividade industrial, designadamente de produtos acabados e ou intermédios, turística, comercial, agrícola, pecuária, de abate, piscatória, incluindo a actividade de pesca lúdica ou qualquer actividade de prestação de serviços, armazéns, escritórios, notários, meios de transporte, entrepostos frigoríficos, empreendimentos turísticos, alojamento local, agências de viagens, empresas de animação turística, campos de férias, casinos e bingos, estabelecimentos de restauração e bebidas, discotecas e bares, cantinas e refeitórios, clínicas médicas e dentárias, clínicas veterinárias, farmácias e armazéns de produtos médico-farmacêuticos, cabeleireiros e centros de estética, recintos de diversão ou de espectáculos, espaços de jogos e recreio, infra-estruturas, equipamentos e espaços desportivos, *health clubs*, portos, gares e aerogares.

[22] Com efeito, é necessário, por exemplo, conjugar os poderes de fiscalização da ASAE sobre clínicas médicas e dentárias com os poderes de fiscalização, inspecção ou auditoria da Entidade Reguladora da Saúde (artigo 21.º dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de Agosto), ou sobre recintos de diversão ou de espectáculos com os poderes da Inspecção-Geral das Actividades Culturais em matéria de supervisão, fiscalização e monitorização dos espectáculos de natureza artística e dos recintos fixos destinados à sua realização [artigo 2.º, n.º 2, al. b) do Decreto Regulamentar n.º 43/2012, de 25 de Maio]. Estes são casos de potenciais conflitos positivos de atribuições e de competências (artigo 51.º do CPA).

Já a celebração em Maio de 2021 de um Protocolo de Cooperação entre a ASAE e a Inspecção-geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (IGAMAOT) para delimitar as áreas de competências de fiscalização de cada uma das entidades tinha como intuito neutralizar preventivamente conflitos negativos de competências. Conflitos que são por vezes reais, como aquele que foi identificado pelo Provedor de Justiça a respeito das competências da Direcção-Geral do Consumidor e da ASAE para a fiscalização de certos "concursos e passatempos com uso de linhas telefónicas", que podem ser classificados como publicidade ou como autopromoção – *v.* Recomendação n.º 7/B/202, de 19 de Outubro de 2020, nota de rodapé n.º 9.

Um leque alargado e específico de poderes da ASAE corresponde, como temos vindo a destacar desde o início deste trabalho, à área da *segurança alimentar*, mais concretamente da *segurança do consumo de produtos alimentares*. E neste particular cabe destacar o papel da ASAE na interligação com a Agência Europeia de Segurança Alimentar (EFSA) nas actividades de *caracterização* e *avaliação dos riscos alimentares* [artigo 2.º, n.º 2, al. b), subal. *iii)* do Decreto-Lei n.º 194/2012].

Sem ser nosso objectivo esgotar aqui a temática dos *procedimentos administrativos multinível* respeitantes à segurança alimentar no espaço europeu, afigura-se-nos, contudo, relevante, ilustrar o papel da ASAE em alguns deles. É o caso particular dos *novos alimentos*, cuja introdução no mercado é actualmente disciplinada pelo Regulamento (UE) 2015/2283, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015. O conceito de *novos alimentos* foi clarificado[23] neste diploma, assim como o conceito de *alimento tradicional de um país terceiro,* e cabe à Comissão a prática dos actos de autorização de introdução no mercado (artigo 10.º e 14.º Regulamento n.º 2015/2283) e à EFSA a elaboração do parecer técnico que suporta aquela decisão (artigos 11.º e 17.º do Regulamento n.º 2015/2283)[24]. A introdução de um alimento no mercado que não conste da lista europeia e que, por conseguinte, não esteja autorizado, dará depois lugar à fiscalização pela ASAE e à aplicação de contra-ordenações económicas (artigo 29.º do Regulamento n.º 2015/2283), quaisquer dúvidas que possam surgir no âmbito deste procedimento contra-ordenacional a respeito da correcta qualificação da infracção quanto à autorização ou não da introdução do alimento no mercado impõe a realização de um reenvio prejudicial[25].

[23] Integram-se neste conceito os alimentos com estrutura molecular nova intencionalmente modificada (como os transgénicos), alimentos constituídos por fungos ou algas, alimentos sintetizados a partir de plantas (*ex.* os leites vegetais), os que provenham de culturas de células de tecidos, os que são produzidos a partir de animais ou partes de animais, incluindo insectos, as vitaminas e os minerais que funcionam como complementos alimentares e os alimentos constituídos por nanomateriais artificiais.

[24] Veja-se o parecer emitido em 24 de Novembro de 2020 sobre a introdução no consumo da "Tenebrio *molitor* larva", uma larva de insecto destinada a funcionar como complemento proteico em pó, que obteve um parecer favorável.

[25] Com interesse sobre a matéria veja-se o acórdão do TJUE no *caso Entoma* (proc. C-526/19), no qual se discutia a legalidade da ordem emitida pelo *préfet de police* de Paris, que suspendeu a colocação no mercado de insectos inteiros (larvas de tenébrio, gafanhotos e grilos destinados ao consumo humano), alegando inexistência de autorização de introdução no consumo destes bens segundo o regime jurídico europeu dos novos alimentos.

A legislação europeia começa por identificar a necessidade de *codificação* dos alimentos para consumo humano e animal[26] no quadro da harmonização de conceitos e procedimentos tendentes a estabelecer a "base comum" do regime jurídico em que há-de repousar o mercado interno dos alimentos. E quer na identificação deste objectivo, quer na sua implementação, o legislador Europeu apoia-se no instrumento de codificação internacional já existente: o *Codex Alimentarius*[27].

A *codificação* responde em simultâneo a dois objectivos: o *primeiro* é a eficiência, pois havendo harmonização das regras e dos *standards técnicos* de avaliação da qualidade dos produtos e dos procedimentos evita-se a repetição inútil de controlos laboratoriais; o *segundo* é de mercado, pois se queremos facilitar e promover a livre circulação de produtos num determinado espaço geográfico, precisamos de ter a certeza quanto às características dos bens em causa para a formação do respectivo preço e quanto à sua segurança para a introdução no consumo, ou seja, na cadeia alimentar humana.

Concluiu-se naquele aresto que não era possível averiguar, à luz do direito europeu, e pelo modo como a questão tinha sido colocada em sede de reenvio, se havia ou não uma proibição de comercialização daqueles "animais" para consumo humano. Lembre-se que a regulamentação desta matéria começa em 1997 e a ideia era não integrar na categoria de "novo alimento" aqueles alimentos que já circulavam no consumo humano. No caso, não foi possível (até porque não foi essa a questão submetida ao TJUE) apurar se aqueles insectos já circulavam ou não no consumo humano na Europa antes da entrada em vigor do primeiro Regulamento sobre novos alimentos (o Regulamento n.º 258/97). Porém, a "inexistência de resposta no direito europeu", segundo o TJUE, apenas reforçava o poder das autoridades alimentares nacionais, que podiam sempre, em nome da segurança alimentar, submeter aqueles produtos a uma avaliação de risco no plano nacional.

Este caso permite ilustrar as insuficiências de um regime jurídico que, sendo europeu e repousando sobre um princípio de "intangibilidade do adquirido culturalmente", acaba por não ter uma resposta "segura" (no plano jurídico e no plano técnico), atendendo às diversas tradições alimentares dos Estados-membros, que, como dissemos, provêm também das suas tradições histórico-culturais.

[26] A inclusão da alimentação animal explicava-se pelo efeito que a mesma acaba por ter na saúde humana por via das cadeias alimentares. Contudo, e sendo esta a "explicação histórica" da norma, a verdade é que ela estendeu o seu âmbito de aplicação a todos os animais, incluindo hoje a alimentação dos animais de companhia, que não integram a cadeia de alimentação humana.

[27] Com efeito, pela Decisão do Conselho de 17 de Novembro de 2003 a UE aderiu à Comissão do *Codex Alimentarius*. É importante destacar que, em Portugal, a entidade responsável pela participação nos procedimentos de discussão das normas do *Codex* é a Direcção-Geral de Agricultura e Veterinária e não a ASAE – *v.* artigo 13.º, n.º 2, al. *b)* do Decreto-Lei n.º 7/2012, de 17 de Janeiro.

Ora, o *Codex Alimentarius,* que foi criado em 1963 pela ONU através instituição da respectiva Comissão resultante de uma colaboração entre a já mencionada Organização para a Agricultura e Alimentação (FAO) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), responde a estes dois objectivos, como, de resto, acabaria também por ser reconhecido pela Organização Mundial do Comércio, com a entrada em vigor, em 1994, do acordo relativo à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias[28].

Seguiu-se a autonomização dos *princípios rectores* entre os quais desde logo merece destaque *(i)* o da *garantia de um elevado nível de protecção da saúde* (artigo 5.º do Regulamento n.º 178/2002), seguindo-se *(ii)* o da *independência das entidades decisoras*, na *transparência dos procedimentos* e na *base científica das decisões adoptadas*, como elementos estruturais da confiança dos agentes económicos e, também, dos consumidores. Muito relevante no plano substantivo é também *(iii)* o *princípio da prevenção*, no sentido de assegurar a saúde contra os *riscos*, o que implica a identificação dos riscos, a respectiva análise e a criação de instrumentos de gestão dos mesmos em função, também, de factores sociais e administrativos, no qual assume especial relevância o mecanismo de *rastreabilidade* dos produtos. Mais polémico é *(iv)* o *princípio da precaução*, que consta expressamente do artigo 7.º do Regulamento n.º 178/2002, e que tem isso utilizado pela jurisprudência do TJUE como elemento relevante da já mencionada protecção elevada do consumidor.

No plano funcional, os princípios assentam no *trabalho em rede*, seja na fase da avaliação técnica, seja na de gestão do risco. É neste contexto que merece destaque o *sistema de alerta rápido em rede* (RASFF), previsto no artigo 50.º e seguintes do Regulamento n.º 178/2002. De acordo com este mecanismo, sempre que um "membro da rede" (um ponto de contacto de um Estado-membro) dispuser de informações relacionadas com a existência de um risco grave, directo ou indirecto, para a saúde humana, ligado

[28] O acordo relativo à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (OMC-GATT 1994) estabelece regras sobre a liberdade que os Estados têm de adoptar este tipo de medidas para a protecção da vida humana e animal, assim como para a protecção vegetal, mas impede que a adopção dessas medidas possa ser utilizada com o propósito de impor restrições ao livre comércio de produtos. Ao estabelecer regras este acordo acaba por suscitar diversas controvérsias que são depois dirimidas pelos painéis de resolução de litígios. Veja-se o recente caso que envolve a União Europeia e o Brasil a respeito da importação de carne de ave salgada e de carne de peru apimentada, que, segundo a UE, não cumpre os critérios de segurança alimentar contra o risco para os humanos em matéria de *Salmonella* e que o Brasil considera que constitui uma restrição que viola as regras do acordo relativo à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (WT/DS607/1).

a um alimento, essas informações são comunicadas à Comissão e ela reencaminha as mesmas para todos os membros da rede. No caso de Portugal, essas informações chegam à DGAV, que as transmite à ASAE, a qual é responsável por promover a retirada dos produtos do circuito comercial [artigo 2.º, n.º 2, al. *b)* subal. *iv)* do Decreto-Lei n.º 194/2012].

A ASAE actua também na fase preventiva, através da execução do Plano Nacional de Fiscalização Alimentar, pelo qual delimita as áreas de risco e promove acções de inspecção e vigilância em todas as fases da cadeia de consumo alimentar, ou seja, desde a produção até à comercialização a retalho, incluindo hoje o comércio electrónico de alimentos. E também através do Plano Nacional de Colheita de Amostras, pelo qual analisa por amostragem os géneros alimentícios colocados no mercado [artigo 2.º, n.º 2, al. *b)* subal. *vii)* do Decreto-Lei n.º 194/2012].

É importante destacar que no plano da *defesa dos consumidores de produtos alimentares* a actuação da ASAE não se cinge à segurança alimentar, abrangendo igualmente a luta contra a *fraude alimentar*, que se tornou uma prioridade na União Europeia em 2013, após a denominada "crise da carne de cavalo"[29]. Neste caso o que está em causa é apenas a integridade da informação dos produtos alimentares, mas não a saúde pública dos consumidores, por isso são casos enquadráveis na *fraude alimentar* e não na *segurança alimentar*. Com o intuito de *gerir* também de forma eficaz este tipo de situações, a União Europeia criou a *Food Fraud Network* e um sistema de *alerta rápido* semelhante ao que já existia em matéria de segurança alimentar – o Sistema de Assistência e Cooperação Administrativa para a Fraude Alimentar (Sistema ACC FF) – do qual a ASAE é, entre nós, o ponto de contacto nacional. Esta é uma matéria onde é relevante a colaboração, no plano nacional, com as entidades de prevenção e investigação criminal (artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 194/2012).

E a ASAE é também, à excepção dos casos de competência especializada[30], a *autoridade de fiscalização do mercado* competente para analisar todos

[29] Referimo-nos ao alerta dado em 2013 de que em alguns supermercados ingleses e irlandeses tinha sido encontrado ADN de cavalo em hambúrgueres comercializados como carne bovina. Um facto que foi registado precisamente pela autoridade de segurança alimentar da Irlanda no âmbito das suas análises laboratoriais por amostragem aos produtos alimentares à venda para consumo humano.

[30] Integram-se nos casos de autoridades de fiscalização de mercados especializados o INFARMED em matéria de produtos cosméticos, a PSP para os artigos de pirotecnia e de explosivos para utilização civil, a ANACOM para equipamentos de rádio e equipamentos de

os produtos de consumo não alimentares que possam representar um risco grave para a saúde e segurança dos consumidores, sempre que o direito da União não contemple disposições específicas sobre os mesmos. Trata-se do sistema europeu de troca rápida de informações – o RAPEX (Rapid Alert System for all dangerous consumer Products[31]) – que foi instituído pela Directiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Dezembro, de 2001, relativa à segurança geral dos produtos e recentemente reforçado pelo Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Junho[32].

A execução dos planos de controlo para a avaliação e monitorização do risco, a par da correcta execução das suas competências na área da inspecção e fiscalização de produtos não alimentares, explica os poderes de autoridade e a razão pela qual a ASAE é legalmente um órgão de polícia criminal (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 194/2012). Para além dos referidos poderes e de os respectivos trabalhadores disporem de livre-trânsito para a realização das inspecções, a ASAE dispõe de laboratórios nas áreas da segurança alimentar, de bebidas e produtos vitivinícolas, físico-química e de microbiologia e biologia molecular, o que mostra o elevado grau de natureza técnica do trabalho que desenvolve [artigo 2.º, n.º 2, al. *b)* subal. *v)* do Decreto-Lei n.º 194/2012].

Em suma, a ASAE desempenha um relevantíssimo e multifacetado papel na defesa do consumidor de produtos alimentares e não alimentares, garantindo a sua segurança e promovendo a confiança nos produtos consumidos. E não se trata apenas de um efeito indirecto do exercício das suas múltiplas competências, pois a ASAE é também a entidade responsável por proceder ao tratamento das reclamações lavradas em livros de reclamações [artigo 2.º, n.º 2, al. *a)* subal. *vi)* do Decreto-Lei n.º 194/2012] e integra a rede europeia de cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela a aplicação da legislação de protecção dos consumidores, instituída

comunicações electrónica, o IMT nas situações de veículos automóveis e a DGRM para os equipamentos marítimos.

[31] Sobre o sistema de alerta como uma dimensão do direito à informação em matéria de segurança alimentar – *v.* Ángel Menéndez Rechax, «El Derecho a la seguridad alimentaria como Derecho a la información: el sistema de alerta y sus implicaciones procedimentales», *Estudios sobre Seguridad Alimentaria,* Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 87ss.

[32] Entretanto foi também instituído um sistema homólogo para o espaço EFTA – o sistema ICMS – do qual a ASAE é também a autoridade coordenadora no plano nacional [artigo 2.º, n.º 2, al. *c)* subal. *iii)* do Decreto-Lei n.º 194/2012].

pelo Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro de 2004.

3. Algumas notas sobre o controlo da actividade da ASAE

O nosso objectivo neste terceiro ponto não é fazer uma análise sistemática do controlo judicial dos diversos e muito variados tipos de actos praticados pela ASAE, mas sim destacar, sempre que possível com referência a jurisprudência mais relevante, algumas dificuldades que o controlo da actividade de natureza administrativa desenvolvida por esta entidade vem suscitando e pode ainda vir a suscitar.

Um primeiro aspecto a destacar prende-se com os *conflitos de jurisdição potenciais ou reais*. Não se trata de reiterar o que antes se disse a respeito dos *conflitos de atribuições e competências em matéria de fiscalização* que existem entre a ASAE e outras entidades públicas e que têm levado à adopção de "medidas preventivas", como a celebração de protocolos inter-administrativos de prevenção de conflitos positivos e negativos de competências. Trata-se antes de destacar que alguns actos praticados por aquela entidade acarretam dificuldades acrescidas de enquadramento na nossa repartição material de competências entre as duas jurisdições[33], à semelhança, de resto, do que já se vinha sentido com a actividade contra-ordenacional das autoridades reguladoras.

A questão pode tornar-se ainda mais "complexa" em face da aprovação do novo regime jurídico das contra-ordenações económicas pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro. Com efeito, para além das contra-ordenações propriamente ditas, o diploma prevê um leque alargado de sanções acessórias (artigo 28.º), os pressupostos do seu decretamento (artigo 29.º) e as regras para a determinação de medidas cautelares (artigo 48.º), as quais visam, essencialmente, neutralizar de forma imediata situações de violação grave dos direitos dos consumidores ou assegurar a correcta instrução do processo de contra-ordenação. É nesta fase administrativa do processo

[33] No acórdão do TCA Norte de 10 de Janeiro de 2008 (proc. 02062/07.0BEPRT) já se dava conta destas dificuldades quando foi requerida por via cautelar a suspensão de eficácia de uma ordem emitida pela ASAE de encerramento de um estabelecimento comercial, por se ter verificado no âmbito de uma acção de inspecção que aquele estabelecimento não dispunha de autorização de utilização do espaço. Aquela ordem, embora tivesse sido emitida com efeitos imediatos, estava inscrita no âmbito do procedimento de contra-ordenação económica e, por essa razão, a competência para o conhecimento da questão pertencia aos tribunais judiciais.

contra-ordenacional – em que, sem audição prévia, é possível ordenar a suspensão total ou parcial de actividades económicas, bem como determinar a aplicação de sanções acessórias, como a interdição do exercício de profissões – que se afigura estarmos no âmbito do controlo de decisões tipicamente administrativas por tribunais judiciais e onde a ponderação dos princípios de direito público, em especial o princípio da proporcionalidade segundo a metodologia do direito público, acaba por ser exercida por uma jurisdição diferente daquela a quem o legislador constituinte confiou a resolução de litígio submetidos ao direito administrativo. Talvez seja esta competência *"contra-natura"* que explica alguns desafios que surgem recorrentemente no plano jurisprudencial[34]. Aliás, sendo esta matéria – a das contra-ordenações económicas e de regulação – hoje uma das áreas essenciais na caracterização do direito administrativo do Estado regulador e de garantia, e sendo a jurisdição administrativa uma jurisdição plena e juridicamente apetrechada de um processo que cumpre integralmente as exigências da tutela jurisdicional efectiva, compreende-se mal a opção do legislador em "amputar" àquela jurisdição a competência nesta matéria.

Outro ponto relevante do controlo dos actos da ASAE radica na circunstância de na sua actividade fiscalizadora e sancionadora aplicar normas jurídicas e *normas técnicas* (ou seja, normas ou regras extrajurídicas cujo teor, procedimento de "validação" e de "eficácia" está subordinado a uma metodologia diversa daquela que caracteriza a das normas jurídicas). Com efeito, no âmbito da sua actividade de fiscalização a ASAE verifica a conformidade técnica de produtos e serviços que são, respectivamente, vendidos e prestado. Ora, essas normas técnicas obedecem a um procedimento específico de "validação" no espaço europeu e internacional, tendo em conta que são determinantes para o correcto funcionamento do mercado. Uma norma técnica não pode constituir uma barreira artificial à livre circulação das mercadorias, mas uma norma técnica é também uma garantia de segurança e qualidade de um produto, o que explica que esta seja, a par da questão das tarifas, um tema central da regulação do comércio internacional e do "direito da OMC"[35], do mesmo modo que a UE também dispõe de ampla regulação sobre o tema das normas técnicas (Directiva

[34] Veja-se, a título exemplificativo e com interesse sobre o tema os acórdãos do TCA Sul, de 20 de Maio de 2021 (Proc. 1576/20.1BELSB) e de 11 de Julho de 2018 (proc. 538/17.0BECTB).

[35] Sobre o denominado *"direito da regulação das barreiras técnicas ao comércio internacional" v.*, por todos, Tracey Epps & Michael J. Trebilcock (Ed.), *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade,* Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

2015/1535), enquadrada no âmbito das diversas normas de regulação do mercado interno de serviços, e produtos[36]. A este respeito ficou esclarecido no caso do TJUE Município de Palmela (processo C-144/16), que a circunstância de as regras técnicas que servem de base à contra-ordenação não estarem "validadas" segundo o procedimento europeu não interfere com a sua eficácia para efeitos da aplicação da medida sancionatória no plano do direito interno. Por outras palavras, a contra-ordenação aplicada pela ASAE com fundamento no uso ou venda de um produto cujos requisitos técnicos não são considerados válidos segundo o ordenamento jurídico nacional não é afectada na sua validade pela circunstância de o Estado Português não ter notificado as autoridades europeias (em cumprimento das regras do direito da União) da referida norma técnica adoptada no direito interno.

Por último, afigura-se-nos interessante referir a jurisprudência que emana do acórdão do TJUE de 2 de Setembro de 2021 no *caso Food Standards Agency* (proc. C-579/19), que embora em parte seja respeitante a uma questão de direito interno britânico, acaba por ser ilustrativa do que podemos denominar como *limites funcionais especiais* que surgem no âmbito do controlo judicial destas questões, acrescendo ainda a questão do direito ou não à *responsabilidade por actos lícitos* ou *indemnização pelo sacrifício*.

A situação em litígio resultou do facto de um representante da autoridade veterinária ter validado sanitariamente um bovino para abate e, após o abate, a autoridade responsável pela segurança alimentar do matadouro ter decidido que a carcaça não cumpria os critérios de segurança alimentar, considerando que havia risco de septicémia justificado pela presença de abcessos nas miudezas. Após conferência com o representante da autoridade veterinária, ambos acordaram em não validar a carcaça para consumo humano.

O proprietário da carcaça muniu-se de um parecer de outro veterinário para contestar a decisão das autoridades no plano técnico. É nesse momento que se coloca a primeira questão jurídica que foi objecto de reenvio prejudicial: deveria, neste caso, ser possível ao proprietário da carcaça atacar judicialmente a decisão das autoridades sanitárias (veterinário oficial, autoridade do matadouro e Agência das Normas Alimentares[37])? Em segundo

[36] *V.* Stefan Enchelmaier, «Free movement of goods: evlution and intelligent design in the foudations of the European Union», Paul Craig and Gráinne de Búrca, *The Evolution of the EU Law*, 3rd. Ed., Oxford University Press, 2021, pp. 546-578.

[37] Entidade que, no Reino Unido, desempenha funções homólogas às da ASAE em Portugal.

lugar, questionava-se ainda se a recursa da introdução da carcaça no mercado alimentar daria lugar à indemnização do proprietário.

A resposta dada pelo TJUE à primeira questão foi a de que as regras do direito europeu sobre organização dos controlos oficiais de produtos de origem animal destinados ao consumo humano [Regulamento n.º 854/2004, na redacção dada pelo Regulamento n.º 882/2004] se opunham a uma solução do direito nacional que permitisse a realização de um controlo judicial efectivo e pleno das decisões das autoridades sanitárias. Para o direito britânico, embora o juízo seja de natureza técnica, o tribunal pode sempre, com recurso a peritos, colocar-se em situação de decidir. Esta é uma solução que o direito europeu rejeita por querer levar o controlo judicial das decisões técnicas (profissionais) a um patamar demasiado elevado, acabando por "degradar" a "autoridade" da decisão administrativa assente em juízos de natureza técnica.

No processo também se discorreu sobre a possibilidade de existir um *risco de desvio de poder* da decisão das autoridades sanitárias, o qual pode e deve ser controlado. Porém, em nosso entender, a garantia do sistema como um todo, que tem na autoridade administrativa a sua pedra de toque, só pode beneficiar se o controlo dos actos que aplicam juízo de natureza técnica se centrar em instrumentos de via indirecta (através de auditorias administrativas e independentes ao funcionamento destas autoridades), assentes no controlo dessas entidades e da sua actividade em geral, mas sem contraditório judicial a respeito de casos concretos, que, além de potencialmente arriscado (o erro da decisão judicial assessorada por peritagem é elevado) se afigura igualmente desrazoável, pois pede-se ao poder judicial o que ele não tem capacitação para dar, que é uma decisão sobre a correcção ou não de uma decisão assente num juízo de natureza técnica e profissional, não jurídica, colocando-o, por essa via, à mercê de um conteúdo determinado por regras e princípios que não controla e que o recurso à peritagem não permite suprir quando estejamos perante decisões massificadas, como é o caso das decisões a respeito da introdução de carcaças no consumo humano.

E a decisão do TJUE, confirma esta solução ao afirmar, no parágrafo 84, que *"nenhuma disposição dos Regulamentos n.º 854/2004 e n.º 882/2004 prevê uma fiscalização jurisdicional completa quanto ao mérito da decisão do veterinário oficial de não apor uma marca de salubridade numa carcaça"*.

É claro que, como antes dissemos e o acórdão que estamos a analisar também vinca expressamente, a questão do limite funcional ao controlo

da decisão concreta não se coloca se o "vício" de que a mesma enferma for de forma e não de conteúdo, ou se respeitar a elementos externos ao conteúdo da decisão, ou seja, se em causa estiver a falta de fundamentação do acto, a fundamentação inconsistente com a decisão, a falta de elementos de prova, ou o desvio de poder. Porém, mesmo nestes aspectos do controlo da decisão podem surgir dificuldades quando sejam convocados também elementos relativos à substância da decisão, ou seja, que impliquem os aspectos técnicos da decisão. Nesse caso deve valer igualmente o limite funcional ao controlo.

A segunda questão que vem suscitada no aresto prende-se com a obrigação jurídica de indemnizar o titular da carcaça em razão da decisão de não autorização de introdução da mesma na cadeia de consumo. A solução em apreço, provinda do direito britânico, determina que o juiz pode controlar o mérito da decisão administrativa de autoridade, mas não pode substituir-se a ela, pelo que a decisão será sempre de indemnização do proprietário do bem. No caso, o tribunal não poderia ordenar a introdução da carcaça no consumo, mas determinaria o pagamento ao proprietário do valor correspondente à sua introdução no consumo. Não se pode dizer que seja uma indemnização por acto lícito ou uma indemnização pelo sacrifício, estaríamos antes perante uma espécie de modificação do objecto do processo (para utilizar a terminologia do nosso artigo 45.º do CPTA) e a atribuição de uma indemnização pela impossibilidade de emitir a dita decisão de introdução no consumo.

Ora, o TJUE responde a esta segunda dimensão da questão sublinhando dois princípios-regra que são essenciais neste domínio para explicar o sentido com que deve ser interpretado e aplicado o disposto no artigo 47.º da CDFUE (direito à acção e a um tribunal imparcial) nos casos em que são praticados actos de proibição de introdução do bem no consumo: *primeiro*, a classificação da carcaça como não apta para consumo humano não significa uma redução do valor económico a zero, pois ela pode ser considerada própria para outros fins no âmbito do Regulamento (CE) n.º 1069/2009, ou seja, para a produção de subprodutos animais e produtos derivados não destinados ao consumo humano, e fica aqui subentendido que corre por conta do proprietário o risco da classificação final que vier a ser atribuído ao bem ao qual corresponda um valor económico inferior ao da introdução no mercado para consumo humano; *segundo*, que do confronto entre a garantia do direito de propriedade (artigo 17.º da CDFUE), que não é um direito absoluto, mas sim limitado pela cláusula da sua função social, e o

dever de assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores (artigo 38.º da CDFUE), se tem de concluir que existe um dever jurídico (responsabilidade jurídica primária) dos operadores do sector alimentar de garantirem a segurança alimentar e que esse dever pode corresponder à obrigação de assumirem (internalizarem) as consequências económicas negativas de actos como os de proibição de introdução do seus bens no consumo, incluindo a sua obrigação de destruição quando os mesmos não apresentem as qualidades ou requisitos sanitários legalmente exigidos.

Assim, a conclusão que se retira desta decisão, ainda que dela não conste de forma explícita, é a de que nestes casos apenas haverá lugar a responsabilidade por acto ilícito – sempre que fique jurisdicionalmente comprovado que o acto que proibiu a introdução do bem no consumo foi ilícito – e que a comprovação judicial da ilicitude obedece aos limites funcionais antes enunciados a respeito do controlo de actos com conteúdo técnico. Com efeito, o TJUE afirma expressamente que o controlo judicial dos actos de autoridade que proíbem a introdução de bens no consumo é um controlo limitado, pelo que a responsabilidade que pode decorrer das perdas patrimoniais que esses actos acarretam circunscrevem-se aos casos em que se comprove que os referidos actos eram ilícitos[38].

Síntese conclusiva

Este breve estudo de enquadramento da ASAE e das respectivas actividades permitiu-nos ilustrar algumas das novidades e das dificuldades dogmáticas que resultam da disciplina jurídica da segurança económica, e, muito em particular, da segurança alimentar, no contexto dos mercados internacionais, europeu e nacional. Trata-se de um domínio totalmente vocacionado para a defesa do consumidor e que tem subjacente o princípio do nível de protecção mais elevado. É por isso que a sua compatibilização com as garantias dos administrados à luz dos *standards* mais recentes do controlo judicial dos actos de autoridade, bem como com a garantia dos direitos patrimoniais dos operadores económicos suscita questões de fronteira onde a resposta do Direito não é óbvia. A isto soma-se algo que aqui deixámos

[38] Pese embora a relevância que esta jurisprudência deve vir a ter na ponderação das indemnizações pelo sacrifício que em regra são atribuídas em casos de "abate preventivo" (por exemplo, para controlo sanitário de doenças, mas em que não fica comprovado que os bens não estavam aptos a ser introduzidos nas cadeias de consumo), importa sublinhar que são situações distintas e que se baseiam em pressupostos de facto diversos, pois neste segundo caso sobrepõem-se as razões que justificam a socialização, pelo menos em parte, dos prejuízos.

apenas enunciado e que contende com uma crescente tendência de intervenção sanitária orientada para o plano individual, que em certos domínios pode resvalar da promoção da "literacia nutricional" para uma restrição da autodeterminação nutricional.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO NA DEFESA DO CONSUMIDOR*

Isabel Mousinho Figueiredo

Sumário: *I. Introdução; II. Necessidade de controlo; 1. Burros da Malveira; 2. Brinquedos radioactivos; 3. Deformação de fetos; 4. Funerárias; III. Entidades; 1. Públicas; 1.1. Nacionais; A. Autoridades fiscalizadoras; B. Regulador; 1.2. Europeias; 2. Privadas; IV. Fundamentos da responsabilidade; V. Paradigmas; 1. Falha na prevenção; 2. Risco do poder; 3. Julgador heterónomo; 4. Regulador; VI. Casos concretos; 1. O edifício ruinoso; 2. O talho e o Município; 3. O vinho italiano; 4. O supervisor financeiro; 5. Os jacuzzis; 6. O azeite; VII. Conclusões.*

I. Introdução

O maior problema do Direito do Consumo é prático, de défice de aplicação. O mundo já viu demasiados horrores para prescindir do Direito da Economia e de supervisores profissionais para defender o público com bitolas mínimas de qualidade, preço, segurança e informação. E também os guardas têm de ser guardados. Numa sociedade aberta a responsabilização civil serve de incentivo para as entidades fiscalizadoras não descurarem o trabalho para o qual são pagas. Cumpre esclarecer melhor o fundamento, âmbito e limites desta meta-responsabilidade.

* O presente texto foi concluído em Novembro de 2021.

II. Necessidade de controlo

Do lado do consumidor leigo, os aborrecimentos normalmente não suplantam as perspectivas de remédio, em tempo útil. Do lado do comerciante, o lucro é um poderoso incentivo à prevaricação. No entanto, o consumidor vê-se indefeso perante a sistemática desproporção de custos de litigância. E há mais escolhos que nem toda a divulgação dos direitos, os Julgados de Paz ou os centros de arbitragem conseguem ultrapassar. Boa parte da defesa do consumidor ocorre a montante, pelo funcionamento do mercado, que cumpre preservar. E até mais além, porque a ideia liberal da autonomia privada pressupõe a livre autodeterminação de pessoas esclarecidas e capazes; assenta no modelo tradicional de que os agentes económicos são racionais. No entanto, todos os seres humanos têm momentos menos despertos, mais impulsivos, em que não é usado todo o cuidado de que cada um é capaz. Assim, as massas têm largas áreas de vulnerabilidades quotidianas, que em circunstâncias típicas apanham também os mais temperados sábios. Daqui resulta depois um embaraço individual, que desencoraja o exercício do direito ao arrependimento ou outros mecanismos. Na indústria farmacêutica, aliciam-se os profissionais de saúde, cujas orientações os doentes seguem. No sector financeiro, sempre obscuro para o cliente, sucedem-se os escândalos[1]. No turismo, o público-alvo é volátil, está menos familiarizado com os preços locais e está numa missão de curta duração: *carpe diem*.

Mesmo em caso de ilegalidade patente, já dentro do círculo mínimo abrangido pelo Direito positivo, nem sempre existe a certeza de ter sido violado um direito subjectivo, com provas duradouras e irrefutáveis[2]. Neste reduto de casos, são legítimas as opções pessoais de gestão de tempo[3]. À revolta contra a injustiça suplanta-se o desejo de não aumentar

[1] Nos EUA o banco *Wells Fargo* foi condenado a 09.09.2021 por continuar a não corrigir falhas antigas, nomeadamente criar mais de dois milhões de contas fictícias, e por práticas comerciais agressivas, especialmente junto das camadas mais vulneráveis e minorias étnicas. A pressão interna era para atingir objectivos. Foram despedidos 5.300 funcionários; as chefias praticamente não foram responsabilizadas. O banco teima em ser reincidente. Segundo Freud, os famintos falam de comida, os pobres de dinheiro e os banqueiros falam de moralidade.

[2] Se não é possível atestar os factos, em tempo útil, por forma a conservar a prova, prevalece uma impunidade de facto. Há sectores em que as provas são especialmente efémeras, como o documento informático ou na segurança alimentar.

[3] Ou de higiene mental. Becker, "The Economic Way of Looking at Life", 1993.

arreliações, um desapego para minimizar o mal já consumado[4]. Fora deste núcleo duro, as desigualdades espraiam-se em dois níveis ulteriores. Primeiro, a montante, é preciso saber sequer que o direito existe, por ignorância da lei ou desconhecimento dos factos. Quantas vezes foi comido gato por lebre. Mas tem vindo a lume um universo oculto maior, ao nível da própria formação da vontade. O perigo de manipulação aleivosa é real e constante numa selva de custos, riscos e concorrência. Não faltam comerciantes que de bom grado incluíram cocaína no seu produto[5]. Sem prejuízo do mérito em sentido contrário, de quem prefere demarcar-se do velho estereótipo e ser honesto[6]. Com o tempo, tapam-se abusos dum lado e abrem-se novos flancos do outro, nomeadamente com a evolução da ciência e tecnologia e uso de dados pessoais[7]. Hoje o produto é tornado irresistível por

[4] Acresce um custo do desconhecido: a primeira vez que alguém defende os seus direitos, não sabe como funciona a tutela na prática e é justificado o receio de inadvertidamente resvalar para territórios hostis, com riscos desmesurados. Na Alemanha há reformados que se dedicam à defesa do consumidor, sobretudo quando cobertos por *Rechtsschutz*, um seguro para despesas de litigância.

[5] Nos EUA, antes de ser ilegalizada, primeiro surgiu a obrigatoriedade de indicação no rótulo a presença de cocaína, bem como de morfina, ópio e heroína, *section* 8, n.º 2 do *Pure Food and Drug Act* de 1906. A Coca-Cola ainda retém o nome do ingrediente. Hoje os alimentos tornam-se irresistíveis pelo aumento sinergético de açúcar, sal e gordura até ao *bliss point* (art. 20.º-A e 20.º-B do Código da Publicidade). Aqui a concorrência prejudica o consumidor. Nos videojogos, o truque é manter o desafio atingível, consoante o nível de cada jogador: se for demasiado difícil, está fora do seu alcance; se for demasiado fácil, é entediante. Em plataformas digitais são empregues artifícios que as tornam igualmente viciantes, também pelo mesmo mecanismo de produção neurológica de dopamina e endorfinas. Em todos os negócios, as estratégias de *marketing* exploram a psicologia, a criação de uma identidade e uma gestão eficaz de emoções, muitas vezes dissociadas do objecto de venda.

[6] Ou ser visto como tal, o que também ajuda a vender o produto. Há um crescente interesse pelo estudo da ética empresarial. O capital da confiabilidade pode surgir em diversas frentes: de justiça tributária (*fair share of taxes*), de não exploração laboral na cadeia de abastecimento, de sustentabilidade ambiental, de agricultura biológica, de rejeição de ingredientes menos saudáveis, de recusa de crueldade animal. O crédito de um bom nome é juridicamente tutelado. Pode ser considerada enganosa a publicidade que formalmente não falte à verdade, mas crie uma ideia errónea sobre o produto ou suas alternativas. Nos EUA vê-se manteiga rotulada como "*sugar free*" e rebuçados como "*fat free*". E no entanto, o consumidor cansado é influenciado por oximoros insultuosos. Menos óbvio é o caso da comida para bebés que anuncie não conter certo aditivo. Mesmo quando se trate de um ingrediente proibido por lei, o rótulo transmite *a contrario* que os concorrentes não oferecem a mesma vantagem.

[7] Veja-se a dificuldade em regular as redes sociais, para minimizar a polarização radical das sociedades, com danos sociais e efeitos políticos sérios. Para a Inteligência Artificial,

neuromarketing, *nudge*, *social engineering* e *behavioural economics*[8]. A cultura de venda agressiva é temerária nos limites exteriores da legalidade estrita, muitas vezes convencendo-se de que os escrúpulos éticos não passam de idealismos ruinosos. O regulador, as entidades de fiscalização e os mercados sempre andaram um passo atrás da História e da imaginação económica, reagindo a escândalos. A divulgação normativa é outra área importante da defesa do consumidor, muito embora não passe da ponta do icebergue. Impõe-se mitigar o facto de nenhuma alma dominar todas as regras do *mare magnum* jurídico em matéria de Consumo[9]. Há legiferação, geral e especial, nacional e europeia, sempre em constante mutação. Os pequenos comerciantes também têm sérias dificuldades nesta frente.

Por outro lado, o maior campo de batalha das autoridades fiscalizadoras é sobretudo a investigação dos dados de facto. O consumidor não tem meios para saber se há cartel, se a publicidade é enganosa ou como se formam os preços. Ninguém tem exércitos privados de detectives especialistas ao seu serviço, que se certifiquem da origem de cada bem e serviço que chega perto de si. Há demasiada interconexão de causas para se conseguir distinguir entre coincidências espúrias e um nexo causal directo. Mesmo nestes casos pode ser difícil obter ou conservar meios de prova. Sem um bom sistema público de equipas de inspectores diligentes e pró-activos, teríamos demasiados sectores fora do alcance do braço da lei.

Temos portanto dum lado empresas profissionais, dedicadas ao aumento de lucro, e do outro consumidores dispersos, distraídos e fugazes, não orga-

foi publicado "Regulating AI to protect the consumer" por BEUC (The European Consumer Organisation), 07.10.2021, sobre a proposta da Comissão para um Regulamento para a Inteligência Artificial de Abril de 2021 (2021/0106 COD). Ebers, Hoch, Rosenkranz, Ruschemeier, Steinrötter, "The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)". Sobre dados pessoais em redes sociais, veja-se a sentença do TJUE no proc. C-40/2017 de 29.07.2019 e no proc. n.º C-311/2018 de 16.07.2020, entre outros. Cfr. ainda Matilde Bettencourt, *A Proteção do Consumidor em Contratos Digitais: Análise dos contratos celebrados com Dados Pessoais como Contraprestação"*, tese inédita, 2021. Bayer, Holznagel, Korpisaari, Woods (ed.), *Perspectives on Platform Regulation – Concepts and Models of Social Media Governance Across the Globe*, 2021.

[8] Pense-se no cansaço decisório (*decision fatigue*), na falácia do custo irrecuperável (*sunk cost*), na armadilha da escassez (*scarcity trap*), no efeito de dotação (*endowment effect*), entre outros. Muehlbacher, Kirchler, Kunz, "The impact of transaction utility on consumer decisions: The role of loss aversion and acquisition utility", 2011, p. 217 e ss.

[9] A expressão é usada por Engrácia Antunes, *Direito do Consumo*, 2021, p. 19.

nizados entre si, cada um com a sua vida atarefada. Recorde-se o apelo vivo de Arendt à necessidade de organização[10]. A defesa do consumidor é uma incumbência constitucional expressa do Estado desde 1982[11], por influência do programa europeu de 1975[12]. A necessidade imperiosa desta profissionalização surge tanto na acção preventiva como repressiva. Vale a pena ilustrar a impotência individual com alguns exemplos.

1. Burros da Malveira

Na década de 1960 foram abatidos clandestinamente mais de mil asininos, cuja carne depois foi destinada ao consumo humano como sendo de vitela ou disfarçada em enchidos. Quanto mais doente o burro, mais barata a compra, tornarando o inofensivo jumento num perigo público, depois de morto[13]. Mais recentemente, a ASAE descobriu carne de cão sendo vendida como cabrito, entre numerosas outras ocorrências[14]. Não está ao alcance de nenhum dos destinatários saber o que realmente ingeriu. Nunca ninguém descobrirá a origem da eventual indisposição, muito menos em caso de óbito[15]. Em 2017 estavam a ser vendidos na Europa ovos contaminados[16].

[10] Num contexto diferente, Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*, 1951.

[11] Art. 81.º alínea i), art. 52.º e art. 60.º CRP.

[12] A defesa do consumidor está hoje prevista no art. 4.º n.º 2 alínea f) e no art. 169.º TFUE.

[13] A IGAE efectuou a detenção em flagrante delito, noticiada pelo *Diário de Notícias* a 27.01.1967. Foi objecto de debate parlamentar: "o negócio dos burros velhos apesar da mesma polícia não teria sido tão mau que ultrapassasse o milhar dos pacientes asininos, que, depois de andarem toda a sua triste vida à roda de noras ou a carregar coisas e homens, acabaram, mortos à paulada ou baraço nos estômagos destes últimos, feitos enchidos ou a fingir ser vitelas. Isto quer dizer que os animais de sua condição inofensivos passavam depois de mortos a perigosos. (...) atente-se igualmente, com horror e nojo no que escapa ao investigador e todos os dias pode aparecer, sob o disfarce insidioso do enchido ou da vitela, na mesa da família ou no restaurante ou servido (...) em banquetes oficiais", Elísio Pimenta, *Diário das Sessões* n.º 63, p. 1154.

[14] É legítimo supor que a maioria nunca é descoberta. O canibalismo ocorrido nos piores dias da Guerra do Pacífico em Hong Kong e Macau só foi descoberto depois. Todos os dias havia demasiadas pessoas a morrer nas ruas de fome negra. As elites que tinham acesso a pratos com carne não sabiam o que estavam a comer e o repugnante horror podia nunca ter vindo a lume.

[15] No *common law* deu-se o caso da bebida que continha um caracol em decomposição *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, 580 (HL). Ou a lata de ervilhas com uma larva que parecia uma ervilha, *Smedley's Limited v. Breed* HL [1974] AC 839.

[16] O pesticida fipronil foi usado contra uma carraça dos galináceos. Tiveram de ser recolhidos ovos em 16 países europeus. Foram abatidas largas quantidades de poedeiras, sobretudo

Não se sabe quantas fraudes ocorrem todos os dias e nunca serão descobertas, em todos os sectores económicos.

2. Brinquedos radioactivos

No início do século XX a descoberta da radioactividade despertou amplo interesse, com a venda de tónicos[17], pastas dentífricas, cosméticos, chocolates e loiças radioactivas. Para as crianças surgiram os brinquedos "Gilbert". Foi o regulador que retirou os produtos do mercado[18]. Nestes casos, mais do que leis[19], é preciso investigação, inspecção, monitorização, informação e acção. O regulador tem o dever de ter uma visão mais geral e de intervenção racional.

3. Deformação de fetos

Thalidomide era a nova aspirina, prescrita em massa, inclusive a gestantes que sofressem enjôos matinais. Nos anos 1950 até 1970 causou focomélia a inúmeras crianças em 46 países diferentes. Muitas não nasceram vivas, poucas sobreviveram a tenra infância, algumas ainda estão vivas

nos Países Baixos. Na Bélgica foram condenados três arguidos a 04.06.2021 pelo tribunal criminal de Antuérpia; em Abril de 2021 foram condenados dois arguidos neerlandeses em Overijssel.

[17] Dizia-se ser benéfico para o sistema endócrino. Lia-se no rótulo: "RADITHOR – Reg. U.S. Pat. Off. CERTIFIED Radioactive Water contains Radium and Mesothorium in Triple Destilled Water". Depois o *Wall Street Journal* noticiou: "The Radium Water Worked Fine Until His Jaw Came Off".

[18] O *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* de 1938 aumentou os poderes da FDA nos Estados Unidos. Proliferavam vendas de embustes: em 1937 morreram 100 pessoas com outra bebida "medicinal", a catástrofe da sulfanilamida. A FDA havia sido criada em 1906, com as primeiras regras para o abate de animais, o desmanche e embalagem da carne, depois da chocante obra *The Jungle* de Upton Sinclair.

[19] *Neminem laedere* é antigo. O produtor chegou a ser resguardado pela relatividade dos contratos ou pela incognoscibilidade do defeito, à data de colocação no mercado. Temos hoje o DL n.º 383/89 de 6 de Novembro, bem como a Lei da Segurança dos Produtos (DL n.º 69/2005 de 17 de Março), o DL n.º 84/2021 de 18 de Outubro, normas específicas para alimentos, medicamentos, cosméticos (DL n.º 189/2008 de 24 de Setembro), brinquedos (DL n.º 43/2011 de 24 de Março), elevadores (DL n.º 58/2017 de 9 de Junho), transporte colectivo de crianças (DL n.º 13/2006 de 17 de Abril), isqueiros (DL n.º 172/2007 de 6 de Maio), produtos electrónicos (DL n.º 6/2008 de 10 de Janeiro), máquinas (DL n.º 103/2008 de 24 de Junho), fogo de artifício (DL n.º 34/2010 de 15 de Abril), imitações perigosas (DL n.º 150/90 de 10 de Maio), entre outros.

actualmente[20]. Foi precisa admirável determinação de alguns para investigar a origem do atrofio dos membros dos seus recém-nascidos. As suspeitas esbarraram numa guerra férrea da farmacêutica[21].

Impõe-se prudência na autorização de introdução no mercado de produtos farmacêuticos[22]. Consabidamente, os medicamentos têm efeitos secundários, que se aceita quando proporcionais aos benefícios comprovados. Mas não se pode confiar no produtor, por manifesto conflito de interesses, para fazer a melhor ponderação[23]. Na indústria médica e farmacêutica o paciente não tem forças, conhecimentos nem meios para saber que foi prejudicado. Há inúmeros outros exemplos, entre os quais o recente caso "Theranos", em que foram ludibriados não só os consumidores, mas também os investidores.

O problema, portanto, transcende largamente a divulgação dos direitos. Todos sabem que é exigível o cumprimento pontual dos contratos e que não devem ser causadas lesões a outrem. No entanto, é um milagre improvável que um indivíduo por si só consiga descobrir e provar a causa. E a protecção do consumidor não se reduz apenas à preservação da integridade física e da vida.

[20] No Brasil, o princípio activo é ainda autorizado para outras maleitas e continuam a nascer crianças incapacitadas pelas deformações pré-natais.

[21] À época era mais difícil a comunicação e havia maior vergonha, pelo enaltecimento da eugenia. A alemã Grünenthal só admitiu a responsabilidade quando o prejuízo financeiro passou a ser comportável. O *Contergan-Prozess,* iniciado em Altersdorf em 1968, terminou em 1970 por transacção com os pais, vencidos pelo cansaço. A Grünenthal ainda hoje se evade ao dano reputacional, criando uma fundação. Nos Estados Unidos uma jovem funcionária, Frances Kelsey, inicialmente foi severamente criticada por travar a autorização de introdução no mercado, por ser uma precaução desproporcionada. Mas acabou por ser condecorada e reconhecida como heroína. O Reino Unido em 2012 ofereceu-se para pagar 80 milhões de libras às vítimas ainda vivas.

[22] Não se aplica o regime de produto defeituoso (Directiva n.º 85/374/CEE do Conselho, 25 de Julho de 1985), Vera Lúcia Raposo, *Danos causados por medicamentos,* 2018, p. 5, p. 20 e ss, p. 61 e ss, p. 137 e ss. O princípio da precaução está consagrado, para o consumo em geral, no art. 21.º n.º 2 alínea d) da LDC (DL n.º 24/96 de 26 de Julho) e para a aprovação do medicamento, *in dubio pro salute*, Vera Lúcia Raposo, *idem,* 2018, p. 34 e s. Muitos medicamentos não serão em si mesmos produtos especialmente perigosos, mas surgem num contexto de falta de saúde.

[23] Os ensaios clínicos deviam ser conduzidos por entidades externas com condições objectivas para um trabalho sério, sem prejuízo de serem financiados pela própria interessada. Em 2006 houve seis vítimas graves no Reino Unido ao testar TGN1412, o que despoletou alterações legislativas europeias.

4. Funerárias

No negócio dos serviços fúnebres, um dos lados não tem presença de espírito e tem sido negligenciado pelos reguladores. Não é o paradigma clássico do sinalagma consumista; *a fortiori* o assunto clama intervenção. Não é costume fazer-se antecipadas prospecções de mercado, para saber em tempo útil qual a melhor agência. Contrata-se a primeira, sem mais, em momento de dor e incapacidade acidental. Em vez de um negociador atento, sagaz e hábil, aparece uma alma fora de si, inexperiente e em estado de choque, que não quer ter de decidir. Ninguém quer privar o ente querido da maior dignidade possível nem arriscar ser (ou parecer) um sovina. Estes sentimentos são sistematicamente explorados pelo comerciante, bem traquejado nestas fragilidades. Havendo menor concorrência, decrescem também as inibições que se esperaria do lado da oferta, já de si com níveis desproporcionados de lucro. E no entanto, trata-se de um serviço elementar, que afecta todos. Em vez das generosas comparticipações da Segurança Social, faria mais sentido submetê-lo a um regime próprio[24], controlar a formação de preços e mitigar as estratégias de venda.

Em todos os sectores, mais que a regulação em si mesma, é útil uma fiscalização sólida e credível, para refrear a permanente tentação de os negociantes deixarem os escrúpulos para outro dia.

III. Entidades

Não só as autoridades públicas estão encarregues de controlo em matéria de consumo. Há ainda o alerta dado pela comunicação social ou a iniciativa cívica das associações privadas, dedicadas a colmatar falhas. E o controlo começa normalmente na génese, por uma estrutura de *checks and balances* do próprio agente económico, em melhoria contínua, na organização interna ou recorrendo a entidades externas. Há inúmeras outras iniciativas, com destaque para a padronização internacional ISO[25].

[24] Quiçá por serviço municipalizado, empresa pública ou concessão. Também os serviços mínimos bancários ou os serviços públicos essenciais têm o seu regime, pensando na continuidade da necessidade universal, e falta de concorrência (art. 9.º LDC, Lei n.º 24/96, 31 de Julho, e Lei n.º 23/96, 2 de Julho).

[25] Desde logo métrica; o comércio sempre exigiu medição. Há vestígios de padronização pelo menos desde a Idade do Bronze na Mesopotâmia e no Egipto. Em Portugal as medidas da arroba, onça, arrátel, almude, quintal ou alqueire foram usadas desde os tempos mouros até ao séc. XIX, mas variavam e exigiam constantes renovações de fixação (*v. g.* a Lei da Almotaçaria de 1252 ou as Ordenações Manuelinas e Filipinas). O problema não era de

1. Públicas

A defesa do consumidor, nacional e europeia, não compete apenas ao poder executivo, mas também ao poder legislativo e judicial. Estão sujeitos à responsabilidade civil, num Estado de Direito. Análoga à responsabilidade pela administração da justiça é aquela dos árbitros e dos centros de arbitragem[26].

1.1. Nacionais

A. Autoridades fiscalizadoras

Um marco para a defesa do consumidor foi entre nós o livro de reclamações[27], a par do aumento de poderes da ASAE[28]. É de salutar não só a

legística, mas de aplicação efectiva. Ao aprovar o Regimento dos Pesos, D. Manuel I enviou pilhas de pesos uniformes para as principais localidades do País. Em 2018 o quilograma de 1889 foi redefinido pela constante de Planck. O IPQ aprova os padrões, a ASAE fiscaliza (art. 7.º e 8.º do DL n.º 76/2020 de 25 de Setembro) e os Municípios certificam balanças. A uniformização internacional passa por organizações como o *Bureau International des Poids et Mesures* e, justamente, a ISO. Para padrões de qualidade (ISO 9000) há mais de um milhão de organizações certificadoras em praticamente todos os países.

[26] Constam 12 entidades de RAL da comunicação à Comissão, ao abrigo do art. 17.º n.º 2 da Lei n.º 144/2015 de 8 de Setembro, das quais três são específicas para o sector automóvel, seguros e viagens, respectivamente.

[27] DL n.º 156/2005, 15 de Setembro, alterado pelo DL n.º 371/2007, 6 de Novembro. Cerca de metade das queixas dão início a procedimentos contra-ordenacionais. Em Espanha foi previsto a nível nacional o *Decreto* 46/2009, 10 de Julho, sujeito a regulamentação por cada região autónoma.

[28] Em parte, por fusão de instituições. A criação excessiva de entidades e de instrumentos de defesa pode ser contra-producente, confundindo o consumidor, os operadores e as próprias autoridades. É frequente ver no rol de atribuições de autoridades o dever de comunicar com outras. Além do acréscimo de trabalho, o risco é de ver as contra-ordenações prescrever e a responsabilidade diluir-se, fomentando a inacção e o descrédito do sistema. À ASAE competem matérias tão díspares como as contra-ordenações económicas (RGCE, DL n.º 9/2021, 29 de Janeiro), falsos actos médicos, aparelhos de gás, segurança de ginásios, contrafacções de marca, pedreiras (art. 54.º do DL n.º 340/2007, 12 de Outubro e art. 18.º do DL n.º 165/2014, 5 de Novembro), a venda de coisas empenhadas (DL n.º 160/2015) ou a compra e venda de bens, incluindo conteúdos digitais (art. 47.º n.º 1 e 2 do DL n.º 84/2021, 18 de Outubro que transpõe as Directivas n.º 2019/770 e 2019/771 do Parlamento e do Conselho). Compete-lhe fiscalizar o cumprimento de mais de 1.300 diplomas legais, sem esquecer o branqueamento de capitais (DL n.º 83/2017, 18 de Agosto). Só na produção de cosméticos, por exemplo, a UE proíbe cerca de 1.300 compostos químicos. Anualmente são fiscalizadas dezenas de milhares de operadores, com centenas de suspensões, mais de mil processos-crime, milhares de contra-ordenações e centenas de detenções. Entre as instituições precursoras da ASAE contam-se a Polícia de Inspecção Administrativa (1893), a Polícia

simplificação administrativa e a estabilidade legislativa, mas também dotar as autoridades fiscalizadoras de poderes adequados para dirimir conflitos com o consumidor[29], da forma mais desburocratizada possível e em tempo útil, por exemplo com base apenas no livro de reclamações. Actualmente, a competência é essencialmente contra-ordenacional e sancionatória, pelo que o cidadão fica amiúde desiludido pela perda de tempo. Para os serviços da Administração Pública vigora o regime jurídico da actividade inspectiva[30] e existe também um livro amarelo[31], relevante para a *accountability* dos próprios supervisores.

Além do Ministério Público[32], também a Direcção-Geral do Consumidor tem algum *ius imperii* genérico[33], competindo-lhe investigar e fisca-

Administrativa (1918), a Intendência-Geral da Segurança Pública (1931). As competências passaram para a PSP, mas durante a Segunda Guerra foi criada a IGA – Intendência Geral dos Abastecimentos, para gerir o racionamento, altura em que dispararam as adulterações de alimentos. Em 1965 a IGA foi redenominada IGAE e após várias reformas deu origem à ASAE em 2005. A ASAE também tem funções de fiscalização no âmbito das Direções Regionais de Agricultura, da Direção Geral de Veterinária, o Instituto da Vinha e do Vinho, da Direção Geral da Proteção das Culturas e da Direção-Geral das Pescas.

[29] Actualmente compete já às entidades reguladoras "ordenar aos operadores sujeitos à sua regulação a adoção das providências necessárias à reparação justa dos consumidores", art. 47.º n.º 3, alínea e), da Lei n.º 67/2013, 28 de Agosto. Tais decisões administrativas não prejudicam o poder de controlo jurisdicional das mesmas, Pedro Costa Gonçalves, "Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da actividade económica", 2015, p. 349. Se o problema é a falta de meios, uma alternativa seria o encaminhamento para os Julgados de Paz ou centros de arbitragem.

[30] Cfr. as entidades referidas no art. 3.º do DL n.º 276/2007, 31 de Julho. João Raposo, "A fiscalização e a inspeção", 2018.

[31] Agora também em formato electrónico, que além das reclamações admite elogios e sugestões. DL n.º 135/99, 22 de Abril, Lei n.º 61/2021, 19 de Agosto.

[32] Para além da acção penal em geral, merecem referência as acções inibitórias (Lei n.º 25/2004, 8 de Julho), a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, a Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital (Lei n.º 27/2021 de 17 de Maio), comércio electrónico e dados pessoais (DL n.º 7/2004, 7 de Janeiro), as redes (DL n.º 123/2009 de 21 de Maio), serviços financeiros contratados à distância (DL n.º 95/2006, 29 de Maio), contratos celebrados à distância ou fora de estabelecimento comercial (DL n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro), mediador de crédito (DL n.º 144/2009), indemnização por infracções na Concorrência (Lei n.º 23/2018, 5 de Junho), comunicações electrónicas (Lei n.º 5/2004, 10 de Fevereiro), LDC (art. 20.º do DL n.º 24/96 de 26 de Julho), Livro de Reclamações (DL n.º 156/2005, 15 de Setembro), serviços públicos (Lei n.º 23/96, 26 de Julho), venda de bebidas alcoólicas (DL n.º 50/2013, 16 de Abril), práticas comerciais desleais (DL n.º 57/2008, 26 de Março), correios (Lei n.º 17/2012, 26 de Abril), contra-ordenações económicas (DL n.º 9/2021, 29 de Janeiro), produtos defeituosos (DL n.º 383/89, 6 de Novembro), Segurança Geral dos Pro-

lizar a segurança de produtos não alimentares[34]. Sem pretensão de exaustividade, há ainda o INFARMED para produtos farmacêuticos e a DGS e ERS para a saúde[35], as ordens profissionais[36], a AdC para a concorrência[37], a ERC para a comunicação social e a Inspeção-Geral da Educação e Ciência para o ensino. Aos Municípios compete o abastecimento de água[38], o licenciamento do comércio, da restauração, da hotelaria[39] e da construção[40], além dos centros de arbitragem do consumo. Em matéria de transportes temos a AMT, o IMTT, o INAC e as Infraestruturas de

dutos (DL n.º 69/2005, 17 de Março), custos das operações de crédito (DL n.º 220/94, 23 de Agosto), venda de bens de consumo (DL n.º 67/2003, 8 de Abril) e a venda a prestações (DL n.º 63/94, 28 de Fevereiro).

[33] Art. 21.º n.º 2 alínea a) e d) da LDC, DL n.º 24/96, 26 de Julho.

[34] Através da Comissão de Segurança de Serviços e Bens de Consumo (CSSBC), art. 9.º e 13.º do DL n.º 69/2005, 17 de Março. Entre as atribuições da DGC está a retirada de produtos e serviços ou da recolha junto dos consumidores, além da informação do público, a troca de informação europeia RAPEX, onde estão integradas entidades nacionais de controlo de mercado, e a gestão do Fundo para a Promoção dos Direitos dos Consumidores (Portaria n.º 1340/2008, 26 de Novembro).

[35] Dispunha o art. 40.º do DL n.º 309/2003, 10 de Dezembro, que os agentes respondessem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos actos e omissões, no exercício das funções.

[36] Cfr. para a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (EOROC), Lei n.º 140/2015 de 7 de Setembro; para a Ordem dos Advogados, Lei n.º 145/2015; para a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, Lei n.º 154/2015 de 14 de Setembro; para a Ordem dos Médicos, Lei n.º 117/2015 de 31 de Agosto; para a Ordem dos Enfermeiros, Lei n.º 156/2015 de 16 de Setembro, todas sujeitas à tutela do Governo. Há ainda o colégio dos dentistas, farmacêuticos, veterinários, economistas, arquitectos e engenheiros, entre outros.

[37] Lei n.º 67/2013, 28 de Agosto, Lei n.º 19/2012, 8 de Maio, e para o cálculo de indemnização e acesso a provas, Lei n.º 23/2018, 5 de Junho.

[38] Por serviço municipalizado ou concessão, sujeitos à supervisão nacional pela ERSAR.

[39] Também as Direcções Regionais do Turismo e o Instituto do Turismo de Portugal têm competências neste sector, nomeadamente a Regulação e a Inspecção de Jogos.

[40] Sem prejuízo das atribuições do INCE, das CCDR, dos Parques Naturais, do ICN, da IGAT e do IMPIC. As autoridades urbanísticas por sua vez são fiscalizadas pela IGMAOT (DL n.º 23/2012, 1 de Fevereiro). A garantia de construções novas passou a ser de 10 anos para elementos estruturais, mantendo-se aquela de 5 anos nos demais casos (art. 47.º n.º 4 e 23.º do DL n.º 84/2021, 18 de Outubro). O art. 4.º do DL n.º 58/2004 de 25 de Março prevê as características de qualidade, segurança, habitabilidade, protecção ambiental e funcionalidade da ficha técnica. Entre as entidades chamadas a aprovar os projectos de especialidade contam-se a Protecção Civil (ANPC) e a inspecção de ascensores e afins, entre outros. Consoante o uso a dar ao imóvel, pode haver outras autoridades competentes; é o caso dos empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de hotelaria, estabelecimentos de restauração, unidades industriais ou das unidades de saúde.

Portugal. Sem esquecer a ERSE para a energia[41], o ICP-ANACOM para as comunicações [42], a CNPD para a protecção de dados[43] ou o IPQ, entre muitos outros. As dimensões dos potenciais danos são incomensuráveis, o que tem reflexos no regime da responsabilidade civil. Por imperativos de proporcionalidade e imputabilidade do risco, não é justo que o contribuinte tenha de pagar pelos erros dos funcionários incompetentes.

B. Regulador

Todo o imenso poderio das ciências neurológicas, psíquicas e comportamentais está arregimentado do lado dos grandes empresários, de forma a poder fazer cair até os mais prudentes[44]. É um desequilíbrio a que cumpre pôr algum travão. Um paternalismo excessivo radical, de proibição dura, pode ser ineficaz e criar males maiores[45]. Mas é possível criar medidas que, sem coarctar demasiado a liberdade individual, possam contribuir para que estatisticamente seja permitido ao indivíduo tomar decisões mais conscientes, de que o próprio se venha a arrepender menos. Compete ao regulador

[41] Previa o art. 60.º do DL n.º 97/2002, 12 de Abril a responsabilidade financeira, civil e criminal pelos actos e omissões no exercício das funções, além da responsabilidade disciplinar.

[42] Compete ao ICP-ANACOM a regulação e supervisão de serviços de comunicações electrónicas – telefone, televisão e Internet – mas também os serviços postais ou a fiscalização de equipamento rádio, com poderes sancionatórios, para protecção do consumidor. O art. 52.º dos Estatutos aprovados pelo DL n.º 309/2001, 7 de Dezembro, dispunha que os titulares dos órgãos, trabalhadores e agentes respondessem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos actos e omissões em funções. Sobreveio a Lei n.º 67/2013, 28 de Agosto.

[43] Filipa Calvão, "O RGPD e o papel da Comissão Nacional de Proteção de Dados", 2019, p. 68 e ss. O excesso de zelo pode violar direitos, como ocultar a causa de morte aos beneficiários do seguro de vida. O que contraria a vontade presumível do *de cujus*.

[44] A lei proíbe, por exemplo, a publicidade oculta ou dissimulada (art. 8.º e 9.º do Código da Publicidade) Não obstante, o *product placement* persiste e remonta aos primórdios da indústria cinematográfica. Ac. TRL de 27.03.1990 (Costa Figueirinhas). Por promoverem um sabão em pó na década de 1930, as telenovelas ficaram conhecidas como *soap operas*.

[45] A lei seca enriqueceu Al Capone. O excesso regulatório é real e difícil de navegar para empreendedores, consumidores e até para as próprias entidades fiscalizadoras. A primazia da autonomia privada inclui a liberdade de cometer erros e de conformação pessoal da vida. De resto, a revolução do consumo e industrial, que retirou populações da agricultura de auto-subsistência, assentou em parte na ideia de que o pecado privado traz benefícios públicos, fomentando a produção de bens desnecessários. Um desenvolvimento que não seria o mesmo com virtudes frugais, uniformes, ininterruptas e absolutas, defendeu Mandeville, *The Fable of the Bees: private vices, public benefits*, 1714. Rousseau ao invés propôs fechar fronteiras e criar impostos proibitivos para bens de luxo.

escudar os mais vulneráveis, que padecem depois ainda das inibições por não ter conseguido ter maior firmeza de carácter. A autonomia privada está nas mãos de humanos e por vezes só o legislador pode preservar algum reduto de equilíbrio. A tradição é antiga de proibir a doação de bens futuros, a usura, o pacto comissório, a publicidade de pornografia[46]. Há muitas outras normas louváveis, como permitir a inabilitação do pródigo habitual ou do viciado em estupefacientes, incapazes de escapar a más decisões. Os governos têm sido tímidos perante as multinacionais que não se acanham em abusar adrede de expedientes eficazes, conhecendo as leis de propensão universal para decisões menos racionais[47]. Criam-se ilusões de benefícios, falsas necessidades, adições de dopamina que se revelam dramáticas em ambiente de predominante iliteracia financeira e de pobreza envergonhada[48]. Em especial, o crédito ao consumo é pernicioso não só para o indivíduo mas também para a economia, porque só produz inflação[49]. Há um ciclo vicioso quando as dificuldades financeiras perturbam a saúde mental, que por sua vez conduz a decisões financeiras indesejáveis[50].

[46] DL n.º 254/76, 7 de Abril.

[47] Sobre *behavioural economics*, Becker, Murphy, "A theory of rational addiction", 1988; Akerlof, "Procrastination and Obedience", 1991; Kahnemann, "Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree", 2009; Thaler, Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, 2008; Thaler, *Misbehaving*, 2015. O *neuromarketing* é feito à medida de cada indivíduo, Ghuman, Johnston, *Blindsight: The (Mostly) Hidden Ways Marketing Reshapes Our Brains*, 2020.

[48] A riqueza permite economias que não estão ao alcance de todos; e rendimentos também. Demasiadas famílias chegam ao final do mês com saldo negativo e não têm fundo de emergência. Lusardi, "Financial literacy around the world: an overview", 2011.

[49] O mútuo de escopo, com um projecto de investimento, não levanta as mesmas objecções e foi a razão pela qual historicamente se deixou de proibir o juro (usura). As autoridades têm a obrigação de o saber e intervir. Ryan-Collins, Werner, Jackson, *Where does Money come from?*, 2012; Werner, *New Paradigm in Macroeconomics*, 2007. Para o indivíduo, há alguma analogia entre o crédito para o consumo e o empréstimo para o jogo.

[50] Um sobre-endividamento pode conduzir a momentos de negação e agravamento do problema. Estudos demonstram que a mesma pessoa terá maior lucidez sem a asfixiante pressão das dificuldades financeiras, Mullainathan, Shafir, Mani e Zhao, "Poverty impedes cognitive function", 2013. Os mesmos agricultores demonstravam capacidades intelectuais muito diferentes para resolver problemas antes e depois da colheita anual. Numa fase de dívidas, despesas e incertezas, a disponibilidade de espírito é sobrecarregada por outras turbações. Paga a colheita, a consequente tranquilidade desimpedida permite resolver desafios diferentes. Quem está assoberbado por dívidas fiscais, paradoxalmente tem maior aversão para despachar obrigações contabilísticas e burocráticas e atracção por efémeras fugas hedonísticas. Mullainathan e Shafir, *Scarcity – Why having too little means so much*, 2013. Facto

É conhecido como *revolver* quem sistematicamente recorre a um crédito pior para pagar o mútuo anterior. Os supervisores em todos os sectores têm o dever de intervir[51], juntamente com o Provedor de Justiça[52], as associações privadas e a comunicação social[53]. A incapacidade de discernimento, tal como entendida por Bonhoeffer[54] ou Cipolla[55], não é uma qualidade exclusiva de alguns nem é permanente, mas decorre do condicionamento próprio a que todos estão expostos, sem excepção. E não só na fase da vida em que se é criança, idoso ou doente. Faz todo o sentido que o legislador também crie *nudges* do lado do público, como o imposto do açúcar, regras de comercialização do tabaco, regulamentação das redes sociais, de videojogos, ou a regulamentação dos cuidados de saúde[56].

que é conhecido e explorado, não só pela indústria financeira, Mullainathan, Bertrand, Shafir, Karlan e Zinman, "What's advertising content worth? Evidence from a consumer credit marketing field experiment", 2010.

[51] À DGC compete especificamente avaliar necessidades de regulamentação, preparar propostas legislativas e elaborar pareceres sobre iniciativas legislativas, fiscalizar a publicidade comercial e institucional, aplicando coimas e sanções acessórias. Todas as entidades fiscalizadoras e reguladoras têm as correspondentes responsabilidades, não só a DGC.

[52] O Provedor impulsionou *v.g.* a aprovação do DL n.º 59/2021, 14 de Julho, que esclarece que as linhas 707 de apoio ao consumidor são gratuitas, fiscalizadas pela ASAE e com regime contra-ordenacional.

[53] O serviço público de informação é genérico e deve ser espontâneo. Para o consumo, a DGC pode participar na definição do serviço público em matéria de informação e educação dos consumidores (art. 21.º n.º 2 alínea b) da LDC, DL n.º 24/96, 26 de Julho).

[54] As reflexões de Bonhoeffer sobre o período nazi numa Alemanha culta evoluíram desde o seu primeiro encarceramento, *Widerstand und Ergebung – Briefe und Aufzeichnungen aus der Haft,* até à sua execução no campo de concentração. Cfr. Martin (ed.), *Bonhoeffer in Finkenwalde,* 2012. Bonhoeffer observa que, mais do que tornar-se intrinsecamente má, como as acções, a pessoa pode ficar sob um feitiço temporário, que obnubila o juízo crítico e faz repetir clichés alheios. A sua teoria da "estupidez" encontra paralelo na banalidade do mal, de Arendt.

[55] Nas *Le leggi fondamentali della stupidità umana*, 1976, publicado em *Allegro, ma non tropo,* 1988, Cipolla mede situações com base na intersecção do nível de benefício próprio com o nível de prejuízo alheio. Considera "inteligente" quem simultaneamente beneficia os outros e também a si próprio. Ao passo que a "estupidez" consistiria em prejudicar outrem sem benefício próprio. Os dois vectores dão azo a outras duas categorias: o bandido prejudica outrem em benefício próprio; e o indefeso ou ingénuo prejudica a si próprio em benefício alheio. O consumidor é sugado para esta última categoria. Entre as "leis da estupidez" de Cipolla temos i.) que esta não discrimina ninguém, também os portadores de prémio Nobel ou génios da ciência podem ser indefesos e "estúpidos"; e ii) todos subestimam sempre a presença constante de "estupidez".

[56] Pense-se no descalabro dos preços nos Estados Unidos da América.

1.2. Europeias

A União Europeia tem sido grande impulsionadora na defesa do consumidor nos ordenamentos nacionais. E está também apetrechada de uma série de instituições, até com a tradição de comitologia e sujeitas a frequentes reformas. A que acresce que algumas autoridades europeias (ou instrumentos) funcionam através de uma rede de autoridades estatais, em diferentes sectores. O comércio e o consumo são matérias transversais e ubíquas. A partir de Abril de 2021, as competências da CHAFEA, antiga *Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency*, foram redistribuídas por outros organismos[57]. Existe a PHEA para a saúde pública; a EFSA para a segurança alimentar; a EMA para os medicamentos; a Agência Comunitária de Controlo das Pescas (CFCA); a Agência Europeia do Ambiente (EEA); a Agência das Substâncias Químicas (ECHA), entre outras[58]. A segurança de produtos não alimentares é testada pela cooperação de autoridades europeias (CASP) e socorre-se do sistema de alerta RAPEX[59]. As autoridades de supervisão financeira (ESA) assentam nos três pilares financeiros: a EBA para o sector bancário; a EIOPA para o sector segurador e de pensões, e a ESMA para valores mobiliários, com poderes de supervisão directa e indirecta[60]. Em 2014 o BCE passou a supervisionar cerca de 85%

[57] O *Programa Consumidor* para a EASME; a *Promoção de Produtos Agrícolas* para a REA; *Better Training for better food* bem como *Health Programme* para a *European Health and Digital Executive Agency*, HaDEA.

[58] A FRA é a Agência dos Direitos Fundamentais; a ERA é a Agência Ferroviária Europeia; a EASA é a Agência Europeia para a Segurança da Aviação; a EMSA vigia a segurança marítima; a ENISA a Agência Europeia para a Segurança das Redes de Informação, a GSA é a Autoridade Europeia Supervisora do Sistema Global de Navegação por Satélite; o ECDC, o Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças.

[59] O CASP – *Coordinated Activities on the Safety of Products* é directamente financiado pela Comissão. A Comissão convida autoridades nacionais a participar em actividades, como a testagem de produtos por amostragem. Estas podem aderir ou não, gerindo discricionariamente as suas prioridades.

[60] O Sistema Europeu de Supervisores Financeiros entrou em vigor a 01.01.2011. JO de 15.12.2010, p. 1 a 161: o Regulamento (EU) n.º 1092/2010 do Parlamento e do Conselho de 24.11.2010 relativo à supervisão macro-prudencial do sistema financeiro na União Europeia institui o CERS ou ESRB; o Regulamento (EU) n.º 1093/2010 do Parlamento e do Conselho de 24.11.2010 cria a EBA; o Regulamento (EU) n.º 1094/2010 do Parlamento e do Conselho de 24.11.2010 cria a EIOPA; o Regulamento (EU) n.º 1095/2010 do Parlamento e do Conselho de 24.11.2010 cria a ESMA, que substitui o CESR; o Regulamento (UE) n.º 1096/2010 do Parlamento e do Conselho de 24.11.2010 relativo ao funcionamento do Comité Europeu

do mercado bancário[61]. O BCE tem personalidade jurídica, aprova o seu próprio orçamento e dificilmente pode ser insolvente. Das decisões do BCE pode ser interposto recurso para o TJUE, sem necessidade de revisão prévia[62]. As competências são partilhadas com as autoridades nacionais[63]. Também aqui parece vigorar o regime de responsabilidade solidária não só com o Estado-Membro[64], mas também com a entidade privada lesante. Porém, a responsabilidade deveria ser parciária[65]. A responsabilidade da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados pelos "danos cau-

do Risco Sistémico; a Directiva n.º 2010/78/UE do Parlamento e do Conselho de 24.11.2010 relativa à competência das autoridades europeias de supervisão (Directiva Omnibus I).

[61] Luís Guilherme Catarino e Manuela Peixe, "A nova regulamentação dos mercados financeiros – um tsunami regulatório?", 2015, p. 227 e ss.

[62] Nos termos do art. 24.º n.º 11 do Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho de 15 de Outubro de 2013 (MUS – Mecanismo Único de Supervisão).

[63] A responsabilidade existe na medida da respectiva imputação. O BCE não tem poderes para dar instruções demasiado detalhadas relativamente aos bancos menos relevantes. Catarina Dantas Machado, "A ESMA e a arquitectura de supervisão financeira europeia", 2010, p. 75 a p. 95. Gurlit, "Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht", 2013, p. 864; Ruthig, "Die EZB in der europäischen Bankenunion", 2014, p. 472. Almhofer, *Die Haftung der europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht,* 2018, p. 94 e ss., p. 285, p. 296. Vossen, *Rechtsschutz in der europäischen Bankenaufsicht*, 2020. Kazimierski, *Rechtsschutz im Rahmen der Europäischen Bankenaufsicht*, 2020. Witte, "Die Architektur des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus und die Bedeutung administrativer Widerspruchsverfahren im europäischen Prozessrecht", 2017, p. 35 e Lackhof, "How will the Single Supervisory Mechanism (SSM) function?", 2014, p. 17. Cfr. TJUE nos proc. n.º T-347/03, *Eugénio Branco Lda v. Comissão*, e Ac. *Accorinti v. BCE,* proc. n.º T-79/13.

[64] D'Ambrosio, "The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism", 2015. A responsabilidade do BCE não deve ser subsidiária, sobretudo se há imunidade da autoridade nacional por lei nacional, porque se criariam desigualdades gritantes: se o Banco de Portugal e o Banco de España indemnizam integralmente, até sem culpa, e por isso o BCE nada paga, então não devem a BaFin alemã e a FMA austríacas ser imunes, até em caso de culpa grave, a expensas do BCE. Sobre a impugnação da decisão de inidoneidade, a *Corte di Cassazione* (proc. n.º 10355) reiterou a 20.04.2021 que a competência passou a ser do BCE, pelo que é o TJUE o tribunal competente.

[65] Há acções pendentes nesta matéria. Sobre as autoridades nacionais, Proc. n.º C-414/18, *Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo v. Banca d'Italia*; Proc. n.º C-686/18, *Adusbef e outros v. Banca d'Italia e outros;* Proc. n.º C-255/18, *State Street Bank International GmbH v. Banca d'Italia*, com decisão de 14.11.2019. Rejeitam o *dédoublement fonctionnel* para imputar ao BCE os actos das autoridades nacionais, Säuberlich, *Die außervertragliche Haftung im Gemeinschaftsrecht*, 2005, p. 79 e s.; Steiner, *Die außervertraglichen Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV für rechtswidriges Verhalten*, 2015, p. 134 e s.

sados por si ou pelo seu pessoal no exercício das suas funções" é prevista "de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros"[66]. É muito parecida a formulação literal escolhida para o BCE: "o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções"[67]. Esta regra parece ser "derrogação do segundo parágrafo", onde se prevê que "a União deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções"[68]. Ou seja, a União responderia mais do que o BCE, apesar de o elemento literal ser quase idêntico, mas remetendo para "princípios gerais comuns" aparentemente distintos. Ainda não é conhecida nenhuma condenação, mas há diversos pedidos de indemnização pendentes[69]. A competência para julgar é do TJUE (art. 268.º do TFUE) e a prescrição é de cinco anos a contar do conhecimento do facto

[66] Art. 69.º do Regulamento (EU) n.º 1095/2010 do Parlamento e do Conselho, 24 de Novembro, que cria a ESMA e substitui o CESR. A competência é do TJUE.

[67] Art. 340.º n.º 3 TFUE. Almhofer analisa como requisitos: uma lesão "suficientemente caracterizada" (*Brasserie du Pêcheur*) infligida pelo BCE ou pelos seus agentes no exercício das suas funções, violando uma norma que confere direitos ao particular e o nexo de causalidade em relação ao dano real e certo. *Die Haftung der europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht,* 2018, p. 145 e ss. e p. 148 e ss. A imunidade diplomática dos agentes do BCE não significa que não respondam perante as instâncias europeias, *ibidem,* p. 150 e ss. Pressupõe-se a imputação orgânica, Proc. n.º C-9/69, *Claude Sayag e outro v. Comissão*, sobre o uso de veículo privado em serviço.

[68] Sobre os pressupostos da responsabilidade ao abrigo do art. 340.º n.º 2 TFUE, Steiner, *Die außervertraglichen Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV für rechtswidriges Verhalten*, 2015, p. 33 e ss.

[69] Proc. n.º T-321/17, *Niemelä e outros v. BCE*, em que se exige também a anulação da revogação da autorização bancária, 23.03.2017. Foi recusado na primeira instância o pedido de 4.600.000,00 Euros de indemnização por omissão de intervenção do BCE, no Proc. n.º T-768/17, *Comprojecto-Projectos e Construções e outros v. BCE*, mas o recurso está pendente (Proc. n.º C-251/19 P). Cfr. ainda Proc. T-613/17, *La Guirigaña e outros v. BCE*. No Proc. n.º T-451/18, *Triantafyllopoulos e outros v. BCE* foi pedida indemnização pelos accionistas do banco pela supervisão deficiente na Grécia, mas também do BCE. No caso do Banco Popular Español há uma decisão de 07.06.2017 e cerca de 100 outras acções pendentes, entre as quais estão os pedidos de indemnização no Proc. n.º T-528/19, *Arranz de Miguel e outros v. BCE e MUR* e o proc. n.º T- 659/ 17, *Vallina Fonseca v. MUR*.

lesivo[70]. Não é excluída a restauração natural, quando possível[71], e vencem-se juros de mora à taxa anual de 8% desde a sentença[72]. Para a resolução bancária, a responsabilidade do CUR está prevista "em conformidade com os princípios gerais comuns às legislações relativas à responsabilidade das autoridades públicas dos Estados-Membros"[73], tendo as autoridades nacionais regresso contra o CUR se forem condenadas[74].

Já a responsabilização do TJUE esbarra na dificuldade prática de a competência ser do próprio TJUE.

2. Privadas

Existem inúmeras entidades privadas externas de inspecção, auditoria, certificação e fiscalização privada, em áreas diversificadas[75]. Também o quadro normativo em que operam é distinto. Pense-se na inspecção periódica[76],

[70] Almhofer, *Die Haftung der europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht,* 2018, p. 133, citando o art. 46.º n.º 2 dos estatutos do TJUE e o Proc. n.º C-145/83, *Adams v. Comissão da CEE*. O autor provou práticas anti-concorrenciais da sua empresa à Comissão e foi, por isso, detido em 1974 na Suíça. Só em 1980 soube que foi a Comissão que inadvertidamente o denunciou às autoridades suíças, apesar de ter sido avisada de que determinado documento o identificaria como informador. Almhofer propõe *de lege ferenda* um limite máximo da responsabilidade, restrita a casos chocantes, *idem,* p. 361, p. 391, p. 411 e p. 279.

[71] Proc. n.º T-279/03, *Galileo International Technology e outros v. Comissão,* pelo uso de "Galileu", apesar de haver marca registada. Ossenbühl e Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 2013, p. 731.

[72] E também a correcção da inflação Proc. n.º T-79/96 e T-260/97, *Camar v. Conselho e Comissão,* proc. n.º C-308/87, *Grifoni v. CEEA*.

[73] Art. 87.º n.º 3 do Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento e do Conselho de 15.07.2014. Há largas dúzias de pedidos de indemnização pendentes contra o MUR, elencadas em Isabel Mousinho de Figueiredo, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 145 e s; cfr. René Smits e Federico Della Negra em https://ebi-europa.eu/publications/eu-cases-or-jurisprudence/.

[74] Art. 87.º n.º 4 do Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento e do Conselho de 15.07.2014.

[75] E com diferentes âmbitos de actuação geográfica; pense-se na *International Confederation of Inspection and Certification Organisations* CEOC funciona sob a égide da ISO.

[76] Para o sector automóvel, cfr. a Lei n.º 11/2011 de 26 de Abril. Um inspector que dê luz verde para um perigo circular nas estradas deve responder pela parte que lhe seja imputável, mas sem prejuízo da concorrência de outras eventuais causas: da concessionária da auto-estrada, culpa do condutor, de quem emitiu a licença de condução a um condutor incapaz, do próprio do lesado, e sem esquecer causas de força maior e o risco próprio do trânsito automóvel.

no fiscal de obras[77], nos médicos, nas agências de *rating*[78], na comunicação social, auditores[79], ou intermediários financeiros[80].

Os próprios agentes económicos frequentemente instituem internamente uma organização de controlo em diversas frentes[81]. Quando se trate de pessoas colectivas, há responsabilidade quando os titulares dos órgãos incumprem clamorosamente deveres funcionais, incluindo velar pelo interesse dos *stakeholders* [82].

Com uma maior independência, temos um punhado de associações de defesa do consumidor inscritas em Portugal, entre as quais se destaca a DECO, pela dimensão e projecção[83]. E há congéneres europeias[84]. Rece-

[77] Prevista no art. 19.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, e sujeita ao seguro obrigatório previsto no art. 24.º. Mas a responsabilidade é de todos os "técnicos", que segundo o art. 3.º alínea r) inclui não apenas o director de fiscalização de obra, mas também a direcção da obra. Na Lei n.º 41/2015 de 3 de Junho, admite-se não responder pela contra-ordenação quem comprove "ter-se oposto à prática do facto".

[78] Cfr. art. 35.º-A do Regulamento n.º 462/2013 do Parlamento e do Conselho de 21 de Maio (CRA III). As cláusulas de limitação da sua própria responsabilidade não devem valer perante terceiros. Risso, "Investor Protection in credit rating agencies' non-contractual liability", 2015, p. 706 e ss. Bussani, "Le agenzie di *rating* fra immunità e responsabilità", 2016, p. 1337 a p. 1356, Carneiro da Frada, *A responsabilidade civil das agências de notação de risco (rating)*, 2018; Baumgartner, *Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten*, 2016.

[79] Para as sociedades cotadas, Francisco Saraiva, *Independência e responsabilidade civil do auditor externo das sociedades comerciais cotadas*, 2015.

[80] Art. 10.º, 87.º, 94.º, 182.º n.º 5, 193.º, 282.º, 288.º, 294.º, 314.º-A, 310.º, 324.º e 334.º do CVM.

[81] É o objectivo da *corporate governance* e dos sistemas de *compliance*.

[82] Para as sociedades comerciais, Gabriela Figueiredo Dias, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, 2006, p. 18, Tiago Estêvão Marques, *A responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas*, 2009.

[83] A ICAP, associação de auto-regulação em matéria de publicidade, também dirime litígios. Há a APCOI – Associação Portuguesa contra a Obesidade Infantil, ou a Liga Portuguesa contra o Cancro, que apoia doentes oncológicos perante seguradoras, entre outros.

[84] Há quatro confederações de associações nacionais (COFACE – Confederation of Family Organisations in the EU e Euro Coop – European Community of Consumer Cooperatives ANEC – European Association for Coordinating Consumer Representation in Standardisation e BEUC – European Consumer's Organisation, das quais as duas últimas recebem financiamento europeu). A União Europeia também financia associações nacionais que nessa medida têm responsabilidades acrescidas. Para a segurança na Internet há a Klicksafe, que ainda recebe financiamento público alemão.

bem financiamento público, poderes legais[85] e apoio institucional[86]. Quanto maior o poder ou os meios disponíveis, maior a responsabilidade.

O mesmo vale para os meios de comunicação social, com um papel fundamental na protecção do consumidor, especialmente em caso de interesse público urgente[87]. Historicamente, tem-se verificado que o alarme dado impulsiona a opinião pública e a correspondente regulamentação e criação de entidades de fiscalização. Na prática, a comunicação social publicará de bom grado notícias que gerem indignação, por isso a responsabilidade civil acaba por ser menos provável. Mas infelizmente há um problema estrutural grave de financiamento neste sector que não só coarcta o jornalismo de investigação – tão necessário numa sociedade aberta – mas traz consigo o correspondente viés, de não querer morder a mão que alimenta.

IV. Fundamentos da responsabilidade

Para as entidades públicas há vários regimes especiais, mas a essência da responsabilidade é inelutavelmente civil e assim o impõe a igualdade e a coerência interna de um Estado de Direito[88]. Ao prever a vigilância no artigo 10.º n.º 3 a Lei n.º 67/2007 vem presumir a inocência do agente em actividades materiais. Seria manifestamente excessivo presumir a responsabilidade de toda a Administração nas suas vastas incumbências de fiscalização[89].

Quem devia ter impedido o dano não paga tanto quanto aquele que causa o dano. Mas a sua responsabilidade também deve ser maior do que aquela de quem não é remunerado para o impedir ou de quem cumpriu a

[85] Além da acção popular com isenção de custas (Lei n.º 83/95, 31 de Agosto), destaca-se o art. 18.º da LDC (Lei n.º 24/96, 31 Julho), em especial as alíneas f) e g) do n.º 1.

[86] P. ex. previsto no art. 21.º n.º 1 do DL n.º 24/96, 26 de Julho.

[87] Tendo conhecimento de perigos graves que, com informação, podem ser eficazmente prevenidos, têm o dever jurídico de informar o público. Sem prejuízo do respeito pelo crédito e bom nome e do dever de não formular acusações sem provas, nos termos do art. 14.º do Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 1/99, 13 de Janeiro.

[88] Cfr. Isabel Mousinho de Figueiredo, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 197 e ss, sem prejuízo de especificidades públicas, quando se verifiquem, *ibidem,* p. 436 a p. 496, como a iniquidade de onerar demasiado o contribuinte. O art. 46.º da Lei-quadro das Entidades Reguladoras, Lei n.º 67/2013, remete para o regime geral. Aplica-se à ASF e a CMVM, mas não à ERC, CADA, CNE, nem ao BdP, regidos directamente pela Lei n.º 67/2007. A Lei Orgânica do BdP prevê apenas a responsabilidade dos titulares dos órgãos.

[89] No Reino Unido e na Alemanha é excessiva a irresponsabilidade nestas matérias, cfr. Isabel Mousinho de Figueiredo, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 35 e ss, p. 92 e ss, p. 295 e ss.

sua obrigação. Quanto mais meios ou mais poderes estiverem ao dispor do agente, maior a sua responsabilidade, maior o ónus de explicar qual o trabalho desenvolvido. A imputação de danos segue as directrizes gerais, na senda de Wilburg e Hand:

i.) Se o prejuízo for muito previsível, é exigível mais diligência para o evitar;
ii.) quanto mais fácil for a prevenção, mais esta é exigível;
iii.) um perigo maior clama um cuidado maior (quer seja pela gravidade ou probabilidade das consequências);
iv.) quem beneficia com a situação tem um dever acrescido de arcar com os riscos inerentes;
v.) havendo (maior) retribuição pelo dever de impedir os danos, este intensifica-se. Relevam também as utilidades auferidas e os meios disponíveis.

Todos os intervenientes devem estar sujeitos ao mesmo critério, incluindo o lesado.

No entanto, esta igualdade reflecte-se de forma diferente nas três frentes: lesante e lesado estão em melhor posição para evitar o dano e serão sempre mais responsáveis que o supervisor. Indubitavelmente, o público tem de poder confiar em padrões mínimos de controlo profissional de entidades pagas para o efeito, mas estas normalmente só respondem em caso de culpa grosseira. Já do lado do lesado praticamente não se exige censurabilidade alguma na sua conduta para que opere a máxima *res perit domino suo*. É o próprio que beneficia dos seus bens jurídicos e normalmente estão no seu domínio, estando melhor posicionado para prevenir perigos na fonte. Não podemos censurar a negligência na forma como alguém decide conduzir os seus próprios assuntos, faz parte do reino da sua auto-determinação privada. Por conseguinte, também devem ser só suas as perdas daí decorrentes. Ou seja, a "culpa" do lesado, tradicionalmente exígua, deve ser compreendida como amplas áreas de risco próprio do lesado.

Os elementos deste sistema móvel têm como fundamentos de imputação a culpa, o risco, o inadempimento e/ou o enriquecimento. Quanto maior a presença de um deles, menos se exige os demais. Quanto maior a censurabilidade, mais necessária a função preventiva da responsabilidade civil. Quanto maior o enriquecimento do comerciante, menos culpa se exige. E quem tem património ou integridade física sempre se arrisca a perdê-los, normalmente sem poder exigir indemnização a ninguém.

No Direito do Consumo, este enquadramento reflecte-se por exemplo nos níveis de *caveat emptor* exigíveis: uma aquisição mais importante ou dispendiosa reclama mais cuidado[90]. E exige-se mais diligência a um consumidor experiente ou especialista. Ao passo que a justiça deve ser mais leniente para com um artesão caseiro, um pequeno *prosumer* numa *sharing economy*, quando comparado com um oligopólio global.

A presença (e a responsabilidade civil) do supervisor não deve contribuir para que os lesados baixem a guarda e se sujeitem a danos desnecessários, por *overreliance* ou compensação de risco. As entidades de fiscalização nunca conseguirão evitar sempre todos os perigos[91]. Um cliente que escorrega numa superfície comercial não pode no mesmo fôlego alegar que o chão devia estar limpo e que não tinha o dever de olhar onde pisa[92]. A concausalidade resolve-se proporcionalmente, na medida das culpas.

O problema da responsabilidade do fiscal normalmente surge num novelo de complexidades específicas, em vários níveis. A ASAE tem de actuar rapidamente com suficiente consenso entre polícias, inspectores, especialistas, laboratórios e juristas, num mar de leis e de ciências. Só em casos extremos se pode considerar ter sido ilícita uma conduta. Pode ainda dar-se o dilema do supervisor, quando cumpre conciliar funções incompatíveis, caso em que será regular o uso de poderes discricionários.

[90] Decisão alemã de 20.10.1999 (I ZR 167/97), no caso *Orient-Teppiche*. O TJUE tem vindo a considerar a bitola do "consumidor médio que está normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, tendo em conta fatores sociais, culturais e linguísticos", Ac. de 13.09.2018, *Wind Tre e Vodafone Italia*, proc. C-54/17 e C-55/17) e na jurisprudência nacional, Ac. TRL de 08.11.2017 (A. Augusto Lourenço). Djurovic, "The Average Consumer Under EU Law", 2016.

[91] Da inevitável falta de meios não se pode extrapolar que não existe o dever de usar os poderes que há. Da mesma forma, o doente tem de tolerar a lista de espera; mas o médico tem de trabalhar. Sem prejuízo de alguma tolerância para a incompetência e a discricionariedade da gestão. Quanto a falhas na interpretação da lei, por regra, não deve haver responsabilidade do supervisor. É certo que a ignorância da lei não escusa, mas uma posição jurídica defensável não pode nunca ser considerada ilícita para efeitos de responsabilização civil, exigindo-se um "grau de clareza e precisão da regra violada", sobretudo considerando que o maior beneficiário da fiscalização é o lesado. Já em caso de acto ilegal expresso que tenha criado uma confiança digna de tutela, o art. 10.º n.º 2 da Lei n.º 67/2007 faz correr pela Administração este risco jurídico.

[92] Será fácil limpar o pavimento, sem dúvida, e é mais fácil ainda não cair nele. Em juízo, ambos os oponentes tentam demonstrar que o perigo era notório. E normalmente são esquecidos o produtor dos sapatos, os construtores ou donos do edifício, que podiam ter reduzido o perigo na fonte, de forma mais duradoura.

Teme-se que demasiada responsabilidade pudesse ter um efeito defensivo e castrador na actividade dos fiscalizadores[93]. O argumento não colhe para criar imunidades, mas é válido para conter o âmbito da responsabilidade. Em casos gritantes, há responsabilidade proporcional, não necessariamente total. Não onerar o contribuinte é um argumento forte, conforme referido. Mas não é de escamotear o efeito preventivo da responsabilidade, mesmo sem condenações concretas.

V. Paradigmas

Cumpre distinguir quarto paradigmas de responsabilidade do supervisor. O primeiro é a omissão da prevenção, quando devia ter evitado os danos causados por outrem. Estamos perante um segundo paradigma, o perigo do poder, no caso da auditoria que inadvertidamente divulga segredos comerciais. Aqui são os próprios poderes inspectivos que expõem os bens a novos riscos e por isso a responsabilidade é maior. Estes dois paradigmas podem sobrepor-se aos paradigmas da função legislativa ou jurisdicional. Na omissão de prevenção, o regulador não tem "culpa" da dimensão dos perigos que tem de regular e minimizar, tal como o juiz não tem "culpa" da dimensão das causas a julgar, nem o legislador da imensidão de interesses a compor. Estes decisores não devem ser irresponsáveis, mas tamanho risco também não lhes deve ser assacado por inteiro. E não se confundem decisões ablativas legítimas com aquelas tirânicas ou injustas.

1. Falha na prevenção

O supervisor não responde pelo risco, mas apenas por grave inadempli-mento próprio, quando tinha o dever de ter interrompido o processo danoso que já estava em curso. Não é o fiscal que beneficia com a actividade lesiva; e a fiscalização beneficia não só o potencial lesado, mas também o agente que acabou por não lesar. A imperfeição da supervisão deve assim ser suportada por todos, como risco geral da vida. Se nenhum controlo existisse, seriam maiores os prejuízos. As inspecções vêm mitigar o perigo, não extingui-lo. O supervisor só indemniza em casos clamorosos e só na medida da sua falha[94].

[93] Uma das vertentes do chamado *accountability dilemma* é o risco de *overkill:* que a entidade fiscalizadora gaste preciosos recursos na defesa ou mesmo em pré-defesas, com prejuízo para a fiscalização. A falácia é pensar que o supervisor é incorrigível.

[94] São obrigações de meios, não de resultado. Não basta ao lesado provar um dever omitido; falta explicar o que esteve a entidade a fazer com os meios de que dispunha, na altura. A pre-

Nem sempre é fácil delimitar a responsabilidade com o lesante principal, mas a solidariedade é indefensável. Ninguém deve pagar desmesuradamente por factos alheios. A responsabilidade deve ser parciária, restrita apenas ao facto próprio e com direito de regresso[95]. A autoridade pública é presa mais fácil, mas se não participa nos lucros da actividade alheia, também não deve quinhoar nas responsabilidades.

Não colhe a defesa do supervisor alegando que, mesmo que tivesse imposto sanções, sempre poderia ter havido reincidência. Se foi incumprido o poder-dever de fiscalizar e sancionar, prevalece a probabilidade de que a prevenção especial teria sido bem-sucedida.

2. Risco do poder

Neste paradigma, o funcionamento próprio do supervisor é que proporciona os danos colaterais. Estes devem ser indemnizados por inteiro. O risco de *faute du service* ou outras falhas não devem ser alijadas à custa de inocentes aleatórios quando o sacrifício é especial e anormal[96]. Sem dúvida, nem todos os inconvenientes ocasionados pelo trabalho inspectivo ou regulador devem ser indemnizados, porque é normal que o cumprimento da missão crie onerações regulares. E deve até tolerar-se alguma incompetência.

3. Julgador heterónomo

Quando a Administração aplica sanções ou dirime conflitos temos traços característicos da função jurisdicional[97]. O julgador raramente é visto

venção podia ser devida por acção ou omissão.

[95] Muitos pedidos esbarram em problemas de competência dos tribunais, que devia ser aferida pelos lesantes principais. Se a lesão é a mesma, devia ser julgada no mesmo processo. Por economia processual e porque separar processos cria o risco de duplicação de indemnização. Pode ainda ter havido a falha de mais do que um fiscal, caso em que a responsabilidade deve ser dividida proporcionalmente entre estes. Assim, por hipótese, se um polícia observa um roubo sem intervir e se conclui que deve pagar 30%, então se em igualdade de circunstâncias tivessem sido dois polícias a omitir o mesmo dever de intervir, cada um deve responder por 15%. Recorde-se que os polícias não ficam com o produto do roubo e, mesmo se o ladrão não pagar nada, seria excessivo condenar a entidade fiscalizadora no mesmo montante que o criminoso. Cfr. art. 566.º n.º 3, 494.º e 563.º CC.

[96] Pense-se no atropelamento de um transeunte numa perseguição policial, na expropriação pelo plano, na penhora de bens de um homónimo ou na morosidade inaceitável da decisão.

[97] Luís Fábrica, Anotação ao Art. 12.º, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas,* 2013, p. 336; André Figueiredo, "A informação difundida no mercado de valores mobiliários e os poderes da CMVM. Uma «nova dimen-

como o lesante, pois existe justamente para evitar danos ou repor a justiça. Impõe-se escudá-lo de quem não se conforma com a decisão, para preservar a independência[98]. E uma opinião jurídica defensável não pode ser considerada ilícita.

Se o sentido da decisão pode ser discutível, o atraso em si mesmo já não tanto[99]. Não se justifica que a ASAE tenha ainda em seu poder material

são do Direito Administrativo»?", 2006, p. 80 e 96; Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 325; Moreira da Silva, *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*, 2015, p. 551 e ss. Ao decisor contra-ordenacional não se exige o mesmo nível de imparcialidade dos tribunais, pois as autoridades inquisitoriais servem para compensar o desequilíbrio de forças: quanto mais poderosa for uma das partes, maior o dever da autoridade de o defender. Será desproporcionado destruir um pequeno negócio perseguido por um grande concorrente. Quanto à mediação, esta aproxima-se ainda mais do regime jurisdicional quando é previsto o poder de decisão heterónoma, art. 47.º da Lei n.º 67/2013. Francisca Almeida, *O poder de resolução de litígios entre regulados pelas autoridades reguladoras independentes – o caso particular da mediação*, 2016.

[98] Também a irresponsabilidade e inamovibilidade dos juízes tem limites, desde o Código Hamurabi, *vide* art. 14.º n.º 2 do SEBC, art. 216.º n.º 2 CRP; Paula Costa e Silva, "A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade do Estado por erro judiciário", 2010, p. 46 e ss, p. 59 e ss. O excesso tem mesmo de ser manifesto, não bastando uma irregularidade menor, Ac. do STJ de 29.06.2005 (Ponce de Leão). Ac. TJUE, proc. n.º C-518/07 e Ac. do TC n.º 404/94. Fernanda Maçãs, "Responsabilidade civil das entidades reguladoras", 2011, p. 68; Luís Fábrica, Anotação ao Art. 13.º, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas,* 2013, p. 341. Nélia Dias, *A responsabilidade civil por actos jurisdicionais,* 2001, p. 193 e ss. Maria da Glória Garcia, *A Responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas*, 1997, p. 41 e ss.; *ibidem*, 2007, p. 54; Germano Marques da Silva, "A responsabilidade civil dos magistrados por actos praticados no exercício das suas funções", 2002; João Caupers "Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional", 2003. Internacionalmente, veja-se o caso *Bushel's Case* (1670) 124 E R inglês e o caso do moleiro Arnold, de 1773, na Prússia; Gonzalez Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas,* 2004, p. 113 a p. 170; Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht,* 2011; Frison-Roche, "La responsabilité des magistrats", 1999; Luís Fábrica, Anotação ao Art. 12.º, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas,* 2013, p. 319 e ss.; Heloísa Oliveira, "Jurisprudência comunitária e regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas", 2010, p. 156 e ss.

[99] Distingue-se o erro judiciário da actividade de administração de justiça. Art. 13.º da Lei n.º 67/2007. Ricardo Pedro, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça,* 2016, p. 290, p. 292 e ss., p. 317 e p. 386. Luís Fábrica, Anotação ao Art. 13.º – Responsabilidade civil por erro judiciário, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas,* 2013, p. 340. O mesmo vale para a função administrativa, aplicando-se o art. 12.º da Lei 67/2007, Menezes Cordeiro, "A responsabilidade civil do Estado", 2010, p. 652. Carla Amado Gomes, *Novos Estudos sobre Direito*

apreendido há três décadas. Gomes Canotilho propõe como critérios para aferir qual o prazo razoável para a decisão: i) a dificuldade da matéria a decidir; ii) a conduta dos demandantes; e iii) a diligência do decisor e a relevância da questão para os afectados[100].

4. Regulador

Nem sempre a distinção entre actividade de mera fiscalização e normogenética é clara, desde logo pela confusão pessoal entre regulador e fiscal. Estão ultrapassadas as dúvidas sobre a admissibilidade da responsabilidade do legislador[101]. Entre nós a lição foi aprendida com o caso Aquaparque: as medidas de segurança têm de ser pagas pelos destinatários da norma, mas o legislador não pode deixar de responder pela vida das crianças que devia ter salvo do afogamento – sem prejuízo da responsabilidade dos produtores, dos projectistas, dos construtores, dos donos do parque e de outros garantes. Se o defeito do produto foi imposto por normas imperativas, os danos podem ser imputáveis ao legislador[102].

No Consumo, já foi referida a importância do legislador na defesa do público perante o poderio dos comerciantes mais agressivos e sofisticados. Em caso de omissão, não basta um dever genérico de criar regras "em todos os domínios envolvidos" para fundamentar a responsabilidade do legislador[103];

da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas – por facto da função administrativa, 2019, p. 77 e ss.

[100] Gomes Canotilho, "Anotação ao Ac. do STA de 07.03.1989", 1994, p. 307. Maria da Glória Garcia, *A responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, 1997, p. 57 e ss.; Ossenbühl e Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 2013, p. 51. Veja-se ainda, antes da aprovação da lei actual, João Caupers, "Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional", 2003, p. 46 a p. 49. Ricardo Pedro parece sugerir ainda o padrão ou da bitola média (*standards*) de funcionamento, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da justiça*, 2016, p. 583. Para a morosidade dos tribunais, alguma jurisprudência tem seguido a indicação genérica de 4 a 6 anos dada pelo TEDH. Ricardo Pedro, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da justiça*, 2016, p. 364 e p. 472. No Ac. do STJ de 03.07.2008 (Mota Miranda) o Estado foi condenado em 10.000,00 Euros pela pendência de uma acção durante dez anos. Ac. do TCA Sul de 04.04.2019 (José Gomes Correia). Alguns tribunais apontam para 1.000,00 a 1.500,00 Euros por cada ano de morosidade injustificada, Ac. do TCA Sul de 31.01.2018 (Marchão Marques).

[101] É revoltante a decisão *Gefrierfleisch* do *Reichsgericht* de 10.01.1933, RGZ 139, p. 177 e ss.

[102] A responsabilidade do produtor pelos danos *propter rem* é excluída à luz do art. 5.º alínea d) e 8.º do DL n.º 383/89 de 6 de Novembro.

[103] Cfr. art. 1.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96 de 31 de Julho, bem como o art. 52.º e art. 60.º da CRP. Sousa Ribeiro, *Direitos sociais e vinculação do legislador,* 2021.

pressupõe-se um dever concreto, uma lacuna que clama regulamentação, em que o legislador claramente esteja em falta. O *quantum* indemnizatório pode ser reduzido equitativamente[104].

VI. Casos concretos

1. O edifício ruinoso

A autoridade de fiscalização urbanística foi condenada no *common law* em 1978 por deficiências na construção[105]. A condenação foi excessiva e sobreveio um precedente no extremo oposto, de imunidade injustificável[106]. Na Alemanha vigora uma irresponsabilidade análoga das autoridades em geral[107]. O Canadá[108] e a Nova Zelândia[109] não acompanharam esta sentença inglesa.

[104] Quando o interesse público de excepcional relevo o justifique e haja um número excessivo de titulares afectados. É um prudente elemento-travão, reflexo da proibição de desproporção, previsto no art. 15.º n.º 6 da Lei n.º 67/2007.

[105] *Anns v. Merton Council* [1978] AC 728. Sobre o poder – mas não dever – de inspecção diz Lord Wilberforce "they were under a duty to give proper consideration to the question whether they should or not" e "a failure to act that is not the product of a considered decision may give rise to liability". Cfr. Hogg e Monahan, *Liability of the Crown*, 2000, p. 176; *Dutton v. Bognor* [1972] I Q 373, *Batty v. Metropolitan Property Realisations* [1978] QB 554, *Kamloops v. Nielson* [1984] 2 SCR 2. Em matéria não urbanística, *Laurentide Motels v. Beauport* [1989] 1 SCR 705, e *Lewis v. British Columbia* [1997] 3 SCR 1, 145.

[106] Reduziu-se a responsabilidade apenas a danos à integridade física pessoal e à propriedade de coisas corpóreas, *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398. *Preston v. Torfaen Borough Council* [1993] 36 Con LR 48 CA. Cfr. as críticas de Banakas, "Public Authority Liability for Pure Economic Loss", 1992, p. 56 e p. 66 a p. 68.

[107] A propósito da inspecção pelo TÜV de caldeiras de vapor lê-se na decisão do BGH de 24.01.1972, BGHZ 58, p. 98, que "a supervisão estatal de unidades económicas serve, por regra, apenas o interesse geral público e normalmente não fundamenta deveres oficiais (*Amtspflichten*) em relação a pessoas determinadas". No mesmo sentido, BGH de 12.06.1986, *Versicherungsrecht* 1986, p. 1100 e ss, num caso de sementes agrícolas. Kümper, *Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht*, 2011, p. 64 e ss.

[108] *Winnipeg Condominium Corporation No 36 v. Bird Construction* [1995] 1 SCR 85 e *Bryan v. Maloney* (1995) 69 ALJR 375, *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd* [2000] SCC 12; [2000] 1 SCR 298. "*Murphy* was not good law for Canada" segundo o acórdão *CNR v. Norsk Pacific Steamship Co.* [1992] 1 SCR 1021.

[109] *Invercargill City Council v. Hamlin* [1994] 3 NZLR (CA), *Queenstown Lakes District Council v. Charterhall Trustees Ltd* [2009] NZCA 374 e [2009] NZLR 786.

2. O talho e o Município

Recentemente foi julgado em Portugal um caso que não trata a defesa do consumidor, mas a responsabilidade civil da autoridade fiscalizadora. Um talho instalou câmaras frigoríficas em violação da Lei do Ruído, perturbando o repouso nocturno dos vizinhos, de forma intermitente. O Município foi condenado a pagar 1.500 Euros pela demora na fiscalização, para além da indemnização devida pelo próprio talho de 16.000,00 Euros[110]. O Município havia recebido a primeira queixa em 2009 e respondeu prontamente, explicando que a falta de meios técnicos e o acumular de outras queixas anteriores não permitia fiscalizar esta ocorrência, a médio prazo. Indicou por isso formas alternativas para o particular medir o ruído, a expensas próprias. Com efeito, muitas autarquias tinham à época falta de equipamento. O munícipe, porém, decidiu esperar e só em 2013 é que as medições camarárias vieram confirmar o excesso de ruído. O tribunal de primeira instância andou bem ao ter em consideração que o Município "não alegou nem provou que quantidades de [outras] medições acústicas é que realizou nos anos 2010, 2011, 2012 e 2013", anos em que fez o Autor esperar. E constatou-se ter havido culpa do lesado, porque quanto mais grave o dano efectivamente infligido, mais expedito deve ser o recurso a alternativas[111].

[110] Ac. TCA Norte de 02.04.2009 (Helena Canelas). A primeira instância condenou a pagar 750,00 Euros e este montante foi duplicado pelo TCA. O TCA teve em devida conta que a 04.02.2016 a dona do talho tinha sido condenada pelo tribunal judicial comum a indemnizar 16.000,00 Euros por danos não patrimoniais e a fazer as devidas obras de insonorização, Proc. n.º 1908/15.4T8PRT. Esta condenação foi integral, por falta de contestação. A autoridade administrativa defendeu-se com o facto de no mesmo dia o Autor ter pedido em ambas as acções exactamente 16.000,00 Euros a cada um dos Réus, pelos mesmos danos não patrimoniais. Pelo que qualquer condenação que fosse além da primeira indemnização sempre representaria um enriquecimento indevido. Explica a primeira instância "porém, a indemnização peticionada pelo Autor, que é de montante idêntico àquela que pediu à proprietária do estabelecimento comercial (...) é manifestamente exagerada, desde logo, porquanto não está em apreço nestes autos, a concessão de uma indemnização ao Autor, por parte do Réu, pelos danos infligidos, antes pela demora na realização da medição acústica, ou de outra forma, pela sua não realização no tempo pretendido pelo Autor, porque o Réu tinha pendentes outras medições acústicas, e a sua organização interna, em termos de recursos humanos e materiais não o permitir. E essa quantificação em torno do montante indemnizatório não pode passar pela mesma bitola".

[111] Até por ser advogado. Das duas uma: ou os danos não foram assim tão graves ou era-lhe exigível minimizar os danos do seu lado. Na sentença lê-se: "o 'homem médio' que se sentisse perturbado quer com o barulho (...) quer com o atraso de meses (sequer, e não de anos)

3. O vinho italiano

No caso *Francesconi*[112] a Comissão foi demandada não apenas pelos herdeiros das vítimas mortais do vinho adulterado, mas também pelos comerciantes, pelo descrédito sofrido por todo o vinho italiano. A Alemanha foi advertida pela Áustria que havia vinho austríaco adulterado em Abril de 1985. Em Agosto, a Comissão alertou o público da presença de vestígios de dietileno-glicol em vinhos italianos. A 2 de Março de 1986, o metanol no vinho já tinha matado várias pessoas. Quando a 19 de Março a Itália confirmou perante a Comissão ter havido falsificação de vinhos italianos, esta avisou os demais Estados-membros. Os agentes económicos alegaram má gestão europeia[113], mas a Comissão, por sua vez, entendeu que não devia ter divulgado a identidade concreta dos agentes prevaricadores, numa altura em que as investigações estavam ainda em curso[114]. O Tribunal concluiu faltar a ilicitude.

4. O supervisor financeiro

Entre os Estados-Membros, a imunidade do supervisor financeiro ainda é a excepção; a regra é haver alguma responsabilidade[115]. Em tempos, os

na realização de medição acústica, e caso persistisse, designadamente, a sua dificuldade em dormir/repousar, seguramente teria recorrido à via judicial" ou teria resolvido o problema de outra forma. Ao invés, o "Autor apenas recorreu aos Tribunais, em janeiro de 2015, quando já sabia que o estabelecimento comercial (...) funcionava dentro dos limites estabelecidos pelo RGR". Todo o lesado tem (algum) dever de mitigar danos. O TCA Norte, ao invés, numa visão demasiado conservadora da "culpa" do lesado considerou que "nem o quadro normativo convocado, nem os princípios gerais, permitem concluir que sobre o autor recaísse qualquer obrigação de levar ele próprio a cabo a avaliação acústica". Não é preciso uma lei positiva expressa para que cada um procure mitigar os danos na medida em que pode fazê-lo.

[112] Ac. do TJCE nos proc. n.º 326/86 e n.º 66/88, *Francesconi e outros v. Comissão*.

[113] Invocaram que 1.) as regras da CEE para a destilação desviaram uva para esse fim, criando carência de vinhos de mesa; 2.) o aumento de quantidades de vinho era suspeito; 3.) a Comissão podia ter diminuído os lucros cessantes causados pelos escândalos.

[114] A Comissão defendeu-se ainda: 1.) só os Estados-membros podiam recolher os vinhos; 2.) as suas competências são subsidiárias; 3.) com as medidas que tomou; 4.) que havia excedentes de vinhos naturais; 5.) e que foram as autoridades britânicas que a 16.08.1985 informaram os restantes Estados-membros da existência de vinho italiano com dietileno-glicol.

[115] Dijkstra, "Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union", 2012, p. 351 a p. 363; Athanassiou, "Financial sector supervisors' accountability", 2011; *idem,* "Bank Supervisor's Liability", 2011, p. 216 e ss.; e Andenas e Fairgrieve, "To supervise or to compensate?", 2000, p. 343 e ss.; Böhme, *Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht*, 2009,

supervisores bancários alemão e austríaco foram respectivamente condenados por terem falhado na supervisão de bancos que faliram[116]. As condenações foram excessivas, por isso instituiu-se uma imunidade anacrónica, que contraria o Estado de Direito. Em 2018 o TJUE decidiu que as leis nacionais não podem fazer a indemnização depender da prova do "carácter intencional do prejuízo causado pela autoridade nacional em causa"[117]. A maioria dos ordenamentos europeus exige a *faute lourde* ou *dol*[118]. A mani-

p. 108 e ss.; D'Ambrosio, "The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism", 2015, p. 25 e ss.; Nolan, "The Liability of Financial Supervisory Authorities", 2013, p. 198 e ss.; Tison, "Do not attack the watchdog!", 2005, p. 645 e ss.; Almhofer, *Die Haftung der europäischen Zentralbank für rechtswidrige Bankenaufsicht,* 2018, p. 378 e s.

[116] Na Alemanha, as sentenças *Wetterstein* do BGH, BGHZ 74, p. 144 a p. 162, *Herstatt* do BGH, BGHZ 75, p. 120 e ss, OLG de Köln de 19.09.1977, NJW de 1977, p. 2213. Até ao final da década de 1970, a lei de 1939 não protegia os particulares, OLG de Bremen de 13.11.1952, NJW de 1953, p. 585; OLG de Hamburgo a 28.06.1957, *Betriebsberater* 1957, p. 950, orientação confirmada na supervisão de seguros pelo BGH a 24.01.1972, NJW 1972, p. 577 e criticada por Scholz, "Versicherungsaufsicht und Amtshaftung", NJW 1972, p. 1217 a p. 1219. Papier, "Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung", 1980, p. 265 e ss.; Körner, *Schutz des Publikums bei Verstößen gegen die Verbots- und Genehmigungsvorschriften des Kreditwesengesetzes*, 1968, p. 127 e ss.; Gratias, *Staatshaftung für fehlerhafte Banken- und Versicherungsaufsicht im europäischen Binnenmarkt*, 1999.

[117] Ac. TJUE de 04.10.2018, *Nikolay Kantarev v. Balgarska Narodna Banka*, proc. C-571/16 (Cruz Vilaça). Em matéria de responsabilidade dos supervisores bancários nacionais, o TJCE entendeu no caso *Peter Paul* que não decorria das Directivas um direito à indemnização "quando está assegurada a indemnização dos depositantes" de 20.000,00 Euros. Considerou-se não haver responsabilidade civil subsidiária relativamente à garantia de depósitos, Ac. do TJCE de 12.10.2002, proc. C-222/02. Na Alemanha, onde há deficiências da responsabilidade aquiliana, defende que os direitos subjectivos conferidos directamente pelo Direito europeu impõem uma tutela delitual, Badenhoop, *Europäische Bankenregulierung und private Haftung,* 2020.

[118] Para os Países Baixos, Busch e Keunen, "Is the statutory limitation of liability of the AFM and DNB contrary to European Union Law?", 2019. No Reino Unido, vigora a imunidade, pelo menos de facto, das autoridades públicas, Isabel Mousinho de Figueiredo, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 111 e ss. Em matéria financeira, *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong* [1988] AC 175, [1987] 3 WLR 776, [1987] 2 All ER 705; Lunney e Oliphant, *Tort Law – Text and Materials*, 2003, p. 128; McLean, "Negligent regulatory authorities and the duty of care", 1988, p. 442 e ss. *Three Rivers District Council v. Bank of England* n.º 3 [2001] 2 All ER 513; e *Three Rivers District Council v. Bank of England* [2003] 2 AC. Cox, "Three Rivers District Council v The Bank of England", 2003. Andenas e Fairgrieve, "Misfeasance in public office, governmental liability and European influences"; Nolan, "The Liability of Financial Supervisory Authorities", 2013, p. 205 e ss.

festa deficiência da responsabilidade pública nalguns ordenamentos leva a que sejam feitos pagamentos sem base legal expressa[119].

5. Os jacuzzis

Morreram duas crianças no Aquaparque[120]. E actualmente os jacuzzis provocam a morte a adultos no mundo inteiro, sugados pelas bombas que alimentam os filtros de água. São contextos em que os utentes são apanhados desprevenidos. Os profissionais que concebem, licenciam, constroem, fabricam e inspeccionam os jacuzzis têm o dever de minimizar o perigo na fonte. Assim o impõe o Direito vigente, mesmo sem regulamentação mais específica. Mas também o legislador está em falta quando conhece o problema e não institui formas de prevenção.

6. O azeite

Ainda hoje é sistemática a adulteração do azeite[121]. Isto, não obstante uma das maiores tragédias ter-se dado em Marrocos em 1959 [122]. E ter-se seguido outra pior em Espanha em 1981[123], onde os adultos robustos que sobreviveram aos tratamentos de choque viram-se definhar gradualmente com dores atrozes, reduzindo-se a feições cadavéricas com o atrofio do maxilar, a perda de dentes e de peso. Ficaram sem mobilidade nem o uso das extremidades. A deterioração progressiva é geral e afecta todos os órgãos, excepto os rins, com a degeneração dos vasos sanguíneos, dos nervos

[119] Por falha na supervisão financeira, o Reino Unido indemnizou num total de 16 milhões de libras no *Barlow Clowes Affair*, mas não todos os 18.000 lesados, só as poupanças mais modestas.

[120] Seguiu-se a aprovação do Decreto Regulamentar n.º 5/97, 31 de Março; DL n.º 86/97, 31 de Março.

[121] As quantidades e os preços de "azeite" vendidos mundialmente são matematicamente improváveis. Na União Europeia situam-se 70% dos olivais do mundo. Em Portugal a adulteração é crime, mesmo sem perigo para a saúde, art. 24.º do DL n.º 28/84 de 20 de Janeiro, mas parece haver poucas condenações, Ac. TRC de 02.05.2007 e Ac. TRP de 10.03.1999 (Melo Lima) e de 11.07.2007.

[122] Marrocos teve de apelar à solidariedade civil e internacional quando a adulteração fez entre 10.000 a 20.000 vítimas, "les paralytiques de la meknassite", sobretudo em Meknès, mas também Fez, Casablanca e alhures. Foram julgados cinco arguidos em 1960 por adicionar um lubrificante aeronáutico ao azeite.

[123] Foi adicionada anilina, uma cor azul, a 750.000 litros de óleo de colza importado, para assegurar um uso exclusivo industrial e salvaguardar a produção de óleos alimentares. Para dissimular a cor recorreu-se à refinação, o que transformou o composto num químico mais venenoso.

e insónias crónicas. Morreram mais de 5.000 pessoas e cerca de 25.000 estão permanentemente incapacitadas, afectando famílias inteiras, sobretudo em camadas sociais mais desfavorecidas onde o sustento dependia da força física. Pensou-se inicialmente tratar-se de uma epidemia de pneumonia atípica, altamente contagiosa e mortífera. Se não tivesse sido pela dimensão, nunca teriam sido investigadas as causas[124]. Os azeiteiros eram insolventes[125]. A pretexto das falhas de dois funcionários, o Estado foi condenado a compensar subsidiariamente, inicialmente em metade dos danos. Mas em sede de recurso, em 1997, a condenação passou para a totalidade dos danos, assumidamente por considerações de solidariedade social e não de imputação civil[126].

VII. Conclusões

A defesa efectiva do consumidor depende sobretudo de fiscalizações preventivas, abrangentes e permanentes, zelosas e profissionais. Por regra, a responsabilidade civil das entidades fiscalizadoras deve ser parciária e apenas quando haja uma chocante falha na prevenção de danos.

[124] Os tribunais decidiram ser o óleo de colza a causa, mas não há consenso científico, por incoerências e por não se ter conseguido replicar os sintomas em animais de laboratório. As possíveis causas são ilimitadas, tendo-se considerado bactérias, vírus, químicos, legionela, sarampo, uma nova gripe aviária, um acidente nuclear, armas biológicas norte-americanas na base aérea de Torrejón de Ardoz, pesticidas no tomate, o consumo de ossos bovinos, contágio por micoplasma, materiais de construção ou outros. Numa justificada paranóia de massas foram abatidos cães e pássaros, entre outros animais domésticos.

[125] O Ministério Público pedia 60.000 anos de prisão para 38 arguidos, dos quais 13 foram condenados entre seis a vinte anos pela *Audiencia Nacional*, num mega-processo com 1.500 testemunhas e 200 peritos. As penas foram aumentadas pelo *Tribunal Supremo* a 23.04.1992, Sala Segunda (RJ 6783, Bacigalupo Zapater).

[126] Muitos arguidos foram absolvidos a 26.09.1997 pelo *Tribunal Supremo*, Sala Segunda, Penal, Recurso n.º 2569/1996 (García Ancos). Entre as autoridades, decidiu-se condenar só o Estado, em parte para evitar a dificuldade de ratear culpas intra-administrativas. Foram confessadas as razões de justiça distributiva (cfr. *apartado* XIII, 4 da decisão). Beneficiaram também lesados só muito indirectamente representados em juízo por uma associação. Tinha havido uma cascata de leis *ad hoc*: RD 2448/1981, 19 de Outubro, lei orçamental 44/1981, 26 de Dezembro, RD 1276/1982, 18 de Junho, além de vários regulamentos administrativos. A diversidade de prestações, assistencialistas e aquilianas, foi gerida pelo organismo *Oficina de Gestión de las Prestaciones Económicas y Sociales del Síndrome Tóxico*. Até 2001 o Estado terá custeado mais de 650 milhões de Euros, que não cobria nem 10% dos danos, segundo Jiménez Aparicio, "La ejecución de la sentencia de la colza I", *InDret*, 112, 2003.

O regime deve ser o mesmo para entes privados ou públicos, incluindo o poder executivo, judicial e legislativo, em Portugal e na União Europeia. Compete ao legislador e às instituições de defesa do consumidor usar também o *behavioural economics* como contra-peso na manipulação sistemática do público.

ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES DE DEFESA DOS CONSUMIDORES

Joana Costa Lopes*

Sumário: 1. *Introdução;* **2.** *As Associações de Consumidores;* **2.1.** *O regime jurídico-legal das associações de consumidores;* **2.2.** *Os direitos das associações de defesa dos consumidores;* **2.3.** *A densificação do direito à ação popular das associações de consumidores;* **2.3.1.** *Nas ações inibitórias*; **2.3.2.** *Nas ações populares civis;* **2.4.** *Os Acordos de boa conduta;* **3.** *Elenco das Associações Portuguesas de Defesa dos Consumidores;* **3.1.** *Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO;* **3.2.** *Associação de Consumidores de Portugal – ACOP;* **3.3.** *Outras Associações de Consumidores;* **4.** *Das Fundações de defesa dos consumidores;* **5.** *Conclusões.*

Palavras-chave: *(i) associações de consumidores; (ii) ação popular; (iii) defesa dos consumidores; (iv) fundações.*

1. Introdução

No ordenamento jurídico português a tutela dos direitos dos consumidores tem, na prática, mais expressão nas associações de consumidores do que nas fundações, pelo que a análise do presente texto irá refletir esse facto na medida em que o estudo do regime jurídico e dos tipos de associações de consumidores será mais desenvolvido do que o regime das fun-

* Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado.

dações. O tema que se propõe analisar é fundamental uma vez que as pessoas coletivas cuja finalidade última é a tutela dos direitos dos consumidores têm tido, nos últimos anos, um impacto significativo na vida dos consumidores, nomeadamente porque têm conseguido colmatar muitas das vezes a sua inércia em relação ao exercício dos seus direitos, inércia esta que se justifica pelo facto dos consumidores se verem confrontados com contraentes com mais poder e informação.

Assim, um dos principais propósitos do presente estudo é compreender de que forma é que as associações de consumidores atuam, em concreto, na defesa judicial e extrajudicial dos direitos dos consumidores.

Para o efeito, o presente artigo será estruturado da seguinte forma: (i) em primeiro lugar será feito um enquadramento do regime jurídico das associações de consumidores, o que envolverá o percurso dos seus direitos em especial, o seu direito de ação popular; (ii) em segundo lugar, serão elecandas algumas das principais associações portuguesas que têm como fim a tutela dos direitos do consumidor; e por fim (iii) será aludida a forma de constituição de fundações de consumidores e quais são os seus respectivos direitos, apesar de, como *infra* se detalhará, estas não terem expressão prática em Portugal na prossecução direta deste fim.

2. As Associações de Consumidores

2.1. O regime jurídico-legal das associações de consumidores

I. Segundo Gomes Canotilho/Vital Moreira "a associação é um dos principais tipos constitucionalmente protegidos de organização coletiva de cidadãos", definindo-se como sendo uma organização de pessoas (o que as distingue das fundações) sem fins lucrativos (o que as distingue das sociedades)[1]. Assim, e devido à sua importância, a liberdade de associação encontra-se constitucionalmente consagrada no artigo 46.º da Constituição da República Portuguesa (doravante "CRP")[2], e enquanto o artigo 46.º da CRP tem por objeto o direito geral de associação[3], o artigo 60.º,

[1] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 642.

[2] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral – Pessoas*, 4.ª Edição, 2019, p. 792.

[3] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 643.

n.º 3 prevê o direito específico de associação para a tutela dos direitos dos consumidores.

Quanto ao desenvolvimento das características que concretizam as associações no geral e do seu regime jurídico aponta-se o seguinte: (i) o seu substrato compõe-se de duas ou mais pessoas, (ii) se esta adquirir personalidade jurídica ela responde, com o seu património, pelas suas dívidas próprias, contudo não responde pelas dos seus associados, assim como estes não respondem pelas da associação[4]; (iii) "o artigo 157.º do Código Civil determina a aplicação das regras sobre associações às que não tenham por fim económico dos associados"[5]; (iv) a constituição das associações pressupõe a celebração de um contrato entre os associados fundadores, cuja validade fica dependente de forma especial exigida por lei: a escritura pública (cf. artigos 158.º, n.º 1 e 168.º, n.º 1 do Código Civil)[6] pelo que se esta exigência de forma se verificar, o contrato é válido e a associação adquire personaldade jurídica[7]; e, por fim, (v) a lei distingue ainda entre o ato de constituição das associações e os seus estatutos (cf. artigos 167.º e 168.º, n.º 1 do Código Civil): assim enquanto o ato de constituição terá de mencionar os bens ou serviços com que os associados concorrem para o seu património social, a denominação; o fim e a sua sede, a forma do seu funcionamento, e a sua duração (cf. artigo 167.º, n.º 1 do Código Civil), os estatutos, por sua vez, podem especificar os direitos e obrigações dos associados, as condições da sua admissão, saída e exclusão, entre outras situações (cf. artigo 167.º, n.º 2 do Código Civil)[8].

II. Relativamente ao regime jurídico das associações de consumidores este encontra-se, na legislação ordinária, previsto no Capítulo IV da Lei de

[4] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral – Pessoas*, 4.ª Edição, 2019, p. 695.

[5] Segundo Menezes Cordeiro infere-se do artigo 157.º do Código Civil que embora a associação possa desenvolver atividades lucrativas, praticando atos de comércio, ela não pode visar lucros para os distribuir pelos seus associados (uma vez que assim se estaria perante uma sociedade civil pura nos termos do artigo 980.º do Código Civil). Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral – Pessoas*, 4.ª Edição, 2019, p. 792-793.

[6] Com exceção do regime especial de constituição imediata de associações que se encontra na Lei n.º 40/2007 de 24 de agosto.

[7] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV... Op. Cit,* p. 792-793.

[8] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV... Op. Cit,* p. 795.

Defesa do Consumidor[9] (doravante "LDC") relativo à regulação das instituições de promoção e tutela dos direitos do consumidor, nomeadamente nos seus artigos 17.º a 19.º.

O artigo 17.º, n.º 1 da LDC dá a noção de associações de consumidores, referindo que estas são (i) associações dotadas de personalidade jurídica[10], (ii) sem fins lucrativos e com o (iii) objetivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados[11]. E seu n.º 2, a lei exige, para a sua qualificação geográfica, um *quantum*, uma massa de associados, um *quórum*, para que as associações de consumidores possam apresentar-se perante a sociedade civil e nela tutelarem os direitos dos consumidores[12]. Nestes termos, o artigo 17.º n.º 2 da LDC classifica as associações mediante o número de associados e a área territorial a que se circunscreve a sua atividade[13]. Assim, nos termos do

[9] Lei n.º 24/96 de 31 de julho.

[10] O que significa que, no plano processual civil, estas são suscetíveis de serem partes, portanto podem demandar ou serem demandas devido ao critério da coincidência inscrito no artigo 11.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

[11] Cfr. Engrácia Antunes, *Direito do Consumo*, Almedina, 2019, p. 104.
Em termos genéricos o fim da pessoa coletiva constitui o seu elemento teleológico, traduzindo-se assim como "escopo a atingir pela pessoa coletiva". O seu fim tem de ser (i) determinado; (ii) coletivo; e (iii) lícito. A determinação do fim da pessoa coletiva irá limitar a sua capacidade de gozo (cf. artigo 160.º do Código Civil), o que afasta a possibilidade da pessoa coletiva ter um fim indeterminável. O fim tem de ser coletivo uma vez que não se pode constituir uma pessoa coletiva com um fim individual e lícito. objeto da pessoa coletiva corresponde aos modos de ação através dos quais a pessoa coletiva prossegue o seu fim, assim o objeto da pessoa coletiva identifica-se com a atividade a desenvolver pelos seus órgãos para se atingir o fim da pessoa. Acrescente-se ainda que, também em termos genéricos, o objeto das pessoas coletivas tem de ter as seguintes características: tem de ser (i) lícito e (ii) duradouro. Cfr. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume 1, 2.ª Edição, Lex, Lisboa, 1995, 364-366.
No caso das associações de consumidores cabem no seu objeto todas as ações que no final protejam ou os direitos dos consumidores em geral ou o dos seus associados, nos termos do artigo 17.º da LDC, e o seu fim é não lucrativo na medida em que estas associações de consumidores são criadas com o intuito de apenas tutelar os seus associados ou os consumidores que não sejam seus associados, e não com um intuito lucrativo como as sociedades civis e comerciais.

[12] Cfr. Mário Frota, "Da representatividade das associações de consumidores e a sua entronização na sociedade portuguesa", in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, junho de 1999, n.º 18, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, p. 27.

[13] Cfr. Teresa Almeida, *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*, Instituto do Consumidor, 1997, p. 74. Cfr. Elionora Cardoso, *Lei de Defesa do Consumidor Comentada e Anotada*, Coimbra

artigo 17.º, n.º 2, as associações de consumidores classificam-se como sendo de âmbito nacional se tiveram mais de 3000 associados, de âmbito regional se tiverem mais de 500 associados e de âmbito local de tiverem mais de 100 associados[14].

O artigo 17.º, n.º 3 da LDC prevê que o fim estatutário da associação de consumidores determina outra classificação, na medida em que, podem existir associações de consumidores de interesse genérico, quando a sua finalidade estatutária corresponda à tutela dos direitos dos consumidores em termos genéricos e podem-se constituir associações de interesse específico quando estas pretendam tutelar os consumidores relativamente a determinados bens ou serviços[15]. Nos termos do artigo 17.º, n.º 3 do diploma supra citado, as associações de consumidores têm ainda de garantir que os seus órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.

III. O disposto no artigo 17.º, n.º 4 prevê que, para efeitos da aplicação da Lei de Defesa do Consumidor, as cooperativas de consumo são equiparadas às associações de consumidores. Esta equiparação também se retira do artigo 60.º, n.º 3 da CRP que atribui os mesmos direitos na defesa dos consumidores às associações de consumo e às cooperativas de consumo.

Quanto ao regime jurídico constitucional das cooperativas, este encontra-se, em geral, consagrado no artigo 61.º da CRP que prevê a liberdade de iniciativa cooperativa, que compreende em si mesma três direitos: (i) o direito de todas as pessoas de constituírem cooperativas; (ii) o direito de as cooperativas desenvolverem livremente a sua atividade; e (iii) o direito de livre associação de cooperativas em cooperativas de grau superior

Editora, 2012, p. 159. Mário Frota critica este critério previsto na lei referindo que "*o critério da lei, é bem de ver, na sua concepção simplista, não atende a um sem número de características que é mister reconhecer as instituições que operam neste domínio*". Cfr. Mário Frota, "Da representatividade das associações de consumidores"... *Op. Cit.*, p. 27.

[14] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV – Parte Geral – Pessoas*, 4.ª Edição, 2019, p. 842. Como iremos ver *infra* a propósito dos requisitos da legitimidade processual ativa das associações e das fundações de consumidores para propor ações populares, o facto da lei classificar as associações por âmbitos territoriais atendendo ao número de associados, não significa que se consiga extrair daqui um requisito segundo o qual seja exigível às associações de consumidores terem um número mínimo de associados para propor uma ação popular, cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Almedina, 2022, pp. 49 e ss.

[15] Cfr. Teresa Almeida, *Lei de Defesa do Consumidor... Op. Cit.*, p. 74.

(uniões; federações e confederações)[16]. A liberdade de iniciativa cooperativa trata assim, em especial, de uma forma particular da liberdade de associação prevista no artigo 46.º da CRP, ou seja, da liberdade de organização coletiva dos cidadãos, comportando também esta a liberdade de constituição de cooperativas sem necessidade de qualquer autorização administrativa, e a sua liberdade na sua organização interna (sem interferências administrativas)[17].

No plano da legislação ordinária o regime jurídico das cooperativas encontra-se previsto na Lei n.º 119/2015 de 31 de agosto[18] que aprova o Código Cooperativo. O artigo 2.º do Código Cooperativo define as cooperativas "*como pessoas coletivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles*", sendo que o seu artigo 4.º, n.º 1, alínea d) prevê como sector cooperativo o ramo dos consumidores, encontrando-se neste a base legal para a possibilidade de constituição das cooperativas de consumidores que se equiparam nos seus direitos às associações de consumidores[19].

2.2. Os direitos das associações de defesa dos consumidores

I. O legislador da LDC, depois da enunciação das associações de consumidores como instituições de promoção e tutela dos direitos dos consumidores, determinou de forma clara e exaustiva todos os direitos que as associações de consumidores têm no seu artigo 18.º[20].

[16] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.,* p. 792.

[17] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.,* p. 792.

[18] Alterada pela Lei n.º 66/2017 de 9 de agosto.

[19] Apesar desta equiparação com as associações, Menezes Cordeiro chama a atenção para o facto do regime jurídico das cooperativas se aproximar mais das sociedades do que das associações dando como argumentos os seguintes factos: (i) o direito subsidiário aplicável ser o do Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente o regime relativo às sociedades anónimas nos termos do artigo 9.º do Código Cooperativo; (ii) e o facto de apesar de as cooperativas não distribuírem lucros formais, estas devem ser geridas em termos empresariais; e (iii) o Direito Europeu considera-as sociedades. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil IV... Op. Cit,* p. 694.

[20] Cfr. Elionora Cardoso, *Lei de Defesa do Consumidor... Op. Cit.*, p. 163.

Assim, as associações de consumidores que respeitem os requisitos inscritos no artigo 17.º da LDC, têm direito: (a) ao estatuto de parceiro social em matérias que digam respeito à política de consumidores; (b) ao direito de antena na rádio de televisão, nos mesmos termos das associações com estatuto de parceiro social[21]; (c) à representação dos consumidores no processo de consulta e audição pública quando existirem decisões capazes de prejudicar os direitos dos consumidores; (d) o direito de solicitar a apreensão ou retirada de determinados bens ou serviços do mercado quando estes prejudiquem os consumidores; (e) o direito de corrigir e responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens ou serviços postos no mercado e o direito de pedir que seja retirada do mercado publicidade enganosa[22] ou abusiva; (f) direito de consultar processos e informações junto de entidades administrativas que contenham dados relevantes sobre determinados produtos ou serviços que possam prejudicar os consumidores; (g) direito a solicitarem esclarecimentos sobre os preços de determinados produtos; (h) o direito de participarem nos processos de regulação de preços de fornecimento de bens e prestações de serviços essenciais (como a água; eletricidade; gás; telecomunicações, etc.); (i) a solicitarem a laboratórios a realização de análises a determinados bens destinados a consumo público; (j) à presunção de boa-fé relativamente à informação que estas associações prestam ao público; (l) ao direito de ação popular[23]; (m) ao direito de queixa e de denúncia no âmbito penal e contraordenacional, bem como o direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal[24]; (n) à isenção de custas processuais e imposto do selo[25]; (o) ao

[21] Cfr. Artigo 40.º da CRP.

[22] A publicidade enganosa é proibida nos termos do artigo 11.º do Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de outubro): "*É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.*

[23] Sobre a origem do regime das ações populares em Portugal, *vide* Miguel Sousa Ferro, "Ações Populares Cíveis em Portugal", in *Revista de Direito Comercial*, 2022, disponível em: www.revistadedireitocomercial.com, pp. 412-414.

[24] *Vide* ainda a este propósito o artigo 25.º da Lei de Ação Popular que prevê o seguinte: "*aos titulares do direito de acção popular é reconhecido o direito de denúncia, queixa ou participação ao Ministério Público por violação dos interesses previstos no artigo 1.º que revistam natureza penal, bem como o de se constituírem assistentes no respectivo processo, nos termos previstos nos artigos 68.º, 69.º e 70.º do Código de Processo Penal.*"

[25] Cfr. artigo 20.º da Lei de Ação Popular.

direito de receber apoio do Estado para a prossecução dos seus fins[26]; e por fim (p) a benefícios fiscais que são atribuídos às instituições de solidariedade social.

II. O disposto no artigo 18.º n.º 2 limita o exercício dos direitos previstos nas alíneas (a) e (b) do seu n.º 1 às associações de consumidores de âmbito nacional (ou seja, às associações que tenham pelo menos 3000 associados cf. artigo 17.º, n.º 2 da LDC) e de interesse genérico (quando a sua finalidade estatutária corresponda à tutela dos direitos dos consumidores em termos genéricos ou podem existir associações de interesse específico quando estas pretendam tutelar os consumidores relativamente a determinados bens ou serviços nos termos da alínea (a) do artigo 17.º, n.º 3 da LDC).

Por seu turno, o artigo 18.º, n.º 3 da LDC limita exercício do direito previsto na alínea h) do seu n.º 1 "*às associações de interesse genérico ou de interesse específico quando esse interesse esteja directamente relacionado com o bem ou serviço que é objecto da regulação de preços e, para os serviços de natureza não regional ou local, exclusivamente conferido a associações de âmbito nacional.*" (sublinhados nossos).

III. Estes direitos elencados no artigo 18.º, n.º 1 da LDC (nomeadamente os previstos nas suas alíneas (a); (c); (d); (j); (o)) são uma decorrência direta do disposto no artigo 60.º, n.º 3, primeira parte da Constituição da República Portuguesa (doravante "CRP") que prevê que "*as associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores*". (sublinhados nossos).

Desta primeira parte do n.º 3 do artigo 60.º da CRP retira-se a importância das associações de consumidores e das cooperativas de consumo na defesa dos direitos dos consumidores, reconhecendo a Lei Fundamental: (i) o direito ao apoio do Estado (que também decorre do artigo 81.º, alínea i) da CRP e da alínea (j) e (o) do artigo 18.º da LDC) e (ii) o direito de participação na definição legal, administrativa ou convencional dos seus direitos e interesses[27]. Assim, ao atribuir às associações de consumidores (e cooperativas de consumo) o direito de audição na decisão das questões que inte-

[26] Cfr. Despacho 4210/2008, de 18 de Fevereiro que aprovou o Regulamento de Apoio do Estado às Associações de Consumidores e Cooperativas de Consumo.

[27] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 784.

ressam aos consumidores a CRP integra-as no vasto leque de associações sociais[28] que gozam do direito de participação, dando substância ao princípio da democracia participativa (artigo 2.º da CRP)[29]. Este direito de participação inclui o direito de representação em todas as instâncias públicas de organizações que lidem com questões relativas aos interesses dos consumidores (cf. alíneas (a); (c); (d); (j); (o) do artigo 18.º, n.º 1 da LDC), desde o Conselho Económico e Social[30] até às Entidades Reguladoras setoriais[31].

É importante referir ainda que todas as restantes alíneas previstas no n.º 1 do artigo 18.º da LDC densificam ainda aquilo são os mecanismos de apoio do Estado às associações de consumidores (como a possibilidade atribuída às associações de consumidores de pedir a laboratórios oficiais análises sobre determinados produtos; a possibilidade destas se constituírem como parte acusadora em processos crime ou contraordenacionais; o direito a isenções fiscais, entre outros direitos *supra* elencados)[32].

IV. No que diz respeito à atribuição do direito de ação popular às associações de consumidores que se encontra previsto no artigo 18.º, n.º 1, alínea l) da LDC[33] este é também uma concretização do disposto nos artigos 52.º, n.º 3 e 60.º, n.º 3, segunda parte da CRP[34].

[28] Como as associações de trabalhadores (artigo 54.º da CRP) até às associações de pais (artigo 77.º da CRP). Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 784-785.

[29] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 784-785.

[30] Cfr. artigo 92.º da CRP "O Conselho Económico e Social é o órgão de consulta e concertação no domínio das políticas económica e social, participa na elaboração das propostas das grandes opções e dos planos de desenvolvimento económico e social e exerce as demais funções que lhe sejam atribuídas por lei.".

[31] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 785.

[32] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 785.

[33] Note-se que o artigo 18.º da LDC tem uma particularidade uma vez que só atribui o direito de ação popular às associações de consumidores que apenas tenham como fim tutelar os seus associados, contudo tem se entendido que as associações de consumidores e as cooperativas de consumo não deixam de poder defender nestes casos, numa ação popular, um interesse difuso que diz respeito à tutela de todos os consumidores, sendo sempre admissível a sua legitimidade processual. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela de Interesses Difusos*, Lex, Lisboa. 2003, p. 187.

[34] O assento constitucional do direito de ação popular constitui uma das especificidades mais importantes do seu regime jurídico, na medida em que a "*Constituição funciona como âncora e limite para os poderes do legislador ordinário, que é obrigado a reconhecer e implementar o direito*

Vejamos. O artigo 52.º, n.º 3 da CRP prevê que é "*conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular (...) nomeadamente para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial de infrações contra (...) os direitos dos consumidores*", o que significa que deste artigo decorre, em termos genéricos, o direito de ação popular das associações de consumidores. O direito de ação popular, em geral, é definido como sendo "*uma "declinação" do direito de ação judicial (artigo 20.º da CRP), só que para a defesa de certos bens constitucionalmente protegidos, de âmbito transindividual*"[35]. Assim quem tem o direito de utilizar este mecanismo processual, tem como objetivo tutelar os interesses difusos que se caracterizam por serem o conjunto das refrações dos interesses de cada indivíduo[36] (que se denominam por interesses individuais homogéneos)[37]. Um exemplo que ilustra bem o funcionamento destes conceitos, formulado por Miguel Teixeira de Sousa, é o seguinte: o interesse na qualidade do ar é um interesse difuso, mas o interesse de cada um dos habitantes de uma região naquela qualidade é um interesse individual homogéneo[38].

de ação popular por cidadãos e associações, em termos que viabilizem ações declaratórias e condenatórias fundadas em infrações de valores constitucionalmente protegidos". Cfr. Miguel Sousa Ferro, "Ações Populares Cíveis...", *Op. Cit.*, pp. 414-415.

[35] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 693; Lebre de Freitas/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 1, 4.ª Edição, 2018, p. 95.A ação popular supera a garantia de tutela jurisdicional subjetiva prevista no artigo 20.º, n.º 1 da CRP, uma vez que permite a "todos os membros de uma comunidade que atuem como "guardiões" de bens jurídicos em que todos são indistintamente interessados pela circunstância de integrarem a comunidade em causa." Cfr. Jorge Miranda/Pedro Machete, *Anotação ao artigo 52.º*, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2010, p. 1029.

[36] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 698. Os interesses difusos contrapõem-se aos interesses individuais (isto é, aos direitos subjetivos ou interesses específicos de um indivíduo); ao interesse público (que é um interesse próprio do Estado e dos demais entes territoriais, regionais e locais); e ao interesse coletivo (que é um interesse particular comum a certos grupos e categoriais). Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 697-698; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-11-2020 (Relator José Capacete), Processo n.º 7692/20.2T8LSB-A.L1-7;

[37] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, n.º 6, 2004, p. 285.

[38] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 285.

Pelo exposto, poderá afirmar-se que estes interesses difusos pertencem, por igual, a todos os membros de um determinado grupo e são insuscetíveis de apropriação individual[39] uma vez que os bens jurídicos a que se referem – como o meio ambiente, os direitos dos consumidores[40], ou a qualidade de vida –, são de todos e não podem ser atribuídos em exclusividade a nenhum sujeito[41], assim e nas palavras de Paula Costa e Silva/ Nuno Trigo dos Reis "ao requerer a tutela desses interesses, a parte contribui activamente para a prossecução do bem comum, actuando para promoção do interesse público"[42].

Nestes termos, o direito de ação popular permite assim um alargamento da legitimidade processual ativa a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa[43], representando o autor popular, por sua iniciativa e com dispensa de autorização expressa, todos os demais titulares de um interesse supra-individual[44], ou difuso. Este alargamento da legitimidade processual ativa permite ainda, segundo Miguel Teixeira de Sousa, distinguir entre interesses públicos e interesses difusos visto que quem tem legitimidade para solicitar a tutela dos interesses públicos são apenas os órgãos do Estado, *maxime* o Ministério Público, enquanto a legitimidade para

[39] Cfr. Jorge Miranda/Pedro Machete, *Anotação ao artigo 52.º... Op. Cit.*, p. 1037; Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 280.

[40] No que diz respeito à tutela dos consumidores entendem Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis que "de forma tecnicamente rigorosa, o que estará em causa será a defesa não de um interesse difuso, qualquer que seja a qualificação se lhe queira dar, mas de um interesse de uma classe que é agregada em função de uma qualidade: ser-se consumidor e, mais ainda, consumidor de um concreto bem ou serviço", cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement... Op. Cit.*, p. 11.

[41] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 281.

[42] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 9.

[43] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 693; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-11-2020 (Relator José Capacete), Processo n.º 7692/20.2T8LSB-A.L1-7. Em termos de legitimidade ativa a CRP consagra, no seu artigo 52.º, dois modelos de ação popular: (i) o primeiro que diz respeito à ação popular que é desencadeada em termos pessoais, representando aquilo que se pode chamar de ação popular individual; e (ii) o segundo modelo diz respeito à ação popular coletiva que é aquela onde há a possibilidade de associações de defesa de certos interesses poderem também desencadear uma ação. Sendo esta última modalidade a que releva para o presente estudo. Cfr. Paulo Otero, *A Acção Popular: Configuração e Valor no Actual Direito Português*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 59, III – Lisboa, 1999, p. 876.

[44] Cfr. Jorge Miranda/Pedro Machete, *Anotação ao artigo 52.º... Op. Cit.*, p. 1029.

a tutela dos interesses difusos estende-se às entidades que compõem a sociedade civil, como as organizações representativas (como as associações de consumidores) e os indivíduos[45].

Ainda a propósito da previsão constitucional da legitimidade processual das associações de consumidores para intentar ações populares, prevê o artigo 60.º, n.º 3, segunda parte da CRP que "*as associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.*" (sublinhados nossos). Esta legitimidade processual confirma também o direito de acesso aos consumidores à justiça tradicional bem como à resolução extrajudicial de litígios em matéria de consumo (como a arbitragem; mediação; e conciliação)[46].

[45] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 282. Ainda segundo este autor, a participação das associações representativas e dos indivíduos na tutela dos interesses difusos coincide "quer com o discurso sobre emancipação da sociedade civil perante o Estado que volta a ser dominante na pós-modernidade, quer com o reconhecimento de que a dicotomia entre direito público e direito privado não consegue abarcar certos interesses que superam essa distinção". Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 282.

[46] Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa... Op. Cit.*, p. 693. Sobre a resolução alternativa de litígios em matéria de consumo *vide*: Mariana França Gouveia/Jorge Morais Carvalho, "A experiência da UMAC na Mediação de Conflitos de Consumo", in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006, pp. 23-39; Paulo Fonseca, "A Arbitragem e a Mediação. Desafios do novo regime de resolução alternativa de litígios", in *Estudos de Direito do Consumo*, Volume V, AAFDL Editora, 2017, pp. 447- 461; Jorge Morais Carvalho/ João Pedro Pinto-Ferreira/Joana Campos Carvalho, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, 2017, pp. 147-205; Isabel Mendes Cabeçadas, "Arbitragem de conflitos de consumo – a experiência de Lisboa", in *EDC*, n.º 3, 2001, pp. 373-386; Cátia Marques Cebola, "Mediação e arbitragem de conflitos de consumo – panorama português", in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, jun. 2012, pp. 13-50; José Júlio Reis, "A arbitragem de conflitos de consumo em Portugal – breves considerações", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 45, mar. 2006, pp. 38-44, Mário Frota, "Arbitragem Institucional", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 57, mar. 2009, pp. 49-55, Carla Marques, "Por uma revolução na arbitragem de conflitos de consumo, que futuro?", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 52, dez. 2007, pp. 137-139; Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde/Inês Sítima Craveiro, "Arbitragem institucionalizada de litígios de direito de consumo: apontamentos ao âmbito de aplicação da lei n.º. 144/2015, de 08 de setembro (mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo)", in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 13, 2020, pp. 37-87;

V. Na legislação ordinária a Lei 83/95 de 31 de maio (doravante "Lei de Ação Popular") vem concretizar e regulamentar o direito de ação popular previsto no artigo 52.º, n.º 3 da CRP[47]. O seu artigo 2.º prevê o regime da titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de ação popular, atribuindo a titularidade destes direitos às associações que tutelam os direitos de consumo de bens e serviços (cf. artigo 1.º, n.º 2 da Lei de Ação Popular), independentemente de estas terem ou não interesse direto na demanda.

O direito de ação popular e a consequente atribuição de legitimidade processual ativa das associações de consumidores não é automática, uma vez que está dependente do preenchimento de determinados requisitos que se encontram, em termos gerais, no artigo 3.º da Lei de Ação Popular[48]. Assim, as associações de consumidores (e outras entidades coletivas) apenas têm legitimidade para propor ações populares: (i) se tiverem personalidade jurídica[49]; (ii) se incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate (no caso das associações de consumidores, terão de ter como objetivo defender os seus direitos)[50]; e (iii) se não exercerem

António Manuel Hespanha, "Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português", *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 70, jun. 2012, pp. 13-50.

47 Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 289. Contudo, como apontam Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, há uma "assintonia entre o n.º 3 do artigo 52.º da Constituição da República Portuguesa, que reconhece a todos o direito de acção popular e o artigo 2.º da Lei da Acção Popular, que o restringe aos cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos", cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 9.

48 Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela de Interesses Difusos*, Lex, Lisboa. 2003, p. 181.

49 Segundo Miguel Teixeira de Sousa a exigência da personalidade jurídica das associações é expressão de um receio do legislador perante os entes intermediários e de uma desconfiança perante as associações, "*embora se compreenda que aquela exigência contribui para assegurar a seriedade e a perdurabilidade da organização*". Contudo não é especialmente difícil para as associações adquirirem personalidade jurídica porquanto na sequência da sua liberdade de associação (cf. artigo 46.º da CRP), as associações privadas adquirem automaticamente personalidade jurídica no momento da sua constituição através de escritura pública (cf. artigo 158.º do Código Civil), não fincando as associações de defesa de interesses difusos (como as associações de consumidores) sujeitos, quando à sua personalização, ao controlo administrativo. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela...*, *Op. Cit.*, p. 182.

50 No que diz respeito aos fins estatutários das associações, estes só serão admissíveis se pretenderem defender e tutelar os interesses difusos. É neste sentido que se costuma re-

qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais[51]. No caso das associações de consumidores estes requisitos estarão, em princípio, preenchidos *a priori* uma vez que o seu ato de constituição assim o exige, ou seja, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º da LDC para que as associações de consumidores possam atuar nessa qualidade elas têm de ter adquirido personalidade jurídica, não podem prosseguir fins lucrativos e têm de ter como objetivo estatutário principal a defesa dos consumidores[52]. Discute-se porém, se além destes requisitos ainda é exigível à associação de consumidores. Discute-se porém, se além destes requisitos de legitimidade processual ativa para a propositura de ações populares, ainda se exige à associação ou fundação "o exercício da actividade da autora durante um período mínimo", isto porque este exercício mínimo de atividade

ferir que embora formalmente estas associações de tutela de interesses difusos possam ser constituídas e atuar como associações privadas, a verdade é que estas se afastam do modelo civilista típico uma vez que estas influenciam a evolução da sociedade e procuram afirmar-se perante organizações privadas e estaduais. A definição da legitimidade processual das associações de interesses difusos em função do seu escopo estatutário é um corolário do princípio da especialidade que se encontra no artigo 160.º do Código Civil. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela...*, *Op. Cit.*, pp. 183-184. Nesta sequência, o "princípio da especialidade, consagrado no artigo 160.º, n.º 1 do Código Civil, na acção mais comum, significa que as pessoas coletivas, como as associações, apenas podem desfrutar de direitos e assumir obrigações necessárias ou pertinentes aos fins para que se constituíram.". Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-02-2005, (Relator Fonseca Ramos), Processo n.º 0550484, disponível em dgsi.pt.

[51] Cfr. Lebre de Freitas, "A Acção Popular do Direito Português", in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n.º 24, 2003, p.23. Na jurisprudência portuguesa veja-se a título de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-12-2018 (Relatora Isabel Fonseca), Processo n.º 7074/15.8T8LSB. L1-1, disponível em dgsi.pt. Este último requisito significa que estas pessoas coletivas não podem visar fins lucrativos. O propósito desta exigência pretende-se com o facto de se exigir que estas associações desenvolvam uma atividade altruísta "serem terem de prestar contas da sua atividade perante investidores que procuram o lucro". Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela...*, *Op. Cit.*, p. 189. Este requisito procura ainda tutelar preventivamente situações de "conflitos de interesses" pretendendo evitar "o exercício do direito de acção popular à pessoa colectiva que exerça uma actividade lucrativa ou qualquer actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais", cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement...*, *Op. Cit.*, p. 42.

[52] Note-se que, como referem Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis "ao fazer-se depender a legitimidade activa da associação da inclusão nos estatutos da defesa dos interesses dos consumidores, não se pretende exigir apenas a mera previsão do exercício dessa actividade, mas também que tal actividade seja por ela efectivamente desenvolvida.", cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement...*, *Op. Cit.*, p. 45.

de constitui uma condição de atribuição de legitimidade processual ativa às associações de defesa dos investidores para a propositura de ações populares nos termos do artigo 32.º, alínea c) do Código dos Valores Mobiliários[53]. Negando a extensão deste requisito a todas as associações e fundações de consumidores pronunciam-se Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis ao defenderem que "a lei geral desconhece uma restrição à legitimidade popular activa das associações de defesa dos consumidores em razão do tempo da actividade exercida"[54] e por isso não se pode inferir de uma regra especial que consta do Código dos Valores Mobiliários um requisito de âmbito geral para todas as associações de consumidores, sendo esta "a solução mais adequada aos interesses em conflito" uma vez que é a que "melhor responde ao interesse dos consumidores em acederem a uma tutela jurisdicional efectiva"[55].

Questiona-se ainda se a atribuição de legitimidade processual ativa para a propositura de ações populares por parte das associações de consumidores está dependente "da existência de um número mínimo de associados"[56]. Questiona-se efetivamente se este é também um requisito geral na medida em que, mais uma vez, a alínea b) do artigo 32.º do Código dos Valores Mobiliários prevê que as associações de investidores só adquirem legitimidade processual ativa "se tiverem como associados 100 ou mais investidores não profissionais"[57], contudo, a Lei de Ação Popular não exige às associações de consumidores, de âmbito geral, esta condição, apesar de na legislação ordinária encontrármos, no artigo 17.º, n.º 2 da LDC, a classificação das associações de consumidores mediante o seu número de associados que tem implicações no seu âmbito de atuação ao nível territorial, como *supra* mencionado. No entanto, e subscrevendo a posição defendida por Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis a este propósito, da interpretação conjunta da Lei de Ação Popular e da LDC não se retira uma "conexão entre a qualificação da associação em razão do número de associados e o âmbito da legitimidade popular dessa associação", pelo que não há dados no direito

[53] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 45.)

[54] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 46. Também neste sentido se pronuncia Miguel Teixeira de Sousa ao defender que "basta que a associação ou fundação esteja constituída no momento da propositura da acção popular", cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela..., Op. Cit.*, p. 183.

[55] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 47.

[56] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 49.

[57] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 49.

positivo que permitam extrair a condição segundo a qual a associação de consumidores terá de ter um número mínimo de associados para ter legitimidade processual ativa numa ação popular[58].

Contudo, a ação popular genérica regulada pela Lei de Ação Popular não é o único meio de tutela jurisdicional dos interesses difusos na área da defesa dos consumidores[59]. Como iremos desenvolver *infra*, existe ainda, no artigo 10.º, n.º 1 da LDC, a possibilidade de se intentarem ações inibitórias para a defesa dos consumidores (previsão genérica). A ação inibitória pode ainda ser proposta nos termos do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85 (este regime é anterior ao da Lei de Ação Popular) relativo ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (doravante "LCCG")[60].

[58] *Vide* com desenvolvimento todos os argumentos apresentados para a fundamentação da exclusão da exigência de um número mínimo de associados como requisito para a atribuição de legitimidade processual ativa às associações de consumidores em Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, pp. 50-62.

[59] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 290. Note-se que, para além do previsto na Lei de Ação Popular, é ainda atribuída às associações e fundações de defesa dos consumidores legitimidade processual ativa para a propositura de ações de indemnização por infração ao direito da concorrência nos termos do art. 19.º, n.º 2, al. a) da Lei n.º 23/2018, de 05 de Junho. Assim, segundo Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis "a legitimidade das associações de defesa dos interesses dos consumidores para propor acções populares, tendentes à obtenção de uma reparação dos danos sofridos por estes, foi reafirmada pela Lei do *Private Enforcement* (artigo 19.º, n.º 2)" "a qual clarificou o espectro dos interesses difusos susceptíveis de serem tutelados através da acção popular, por fora a abranger inequivocamente o interesse na *protecção da concorrência no mercado*", cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 28.

[60] A LCCG foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro, contudo foram introduzidas alterações a este diploma pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 de agosto, pela Retificação n.º 114-B/95, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 249/99 de 7 de julho; pelo Decreto-Lei n.º 323/2001 de 17 de dezembro e mais recentemente, pela Lei n.º 32/2021 de 27 de maio. É importante notar ainda que a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 220/95 de 31 Agosto, deveu-se à transposição da Diretriz n.º 93/13/CEE, de 5 de abril que estabelece o regime das cláusulas abusivas em contratos a nível europeu. Cfr. Galvão Telles, "Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas", in *O Direito*, ano 127, n.ºs III-IV, 1995, pp. 297 e ss; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II – Parte Geral – Negócio Jurídico*, 4.ª Edição, 2017, pp. 399-422; José Oliveira Ascensão, "Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-Fé", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60 (abr. 2000), p. 573-578; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, 2009, p. 260; Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 585-636; Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações Coletivas", in *Estudos de Direito do*

VI. Por fim, no que diz respeito ao regime jurídico geral da ação popular, é importante notar que foi publicada a Diretriz das Ações Coletivas (Diretriz (EU) 2020/1828)[61], que faz parte do pacote legislativo do Novo Acordo para os Consumidores[62] (que tem como intuito a modernização e melhor aplicação das noras europeias de proteção dos consumidores)[63], contudo esta ainda não foi transposta para o ordenamento jurídico portu-

Consumo, Volume V, AAFDL, 2017, p. 5-42 (14); António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão/ Cláusulas Contratuais Gerais", in *Estudos de Direito do Consumidor n.º 3*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2001, pp. 147 e ss; Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª Edição, Almedina, 2001, p. 85; Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª Edição, Almedina, 2021, p. 122-126. A propósito das alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2021 de 27 de maio, *vide* Luís Poças, "Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (Lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro", in *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 897-927.

[61] Diretriz (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada a 4 de dezembro, relativa a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretriz 2009/22/CE (Diretriz relativa às Ações Inibitórias). Segundo o considerando n.º 5 da Diretriz das Ações Coletivas, "a Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho permitiu às entidades qualificadas intentarem ações inibitórias destinadas sobretudo a fazer cessar ou proibir infrações ao direito da União lesivas dos interesses coletivos dos consumidores. Todavia, essa diretiva não constituiu uma resposta suficiente aos desafios relativos à execução do direito dos consumidores. Para melhorar o efeito dissuasor de práticas ilegais e reduzir os prejuízos para os consumidores num mercado cada vez mais globalizado e digitalizado, importa reforçar os meios processuais para proteção dos interesses coletivos dos consumidores por forma a abranger as medidas inibitórias, bem como as medidas de reparação.".
Para mais desenvolvimentos sobre a Diretriz das Ações Coletivas, vide María José Azar-Baud/Miguel Sousa Ferro, "Directive on consumer representative actions: asheep in wolf's clothing?", in EU Law Live, 4 December 2020, disponível em: https://eulawlive.com/; Marien Guilera Morales, "Ante el Reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828", in Revista Española de Derecho Europeo, núms. 78-79 (2021), pp. 97-138; Fernando Gascón Inchausti, "A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November" Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, vol. 18, no. 2, 2021, pp. 61-80; e Laura García-Álvarez, "La aplicación en materia ambiental de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. A propósito de la Directiva (UE) 2020/1828", Revista ítalo-española de Derecho Procesal, n.º 2, 2020, pp. 57-108.

[62] Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu (COM (2018) 183 final).

[63] Cfr. Sandra Passinhas, "A proteção do consumidor no mercado em linha", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1 – tomo II, 2021, p. 875 (nota 12).

guês[64]. Esta Diretriz das Ações Coletivas surge devido à desarmonização legislativa ao nível dos Estados-Membros que integram a União Europeia ao nível de proteção dos consumidores, uma vez que há Estados-Membros que não dispõem dos mesmos meios processuais, por exemplo, há países onde a sua legislação interna não abrange ou não admite as ações coletivas com vista a medidas de reparação[65]. Assim a presente Diretriz tem como objetivos principais: (i) "assegurar que, à escala da União e à escala nacional, exista pelo menos um meio processual de ação coletiva eficaz e eficiente para obtenção de medidas inibitórias e de reparação à disposição dos consumidores em todos os Estados-Membros"[66], e (ii) "contribuir para o funcionamento do mercado interno e para a obtenção de um elevado nível de defesa dos consumidores, permitindo que as entidades qualificadas que representam os interesses coletivos dos consumidores intentem ações coletivas para medidas inibitórias e de reparação contra profissionais que infrinjam disposições do direito da União"[67].

Não obstante, a Diretriz das Ações Coletivas não deverá substituir os meios processuais nacionais existentes para a proteção dos interesses coletivos ou individuais dos consumidores, deixando ao critério dos Estados-membros "*conceberem o meio processual de ação coletiva exigido pela presente diretiva como parte de um meio processual de medidas inibitórias ou de reparação coletivo existente ou novo, ou como um meio processual distinto, posto que pelo menos um meio processual nacional na forma de ação coletiva esteja em conformidade com a presente diretiva*.[68]".

A Diretriz das Ações Coletivas tem um âmbito objetivo muito amplo, tendo em conta o disposto no seu artigo 2.º, n.º 1 que estende a sua aplicabilidade: "*às ações coletivas intentadas contra a violação por profissionais dos atos legislativos da União enumerados no Anexo I, que lese ou seja suscetível de lesar os interesses coletivos dos consumidores*"[69]. Este âmbito de aplicação tão amplo encontra a sua justificação considerando n.º 13 que refere que a mesma se

[64] Nos termos do artigo 24.º da Diretriz das Ações Coletivas os Estados-Membros têm de transpor para os seus ordenamentos jurídicos a Diretriz até 25 de dezembro de 2022, e têm de a aplicar a partir de 25 de junho de 2023.

[65] Cfr. Considerando n.º 6 da Diretriz das Ações Coletivas.

[66] Cfr. Considerando n.º 7 da Diretriz das Ações Coletivas.

[67] Cfr. Considerando n.º 8 da Diretriz das Ações Coletivas.

[68] Cfr. Considerando n.º 11 da Diretriz das Ações Coletivas.

[69] Cfr. Ana Francisca Pinto Dias, "A Dimensão Processual da Proteção de Dados Pessoais", in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 4 (2022), p. 135.

deve adaptar à "*evolução recente no domínio da defesa do consumidor*", "*uma vez que os consumidores se movem atualmente num mercado mais vasto e cada vez mais digitalizado*", sendo que para se *"alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores"* exige-se *"que, além do direito geral dos consumidores, a diretiva abranja domínios como a proteção de dados, os serviços financeiros, as viagens e o turismo, a energia e as telecomunicações. Em especial, uma vez que existe uma procura crescente de serviços financeiros e de investimento por parte dos consumidores, é importante melhorar a execução do direito dos consumidores nesses domínios.*".

2.3. A densificação do direito à ação popular das associações de consumidores

2.3.1. Nas ações inibitórias

I. No âmbito do direito do consumo, e como já referido, as associações de consumidores têm, nos termos do artigo 3.º da Lei de Ação Popular, do artigo 60.º, n.º 3 da CRP, artigo 18.º, n.º 1, alínea l) da LDC e do artigo 19.º, n.º 2, al.a) da Lei n.º 23/2018, de 05 de Junho, legitimidade processual para a defesa dos seus associados ou para a tutela de interesses difusos e, respetivamente, têm direito à ação popular. A ação inibitória é um tipo de ação popular quando é proposta por uma associação de consumidores, e ocorre, em termos gerais, quando o "autor requer a condenação do réu na omissão ou abstenção da prática de um ato lesivo de um direito de que é titular aquela parte ativa", visando estas ações "impor a omissão de uma conduta futura do réu que represente uma violação de um direito do autor"[70].

II. As ações inibitórias encontram-se consagradas nos artigos 10.º, n.º 1 da LDC e 25.º do LCCG[71]. Começando pela análise da ação inibitória prevista na LCCG, porquanto foi nesta que se consagrou pela primeira vez o direito à ação inibitória e a legitimidade processual das associações de consumidores para a propositura das ações populares[72], poder-se-á mencionar que em termos genéricos, a LCCG regula o processo de formação dos

[70] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *As Partes, O Objeto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 112.

[71] Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-12-2016 (Relator Fonseca Ramos), Processo n.º 20054/10.0T2SNT.L2.S1, disponível em dgsi.pt.

[72] Cfr. Lebre de Freitas, "A Acção Popular do Direito Português", *Op. Cit.*, p. 15.

contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais[73] (arts. 4.º a 9.º da LCCG), esclarece os termos da interpretação e integração deste tipo de cláusulas (arts. 10.º e 11.º) e assegura um controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos através de mecanismos processuais e regras substantivas (arts. 12.º a 22.º, e 24.º a 34.º)[74].

No que diz respeito aos mecanismos processuais que asseguram o controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais, a LCCG introduziu a possibilidade dos consumidores recorrerem à ação inibitória prevista nos seus artigos 25.º a 34.º[75]-[76]. O controlo das cláusulas contratuais gerais que é feito judicialmente é um controlo de uma certa cláusula de um determinado contrato, sendo este um controlo abstrato (e não concreto) sobre a cláusula para acautelar o risco de uma multiplicação não contrariada de cláusulas inválidas[77].

Neste sentido, estas ações inibitórias são ações judiciais de índole preventiva[78] que têm como objetivo "*obter a condenação na abstenção do uso ou da*

[73] As cláusulas contratuais gerais têm como características típicas o facto de serem pré-elaboradas por uma das partes, a sua generalidade (que se opõe à especificidade, pelo que estão em causa cláusulas que o predisponente pretende incluir em vários contratos e não apenas num contrato específico), e a sua rigidez. Cfr. Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, *Op. Cit.*, p. 121-122.

[74] Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro*, Coimbra Editora, 2013, p. 11.

[75] Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07-04-2016 (Relator José Eusébio Almeida), Processo n.º 13737/15.0T8PRT.P1, disponível em dgsi.pt.
Contudo, a par da ação inibitória, a LCCG prevê outro mecanismo de reação contra cláusulas contratuais abusivas: a declaração de nulidade nos termos do seu artigo 24.º. No entanto este mecanismo só pode ser utilizado pelo consumidor individualmente considerado, mas não impede, enquanto meio de reação individual do consumidor afetado, que este utilize outros meios de tutela jurisdicional, nomeadamente a ação inibitória. Cfr. Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações Coletivas"... *Op. Cit.*, p. 5-42 (16).

[76] Segundo Supremo Tribunal de Justiça "*A acção inibitória insere-se numa das plúrimas facetas do intervencionismo estatal constituindo de certa forma um precipitado do princípio da publicização do direito privado.*" Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-10-2016 (Relator Távora Victor), Processo n.º 1946/09.6TJLSB.L1.S1, disponível em dgsi.pt.

[77] Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-10-2010 (Relator Moreira Alves), Processo n.º 10552/06.6TBOER.S1, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-03-2013 (Relator Vítor Amaral), Processo n.º 2001/12.7TJLSB.L1-6; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-05-2017 (Relatora Maria Cecília Agante), Processo n.º 3230/16.0T8MAI.P1, disponíveis em dgsi.pt.

[78] Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*... *Op. Cit.*, p. 272; António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão"... *Op. Cit.*, p. 145.; Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações

recomendação de cláusulas contratuais gerais"[79], independentemente de estas terem sido efetivamente integradas nos contratos[80], ou seja, esta que tem como propósito "*erradicar do mercado formulários contratuais com conteúdos proibidos*"[81] e tutelar assim os interesses difusos da generalidade dos consumidores/aderentes[82].

Assim, a ação inibitória prevista no artigo 25.º da LCCG dirige-se à imposição de "um *non facere através da condenação do réu em prestação de facto negativo*", ou seja, na condenação na "*não utilização ou não recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas*"[83]. Contudo, apesar da ação inibitória se qualificar como uma ação de condenação[84] na prestação de um facto

Coletivas"... *Op. Cit*., p. 5-42 (15-16); e na jurisprudência e a título de exemplo, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14-06-2016 (Relator Afonso Henrique), Processo n.º 7599/14.2T8LSB -1, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-09--2012 (Relatora Teresa Albuquerque), Processo n.º 8186/11.2TBOER-A.L1-2, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-10-2012 (Relator Afonso Ferreira), Processo n.º 983/09.5TJLSB-1, disponíveis em dgsi.pt. Há quem entenda que a natureza das ações inibitórias também possa ser repressiva. Cfr. David Falcão, *Lições de Direito do Consumo*, Almedina, 2019, p. 47.

[79] Esta era a redação original do artigo 25.º da LCCG antes da alteração dada pelo Decreto--Lei 220/95 de 31 de Agosto. Cfr. Jorge Pegado Liz, *Conflitos de Consumo – Uma Perspectiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, Cento de Informação Jacques Delors, 1998, p. 91-92. A redação atual do artigo 25.º da LCCG (ação inibitória) prevê que: "*as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares*." A redação do artigo 25.º da LCCG que atribuía legitimidade processual às associações de consumidores para intentar ações inibitórias, antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 220/95 de 31 de Agosto, previa, no seu n.º 2 previa que "*as entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.*".

[80] Cfr. Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações Coletivas"... *Op. Cit*., p. 5-42 (16). Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21-06-2012 (Relatora Maria José Mouro), Processo n.º 1447/10.0TJLSB.L1-2, disponível em dgsi.pt.

[81] Cfr. Ana Prata, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, 2.ª Edição, Almedina, p. 651.

[82] Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-05-2017 (Relatora Maria Cecília Agante), Processo n.º 3230/16.0T8MAI.P1, dgsi.pt.

[83] Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas... Op. Cit.,* p. 351. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II... Op. Cit..*, p. 465.

[84] Cfr. Ana Prata, *Contratos de Adesão... Op. Cit.*, p. 648. Segundo João Alves a ação inibitória não pode ser qualificada como uma ação declarativa de condenação (nos termos do artigo 10.º do Código de Processo Civil) uma vez não está em causa a existência e violação de um

negativo[85] ("*non facere*" ou abstenção), esta também pode consubstanciar-se como uma ação de condenação de facto positivo quando está em causa a correção ou cessação de práticas lesivas dos direitos dos consumidores[86].

Se a ação inibitória for procedente e a decisão sobre esta transitar em julgado (cf. artigo 628.º do CPC), as cláusulas contratuais gerais atingidas não podem ser inseridas em contratos, nem podem ser mais recomendadas (cf. artigo 32.º da LCCG)[87], incorrendo os vencidos da ação inibitória em sanções pecuniárias compulsórias (como forma de pressão para o cumprimento da sentença)[88] se não respeitarem tal proibição (cf. artigo 33.º da LCCG)[89]. Estas decisões judiciais são, nos termos do artigo 34.º da LCCG, comunicadas para efeito de registo num prazo de 30 dias[90].

III. No âmbito do regime das cláusulas contratuais gerais, a legitimidade processual ativa para o exercício do direito de ação inibitória vem consagrada no art. 26.º da LCCG, que atribui legitimidade: (i) às associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade; (ii) às associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições; e (iii) pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando se entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado[91]-[92], o que significa que

direito, qualificando-se assim a ação inibitória como uma ação popular para a tutela de interesses difusos. Cfr. João Alves, "Algumas notas sobre a tramitação da acção inibitória de cláusulas contratuais gerais", *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 6 (1.º semestre de 2007), p. 75.

[85] Cfr. David Falcão, *Lições de Direito... Op. Cit.*, p. 47.

[86] Cfr. Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações Coletivas"... *Op. Cit.*, p. 5-42 (17).

[87] Cfr. António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão"..., *Op. Cit.*, p. 146.

O efeito da decisão projeta-se para o futuro e não se esgota no caso concreto, uma vez que na eventualidade de a mesma entidade (visada pela sentença condenatória) pretender utilizar ou recomendar as mesmas cláusulas, a decisão tem eficácia relativamente a esses casos. Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas... Op. Cit.*, p. 352.

[88] Cfr. António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão"..., *Op. Cit.*, p. 147.

[89] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II... Op. Cit...*, p. 466; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-10-2012 (Relator Afonso Ferreira), Processo n.º 983/09.5TJLSB-1, disponível em dgsi.pt.

[90] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II... Op. Cit...*, p. 466;

[91] Nos termos do artigo 26.º, n.º 2 da LCCG a legitimidade atribuída ao Ministério Público constitui uma legitimidade própria destinada à tutela de interesses difusos e coletivos pertencentes aos consumidores suscetíveis de serem atingidos pelas cláusulas sindicadas. Cfr. Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações Coletivas"... *Op. Cit.*, p. 5-42 (17). A atribuição de legitimidade processual ativa ao Ministério Público para propor ações inibitórias

a ação inibitória é uma ação popular[93] através da qual é concedida a estas entidades um direito de ação próprio[94], uma vez que estas podem pedir judicialmente a proibição do recurso a determinadas cláusulas, independentemente de em concreto, elas serem ou não utilizadas[95]. Esta legitimidade processual justifica-se uma vez que com a sua atribuição às associações de consumidores e às outras entidades previstas no artigo 26.º da LCCG, o legislador procurou superar a dependência da iniciativa processual do lesado

demonstra que subjacentes a estas ações estão interesses de ordem pública. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-12-2016 (Relator Fonseca Ramos), Processo n.º 20054/10.0T2SNT.L2.S1, disponível em dgsi.pt.

92 Segundo Almeida e Costa o legislador definiu de modo taxativo as entidades dotadas de legitimidade processual ativa para intentar esta ação inibitória, tendo preterido os consumidores individualmente considerados de legitimidade. Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações... Op. Cit.*, p. 272. Ana Prata critica esta interpretação porquanto o artigo 52.º, n.º 3 da CRP e o artigo 13.º da LDC conferem legitimidade para a ação popular também aos sujeitos singulares questionando o seguinte: "*Se o propósito da ação inibitória é o de erradicar do mercado formulários contratuais com conteúdos proibidos, por que impedir que os principais agentes interessados nessa eliminação (os consumidores) tomem a iniciativa de a promover?*". Cfr. Ana Prata, *Contratos de Adesão... Op. Cit.*, p. 651-652. Também em sentido crítico se pronuncia Ana Morais Antunes que defende que a melhor das posições vai no sentido de considerar que o artigo 13.º, alínea a) da LDC autoriza o reconhecimento de legitimidade ativa ao consumidor individualizado em matéria de ações inibitórias sempre que esteja em causa um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, mas já não entre empresários e entidades equiparadas. Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas... Op. Cit.*, p. 356. No sentido de a lei admitir o uso da ação inibitória das cláusulas contratuais gerais, Cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume I, 15.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 46-47.

93 Segundo Miguel Teixeira de Sousa a ação inibitória é popular quando for instaurada por qualquer consumidor ou por uma associação de consumidores, sendo que se for intentada pelo Ministério Público ou pelo Instituto do Consumidor será antes uma ação inibitória pública. Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 293.

94 Cfr. Margarida Paz, "Ações Inibitórias e Ações Coletivas"... *Op. Cit.*, p. 5-42 (17). Nada impede, contudo, que um consumidor intente uma ação declarativa pedindo a nulidade de determinadas cláusulas constantes do contrato singular que celebrou com um profissional, contudo esta ação não se trata de uma ação inibitória, uma vez que esta pressupõe que seja uma das entidades previstas no artigo 26.º da LCCG que intente a ação. Cfr. Manuel Ataíde Ferreira/Luís Silveira Rodrigues, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotações ao Diploma*, DECO, 2011, p. 137.

95 Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II... Op. Cit.*., p. 465.

(que frequentemente seria vítima da sua própria inércia) que teria falta de meios para enfrentar (sozinho) um contraente poderoso[96].

A grande parte dos registos de ações inibitórias existentes são propostas pelo Ministério Publico[97], contudo as associações de consumidores também têm um papel ativo no que diz respeito à defesa dos consumidores com a propositura de ações inibitórias, nomeadamente Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO (doravante "DECO")[98].

IV. No que diz respeito ao regime concreto da legitimidade processual ativa das associações de consumidores no âmbito das cláusulas contratuais gerais (artigo 26.º da LCCG), é importante notar que o "*interesse representado em tribunal pelas associações, e, portanto, o objeto dos seus pedidos, não é o seu próprio interesse, enquanto pessoa jurídica, nem o interesse de um só consumidor*" ou "*dos interesses somados dum conjunto de consumidores*"[99]. É aliás o que decorre diretamento do previsto no n.º 2 do artigo 26.º da LCCG ao prever que "*as entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada*". É tendo em conta o disposto no artigo 26.º, n.º 2 da LCCG, solução que é comum sempre que a associação de consumidores intenta uma ação popular, que Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis defendem que nestes casos se torna *"inevitável uma imediata aproximação à figura da substituição processual. Uma vez que a autora age em nome próprio por direito alheio, (e) é ela que surge como ponto de referência de todos os efeitos processuais da relação adjectiva.* (...) (Assim) *os destinatários dos efeitos jurídicos resultantes da decisão transitada em julgado são, por isso, os consumidores lesados, os quais surgem substituídos na acção*

[96] Cfr. António Pinto Monteiro, "Contratos de Adesão"..., *Op. Cit.*, p. 146; Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais... Op. Cit.,* pp. 496-497. Substituição processual PCS.

[97] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II... Op. Cit..*, p. 465, nota 1507. A título de exemplo na jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2013 (Relator Moreira Alves), Processo n.º 684/10.1YXLSB.L1.S1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-04-2013 (Relator António Joaquim Piçarra), Processo n.º 403/09.5TJLSB.L1.S1, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-10-2016 (Relator Távora Victor), Processo n.º 1946/09.6TJLSB.L1.S1, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04-05-2017 (Relator Filipe Colaço), Processo n.º 11695/15.0T8PRT.P1, disponíveis em dgsi.pt.

[98] Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil II... Op. Cit..*, p. 466.

[99] Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p. 165.

popular pela associação de defesa dos consumidores no exercício da situação individual atinente à reparação dos danos sofridos"[100]. Contudo, neste caso e segundo os autores *supra* citados, apesar de ser inevitável uma aproximação à substituição processual, esta não será em sentido próprio, uma vez que nestes casos estar-se-á perante a denominada *parte por incumbência* que se apresenta como uma sub-modalidade da substituição processual[101] que compreende exatamente os casos em que a parte processual apenas se aferirá pela sua "*estrita função ou incumbência*", que decorre das atribuições e dos objetivos estatutários da associação de consumidores, e que consequentemente justificará então "*materialmente, o exercício de situações jurídicas processuais em nome próprio, mas por referência a situações substantivas alheias*"[102].

V. Num breve apontamento quanto à legitimidade processual passiva: esta encontra-se no artigo 27.º da LCCG, que prevê que as ações inibitórias podem ser intentadas quer contra quem proponha a celebração dos contratos ou aceite propostas contratuais que as incluam (alínea a) do artigo 27.º da LCCG), quer contra quem as recomende a terceiros (alínea b) do artigo 27.º da LCCG). O artigo 27.º, n.º 2 esclarece o regime da legitimidade passiva em termos processuais, admitindo-se assim coligação nos termos previstos no Código de Processo Civil (artigos 36.º e 37.º)[103].

VI. É importante notar também que o direito à ação inibitória se encontra ainda previsto, mas com carácter geral, no artigo 10.º da LDC. Assim, nos termos do artigo 10.º a ação inibitória tem como objetivo prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor, nomeadamente quando estas (i) atentem contra a sua saúde e segurança física; (ii) se traduzam no uso de cláusulas contratuais gerais abusivas; (iii) ou quando consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei. Da análise comparativa entre o regime da ação inibitória prevista no artigo 10.º da LDC e o regime previsto no artigo 25.º da LCCG, retiramos que o âmbito objetivo da ação inibitória nos termos da LDC é mais amplo do que o disposto no artigo 25.º da LCCG, porquanto a ação inibitória prevista neste último apenas tem como propósito impedir que certas cláusulas contratuais gerais proibidas sejam inseridas em contratos futuros.

[100] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, pp. 31-32.
[101] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, p. 37.
[102] Cfr. Paula Costa e Silva / Nuno Trigo dos Reis, *Private Enforcement..., Op. Cit.*, pp. 37-41.
[103] Cfr. Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas... Op. Cit.*, p. 358.

No que diz respeito à legitimidade processual ativa, a LDC confirma o direito de ação popular previsto em sede geral no artigo 52.º, n.º 3 da CRP e artigos 1.º e 2.º da Lei de Ação Popular, na medida em que para além de conferir legitimidade processual ativa às associações de consumidores, também estende esta legitimidade aos consumidores individuais (artigo 13.º da LDC)[104]. Assim enquanto o regime da ação inibitória prevista na LDC atribui ao consumidor, individualmente considerado, um direito "*à prevenção e reparação de danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos homogéneos, coletivos ou difusos*" (artigo 3.º, alínea f) da LDC) e legitimidade processual ativa mesmo quando "não diretamente lesado", para lançar mão da ação popular a fim de realizar tal direito (artigo 13.º, alínea b) da LDC)[105], a LCCG no seu artigo 26.º exclui (ou melhor, não inclui) da legitimidade processual ativa o consumidor individualmente considerado, sendo assim a atribuição de legitimidade mais restrita do que a prevista na LDC. Contudo, e apesar do artigo 26.º da LCCG não prever a possibilidade de consumidores individuais intentarem ações inibitórias, há autores como Ana Prata, Ana Morais Antunes, Menezes Leitão que defendem que estes devem também ter legitimidade processual ativa, porquanto não fará sentido à luz do sistema jurídico excluí-los desta possibilidade[106].

VII. Por fim, importa salientar que a LDC também prevê no seu artigo 12.º, um tipo de ação popular que permite concretizar o direito à reparação dos danos produzidos pelo fornecimento de coisa defeituosa (a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato, cf. artigo 12.º, n.º 1 da LDC)[107].

2.3.2. Nas ações populares civis

I. Terminada a análise da legitimidade processual ativa das associações de consumidores para a propositura de ações inibitórias em especial, importa ainda examinar, em termos genéricos, o regime da legitimidade processual ativa das associações de consumidores para a propositura de

[104] Cfr. Engrácia Antunes, *Direito do Consumo...Op. Cit.*, p. 105.

[105] Cfr. Engrácia Antunes, *Direito do Consumo...Op. Cit.*, p. 104.

[106] Cfr. Ana Prata, *Contratos de Adesão... Op. Cit.*, p. 651-652. Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário à Lei das Cláusulas... Op. Cit.*, p. 356; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Volume I, 15.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 46-47. Contra esta possibilidade Almeida Costa, *Direito das Obrigações... Op. Cit.*, p. 272

[107] Cfr. Lebre de Freitas, "A Acção Popular do Direito Português", *Op. Cit.*, p. 24.

ações populares civis, inscrito no artigo 31.º do Código de Processo Civil (doravante "CPC")[108], ou seja, ações para a tutela de interesses difusos propostas nos tribunais judiciais (e não administrativos).

Antes de se avançar para a análise da legitimidade processual das associações de consumidores para ações populares civis (artigo 31.º do CPC) cabe um pequeno enquadramento, porquanto o artigo 12.º da Lei da Ação Popular consagrou duas modalidades de ações populares, a saber: (i) ação popular administrativa[109] e a (ii) ação popular civil[110], e o seu n.º 2 prevê que esta última pode ser revista de qualquer das formas previstas no CPC, concluindo-se assim que, para além do processo comum, também se abrangem os procedimentos cautelares, desde que estes sejam adequados à garantia de interesses difusos (o próprio artigo 31.º do CPC confirma esta possibilidade)[111].

II. Examinando, em concreto, o disposto no artigo 31.º do CPC sob a epígrafe de "*ações para a tutela de interesses difusos*", este dispõe que "*têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos casos previstos na lei.*", cabe referir que o critério de legitimidade previsto no artigo 31.º do CPC é distinto do critério inscrito no artigo 30.º do CPC, uma vez que enquanto que neste último se exige que haja um interesse direito e pessoal que se traduza numa ofensa do direito ou interesse do autor, no artigo 31.º do CPC, pelo contrário, "*não se exige a ocorrência de um dano pessoal ou patrimonial na esfera do autor da ação para que se tenha legi-*

[108] Por motivos de metodologia e do tema que se pretende abordar iremos analisar apenas a ação popular civil ficando de fora a análise da ação popular administrativa.

[109] Cfr. Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2018, p. 134. Em especial sobre o regime da ação popular administrativa, *vide* Paulo Otero, "A acção popular: configuração e valor no actual Direito Português", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Vol. III, 1999, pp. 871-893.

[110] Sobre a distinção entre ação popular administrativa e a civil, *vide* Lebre de Freitas, "A Acção Popular do Direito Português", *Op. Cit.*, pp. 22-23.

[111] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos"... *Op. Cit.*, p. 294; Abrantes Geraldes/Paulo Pimenta/Luís Pires de Sousa, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2018, p. 61.

timidade para tutelar o interesse difuso"[112], basta para o efeito que ocorra "uma ameaça ou a verificação de lesão do interesse difuso em questão sobre alguém, que não necessariamente o autor"[113]. Mais se diga que em matéria de defesa do consumidor, a parte final do artigo 31.º do CPC "*nos casos previstos na lei*" nos remete para os artigos 2.º e 3.º da Lei da Ação Popular, para os artigos 25.º e 26.º da LCCG e para os artigos 10.º e 13.º da LDC[114].

2.4. Os Acordos de boa conduta

I. Ainda no que diz respeito à tutela dos direitos dos consumidores levada a cabo pelas associações de consumidores é importante notar a possibilidade que estas têm, nos termos do artigo 19.º da LDC, de conseguirem acordos de boa conduta com determinadas empresas, organizações ou entidades que normalmente são os entes que fornecem os serviços ou os produtos no mercado onde os consumidores assumem o papel de adquirentes ou aderentes destes mesmos serviços ou produtos.

Assim, nos termos do artigo 19.º da LDC as associações de consumidores "*podem negociar com os profissionais ou as suas organizações representativas acordos de boa conduta, destinados a reger as relações entre uns e outros*." Estes acordos de conduta constituem um instrumento de concertação entre os consumidores – através das suas organizações representativas – e os profissionais[115]. Estes acordos de boa conduta não podem, nos termos do artigo 19.º n.º 2 da LDC, contrariar ou afastar preceitos imperativos da lei, nem podem prever disposições menos favoráveis aos consumidores do que as legalmente previstas. Neste sentido, o grande objetivo dos acordos de boas condutas é dar a "possibilidade às associações de consumidores de realizarem negociações com as entidades que estão do outro lado das relações de consumo" de modo a que as relações entre todos os intervenientes possam ser mais equilibradas e justas[116].

II. O artigo 19.º, n.º 3 prevê um regime específico relativamente às associações de interesses genérico (cf. artigo 17.º, n.º 3, alínea a) da LDC). Assim, os acordos de conduta celebrados com este tipo de associações de

[112] Cfr. Rui Pinto, *Código de Processo ... Op. Cit.*, p. 133.
[113] Cfr. Rui Pinto, *Código de Processo... Op. Cit.*, p. 133-134.
[114] Sobre outras matérias *vide* Cfr. Rui Pinto, *Código de Processo... Op. Cit.*, p. 134.
[115] Cfr. Teresa Almeida, *Lei de Defesa do Consumidor... Op. Cit.*, p. 80.
[116] Cfr. Elionora Cardoso, *Lei de Defesa do Consumidor... Op. Cit.*, p. 166.

consumidores obrigam os profissionais ou representados em relação a todos os consumidores, sejam ou não membros das associações intervenientes.

O artigo 19.º, n.º 4 prevê que sempre que existirem acordos de boa conduta, estes têm de ser objeto de divulgação, mencionando a lei que devem ser preferencialmente afixados nos estabelecimentos comerciais, apesar de se poderem utilizar outros meios informativos.

3. Elenco das Associações Portuguesas de Defesa dos Consumidores

3.1. Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO

I. No ordenamento jurídico português não seria possível abordar a temática das Associações de Defesa dos Consumidores, sem analisar o papel que a DECO desempenha, uma vez que esta é a mais antiga e influente associações de tutela dos consumidores em Portugal[117]. Como associação de defesa de consumidores, a DECO é necessariamente uma associação privada de utilidade pública sem fins lucrativos.

Como vimos *supra*, um dos mais importantes direitos do consumidor é o direito à informação, devido ao tendencial desequilíbrio na relação que é estabelecida entre o vendedor e o consumidor[118]. Neste sentido, a DECO, desde a sua formação, teve como objetivo concretizar este direito à informação dos consumidores[119], como vem previsto no artigo 3.º dos Estatutos da DECO.

Este objetivo tem sido alcançado ao longo dos anos através de divulgação de informação credível e útil sobre determinados produtos aos consumidores, nomeadamente através de Revistas editadas pela DECO onde se encontra a informação sobre os testes a produtos e a serviços, através da possibilidade de contacto dos consumidores com a DECO através das suas plataformas eletrónicas que têm como propósito disponibilizar informação sobre os (i) direitos que os consumidores têm quando ocorre um problema com a aquisição de um determinado produto, (ii) o aconselhamento financeiro (providenciado pelo seu Gabinete de Proteção Financeira);

[117] Cfr. Engrácia Antunes, *Direito do Consumo...Op. Cit.*, p. 104.

[118] Cfr. Luís Silveira Rodrigues, *Deco – Uma organização de causas. Uma organização mobilizadora*, in I Congresso de Direito do Consumo (Cood. Jorge Morais Carvalho), Almedina, 2016, p. 221.

[119] Cfr. Luís Silveira Rodrigues, *Deco – Uma organização de causas... Op. Cit.*, p. 221.

(iii) o aconselhamento de energia (através do Gabinete de Aconselhamento da Energia); e (iv) os meios que existem à disposição dos consumidores quando estes têm necessidade de reclamar ou denunciar um determinado produto (função esta que é atribuída ao seu Gabinete de Apoio ao Consumo). A DECO desempenha ainda um papel muito ativo no que diz respeito à formação, não só dos consumidores, mas também dos profissionais das mais diversas áreas e na Política Legislativa em matéria do Direito do Consumo.

II. No exercício do seu direito de ação popular a DECO tem tido um papel fundamental uma vez que tem ao longo dos anos intentado inúmeras ações populares que visam a tutela dos interesses difusos dos consumidores. A título meramente exemplificativo, a DECO já intentou (i) ações de intimação para prestações de informações sobre determinados produtos ou serviços, contra determinadas entidades[120], (ii) ações onde pede a aplicabilidade de sanções pecuniárias compulsórias a determinadas entidades devido à utilização, por parte destas, de cláusulas contratuais gerais que se equiparam substancialmente às concretamente proibidas por uma decisão definitiva anterior[121], (iii) ações inibitórias onde conseguiu a declaração de nulidade de determinadas cláusulas abusivas[122]; (iv) ações populares que tiveram como objetivo a condenação dos Réus em indemnizações aos consumidores por violação dos seus direitos[123], entre outras.

[120] A título meramente exemplificativo. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14-09-2016 (Relator Alberto Augusto Oliveira), Proc. n.º 0960/16, disponível em dgsi.pt.

[121] O Supremo Tribunal de Justiça já entendeu a este propósito que "(...) s*ão de considerar abrangidas no campo de proibição de inclusão em contratos que o demandado condenado em acção inibitória venha a celebrar, como objecto da obrigação de abstenção ao utilizador de tais cláusulas, as cláusulas que se equiparem substancialmente às definitivamente proibidas na decisão proferida naquela acção.*" Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-10-2008 (Relator Alves Velho), Proc. n.º 08A2933, disponível em dgsi.pt.

[122] A título de exemplo *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-12-1998 (Relator Armando Lourenço), Processo n.º 497/98, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-06-2002 (Relator Fernandes Magalhães), Processo n.º 4751/1993, disponíveis em dgsi.pt.

[123] A título de exemplo *vide* o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-12-2016 (Relator Luís Pires de Sousa), Processo n.º 3422/15.9T8LSB.L1-7, disponível em dgsi.pt.

3.2. Associação de Consumidores de Portugal – ACOP

A Associação de Consumidores de Portugal (doravante "ACOP"), tem também um papel fundamental na defesa dos direitos dos consumidores e foi constituída por escritura pública (cf. artigos 158.º, n.º 1 e artigo 168.º, n.º 1 do Código Civil) em 1993. A ACOP é uma associação de defesa dos consumidores nacional e, portanto, tem pelo menos 3000 associados (cf. artigo 17.º, n.º 2 da LDC) e prossegue um interesse genérico na medida em que tem por fim a defesa dos consumidores seus associados e dos consumidores em geral (cf. artigo 17.º, n.º 3, alínea a) e artigo 3.º, alínea a) dos seus Estatutos). A ACOP tutela os direitos dos consumidores através, e a título meramente exemplificativo uma vez que não esgota a atuação da ACOP na proteção dos consumidores, da (i) denúncia de práticas abusivas e fraudulentas; (ii) da promoção de encontros, debates, colóquios, seminários e outras ações de divulgação e informação aos consumidores; (iii) da celebração de protocolos com as administrações central e local, com o Instituto Nacional de Defesa do Consumidor entre outras instituições com estruturas análogas; e (v) instalação de serviços de atendimento jurídico e de acesso à justiça (cf. artigo 4.º dos seus Estatutos). A ACOP também exerce, para efeitos de tutela dos consumidores, o seu direito de ação popular junto dos tribunais judiciais e administrativos quer através de pedidos de indemnização por violação dos direitos dos consumidores[124], quer através da propositura de providências cautelares que possam prevenir a perpetuação da sua violação[125], como ainda ações administrativas que visam pedir a nulidade de determinadas normas que violam os direitos dos consumidores[126].

[124] A título de exemplo *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-09-1997 (Relator Miranda Gusmão), Processo n.º 97B503, onde a ACOP foi autora de uma ação popular civil e onde ficou decidido que "o direito de reparação de danos dos assinantes do serviço telefónico por incumprimento de contrato inclui-se na categoria dos "interesses homogéneos individuais" e que, consequentemente a "ACOP (Associação de Consumidores de Portugal) tem legitimidade para propor acção popular que tenha por objecto o pedido de indemnização dos assinantes de contrato de serviço telefónico público por violação contratual da prestadora do serviço.", e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 26-09-2013 (Relator Antero Pires Salvador), Processo n.º 02676/10.1BEPRT, disponíveis em dgsi.pt.

[125] A título de exemplo, A ACOP intentou no Tribunal Judicial da Figueira da Foz (TJFF), contra o Réu um procedimento cautelar não especificado, pedindo que fosse decretada a suspensão de todo o tarifário de consumo de água, saneamento e de disponibilidade, entrado em vigor em 1 de Janeiro de 2005 no concelho da Figueira da Foz. Cfr. Acórdão do

3.3. Outras Associações de Consumidores

I. Existem em Portugal mais Associações de Consumidores como, e a título de exemplo: (i) União Geral de Consumidores – UGC; (ii) a ACRA – Associação dos Consumidores da Região dos Açores; (iii) a ACSET – Associação de Consumidores de Setúbal; (iv) a APUSBANC – Associação Portuguesa de Usuários de Serviços Bancários; e (v) a Associação *Ius Omnibus*.

II. Começando pela análise da União Geral de Consumidores (doravante "UGC") esta é uma associação de defesa dos consumidores que foi constituída em 1991, não tem fins lucrativos, é de âmbito nacional e de interesse genérico, o que significa que esta associação, nos termos do artigo 17.º tem pelo menos 3000 associados (uma vez que é de âmbito nacional cf. artigo 17.º, n.º 2 da LDC) e que o seu fim estatutário prossegue a defesa dos direitos dos consumidores no geral (uma vez que é de interesse genérico cf. artigo 17.º, n.º 3, alínea a)).

III. A ACRA é também uma associação de âmbito nacional, porquanto ultrapassou o número de 3000 associados (cf. artigo 17.º, n.º 2 da LDC), assumindo assim capacidade para atuar em todo o território nacional[127]. Nos termos do artigo 1.º dos seus Estatutos a ACRA é uma "*pessoa coletiva de direito privado e de utilidade pública, sem fins lucrativos, independente dos poderes político, económico e religioso, que visa a defesa dos seus associados e dos consumidores em geral em todo o território nacional e em especial na Região Autónoma dos Açores*", e tem como objeto a defesa dos interesses dos consumidores (seus associados e dos consumidores em geral – cf. artigo 4.º, n.º 1 dos seus Estatutos). Esta associação concretiza a tutela dos direitos dos consumidores através da (a) organização da realização de análises laboratoriais e ensaios comparativos de produtos para aferir a sua qualidade; (b) promoção de ações públicas de informação, sensibilização e formação dos consumidores; (c) solicitação de esclarecimentos sobre a formação de preços de bens e serviços; (d) elaboração de estudos e pareceres e da sua publicação sempre que for necessário; (e) denúncia de práticas abusivas e fraudulentas que prejudiquem os

Tribunal de Conflitos de 26-09-2006 (Relator João Belchior), Processo n.º 014/06, disponível em dgsi.pt.

[126] Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03-07-2014 (Relator Alberto Augusto Oliveira), Processo n.º 0430/14, disponível em dgsi.pt.

[127] Cfr. Preâmbulo dos Estatutos da Associação dos Consumidores da Região Açores.

consumidores; (f) prestação de apoio jurídico aos consumidores; entre outras medidas que ajudam a fortalecer os direitos dos consumidores (artigo 4.º, n.º 2 dos seus Estatutos).

IV. A ACSET é uma associação de consumidores de âmbito regional, circunscrita à região de Setúbal, portanto terá pelo menos 500 associados (cf. artigo 17.º, n.º 2 da LDC) e qualifica-se como sendo de interesse genérico uma vez que esta associação tem como fim tutelar os interesses dos consumidores no geral (cf. artigo 17.º, n.º 3, alínea a) da LDC).

V. A APUSBANC é uma associação de defesa do consumidor que tem como objetivo principal apoiar e defender os usuários de serviços bancários e de serviços financeiros assim como mediar a relação dos mesmos com as instituições financeiras, qualificando-se, neste sentido, como uma associação de interesse específico (cf. artigo 17.º, n.º 3, alínea b) da LDC). Esta associação concretiza a tutela dos direitos dos consumidores através do seu Departamento técnico especializado em matéria financeira e bancária que desenvolve mecanismos de combate à burla e às fraudes financeiras, do seu Departamento Jurídico que presta auxílio aos seus associados tanto na área do pré-contencioso como na área do contencioso, do seu Gabinete de Apoio ao Endividamento das Famílias, entre outros departamentos que integram esta Associação e que a auxiliam na tutela dos direitos dos consumidores.

VI. Por fim, a Associação *Ius OmniBus* foi criada em março de 2020 e tem como objetivo defender os consumidores da União Europeia visando em especial o aumento do bem-estar dos consumidores, e em geral a promoção do Estado de Direito, do ambiente e da economia da União Europeia (cf. artigo 2.º dos seus Estatutos). Esta Associação começou a atuar na defesa dos consumidores em Portugal através do exercício do seu direito de ação popular (cf. artigos 52.º, n.º 3 e 60.º, n.º 3 da CRP; artigos 3.º da Lei de Ação Popular e 18.º, n.º 1, alínea l) da LDC), assim e a título de exemplo[128]:

(i) Intentou uma ação popular, que ainda está a decorrer, para a defesa de interesses difusos e individuais homogéneos contra a EDP, no dia 06-09-2021 no Tribunal da Concorrência, Regulação e Super-

[128] A lista completa dos casos da Associação OmniBus encontra-se disponível em: https://iusomnibus.eu/pt/ius-omnibus-v-edp-pt/ (consultado a 30.11.2021).

visão que visa "*defender os consumidores portugueses lesados pelas práticas ilícitas da EDP Produção identificadas na decisão da Autoridade da Concorrência (AdC) de 17 de setembro de 2019. Em causa está o facto de a EDP ter, entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, abusado da sua posição dominante no mercado de banda de regulação secundária do sistema elétrico em Portugal Continental.*"[129].

(ii) Intentou uma ação popular, que ainda está a decorrer, contra a Apple, no dia 19-07-2021 no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, que tem como propósito "*repor a legalidade e defender os consumidores portugueses lesados pelas práticas ilícitas da Apple referentes à transmissão de informação e publicidade enganosa sobre a resistência a líquidos dos iPhones. Em caso de sucesso, a ação levará a Apple a ser condenada, nomeadamente, a abster-se de publicidade enganosa a este respeito no futuro e a pagar compensações a todos os proprietários de iPhones 7 a 12*"[130].

(iii) E no caso *Ius Omnibus* vs. Associação Nacional de Topógrafos (ANT) (decorrente da propositura de uma ação popular pela Associação Ius Omnibus no dia 12 -07-2021) o "*Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão aprovou um acordo entre a Ius Omnibus e a Associação Nacional de Topógrafos (ANT) no âmbito da ação popular para defender os consumidores lesados pelas práticas da ANT. Durante um período superior a 16 anos, a ANT restringiu a concorrência no mercado da prestação de serviços de topografia ao fixar os preços desses serviços. A ANT reconheceu que violou a lei e aceitou indemnizar os consumidores representados na ação no montante de 5% do valor ilíquido pago por esses serviços.*"[131].

Através da descrição destes três exemplos decorrentes do exercício do direito de ação popular por parte da Associação *OmniBus* extrai-se a importância que as atuações de determinadas associações de consumidores podem ter na defesa concreta dos interesses difusos dos consumidores no plano judicial, uma vez que se demonstra ser possível alcançar resultados concretos com um enorme impacto na garantia dos direitos dos consumidores.

[129] Cfr. Caso *Ius Omnibus* vs. EDP, disponível em: https://iusomnibus.eu/pt/ius-omnibus-v-edp-pt/ (consultado a 30.11.2021).

[130] Cfr. Caso *Ius OmniBus* vs. Apple, disponível em: https://iusomnibus.eu/pt/ius-omnibus-v-apple-pt/. (consultado a 30.11.2021).

[131] Cfr. Caso *Ius Omnibus* vs. Associação Nacional de Topógrafos (ANT), disponível em: https://iusomnibus.eu/pt/ius-omnibus-v-ant-pt/

4. Das Fundações de defesa dos consumidores

I. O regime jurídico das fundações encontra-se previsto nos artigos 185.º a 194 do Código Civil e na Lei n.º 24/2012 de 09 de julho (Lei Quadro das Fundações). Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, alínea u) da Lei Quadro das Fundações são considerados fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do seu fundador, designadamente: a proteção dos consumidores. Desta norma extraísse a possibilidade de se criarem fundações que prossigam o interesse social de proteção dos direitos dos consumidores.

Em relação à definição genérica de fundação, esta afere-se através dos seus elementos, assim a fundação para ser considerada como tal tem de ter: (i) um substrato de natureza patrimonial, ou seja, a pessoa coletiva caracteriza-se pela afetação de um conjunto de bens à prossecução de certos interesses; (ii) tem de ter um escopo altruísta, uma vez que no seu substrato não há pessoas; e (iii) não pode prosseguir fins lucrativos[132].

II. No que diz respeito à tutela dos direitos dos consumidores em termos práticos, as fundações não têm em Portugal o impacto que têm as associações de consumidores na prossecução destes fins, isto decorre desde logo também pelo facto de quer no artigo 52.º, n.º 3 da CRP quer no artigo 60.º, n.º 3 da CRP não se fazer menção às fundações, mas tão só às associações de defesa dos interesses em causa: ou seja, as associações de consumidores. Contudo, a Lei de Ação Popular, que regulamenta o artigo 52.º, n.º 3 da CRP, no seu artigo 2.º previu o exercício do direito de ação popular às fundações defensoras de interesses coletivos e difusos. O artigo 3.º da Lei de Ação Popular atribui igualmente às fundações legitimidade processual ativa para a propositura de ações populares.

Por seu turno, no que diz respeito às ações inibitórias (artigo 25.º da LCCG), o artigo 26.º da LCCG não prevê a legitimidade ativa, para o seu exercício, das fundações de defesa dos consumidores, mas tão só às associações de consumidores, às associações sindicais e ao Ministério Público, significando assim que se se entender, como Almeida e Costa, que este elenco é taxativo, as fundações não têm legitimidade ativa para propor as ações inibitórias que se encontram previstas no artigo 25.º da LCCG[133].

[132] Cfr. Henrique Sousa Antunes, "Anotação ao artigo 185.º", in *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 407.

[133] Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações... Op. Cit.*, p. 272.

O artigo 13.º da LDC, na sua alínea b) (relativo à legitimidade ativa geral para a propositura de ações inibitórias e de reparação de danos), também só menciona os consumidores e as associações de consumidores, contudo, na sua parte final, faz uma remissão para a Lei de Ação Popular que prevê que as fundações também podem ter legitimidade processual para o exercício do direito de ação popular, o que significa que apesar de não estar diretamente mencionada a legitimidade processual das fundações no artigo 13.º da LDC, como este remete para a Lei de Ação Popular, não seria coerente excluir-se a legitimidade processual das fundações para propor ações inibitórias em termos genéricos.

5. Conclusões

I. Em sede de conclusão dir-se-á que as associações de consumidores para serem reconhecidas têm de cumprir com os seguintes requisitos que se encontram previstos no artigo 17.º da LDC: (i) ser dotadas de personalidade jurídica; (ii) não podem ter fim lucrativo; (iii) têm de ter como objetivo estatutário principal a defesa dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados; (iv) têm de ter pelo menos 100 associados; e (v) os seus órgãos devem ser livremente eleitos através de voto secreto e universal dos associados. Preenchidos estes requisitos as associações de consumidores podem usufruir do leque de direitos que se encontram no artigo 18.º da LDC.

As associações de consumidores podem ser qualificadas tendo em conta os interesses que prosseguem, consoante sejam interesses genéricos ou específicos, e podem ser classificadas tendo em conta o seu âmbito territorial: assim se tiveram pelo menos 100 associados são de âmbito local, se tiverem pelo menos 500 associados são de âmbito regional e se tiverem pelo menos 3000 são de âmbito nacional.

II. No que diz respeito aos direitos das associações de consumidores previstos no artigo 18.º da LDC analisou-se, em especial o seu direito de ação popular inscrito na alínea l) do n.º 1 do artigo 18.º da LDC, nos artigos 52.º, n.º 3 e 60.º, n.º 3 da CRP e artigo 2.º da Lei de Ação Popular. Para que as associações de consumidores tenham legitimidade processual ativa para proporem ações populares é necessário que, nos termos do artigo 3.º da Lei de Ação Popular, estas tenham: (i) personalidade jurídica; (ii) que tenham incluído expressamente nas suas atribuições ou nos seus

objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate; e que (iii) não prossigam qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais. Contudo estes requisitos estão *a priori* verificados no momento do ato de constituição das associações de consumidores uma vez que sem estes, estas associações não se podem constituir (artigo 17.º da LDC). Examinou-se em especial ainda a legitimidade processual das associações de consumidores para a propositura de ações inibitórias (artigo 26.º da LCCG), necessitando estas de representatividade para adquirir legitimidade para a propositura deste tipo de ações.

III. Por fim, quanto às associações de consumidores, percorreu-se o elenco das principais associações portuguesas que prosseguem como fim a tutela dos direitos dos consumidores e concluiu-se que o papel que estas desempenham em concreto é fundamental e real, principalmente no que diz respeito ao exercício do seu direito de ação popular, tendo-se apontando inúmeros casos públicos onde este já foi exercido e quais os resultados que o seu exercício alcança e à tarefa destas associações na divulgação de informação comparativa entre serviços e produtos que são colocados no mercado, informação esta que é fundamental para os consumidores tomarem uma decisão consciente e informada no momento da aquisição destes mesmos produtos e serviços.

IV. No que diz respeito às fundações conclui-se que estas não têm expressão em Portugal têm na prossecução da defesa dos direitos dos consumidores, isto decorre desde logo também pelo facto de quer no artigo 52.º, n.º 3 da CRP quer no artigo 60.º, n.º 3 da CRP não se fazer menção às fundações, mas tão só às associações de defesa dos interesses em causa: ou seja, as associações de consumidores. Contudo, a Lei de Ação Popular previu o exercício do direito de ação popular às fundações defensoras de interesses coletivos e difusos. O artigo 3.º da Lei de Ação Popular atribui igualmente às fundações legitimidade processual ativa para a propositura de ações populares. O artigo 13.º da LDC, na sua alínea b) (relativo à legitimidade ativa geral para a propositura de ações inibitórias e de reparação de danos), também só menciona os consumidores e as associações de consumidores, contudo, na sua parte final, faz uma remissão para a Lei de Ação Popular que prevê que as fundações também podem ter legitimi-

dade processual para o exercício do direito de ação popular, o que significa que apesar de não estar diretamente mencionada a legitimidade processual das fundações no artigo 13.º da LDC, como este remete para a Lei de Ação Popular, não seria coerente excluir-se a legitimidade processual das fundações para propor ações inibitórias em termos genéricos.

AS ASSOCIAÇÕES DE DEFESA DOS INVESTIDORES E A (NÃO) APLICABILIDADE DO SEU REGIME AOS INVESTIDORES EM CRIPTOATIVOS

João Vieira dos Santos[1]

Sumário: *1. O regime das associações de defesa dos investidores; 2. Os investidores em criptoativos; 3. A não aplicabilidade do regime das associações de defesa dos investidores aos investidores em criptoativos; 4. Proposta de Regulamento Europeu sobre o Mercado de Criptoativos (MiCA); 5. A aplicabilidade do regime das associações de defesa dos investidores aos investidores em criptoativos com a entrada em aplicação do MiCA.*

Resumo: *Começando com uma revisita ao regime das associações de defesa dos investidores e abordando alguns dos seus problemas específicos, o presente estudo visa, igualmente, analisar a aplicabilidade desse regime a uma das novas realidades de investimento, os criptoativos. Estes ativos têm gerado interesse em vários meios, investidores, académicos, autoridades e empresários, ganhando uma dimensão que já justificou uma iniciativa da Comissão Europeia, a Proposta de Regulamento Europeu sobre o Mercado de Criptoativos (MiCA). A sua análise não foi esquecida por este estudo, tanto mais pela importância que a iniciativa suscita para a questão que se procura responder: Será o regime das associações de defesa dos investidores em instrumentos financeiros aplicável às associações que tenham como objeto principal a defesa dos investidores em criptoativos?*

[1] Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona e Jurista da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. As opiniões expressas neste texto são as dos autores e não vinculam a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Palavras-Chave: *associações de defesa dos investidores; instrumentos financeiros; criptoativos; MiCA; inovação financeira.*

Abstract: *Starting with a revisit to the regime of investor protection associations and addressing some of its specific problems, this essay also aims to analyse the applicability of this regime to one of the new investment realities, crypto-assets. These assets have generated interest in various circles, investors, academics, authorities and entrepreneurs, gaining a dimension that has already justified an initiative of the European Commission, the Proposal for a European Regulation on the Cryptoactive Market (MiCA). Its analysis was not forgotten by this essay, mainly because of the importance that this initiative raises for the question we seek to answer: Is the regime of associations for the protection of investors in financial instruments applicable to associations whose main objective is the protection of investors in crypto-assets?*

Keywords: *investor protection associations; financial instruments; crypto-assets; MiCA; fintech.*

1. O regime das associações de defesa dos investidores

O fundamento legal das associações de defesa dos investidores[2] encontra a sua base na Constituição da República Portuguesa, mais especificamente, no seu artigo 46.º relativo à liberdade de associação, sendo esta a expressão mais qualificada da liberdade de organização coletiva privada[3]. Daqui decorre a impossibilidade de o Estado proibir a constituição de associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respetivos fins não sejam contrários à lei penal, nos termos n.º 1 do artigo 46.º Constituição da República Portuguesa, e desde que não sejam associações

[2] As associações de defesa dos investidores não se confundem com a figura histórica dos clubes de investimento. Estes clubes consignavam-se em associações sem personalidade jurídica, com fins lucrativos, compostas por pessoas que tinham como interesse comum o investimento nos mercados de capitais, cfr. José Paulo Quaresma Pereira Miller, *A figura jurídica dos Fundos Especiais de Investimento e contraposição com figuras afins: a informação como consequência da evolução dos respetivos regimes jurídicos*, dissertação de mestrado apresentada na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, 2014, p. 6. A inclusão do termo "defesa" permite sublinhar a ausência de escopo lucrativo das associações de defesa dos investidores, sendo as suas finalidades de natureza sociocultural, cfr. Sofia Nascimento Rodrigues, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 70.

[3] Cfr. José Gomes Canotilho e Vital Moreira, "Anotação do artigo 46.º", in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 256.

armadas, de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista, conforme o n.º 4 do artigo 46.º Constituição da República Portuguesa.

O referido não significa que a lei não possa fazer depender a sujeição de certos direitos e obrigações ao preenchimento de requisitos legais por parte de associações, desde que esses requisitos não ofendam ou restrinjam o exercício do direito de associação[4]. Um desses casos em que existem requisitos legais específicos é o das associações de defesa dos investidores[5].

Deste modo, as associações de defesa dos investidores constituem-se nos termos gerais de direito (ou seja, de acordo com os artigos 154.º a 184.º do Código Civil), mas obedecem a um processo de verificação dos requisitos específicos. O Código dos Valores Mobiliários, prevê, no seu artigo 32.º, a possibilidade de as associações cujo objeto estatutário principal seja a proteção dos interesses dos investidores em instrumentos financeiros, que contem entre os seus associados pelo menos 100 pessoas singulares não qualificáveis como investidores profissionais[6] e exerçam atividade efetiva há mais de um ano[7], beneficiarem, pela representatividade que, dessa forma, asseguram, de um conjunto de direitos conferidos por este Código e por legislação complementar.

Entre os direitos das associações de defesa dos investidores já legalmente reconhecidos conta-se, nomeadamente, o direito de ação popular,

[4] Cfr. Sofia Nascimento Rodrigues, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 68.

[5] Uma das razões para a previsão de requisitos específicos para as associações de defesa dos investidores advém da necessidade de fazer face à concentração de poderes nas mãos dos agentes de mercado, cfr. Inês Serrano de Matos, Os Mecanismos de Tutela Colectiva dos Investidores em Sociedades Anónimas Cotadas na Bolsa De Valores – Da Acção Popular, dissertação de mestrado apresentada na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, 2011, p. 36, disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8313/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20mestrado.Ines.Serrano.Matos.pdf.

[6] As pessoas qualificadas como investidores profissionais estão elencadas no artigo 30.º do Código dos Valores Mobiliários. Relativamente à imposição legal de um número mínimo de investidores não profissionais, esta deve-se à necessidade de salvaguardar a independência e a viabilidade económica (gerada pelas contribuições dos associados) dessas associações, cfr. Sofia Nascimento Rodrigues, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 74.

[7] Estes dois últimos requisitos são muito exigentes tendo em conta a dimensão do mercado nacional e podem explicar o reduzido número de associações de defesa dos investidores registadas junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (apenas 11), cfr. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 258.

nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários[8], o direito de intervir em procedimento de mediação de conflitos, de acordo com o n.º 2 do artigo 34.º deste mesmo Código, e, ainda, o direito de designarem representantes[9] para o Conselho Consultivo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, como estabelece o número 1 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de janeiro (alterado pela Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro), que aprovou os Estatutos desta Comissão.

Nos termos do artigo 26.º dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, o Conselho Consultivo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários é um órgão de consulta do Conselho de Administração da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários nas matérias abrangidas pelas atribuições da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, competindo-lhe, nomeadamente, pronunciar -se sobre os assuntos que lhe sejam submetidos pelo Conselho de Administração e apresentar, por sua iniciativa, ao Conselho de Administração recomendações e sugestões no âmbito das atribuições da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários[10].

[8] O artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários, na sua alínea c), também atribui este direito de ação popular às fundações que tenham por fim a proteção dos investidores em instrumentos financeiros. O artigo 3.º da Lei Quadro das Fundações já garantia, de uma forma geral, esta possibilidade, cfr. António Barreto Menezes Cordeiro, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 110.

[9] Três representantes de investidores, sendo, pelo menos, um em representação de investidores não profissionais, nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 23.º dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Caso exista a designação de mais de três representantes de investidores, as respetivas associações terão de chegar a um acordo sobre quais serão os três membros que farão parte do Conselho Consultivo, sob pena de a designação ser feita pelo Presidente do Conselho Consultivo, sob proposta do Presidente do Conselho de Administração da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários de entre pessoas que lhe sejam indicadas por cada uma das entidades., nos termos do artigo 24.º, n.º 2, dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Cada um dos membros do Conselho Consultivo tem um mandato de quatro anos e pode ser substituído, até ao termo do mandato, pela entidade que o designou, de acordo com o artigo 25.º do Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Caso exista a designação de mais de três representantes de investidores para o conselho consultivo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, as respetivas associações terão que chegar a um acordo sobre quais serão os três membros que farão parte do Conselho Consultivo, sob pena de a designação ser feita pelo Presidente do Conselho Consultivo, nos termos do artigo 24.º, n.º 2, dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

[10] O Conselho Consultivo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários reúne ordinariamente pelo menos uma vez por ano, nos termos do n.º 1 do artigo 27.º dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Adicionalmente, as associações de defesa dos investidores têm legitimidade ativa para requerer a apreciação da conformidade da atuação de um prestador de serviços financeiros à distância com o Decreto-Lei n.º 95/2006[11], de 29 de maio, judicialmente ou perante a entidade competente, nos termos do artigo 27.º do referido diploma.

Com vista a disciplinar o processo de verificação dos requisitos a que se refere o artigo 32.º do Código dos Valores Mobiliários e os direitos das associações de defesa dos investidores em valores mobiliários que observem esses mesmos requisitos, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 294/2003, de 21 de novembro, no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 1.º da Lei n.º 38/2003, de 22 de Agosto.

A liberdade de associação é uma liberdade fundamental, inserida no Capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, que integra o Título dos Direitos, Liberdades e Garantias, os quais são, por sua vez e nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa, matéria inserida no âmbito da reserva relativa de competência da Assembleia da República. Para que o Governo pudesse legislar em matéria de associações de defesa dos investidores, necessitava, portanto, que a Assembleia da República lhe conferisse a necessária autorização legislativa.

No artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 294/2003, é estabelecida a independência das associações de defesa dos investidores, em relação a emitentes de valores mobiliários, a entidades gestoras de mercados, sistemas ou serviços relativos a valores mobiliários e a intermediários financeiros, reforçando, deste modo, a prossecução das suas finalidades.

Relativamente ao registo das associações de defesa dos investidores junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, este depende, nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 294/2003, de requerimento instruído com uma cópia do estatuto e respetiva ata de aprovação, uma cópia do cartão de identificação da associação enquanto pessoa coletiva e uma declaração onde conste o número e a identificação dos seus associados que sejam investidores não profissionais. Servem, portanto, estes documentos para a verificação, por parte da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, dos

[11] O Decreto-Lei n.º 95/2006 estabelece o regime aplicável à informação pré-contratual e aos contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância pelos prestadores autorizados a exercer a sua atividade em Portugal e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, relativa a comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores.

requisitos legais para a qualificação de uma certa associação enquanto associação de defesa dos investidores.

De acordo com o n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 294/2003, a decisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários quanto à concessão ou recusa do registo é tomada no prazo de 30 dias a contar da receção dos documentos acima referidos. A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários pode solicitar, complementarmente, quaisquer documentos ou informações que considere necessários à verificação dos requisitos de que depende o registo, ficando nesse caso suspenso o prazo, conforme estabelecido no n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 294/2003. Após esse prazo, a decisão é imediatamente notificada à associação de defesa dos investidores e, em caso de recusa, devidamente fundamentada, nos termos do artigo 5.º referido diploma.

O registo de uma associação de defesa dos investidores junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários pode caducar se deixar de reunir os requisitos que levaram à concessão do registo, devendo a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários conceder um prazo de 15 dias, desde que teve conhecimento, à associação para suprir essa falta, de acordo com o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 294/2003. Por imposição do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 294/2003, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários divulga, através do seu sistema de difusão de informação, a lista atualizada de associações de defesa de investidores e de federações[12] registadas.

O Decreto-Lei n.º 294/2003 visou, ainda, completar o quadro dos direitos a reconhecer às associações de defesa dos investidores, agrupando-os em três: o direito de participação (artigo 8.º), o direito de consulta e informação (artigo 9.º) e o direito de agrupamento (artigo 10.º).

O primeiro consiste na participação das associações de defesa dos investidores na definição das grandes linhas de orientação legislativa relacionadas com o mercado de instrumentos financeiros, em especial com as políticas de proteção do investidor, através da elaboração de pareceres, estudos ou relatórios[13].

[12] Com base no artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 294/2003, as federações são registadas junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários nos mesmos termos das associações.

[13] Este direito institucional e orgânico confere às associações de defesa dos investidores a possibilidade de exercer, com conhecimento de causa a sua influência sobre determinadas decisões, cfr. Sofia Nascimento Rodrigues, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 77.

Igualmente, o n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 294/2003 estabelece o dever de o órgão com competência regulamentar ouvir as associações de defesa dos investidores, aquando da elaboração de um regulamento, devendo-se, no nosso entendimento, apenas considerar os regulamentos relacionadas com o mercado de instrumentos financeiros, em especial com as políticas de proteção do investidor, tal como estabelecido no n.º 1 do mesmo artigo.

O segundo traduz-se no direito de consultar os registos de natureza pública realizados pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, bem como de serem esclarecidas sobre a informação posta à disposição dos investidores por aquela entidade.

Nos termos do n.ºs 2 e 3 do artigo 365.º do Código dos Valores Mobiliários, os registos efetuados pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários são públicos, salvo quando da lei resulte o contrário, e Os documentos que tenham servido de base aos registos são públicos, salvo quando contenham dados pessoais que não constem do registo ou este tenha sido efetuado no âmbito de processo de contraordenação ou de averiguações ainda em curso ou que, por qualquer outra causa, estejam sujeitos a segredo.

Por último, o terceiro consiste no direito das associações de defesa dos investidores se agruparem em federações de âmbito regional, nacional ou internacional com fins idênticos aos seus, facilitando, deste modo, a congregação de esforços na defesa dos investidores no âmbito de várias associações e casos concretos de prejuízo dos investidores que tenham traços comuns[14].

2. Os investidores em criptoativos

Os criptoativos são representações digitais[15] de valor ou de direitos, suscetíveis de serem transmitidas e armazenadas em tecnologias de registo distribuído[16]. As tecnologias de registo distribuído são normalmente definidas

[14] Não existe, no entanto, qualquer registo de uma federação junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

[15] Por outras palavras, os criptoativos são meros pedaços ou cadeias de informação digital ("*strings of data*"), cfr. José Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 81 – Vol. I/II – Jan./Jun. 2021, p. 145, disponível em: https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2021/.

[16] Para uma explicação das bases da tecnologia *Blockchain* cfr**.** J. H. Witte, *The Blockchain: A Gentle Introduction*, 2016, disponível em: https://papers.ssrn.com/; e Narayanan Joseph Bonneau, Edward Felten, Andrew Miller e Steven Goldfeder, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction,* 2016, disponível em: https://lopp.

como uma base de dados distribuída e imutável, gerida de forma descentralizada e, geralmente, de forma autónoma, com uma verificação algorítmica e criptográfica associada. Dentro das tecnologias de registo distribuído, existem várias tecnologias diferentes, como a *Blockchain*, a *Hashgraph* e a *Holochain*, sendo que a que mais se destaca é, indubitavelmente, a *Blockchain*. As tecnologias de registo distribuído permitem, nomeadamente, resolver o problema do duplo gasto, sem intermediários, no plano digital. Este problema está normalmente associado à possibilidade de, numa rede informática, poder-se facilmente duplicar informação.

O primeiro criptoativo foi a *bitcoin*, criada em janeiro de 2009[17], e hoje em dia existem mais de 13 mil criptoativos diferentes. A *Ethereum*, criada em 2014, estabeleceu um grande marco, uma vez que, ao contrário da rede da *Bitcoin* que usa uma linguagem *Script*, a rede da *Ethereum* utiliza a linguagem *Solidity*[18], uma linguagem computacionalmente universal que permite a qualquer pessoa, que conheça o funcionamento das tecnologias de registo distribuído, emitir facilmente criptoativos[19].

Desde o início que se associaram os criptoativos ao conceito de "moeda", sobretudo, pelas finalidades dos emitentes de criptoativos criarem um

net/pdf/princeton_bitcoin_book.pdf. Quando se envia um documento eletronicamente, o que estamos a enviar é uma cópia desse documento. Ora, a transferência de ativos (dinheiro, ações, obrigações e patentes) não se compadece com o envio de cópias. Tradicionalmente, este desafio é solucionado com o recurso a uma entidade terceira central, que garante a autenticidade e a validade da informação. A rede garante que cada informação é única e imutável.

[17] O artigo "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*" foi publicado no dia 31 de outubro de 2008, cuja autoria pertence ao desconhecido, ou grupo de desconhecidos, chamado "Satoshi Nakamoto", e encontra-se disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. No entanto, o primeiro bloco da rede Bitcoin foi apenas criado em 12 de janeiro de 2009 e a primeira transação comercial foi realizada em 2010 para a compra de 2 pizzas por 10.000 bitcoins, cfr. Usman W. Chohan, *A History of Bitcoin*, 2017, pp. 3 e ss., disponível em: https://papers.ssrn.com/.

[18] Cfr. Sandra van Heukelom, Olivier Rikken, *et al*., "Legal aspects of smart contracts", in *The Legal Aspects of Blockchain*, UNOPS, Copenhaga, 2018, p. 89.

[19] Os criptoativos originários de uma rede de tecnologia de registo distribuído, como a rede *Ethereum*, chamam-se *coins* (ethers, neste caso) e os criptoativos que são criados a partir de uma rede de tecnologia de registo distribuído já existente dá-se o nome de *tokens*. No entanto, por uma questão de simplicidade de exposição, trataremos estas duas realidades de igual forma com o termo "criptoativos", exceto nos casos em que se justifique essa distinção. Também é comum a utilização do termo "*token*" para referir a ambas as realidades, correspondendo, portanto, ao que apelidamos de criptoativos.

sistema eletrónico de pagamentos, sem recurso a intermediários[20]. De facto, os criptoativos têm sido utilizados enquanto meio de pagamento, isto é, como unidades através das quais se expressam os preços de produtos e serviços comercializados na internet[21].

No entanto, essa utilização como meio de pagamento é relativamente reduzida. Segundo dados de dezembro de 2020, apenas 15.174 empresas, em todo o mundo, aceitam *bitcoin* como meio de pagamento[22]. Um dos aspetos mais relevantes que prejudica a função monetária dos criptoativos é a volatilidade que lhes está associada[23]. No dia 28 de outubro de 2020, o valor de uma *bitcoin* era cerca de 11.500 euros e, no dia 28 de outubro de 2021, cerca de 52.500 euros[24].

Para a resolução deste aspeto, alguns agentes do mercado desenvolveram criptoativos estáveis (conhecidas como *stablecoins*)[25], associando as variações do seu valor ao valor de alguma moeda oficial ou ativo estável. Dentro desta realidade dos criptoativos estáveis, destacamos o projeto Diem do Facebook[26]. Este projeto ainda não foi implementado, mas já suscitou várias reações de preocupação nas autoridades de vários países, por este projeto consistir na emissão de um criptoativo estável para servir de meio de pagamento na rede social Facebook, chegando a mais de 2 mil

[20] Foi esta uma das principais razões para a criação da *Bitcoin*, de acordo com o artigo "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*" de "Satoshi Nakamoto", disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.

[21] Cfr. Paulo Duarte, "Obrigações de Dinheiro (Obrigações Monetárias) e Obrigações de Bitcoins", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 14, 2018 pp. 366 e ss., disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_14_completo.pdf.

[22] Dados disponíveis em: https://www.fundera.com/resources/how-many-businesses-accept-bitcoin. Para se ter noção do quão diminuto é o número referido, o número de empresas em Portugal, em 2019, é de 1.335.006, de acordo com a Pordata cfr. https://www.pordata.pt/Portugal/Empresas+total-2854.

[23] Cfr. José Engrácia Antunes, "As Criptomoedas", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 81 – Vol. I/II – Jan./Jun. 2021, p. 141, disponível em: https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2021/.

[24] Dados disponíveis em: https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin/.

[25] O primeiro criptoativo estável foi o Tether, criado em 2014. O seu valor é indexado ao dólar americano, cfr. Usman W. Chohan, *Are Stable Coins Stable?*, 2019, p. 2, disponível em: https://papers.ssrn.com/.

[26] O projeto inicialmente chamava-se Libra e foi anunciado em junho de 2019. Sobre este projeto, cfr. Pedro Ferreira Malaquias, "Cripto-ativos e a necessidade da sua regulação", in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários – 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 228.

milhões de pessoas[27] e podendo, assim, alterar em grande medida a realidade atual em que a utilização de criptoativos enquanto meio de pagamento é escassa (como demonstrado acima).

Não estando este projeto implementado e não tendo as *stabecoins* atuais uma adoção massiva como meio de pagamento de bens e serviços[28], os criptoativos são sobretudo utilizados como ativos de investimento[29], ou seja, aproximando-se aos instrumentos financeiros. Já desde 2017 que a *Securities Exchange Commission*, dos Estados Unidos da América, tem investigado criptoativos que possam qualificar-se enquanto *securities*[30], e, em 23 de julho de 2018, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários emitiu o "Comunicado

[27] Dados disponíveis em: https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/.

[28] No entanto, as *stablecoins* têm crescido em valor, triplicado em 2021 em relação ao ano transato, passando a valer 92 mil milhões de euros no primeiro semestre de 2021, cfr. Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, *Report on Trends, Risks and Vulnerabilities*, n.º 2, 2021, disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-165-1842_trv2-2021.pdf.

[29] Tal como concluído pelo Banco de Portugal, *vd*. https://www.bportugal.pt/page/criptoativos-stablecoins-e-euro-digital-descubra-diferencas-1.

[30] O caso mais paradigmático tratou-se da investigação dos tokens de um projeto chamado DAO da empresa alemã Slock.it. A *Securities Exchange Commission* espoletou uma investigação para aferir se se aplicaria o regime das *securities* a estes criptoativos. Tendo como referência o *white paper* do projeto e a negociação dos criptoativos DAO no mercado secundário, o relatório de investigação concluiu, através do *Howey Test*, que os criptoativos em causa eram *securities* e, por consequência, dever-se-ia aplicar o *Securities Act* de 1933. O *Howey Test* consiste, basicamente, na aferição se se está perante *securities,* quando a relação entre as partes envolve um contrato de investimento em que uma das partes investe num determinado empreendimento cujos rendimentos advêm do esforço de terceiros. O *Howey Test* advém do caso SEC v. Howey Co no caso SEC vs W.J.Howey Co. 328 U.S. 298: "*any contract that is (1) an investment of money (2) in a common enterprise (3) with an expectation of profits (4) arising solely from the efforts of a promoter or third party*". Sentença consultável em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/case.html. Neste caso de 1946, a empresa *Howey Company* decidiu vender metade dos seus terrenos e celebrar com os compradores contratos de arrendamento para continuar a explorar os mesmos terrenos. Tal espoletou interesses especulativos de vários investidores, o que chamou a atenção da *Securities Exchange Commission* que avançou com uma ação para o Tribunal considerar tais contratos como *securities*. O caso chegou ao Supremo Tribunal Americano que determinou que os contratos em causa eram contratos de investimento, devendo, por isso, ser considerados *securities*, e estabeleceu os critérios para aferir se certo contrato é um contrato de investimento ou não, passando-se esta análise a chamar de *Howey Test.*

da CMVM às entidades envolvidas no lançamento de «*Initial Coin Offerings*» (ICOs) relativo à qualificação jurídica dos *tokens*"[31].

Mesmo que haja criptoativos que não se qualifiquem enquanto instrumentos financeiros, o comportamento dos investidores perante estes ativos é similar, ou muito próximo, ao comportamento dos investidores perante instrumentos financeiros – os criptoativos são percecionados pelos interessados na sua aquisição não só como meios de troca, mas também e especialmente como produtos de investimento, independentemente dos direitos subjacentes a esses ativos –, fazendo-nos questionar se uma associação com o objeto dedicado à defesa dos investidores em criptoativos pode enquadrar-se no mesmo regime que as associações de defesa dos investidores.

3. A não aplicabilidade do regime das associações de defesa dos investidores aos investidores em criptoativos

Com vista a apurar-se a aplicabilidade do regime das associações de defesa dos investidores, é necessário ter em conta o intuito dos direitos nesse mesmo regime. Ora, esse intuito parece centrar-se na promoção da defesa das pretensões dos investidores não profissionais (titulares de pequenos lotes de instrumentos financeiros) que, face aos elevados custos dos litígios judiciais e de outros meios, beneficiam da possibilidade de se associarem[32].

Essa defesa só é viável se existirem normas de proteção dos investidores, algo que sucede no âmbito dos instrumentos financeiros. O Código dos Valores Mobiliários é preenchido por um vasto leque de deveres de informação, diligência e organização, a cargo dos emitentes, intermediários financeiros, entidades gestoras de estruturas de mercado e outros sujeitos, com vista à proteção dos investidores – atuais e potenciais[33]. Consagra-se legalmente, desta forma, o princípio da proteção dos legítimos interesses dos investidores, princípio que se relaciona, de forma estreita, com a proteção da eficiência dos mercados e com a redução das assimetrias informativas[34].

[31] O comunicado apresenta uma análise da subsunção dos criptoativos ao conceito de valor mobiliário constante do artigo 1.º do Código dos Valores Mobiliários. O comunicado pode ser consultado em: https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180723a.aspx.

[32] Cfr. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 258.

[33] Cfr. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 255.

[34] Cfr. Luís Guilherme Catarino, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamentos e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Alme-

Ademais, o Decreto Lei n.º 222/99, de 22 de junho, criou o Sistema de Indemnização aos Investidores, transpondo para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 97/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de março. O Sistema de Indemnização aos Investidores é uma pessoa coletiva de direito público com o objetivo de proteger os investidores e que funciona junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Nos termos do artigo 3.º do Decreto Lei n.º 222/99, este Sistema garante a cobertura dos créditos de que seja sujeito passivo uma entidade participante em consequência de incapacidade financeira desta para, de acordo com as condições legais e contratuais aplicáveis, reembolsar ou restituir aos investidores os fundos que lhes sejam devidos ou que lhes pertençam e que se encontrem especialmente afetos a operações de investimento, ou que sejam detidos, administrados ou geridos por sua conta no âmbito de operações de investimento.

Last but not least, refere-se os Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 5/2015) que estabelecem, na alínea a) do n.º 2 do seu artigo 4.º, como atribuições desta Comissão regular e supervisionar os mercados de instrumentos financeiros, promovendo a proteção dos investidores. Neste contexto, deve-se interpretar "investidores" como, apenas, os investidores desses mercados, face à natureza das normas cujo cumprimento a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários está obrigada a fiscalizar.

Relativamente aos investidores em criptoativos, se estes se qualificarem enquanto instrumentos financeiros, não haverá nenhuma diferenças de regimes. Aplicar-se-ão as mesmas normas de proteção do Código dos Valores Mobiliários e, desta forma, a uma associação de defesa de investidores em criptoativos que se qualifiquem enquanto instrumentos financeiros, aplicar-se o regime das associações de defesa dos investidores, acima exposto.

No entanto, a maior parte dos criptoativos não se qualificam enquanto instrumentos financeiros e, portanto, os investidores neste tipo de ativos não recebem a mesma proteção dos investidores em instrumentos finan-

dina, Coimbra, 2010, p. 282; Rui Polónia, *Deveres de Informação dos Intermediários Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 104 e ss.. No documento "Objectives and Principles of Securities Regulation", datado de maio de 2017, a IOSCO refere que os três objetivos da regulação dos valores mobiliários são: proteger os investidores; assegurar que os mercados são justos, eficientes e transparentes; e reduzir o risco sistémico, cfr. IOSCO, *Objectives and Principles of Securities Regulation*, 2017, disponível em: https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD561.pdf.

ceiros, nem qualquer proteção específica – apenas a proteção que decorre das normas gerais do Direito. Igualmente, os criptoativos que não se qualificam enquanto instrumentos financeiros não se enquadram no perímetro de supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, entidade responsável pela avaliação dos requisitos legais das associações de defesa dos investidores.

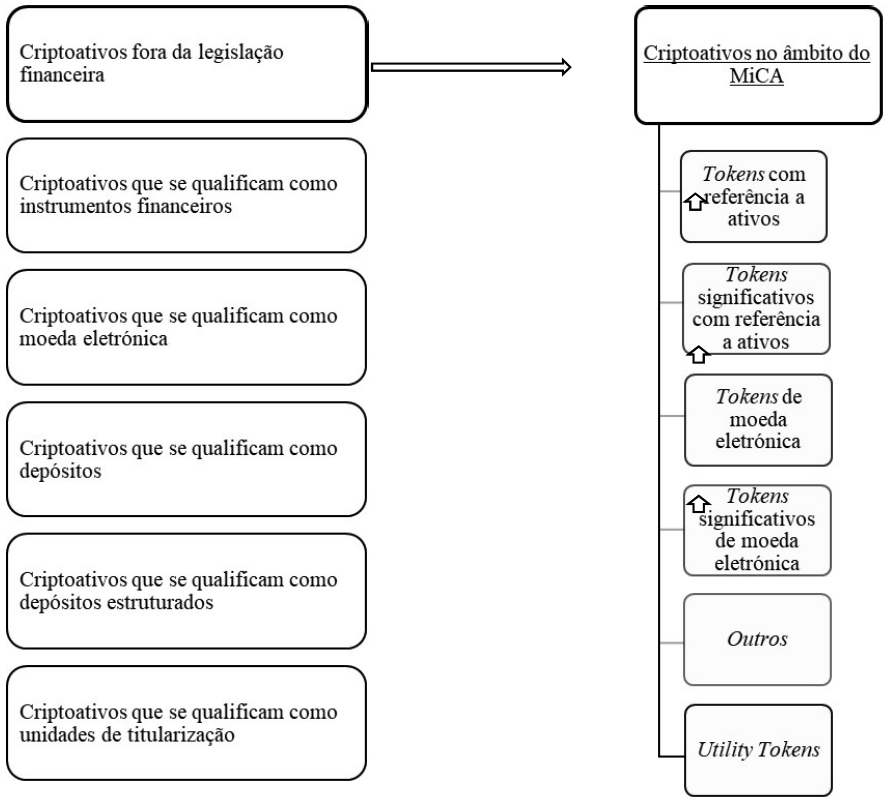
Face ao exposto, não nos faz sentido que o regime das associações de defesa dos investidores abranja associações tenham como objeto principal apenas a defesa dos investidores em criptoativos. No entanto, existirá em breve um regime específico para o mercado de criptoativos na União Europeia, o que poderá alterar a nossa resposta, pelo que dedicaremos as próximas páginas à exposição do que poderá ser esse regime.

4. Proposta de Regulamento Europeu sobre o Mercado de Criptoativos (MiCA)

Em 24 de setembro de 2020, foi apresentada uma proposta de Regulamento Europeu sobre o mercado de criptoativos, por parte da Comissão Europeia, apelidado de MiCA (*Markets in Crypto-assets Act*). Como não existe um quadro regulamentar da União Europeia para os criptoativos, é notória a falta de confiança dos utilizadores de criptoativos e uma falta de segurança jurídica para as empresas que prestam serviços relativos a criptoativos, o que impede o desenvolvimento deste mercado, perdendo-se oportunidades em termos de serviços digitais inovadores, instrumentos de pagamento alternativos ou novas fontes de financiamento para as empresas da União Europeia. O objetivo do MiCA é eliminar os obstáculos ao estabelecimento de empresas e melhorar o funcionamento do mercado interno dos serviços financeiros, garantindo que as regras aplicáveis são totalmente harmonizadas. O MiCA parece também responder ao debate político sobre *stablecoins* globais causado pela proposta Libra do Facebook em junho de 2019[35].

O MiCA prevê uma tipologia de criptoativos que pode ser apresentada da seguinte forma:

[35] Cfr. Dirk Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas Arner e Ross Buckley, "The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy", in *European Banking Institute Working Paper Series,* No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059, 2020, p. 5.



Pelo exposto, verifica-se que foram categorizados os criptoativos que se encontram fora da legislação financeira, que correspondem à maioria dos criptoativos existentes, incluindo, desse modo, os criptoativos mais conhecidos como a bitcoin e o ether. A Comissão Europeia decidiu endereçar apenas esses criptoativos que se encontram fora da legislação financeira, uma vez que são estes que expõem os seus utilizadores e a integridade do mercado a riscos relevantes. Assim e de acordo com o artigo 2.º do MiCA, estão excluídos do âmbito do diploma os criptoativos que se qualifiquem como instrumentos financeiros, moeda eletrónica (exceto quando forem *tokens* de moeda eletrónica), depósitos, depósitos estruturados e unidades de titularização.

Esta opção padece, contudo, de uma dificuldade. A qualificação jurídica de criptoativos tem sido um assunto controverso internacionalmente e a União Europeia não é exceção. Encontramos, por exemplo, diversas transposições diferentes da DMIF II no que concerne o conceito de valor mobi-

liário[36], o que dificultará sobremaneira o enquadramento da prestação de serviços de certos criptoativos no MiCA ou na DMIF II. Como a alteração da DMIF II nesse aspeto revelar-se-ia muito difícil, pelas diferentes perspetivas sobre o tema dos vários Estados Membros[37], apenas resta ao MiCA tentar mitigar este problema.

Face ao exposto, recomendaríamos que o MiCA incluísse mais disposições de convergência relativamente à qualificação jurídica de criptoativos[38], nomeadamente, através do estabelecimento de competências e deveres às Autoridades Europeias de Supervisão para emitirem orientações e pareceres sobre os critérios de qualificação, de uma forma genérica e, também, de uma forma concreta sobre certas ofertas de criptoativos. Deste modo, o trabalho gerado entre as Autoridades Europeias de Supervisão e as autoridades nacionais competentes poderá facilitar uma futura densificação do conceito de valor mobiliário e de outros conceitos na legislação financeira da União Europeia.

Passando às definições, os criptoativos são definidos no MiCA como representações digitais de valores ou direitos, que podem ser transferidos e

[36] Também se suscitam várias dúvidas relativamente à qualificação jurídica das *stablecoins* enquanto moeda eletrónica, instrumentos derivados ou unidades de participação de organismos de investimento coletivo. A qualificação jurídica do instrumento em causa impacta o regime aplicável e a autoridade competente, cfr. Dirk Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas Arner e Ross Buckley, "The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy", in *European Banking Institute Working Paper Series,* No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059, 2020, p. 8, disponível em: papers.ssrn.com.

[37] Estas diferentes perspetivas foram comprovadas no Anexo I do Relatório da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados com recomendações sobre o enquadramento dos criptoativos e das *Initial Coin Offerings* na legislação europeia, Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, *Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 2019, documento disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf.

[38] O MiCA atribui aos oferentes, primeiramente, a faculdade de qualificarem juridicamente os criptativos e de definirem a sua abrangência pelo MiCA, o que pode gerar conflitos de interesses e arbitragem regulatória, cfr. Dirk Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas Arner e Ross Buckley, "The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy", in *European Banking Institute Working Paper Series,* No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059, 2020, p. 23, disponível em: papers.ssrn.com.

armazenados eletronicamente, através da utilização de uma tecnologia de registo distribuído ou tecnologia similar, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, (2), do MICA.

Existem, dentro deste conceito, três categorias de criptoativos fora da legislação financeira que foram individualizados no MiCA, os *tokens* com referência a ativos[39] e *tokens* de moeda eletrónica e outros criptoativos.

É necessário, no entanto, fazer duas precisões. A primeira relativa ao facto de o elenco de categorias referido não ser fechado, podendo existir outras categorias de criptoativos, ficando esses sujeitos às normas genéricas do regime do MiCA, nos outros criptoativos. Apenas é especificada uma sub-categoria dentro desta categoria *catch-all*, que são os *utility tokens*. A segunda precisão consiste no lugar de destaque que têm duas das categorias, os *tokens* com referência a ativos e *tokens* de moeda eletrónica, face ao maior número de previsões específicas sobre estas categorias, estando as regras sobre a emissão de cada uma destas categorias autonomizadas em títulos do regime do MiCA, sendo criadas ainda sub-categorias, os *tokens* significativos com referência a ativos e os *tokens* significativos de moeda eletrónica.

Quanto à definição de cada categoria, comecemos pelos *tokens* com referência a ativos, que são definidos no MiCA como criptoativos cujo objetivo principal é serem usados como meio de troca, através da manutenção de um valor estável por referência ao valor de várias moedas fiduciárias, uma ou várias mercadorias ou um ou vários criptoativos, ou uma combinação de tais ativos, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea (3), do MiCA.

Os *tokens* de moeda eletrónica são definidos no MiCA como criptoativos cujo objetivo principal é serem usados como meio de troca e que visa manter um valor estável por ser denominado em unidades de uma moeda fiduciária, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1, alínea (3), do MiCA.

[39] O título desta categoria parece vir buscar inspiração *às asset backed securities*, associados aos créditos titularizados. "A história da emissão de asset backed securities em Portugal começou antes da entrada em vigor da Lei da Titularização, tendo as primeiras operações sido construídas simplesmente com base no instituto da cessão de créditos, tal como regulado pelo Código Civil, sendo o adquirente dos créditos financiado através da emissão de valores representativos de dívida que, face à ausência de outras actividades ou passivos ao nível do balanço do emitente, ficavam estruturalmente associados aos créditos por ele adquiridos", Pedro Cassiano Santos e André Figueiredo, "O mercado português da titularização de créditos: diversificação e maturidade" in *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 358.

Conforme o artigo 3.º, n.º 1, alínea (5), do MiCA, os *utility tokens* são definidos no MiCA como criptoativos que se destinam a garantir o acesso eletrónico a uma aplicação, a serviços ou a recursos disponíveis numa estrutura de tecnologia de registo distribuído, sendo aceites pelo emitente unicamente para esse efeito. Estão abrangidos nos criptoativos que não são *tokens* com referência a ativos nem *tokens* de moeda eletrónica, sendo-lhes aplicável as regras do segundo título, quando à sua emissão e admissão à negociação.

Os *tokens* significativos com referência a ativos e os *tokens* significativos de moeda eletrónica são *tokens* com referência a ativos e *tokens* de moeda eletrónica que podem ser considerados significativos, em termos de suscetibilidade de serem amplamente adotados pelos consumidores e, como resultado, levantarem desafios adicionais à estabilidade financeira, à política monetária ou à soberania monetária. Assim, para aferir essa significância, o MiCA prevê, nos seus artigos 39.º e 50.º, que a Autoridade Bancária Europeia deve estabelecer essa classificação com base em pelo menos três dos seguintes cinco critérios: (i) tamanho da base de clientes e de acionistas dos emitentes; (ii) valor dos *tokens* emitidos e a sua capitalização em mercado; (iii) número e valor das transações; (iv) tamanho da reserva de ativos (moedas fiduciárias, mercadorias e criptoativos); a importância significativa das atividades internacionais do emitente; e (v) a interconectividade com o sistema financeiro.

Depois de um título primeiro relativo ao objeto, âmbito e definições, o segundo título dedica-se às regras sobre as ofertas públicas e distribuição de criptoativos que não são *tokens* com referência a ativos nem *tokens* de moeda eletrónica. Os terceiro e quarto títulos são os dois títulos a que nos referíamos anteriormente, ou seja, nestes tiítulos estão previstas as disposições específicas sobre a emissão de *tokens* com referência a ativos e *tokens* de moeda eletrónica. O quinto título refere-se às condições de autorização e exercício da atividade aplicáveis aos prestadores de serviços relativos a criptoativos e o sexto título prevê as regras de prevenção de abuso de mercado relativo a criptoativos. Por último, os sétimo, oitavo e nono títulos referem-se às competências da Autoridade Bancária Europeia e da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, aos atos delegados e às disposições finais e transitórias, respetivamente.

São objeto, assim, do MiCA os requisitos de transparência e divulgação para a emissão e admissão à negociação de criptoativos, a autorização e supervisão de prestadores de serviços relativos criptoativos e emitentes

de *tokens* com referência a ativos e *tokens* de moeda eletrónica, a operação, organização e governação de emitentes de *tokens* com referência a ativos, emitentes de *tokens* de moeda eletrónica e prestadores de serviços relativos a criptoativos, regras de proteção dos consumidores e investidores[40] e medidas para prevenir o abuso de mercado e garantir a integridade do mercado de criptoativos.

Do ponto de vista subjetivo, ficam excluídos do âmbito do MiCA o BCE, o BEI, o Fundo Europeu de Estabilização Financeira, o Mecanismos Europeu de Estabilidade, bancos centrais, empresas de seguros, administradores de insolvência no processo de insolvência, pessoas que apenas prestam serviços relativos a criptoativos no seu grupo empresarial e organizações públicas internacionais, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, do MiCA.

As instituições de crédito ficam dispensadas de cumprir alguns requisitos organizacionais do MiCA, em certas situações, nomeadamente, quando emitem *tokens* com referência a ativos, quando emitem *tokens* significativos com referência a ativos, bem como quando prestam serviços relativos a criptoativos (artigo 2.º, n.ºs 4 e 5, do MiCA).

Para as empresas de investimento, existem isenções quanto aos requisitos de prestação de serviços relativos a criptoativos, quando estas estão autorizadas a prestar atividades de intermediação financeira que sejam consideradas pelo MiCA como equivalente à aqueles, nos termos do seu artigo 2.º, n.º 6, designadamente, as atividades de gestão de plataformas de negociação[41] (considerada equivalente às atividades exploração de sistemas multilaterais de negociação ou sistemas organizados de negociação), de troca de criptoativos por cripotativos ou moeda fiduciária[42] (considerada equivalente à atividade de negociação por conta própria de instrumentos

[40] Consumidor e investidor não são figuras coincidentes. Enquanto o ato de consumo representa a destruição do valor criado, o ato de investir traduz a conversão de valor, colocando-o a render, cfr. Sofia Nascimento Rodrigues, *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 68. Nessa medida, o MiCA visa a proteção de ambas as figuras, devido à multiplicidade de finalidades dos criptoativos, sendo as que mais se destacam a de pagamento (consumo) e a de investimento.

[41] Atividade definida na alínea (11) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA como a gestão de uma ou mais plataformas de negociação de criptoativos, nas quais as pessoas interessadas na compra e venda de criptoativos podem interagir por forma a que tal resulte num contrato, seja trocando um criptoativo por outro ou um criptoativo por moeda com curso legal.

[42] Atividade definida nas alíneas (12) e (13) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA como a celebração de contratos de compra ou venda relativos a criptativos com terceiros, sendo a contraprestação moeda com curso legal ou outros criptoativos, usando capital próprio.

financeiros), de execução de ordens de terceiros relativas a criptoativos[43] (considerada equivalente à atividade de execução de ordens em nome de clientes), de colocação de criptoativos[44] (considerada equivalente à atividade de colocação com ou sem garantia de instrumentos financeiros), de receção e transmissão de ordens relativas a criptoativos[45] (considerada equivalente à atividade de receção e transmissão de ordens relativas a um ou mais instrumentos financeiros) e de consultoria sobre criptoativos[46] (considerada equivalente à atividade de consultoria para investimento).

A única atividade qualificada como serviço relativo a criptoativos[47] no MiCA que não foi acima referida é a de custódia e administração de criptoativos, definida como a custódia e controlo, em nome de terceiros, de criptoativos, quando aplicável na forma de chaves criptográficas privadas[48].

Como medida de proteção dos investidores, os emitentes de criptoativos são obrigados a produzir e publicar um documento de informação (um *white paper*) contendo divulgações obrigatórias. O *white paper* deve incluir informações gerais sobre o emitente, sobre o projeto associado aos criptoa-

[43] Atividade definida na alínea (14) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA como a celebração de acordos para comprar, vender ou subscrever um ou mais criptoativos em nome de terceiros.

[44] Atividade definida na alínea (15) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA como a distribuição de criptoativos recém-emitidos ou de criptoativos já emitidos, mas não admitidos à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos, para compradores específicos, não consubstanciando uma oferta ao público nem aos detentores dos criptoativos emitidos.

[45] Atividade definida na alínea (16) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA como a recepção de uma ordem de compra, venda ou subscrição de criptoativos e a transmissão dessa ordem a um terceiro para execução da mesma.

[46] Atividade definida na alínea (17) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA como o ato de prestar ou concordar em prestar aconselhamentos personalizados ou específicos a um terceiro, a pedido de terceiro ou por iniciativa do prestador de serviços de criptoativos que prestar o aconselhamento, que concerne a aquisição ou venda de um ou mais criptoativos ou a utilização de serviços relativos a criptoativos.

[47] Qualquer pessoa que preste um serviço relativo a criptoativos, a título profissional, deve ser considerada um «prestador de serviços relativo a criptoativos» e estar sujeita ao MiCA, segundo a alínea (8) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA.

[48] Cfr. alínea (10) do n.º 1 do artigo 3.º do MiCA. Outra atividade de investimento não foi acolhida pelo MiCA, a gestão de carteiras, sem nenhuma razão aparente, pelo que, recomendaríamos a sua inclusão. Convergentemente, Dirk Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas Arner e Ross Buckley, "The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy", in *European Banking Institute Working Paper Series*, No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059, 2020, p. 5, disponível em: papers.ssrn.com.

tivos, sobre a oferta pública de criptoativos ou sua admissão à negociação, sobre os direitos e obrigações inerentes aos criptoativos, as informações, sobre a tecnologia subjacente utilizada e sobre os riscos relacionados, nos termos do artigo 7.º do MiCA.

Face ao caráter núpero dos criptoativos, é previsto um procedimento de comunicação prévia do *white paper* com um prazo de vinte dias úteis antes da data de publicação da oferta, nos termos do artigo 8.º do MiCA, não sendo previsto um processo de autorização como sucede com os prospetos das ofertas públicas de valores mobiliários. Contudo, as autoridades competentes têm o poder de exigir alterações ao *white paper*, de suspender ou proibir a oferta ou a admissão a negociação e de publicar os incumprimentos detetados, nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do MiCA. Na comunicação prévia referida, os emitentes devem explicar porque é que os criptoativos previstos no *white paper* não devem ser considerados instrumentos financeiros, moeda eletrónica, unidades de titularização, depósitos nem depósitos estruturados.

Relativamente às ofertas de criptoativos, são utilizados vários termos para nomear as pessoas que adquirem os criptoativos das ofertas, designadamente, "consumidores", "investidores", "detentores", "compradores" e "adquirentes". Apesar de nenhum dos termos estar errado, consideramos que a homogeneização da terminologia seria importante para tornar o diploma mais claro. Recomendamos, deste modo, que se utilize um dos termos mais neutros, como "detentores" ou "adquirentes", uma vez que um criptoativo pode contemplar várias finalidades simultaneamente, de consumo e de investimento[49].

Por outro lado, o conceito de emitente no diploma afigura-se muito abrangente, ao referir-se a qualquer pessoa jurídica que oferece ao público qualquer tipo de criptoativos ou procura obter a admissão de tais criptoativos numa plataforma de negociação de criptoativos[50]. Neste caso, recomen-

[49] Jonathan Rohr e Aaron Wright, "Blockchains, Private Ordering, and the Future of Governance", in *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges*, Philipp Hacker, Ioannis Lianos, Georgios Dimitropoulos e Stefan Eich (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 53.

[50] O MiCA não define emissão de criptoativos, o que também dificulta, a perceção do que é um emitente, cfr. Dirk Zetzsche, Filippo Annunziata, Douglas Arner e Ross Buckley, "The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy", in *European Banking Institute Working Paper Series,* No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty

damos uma divisão deste conceito em oferentes e pessoas que procuram admissão à negociação, tal como é feito no Regulamento (UE) 2017/1129 relativo ao prospeto a publicar em caso de oferta de valores mobiliários ao público ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado, dado que poderá fazer sentido existirem regras diferentes para cada uma destas figuras. A admissão à negociação poderá ter regras mais exigentes, face a estar em causa indubitavelmente uma finalidade de investimento, enquanto nas ofertas podermos estar perante criptoativos com uma finalidade exclusivamente de consumo, não fazendo sentido existirem tantas exigências para os oferentes nesse contexto.

No que concerne as regras previstas no MiCA, os detentoress de criptoativos, que não sejam *tokens* com referência a ativos nem *tokens* de moeda eletrónica, devem dispor de um prazo de 14 dias para exercer o direito de resolução do contrato celebrado com o emitente ou com os prestadores de serviços relativo a criptoativos, sem necessidade de indicar qualquer motivo, e sem incorrer em quaisquer custos, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, do MiCA[51]. Todos os pagamentos recebidos de um consumidor devem ser reembolsados no prazo de 14 dias a partir do dia em que o emitente de criptoativos ou o prestador de serviços relativo a criptoativos é informado da decisão do consumidor de rescindir o contrato, com base no artigo 12.º, n.º 2, do MiCA.

O considerando (16) do MiCA refere que a legislação horizontal da União Europeia que garante a proteção do consumidor, como a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho ou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores , incluindo quaisquer obrigações de informação neles contidas, permanece aplicável a essas ofertas públicas de criptoativos, sempre que pressuponham relações entre empresas e consu-

of Law Research Paper No. 2020/059, 2020, p. 25, disponível em: papers.ssrn.com. Nas tecnologias de registo distribuído é particularmente difícil definir emitente, porque até poderá não existe alguém que controle a criação de um criptoativo, porque a rede é, desde o início, descentralizada, ou porque não existe qualquer rasto de quem é o emitente, como na bitcoin, cfr. Agata Ferreira, Philipp Sandner e Thomas Dünser, *Cryptocurrencies, DLT and crypto assets – the road to regulatory recognition in Europe*, 2021, p. 1, disponível em: papers.ssrn.com.

[51] Este direito não é aplicável na aquisição de criptoativos admitidos à negociação, nos termos do artigo 12.º, n.º 4, do MiCA.

midores. No entanto, parece-nos que a referência à Diretiva 2011/83/UE não parece correta, porque o MiCA *esvazia* as suas disposições, tal como sucede no Regulamento (UE) 2020/1503, porque o MiCA já contempla deveres de informação pré-contratual e o direito de resolução aos detentores de criptoativos.

Os emitentes de criptoativos, que não sejam *tokens* com referência a ativos nem *tokens* de moeda eletrónica, que estabelecerem um limite temporal para sua oferta ao público, devem publicar no seu site o resultado da oferta no prazo de 16 dias úteis a partir do fim do período de subscrição e devem ter mecanismos eficazes para monitorizar e proteger os fundos, ou outros criptoativos, recebidos durante a oferta, devendo ser mantidos sob custódia numa instituição de crédito no caso de recebimento de moeda fiduciária ou num prestador de serviços de custódia de criptoativos, nos termos do artigo 9.º do MiCA.

Adicionalmente, são previstos deveres para os emitentes de criptoativos, no artigo 13.º, n.º 1, do MiCA, designadamente, deveres de agir com honestidade, justiça e profissionalismo, de comunicar com os adquirentes de criptoativos de forma justa, clara e não enganosa, de prevenir, identificar, gerir e divulgar quaisquer conflitos de interesses que possam surgir, de dispor de mecanismos administrativos eficazes e de manter todos os seus sistemas e protocolos de segurança conforme os *standards* aplicáveis da União Europeia.

Certas ofertas de criptoativos, que que não sejam *tokens* com referência a ativos nem *tokens* de moeda eletrónica, estão isentas destas obrigações (artigo 4.º, n.º 2, do MiCA), nomeadamente: (i) as ofertas gratuitas de criptoativos[52]; (ii) a criação automática de criptoativos através da *mineração*[53], como recompensa pela manutenção ou validação de transações numa tecnologia de registo distribuído ou tecnologia similar; (iii) as ofertas

[52] Para a oferta ser considerada gratuita, os potenciais adquirentes de criptoativos não podem fornecer ou comprometer-se a fornecer dados pessoais ao emitente, como contraprestação dos criptoativos e os emitentes dos criptoativos não podem receber quaisquer taxas, comissões, benefícios monetários ou não monetários em contrapartida dos criptoativos, conforme previsto no artigo 4.º, n.º 2, parágrafo 2, do MiCA.

[53] A *mineração* refere-se apenas ao mecanismo de consenso *proof-of-work*, suscitando-se dúvidas se o MiCA pretendeu incluir todos os mecanismos de consenso ou só o *proof-of-work*. A posição mais razoável é a de considerar todos os mecanismos de consenso, devendo isso ficar clarificado através da inclusão no MiCA de uma definição de mecanismo de consenso, que não precisa de ser uma definição técnica, mas que sirva apenas para delimitação do âmbito do termo utilizado.

de criptoativos que não são fungíveis, ou seja, de *non-fungible tokens*; (iv) as ofertas de criptoativos dirigidas a menos de 150 pessoas singulares ou coletivas por Estado Membro, agindo por conta própria; (v) as ofertas cujo valor total na União Europeia não exceda 1 milhão de euros, ou o equivalente correspondente noutra moeda ou em criptoativos, durante um período de 12 meses; (vi) as ofertas de criptoativos dirigidas exclusivamente a investidores qualificados[54], na condição dos criptoativos só poderem ser detidos por esses investidores qualificados.

São previstas algumas regras específicas para *utility tokens*, como a previsão de prazo de doze meses de duração máxima para as ofertas públicas de *utility tokens* que garantam o acesso a serviços que ainda não estejam em operação (artigo 4.º, n.º 3, do MiCA) e a obrigação dos emitentes de *utility tokens* preverem que os *utily tokens* emitidos podem não ser trocados pelo bem ou serviço prometido, especialmente em caso de falha ou descontinuação do projeto (artigo 5.º, n.º 5, alínea d), do MiCA)[55].

Nas emissões de *tokens* com referência a ativos, são estabelecidas exigências acrescidas, como a necessidade dos emitentes e os *white papers* terem que se sujeitar a um processo de autorização conduzido pela autoridade competente (artigos 15.º, 16.º e 18.º do MiCA), tendo em conta os maiores riscos, em termos de proteção do consumidor e integridade do mercado, associados à adoção em massa destes criptoativos como meio de pagamento. Estas exigências não se aplicam a ofertas dirigidas exclusivamente a investidores qualificados ou se o saldo médio relativo aos ativos não ultrapassar 5 milhões euros, durante um período de 12 meses (artigo 12.º, n.º 2, do MiCA).

De forma a mitigar os riscos que possam afetar a estabilidade, são previstos requisitos de capital aos emitentes de *tokens* referentes a ativos, ficando sujeitos a deterem, a todo o momento capitais próprios pelo menos iguais a 350 mil euros ou a 2% do valor médio dos ativos de reserva, consoante qual seja maior, nos termos do artigo 31.º, n.º 1, do MiCA[56]. Quando um emitente oferece mais do que uma categoria de criptoativos, a percen-

[54] Tal como definidos na alínea e) do artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 2017/1129.

[55] As regras específicas sobre *utility tokens* são escassas e de relevância secundária, podendo justificar-se a eliminação desta sub-categoria, em benefício da simplicidade e clareza do diploma.

[56] Nos termos do artigo 41.º, n.º 4, do MiCA, os requisitos de capital para os emitentes de *tokens* significativos com referência a ativos são de 350 mil euros ou a 3% do valor médio dos ativos de reserva, consoante qual seja maior.

tagem referida deve reportar-se a cada uma das categorias de *tokens* com referência a ativos, com base no artigo 31, n.º 1, terceiro parágrafo, do MiCA.

O MiCA também prevê a existência de uma reserva de ativos que todos os emitentes de *tokens* com referência a ativos devem constituir para funcionar como mecanismo de estabilização, devendo os seus detalhes estar expostos no *white paper* (artigo 17.º do MiCA).

Assim, estes emitentes devem assegurar a gestão prudente de tal reserva de ativos e devem, em particular, assegurar que a criação e destruição (*burns*) de *tokens* com referência a ativos sejam sempre acompanhados por um aumento ou diminuição correspondente nos ativos de reserva e que tal aumento ou diminuição é gerida de forma adequada, com vista a evitar impactos adversos no valor dos ativos de reserva. Para tanto, os emitentes de *tokens* com referência a ativos devem estabelecer, manter e detalhar políticas que descrevam, *inter alia*, a composição dos ativos de reserva, a alocação dos ativos, a avaliação abrangente dos riscos gerados pelos ativos de reserva, o procedimento para a criação e destruição dos ativos subjacentes aos *tokens*, a política de investimento do emitente, bem como o procedimento para comprar e resgatar os *tokens* com referência em ativos por contrapartida dos ativos em reserva, nos termos dos artigos 32.º a 35.º do MiCA.

Adicionalmente às informações incluídas no *white paper*, os emitentes de *tokens* com referência a ativos também devem prestar informações aos detentores dos *tokens* emitidos, de forma contínua, devendo divulgar o montante de *tokens* e a composição dos ativos de reserva, com uma periodicidade mensal no mínimo. Outrossim, os emitentes devem divulgar qualquer evento que possa ter um impacto significativo no valor dos *tokens* com referência a ativos ou nos ativos da reserva, independentemente de tais criptoativos serem admitidos à negociação numa plataforma de negociação para criptoativos ou não (artigo 27.º do MiCA).

No que alude aos emitentes de *tokens* de moeda eletrónica, estes devem: (i) ser autorizados como instituição de crédito ou como instituição de moeda eletrónica; cumprir os requisitos previstos na Diretiva n.º 2009/110/CE; e (iii) publicarem um *white paper* nos termos do artigo 46.º do MiCA a que tenha sido comunicado à autoridade competente, pelo menos 20 dias úteis antes da sua publicação. As exigências referidas não se aplicam se os *tokens* de moedas eletrónica emitidos apenas foram distribuídos a investidores qualificados[57] e se o saldo médio relativo aos *tokens* de moeda eletrónica

[57] Tal como definidos na alínea e) do artigo 2.º do Regulamento (UE) n.º 2017/1129.

emitidos não ultrapassar 5 milhões de euros, calculados numa base de 12 meses (artigo 43.º, n.º 2, do MiCA).

São, igualmente, estabelecidas regras para os prestadores de serviços relativos a criptoativos, nomeadamente, requisitos prudenciais, requisitos organizacionais, deveres de salvaguarda dos fundos de clientes e de prevenção de conflitos de interesses e deveres de tratamento de reclamações dos clientes (artigos 59.º a 63.º do MiCA). Assim, estes prestadores de serviços devem, designadamente, apresentar membros dos órgãos de gestão com idoneidade, conhecimento e experiência para o desempenho das suas funções, devem ter controlos internos sólidos, mecanismos de avaliação de risco, bem como sistemas e procedimentos adequados para garantir a integridade e a confidencialidade das informações recebidas, devem apresentar mecanismos adequados para manter o registo de todas as transações e devem ter sistemas implantados para detetar possíveis situações de abuso de mercado provocadas por clientes.

Os serviços relativos a criptoativos devem ser considerados «serviços financeiros» para efeitos da Diretiva n.º 2002/65/CE, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros ao consumidor, pelo que, quando comercializados à distância, os contratos entre os prestadores de serviços relativos a criptoativos e os seus clientes devem estar sujeitos às disposições dessa Diretiva, nomeadamente, devendo fornecer aos seus clientes informações claras, precisas e não enganosas, alertar os seus clientes sobre os riscos associados aos criptoativos e tornar públicas suas políticas de preços.

Em termos de prevenção de situações de abuso de mercado, o MiCA não remete *in totum* para o Regulamento (UE) n.º 596/2014 (Regulamento do Abuso de Mercado), face à desproporcionalidade de requisitos que poderia significar para os prestadores de serviços relativos a criptoativos, que poderão ser maioritariamente pequenas empresas. Assim, foram incluídas disposições específicas sobre abuso de mercado que proíbem alguns comportamentos, tais como negociações com informações privilegiadas, divulgação ilegal de informações privilegiadas e manipulação de mercado relativa a criptoativos. Estas regras específicas sobre o abuso de mercado relativo a criptoativos devem ser aplicadas sempre que estes sejam admitidos à negociação numa plataforma de negociação de criptoativos, devendo-se ter em conta as especificidades do mercado poder funcionar numa estrutura de tecnologia de registo distribuído, na qual os criptoativos são negociados (artigos 76.º a 80.º do MiCA).

Quanto à supervisão contínua dos *tokens* significativos com referência a ativos e *tokens* significativos de moeda eletrónica, esta é conferida à Autoridade Bancária Europeia, devido à necessidade uma maior harmonização para supervisionar atividades que podem envolver grandes volumes de transações de pagamento a um nível global, podendo apresentar riscos significativos à estabilidade financeira. No âmbito dessa supervisão, a Autoridade Bancária Europeia deve criar, gerir e presidir um colégio para emitentes de *tokens* significativos referenciados em ativos e *tokens* significativos de moeda eletrónica, que deve incluir a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, todas as autoridades nacionais competentes dos Estados Membros onde estão sediados esses emitentes e outras entidades relevantes (nomeadamente, instituições de crédito e prestadores de serviços relativos a criptoativos envolvidos na emissão de *tokens* significativos referenciados em ativos e *tokens* significativos de moeda eletrónica), com vista a facilitar a cooperação e a troca de informações entre os seus membros e a emitir pareceres não vinculativos sobre medidas de supervisão, nos termos dos artigos 98.º a 102.º do MiCA.

Por último, refere-se que o MiCA entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia, e é aplicável 18 meses após a data de entrada em vigor, exceto os títulos III e IV referentes aos *tokens* com referência a ativos e *tokens* de moeda eletrónica, que são aplicáveis quando o MiCA entrar em vigor[58].

5. A aplicabilidade do regime das associações de defesa dos investidores aos investidores em criptoativos com a entrada em aplicação do MiCA

Como demonstrado acima, o MiCA pretende estabelecer um enquadramento legal que vista a proteção do investidor e da estabilidade financeira, inspirado em várias diplomas da legislação financeira da União Europeia, tais como, o Regulamento dos Prospetos (Regulamento (UE) n.º 2017/1129 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho), a Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, a Diretiva (UE) 2015/2366 do

[58] A razão para esta urgência parece ser a maior preocupação com os criptoativos estáveis (*stablecoins*), podendo grandes empresas tecnológicas como o Facebook emitir rapidamente um destes criptoativos e este ser, de um dia para outro, ser utilizado por mais de mil milhões de pessoas como meio de pagamento de bens e serviços.

Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, e a Diretiva (UE) 2009/110/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica.

Sendo que os últimos dois diplomas referidos concernem o mercado de pagamentos e serviram para construir grande parte das normas do MiCA relativa aos *tokens* com referência a ativos e *tokens* de moeda eletrónica, os restantes diplomas visam o mercado de instrumentos financeiros e serviram para construir as normas relativas aos outros criptoativos, ou seja, a maior parte deles.

Neste sentido, as normas do MiCA que visam proteger os detentores de criptoativos[59] inspiraram-se, sobretudo, nas normas que visam proteger os investidores em instrumentos financeiros, validando a nossa argumentação, feita *supra*, que os investidores em criptoativos e investidores em instrumentos financeiros são figuras próximas e que merecem a mesma tutela jurídica.

Com base no exposto, fará sentido estender, na medida do adequado, certas normas de âmbito nacional que visam proteger os investidores em instrumentos financeiros aos investidores em criptoativos, aquando da entrada em aplicação do MiCA.

Nessas normas, incluem-se as que se referem às associações de defesa dos investidores, devido à existência de um enquadramento jurídico que protege os investidores em criptoativos (o MiCA), devido à mesma necessidade de fazer face à concentração de poderes nas mãos dos agentes de mercado e devido às relevantes vantagens dos investidores não profissionais em criptoativos (também titulares de pequenos lotes de produtos de investimento, com a possibilidade de existirem direitos associados), perante o elevado custo dos litígios judiciais e de outros meios de defesa, no âmbito do mercado dos criptoativos.

Neste sentido, deverá o legislador nacional promover essa extensão no Código do Valores Mobiliários ou em legislação específica sobre o mercado de criptoativos, estabelecendo os mesmos direitos e requisitos das associações de defesa dos investidores em instrumentos financeiros às associações

[59] Apesar das virtudes de "detentores de criptoativos" ser termo mais neutro e conseguir contemplar a miríade de finalidades presente na realidade dos criptoativos, consideramos que utilizar o termo "investidores em criptoativos" no contexto do nosso estudo, e apenas nesse âmbito mais reduzido, é apropriada.

que tenham como objeto principal a defesa dos investidores de criptoativos. É nosso entendimento que, mesmo que essa extensão não seja efetuada pelo legislador nacional, o intérprete a deva fazer, através de uma interpretação teleológica, com base no artigo 10.º do Código Civil e pelas razões que aludimos[60].

[60] "A analogia das situações mede-se em função das *razões justificativas* da solução fixada na lei, e não por obediência à mera *semelhança formal* das situações", Pires de Lima e Antunes Varela, "Anotação ao artigo 10.º", in *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 761.º), 4.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 59.

Módulo XI
Direito Penal e Contra-Ordenacional do Consumo

PROTECÇÃO PENAL DO CONSUMIDOR

Mafalda Moura Melim*
Rita do Rosário*

Sumário: *I. Enquadramento geral. II. Os critérios da teoria geral da infracção na relação social produtor-consumidor. 1. Tipicidade objectiva: emergência de um direito penal do risco? 1.1. O surgimento do Direito Penal do Consumo: afirmação de novos bens jurídicos ou exigência de tutela reforçada de bens jurídicos tradicionais? 1.2. A relevância do dever enquanto fonte de responsabilidade penal omissiva pelo produto – o dever de garante do produtor. 1.3. A fragilidade do juízo de imputação objectiva no âmbito da responsabilidade penal do produtor. 2. Sociedade de risco, dever de cuidado e especial dever de conhecimento. 2.1. Tipicidade subjectiva: delimitação do dever de cuidado no comportamento negligente. 2.2. A posição privilegiada do agente face ao consumidor e o acrescido dever de conhecimento do carácter proibido da conduta. III. Conclusões.*

Palavras-chave: *direito penal do risco – bem jurídico – dever de cuidado – omissão – negligência – erro*

I. Enquadramento geral

A protecção penal do consumidor surge como o último reduto da tutela da parte (tipicamente) mais fraca da relação de consumo. De facto, o reco-

* Assistentes Convidadas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorandas em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito de Lisboa. Bolseiras da Fundação para a Ciência e Tecnologia.

nhecimento dos potenciais efeitos deste desequilíbrio na esfera jurídica dos indivíduos tem motivado um desenvolvimento de mecanismos de controlo alternativos, como sejam a criação de entidades de defesa e promoção do consumidor (*vide* Módulo IX, *supra*), bem como a previsão de instrumentos sancionatórios mais eficazes, por via da crescente regulamentação contra-ordenacional neste domínio (*vide* ponto 98, *infra*). Assim, e como se impõe, a intervenção do direito penal restringe-se às situações mais graves de afectação dos interesses do consumidor, que o legislador entende reclamarem a ameaça da sanção criminal.

No ordenamento jurídico português[1], os direitos dos consumidores encontram consagração constitucional no artigo 60.º, aludindo-se, nessa sede, ao "direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos (...) interesses económicos". Paralelamente, o artigo 81.º, n.º 1, alínea *i)* do mesmo texto identifica a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores como uma incumbência prioritária do Estado[2]. Em articulação e concretização destas normas, surgiu a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, correspondente à Lei de Defesa do Consumidor que, como se intui, constitui o instrumento de regulamentação central desta matéria.

No que releva para o presente estudo, merecem ainda especial destaque o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que prevê as infracções antieconómicas e contra a saúde pública e o artigo 282.º do Código Penal, que tipifica o crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais. Serão, pois, estas, as nossas fontes de inspiração primordiais.

Enquadrado o problema, identificadas as fontes e o objectivo constitucional que pretendem prosseguir, cumpre mergulhar no âmbito criminal em busca de resposta para algumas das questões mais prementes no âmbito do direito penal do consumo.

[1] Sobre a tutela penal dos consumidores no ordenamento jurídico português, dando conta da respectiva evolução histórica, Sousa, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal pelo produto e o* topos *causal em direito penal – (Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor)*, Coimbra, 2012, pp. 497 e ss.

[2] Para uma densificação do conteúdo destes preceitos *vide*, por todos, Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista – reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012; Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

II. Os critérios da teoria geral da infracção na relação social produtor-consumidor

1. Tipicidade objectiva: emergência de um direito penal do risco?

A tutela criminal dos direitos do consumidor suscita inúmeros desafios, tanto do ponto de vista da delimitação das condutas reveladoras de dignidade punitiva e carência de tutela penal, como da própria construção dos tipos incriminadores[3]. Para além disso, a aplicação destes crimes revela, no quotidiano jurídico, especificidades que obrigam a uma constante revisão desta vertente do direito penal[4].

Neste ponto do nosso estudo, pretendemos averiguar os potenciais efeitos resultantes do desequilíbrio na relação estabelecida entre produtor e consumidor nos critérios da teoria geral da infracção. Isto é, procuraremos reflectir acerca do impacto que a assimetria observada entre quem produz e quem consume poderá – e deverá – ter no momento da efectivação da tutela dos bens jurídicos, através da aplicação de sanções penais.

Numa primeira aproximação, diremos que uma pretensa posição privilegiada do produtor justificaria uma intensificação dos deveres a que se acha sujeito, ampliando, consequentemente, a respectiva responsabilidade[5]. Com efeito, aquele que fornece o mercado encontrar-se-ia adstrito a uma multiplicidade de obrigações que, quando incumpridas, sustentariam uma responsabilidade criminal (quase) objectiva. Todavia, o direito penal consubstancia, como reiteradamente se afirma, a intromissão mais lesiva do Estado na esfera jurídica dos indivíduos, não podendo, por isso, prescindir de um *quid* adicional, isto é, de uma outra dimensão imputacional para lá da mera objectividade do cumprimento ou incumprimento das obrigações do produtor. Por esse motivo, apenas quando o comportamento em causa permita amparar um juízo de censura ancorado no princípio da culpa, e, bem assim, associar-se a uma ideia de tutela subsidiária de bens jurídicos,

[3] Em geral, sobre os problemas suscitados ao direito penal, por uma "sociedade do risco", *vide*, por todos, Dias, Augusto Silva, *«Delicta in se» e «Delicta Mere Prohibita». Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

[4] Situando a origem da *responsabilidade criminal pelo produto* na "casuística jurisprudencial", Sousa, Susana Aires de, *op. cit...*, p. 5.

[5] Sugerindo tal entendimento, Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 12.

respeitará os ditames do Estado de Direito Democrático[6]. Deste modo, afigura-se especialmente premente aferir em que termos poderão coexistir estas duas dimensões, assegurando uma adequada protecção dos consumidores que respeite, concomitantemente, os limites do direito penal tal como o concebemos[7]. É este impasse entre as especiais necessidades de tutela da parte enfraquecida na relação jurídica (o consumidor, no quadro da relação de consumo) e os limites positivos e negativos da legitimidade criminal que nos propomos aqui enfrentar.

Com esse intuito, dedicaremos as próximas páginas, num primeiro momento, à análise da necessidade de ampliação do direito penal ao contexto das relações de consumo, através da criação de incriminações destinadas à protecção de (novos?) bens jurídicos. De seguida, focaremos a discussão na relevância do dever enquanto fonte de responsabilidade penal omissiva do produtor, avançando ulteriormente para a análise da viabilidade de uma aproximação, neste âmbito, a uma ideia de responsabilidade pelo risco no quadro dos comportamentos do produtor, imposta pelas características das situações a regular. Neste ponto, concentraremos a atenção na questão do nexo de imputação objectiva, atendendo às dificuldades associadas à "afirmação de um nexo causal entre a conduta de produção e comercialização dos bens e as ofensas a bens jurídicos fundamentais dos consumidores"[8]. Em suma, investigaremos a necessidade de readaptação, neste contexto, dos critérios tradicionais de concretização da responsabilidade penal, no que concerne, desde logo, à emergência de um direito penal do consumo à luz da teoria do bem jurídico. Posteriormente, referir-nos-emos às condutas

[6] Sobre os fundamentos e limites do direito penal num Estado de Direito Democrático, *vide*, entre muitos outros, Andrade, Manuel da Costa, "«A dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, número 2, Abril-Junho 1992, Lisboa: Aequitas Editora. pp. 173-205.; Dias, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: Gestlegal, 3.ª edição, 2019, p. 153 e ss.; 178 e ss.; Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, Lisboa: AAFDL, 4.ª edição (reimpressão actualizada), 2021, p. 77 e ss..

[7] Assinalando esta necessidade de conjugação entre a imposição de protecção criminal do consumidor e o respeito pelos pilares do direito penal, Hassemer, Winfried / Muñoz Conde, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 192 e 195.

[8] Sousa, Susana Aires de, *op. cit.*., p. 6.

omissivas (concretamente, omissões impuras) e, finalmente, à configuração do juízo de imputação objectiva do resultado lesivo à conduta do agente.

1.1. O surgimento do Direito Penal do Consumo: afirmação de novos bens jurídicos ou exigência de tutela reforçada de bens jurídicos tradicionais?

Conforme salientado anteriormente, a protecção penal do consumidor assume-se, nas sociedades coevas, como uma evidência transnacional, reunindo o consenso dos legisladores mundiais[9]. No entanto, este pacífico estado da arte não nos deve impedir de reflectir acerca da real necessidade de estender a tutela penal – e, consequentemente, restringir o âmbito de liberdade dos agentes – a uma categoria de relações tão específicas, com uma dinâmica própria, fundamentalmente assente na autonomia privada. Procura-se, através desta indagação, discernir o verdadeiro motivo que explica a necessidade de autonomização de um direito penal do consumo, enquanto imperativo de tutela de bens jurídicos considerados essenciais para o livre desenvolvimento da pessoa na comunidade[10].

Uma resposta frequentemente apresentada neste âmbito assenta na ideia de que a saúde pública, enquanto bem jurídico universal de carácter autónomo, legitimaria a construção de tipos incriminadores destinados a assegurar a manutenção do "conjunto de condições que, de acordo com o desenvolvimento tecnológico e científico de cada época, garantem um nível de bem-estar, físico e psíquico, à generalidade das pessoas"[11]. Segundo esta perspectiva, a saúde pública relevaria não enquanto interesse resultante da soma das saúdes individuais, mas como valor supra-individual, dotado de um conteúdo próprio, merecedor de total autonomia enquanto bem jurídico-penal[12/13].

[9] Neste sentido, Sousa, Susana Aires de, *op. cit.*., p. 497.

[10] Sobre a noção de bem jurídico, Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*..., p. 129 e ss.; Palma, Maria Fernanda, *op. cit.*..., 2021, p. 79 e ss.; Roxin, Claus e Greco, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munique: C.H.Beck, 2020, p. 24 e ss..

[11] Propondo esta definição de saúde pública, Hassemer, Winfried / Muñoz Conde, Francisco, *La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 65 *apud* Sousa, Susana Aires de, *op. cit.*., p. 197.

[12] Puente Alba, Luz María, *Delitos Económicos contra los Consumidores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 87.

[13] Nas palavras de Muñoz Conde, Francisco, «La Responsabilidad por el Producto en el Derecho Español», in: *Derecho & Sociedad,* n.º 10, 2011, p. 256, tal concepção implica duas consequências: por um lado, que para punir a conduta subsumível ao tipo incriminador

Nesta senda, poder-se-ia ainda sustentar que as interacções estabelecidas entre consumidor e produtor determinariam a criação de novos bens jurídicos, possibilitando a emergência de valores e interesses que, neste concreto âmbito, revelariam uma importância fundamental, justificadora da ameaça criminal. De acordo com este entendimento, "a extensão" do direito penal até ao direito do consumo resultaria, em certa medida, da constatação de uma nova realidade – externa ao direito penal clássico – que reclamaria o uso destas ferramentas punitivas. No fundo, afirmar-se-ia o surgimento de bens jurídico-penais do consumo, fruto desta dinâmica produtor-consumidor, e sem reflexo ou paralelo fora desta específica dimensão. Neste sentido, refere-se alguma doutrina à "confiança e segurança no consumo"[14] ou até à "qualidade do consumo" [15].

Numa outra perspectiva, restaria reconhecer que os bens jurídicos potencialmente afectados pela relações do consumo se reconduzem, na verdade, à vida e à integridade física – em bloco, à saúde individual – situando-se o critério de autonomia destas incriminações "na especial forma de ataque àquele bem, capaz de afectar um número indeterminado de pessoas"[16]. Assim, estaria em causa a "protecção mediata da vida ou da saúde"[17], que reclamaria tratamento diferenciado pela circunstância de, nas relações de consumo, se observar uma situação de desequilíbrio entre os intervenientes, indiciadora de uma maior vulnerabilidade destes bens jurídicos. Em paralelo, haveria que assinalar o risco especialmente intenso associado à actividade de colocação de produtos no mercado, que traduziria uma afectação diluída das condições de segurança destes bens jurídicos. Em suma, no âmbito do direito do consumo, a saúde, a integridade física

não é necessário demonstrar, *in casu*, qualquer colocação em perigo, nem muito menos qualquer lesão de bens jurídicos individuais; por outro, que a própria autonomia do bem jurídico colectivo saúde pública requer que a conduta tipificada possa interferir, de alguma forma, com esse bem jurídico, isto é, revelar uma "aptidão para lesar a saúde" ou pelo menos alguma "nocividade" [tradução livre].

[14] Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Delitos contra la salud de los consumidores y responsabilidad por el producto», in: *Cuestiones actuales de Derecho Penal Empresarial,* Madrid: Colex, 2010, p. 182.

[15] Rueda Martín, María Ángeles, «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», in: *Estudios Penales Y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 418 e ss.

[16] Dando conta deste entendimento, Sousa, Susana Aires de, *op. cit.*., p. 179.

[17] Rueda Martín, María Ángeles, «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», in: *Estudios Penales Y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 408.

– e, no limite, a vida – encontrar-se-iam sujeitas a uma multiplicidade de ataques que as tornariam especialmente carentes de tutela penal.

Considerando por ora as fontes já identificadas – isto é, o Decreto Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro e o artigo 282.º do Código Penal – afigura-se curioso assinalar que o primeiro destes diplomas delimita, de forma expressa, as condutas típicas consagradas por referência a dois bens jurídicos distintos: a saúde pública (artigo 22.º – abate clandestino) e a economia (artigos 23.º a 41.º[18], excluindo os artigos 26.º, 27.º e 40.º). O artigo 282.º do Código Penal, por seu turno, insere-se no capítulo dos crimes de perigo comum, incluído no título relativo aos crimes contra a vida em sociedade. Constata-se, deste modo, que na maioria das incriminações constantes do regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública é a economia – e não propriamente a saúde, individual ou colectiva – que assume protagonismo enquanto interesse cimeiro a proteger. Paralelamente, a inserção sistemática do artigo 282.º do Código Penal aponta no sentido de se afirmar a tutela de um bem jurídico colectivo[19], reflectido na circunstância de se tratar de um crime de perigo comum[20].

[18] Prevêem-se, em tais disposições, os seguintes crimes: artigo 23.º – fraude sobre mercadorias; artigo 24.º – contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares; artigo 25.º – contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais; artigo 28.º – açambarcamento; artigo 29.º – açambarcamento de adquirente; artigo 30.º – desobediência a requisição de bens pelo Governo; artigo 31.º – destruição de bens e matérias-primas ou aplicação dos mesmos a fins diferentes; artigo 32.º – destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional; artigo 33.º – exportação ilícita de bens; artigo 34.º – violação de normas sobre declarações relativas a inquéritos, manifestos, regimes de preços ou movimento das empresas; artigo 35.º – especulação; artigo 36.º – fraude na obtenção de subsídio ou subvenção; artigo 37.º – desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado; artigo 38.º – fraude na obtenção de crédito; artigo 39.º – restituição de quantias; artigo 41.º – ofensa à reputação económica.

[19] Nas palavras de Bravo, Jorge dos Reis, *A tutela dos interesses difusos: A relevância criminal na protecção do ambiente, do consumo e do património cultural*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 53-54: "os direitos colectivos tutelados no âmbito do direito penal económico caracterizar-se-ão, dessa forma, por referência aos interesses da colectividade, não apenas pela concreta afectação de qualquer ofensa ao indivíduo, considerado singularmente, mas como ofensa potencial de relevo para a comunidade ou para a própria ordem económica considerada na sua globalidade. Neste sentido, não serão individualizáveis ou susceptíveis de apropriação ou invocação individual".

[20] Com múltiplas indicações bibliográficas acerca deste ponto Sousa, Susana Aires de, *op. cit...*, p. 537, nota de rodapé 1590.

Retomando a preocupação central que nos ocupa – aferir da susceptibilidade de transpor os critérios da teoria geral da infracção para o âmbito das relações de consumo – diremos que, no que respeita à possibilidade de aplicar a noção de bem jurídico a este específico contexto, importará considerar, desde logo, as críticas actualmente dirigidas a esta teoria. Em síntese, questiona-se a operacionalidade desta ferramenta, enquanto critério de legitimação material das condutas, atendendo à respectiva indefinição e volatilidade. Sugere-se, no fundo, que o controlo do poder de criminalização do legislador através do conceito de bem jurídico se revelaria infrutífero, já que tal noção não permitiria discernir o substrato material necessário de uma ofensa criminalmente relevante[21]. Para além disso, nos termos sublinhados por Susana Aires de Sousa, a identificação da saúde pública como bem jurídico tutelado no âmbito da responsabilidade criminal pelo produto afigura-se indissociável da discussão acerca da legitimidade da consagração de bens jurídico-penais de natureza difusa ou colectiva[22].

Do nosso ponto de vista, a afirmação da necessidade de tutela penal do consumidor não decorre, sem mais, da constatação de potencial afectação, neste âmbito, de um bem jurídico dotado de dignidade punitiva. Com efeito, a actividade do produtor, ainda que especialmente perigosa, situa-se dentro da esfera de risco permitido e tolerado pela ordem jurídica. Numa formulação alternativa, diremos que a eventual repercussão na saúde pública não poderá legitimar, por si só, o recurso aos mecanismos mais lesivos do Estado, fazendo intervir o direito penal como instância sancionatória por excelência. Do mesmo modo, a construção de bens jurídicos característicos das relações produtor-consumidor – confiança e segurança no consumo, qualidade do consumo ou até "segurança no consumo em nome da protecção da saúde de cada consumidor"[23] – mais não representa do que a enunciação de interesses que o legislador poderá considerar merecedores de tutela, sem que daí resulte uma qualquer obrigação de criminalização.

[21] Referindo-se a uma "crise da teoria do bem jurídico" *vide* Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit...,* p. 153 e ss.; Costa, José Faria, "Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina um direito penal não iliberal", in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3978, ano 142, 2013, pp. 163 e ss.; Rodrigues, Anabela Miranda, "Direito Penal e Constituição – o que resta do conceito de bem jurídico-penal?", in: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume I, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 152-156.

[22] Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 195.

[23] Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 204.

Entendemos por isso que, mais do que procurar "um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso"[24], que permita sustentar um imperativo de protecção penal do consumidor, haverá que sopesar, por referência a diferentes comportamentos, os limites do risco permitido e proibido. Equivale isto a constatar que nem toda e qualquer actividade de produção e colocação de bens de consumo no mercado permitirá accionar o arsenal do direito penal, impondo-se uma avaliação do nível de afectação do bem jurídico em causa. Por outras palavras, deverá ponderar-se, por exemplo, a natureza dos bens produzidos, os destinatários do produto e as condições de comercialização, e decidir em que casos se ultrapassa aquela esfera de risco permitido que legitima a protecção penal, mesmo que sob a forma de crimes de perigo. Apela-se, como é notório, à ideia de carência de tutela penal ou necessidade da pena.

Em suma, não nos parece viável concluir, apenas com recurso à teoria do bem jurídico, pela relevância penal da conduta do produtor, com base na ideia de que será sempre discernível, neste contexto, um interesse fundamental do indivíduo ou da comunidade reconduzível à noção clássica de bem jurídico. Concluímos então que o surgimento do direito penal do consumo não se explica através de um único factor, seja ele a afirmação de novos bens jurídicos ou exigência de tutela reforçada de bens jurídicos tradicionais, antes resulta de uma multiplicidade de situações, nomeadamente a crescente especialização do processo produtivo e a massificação do comércio à distância, que impõem uma permanente revisão dos riscos associados à actividade produtiva. Deste modo, a ampliação do direito penal ao direito do consumo não surge como um imperativo, decorrendo antes de uma ponderação do legislador, permeável à evolução dos múltiplos mecanismos de controlo à disposição do produtor e à crescente sensibilização dos consumidores.

1.2. A relevância do dever enquanto fonte de responsabilidade penal omissiva pelo produto – o dever de garante[25] do produtor

Nos termos anunciados, procuraremos nesta sede investigar de que forma – e em que medida – a necessidade de tutela dos bens jurídicos do

[24] Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit...*, p. 130.

[25] Empregaremos neste contexto, de forma indiferenciada, as expressões "dever de garante" e "posição de garante", cientes, contudo, do distinto significado técnico-jurídico dos

consumidor impõe uma flexibilização dos mecanismos de efectivação da responsabilidade criminal. Seleccionaremos agora, para esse exercício, o problema dos comportamentos omissivos, inevitavelmente associado à figura das posições de garante, e ainda a dimensão respeitante ao nexo de imputação objectiva, inseparável da ideia de risco especialmente intenso das actividades desenvolvidas neste contexto.

Quanto ao primeiro plano, pensaremos nas situações em que o responsável pela colocação do bem no mercado, advertido para a circunstância de tal produto estar – ou poder estar – a causar danos aos consumidores, decide não o retirar de circulação[26]. A discussão reconduz-se, por isso, a aferir da possibilidade de discernir na conduta inicial – de colocação aparentemente lícita do produto na sociedade – um substrato factual susceptível de gerar uma posição de garante próxima da figura da ingerência, que abra a porta à punição pela omissão de não retirar o produto do mercado[27].

Esta concreta problemática afirmou-se, de maneira mais premente, a propósito da sentença *Lederspray*, frequentemente identificada como um casos paradigmáticos de responsabilidade criminal pelo produto[28]. Em causa estava a comercialização de um produto (*spray*) para calçado, relativamente ao qual tinham sido apresentadas queixas por danos na saúde dos consumidores, concretizados em edemas pulmonares e problemas respiratórios de diversa natureza, bem como tosse, náuseas, calafrios e febre. Na sequência de tais queixas, a direcção da empresa decidiu manter o pro-

conceitos, tal como explicado por Dias, Jorge Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: Gestlegal, 3.ª edição, 2019, p. 1110.

[26] Excluiremos deste ponto os casos em que o produtor não tenha, em concreto, sido advertido para a perigosidade do produto, mesmo que seja possível afirmar, em abstracto, uma perigosidade potencial dos bens colocados no mercado.

[27] Sobre a ingerência como fonte de posição de garante, *vide*, entre muitos outros, Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit...*, p. 1100 e ss.; Palma, Maria Fernanda, *op. cit.*, p. 85 e ss.; Jakobs, Günther, "Ação e Omissão no Direito Penal", in: *Ação e Omissão no Direito Penal (Dois estudos de Günther Jakobs), Colecção de Estudos de Direito Penal*, volume II, tradução de Maurício António Ribeiro Lopes, Barueri – São Paulo: Manole, 2003.

[28] Paralelamente a este caso, são tipicamente identificados como paradigmáticos, neste âmbito, o caso Contergan (ingestão de talidomida por grávidas, que teria originado malformações nos fetos), Holzschutzmitteln (produto protector de madeira, com repercussões nefastas no sistema imunológico, endócrino e neurológico), e óleo de colza (distribuição, para consumo humano, de óleo de colza desnaturalizado e impróprio para aquele fim, causador de graves lesões à integridade física e à vida de um número elevado de pessoas). Para um enquadramento mais aprofundado destas situações *vide*, entre outros, Sousa, Susana Aires de, op. cit.., p. 14 e ss.; Muñoz Conde, Francisco, *op. cit...*, p. 267 e ss..

duto no mercado, incluindo no rótulo da embalagem a advertência para os potenciais efeitos do produto. Em sede judicial, e apesar de não ter sido possível identificar a substância ou combinação de substâncias presente no dito *spray* causadora de tais danos, concluiu-se pela responsabilidade penal dos dirigentes da empresa, com base no entendimento de que sobre eles recaía a obrigação de retirar o produto do mercado. Nesta hipótese, revelava-se impossível identificar uma "conduta prévia perigosa por violação de um dever que recaía sobre o garante"[29], visto que a actividade desenvolvida pela empresa se situava ainda dentro dos limites do risco permitido. Questionou-se, por isso, a legitimidade de fazer assentar uma responsabilidade por facto omissivo numa conduta aparentemente neutra e, como tal, juridicamente tolerada.

Chamado a apreciar a questão, o *Bundesgerichtshof* (BGH), concluiu em sentido idêntico ao veiculado pelo tribunal de primeira instância, reiterando a condenação, ainda que com recurso a fundamentação diversa[30]. O tribunal de primeira instância havia baseado a imputação omissiva na violação de um dever civil, próximo de uma obrigação de vigilância do produto, que teria sido incumprido pelo produtor. De acordo com o BGH, no entanto, seria ainda viável e preferível invocar, neste contexto, a ingerência como fonte de posição de garante, visto que a acção inicial de comercialização do bem se teria revelado objectivamente perigosa para terceiros, ainda que apenas com recurso a um juízo *ex post*. Esta perigosidade obrigaria assim a uma ulterior intervenção salvadora que, não se tendo verificado, geraria responsabilidade penal.

Como se intui, esta construção foi objecto de múltiplas críticas[31], sobretudo por se ter considerado que o BGH havia desenvolvido uma fundamentação inovatória[32] – no que respeita à concepção dos limites da ingerência

[29] Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 218.

[30] Segundo Hilgendorf, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung in der „Risikogesellschaft"*, Berlim: Duncker & Humblot, 1993, p. 135 e Höhfeld, Hendrik, *Strafrechtliche Produktverantwortung und Zivilrecht,* Berlim: Springer, 1999, p. 123, *apud* Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 218, a primeira instância teria fundamentado a "omissão imprópria no dever de segurança no tráfico que impende sobre o produtor, ou seja, no dever jurídico-privado de vigiar o produto comercializado, apoiando-se directamente nos princípios desenvolvidos pela jurisprudência civil do supremo tribunal alemão".

[31] Para uma síntese das críticas apresentadas *vide* Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 219 e ss., e ainda Muñoz Conde, Francisco, *op. cit...*, p. 267 e ss..

[32] Dando conta desta percepção, Gimbernat Ordeig, Enrique, *Ensayos Penales,* Madrid: Tecnos, 1999, p. 311, nota 139, com indicações bibliográficas.

como fonte de posição de garante[33] – de maneira a alcançar a decisão que surgia, aos olhos da comunidade, como materialmente justa. Tanto quanto nos parece, o tribunal alemão não prescindiu, em rigor, da exigência de contrariedade ao dever da conduta inicial. Simplesmente integrou nessa noção um juízo de perigosidade *ex post*, sem ponderar em que medida tal inclusão respeitaria – ou não – os fundamentos de uma responsabilidade por omissão assente na figura da ingerência. Numa formulação alternativa, diremos que, do nosso ponto de vista, o problema reside na circunstância de o BGH ter, a final, sustentado uma ampliação dos casos de ingerência, sem se preocupar em reflectir sobre a possibilidade de o fazer legitimamente. De facto, como salienta Kuhlen, "um comportamento só pode ser objectivamente contrário a um dever se cria um risco, juridicamente desaprovado, cognoscível no momento da actuação"[34].

Isto dito, e conforme se sugeriu anteriormente, é evidente que a dogmática penal não pode manter-se estanque e impermeável aos desafios da realidade, sob pena de perder relevância e utilidade. O verdadeiro desafio consiste, por isso, em encontrar o equilíbrio entre as (novas) necessidades de protecção de bens jurídicos, sem descaracterizar ou prescindir da identidade do direito penal, assente nos princípios da culpa e da necessidade da pena.

Da nossa perspectiva, a dificuldade aqui sentida não terá necessariamente que ser resolvida com recurso à figura da ingerência[35]. Isto é, ainda que se afigure inegável o paralelismo entre estas hipóteses e os tradicionais casos de ingerência, não nos parece que esta discussão se ache refém desse concreto enquadramento. Por outras palavras, entendemos que o argumento determinante – mais do que uma preocupação de recondução destes casos a uma categoria dogmática estabelecida – consiste em perguntar se será legítimo impor ao produtor, sob pena de cominação com uma sanção penal, o dever de agir no sentido de evitar resultados lesivos para

[33] Sobre os fundamentos da ingerência como fonte de posição de garante, *vide* nota de rodapé 27, *supra*.

[34] Kuhlen, Lothar, «Strafhaftung beim unterlassen Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», *NStZ*, 1990, p. 568 *apud* Sousa, Susana Aires de, *op. cit.*., p. 219.

[35] Da análise das críticas dirigidas ao BGH, a propósito do caso *Lederspray*, resulta praticamente unânime que a tentativa de enquadrar a situação *sub judice* na ingerência ilícita enquanto fonte de posição de garante se revelou infrutífera e artificial, correspondendo a uma deturpação da figura, através da ampliação da noção de "actuação prévia contrária ao dever". De uma forma geral, os autores concordam com o sentido decisório veiculado, dirigindo as suas observações ao percurso argumentativo escolhido pelo tribunal para fundamentar a solução que genericamente aparecia como correcta.

os consumidores, relativamente a produtos por si colocados em circulação. Trata-se, a final, de delimitar a extensão da vinculação de quem exerce uma actividade dirigida aos cidadãos, ciente de todos os riscos associados à "sociedade de consumo".

Assim, entendemos pertinente fazer aqui referência aos "princípios unificadores das diversas posições de garante"[36] como fundamento transversal a estes deveres jurídicos que pessoalmente obrigam o agente a evitar o resultado e, como tal, admitem a equiparação típica entre condutas omissivas e activas. Efectivamente, apenas será legítimo imputar ao produtor a responsabilidade criminal pela conduta omissiva se o substrato material da relação estabelecida suportar a afirmação de uma verdadeira capacidade – e obrigação – de agir.

Desse modo, recorreremos ao critério da "auto-vinculação implícita na relação social", nos termos do qual se entende que "o dever jurídico que é inerente à equiparação da omissão à ação (...) [se] identifica com uma posição social, inerente à delimitação de esferas de atividade de cada um e de risco permitido perante os bens jurídicos, do qual deriva o reconhecimento das possibilidades de controlo dos perigos"[37/38]. De acordo com esta perspectiva, haveria que conjugar a concreta posição assumida pelo agente perante a sociedade – decorrente de uma prévia delimitação de esferas de competência – não só com os riscos associados ao desempenho de tal actividade, como também com a expectativa que a assunção dessa posição cria nos cidadãos, no que respeita ao controlo de tais riscos. De forma sim-

[36] Expressão de Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 5.ª edição, 2020, p. 78.

[37] Palma, Maria Fernanda, *op. cit.,* p. 83.

[38] Recorre-se, assim, a uma das proposta doutrinárias apresentadas relativamente ao critério material de equiparação da omissão à acção, sem qualquer pretensão de exclusividade. Com efeito, a questão da responsabilidade omissiva do produtor tem sido enquadrada também no dever de vigilância de uma fonte de perigo, *vide* Hilgendorf, Eric, *Strafrechtliche Produzenthaftung...apud* Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 226, e, mais frequentemente, tratada a propósito das situações de ingerência lícita (*vide* Jakobs, Günther, "Ação e Omissão no Direito Penal", in: *Ação e Omissão no Direito Penal (Dois estudos de Günther Jakobs), Colecção de Estudos de Direito Penal*, volume II, tradução de Maurício António Ribeiro Lopes, Barueri – São Paulo: Manole, 2003, pp. 13, afirmando que "o sinalagma liberdade de comportamento/responsabilidade pelas consequências existe também com relação às formas de comportamento que supõem um incremento dos riscos normais de toda manifestação vital, o que especialmente (ainda que não somente) se pode reconhecer no fato de que o direito de realizar tais comportamentos abarca uma responsabilidade objetiva".

plificada, diremos que, ao escolher assumir um determinado papel social, o agente passa a deter, por um lado, um domínio privilegiado dos perigos associados ao desempenho dessa função, ao mesmo tempo que gera nos demais membros da comunidade uma confiança relativamente ao exercício "seguro" dessa competência.

Aplicando esta proposta ao contexto em análise, parece-nos viável afirmar que estamos perante um agente que, dedicando-se à introdução no mercado de bens destinados ao consumo, por cuja produção é responsável, se apresenta perante a sociedade com uma estrutura capaz de detectar, avaliar e superar os riscos associados ao processo produtivo, e que se revelem susceptíveis de causar danos aos consumidores[39]. Consequentemente, concluímos que ao afirmar, neste âmbito, um dever de garante, se respeita ainda o "equilíbrio entre uma ideia de presunção legítima da aceitação de responsabilidade pela proteção de bens jurídicos (reconhecimento do dever de agir, na base de uma regra clara e previsível da ação do agente) e uma ideia de responsabilidade inerente à liberdade de conformação do mundo"[40], que legitima, *in casu*, a equiparação da omissão à acção.

Tudo visto e considerado, defendemos que o imperativo de tutela penal do consumidor não exige, quanto à afirmação de uma eventual posição de garante do produtor, uma flexibilização dos métodos típicos de efectivação da responsabilidade criminal. Com efeito, a dogmática contempla já critérios de solução adequados ao tratamento das dificuldades suscitadas neste âmbito, caracterizados pela necessidade de análise do substrato material da relação estabelecida. Numa formulação alternativa, diremos que, de um ponto de vista de coerência sistemática, a concretização da responsabilidade por facto omissivo deverá depender da possibilidade de discernir, em concreto, o estabelecimento de uma relação entre o agente e a vítima que legitime a imposição de um dever de acção – isto é, de diminuição do risco anteriormente observado. Ora, no caso na responsabilidade penal do produtor, tal afirmação revelar-se-á igualmente possível – em princípio – tendo desde logo em conta os riscos associados ao desempenho da actividade produtiva.

[39] Em sentido idêntico, referindo que "o produtor ou fabricante dispõem de maior conhecimento – criaram o produto e conhecem-no melhor – e dispõem de mais meios para analisar a situação e prevenir o risco", Juanatey Dorado, Cármen, «Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de produtos introducidos correctamente en el mercado», ADPCP, vol. LVII (2004), pp.73 [tradução livre].

[40] Palma, Maria Fernanda, *op. cit.*, p. 79.

Isto dito, estamos convictos de que, neste contexto, não haverá que prescindir ou readaptar os requisitos típicos da responsabilidade por omissão, justificando-se talvez destacar apenas a ideia de "risco especial" da actividade do produtor[41]. Ainda assim, consideramos que a aferição do grau de risco traduz um critério transversal à afirmação da responsabilidade penal, especialmente no que concerne às condutas omissivas. Por esse motivo, elegemos anteriormente como critério preferencial, neste âmbito, a ideia de auto-vinculação implícita na relação social, que pretende desde logo incluir um juízo acerca da concreta extensão da responsabilidade do agente, tendo em conta a conduta efectivamente empreendida. Deste modo, não negamos de forma alguma o carácter especialmente perigoso da actividade de produção e comercialização de bens de consumo, consideramos apenas que as ferramentas da teoria geral da infracção – entendidas da forma descrita, a propósito da relevância penal da omissão – permitem ponderar a importância desse risco, aquando da aferição da existência de um dever de garante.

1.3. A fragilidade do juízo de imputação objectiva no âmbito da responsabilidade penal do produtor

Deixámos implícita, na exposição anterior, a convicção de que um dos problemas mais complexos e recorrentes em sede de responsabilidade penal do produtor se reconduz à dimensão da causalidade: concretamente, ao estabelecimento da relação causal entre o comportamento do produtor e os danos sofridos pelo consumidor[42]. Com efeito, a (potencial) dilação temporal observada entre a conduta de colocação do produto no mercado e a materialização da lesão da integridade física ou saúde dos destinatários dificulta a afirmação do nexo de causalidade em termos tradicionais, recordando discussões acerca dos problemas de causalidade cumulativa, interrupção do nexo causal ou até comportamento lícito alternativo[43]. A este obstáculo acresce ainda a inegável indefinição das fronteiras do risco permitido e proibido, susceptíveis de variação ao longo do tempo. De facto, uma conduta inicialmente situada dentro da esfera de risco tolerado pode,

[41] Referindo-se a riscos especiais ou especialmente intensos, por referência à actividade do produtor, Jakobs, Günther, *op. cit...*, p. 13.

[42] Assinalando este aspecto, Sousa, Susana Aires de, *op. cit..*, p. 237 e ss.; Muñoz Conde, Francisco, *op. cit...*, p. 267.

[43] Sobre estas hipóteses, *vide* Roxin, Claus e Greco, Luís, *op. cit...*

subitamente, revelar um carácter perigoso e, como tal, legitimar uma potencial responsabilidade penal do produtor[44].

Conforme se compreenderá, o presente estudo não pretende – nem poderia pretender – examinar aturadamente os tópicos da vasta discussão que tem sido empreendida pela doutrina e jurisprudência a este respeito. Em termos idênticos ao referido nos pontos 1.1. e 1.2., *supra*, o nosso objectivo consiste uma vez mais em aferir das repercussões da dinâmica da relação produtor/consumidor nas categorias analíticas da teoria geral da infracção – especificamente, na tipicidade objectiva.

Neste âmbito, entendemos que tais repercussões se poderão manifestar em dois níveis: por um lado, no que respeita à conexão estabelecida entre a conduta do agente e o resultado observado (isto é, actividade do produtor e resultado de perigo/dano, na saúde, integridade física ou vida dos consumidores); por outro, no esbatimento das fronteiras entre risco permitido e proibido, tal como explicitado.

Quanto à primeira dimensão elencada, importa considerar os argumentos aventados pela jurisprudência a propósito dos casos considerados paradigmáticos em sede de responsabilidade penal pelo produto[45]. Da análise dessas decisões parece resultar, no nosso entendimento[46], uma tendência de flexibilização do juízo de causalidade, traduzido, num primeiro momento, na substituição da ideia de *causalidade de acordo com as leis da natureza*" por uma ideia de conexão causal, assente numa certeza subjectiva. Prescinde-se, assim, de uma demonstração objectiva e inequívoca do nexo estabelecido entre a conduta do produtor e o resultado nefasto observado no consumidor, defendendo-se que a convicção subjectiva do juiz, resultante do processo de valoração da prova, poderá assumir-se como bastante para afirmar tal imputação.

No mesmo sentido, o raciocínio desenvolvido a propósito do caso *Lederspray* faz verdadeiramente apelo a uma ideia de causalidade normativa, prescindindo do teste da *conditio sine qua non*, e procurando, no caso, elementos que permitam sustentar a conexão entre a conduta da empresa e os problemas detectados na saúde dos utilizadores. Assim, "esta ligação cau-

[44] Pense-se, a este respeito, no caso *Lederspray*, analisado no ponto 1.2, *supra*.

[45] Sobre os casos considerados paradigmáticos, neste contexto, *vide* nota de rodapé 28, *supra*.

[46] O entendimento aqui vertido resulta da análise das autoras da descrição dos casos tradicionalmente descritos como centrais em matéria de responsabilidade penal do produtor. Não se pretende, por isso, manifestar concordância ou desacordo com as posições assumidas, mas tão só dar conta das conclusões retiradas a partir dos argumentos apresentados.

sal é suportada (...) [pela] existência de uma estreita relação temporal entre o uso do *spray* e a lesão na saúde; de outro, a ausência de outra explicação causal para aqueles danos"[47]. Em direcção idêntica se orientam os casos *Holzschutzmitteln* e óleo de Colza, que destacam a dimensão processual do problema, relacionando-o com o princípio *in dubio pro reo*.

Do nosso ponto de vista, a necessidade de "correcção normativa" do paradigma da causalidade não representa, *per se*, um obstáculo inultrapassável em sede de responsabilidade penal. Na verdade, hipóteses se conhecem em que a demonstração da causalidade cede por razões estritamente normativas: pense-se, por exemplo, nos cenários em que o comportamento conforme ao dever do agente não permitiria, em caso algum, impedir a produção do resultado típico. Nessas hipóteses, a ideia de que o respeito pela da norma se revelaria, em concreto, inútil, permite sustentar o afastamento da imputação objectiva, apesar de verificada a causalidade.

Para o que ora releva, consideramos que, em sede de protecção penal do consumidor, o verdadeiro fundamento para esta crescente exigência de normativização decorre das características próprias da relação de consumo, marcada por um evidente desequilíbrio entre o consumidor e produtor. Entendemos por isso que, independentemente da concreta solução que se apresente para a questão, é o carácter especialmente arriscado da actividade do produtor que poderá legitimar uma flexibilização dos critérios de imputação objectiva e, em abstracto, uma extensão da respectiva responsabilidade penal.

Assim, também no que concerne à segunda dimensão referida – diluição da fronteira risco permitido/proibido – parece-nos que tal instabilidade poderá decorrer da actividade de produção e colocação de bens no mercado. Quer dizer, ao fornecimento de bens de consumo é inerente o risco de esses bens virem a causar danos aos consumidores. Numa formulação alternativa diremos, em suma, que a actividade do produtor implica um risco intenso e incerto.

2. Sociedade de risco, *dever de cuidado* e *especial dever de conhecimento*

Como *supra*-referido, o carácter arriscado associado a qualquer participação no mercado impõe especiais considerações na delimitação entre *risco proibido* e *permitido* e, a jusante, a conexão objectiva entre aquele risco e o resultado. Mais árdua será, no plano da tipicidade subjectiva, a fixação da

[47] Sousa, Susana Aires de, *op. cit.*., p. 237.

previsibilidade suficiente para a verificação do *quid* de representação e vontade que garantam uma responsabilidade por culpa[48].

2.1. Tipicidade subjectiva: delimitação do *dever de cuidado* no comportamento negligente

A rejeição de uma responsabilidade penal objectiva impõe, na análise do tipo subjectivo negligente, um grau bastante de previsibilidade subjectiva dos riscos envolvidos na conduta do agente, bem como da sua potencial conexão com o resultado típico que possibilite a responsabilidade penal decorrente da violação do dever de cuidado (concretizada no resultado).

Este juízo afigura-se especialmente resvaladio nas relações de mercado inseridas numa sociedade de risco global, dada a multiplicação das cadeias de mercado que se estabelecem entre produtores, vendedores e consumidores, o carácter complexo destas relações, a disparidade dos graus de exigência (concernentes à protecção da saúde pública, economia e outros bens jurídicos potencialmente afectados) nos vários locais em produção e distribuição dos produtos[49].

A estas dificuldades acrescem as decorrentes da fragilidade do juízo de concretização do risco proibido no resultado em sede de imputação objectiva, uma vez que a instabilidade daquela conexão, resultante da flexibilização da causalidade ou do desenvolvimento de orientações como a subjacente ao *princípio da precaução*[50].

Vasta tem sido a discussão doutrinária sobre a delimitação do dever de cuidado, questão em que não nos poderemos estender neste texto. Cabe-nos,

[48] A qual envolverá, necessariamente, a consideração da "função de concreta e efectiva motivação pela norma", rejeitando-se interpretações meramente normativistas, cf. Palma, Maria Fernanda, «O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo», in: AA. VV., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-88, 2011, p. 83.

[49] Estes constrangimentos foram patentes em casos paradigmáticos, como o *caso Bhopal*, tratado, entre outros, por Almeida, Carlota Pizarro de, *O dever de cuidado como modelo de gestão do risco*, Tese de Doutoramento em Direito (Especialidade: Direito Penal), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 55: "Bhopal, foram postos a funcionar equipamentos deteriorados e utilizados processos não testados – procedimento que não seria permitido no Estado de origem da empresa e que os responsáveis aí não ousariam adoptar. O que ilustra de forma tragicamente clara a ideia de conflitos de atribuição avançada por Beck e demonstra as dificuldades acrescidas trazidas ao direito penal pela globalização das actividades de risco.".

[50] Almeida, Carlota Pizarro de, *op. cit.*., p. 58-62.

ainda assim, apontar, entre as diversas possibilidades, a duplicidade em que se move o comportamento negligente: se, agindo com dolo, o agente toma uma decisão (quando não directamente dirigida à lesão do bem jurídico, pelo menos, a título eventual) pelo risco[51], o qual será determinado previamente, no plano da imputação objectiva, atendendo a critérios estabelecidos no campo científico respectivo[52], na negligência, a vontade é dirigida apenas reflexamente à lesão do bem jurídico, sendo analisada directamente com referência à própria conduta arriscada. Neste plano, a cisão entre o dever de cuidado relevante para a tipicidade objectiva e a sua "ponderação" para efeitos de imputação subjectiva esbate-se no contexto do direito penal do consumo, caracterizado pela potencialidade dos riscos que, como evidenciámos, estão associados aos comportamentos do produtor/vendedor[53].

A configuração de certos tipos incriminadores como crimes de perigo concreto – como sucede, por exemplo, no art. 282.º do CP, no qual se exige a criação de "perigo para a vida ou para a integridade física de outrem" – evita, em certa medida, as "dificuldades apresentadas por um direito penal em que os comportamentos arriscados fossem em geral punidos", exigindo-se, ainda, uma "interdependência entre acção e resultado"[54]. No entanto, o juízo de imputação deste perigo ao risco proibido criado pelo agente através da violação do dever de cuidado pressupõe, como vimos, a prévia *delimitação do risco proibido*.

Partindo daqueles pressupostos, a densificação do dever de cuidado cuja violação está na base da responsabilidade por negligência, a necessidade de salvaguardar o consumidor nas relações de mercado e a tendência para associar a previsibilidade subjectiva a uma ideia de previsibilidade implícita no comportamento arriscado surgem como factores de aproximação da recondução do juízo de imputação subjectiva a uma ponderação formal assente na *representação e vontade dirigida à violação dos deveres de vigilância* de fontes de perigo, desconectada da afectação do bem jurídico e acercada de um verdadeiro *direito penal do dever*.

[51] Havendo, deste modo, uma integração do risco na base da decisão, isto é, uma "intenção relativamente ao risco do resultado", cf. Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 5.ª edição, 2020, p. 144.

[52] Não poderemos, neste trabalho, analisar a discussão doutrinária sobre uma delimitação meramente objectiva do dever de cuidado ou a consideração de um padrão subjectivo.

[53] Almeida, Carlota Pizarro de, *op. cit.*., p. 140: "na infracção do dever de cuidado o que está em causa é, geralmente, uma disfunção na valoração dos bens afectados no contexto de uma acção que comporta riscos".

[54] Almeida, Carlota Pizarro de, *op. cit.*., p. 251.

No direito penal do consumo, tal *representação* parece surgir como responsabilidade *inerente* à decisão de participar no mercado[55], não bastando, contudo, essa assunção para que dela se possa retirar uma *presunção de conhecimento*, ou, pelo menos, uma presunção que não abarque a possibilidade do desenvolvimento de riscos cuja previsibilidade é reduzida: pense-se, por exemplo, nos riscos associados a substâncias utilizadas, em certos momentos históricos, como medicinais, sendo, mais tarde, provadas prejudiciais à saúde – quando ainda seja possível um certo grau de previsibilidade do perigo, como se deve desenhar a fronteira entre o risco associado à instabilidade do conhecimento científico e a violação de deveres de cuidado em contexto de urgência no desenvolvimento de uma resposta médica para determinado problema de saúde pública? Sendo certo que estas são áreas de actividade fortemente regulamentadas e sujeitas ao respeito pelas *leges artis*, a História tem demonstrado a fragilidade desta protecção do consumidor e, concomitantemente, na delimitação da responsabilidade do produtor: a própria definição da diligência adequada (como base na distinção entre comportamento proibido e permitido) é alvo de constante alteração e consequente instabilidade[56], a qual poderá conduzir, na problemática

[55] Não exactamente neste sentido, mas apontando o decurso entre a definição do risco proibido e a sua representação pelo agente, *vide* Almeida, *op. cit.*., p. 171: "Para a negligência, o importante é que o sujeito tenha consciência do risco (proibido) que está a criar voluntariamente. Esta consciência é pressuposta atentas as circunstâncias (...). Da mesma forma, quem actue em circunstâncias que, segundo o juízo socialmente aceite, indiciam a criação de um risco proibido (por criação de risco ou aumento de risco previamente existente) está, à partida, a criá-lo consciente e voluntariamente, (...). Ou seja, a conduta do agente está sujeita a juízos de presunção no quadro da experiência comum – que serve de necessário referente – cujo afastamento terá de resultar de adequada elisão. No caso da negligência inconsciente, o erro que possa ter conduzido à "inconsciência do risco, existindo, será submetido ao crivo da censurabilidade (censurabilidade do erro) tal como sucede no domínio dos crimes dolosos"; p. 177: "A partir desta abordagem, pode conceber-se a existência de situações em que o dever (de cuidado) consistiria em o agente ter-se informado, à partida, dos riscos inerentes à acção projectada.".

[56] Como tem sucedido em inúmeros exemplos históricos. Com especial ligação à problemática envolvida em casos potencialmente integrados no âmbito de aplicação de tipos incriminadores como o previsto e punido no art. 282.º do CP, veja-se o caso da encefalopatia espongiforme bovina (BSE), associada à preparação dos alimentos para o gado bovino, e posterior constatação da conexão entre a BSE e a doença de Creutzfel-Jakobs (CJD), que afecta os humanos, como relata Carlota Pizarro de Almeida, destacando-o como "exemplar das situações de risco que requerem novas abordagens do Direito, reunindo várias características paradigmáticas: a) imprevisibilidade do problema; b) ignorância sobre as causas, quando

da responsabilidade penal, a uma insegurança jurídica abraçada, em certas situações, como mal necessário, apenas ultrapassável com recurso a critérios de (exclusão ou atenuação da) culpa.

2.2. A posição privilegiada do agente face ao consumidor e o acrescido dever de conhecimento do carácter proibido da conduta

A problemática referida no ponto anterior não pode deixar de ser confrontada com o problema da própria delimitação do dolo: se a fronteira entre o dolo eventual e a negligência consciente parece inalterada na protecção penal do consumidor, o mesmo não se poderá concluir nos casos em que o produtor desconhece o carácter proibido da sua conduta.

Com efeito, a delimitação entre o desconhecimento que permite, desde logo, afastar a responsabilidade por dolo (art. 16.º, n.º 1, do CP) – mantendo-se, todavia, a eventual responsabilidade por negligência (art. 16.º, n.º 3, do CP) – e aquele que mantém inalterado o tipo subjectivo doloso, permitindo apenas o eventual afastamento da culpa (art. 17.º, do CP) convoca considerações específicas nos crimes respeitantes ao direito penal do consumo, uma vez que o produtor tem, neste plano, acrescidas condições de acesso ao conhecimento necessário ao reconhecimento da função de apelo do dolo[57].

A consequente questão terá, assim sendo, de ser a da compatibilidade um *direito penal da culpa* com a *"presunção" de conhecimento* consequente daquele maior espaço de *oportunidade de motivação pela norma*[58], por um lado, e da posição privilegiada do agente na sua relação com o consumidor, por outro[59].

o fenómeno começou a manifestar-se; c) ignorância sobre os (exactos) efeitos", cf. *op. cit.*., p. 63.

[57] Um conhecimento da "vivência dos factos, uma compreensão do contexto da situação e um reconhecimento do papel desempenhado pelo agente", cf. Palma, Maria Fernanda, "O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo", *in*: AA. VV., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-88, 2011, p. 82.

[58] Não trataremos aqui o problema do conceito de culpa associado à oportunidade de motivação pela norma, não podendo, contudo, deixar de mencionar a louvada crítica que tem contra tal sido desenvolvida, designadamente e com grande expressão no direito penal português, por Jorge de Figueiredo Dias, desde o seu *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, em 1969 (1.ª ed.), bem como em *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (3.ª ed.), e ao longo dos seus vários escritos sobre o tema da culpa.

[59] No sentido de "relação desnivelada", cf. Observatório do Direito do Consumo, *Prescrição nas relações jurídicas de consumo (Parecer 06.2016, MA-SHS)*, 02.05.2016, p. 7.

Assim sendo, a distinção entre o erro que condiciona a imputação subjectiva da conduta ao agente – tornando-a, caso ocorra a violação do dever de cuidado, negligente – e o que apenas atinge o seu grau de culpa terá de abarcar a delimitação prévia daquele "especial dever de conhecimento"[60] em certas áreas profissionais, como é o caso nas relações de consumo[61].

Esta solução, defendida por Maria Fernanda Palma, conduzirá a uma ampliação das condutas dolosas no direito penal secundário – por oposição ao que se verificará a propósito da aplicação do critério de Jorge de Figueiredo Dias[62/63] –, uma vez que impede a exclusão do dolo em certos casos respeitantes a condutas axiologicamente neutras (as quais o critério deste último remeteria para o âmbito de aplicação da parte final do art. 16.º, n.º 1, do CP), como são a generalidade dos comportamentos típicos no direito penal do consumo, embora seja, ainda, submetido ao crivo da revelação, pelo desconhecimento, de "uma situação de indiferença acerca das limitações da actividade regulada e dos efeitos nocivos de toda uma linha

[60] Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 5.ª edição, 2020, p. 213.

[61] Concretizando-se, deste modo, a "ideia determinante de que o aspecto fundamental da distinção entre o erro que exclui o dolo e o erro que apenas pode, em certas circunstâncias, excluir a censura de culpa não depende de aspectos constitutivos do sujeito, nomeadamente da sua fidelidade ao Direito em conjunto com as qualidades de uma pessoa média. Depende, tanto no plano da percepção como ao nível da compreensão de sentido (...), das condições efectivas de oportunidade para decidir segundo uma livre escolha entre a conduta típica e a acção lícita", cf. Palma, Maria Fernanda, "O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo", *in*: AA. VV., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-88, 2011, p. 87.

[62] Critério em que se destaca a dimensão intelectual (não valorativa) do erro e a diferenciação entre crimes axiologicamente neutros – caso em que o desconhecimento da proibição impede o acesso, pelo agente, aos elementos necessários para conformar a decisão dolosa (art. 16.º, n.º 1, parte final, do CP) – ou axiologicamente relevantes – caso em que o erro apenas se poderá verificar no plano da ilicitude, revelando uma divergência entre a valoração realizada pelo agente e a reconhecida pelo legislador (art. 17.º do CP), cf. Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*., p. 424; neste sentido, entre outros, *vide*, ainda, Serra, Teresa, *Problemática do erro sobre a ilicitude*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 67; Beleza, Teresa/Pinto, Frederico Costa, *O regime legal do erro e as normas penais em branco*, ed. Almedina, 1999; Viana, João Matos, *O dolo nos crimes que tutelam interesses funcionais* (Relatório de Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

[63] Maria Fernanda Palma destaca, entre as objecções que se apontam ao critério defendido por Jorge de Figueiredo Dias, o reconhecimento de que há, em certas áreas, "um dever específico de conhecimento de elementos normativos ou de proibições legais que tornaria o seu conhecimento quase um pressuposto (...)", cf. Palma, Maria Fernanda, *op. cit.*., p. 84.

de comportamentos"[64], o que permite evitar a automaticidade deste juízo nas condutas subjacentes ao direito penal do consumo.

Esta ampliação dos comportamentos caracterizados como dolosos acompanha – sem se confundir com a mesma[65]–, no direito penal do consumo movido na sociedade de risco, uma objectivação da negligência que assegurará, na maior parte dos casos, a identificação da violação do dever de cuidado que sustenta a punição (nas situações, mais limitadas, em que tem aplicação o art. 16.º, n.º 1, parte final, e n.º 3 do CP).

Verifica-se, desde modo, uma intensificação dos vários deveres de cuidado subjacentes ao comportamento punível que poderá aproximar o direito penal do consumo numa *responsabilidade pelo dever*: o especial dever de conhecimento cuja violação manifesta, ainda, um comportamento doloso, por um lado; o amplo dever de cuidado (e consequente extenso âmbito de identificação da violação do mesmo) que caracteriza o comportamento negligente, por outro.

Face a estes elementos, a discussão do critério de censurabilidade *do erro* situar-se-á, desde logo, num contexto previamente condicionado, apenas sendo convocado quando a violação do especial dever de conhecimento não revelar a indiferença perante a actividade arriscada desenvolvida pelo produtor. Será apenas este o obstáculo a uma *presunção de dolo* – naturalmente incompatível com o princípio da culpa e rejeitada pela doutrina – que poderia resultar do reconhecimento daquele especial dever de cuidado no campo do direito penal do consumo, que o colocaria no plano da *pura* responsabilidade pelo dever.

Por outro lado, a perspectiva que alia à "função de 'apelo' ou de 'aviso' acerca da existência da ilicitude qualificada do facto praticado"[66] do dolo à

[64] Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL, 5.ª edição, 2020, p. 213.

[65] Alertando para a importância de não confundir a questão da distinção entre comportamentos axiologicamente neutros ou relevantes para efeitos de delimitação do erro (art. 16.º, n.º 1, parte final, do CP), referente à densificação do elemento intelectual do dolo "com o mero dever de conhecer que caracteriza a negligência", reconhecendo a excessiva exigência resultante da "multiplicação de regras técnicas", cf. Palma, Maria Fernanda, *op. cit.*., pp. 213-214.

[66] Dias, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 135.
Embora estes autores aceitem uma certa erosão da fronteira entre elementos descritivos e normativos do tipo, mantém-se, ainda assim, a diferenciação entre o espaço do *dolo do tipo* e o da *consciência da ilicitude*, cf. Dias, Augusto Silva, *op. cit.*.., p. 136.

caracterização do ilícito típico como um tal cuja *ofensividade* seja "bastante para que o acesso à consciência da ilicitude dispense o conhecimento de tais proibições ao nível da formação do dolo"[67] ficará, ainda, cativa da lógica subjacente à delimitação entre comportamentos axiologicamente neutros ou relevantes preconizada por Jorge de Figueiredo Dias[68], ou, na senda de Augusto Silva Dias, como *delicta mere prohibita*[69] e *delicta in se*[70].

Se a abordagem deste último Autor permitia, já, uma ponderação do contexto social em que o agente actua – afastando-se de um critério diferenciador de *ofensividade* (axiológica) do tipo penal defendido por Jorge de Figueiredo Dias, mas assentando, ainda, na resposta à questão de saber se o desconhecimento respeita a "elementos indispensáveis à formação do dolo para que ele possa exercer a sua função de apelo"[71] –, a proposta de Maria Fernanda Palma evidencia a fragilidade da *ofensividade* como critério: embora aceite que, em geral, nos comportamentos axiologicamente neutros se intensifica a "instrumentalidade [do dolo] em relação à formação da consciência da ilicitude"[72], nota, como referimos, como tal não se materializará sempre, no plano do erro, na conclusão de que a ausência de conhecimento da proibição impede, em todos os casos, que o agente aceda aos elementos necessários à formação do dolo (para que este possa exercer, segundo a orientação acima referida, a sua função de apelo), havendo, ainda, que verificar o contexto em que aquele desconhecimento ocorre, uma vez que este

[67] Dias, Augusto Silva, *op. cit.*..., p. 138.

[68] Dias, Jorge de Figueiredo, *op. cit.*..., pp. 424-426.

[69] Neste sentido, Dias, Augusto Silva, *op. cit.*..., p. 137: "A estrutura do ilícito típico destes *delicta* corresponde a um ilícito de desobediência, ou seja, a um ilícito em si mesmo destituído de ofensividade caracteristicamente penal, que se manifesta em delitos de risco, delitos cumulativos, infracções sistemáticas, etc. Não sendo a função de apelo do dolo exclusiva desta espécie de comportamentos é, contudo nela que ganha particular acentuação, pois é aí que o dolo é saturado de elementos normativos – as proibições formais – que funcionam como *Ersatz* da nula ou escassa ressonância do desvalor do facto na consciência normativa da comunidade. Só conhecendo essas proibições – na esfera do leigo – o agente consegue associar ao comportamento um desvalor jurídico (que não moral ou ético), que lhe permitirá aceder ao plano da ilicitude.".

[70] Dias, Augusto Silva, *op. cit.*..., p. 138: "(...) o cerne da questão está em saber se o ilícito típico encerra um dano penal intersubjectivamente experimentável e socialmente perceptível, respaldado por um desvalor da acção assente em bases mais éticas do que técnicas.".

[71] Cf. Dias, Augusto Silva, *op. cit.*..., p. 137.

[72] Perspectiva que Augusto Silva Dias caracteriza como decorrência da função de apelo do dolo, cf. Dias, Augusto Silva, *op. cit.*..., 137.

permitirá, em certos casos, aferir da posição subjectiva do agente relativamente ao risco.

No entanto, casos mais difíceis se originam em contextos sociais nos quais a multiculturalidade da sociedade hodierna se revele particularmente diversificada: como problematiza Augusto Silva Dias[73] a propósito da potencial incriminação da produção, distribuição ou comercialização de bens impróprios para consumo que envolva "produtos resultantes de espécies não usadas habitualmente na alimentação humana"[74] – questão que se coloca aqui, em termos semelhantes, na aplicação prática da incriminação do abate clandestino (art. 22.º, n.º 1, al. *c)*, e 2, do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro) –, a conotação cultural do elemento típico referente àquelas espécies poderá criar problemas no comércio que serve predominantemente minorias imigrantes. Com efeito, poderá surgir, nestas hipóteses, um conflito entre a ideia de um dever específico de conhecimento do produtor/distribuidor o qual estará, em certas situações, orientado para servir certos hábitos alimentares distintos daqueles que se observa na generalidade da população nacional. Se o Autor coloca o problema no plano da tipicidade objectiva – concretamente sobre a figura da *adequação social* –, o mesmo terá, quando não se afaste o tipo objectivo, relevância para efeitos da distinção entre as várias configurações do erro acima discutidas.

Nestes casos parece especialmente profícuo o critério defendido por Maria Fernanda Palma, já que permite, na análise da oportunidade de motivação pela norma, diferenciar os casos em que o agente actua, efectivamente, num contexto limitado de *alternativas de comportamento*, não revelando "a falta de correcto processo de motivação, que, todavia, seria possível"[75].

Esta abordagem possibilita, nas situações em que a aplicação da *adequação social* não seja apropriada, uma delimitação do dolo coincidente com um Direito Penal acatador do princípio da culpa e da constante necessidade de legitimação[76], justaposto a uma sociedade multicultural, por um

[73] Dias, Augusto Silva, *op. cit...*, pp. 147-148.

[74] Art. 432.º, n.º 1, al. *c)*, do *Anteprojecto do Código do Consumidor* de 2006.

[75] Palma, Maria Fernanda, "O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo", *in*: AA. VV., *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-88, 2011, pp. 86-87.

[76] Um "pensamento legitimador fundamental" que exija a verificação, em cada caso, da "possibilidade de controlo pela consciência que impeça o desenvolvimento da conduta típica", com a consequente exclusão do dolo nas situações em que se observe "a impossibilidade

lado, e evitando-se, ainda, uma abordagem casuística que resulte da desprotecção do consumidor, carecido de particular amparo legislativo numa relação, à partida, desnivelada.

III. Conclusões

A protecção penal do consumidor move-se, como vimos, no plano do direito penal secundário, confrontado com as vicissitudes inerentes a uma sociedade de risco que cresce em complexidade que interpela a teoria geral da infracção, colocando à prova os critérios gerais que conduzem a análise da responsabilidade criminal.

Com efeito, se os tipos incriminadores que constam da legislação penal revelam ainda o mínimo de intervenção penal imposto constitucionalmente, a densificação daqueles critérios tem sido objecto de discussão e actualização, flexibilizando-se exigências como a da *causalidade* no juízo de imputação objectiva, a da concretização e previsibilidade do objecto e âmbito de aplicação do *dever de cuidado*, por um lado, e a ponderação dos vínculos sociais e profissionais do produtor/vendedor enquanto condicionantes do espaço de motivação pela norma do mesmo, por outro.

Intensifica-se, através destes mecanismos, a protecção penal do consumidor, concretizada numa avaliação da responsabilidade criminal que não é alheia às dificuldades de estabelecimento das conexões de risco-resultado representam para aquele, nem à posição de vantagem do agente, da qual se retira especial responsabilidade na condução das relações de consumo, sem recair, ainda assim, numa inadmissível responsabilidade objectiva.

do cumprimento da função de motivação do dolo em face do conhecimento adquirido pelo agente dos factos realizados por si", cf. Palma, Maria Fernanda, *op. cit.*..., p. 81.

PROTEÇÃO CONTRAORDENACIONAL DO CONSUMIDOR

Catarina Abegão Alves

Sumário: *Introdução. I. Breve exposição do regime substantivo e reflexos do mesmo na proteção contraordenacional do consumidor. 1.1. Novas tipificações. 1.2. Vértices do alargamento da tutela. II. Inovações do regime processual com vista a um alargamento da tutela dos direitos dos consumidores. Conclusões.*

Introdução

Em matéria de proteção contraordenacional do consumidor, o legislador português levou a cabo uma importante tarefa de sistematização da legislação avulsa até então em vigor, através do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (doravante designado abreviadamente por "RJCE"), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro, que apenas entrou em vigor em 28/07/2021. No preâmbulo do referido Decreto-Lei o legislador elege, desde logo, como finalidade do RJCE a "maximização do bem-estar, da segurança e da proteção dos direitos dos consumidores", ainda que compatibilizado com o "regular funcionamento dos mercados e a competitividade da economia e para a promoção da concorrência". O objetivo do presente artigo será perceber se essas finalidades foram cumpridas, sobretudo a primeira, relativa à maximização da proteção dos direitos dos consumidores, não só numa perspetiva substantiva, mas igualmente, ainda que a título acessório, numa perspetiva adjetiva.

I. Breve exposição do regime substantivo e reflexos do mesmo na proteção contraordenacional do consumidor

No plano constitucional, o legislador consagrou no artigo 60.º, n.º 1 da Constituição quatro vértices de direitos dos consumidores[1]. O primeiro que poderemos designar como direito à qualidade (dos bens e serviços consumidos). O segundo como um direito à formação e à informação. Um terceiro como direito de proteção (da saúde, da segurança e dos interesses económicos). E, por fim, um quarto, que podemos designar como um direito à reparação de danos. O terceiro direito aqui elencado surge especialmente tutelado na alínea a) do artigo 22.º do RJCE, na medida em que aqui o legislador previu uma agravação especial da coima fundada no facto de a ação ou omissão do agente ter causado dano na saúde ou segurança das pessoas ou bens.

A preocupação pela proteção dos direitos dos consumidores levou o legislador a adotar um regime tripartido na classificação das contraordenações, dividindo-as entre "leves", "graves" e "muito graves". E no artigo 17.º do RJCE é expressamente assumido que esta tripartição na classificação das contraordenações tem como crivo a relevância dos bens jurídicos tutelados. Esta norma não tem paralelo no Regime Geral das Contraordenações (doravante designado como "RGCO") que em momento algum utiliza a expressão bem jurídico. O facto de o legislador no RJCE utilizar expressamente o conceito de bem jurídico parece apontar finalmente para a superação da distinção qualitativa entre crime e contraordenação, que remonta ao pensamento de Goldschmidt, assente no critério da ofensa a um bem jurídico, que ocorria no Direito Penal de Justiça, mas não no Direito Penal Administrativo[2].

A isto acresce que a anterior disparidade das coimas aplicáveis – cominadas nos vários regimes sancionatórios que regulam a atividade económica – é agora superada por uma "ponderação sistemática dos vários bens jurídicos tutelados", pelo que o legislador procedeu igualmente à revisão

[1] Sobre esta matéria, cf. Vieira de Andrade, José Carlos, "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 76", *Dereito*, vol. 11, n.º 1 (2002), *passim*.

[2] Sobre esta conceção, com múltiplas referências doutrinárias, cf. Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 32 e ss. Contra esta distinção tradicional, cf., na doutrina portuguesa e a título exemplificativo, Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 188.

dos montantes das coimas aplicáveis, tendo por base o princípio da proporcionalidade[3].

Já a determinação do montante das coimas a aplicar variará consoante se trate de pessoa singular ou coletiva e, caso se trate de pessoa coletiva, o valor da coima dependerá da dimensão das pessoas coletivas que tenham praticado o ilícito contraordenacional, nos termos dos artigos 18.º e 19.º do RJCE, distinguindo-se entre micro, pequena, média e grande empresa. Desta feita, o montante das coimas irá variar consoante a natureza singular ou coletiva do agente e a dimensão da empresa no caso das pessoas coletivas.

A determinação da medida da coima, nos termos do artigo 20.º do RJCE, é efetuada segundo os critérios que já constam do artigo 18.º do RGCO: a gravidade da contraordenação, a culpa do agente, a sua situação económica e o benefício económico obtido com a prática do facto ilícito.

Vejamos então se essa ponderação sistemática dos bens jurídicos protegidos – anteriormente tutelados nos vários regimes contraordenacionais aplicáveis em matéria de acesso e exercício de atividades económicas –, tendo por fim último a maximização da proteção dos direitos dos consumidores, foi almejada pelo legislador.

1.1. Novas tipificações

A tarefa de sistematização dos vários regimes contraordenacionais existentes começa pela inclusão, no artigo 1.º, n.º 2 do RJCE, de uma definição de contraordenação económica[4]. Ficam, portanto, excluídas desta definição as contraordenações no sector ambiental, financeiro, fiscal e aduaneiro, das comunicações, da concorrência e da segurança social. Existem ainda outras

[3] Já mesmo antes do novo RJCE, o princípio da proporcionalidade era considerado pela jurisprudência, na ponderação entre o direito dos consumidores e o direito à iniciativa económica privada. Num Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra em 9.12.2010 (disponível em www.dgsi.pt.), este Tribunal entendeu que não só a infração de violação da obrigação de facultar o livro de reclamações, acrescida da ocorrência da presença da autoridade policial, que estabelecia uma coima mínima de € 15.000,00, mas também a infração simples de mera infração de violação da obrigação de facultar o livro de reclamações, que estabelecia uma coima mínima de € 3.500,00 (na redação do Decreto-Lei n.º 156/2005 de 15 de setembro), eram inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade.

[4] "Constitui contraordenação económica todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares, relativas ao acesso ou ao exercício, por qualquer pessoa singular ou coletiva, de atividades económicas nos setores alimentar e não alimentar e para o qual se comine uma coima".

contraordenações que possuem um regime específico e, portanto, foram igualmente excluídas do âmbito de aplicação do RJCE[5].

Com o fito de alargar o âmbito da responsabilidade contraordenacional no domínio das atividades económicas, o legislador criou novos tipos contraordenacionais. De entre as áreas que foram objeto de alteração legislativa regista-se a área do Direito do Consumo, na qual o legislador procedeu a uma alteração dos regimes da indicação de preços, mas também das práticas comerciais com redução de preço, do regime da resolução alternativa de litígios de consumo, do regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, da obrigação de tarifas do transporte aéreo e certos requisitos a que deve obedecer a mensagem publicitária, infrações antieconómicas e contra a saúde pública e, ainda, da venda de bens de consumo e garantias[6].

No domínio do regime da resolução alternativa de litígios de consumo passou a consistir uma contraordenação económica leve o não cumprimento, por uma entidade inserida na lista de entidades de resolução alternativa de litígios, dos princípios e requisitos previstos na Lei n.º 144/2015, bem como a não prestação de informação aos consumidores, por parte dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços estabelecidos em território nacional, sobre as entidades de resolução alternativa de litígios a que se encontram vinculados e sobre o sítio eletrónico das mesmas[7].

[5] De entre este grupo constam as contraordenações na aviação civil, na área da privacidade e dados pessoais ou no setor energético, cf. Branco, Sofia Ribeiro, "Alguns comentários ao novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas", publicado em 15/02/2021, disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/02/22/alguns-comentarios-ao-novo-regime-juridico-das-contraordenacoes-economicas/, consultado em 30/09/2021.

[6] Cf. PLMJ, "Nova Informativa – Regime Jurídico das Contraordenações Económicas – Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro", disponível em https://www.plmj.com/xms/files/03_Novidades_legislativas/2021/02_fevereiro/NI_Regime_Juridico_das_Contraordenacoes_Economicas.pdf, consultado em 30/09/2021. Também sobre o âmbito deste regime, cf. Geraldo, Tiago/Ramalho, David, "Legal Alert – Novo Regime das Contraordenações Económicas", disponível em https://www.mlgts.pt/xms/files/site_2018/Newsletters/2021/Novo_regime_das_contraordenacoes_economicas_-_Legal_Alert.pdf, consultado em 27/11/2021 e Srs Advogados, "Nota Informativa – Consumo – Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE)", https://www.srslegal.pt/xms/files/Nota_Informativa_Consumo_PT_Regime_Juridico_das_Contraordenacoes_Economi.pdf, consultado em 27/11/2021.

[7] Cf. Valpaços, Alexandra/Baptista, Maria Novo, "Implicações da aprovação do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas em matéria de Direito do Consumo (Parte 1): Proteção do consumidor", disponível em https://www.servulo.com/pt/investigacao-

Quanto ao regime da venda de bens de consumo e garantias passam a ser consideradas contraordenações económicas graves as seguintes condutas: a) a não reparação ou substituição de bem imóvel dentro de prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito e sem grave inconveniente para o consumidor; b) a não reparação ou substituição de bem móvel no prazo máximo de 30 dias, sem grave inconveniente para o consumidor; c) a não inclusão de informação obrigatória na garantia voluntária prestada pelo vendedor, produtor ou intermediário perante o consumidor[8].

No âmbito do regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial passam a consistir contraordenações económicas muito graves as seguintes condutas: a) a não prestação de informação ao consumidor sobre o incumprimento do contrato celebrado à distância devido a indisponibilidade do bem ou serviço encomendado, no prazo de trinta dias a contar da data do conhecimento daquela indisponibilidade; b) o incumprimento da obrigação de reembolso ao consumidor dos montantes pagos, no prazo de trinta dias a contar da data do conhecimento da indisponibilidade do bem ou serviço encomendado; a) a cobrança ao consumidor de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento de bens ou prestação de serviços não solicitados pelo consumidor[9].

E no domínio das alterações efetuadas ao regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial constituem contraordenações económicas graves as seguintes condutas: a) o incumprimento do dever de facultar ao consumidor, em tempo útil e de forma clara e compreensível, informação pré-contratual exigida por lei; b) o incumprimento dos requisitos de forma exigidos por lei quanto aos contratos celebrados à distância e celebrados fora do estabelecimento comercial; c) a oposição injustificada ao direito de livre resolução do consumidor nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento; d) o incumprimento do dever de reembolso ao consumidor de todos os pagamentos recebidos, no prazo de 14 dias a contar da data em que foi informado do exercício do direito de livre resolução do consumidor; e) a não inclusão de informação obrigatória nos catálogos e outros suportes enviados ao con-

e-conhecimento/Implicaces-da-aprovacao-do-Regime-Juridico-das-Contraordenaces-Economicas-em-materia-de-Direito-do/7471/, consultado em 30/09/2021.

[8] Cf. *Idem*.

[9] Cf. Valpaços, Alexandra/Baptista, Maria Novo, "Implicações da aprovação do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas em matéria de Direito do Consumo (Parte 1): Proteção do consumidor".

sumidor; f) a não comunicação prévia à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) da realização de vendas esporádicas[10].

A este catálogo foi ainda aditado um elenco de contraordenações leves no domínio da proteção do consumidor na celebração de contratos à distância e fora do estabelecimento comercial.

Mas, tendo em conta que foram alterados quase 180 diplomas, houve igualmente outras áreas que foram objeto de alteração legislativa, ainda que estas não digam respeito especificamente ao âmbito do Direito do Consumo, como as áreas do comércio internacional de diamantes em bruto (Lei n.º 5/2015, de 15 de janeiro), ao regime jurídico das ourivesarias e contrastarias (Lei n.º 98/2015, de 18 de agosto), à Lei do Jogo (Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro), ao Decreto-Lei n.º 203/2015, de 17 de setembro, que aprova o regulamento que estabelece as condições de segurança a observar na localização, implantação, conceção e organização funcional dos espaços de jogo e recreio, respetivo equipamento e superfícies de impacto, ao setor agrícola (Decreto-Lei n.º 257/2009, de 24 de setembro, e Decreto-Lei n.º 42/2017, de 6 de abril), ao sector do tabaco (Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto, e Lei n.º 88/2019, de 3 de setembro), direitos de autor e propriedade industrial (Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, e Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro), dispositivos médicos (Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho) e veterinária (Decreto-Lei n.º 148/2008, de 29 de julho, Decreto-Lei n.º 37/2009, de 10 de fevereiro, Decreto-Lei n.º 184/2009, de 11 de agosto e Decreto-Lei n.º 237/2009, de 15 de setembro), instalações desportivas (Lei n.º 39/2012, de 28 de agosto, Decreto-Lei n.º 100/2003, de 23 de maio, e Decreto-Lei n.º 141/2009, de 16 de junho), turismo (Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março), segurança contra incêndios em edifícios (Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro), práticas individuais restritivas do comércio (Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro), leilões (Decreto-Lei n.º 155/2015, de 10 de agosto) e prestamistas (Decreto-Lei n.º 160/2015, de 11 de agosto) e produtos alimentares[11].

Ainda que não seja em concreto o foco deste artigo, a diversidade das matérias sobre as quais incidem os novos ilícitos contraordenacionais previstos no RJCE, que em alguns casos não parecem visar a tutela de um

[10] Cf. *Idem*.

[11] Cf. Branco, Sofia Ribeiro, "Alguns comentários ao novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas".

interesse individual de um consumidor, de um único titular – como sucede no regime da resolução alternativa de litígios do consumo e em algumas das novas contraordenações previstas no regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial –, o que parece apontar para a afirmação do paradigma supraindividual dos bens jurídicos aí protegidos[12], pelo menos quanto a alguns ilícitos contraordenacionais específicos. Sendo que a este respeito existem algumas divergências doutrinárias. Para Augusto Silva Dias, no âmbito dos direitos dos consumidores, os interesses aqui em causa seriam constitutivamente bens jurídicos supraindividuais[13]. Numa linha distinta, Nuno Brandão aponta para uma natureza acentuadamente individual dos bens jurídicos dos consumidores, com apoio na natureza individual dos direitos fundamentais em causa[14].

[12] Sobre este paradigma, cf. Faria Costa, José de, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017, p. 43 e Silva Dias, Augusto, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 73. Sobre o assunto, cf. Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, pp. 718-719.

[13] Nesta linha, o autor funda a sua conceção na indeterminabilidade dos titulares dos bens jurídicos, pelo que, apesar de substancialmente se tratarem de bens jurídicos individuais, estes assumem uma natureza coletiva do prisma da caraterização dos seus titulares, que corresponde a um "sujeito socialmente indistinto", cf. Silva Dias, Augusto, "Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do acórdão da relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)", *RPCC*, Ano 9, n.º 1 (1999), p. 535. Por isso, a preocupação do autor na sua proposta de linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses do consumidor foi tutelar bens jurídicos supraindividuais dos consumidores, como a saúde, a qualidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano e ainda os seus interesses patrimoniais, enquanto a tutela dos bens individuais dos consumidores seria feita ao nível penal, através dos crimes contra a vida, a integridade física, o crime de corrupção de substâncias alimentares e medicinais e o crime de burla, cf. Silva Dias, Augusto, "Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no anteprojecto de Código do Consumidor", in AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 560. Mantendo o reconhecimento de que, neste caso, no que diz respeito à qualidade dos bens de consumo, se trata de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, qualidade que se revela ao nível do objeto, dos titulares e da relação entre ambos (substrato relacional), e cuja particularidade é demonstrada através da ideia de solidariedade e do conceito de interesse difuso, cf. Silva Dias, Augusto, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*, p. 38 , p. 73-74 e p. 234.

[14] Cf. Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações*, pp. 719-722. Na linha constitucional, cf. Casalta Nabais, José, "O estatuto constitucional dos consumidores", in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord.: Jorge Miranda), vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 487.

Ainda assim, a preocupação do legislador foi a de continuar a manter uma linha de fronteira bem delimitada no que diz respeito ao reconhecimento da natureza penal de comportamentos que decorram da prática de consumo de géneros alimentícios, quando tal prática se traduza numa afetação da qualidade, genuinidade ou composição do produto alimentar, cuja consequência será a aplicação de uma sanção penal, nos termos do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro (Infrações antieconómicas e contra a saúde pública). Já as práticas relacionadas com a indicação de preços e publicidade dos bens de consumo continuam a ser tratadas como ilícitos contraordenacionais[15], porquanto não contendem com bens jurídicos dotados de um reflexo de danosidade ou perigosidade, que apela ao seu referente relacional e se ancora no binómio pessoa-mundo, enquanto responsabilidade pelos outros ou compromisso para com a comunidade[16].

1.2. Vértices do alargamento da tutela

Para além da criação de novos tipos contraordenacionais, outro reflexo de uma maior tutela dos direitos dos consumidores encontra-se plasmado no regime mais abrangente de responsabilização de entes coletivos, previsto no artigo 7.º, n.º 2 do RJCE, que passam a responder pelos atos praticados, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, pelos titulares dos cargos de direção e chefia e pelos seus trabalhadores, desde que atuem no exercício das suas funções ou por causa delas, bem como pelas infrações cometidas por mandatários e representantes. Esta norma parece ter sido mais facilmente decalcada do artigo 11.º do Código Penal do que do artigo 7.º do RGCO[17]. E, mesmo face ao regime penal, parece que aqui o legislador foi mais destemido, ao alargar a responsabilidade contraordenacional aos trabalhadores da pessoa coletiva, desde

[15] Já sobre estas opções, cf. Silva Dias, Augusto, "Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no anteprojecto de Código do Consumidor", p. 561.

[16] Com esta conceção de bem jurídico-penal, cf. Palma, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4.ª ed. reimp. atualizada, Lisboa: AAFDL, 2020, p. 84.

[17] Já salientando que o critério de imputação orgânica do artigo 7.º do RGCO era mais restritivo do que o modelo de responsabilidade por intermediação, previsto no artigo 11.º do Código Penal, excluindo expressamente o conceito de "trabalhadores" da semântica e do sentido normativo da definição de "órgão", em crítica ao Parecer n.º 11/2013 do Conselho Consultivo da PGR, cf. Silva Dias, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 92-94.

que atuem no exercício das suas funções ou por causa delas, sem que tenha de existir uma violação dos deveres de vigilância ou controlo dos superiores (previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal).

Parece ainda que este novo RJCE assume finalmente algumas mudanças de paradigma que já se anteviam e que vêm alargar o âmbito de proteção dos direitos dos consumidores. Nomeadamente, em matéria de punição da tentativa, ao alargar o âmbito punitivo da mesma a todas as contraordenações económicas graves e muito graves, nos termos do artigo 13.º, n.º 3 do RJCE. A questão que aqui se coloca é se esta assunção clara de mudança de paradigma, quando comparado com o artigo 13.º, n.º 1 do RGCO – que prevê um regime excecional de punição da tentativa –, ainda assim respeita o *supra* referido princípio da proporcionalidade, atendendo ao facto de os bens jurídicos em causa serem apenas colocados em perigo com as condutas levadas a cabo pelo agente[18]. Assim, a norma do artigo 13.º, n.º 3 do RJCE parece decalcada do artigo 10.º da Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto (Lei-quadro das contra-ordenações ambientais) e corresponde a mais um sinal de uma hodierna mudança de paradigma em matéria contraordenacional, que inverte a tradicional tendência de punição excecional da tentativa[19].

Também em matéria sancionatória, o RJCE prevê aparentemente novas sanções acessórias, num total de dez sanções acessórias face às sete sanções previstas no RGCO[20]. No entanto, o que nos parece é que algumas das sanções acessórias que já resultavam do artigo 21.º do RGCO foram agora

[18] Colocando já este problema de "previsão geral e indiscriminada da responsabilidade da tentativa em múltiplos diplomas sectoriais", apontando para problemas à luz do princípio da necessidade e da proporcionalidade, na sua dimensão de proibição do excesso, dada a carência de um mínimo de ofensividade ou danosidade e uma antecipação extrema da punibilidade fundada no perigo da violação de um dever, para além de uma "asfixia da vida social e económica", cf. Silva Dias, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, p. 62 e pp. 129-130.

[19] Igualmente sobre este assunto, cf. Faria Costa, José de, *Direito Penal*, pp. 43-44. Todavia, veja-se que ainda assim a norma do artigo 13.º, n.º 3 do RJCE não foi tão longe quanto o artigo 402.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários, o qual dispõe que "A tentativa de qualquer dos ilícitos de mera ordenação social descritos neste Código é punível".

[20] Considerando que o RJCE procedeu a um alargamento das sanções acessórias, "com um claro objectivo preventivo e dissuasor para o agente económico", cf. Pereira, Diana Silva/ Lopes, Diana Cardoso, "O Regime Jurídico das Contraordenações Económicas e o Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social", disponível em https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2021/04/O-REGIME-GERAL-DAS-CONTRAORDENA%C3%87%C3%95ES-E-COIMAS-E-O-REGIME-JUR%C3%8DDICO-DAS-CONTRAORDENA%C3%87%C3%95ES-ECON%C3%93MICAS-1.pdf.

especificadas e autonomizadas em alíneas autónomas no artigo 28.º do RJCE, o que ainda assim é de louvar como forma de facilitar a aplicação das sanções acessórias pela autoridade administrativa.

Por fim, tem sido igualmente salientado uma inovação adicional respeitante ao novo RJCE, que se prende com a consagração de um regime especial de prescrição no seu artigo 37.º com causas de suspensão e de interrupção do prazo distintas e em maior número do que aquelas já anteriormente previstas no RGCO[21] – como a causa de suspensão da prescrição que opera com o pagamento voluntário da coima durante o período que decorra entre a notificação ou o pedido do arguido e a data limite constante da respetiva guia para o seu pagamento.

II. Inovações do regime processual com vista a um alargamento da tutela dos direitos dos consumidores

Ao nível do regime processual, é de salientar o alargamento das medidas cautelares que podem ser aplicadas pela autoridade administrativa, *in casu*, pela ASAE, na fase administrativa do processo contraordenacional. Deste modo, para além das medidas cautelares genéricas previstas no artigo 48.º, n.º 1 do RJCE, como a apreensão de bens (que já se encontrava prevista no artigo 48.º-A do RGCO), o legislador consagrou outras medidas cautelares inovadoras e de imperiosa necessidade, face à nova dimensão das práticas do consumo, que cada vez mais ocorrem pela via informática. Assim, estão previstas novas medidas cautelares no caso de exercício de atividades ou de práticas desenvolvidas através de sítios na *internet*, tais como a retirada de conteúdos; a restrição de acesso a uma *interface* em linha; a imposição de exibição de alertas destinados aos consumidores quando estes acedem à *interface* em linha; o bloqueio, por parte dos prestadores de serviços de acesso à *internet*, do sítio através do qual as mesmas se desenvolvem, sem prejuízo da comunicação dessa medida à entidade de supervisão central, nos termos da lei aplicável ao comércio eletrónico. É de louvar a criação destas novas medidas cautelares com vista à promoção e eficácia dos direitos dos consumidores. Mas, uma vez que estas medidas se encontram sujeitas ao princípio da proporcionalidade (artigo 48.º, n.º 3 do RJCE), só poderão ser aplicadas quando se verifique o exercício ilegal de atividades, a existência de risco grave ou iminente para a saúde e a segurança das

[21] Cf. Geraldo, Tiago/Ramalho, David, "Legal Alert – Novo Regime das Contraordenações Económicas".

pessoas, animais ou bens ou para o ambiente, a violação grave de direitos dos consumidores ou quando se revele necessário para a instrução do processo de contraordenação (artigo 48.º, n.º 1 do RJCE). A este respeito, consideramos que esta violação grave de direitos dos consumidores deve verificar-se apenas nos casos em que o legislador tenha tipificado para a violação desses direitos um regime contraordenacional mais grave, consubstanciado na existência de uma contraordenação grave ou muito grave.

De igual forma é de realçar o papel que o legislador reconheceu às associações de consumidores, na medida em que, nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 23.º do RJCE, estas podem ter um papel a desempenhar na atenuação especial da coima a aplicar ao agente, pois quando estejam em causa direitos e legítimos interesses de grupos de consumidores a autoridade administrativa pode convidar as associações de consumidores a apresentar a sua opinião ou parecer técnico sobre as circunstâncias atenuantes. De salientar é ainda o facto de o legislador ter previsto a possibilidade, na alínea b) do n.º 3 do artigo 59.º do RJCE, de na fase de instrução do processo contraordenacional, e quando estejam em causa direitos e legítimos interesses de grupos de consumidores, o instrutor poder convidar as associações de consumidores a apresentar memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova[22]. Julgamos que é sobretudo deste segundo papel reconhecido pelo RJCE às associação de consumidores que podemos extrair verdadeiramente um grande passo em frente dado pelo legislador, que, no limite, aponta para a criação de um sujeito processual com características próximas da figura do assistente em processo penal[23]. Mas, neste caso, o papel atribuído às associações de consumidores será apenas próximo do papel reconhecido pelo legislador pro-

[22] Veja-se que o artigo 18.º, n.º 1, alínea m) da Lei n.º 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor), previa já que as associações de consumidores tinham o direito de se constituírem assistentes em processo penal e a acompanharem o processo contraordenacional, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova até que o processo estivesse pronto para decisão final.

[23] Igualmente, cf. Azevedo, Tiago Lopes de, Conferência *online* com o título "O novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas", proferida em 25/03/2021, organizada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, e disponível em https://crlisboa.org/wp/video/video-o-novo-regime-juridico-das-contraordenacoes-economicas/, mais concretamente entre os 43m:12s e os 45m:23s. No entanto, suscitando dúvidas quanto à proporcionalidade da participação de associações de consumidores no processo, atendendo ao facto de estarmos perante contraordenações e não crimes, cf. Branco, Sofia Ribeiro, "Alguns comentários ao novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas".

cessual penal ao assistente na alínea a) do n.º 2 do artigo 69.º do Código de Processo Penal, deixando de parte outros poderes atribuídos ao assistente em processo penal, como o poder de interposição de recurso das decisões que os afetem.

Vale a pena ainda acrescentar que, do ponto de vista material, a qualidade de associação de consumidores também se assemelha à qualidade de assistente em processo penal, na medida em que, se for seguido o paradigma supraindividual *supra* referido, as associações de consumidores serão igualmente titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a criação dos tipos contraordenacionais previstos no RJCE[24].

De duvidosa constitucionalidade, contudo, é a solução vertida no n.º 3 do artigo 42.º do RJCE, o qual prevê a possibilidade de, no caso de estarmos diante de fundadas suspeitas da prática de contraordenação muito grave no domicílio habitacional ou da existência de meios de prova que lá se ocultem, a autoridade administrativa competente pode realizar uma busca domiciliária, dependendo apenas a sua validade da existência de consentimento prévio do visado, documentado de qualquer forma. Só caso não exista este consentimento, a busca deve ser previamente autorizada pelo juiz de instrução criminal territorialmente competente, mediante promoção pelo Ministério Público. As dúvidas de constitucionalidade surgem, antes de mais, porque aqui não foi estabelecido o limite horário previsto no artigo 19.º, n.º 6 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência), ou no artigo 11.º, n.º 6 da Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro (Regime Sancionatório do Sector Energético), admitindo-se que se houver consentimento do visado mesmo a busca nocturna pode ter lugar sem autorização do juiz, o que causa bastante perplexidade, atendendo à natureza do ilícito contraordenacional aqui em causa. É aparentemente atribuído

[24] A este respeito, Augusto Silva Dias problematizava acerca da questão de saber se os direitos dos consumidores e os bens jurídicos "que representam a sua vertente institucional «são compatíveis» com a natureza daquelas associações, ambientais ou de consumidores, tanto monta. Para o autor, sendo elas essencialmente associações de representação e de defesa, faz sentido concebê-las como titulares do direito a um ambiente sadio ou dos direitos à saúde, à segurança ou à qualidade de bens do consumo. Não serão apenas co-titulares – juntamente com os ofendidos e em representação destes – de direitos de defesa ou direitos adjectivos, como o direito de se constituírem assistentes em processo penal (art. 25.º da Lei n.º 83/95)", cf. Silva Dias, Augusto, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*, p. 235. Para o autor, "a concessão ao titular de um interesse difuso de um direito de se constituir assistente em processo penal corresponde a uma evolução dos conceitos de vítima e de ofendido", cf. *Idem*, p. 236.

um poder hercúleo à autoridade administrativa, que passa por prescindir-se totalmente da reserva de juiz neste meio de obtenção de prova, o que comparado com o regime processual de outros regimes contraordenacionais, implicará o surgimento de sérias dúvidas de constitucionalidade[25].

No RJCE, tal como no Código de Processo Penal, caso haja consentimento do visado, a busca realizada não tem de ser comunicada ao juiz nem tem de ser por este apreciada, mas deve passar pelo crivo da análise do Ministério Público[26]. O n.º 3 do artigo 42.º do RJCE, conjugado com o n.º 4 do mesmo artigo, não prescinde da autorização do Ministério Público, mesmo havendo consentimento do visado. Mas cremos que, atendendo à natureza destes ilícitos contraordenacionais, o controlo realizado pela autoridade judiciária deveria ser reforçado, devendo estas buscas estar sujeitas à reserva de juiz, que deveria controlar a validade do consentimento e a proporcionalidade deste meio de obtenção de prova, pelo menos no que diz respeito às buscas nocturnas[27].

[25] Veja-se que, a este respeito, Augusto Silva Dias sustentava que o controlo da legitimidade constitucional das buscas domiciliárias em vários regimes contraordenacionais sectoriais devia passar pelo crivo da reserva de juiz, mas também do princípio da proporcionalidade, cf. Silva Dias, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, pp. 218-220. Ainda que no caso do n.º 3 do artigo 42.º do RJCE o princípio da proporcionalidade pudesse estar cumprido pelo facto de a busca apenas se poder realizar quando estejam em causa contraordenações muito graves, falha desde logo a reserva de juiz, nos termos do artigo 34.º, n.º 2 da CRP, pois havendo consentimento do visado, o juiz nem poderá fazer o controlo acrescido da proporcionalidade da diligência, previsto no n.º 6 do artigo 42.º do RJCE, pois prescinde-se da sua intervenção.

[26] Cf. Albuquerque, Paulo Pinto, "Comentário ao artigo 177.º do Código de Processo Penal", *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 498. Para o autor, «O controlo *a posteriori* pela "autoridade judiciária" da verificação dos pressupostos legais da busca domiciliária e do modo como a busca decorreu é uma garantia fundamental da privacidade do visado e uma garantia fundamental da defesa, caso da busca domiciliária resulte prova que se pretenda fazer valer no processo (artigos 34.º, n.os 2 e 3, e 32.º, n.º 1, da CRP). Por esta razão, o artigo 249.º, n.º 3, prevê expressamente a obrigação do órgão de polícia criminal comunicar imediatamente ao Ministério Público quaisquer novos meios de prova de que o órgão de polícia criminal tiver conhecimento», cf. *Idem*, pp. 498-499.

[27] Ainda que aqui não nos pareça ser de seguir a crítica feita por Sofia Ribeiro Branco, de que a formulação de que o consentimento deva ser "documentado de qualquer forma" seja uma formulação que suscita dúvidas e que "trará certamente questões na sua aplicação prática", cf. Branco, Sofia Ribeiro, "Alguns comentários ao novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas". Isto porque o legislador limitou-se a seguir o critério já previsto no

Conclusões

Uma leitura na perspetiva substantiva do novo RJCE parece apontar verdadeiramente para um alargamento dos direitos dos consumidores ao nível contraordenacional, o que de qualquer forma é assegurado não só pela criação de novos tipos contraordenacionais nas mais variadas matérias, mas igualmente pela sistematização dos vários regimes contraordenacionais sectoriais, pela uniformização dos montantes das coimas e pelo alargamento da punição da tentativa e da responsabilidade das pessoas coletivas.

Não obstante, ao nível do regime adjetivo, temos sobretudo reservas no que diz respeito ao regime das buscas domiciliárias previsto no RJCE. O alargamento da tutela dos direitos dos consumidores não deve ser almejado com sacrifício excessivo dos direitos do arguido no processo contraordenacional, como acontece no regime das buscas domiciliárias. Se é certo que a compressão de direitos fundamentais é sempre inerente a qualquer meio de obtenção de prova em processo penal e contraordenacional, essa restrição não pode prescindir de ponderações à luz do princípio da proporcionalidade. E, por isso, parece-nos claramente que a este respeito no regime das buscas domiciliárias o legislador foi longe de mais no RJCE, podendo eventualmente suscitar-se questões de constitucionalidade no futuro.

artigo 177.º, n.º 2, alínea b) do Código de Processo Penal. Tais dúvidas apontadas pela autora seriam superadas se houvesse um controlo pelo juiz da validade do consentimento. Por isso, o problema não está na expressão legal, mas sim na ausência de um controlo reforçado pela autoridade judiciária. Também não nos parece que seja de acompanhar a crítica feita por Sofia Ribeiro Branco de que, se o visado não der o seu consentimento para a realização de busca domiciliária, pode arriscar a sua responsabilidade contraordenacional e criminal. Isto porque cremos que a norma do n.º 7 do artigo 42.º do RJCE está apenas pensada para os casos de recusa de acesso ou de obstrução à ação da autoridade administrativa, ou seja, está pensada para os casos do n.º 1 do referido artigo (para os casos de livre acesso da autoridade administrativa aos estabelecimentos e locais onde se exerçam, ou se suspeite que se exerçam, as atividades objeto de ação de fiscalização), e não para os casos de busca domiciliária. A este respeito, trata-se de um caso em que a técnica legislativa não foi feliz, pois o legislador devia ter autonomizado um artigo relativo à realização de buscas domiciliárias e outro relativo ao direito de acesso. Ainda assim, acompanhamos Sofia Ribeiro Branco quando esta afirma que "a previsão no RJCE de que devem ser prestadas pelo visado à Autoridade competente as informações que lhe sejam solicitadas sob pena de incorrer em responsabilidade contraordenacional ou criminal é de constitucionalidade duvidosa por potencial violação do princípio da não autoincriminação", cf. *Idem*.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

AZEVEDO, Tiago Lopes de, Conferência *online* com o título "O novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas", proferida em 25/03/2021, organizada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, e disponível em https://crlisboa.org/wp/video/video-o-novo-regime-juridico-das-contraordenacoes economicas/.

BRANCO, Sofia Ribeiro, "Alguns comentários ao novo Regime Jurídico das Contraordenações Económicas", publicado em 15/02/2021, disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/02/22/alguns-comentarios-ao-novo-regime-juridico-das-contraordenacoes-economicas/.

BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

CASALTA NABAIS, José, "O estatuto constitucional dos consumidores", in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord.: Jorge Miranda), vol. I, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 479-508.

FARIA COSTA, José de, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.

GERALDO, Tiago/RAMALHO, David, "Legal Alert – Novo Regime das Contraordenações Económicas", disponível em https://www.mlgts.pt/xms/files/site_2018/Newsletters/2021/Novo_regime_das_contraordenacoes_economicas_-_Legal_Alert.pdf.

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos – Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 4.ª ed. reimp. atualizada, Lisboa: AAFDL, 2020.

PEREIRA, Diana Silva/LOPES, Diana Cardoso, "O Regime Jurídico das Contraordenações Económicas e o Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social", disponível em https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2021/04/O-REGIME-GERAL-DAS-CONTRAORDENA%C3%87%C3%95ES-E-COIMAS-E-O-REGIME-JUR%C3%8DDICO-DAS-CONTRAORDENA%C3%87%C3%95ES-ECON%C3%93MICAS-1.pdf.

PLMJ, "Nova Informativa – Regime Jurídico das Contraordenações Económicas – Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro", disponível em https://www.plmj.

com/xms/files/03_Novidades_legislativas/2021/02_fevereiro/NI_Regime_Juridico_das_Contraordenacoes_Economicas.pdf.

Silva Dias, Augusto, "Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do acórdão da relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)", *RPCC*, Ano 8, n.º 4 (1998), pp. 515-592, Ano 9, n.º 1 (1999), pp. 45-84.

Silva Dias, Augusto, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Silva Dias, Augusto, "Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no anteprojecto de Código do Consumidor", in AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 557-575.

Silva Dias, Augusto, *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina, 2018.

Srs Advogados, "Nota Informativa – Consumo – Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE)", disponível em https://www.srslegal.pt/xms/files/Nota_Informativa_Consumo_PT_Regime_Juridico_das_Contraordenacoes_Economi.pdf.

Valpaços, Alexandra/Baptista, Maria Novo, "Implicações da aprovação do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas em matéria de Direito do Consumo (Parte 1): Proteção do consumidor", disponível em https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Implicaces-da-aprovacao-do-Regime-Juridico-das-Contraordenaces-Economicas-em-materia-de-Direito-do/7471/.

Vieira de Andrade, José Carlos, "Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 76", *Dereito*, vol. 11, n.º 1 (2002), pp. 221-240.

Módulo XII
Do acesso à Justiça

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM NOS CONFLITOS DE CONSUMO

Isabel Morais Mendes Cabeçadas*

Sumário: *1. Prefácio. 2. Da Constituição e Desenvolvimento do Procedimento: 2.1. Da origem e natureza; 2.2. Das regras de competência; 2.3. Da Cooperação Institucional e com as Entidades Reguladoras. 3 Das Fases do Procedimento: 3.1. Informação; 3.2. Mediação; 3.3. Conciliação; 3.4. Arbitragem; 3.5. da Convenção de Arbitragem; 3.6 Da Arbitragem Necessária; 3.7. Da divulgação do sistema arbitral por parte das empresas. 4. Do Funcionamento do Tribunal Arbitral: 4.1. Dos princípios e regras do processo arbitral; 4.2. Do Julgamento Arbitral; 4.3. Das Decisões de Direito e de Equidade; 4.4. Da Representação; 4.5. Da Prova e Peritagem; 4.6. Da Sentença Arbitral e da Rectificação; 4.7. Da Execução das Sentenças. 5. Dos Princípios e Características Fundamentais de todo o Procedimento. 6. Dados Estatísticos. 7. Interacção dos diferentes Sistemas Extrajudiciais. 8. Da Cooperação Transfronteiras. 9. Comentário Final. Anexo I. Selecção de Sentenças. Anexo II. Selecção de Legislação de Consumo e Acesso à Justiça.*

1. PREFÁCIO

Tendo em consideração o tema que nos foi atribuído para integrar o relatório sobre "Estudos de Direito do Consumo" concretamente sobre "Mediação, Conciliação e Arbitragem nos Conflitos de Consumo", entendeu-se que a descrição do sistema criado e desenvolvido desde há 31 anos

* Directora do Centro de Arbitragem de Lisboa – Nov. 1989 a Dez. 2020.

pelo Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, permitirá obter uma imagem fidedigna e objectiva do procedimento que, através das fases enunciadas no texto, vem conduzindo na práctica a uma resolução eficaz dos conflitos que nos são apresentados pelos consumidores e que têem origem nas mais diversas áreas e matérias, a saber nomeadamente:

- Serviços Públicos Essenciais (água, energia, gás, comunicações e serviços postais) – Lei 23/96 (versão actualizada)
- Transportes aéreos (extravio de bagagem e cancelamento de voo)
- Serviços financeiros (créditos)
- Turismo – Agências de Viagens
- Compra e venda de bens de consumo e garantias (Lei 84/2021)
- Contratos celebrados à distância e no domicílio (Dec-Lei 24/2014, parcialmente alterado pela Lei 47/2014 e pelo Dec-Lei 78/2018)

(ver Selecção de Sentenças – Anexo I do Estudo)

Deste modo a sistematização deste artigo consubstancia-se numa descrição práctica de um procedimento de regulação que englobando as fases de Mediação, Conciliação e de Arbitragem, se inicia com: a apresentação do caso – Reclamação – pelo consumidor e adequada informação por parte do Gabinete Jurídico do Centro, por forma a proceder à sua tramitação ao Tribunal Arbitral com suporte em factos objectivos e fundamento legal apropriado.

De realçar que o Centro de Arbitragem de Lisboa investe particular atenção na componente informativa, ao longo de todo o processo, encontrando-se os Serviços Jurídicos preparados para acolher e acompanhar, ao longo de todo o procedimento, consumidores e empresas, no pressuposto de que uma informação adequada facilita o diálogo entre ambas as partes, melhorando o conhecimento dos seus direitos e deveres.

De facto como adiante se demonstra esta acção informativa prévia e a Jurisprudência Arbitral têem vindo a prevenir a conflitualidade futura.

2. DA CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO PROCEDIMENTO

2.1. Da origem e natureza

O Centro de Arbitragem é desde 1993 uma associação privada sem fins lucrativos, tendo iniciado a sua actividade em 1989 enquanto projecto-piloto de acesso simplificado à justiça, por iniciativa e com o apoio da Comissão Europeia.

O objectivo do projecto-piloto era o de criar um procedimento extrajudicial simplificado como meio célere e eficaz de resolver conflitos na área do consumo, por via da Mediação (conforme ora estabelecido na Lei 29/2013), da Conciliação e da Arbitragem (Lei da Arbitragem Voluntária 63/2011- versão actualizada).

2.2. Das regras de competência

- Em razão da matéria – consideram-se Conflitos de Consumo os que decorrem da aquisição de bens ou serviços destinados a uso não profissional, fornecidos por pessoa singular ou colectiva que exerça com carácter profissional e fins lucrativos uma actividade económica.
- Em razão do território – só são admitidos os conflitos originados em aquisições efectuadas na área de competência do Centro (Área Metropolitana de Lisboa) bem como quando celebrados à distância a partir da residência do consumidor, sita na mesma área geográfica (ex. contratações em linha)
- Em razão do valor – são admitidos os conflitos cujo valor não ultrapasse €5.000

2.3. Da Cooperação Institucional

O Centro foi apoiado desde início pela Comissão Europeia, pelo então Instituto do Consumidor (DGC) pela Câmara de Lisboa pela DECO e pela União das Associações do Comércio e Serviços.

De referir que o Ministério da Justiça, tendo em consideração a eficácia e celeridade do procedimento e inerentes resultados obtidos, (ainda como projecto-piloto), se associou no apoio a esta acção em 1991, viabilizando a sua consolidação e desenvolvimento.

Posteriormente foram criados mais 6 Centros de Arbitragem de competência regional, 2 de competência especifica e 2 de competência nacional, utilizando um procedimento idêntico.

O Ministério da Justiça usa uma plataforma de registo dos dados estatísticos resultantes da actividade destes meios alternativos e está a desenvolver uma acção de avaliação contínua dos mesmos, através de uma nova plataforma digital.

– Da Cooperação com as Entidades Reguladoras

Com a entrada em vigor da Lei 67/2013 as entidades reguladoras dos Serviços Públicos essenciais passaram a ter também obrigações de cooperação com os centros de arbitragem nomeadamente:

- apoiando financeiramente os Centros em função do número de casos recebidos e resolvidos;
- nomeando técnicos especializados para apoiar os tribunais arbitrais, enquanto Peritos.

3. DAS FASES DO PROCEDIMENTO

O funcionamento do Centro é composto por quatro fases:

Informação, Mediação, Conciliação e Arbitragem

Sendo as duas primeiras promovidas pelo Gabinete Jurídico e a Conciliação e Arbitragem pelo Juiz-Arbitro.

3.1 – 1.ª fase – A Informação prestada no âmbito do Direito do Consumo.

Os consumidores podem apresentar as suas reclamações por escrito (carta, e-mail e através dos Formulários de Informação e Reclamação existentes no site (www.centroarbitragemlisboa.pt) ou pessoalmente por urgência ou com marcação prévia.

Nesta fase o Jurista assistente promove a triagem dos casos analisando a reclamação e solicitando todos os esclarecimentos necessários à fundamentação e tramitação do caso às fases seguintes ou prestando a informação e aconselhamento jurídico adequados à resolução imediata da questão colocada que, por desconhecimento ou não enquadramento na lei aplicável, não configura um conflito de consumo.

3.2 – 2.ª fase – A Mediação é da responsabilidade do Jurista assistente do processo sendo promovida com o objectivo da obtenção de um acordo, com respeito pelos princípios consignados na Lei 29/2013 (nomeadamente: da voluntariedade, equidade, confidencialidade, igualdade e da imparcialidade e independência).

A Mediação é dinamizada pelo contacto com a empresa reclamada, dando conhecimento do teor da reclamação e do pedido, após a análise prévia e enquadramento jurídico, já antes referidos, solicitando-se resposta

num breve prazo, por forma a viabilizar a situação ou passar em tempo à fase seguinte.

A Mediação pode ser realizada através telefone, e-mail ou de outro meio de comunicação à distância e se necessário em reunião a decorrer no Centro, com a presença de ambas as partes.

Sendo de referir que nesta fase se viabiliza a redução de 75% a 80% dos conflitos presentes ao Centro.

3.3. – 3.ª fase – A Conciliação ocorre quando não lograda a Mediação como forma de resolução do conflito, neste caso, as partes são convocadas para Tentativa de Conciliação a realizar previamente à audiência de Arbitragem.

A **Tentativa de Conciliação** é actualmente promovida e conduzida pelo Juiz-Árbitro.

Obtida a Conciliação entre as partes e uma vez determinada a forma e os prazos para resolução, é lavrada a respectiva Acta de Conciliação que, uma vez homologada pelo Juiz-Árbitro (ver Sentenças Homologatórias selecionadas no Anexo I do Estudo), constitui um titulo executivo, produzindo os mesmos efeitos de uma sentença arbitral e assumindo deste modo o mesmo carácter obrigatório e a mesma força executiva.

3.4. – 4.ª fase – A Arbitragem tem suporte no tribunal arbitral, que funcionando com base nos princípios consignados na Lei da Arbitragem Voluntária Institucionalizada – (Lei 63/2011 – versão actualizada) estabelece uma forma de simplificação dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos – que não estejam expressamente submetidos a tribunal judicial – conferindo às decisões arbitrais a mesma força executiva das decisões do Tribunal de1.ª instância.

E é neste contexto que se entende que as Decisões proferidas pelo Juiz-Árbitro, porque essencialmente fundadas no Direito, mais do que permitirem a resolução de um caso pontual, constituem em si uma orientação pedagógica sobre a aplicação do direito aos casos concretos permitindo uma adequação de comportamentos e uma orientação para casos futuros.

A Arbitragem é por princípio um sistema voluntário – excepto quando estiver estabelecida por lei a submissão do litígio exclusivamente aos tribunais do Estado ou à Arbitragem Necessária.

3.5. Da Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem, constitui uma cláusula compromissória que deve ser reduzida a escrito e constar de documento específico a anexar ao processo. A convenção pode ter por objecto só um litígio actual (adesão pontual) ou ser destinada a litígios actuais e futuros (adesão plena) – caso dos operadores de serviços públicos essenciais, que subscreveram a sua adesão plena ao Centro de Lisboa, mesmo antes da entrada em vigor da lei que veio determinar a Arbitragem Necessária para estas e todas as empresas em conflitos de valor inferior a €5.000,00.

3.6. Da Arbitragem Necessária

Encontra-se expressamente estabelecido por lei os conflitos que estão submetidos a Arbitragem Necessária, como é o caso dos conflitos de consumo cujo valor económico não exceda a alçada dos tribunais de 1ª instância (Lei 63/2019) ou dos conflitos emergentes da prestação de serviços públicos essenciais (Lei 6/2011) (Telecomunicações, água, gás, energia) o mesmo sucedendo com o que se refere aos serviços financeiros – de pagamento e crédito e com todos os casos de valor inferior a €5.000, que é o valor da alçada do Tribunal Arbitral do Centro, razão porque actualmente todos os casos estão sujeitos a Arbitragem Necessária.

3.7. Da divulgação do sistema arbitral por parte das empresas

As empresas com adesão voluntária ou necessária ao sistema arbitral, vêm promovendo a divulgação deste sistema, junto dos consumidores através de um impresso informativo com logotipo, que afixam nos seus estabelecimentos ou noutros meios de comunicação.

4. DO FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL ARBITRAL

4.1. Dos princípios e regras do processo arbitral

- A empresa reclamada é citada para se defender
- As partes são tratadas com igualdade e imparcialidade.

- Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório.
- Ambas as partes são ouvidas antes de proferida a Sentença

4.2. Do Julgamento Arbitral

O processo é por regra do Regulamento Interno submetido ao Juiz já instruído com os elementos tidos por necessários, nomeadamente:

- indicação sumária do objecto do conflito
- factos alegados pelas partes
- meios de prova oferecidos
- fundamentos do pedido.

Para tanto existe um "Impresso de Reclamação" específico para os processos tramitados ao Tribunal Arbitral (ver impressos junto ao Anexo I sobre Selecção de Sentenças)

4.3. Das Decisões de Direito e de Equidade

O Juiz–Árbitro decide normalmente segundo o direito constituído utilizando a equidade apenas quando necessário e uma vez autorizado pelas partes, sendo a decisão proferida com base no bom-senso, face ao equilíbrio dos interesses em apreço.

4.4. Da Representação

As partes podem designar quem as represente junto do tribunal, não sendo obrigatória a constituição de advogado.

Se fôr de sua vontade os Consumidores poderão ser acompanhados e representados por um Jurista, solicitado à DECO para o efeito.

A representação dos consumidores poderá ser efectuada "pro bono" por advogado ou escritório de advogados com protocolo com o Centro. O mesmo poderá ocorrer, se necessário com as Empresas Reclamadas.

4.5. Da Prova e Peritagem

O Juiz-Árbitro não se encontra limitado à matéria articulada pelas partes, assistindo-lhe a possibilidade de fazer uma apreciação livre dos factos e das provas apresentadas e, se entender por necessário, suspender a audiência de julgamento, para por sua iniciativa ou a pedido das partes, nomear um ou mais peritos / para que possam ser efectuados exames, recolha de

elementos ou quaisquer outras diligências que permitam um melhor esclarecimento dos factos com vista a uma mais adequada Decisão.

– Prova

Pode ser produzida perante o tribunal qualquer prova admitida em processo civil, embora predomine a prova documental, a confissão e o exame directo por apresentação do bem, objecto do conflito.

– Peritagem

As peritagens são efectuadas, como acima se explica, por técnicos especializados, nomeados para elaborarem um relatório escrito ou oral, sobre pontos específicos determinados pelo tribunal.

O relatório de peritagem é integrado junto ao processo como suporte da decisão final.

4.6. Da Sentença Arbitral e da Rectificação e esclarecimento da Sentença

– Da Sentença – a sentença contém obigatóriamente os seguintes elementos:

- o relatório com o nome das partes e um resumo do litígio.
- os fundamentos da decisão, com análise das questões de facto e de direito.
- data e local onde foi proferida.

A Sentença Arbitral é vinculativa, tendo o mesmo carácter obrigatório e a mesma força executiva que as sentenças do tribunal judicial de 1.ª instância e considera-se transitada em julgado decorridos 30 dias após a sua notificação às partes.

– Da Rectificação

Nos 30 dias seguintes à recepção da notificação da Sentença, qualquer das partes pode, notificando a outra, requerer ao Tribunal Arbitral que, em casos especificados, rectifique no texto, pela existência de um qualquer erro de cálculo, erro material ou tipográfico ou por qualquer erro de natureza idêntica.

4.7. Da execução das Sentenças

Em caso de não cumprimento da Sentença do Tribunal Arbitral (situação de ocorre num número ínfimo e casos) e constituindo a mesma um título executivo, pode ser apresentada directamente no tribunal judicial para execução imediata.

Nestes casos é solicitado à Direcção do Centro que emita uma certidão do processo que acompanha o pedido de execução.

Contudo há que referir que as sentenças proferidas pelo Juiz-Árbitro, são notificadas de imediato, directamente às partes, aquando do Julgamento e têem vindo a ser integralmente cumpridas, o que permite concluir pela sua compreensão e aceitação.

5. DOS PRINCIPIOS E CARACTERISTICAS FUNDAMENTAIS DE TODO O PROCEDIMENTO

– Dos Principios

Ao afastar-se das exigências formais impostas em sede de processo civil, o Centro caracteriza-se pela adopção de um procedimento simplificado sem prejuízo do cumprimento dos princípios já antes mencionados:

- Legalidade
- Igualdade e imparcialidade
- Contraditório
- Representação

Bem como do cumprimento dos princípios fundamentais ora enunciados:

- Transparência – pela divulgação dos relatórios de actividade anual do Centro; pela divulgação do tipo de regras em que se fundamentam as decisões (de direito e de equidade) e pela publicação da jurisprudência (omitindo os dados pessoais).
- Independência e imparcialidade – o Juiz-Árbitro vem sendo um garante da imparcialidade do Tribunal.
  De referir que a acção do Centro se desenvolve com total independência e autonomia de actuação no que se refere às fontes de financiamento.
- Verdade material – a proximidade do Juiz das partes permite uma maior sensibilidade para a apreciação das questões, por conhecimento

pessoal e directo e com dispensa dos formalismos processuais que por vezes obstam á apreciação da matéria de facto.
- Liberdade de apreciação da prova

– Das Características do Procedimento cumpre referir:
- A Acessibilidade aos Serviços – dado que os cidadãos podem apresentar as suas reclamações por escrito ou se necessário pessoalmente.
- A Proximidade do Juiz das partes – dado que encontrando-se liberto dos condicionalismos processuais que obstam por vezes à apreciação da matéria de facto, o Juiz-Árbitro se encontra mais próximo das partes, o que lhe permite uma maior sensibilidade para as questões a apreciar, por conhecimento pessoal e directo.
- A Celeridade – antes da pandemia o prazo de resolução dos casos desde a sua admissão era de 40 dias, tendo passado a 50/60 dias, situação que se está normalizando, também por via das arbitragens online.

6. DADOS ESTATISTICOS

2019/2020

	2019	2020	Evolução percentual 2019/2020
• Casos Colocados	**4672**	**5082**	**+ 9%**
• Processos de Reclamação Instruídos	**827**	**2055**	**+148%**
• Processos resolvidos	**784**	**1464**	**+87%**
por mediação	564	1186	**+110%**
por sentença Arbitral	175	251	**+43%**
por conciliação c/ homologação	45	27	**– 40%**
• Processos findos	**810**	**1802**	**+122%**
• Informações prestadas	**3845**	**3027**	**-21%**

28/01/2021

Ano 2019

NÚMERO TOTAL DE CASOS COLOCADOS	**INFORMAÇÕES** (Presenciais, Escritas e Telefónicas)	**PROCESSOS DE RECLAMAÇÃO**	
		TOTAL	**PROCESSOS RESOLVIDOS** (Mediação, Conciliação e Arbitragem)
			Sentenças Homologatórias e Arbitrais
			784 / **220**
4672	**3845**	**827**	

PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS		
COLABORAÇÃO	**NÃO COLABORAÇÃO**	**ADESÕES**
784	**19**	**2574**

14/04/2020

Ano 2020

<table>
<tr><th rowspan="2">NÚMERO TOTAL DE CASOS COLOCADOS</th><th rowspan="2">INFORMAÇÕES (Presenciais, Escritas e Telefónicas)</th><th colspan="3">PROCESSOS DE RECLAMAÇÃO</th></tr>
<tr><th>TOTAL</th><th colspan="2">PROCESSOS RESOLVIDOS (Mediação, Conciliação e Arbitragem)</th></tr>
<tr><td rowspan="2"></td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2"></td><td rowspan="2">1464</td><td>Sentenças Homologatórias e Arbitrais</td></tr>
<tr><td>278</td></tr>
<tr><td>5082</td><td>3027</td><td>2055</td><td colspan="2"></td></tr>
</table>

PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS		
COLABORAÇÃO	**NÃO COLABORAÇÃO**	**ADESÕES**
1464	**11**	**2898**

06/01/2021

Nota:

O ano de 2020 trouxe algumas dificuldades consequentes da situação de pandemia e do confinamento que se reflectiram nos resultados estatísticos obtidos.

De referir que os Julgamentos foram então, em grande parte, efectuados via on-line.

Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa

01/01/2020 a 31/12/2020

	Global (todas as áreas)				
	Casos Recebidos		Processos de Reclamação Resolvidos		
	Informações	Reclamações	Mediações	Concliações	Sentenças
TOTAIS	3027	2055	1186	27	251
	5082		1464		

Processos recebidos relativos a Serviços Públicos Essenciais

Área de Actividade/Produto ou Serviço	Casos Recebidos		Processos de Reclamação Resolvidos		
	Informações	Reclamações	Mediações	Concliações	Sentenças
Comunicações Electrónicas e Serviços Postais					
Fixas	9	18	11	0	0
Móveis	52	78	57	0	0
Internet, SVA	66	77	64	0	1
Serviços de Televisão e outros serviços de comunicação	570	621	554	0	3
Correios/Serviços Postais	88	61	21	2	8
Totais	**785**	**855**	**707**	**2**	**12**
% sobre Total Global	**26%**	**42%**	**60%**	**7%**	**5%**
Electricidade e Gás					
Electricidade	99	162	84	1	38
Gás	12	16	10	1	7
Outras Fontes Energia	0	0	0	0	0
Totais	**111**	**178**	**94**	**2**	**45**
% sobre Total Global	**4%**	**9%**	**8%**	**7%**	**18%**
Água e resíduos					
Totais	**34**	**42**	**17**	**0**	**13**
% sobre Total Global	**1%**	**2%**	**1%**	**0%**	**5%**
Transportes Passageiros					
Totais	**154**	**110**	**63**	**2**	**21**
% sobre Total Global	**5%**	**5%**	**5%**	**7%**	**8%**
Total SPE	**1473**	**555**	**425**	**21**	**100**

% dos Serviços Públicos Essenciais				
% de Informações (SPE) sobre o total de Informações Prestadas	% de Reclamações (SPE) sobre o total de Reclamaçõs Recebidas	% de Mediações (SPE) sobre o total de Mediações conseguidas	% de Conciliações (SPE) sobre o total de Sentenças proferidas	% de Sentenças (SPE) sobre o total de Sentenças proferidas
49%	**27%**	**36%**	**78%**	**40%**

08/01/21

PROCESSOS DE INFORMAÇÃO E RECLAMAÇÃO - 2020

Área de Actividade	Informações Presenciais e Escritas	Total de Reclamações	Mediações c/ Resolução	Sentenças
Alimentação	15	7	2	0
Educação	55	27	9	4
Saúde	32	24	9	2
Electrodomésticos/Prod, Electronicos	224	132	59	30
Mobiliário	71	84	27	18
Habitação	110	23	11	8
Informática	98	37	10	17
Serviços Financeiros				
Bancos				
Crédito	144	8	6	1
Serviços, Tranferências e Cartões	130	51	14	6
Seguros	78	22	11	4
Serviços Públicos				
Água	34	42	17	13
Energia				
Electricidade	99	162	85	38
Gás	12	16	11	7
Comunicações				
Fixas	9	18	11	0
Móveis	52	78	57	0
Internet, SVA	66	77	64	1
Multi Serviços	570	621	554	3
Correios	88	61	23	8
Transportes	154	110	65	21
Turismo	105	43	18	5
Timeshare - cartões, férias	3	5	3	1
Ourivesaria / Joalharia	10	10	3	2
Vestuário, Calçado, Acessórios	70	39	13	8
Lavandaria	11	14	0	12
Veículos Motorizados	55	11	3	2
Outros não especificados	661	295	84	26
TOTAIS	**3027**	**2055**	**1186**	**251**

7. INTERACÇÃO DOS DIFERENTES SISTEMAS EXTRJUDICIAIS

Entende-se como necessário reflectir sobre os resultados obtidos com vista a coabitação e interacção dos diferentes sistemas, por forma a integrá-los numa realidade coerente e facilmente identificável pelos cidadãos.

A Lei n.º144/2015 transpôs para a ordem jurídica nacional uma directiva europeia que estabelece os princípios e as regras a que devem obedecer os organismos de resolução extrajudicial de conflitos, prevendo a possibilidade do seu funcionamento em rede e a resolução de conflitos online.

Sendo de referir que as regras de funcionamento de todos os centros de arbitragem nacionais foram harmonizadas num regulamento único (em fase de revisão).

8. DA COOPERAÇÃO TRANSFRONTEIRAS

O Centro vem promovendo a resolução de conflitos quer a nível nacional, quer transfronteiras. Tendo sido celebrados protocolos com entidades congéneres, com o objectivo de resolver por mediação ou arbitragem, conflitos originados em aquisições efectuadas por residentes fora de Portugal a empresas sitas na AML.

Exemplo de casos transfronteiras e modo de resolução:

- transferências bancárias – por mediação
- venda à distância-incumprimento do contrato – por mediação
- erro sobre objecto anunciado – por arbitragem
- aluguer de viatura/caução – por arbitragem

Neste âmbito cumpre referir que em 2001 e a convite da Comissão Europeia (então DG-Mercado Interno) o Centro* participou na criação e desenvolvimento de uma rede de cooperação (Fin-Net) entre os organismos de resolução alternativa de conflitos na área dos serviços financeiros e de que fazem parte entidades de todos os países que integram a União Europeia, por forma a dar resolução aos conflitos emergentes destes serviços e acompanhar e sugerir iniciativas legislativas da Comissão neste domínio.

* O Centro é desde então membro efectivo da rede e do seu "Steering Commitee".

9. COMENTÁRIO FINAL

"O Centro de Arbitragem de Lisboa é um Tribunal mais próximo do cidadão".

Esta frase foi enunciada pelo professor catedrático Jean Calais-Auloy (com vasta obra sobre direito do consumo), aquando da avaliação efectuada à actividade do Centro, na comemoração do seu 10.º aniversário.

De facto o sistema veio a revelar-se complementar da justiça judicial pela eficácia demonstrada na resolução global dos litígios (90 a 95% das reclamações recebidas), consequente de uma/ adequada aplicação dos princípios e tornando-se mais próximo do cidadão sobretudo pela utilização das características fundamentais antes descritas – a acessibilidade; a celeridade e a proximidade do Juiz das partes.

E é neste contexto e em resultado da conjugação das diferentes fases do procedimento, com toda a informação jurídica transmitida, que se vai garantir a compreensão e aceitação das decisões finais.

As decisões proferidas porque essencialmente fundadas no Direito, mais do que permitirem a resolução de um caso pontual, constituem em si uma orientação pedagógica sobre a aplicação do direito aos casos concretos, permitindo uma adequação de comportamentos e uma orientação para casos futuros.

Sendo gratificante verificar como ao longo destes 31 anos de acção se vêem modificando os comportamentos dos consumidores e das empresas com a adesão destas ao sistema (mesmo antes de a tal estarem obrigadas por lei), o que atesta da sua confiança no sistema e se vai reflectindo na confiança dos consumidores nos seus serviços, com inerente melhoria das relações de consumo.

Isabel Morais Mendes Cabeçadas
18 Novembro 2021

Na estruturação deste Estudo, cumpre agradecer o apoio e disponibilidade manifestados pelas colaboradoras do Centro Lisete Antão e Natacha Aguiar.

ANEXO I – SELECÇÃO DE SENTENÇAS (http://www.centroarbitragemlisboa.pt/jurisprudencia.php)

1. **Sentença 30/21-** Transporte Aéreo (cancelamento de voo) – Processo n.º 3239/2020

2. **Sentença 94/21-** Transporte Aéreo (extravio de bagagem) – Processo n.º 3705/2020

3. **Sentença 62/21 –** Energia (indemnização por mora no fornecimento) – Processo n.º 4657/2020

4. **Sentença 72/21 –** Serviços Postais (extravio de encomenda) – Processo n.º 4925/2020

5**. Sentença 75/20 –** Compra e Venda de Bens de Consumo (Garantias) – Processo n.º 3830/2019

6. **Sentença 95/21 –** Serviços Públicos Essenciais (prescrição) – Processo n.º 4158/2020

7. **Sentença 147/20 –** Serviços Financeiros (crédito pessoal) – Processo n.º 2307/2020

8. **Sentença 202/19 –** Electricidade (violação do contador) – Processo n.º 3863/2019*

9. **Sentença 40/20 –** Vendas à distância com crédito associado – Processo n.º 575/2020 *

10. **Sentença Homologatória****–** Avaria de computador – reparação – Processo 310/2021

11. **Sentença Homologatória**** –** Transporte Aéreo (cancelamento de voo) – Processo 4491/2020

***** Impressos de Reclamação em anexo

** Sentenças Homologatórias em anexo

Impressos de Reclamação utilizados em processos tramitados ao Tribunal

8. Proc. 3863/2019

Tema: Electricidade (violação do contador)

3863/2019 Data entrada: 2019-10-25
Reclamação Valor: € 239,01
Jurista: Recepção: E-mail

Reclamante

Entidade de quem reclama

Estabelecimento ou local de aquisição / prestação do serviço:
Data a que respeita a aquisição do bem ou serviço:

Objecto do Conflito (versão do Reclamante)

Em Setembro de 2019, o reclamante recebeu carta da ------- (doc.1) informando que em 19.09.2019, na sequência de uma auditoria técnica, fora identificada uma utilização irregular de energia eléctrica (ka com desvio de horário, local sem dcp instalado – doc.1, fls.3), tendo sido calculado que o valor dos prejuízos apurados perfazia o montante de € 239,01, correspondendo a quantia de € 77,70, a encargos administrativos com a detecção e tratamento da anomalia e €161,31, a indemnização de energia e potência (doc.1, fls.2).

Em 30.09.2019, o reclamante apresentou reclamação à empresa (doc.2), informando que a instalação se encontrava nas mesmas condições em que fora efectuada pelos técnicos da EDP à data em que o reclamante adquiriu a casa e solicitando o envio pela reclamada de vários documentos:

- comprovativo de instalação inicial do dcp (disjuntor controlador da potência);
- fotografias tiradas pelo técnica aquando da auditoria técnica;
- explicação do valor cobrado pelo tratamento da anomalia, dado que o técnico nada fez na instalação senão verificar a ausência do dcp;

– explicação sobre os cálculos efectuados para efeito de indemnização de energia/potência;

Mais informava o reclamante que após detecção da alegada alegada anomalia continuava com a mesma potência, não se tendo verificado necessidade de aumento de potência, pelo que também no período ora facturado não gastara acima dessa potência, tendo inclusive solicitado lhe fosse monitorizado o seu consumo actual e comparado com o que lhe era ora facturado.

Em 09.10.2019, a reclamada informou que o disjuntor controlador da potência não estava no local e que o mesmo havia sido colocado em 23.07.2010, pelo que o valor exigido era devido (doc.3).

Em 11.10.2019, o reclamante voltou a apresentar reclamação (doc.4) informando que a reclamada não respondera a nenhuma das questões suscitadas na sua reclamação de 30.09.2019, negando ter sido instalado qualquer dcp em 23.07.2010.

Em 18.10.2019, a reclamada informou que os cálculos forma efectuados em referência um período de 3 anos e para uma situação de diferença de potência de 3,45 kVa (potência contratada) para 6,9 kVa (doc.5), tendo anexado a fotografia solicitada pelo reclamante do local onde deveria estar instalado o dcp.

O reclamante manteve a recusa de pagamento da quantia de € 239,01, negando ter retirado o dcp que aliás nunca fora instalado e negando ter existido utilização de potência superior no período de 19.09.2016 a 18.09.2019, conforme alegado pela empresa, o que se comprova pelo facto de após detecção da anomalia continuar com a mesma potência.

Pedido

Anulação do valor apresentado a pagamento, no montante de € 239,01, por não ter sido utilizada potência superior à contratada.

Documentos que junta

Nenhuns

Contactos com o comerciante ou prestador de serviços

Em 28.10.2019, foi enviado e-mail à empresa reclamada com os elementos da reclamação.

Em 21.11.2019, dada a ausência de resposta, foi enviado e-mail à empresa reclamada informando sobre o agendamento de Arbitragem em 04.12.2019, com vista a adequada análise e efectiva resolução do conflito.

9. Proc. 575/2020

Tema: Vendas à distância com crédito associado

575/2020 Data entrada: 2020-01-24 11:27
Reclamação Valor: € 2.995,00
Jurista: Recepção: E-mail

Reclamante

Entidade de quem reclama

Objecto do Conflito (versão do Reclamante)

1) Em 17/10/2019, na sequência de contacto por parte da empresa reclamada "----.", de deslocação às respectivas instalações e reunião de cerca de 3h, durante as quais lhe foram apresentados os artigos da empresa, a reclamante aceitou subscrever um contrato de compra e venda de um edredão e almofada, no valor de €2.995,00, para pagamento em 72 prestações mensais através de recurso a um crédito concedido pelo "---.".

2) Naquela data, sentindo-se pressionada pelos colaboradores da empresa reclamada "---." e exausta da reunião e quantidade de informação recebida, a reclamante assinou todos os documentos que lhe foram apresentados, entre os quais o contrato de compra e venda e o contrato de crédito (docs.1 a 4).

3) Ainda na mesma data, a empresa reclamada "--.", procedeu à entrega dos bens na residência da reclamante e, apesar dos seus protestos, desembalou o edredão e almofada e colocou-os sobre a cama da reclamante. Logo de seguida e após os colaboradores da empresa se retirarem, a reclamante dobrou e embalou os bens, os quais nunca chegaram a ser utilizados.

4) Em 24/10/2019, após reflexão sobre o sucedido, a reclamante optou por rescindir os contratos celebrados, exercendo o seu direito de livre resolução, pelo que enviou à empresa "Proative, Lda.", uma carta registada com aviso de recepção nesse sentido (doc.5) e devolveu os bens à empresa.

5) Contudo, passados alguns dias, a empresa "--- voltou a entregar os bens na residência da reclamante, contra a sua vontade.

6) Os bens encontram-se na residência da reclamante, devidamente acondicionados e a aguardar recolha, tendo a reclamante solicitado a confirmação de resolução do contrato de compra e venda e do contrato de crédito, o que não se veio a verificar, mantendo-se o conflito sem resolução.

Pedido

Resolução do contrato de compra e venda, no valor de €2.995,00, bem como do contrato de crédito associado.

Documentos que junta

Nenhuns

Contactos com o comerciante ou prestador de serviços

Em 2020-02-18 foi enviado e-mail à reclamada e ao ----- com os dados da reclamação apresentada.

* * *

Sentenças Homologatórias (Conciliação)

10. Processo 310/2021- Avaria de computador – reparação

Relatório e Fundamentação:

No intervalo do prazo entre a marcação de Julgamento e a execução deste, hoje, a reclamada enviou um e-mail ao Centro de Arbitragem no dia 8/11/2021, no qual se compromete a proceder à reparação do computador do reclamante sem qualquer custo para o mesmo.

Notificado o reclamante da proposta por parte da reclamada, veio o reclamante também através de e-mail em 9/11/202, dizer que aceita a proposta da reclamada mas, solicita que seja fixado prazo para a reparação do computador.

Decisão:

Tendo em conta que, a reclamada confessa o pedido, julga-se a mesma válida e relevante quanto ao objeto e qualidade das pessoas nele intervenientes e ao abrigo dos art.ºs 283.º e 290.º do Código Processo Civil homologo o acordo por sentença, condenando a reclamada a proceder à reparação do computador no prazo de vinte dias e em consequência e de harmonia com a alínea d) do art.º 277.º do mesmo Diploma Legal, julgo extinta a instância por inutilidade superveniente da lide.

Sem custas.

Desta sentença ficam notificadas as partes.

11. Processo 4491/2020 – Transporte Aéreo (Cancelamento de voo)

Relatório e Fundamentação:

Foi recebida neste Tribunal, uma carta enviada pelo ilustre mandatário do reclamante, na qual refere que:

"*Entre o Reclamante e a Reclamada foi logrado acordo para por termo ao presente litígio. Com efeito, a Reclamada procedeu à emissão de cinco passagens aéreas com partida e regresso em data acordada com o Reclamante. Face ao exposto, por não existir qualquer efeito útil na decisão a proferir, requer-se que sejas declarada a extinção da instância por inutilidade da lide. Mais se requer que seja dado sem efeito o Julgamento Arbitral designado para o dia 27 de Outubro de201, pelas 16h00.*"

Decisão:

Tendo em consideração, a carta enviada pelo ilustre mandatário do reclamante na qual refere que o mesmo chegou a acordo com a reclamada para a resolução do conflito, julga-se válida e relevante quanto ao objecto e qualidade das pessoas nela intervenientes a transacção efectuada e ao abrigo do disposto dos art.ºs 283.º e 290.º do Código Processo Civil, homologa-se a mesma por sentença e condenam-se as partes a cumpri-la nos seus precisos termos, e de harmonia com o disposto no art.º 277.º, alínea d) do mesmo Diploma Legal, julga-se extinta a instância por inutilidade superveniente da lide.

Sem custas.

Desta sentença ficam notificadas as partes.

ANEXO II – SELECÇÃO DE LEGISLAÇÃO DE CONSUMO E ACESSO À JUSTIÇA

- Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho

- Obrigação de Informação ao Consumidor – Dec-Lei 102/2017
- Clausulas Contratuais Gerais – Dec-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro alterado pelo Dec-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, pelo Dec-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho e pelo Dec-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.
- Lei dos Serviços Públicos Essenciais – Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro, pela Lei n.º 24/2008, de 02 de Junho, pela Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, pela Lei n.º 44/2011 de 22 de Junho, pela Lei n.º 10/2013 de 28 de Janeiro e pela Lei n.º 51/2019, de 29 de Julho.
- Lei quadro das Entidades Reguladoras – Lei 67/2013
- Compra e venda de bens de consumo / Garantias/ contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais – Dec-Lei 84/2021, de 18 de Outubro
- Contratos celebrados à distância e no domicílio e outras modalidades de venda e de prestação de serviços – Dec-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro que transpõe a Directiva n.º 2011/83/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, parcialmente alterado pela Lei n.º 47/2014 de 28 de Julho – versão consolidada
- Crédito ao consumo – Dec-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho alterado pelos Dec-Lei nos 72-A/2010, de 18 de Junho e 42-A/2013 de 28 de Março e Dec-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho – versão consolidada.

- Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo – Lei n.º 144/2015, de 08 de Setembro, alterada pelo Dec-Lei n.º 102/2017, de 23 de Agosto e Lei n.º 14/2019, de 12 de Fevereiro

- Dos princípios aplicados à Mediação – Lei 29/2013
- Lei da Arbitragem Voluntária – Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro

- Arbitragem Necessária – Lei 63/2019, de 16 de Agosto
- Arbitragem Necessária p/ Serviços Públicos Essenciais – Lei 6/2011

OS JULGADOS DE PAZ

Sofia Campos Coelho

Sumário: *1. Acesso à Justiça; 2. Os Julgados de Paz; 3. Os Princípios orientadores dos Julgados de Paz; 4. A competência dos Julgados de Paz; 5. O início do funcionamento; 6. A tramitação; 7. O Futuro.*

1. Acesso à Justiça

A expressão "acesso à justiça" tem um primeiro e imediato significado de acesso ao poder judiciário, em particular aos tribunais judiciais ou comuns. Este significado surge no âmbito da tutela jurisdicional do Estado, procurando assegurar direitos e garantir o cumprimento de deveres. E se é verdade que o acesso à justiça também é isto, mais verdade é que, atualmente, de forma alguma, pode ser somente isto. O "acesso à justiça" é uma expressão que comporta um elevado grau de complexidade na medida em que é um ideal a ser perseguido pelo Estado, enquanto detentor do poder jurisdicional, elemento constitutivo da identidade do Estado de Direito, e um fator essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Ao longo dos tempos; foram-se identificando os vários obstáculos do acesso à justiça: obstáculos de natureza económica (elevados custos dos processos), de natureza geográfica (distância entre os cidadãos e os tribunais e outros órgãos da justiça), de natureza técnica e procedimental (procedimentos cada vez mais complexos e leis demasiado opacas, com sentido e alcance inacessível ao cidadão comum). Para superar estes obstáculos, os Estados implementaram reformas, criando as medidas julgadas adequadas em função do tempo e das circunstâncias.

Em matéria de justiça, as exigências que o cidadão atualmente manifesta revelam uma ideia bem mais profunda de acesso à justiça que não se conforma com o simples acesso aos tribunais. No último século, e com vista à satisfação dos direitos e interesses do cidadão, os Estados tiveram de prosseguir uma atuação pró-ativa, no sentido de reformar o sistema judicial, criando instituições, meios e procedimentos novos em matéria de justiça. É hoje um dado adquirido que o acesso à justiça não pode ser reduzido ao simples acesso formal ao Poder Judicial: os sistemas jurídicos têm de ser acessíveis a todos e permitir alcançar resultados socialmente mais justos, quer em termos de duração dos processos, quer em termos de custas, com vista a uma justiça efetiva.

2. Os Julgados de Paz

Na nossa história recente, o sistema de justiça viveu dois períodos de crise.

Um primeiro, nos anos setenta, decorrente da necessidade de conformar as instituições com as regras de um Estado de Direito saído da revolução e pelas consequentes alterações constitucionais, com repercussões nos direitos dos cidadãos e no acesso ao direito.

Um segundo, nos anos noventa, devido ao estrangulamento dos tribunais, com origem no acréscimo de litígios, efeito perverso do aumento do poder de compra e da maior informação dos cidadãos relativamente aos seus direitos enquanto consumidores, por exemplo.

A crise da justiça em Portugal não foi, no plano qualitativo, diferente daquela que foi vivenciada noutros países, mormente aquela que afetou o Brasil, a Itália e a França. Foi, comparativamente a esses países, tardia e marcada por duas revoluções muito próximas: a primeira, de natureza política, decorrente da revolução de 1974; a segunda, de natureza económica, decorrente da nossa adesão às Comunidades Europeias. As mudanças foram grandes e rápidas. Na altura, o Estado tentou o controlar e contornar a situação através de intensa atividade legislativa (o que o então Bastonário dos Advogados, Sr. Dr. António Pires de Lima, chamou de "diarreia legislativa"), sendo que as normas ficavam tão pouco tempo em vigor que não eram, sequer, assimiladas, o que contribuía para um acréscimo de conflitos e de processos, com as consequências previsíveis: pendências elevadíssimas, morosidade das decisões, aumento do custo dos processos e a descrença dos cidadãos no sistema de justiça.

É neste contexto que foi aprovada, com unanimidade parlamentar, a Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, atualmente já alterada pela Lei n.º 54/2013,

de 31 de julho, doravante designada LJP, que regula a organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz e, bem assim, a tramitação dos processos da sua competência, configurando-os como um tribunal (cfr. n.º 2, do art.º 209.º da Constituição da República Portuguesa), alternativo aos Tribunais Comuns.

São tribunais integrados na organização da justiça, autónomos relativamente aos tribunais comuns, acompanhados e supervisionados pelo Conselho dos Julgados de Paz, orgão que funciona junto da Assembleia da República, com mandato de Legislatura, com competência própria, definida nos art.ºs 25.º e 65.º da referida Lei.

Na opção legislativa portuguesa, os Julgados de Paz são criados por diploma do governo, ouvidos o Conselho dos Julgados de Paz, o Conselho Superior da Magistratura, a Ordem dos Advogados e a Associação Nacional de Municípios Portugueses. É o diploma de criação que define a circunscrição territorial do julgado de paz, que pode abranger mais de um concelho.

A iniciativa de criação de um Julgado de Paz compete às autarquias. Ou seja, o modelo envolve assim uma parceria pública-pública, entre o Ministério da Justiça e as autarquias. A participação das autarquias pode ser diferente de um caso para outro, de acordo com o estabelecido entre estas entidades no protocolo de criação. Contudo, por regra, cabe às autarquias disponibilizar instalações, os recursos humanos para os serviços de atendimento e administrativo, suportando os respetivos encargos remuneratórios, bem como disponibilização de meios para eventuais deslocações

No seguimento da citada Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, foi publicado o Decreto-Lei n.º 329/2001, de 20 de dezembro, a instituir, como como projetos experimentais, quatro Julgados de Paz: Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal e Vila Nova de Gaia. Tem, pelo menos para nós, especial interesse e relevância o expresso na exposição de motivos desta lei, onde consta "*a par de um investimento inigualável em recursos financeiros, técnicos e humanos para o sistema tradicional de justiça, busca progredir para a construção de novos modelos em que a administração da justiça haverá de ser caracterizada por mais acessibilidade, proximidade, celeridade e informalidade, a benefício dos cidadãos*".

Os Julgados de Paz constituíram uma instituição inovadora, não só no plano da sua organização e gestão, mas também no plano dos seus procedimentos, ou seja, do relacionamento com os cidadãos.

Na sua organização interna existem três componentes complementares, que formam a sua estrutura: o atendimento, a mediação e os Juízes de Paz. Estes três componentes, ou vertentes, como se preferir, formam uma

unidade: o Julgado de Paz, cuja coordenação, representação e gestão compete ao juiz de paz coordenador. Esta unidade concorre para um objetivo comum, que é a prestação de um serviço essencial para o apaziguamento e restabelecimento das relações sociais deterioradas, norteando todos os seus procedimentos na ótica da proximidade, com abertura e disponibilidade para os cidadãos, cultivando-se um acolhimento de proximidade em cada uma das três estruturas.

A proximidade constitui a matriz dos Julgados de Paz. E por esta razão, importa fazer uma pequena referência ao conceito de proximidade que, quando aplicado à justiça, refere-se às estruturas físicas e práticas de inter-relacionamento social implementadas para ajudar a conectar os cidadãos com o sistema judiciário tradicional. Têm em vista a promoção da gestão amigável dos conflitos, o reatamento da relação social, a prevenção, praticando uma abordagem personalizada. Ao longo dos últimos anos, no discurso social e político, a expressão "proximidade" tornou-se recorrente, uma palavra mágica, omnipresente.

É através da proximidade que os elos sociais e políticos são chamados a serem refundados, a democracia representativa é convidada a revitalizar-se: justiça de proximidade, polícia de proximidade, juízos de proximidade, seções de proximidade, etc. A expressão "proximidade", seja qual for o contexto em que é referida, adquiriu um valor social unanimemente celebrado, porque sugere virtudes pacificadoras, restauradoras, unificadoras, uma espécie de bálsamo para uma sociedade sofrida, quiçá, até, desintegrada.

Para o que nos importa, este conceito plurissignificativo de "proximidade" é o que norteia os Julgados de Paz no seu todo, em todas as suas ações, e manifesta-se desde a receção dos cidadãos que diariamente procuram informações no serviço de atendimento, na forma de relacionamento dos juízes de paz com as partes e os seus mandatários, e em última instância na própria disposição da sala de audiências. Não é despicienda a informalidade da arrumação e disposição, e também o tipo de mobiliário, ficando todos os intervenientes sentados ao mesmo nível, à volta de uma mesa.

O conceito de proximidade não encontra referência na LJP, quando esta Lei enuncia os princípios orientadores dos Julgados de Paz. É nosso entendimento que tal ocorre porque a "proximidade" é mais do que um princípio, é a matriz, é a razão de ser, é a essência, é um pressuposto do qual decorrem todas as características e todos os princípios dos Julgados de Paz. O n.º 1 do artigo 2.º da LJP afirma que a vocação dos Julgados de Paz é "*permitir a participação cívica dos interessados e estimular a justa composição dos litígios*

por acordo das partes". Esta disposição marca imperativa e decisivamente a orientação dos procedimentos e norteia todos os comportamentos, atitudes e diligências, no sentido de sanar o conflito. Ou seja, a proximidade, quando aplicada na narrativa jurisdicional, tem uma componente intersubjetiva e comportamental que vai muito além da proximidade geográfica e física. Na sua essência, a proximidade visa diminuir a distância entre o cidadão e as envolventes de todo o processo de administração da Justiça: distância geográfica; distância entre o momento da interposição da ação e a prolação de sentença e cumprimento da mesma; distância económica; distância no acolhimento ou trato social.

3. Os Princípios orientadores dos Julgados de Paz

"*Os procedimentos nos julgados de paz estão concebidos e são orientados pelos princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia*" – dispõe o n.º 2 do artigo 2.º da LJP. Sempre defendemos que a verdadeira "equidade" praticada nos Julgados de Paz refere-se aos procedimentos adotados pelo juiz de paz que, em conjunto com o inderrogável princípio do contraditório e com o princípio da igualdade das partes, são o limite do juiz de paz.

O texto desta disposição legal não deixa grande margem para dúvidas quanto à verdadeira vocação e objetivo dos julgados de paz. A este propósito, transcrevo, com a devida vénia, o Sr. Conselheiro Cardona Ferreira, emérito Presidente do Conselho dos Julgados de Paz, no seu livro Julgados de Paz, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, págs. 45 a 49:

> ***«Simplicidade:*** *Que não pode confundir-se com facilitismo, mas que significa a eliminação de tudo o que seja mero ritual sem conteúdo útil, tendo em vista os objectivos.*
>
> ***Adequação:*** *Ou seja, o modo como os actos decorrem deve ter em vista, sempre, a razão de ser de cada acto e os referidos objectivos finais; penso que, aqui encontra-se espelhado, para aprofundamento, o princípio referenciado pelo artigo 265.º-A do Código de Processo Civil: " Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o Juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações". Isto vale por dizer que a lei já procura adequar-se à estratégia dos Julgados de Paz; mas também quem, neles, servir tem de assumir a responsabilidade de sobrepor os fins às formas. Todavia, é óbvio que, em princípio e salvo injustificação concreta, os actos previstos nesta lei deverão ser*

realizados. A lei, ela própria, já obedece aos princípios que proclama. (...) Longe de se bastar com discricionaridade, a adquação exige, exatamente, tramitação adequada às especificações da causa, à luz do processo equitativo. (...) São opções de equidade objetiva e justificada, conforme os princípios que a lei assume."

Informalidade: *É um princípio que constitui, com os outros, um conjunto de contornos semelhantes. O que deve prevalecer é o conteúdo dos actos e a sua razão de ser e não a sua forma. Isto tem que ver com o próprio relacionamento entre utentes e os servidores dos Julgados de Paz que, mesmo nos actos oficiais, sem quebra de civismo, das regras de educação e do respeito mútuo, deve reflectir compreensão para com os problemas dos utentes e, até, uma certa proximidade humana, desde que não prejudique o discernimento, a imparcialidade e a capacidade de quem deva orientar ou decidir.*

Oralidade: *Ultrapassando as querelas sobre os registos dos actos, este tipo de Tribunais (já citámos ao artigo 209.º da Constituição da República) não poderia deixar de privilegiar a oralidade, quer por via da proximidade humana que tem de existir nos Julgados de Paz, quer atendendo à confidencialidade de certos actos (v. g. Artigos 30.º, n.º 2, 35.º, n.º 1, 52.º, n.º 2). Já o julgamento, quando tenha de acontecer, por princípio, será público (artigo 206.º da Constituição da República) mas, ainda aí, a procura de conciliação e pacificação e a proximidade, entendida como o máximo de imediação, se compaginam com a oralidade. Lá diz a frase popular: "falando é que a gente se entende".*

Absoluta economia processual: *Isto significa que os actos processuais serão reduzidos ao mínimo indispensável. Os actos processuais não são importantes. Importantes serão os resultados».*

O Princípio da celeridade é favorecido por muitos aspetos que decorrem da proximidade, da simplicidade, da oralidade e da adequação. A simplicidade está indissociavelmente ligada à informalidade, à oralidade e à economia processual, que, por sua vez, concorrem para uma maior celeridade.

4. A competência dos Julgados de Paz

Em primeiro lugar cumpre referir que a competência dos Julgados de Paz é exclusivamente declarativa. A execução das decisões dos Julgados de Paz tramita nos tribunais comuns. Entendemos, considerando a nefasta experiência dos Juizados Especiais; no Brasil (onde há Juizados com execuções paradas anos por falta de recursos para prosseguimentos das mesmas), que é bom que assim seja. Entendemos; que a celeridade e eficácia das execuções envolvem recursos que devem estar, em nosso entender,

concentrados nos tribunais comuns, como estão. Mas principalmente entendemos; não ser exequível atribuir competência executiva aos Julgados de Paz com os recursos humanos e económicos de que, atualmente, estes tribunais estão dotados.

Quanto à competência dos Julgados de Paz em razão da matéria, define o n.º 1 do artigo 9.º, da LJP, que os Julgados de Paz são competentes para apreciar e decidir: a) ações que se destinem a efetivar o cumprimento das obrigações, com exceção das que tenham por objeto o cumprimento de obrigação pecuniária e digam respeito a um contrato de adesão; b) ações de entrega de coisas móveis; c) ações relativas a direitos e deveres de condóminos; d) ações para resolução de conflitos entre proprietários; e) ações de reivindicação, possessórias, usucapião, acessão e divisão de coisa comum; f) ações que respeitem ao direito de uso e administração da compropriedade, superfície, usufruto, uso e habitação e direito real de habitação periódica; g) ações sobre arrendamento, excepto a ações de despejo; h) ações sobre responsabilidade civil contratual e extracontratual; i) ações sobre incumprimento contratual, excepto contrato de trabalho e arrendamento rural; e j) ações que respeitem à garantia geral das obrigações. O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que os Julgados de Paz são também competentes para apreciar os pedidos de indemnização cível, quando não haja sido apresentada participação criminal ou após a sua desistência, em ações emergentes de: *a*) Ofensas corporais simples; *b*) Ofensa à integridade física por negligência; *c*) Difamação; *d*) Injúrias; *e*) Furto simples; *f*) Dano simples; *g*) Alteração de marcos; e *h*) Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços.

Deste enunciado, decorre, de imediato, que a competência material dos Julgados de Paz é vasta. Sem pretender esgotar o tema, e num breve relance sobre o disposto neste artigo, desde logo se verifica que os Julgados de paz são competentes para decidir a maioria dos casos abrangidos no denominado direito do consumo, sobre o incumprimento de qualquer contrato (exceptuando os dois casos acima referidos) e são competentes para decidir do mérito de ações sobre responsabilidade civil extracontratual (v.g. acidentes de viação) – e nestas duas situações enquadram-se uma grande maioria dos processos que tramitam nos tribunais.

A questão se a competência dos Julgados de Paz é exclusiva ou alternativa, foi uma questão controvertida, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Os Acórdãos do STJ de 03 de outubro de 2006 e 25 de janeiro de 2007, consideraram que a competência material atribuída aos Julgados de Paz era exclusiva destes tribunais; já o Acórdão do STJ de 23 de janeiro de

2007, entendeu que essa competência seria meramente alternativa; tendo o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência STJ n.º 11/2007 de 24 de maio de 2007 decidido que; a competência material dos julgados de paz para apreciar e decidir as ações previstas no art.º 9, n.º 1, da Lei 78/2001, de 13 e julho, é alternativa relativamente aos tribunais judiciais de competência territorialmente concorrente. Porém, o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de julho de 2007 veio relançar a discussão em torno da competência dos Julgados de Paz, afirmando (contrariamente ao Acórdão de Uniformização do STJ) que esta é exclusiva e não alternativa, posição sempre defendida pelo Sr. Conselheiro Cardona Ferreira.

Quanto à competência territorial dos Julgados de Paz a sua delimitação tem diferenças substanciais relativamente às regras que regem os tribunais comuns, motivado pela sua génese peculiar e inovadora (parceria entre o Ministério da Justiça e as autarquias): o diploma do governo que cria os Julgados de Paz determina a sua circunscrição territorial.

Quanto à competência dos Julgados de Paz em razão do valor, a Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, fixou a mesma em valor que não exceda os € 15.000 (quinze mil euros), alterando os iniciais € 3.740,98 (três mil setecentos e quarenta euros e noventa e oito cêntimos).

5. O início do funcionamento

A entrada em funcionamento dos Julgados de Paz, em janeiro de 2002, veio concretizar a justiça de proximidade. Trouxe um novo modelo de abordagem da justiça na perspetiva da resolução de conflitos. Aproximou os cidadãos da figura do juiz, introduziu maior agilidade na tramitação das ações, maior celeridade e efetividade na tutela jurisdicional. No entanto, passados quase 20 (vinte) anos da instalação desse novo modelo de Justiça, há ainda resistências que não foram vencidas. As resistências à inovação e ao temor concorrencial. No plano da «justiça em números» são milhares de ações que deixaram de ocupar espaço nos tribunais judiciais. E sendo os Julgados de Paz optativos valia a pena refletir sobre estes números.

Qualitativamente, nos últimos anos, diminuíram as ações relativas ao incumprimento da obrigação de pagamento das quotizações devidas aos condomínios, mas em contrapartida aumentaram as ações de impugnação de deliberações. É consabido as delongas das mesmas nos tribunais judiciais e os recursos que ocupam aos mesmos. As indemnizações por danos decorrentes de acidentes de viação sofreram um considerável aumento nos

cinco últimos anos. A sociedade tem uma perceção negativa das companhias de seguros, mesmo que não lhe assista razão. Sendo o CIMPAS um meio alternativo absolutamente voluntário, não corresponde às expetativas do lesado. Este requer um meio de acesso à justiça que lhe garanta a resolução definitiva do litígio se a eventual mediação se frustrar.

Os Julgados de Paz afiguram-se como um instrumento adequado ao apaziguamento social no plano da descrença do cidadão nos mecanismos clássicos de resolução de litígios, como meio de solucionar os conflitos que afetam o seu quotidiano, os quais clamam pela introdução de uma cultura consensual na vivência social, intervenção em tempo real e custo acessível.

A vocação do nosso tempo para soluções dialogadas é praticada pelos Julgados de Paz quer na mediação, voluntária, quer na conciliação promovida pelo juiz de paz, que é obrigatória. A nova mentalidade que se pretende no judiciário para a qual os Julgados de Paz abriram caminho, será favorecida e potenciada pela existência dos Julgados de Paz. As novas ideias de proximidade que estão a penetrar no sistema tradicional constituem uma janela da modernidade que o sistema necessita e que os julgados de paz podem alavancar E, neste âmbito, não temos dúvidas que, aos poucos, e não assumidamente, tem-se verificado a transição do modelo procedimental dos julgados de paz para o judicial: veja-se o exemplo da apresentação das testemunhas que passou a regra, da mediação enxertada no processo e da prova por declaração das partes a acrescer à prova por confissão.

A amostra não proporciona números entusiasmante para quem não conhece o sistema e é fácil fazer uma análise da mais valia desta instituição pela negativa. Analisando o último relatório anual, a frieza dos números revela que o registo de ações diminuiu. É de ponderar alguns factos relatados nos relatórios anuais do Conselho dos Julgados de Paz que contribuíram para essa realidade. Alguns Julgados de Paz viram-se confrontados com falta meios de tal forma que ficaram quase sem condições de funcionamento. Dos 25 Julgados de Paz, seis deles tiveram largo tempo sem juiz titular, alguns durante anos. Mas há um outro fator que explica a redução de entrada de ações. Esse fator, não mensurável, consiste, na ação pedagógica e pacificadora dos Julgados de Paz junto dos cidadãos. Esta ação reflete-se sobretudo nos Julgados de Paz que atendem alguns centros urbanos. Onde o foco inicial eram os litígios entre condóminos, que originavam um grande número de ações, verificou-se uma diminuição drástica relativamente a estes conflitos. Em contrapartida verificou-se um considerável aumento de ações relacionadas com acidentes de trânsito.

É um facto que em termos de divulgação dos Julgados de Paz continua muito por fazer. É comum os cidadãos terem uma ideia muito reduzida da competência material dos Julgados de Paz. Continuamos a acreditar que o alargamento da criação de Julgados de Paz a todo o território nacional não só proporcionaria maior qualidade de vida como aliviaria os Tribunais Judiciais. Não estamos a propor uma utopia. Falamos do que praticamos todos os dias, durante dezassete anos, em concelhos em que o tecido social é muito diverso, mas em que a receção e o reflexo na sociedade foi sempre positivo. Pena que o papel apaziguador e integrador da relação intersubjetiva não seja mensurável.

É nele que a verdadeira justiça de proximidade se realiza. É nossa convicção de que o grande desafio que se nos coloca não é tanto a decisão sobre a mais valia ou oportunidade dos Julgados de Paz, mas sim a determinação das especificidades do modelo adotado pelo legislador, sendo certo que as resistências continuarão a existir na medida em que as relações e vivências sociais são dominadas por interesses contrapostos.

6. A tramitação

Sem pretender, nem conseguir, ser exaustiva, achamos oportuno evidenciar alguns aspetos relacionados com o processamento das ações nos Julgados de Paz, no plano da aplicação prática dos supra referidos princípios.

Considerando uma tramitação comum e pretendida, os cidadãos mais esclarecidos apresentam-se com o requerimento inicial já reduzido a escrito, muitas vezes elaborado por advogado e outras ainda entregue por este. Porém, na grande maioria dos casos não é assim; não só já maioritariamente nos grandes centros urbanos os requerimentos iniciais são subscritos por advogado, ou os cidadãos que pretendem dar entrada de uma ação dirigem-se ao serviço de atendimento, expõem oralmente os factos e os técnicos, por regra juristas, reduzem a escrito o requerimento inicial. Nesta última situação, os cidadãos são informados e esclarecidos dos trâmites subsequentes, e motivados para aderir à mediação. Neste caso, ao ser expedida a carta de citação de imediato a parte demandada é notificação não só para contestar, mas também da data agendada para a realização da sessão de pré-mediação. E, se ambas as partes aderirem, nessa sessão o mediador explica-lhes os procedimentos da mediação e as vantagens da resolução do conflito por esta via. Se for bem-sucedido, avançar-se de imediato para a mediação, ou excecionalmente marca-se outra data para realização da mesma. Em qualquer dos casos, se as partes lograrem o acerto de posições

e celebrarem o desejado acordo é o mesmo apresentado ao Juiz de Paz para homologação, terminando assim o processo.

Assim, verifica-se aqui a coordenação entre a componente voluntária, a mediação, e a componente jurisdicional com a intervenção do Juiz de Paz por via da sentença homologatória. Se não houver adesão à mediação (ou não se conseguir nesta a resolução consensual do conflito) será marcada audiência de julgamento.

A audiência de julgamento é iniciada com a conciliação, conforme o artigo 26.º da LJP determina. O juiz promove as diligências de conciliação, motivando as partes para a construção de uma solução consensual que resolva o litígio.

Louvamos aqui a postura cordata dos advogados que têm assistido as partes nesta fase, revelando a perfeita assimilação da filosofia dos Julgados de Paz. As partes dialogam entre si e com o Juiz de Paz, que, nesta fase, assume o papel de mediador, árbitro e conciliador, conforme a circunstância, conforme o ambiente entre as partes e a natureza do litígio. Pode também acontecer que as partes não tenham passado pela mediação (uma ou as duas a tenham afastado), e o juiz de paz deteta que a relação entre elas traduz um conflito que necessita ser sanado com a intervenção do mediador, mais apetrechado tecnicamente em situações muito agudizadas. Quando assim é, motiva as partes para uma sessão de mediação, sem prejuízo de retornarem à audiência para que a mesma prossiga com eventual produção de prova. Quando a proposta é bem acolhida, todos os atos são imediatamente agendados para evitar atrasos desnecessários na conclusão do processo. Este procedimento está ancorado na filosofia que o legislador imprimiu aos Julgados de Paz, desde logo no n.º 1 do artigo 2.º, da LJP.

Outra ocorrência frequente é afigurar-se, na fase da conciliação pelo Juiz de Paz, conveniente a deslocação ao local. Quando a agenda e a distância o permitem esta diligência pode ser feita de imediato, sendo retomada a audiência no mesmo dia, ou num dos dias seguintes. Esta agilidade e equidade de procedimentos evitam o arrastamento de troca de argumentos, muitas vezes suscetíveis de agudizar mais o conflito. Verificada a impossibilidade de resolução consensual do litígio, procede-se à produção de prova, se for o caso, seguida da prolação de sentença. A decisão com fundamento na equidade não é comum, nem se afigura conveniente.

O cidadão comum não é recetivo a esta hipótese, porque não está preparado para lidar com este conceito, correndo-se o risco de a decisão ser interpretada como parcial. O que ocorre é que a determinação da norma

a aplicar pode resultar de uma interpretação mais compreensível da relação social e jurídica apreciada. A decisão é explicada no âmbito do desenvolvimento de uma pedagogia não só dos direitos e obrigações que foram apreciados, bem como dos deveres de cidadania. A experiência tem revelado que, mesmo quando há ganho de causa por uma parte, o efeito é menos sancionatório e melhor compreendido quando se promove o diálogo pedagógico envolvendo ambas as partes.

Estamos em crer que, para o reduzido número de recursos das decisões dos juízes de paz (conforme demonstrado nos Relatórios Anuais do Conselho dos Julgados de Paz, disponíveis em http://www.conselhodosjulgadosdepaz.mj.pt) contribui, também, este procedimento. Resulta também destes relatórios que há variações no tempo médio de tramitação dos processos, que podem ter como razão explicativa as características específicas o tipo de cada Julgado de Paz (rural ou urbano), numero de processos pendentes (considerando o número de processos entrados), as especificidades de cada processo e a opção consciente do juiz titular em privilegiar a segurança e o contraditório, relegando para segundo plano a celeridade, no pleno uso da equidade de procedimentos, sem complexos relativamente aos bons resultados estatísticos, desde que não exceda o tempo razoável. O que já não é razoável é ter processos pendentes, com as partes já citadas, sem ter marcação do ato seguinte, para que o escrutínio possa ser efetuado.

Relativamente à equidade de procedimentos é imperioso assimilar a ideia de que os Julgados de Paz possuem uma dinâmica diferenciada, procedimentos inovadores que devem ser compreendidos, acatados e praticados pelos operadores jurídicos. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, conforme estabelece o artigo 63.º da LJP, não deve nunca perder de vista os limites impostos por essa mesma norma, no sentido de preservar os princípios norteadores da LJP, conforme aí se dispõe: "*É subsidiariamente aplicável, no que não seja incompatível com a presente lei e no respeito pelos princípios gerais do processo nos julgados de paz (...)...*" É o caso da suspensão da instância nos termos fixados no artigo 272.º do CPC. É evidente nos referimos à suspensão da instância com fundamento em factos que não permitam agendar o ato seguinte no prazo de trinta dias, que entendemos razoável para os Julgados de Paz. Tomemos como exemplo a realização de uma assembleia de condomínio, por hipótese já com data agendada para realização da audiência de julgamento, ou não, ou outro facto já previsto e que se afigura suscetível de contribuir para a resolução consensual do litígio. Cabe ao Juiz de Paz casuisticamente aferir da razoabilidade dessa

suspensão, o que está perfeitamente ao seu alcance no âmbito do princípio da adequação.

7. O Futuro

Por último, uma pequena reflexão sobre o futuro dos Julgados de Paz: não temos dúvidas que os Julgados de Paz são uma mais valia para o sistema judiciário do país. São uma instituição a desenvolver, idealmente alargando a sua cobertura a todo o território nacional.

Por outro lado, temos por certo que, nos últimos anos, nos grandes centros urbanos e devido ao desejável acompanhamento das partes por mandatários, a simplicidade processual pretendia vem sendo substituída por uma cada vez maior complexidade processual e, consequentemente, as pendências aumentaram. Os números das pendências processuais de outrora, já não são os atuais. Somos da opinião que o legislador deveria intervir neste campo, permitindo a simplicidade ou "equidade" processual, como preferimos dizer, acentuando a primazia dos princípios constantes do art.º 2.º da LJP, para o que, segundo a nossa opinião, deveria ser instituída uma segunda instância dos Julgados de Paz, permitisse o recurso das decisões proferidas nos Julgados de Paz na mesma judicatura. Por outro lado, a obrigatoriedade de remessa para o Tribunal Judicial para nele serem realizadas as perícias tem-se revelado um fator de morosidade perfeitamente evitável; bastaria disponibilizar aos Julgados de Paz a lista de peritos credenciados, remeter para o Regulamento das Custas Judiciais nesse ponto específico, e estabelecer o pagamento por Documento Único de Cobrança (DUC). Decisivo é, para o futuro dos Julgados de Paz, a criação de um quadro de pessoal. O sistema vigente, dependente das disponibilidades das autarquias é insustentável. Os recursos humanos, não sendo estáveis, obrigam à permanente formação dos funcionários que colaboram com o julgado de paz, sendo que, as compreensíveis delongas na organização dos respetivos cursos não é compatível com a celeridade dos julgados de paz, obrigando os juízes de paz a dedicar o seu tempo a essa formação, cujo benefício para a instituição é de duração reduzida atenta a inexistência de quadro de pessoal, resultando em prejuízo na qualidade dos serviços e, por isso, em prejuízo dos cidadãos.

Novembro/2021

DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL: AFINIDADES, DISTINÇÕES

Filipa Lemos Caldas

Sumário: § **1.** *Tutela jurisdicional efetiva e ações coletivas* § **2.** *Tipologias das ações coletivas* § **3.** *Aspetos particulares de alguns tipos de ação popular* **3.1.** *Legitimidade ativa* **3.2.** *Sentença: conteúdo, efeitos e execução* § **4.** *Considerações finais*.

Palavras-chave: *ação popular; legitimidade ativa; efeitos da sentença.*

§ 1. Tutela jurisdicional efetiva e ações coletivas

O acesso à justiça é um direito fundamental constitucionalmente previsto no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, imprescindível na proteção dos restantes direitos fundamentais, contemplando não só o direito de ação, mas, mais do que isso, o direito a uma tutela *efetiva*, o que implica, entre outros, a existência de meios processuais adequados à defesa de todas as posições jurídicas dignas de proteção[1].

Tipicamente, o direito de ação é concebido como a possibilidade de qualquer cidadão se dirigir a um tribunal pedindo a apreciação da sua causa e a tutela do direito ou interesse que se arroga. Contudo, esta ligação clássica, ínsita no próprio conceito de legitimidade singular enquanto pressuposto processual sem o qual o juiz não pode conhecer do mérito da causa,

[1] J. J. Gomes Canotilho; e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 408 e 416.

entre o autor da ação e o objeto da causa revela algumas limitações. A evolução da sociedade no sentido de as relações económicas se tornarem mais complexas potenciou a ocorrência de comportamentos lesivos que não afetam um sujeito individualmente, mas antes uma pluralidade determinada, indeterminada ou mesmo indeterminável de sujeitos. Para estas situações de litigiosidade supra-individual, os conceitos processuais civis clássicos não dão resposta adequada[2], verificando-se, com efeito, uma dificuldade de acesso à justiça no caso de ilícitos que causam danos em massa[3].

A desadequação destas regras decorre quer do desequilíbrio de posições entre lesante e lesados, quer dos baixos incentivos à propositura de ações nestes casos. Assim, para que que este tipo de situações lesivas não fique à margem da tutela jurisdicional, por a sua configuração tradicional do direito de ação não conseguir salvaguardar estas posições jurídicas dos cidadãos de forma *efetiva*, tornou-se necessária a conceção de regras que invertam o esquema típico dos incentivos da litigância e que contribuam para o reequilíbrio da posição das partes.

Relativamente aos incentivos, verifica-se frequentemente que a dispersão do impacto de um comportamento ilícito se traduz num saldo negativo entre os custos esperados de uma ação individual e os benefícios esperados com a sua eventual procedência[4], para além do próprio risco de improcedência.

Quanto ao desequilíbrio entre as partes, é também comum que o lesante tenha maior capacidade económica, maiores conhecimentos técnicos e até experiência acumulada em ações judiciais[5], ao passo que os sujeitos individuais enfrentam maiores custos de oportunidade no intentar de uma ação judicial, para além da falta de conhecimentos, dúvidas sobre os meios processuais disponíveis e "relutância psicológica em avançar com um processo"[6].

[2] Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa: Lex, 2003, p. 9.

[3] Miguel Sousa Ferro, "Ações populares cíveis em Portugal", in *Revista de Direito Comercial,* disponível *online* em www.revistadedireitocomercial.com, datado de 23-02-2022, (pp. 411 a 448), p. 429.

[4] Cf. o considerando 9 da Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a diretiva 2009/22/CE.

[5] V. Raquel de Jesus Caetano, *A ação popular (civil) como instrumento de tutela coletiva um análise à luz da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto,* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, disponível *online* em: https://eg.uc.pt, p. 16.

[6] Cf. o considerando 9 da Diretiva (UE) 2020/1828, anteriormente citada.

Acresce ainda o facto de a dispersão do impacto deste tipo de comportamentos ilícitos tornar a comunicação entre os lesados difícil ou até impossível – começando, desde logo, pela dificuldade da sua determinação concreta – o que torna os institutos do litisconsórcio e coligação pouco úteis e insuficientes para responder às necessidades.

Neste contexto, as ações populares surgem como um mecanismo essencial para garantir a tutela jurisdicional efetiva de determinados interesses – difusos, coletivos e individuais homogéneos –, inovando nas regras de legitimidade singular, de custas e de efeitos das decisões judiciais.

Em Portugal, o reconhecimento de que as ações populares são indispensáveis à tutela jurisdicional efetiva e que este direito fundamental ficaria incompleto na sua abrangência sem a previsão deste mecanismo processual foi feito pelo próprio legislador constitucional. O direito de recurso aos tribunais através de uma ação popular vem consagrado no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição, que Gomes Canotilho e Vital Moreira qualificam como *"uma das mais importantes conquistas processuais para a defesa de direitos e interesses constitucionalmente consagrados"*[7].

Com a redação que foi dada à norma em 1997, impõe hoje a Constituição que a ação popular, a ser prevista pelo legislador ordinário, contenha, no mínimo, as seguintes particularidades: poder ser intentada pessoalmente por qualquer sujeito; poder ser proposta através de associações de defesa dos interesses em causa; poder ser utilizada tendo em vista uma pretensão indemnizatória; poder ser através dela ser requerida, nomeadamente, a prevenção, cessação ou perseguição judicial de infrações contra a saúde pública, direitos dos consumidores, qualidade de vida, preservação do ambiente e do património cultural, bem como a defesa dos bens do Estado, regiões autónomas e autarquias locais.

Dentro da sua margem de conformação, o legislador ordinário tem vindo a criar diversas regras sobre ações populares, que analisaremos em seguida, não com a finalidade de estudar os regimes em profundidade, mas com o objetivo fundamental de procurar dar alguma clareza à teia de normas, por vezes sobrepostas na sua previsão, que regulam estas ações, bem como traçar em linhas gerais os pontos de aproximação e de diferenciação entre os vários tipos de ação popular.

[7] J. J. Gomes Canotilho; e Vital Moreira, cit., p. 696.

§ 2. Tipologias das ações coletivas

A ação popular é definida pelos tipos de interesse que visa proteger. A doutrina e a jurisprudência divergem[8] nos critérios utilizados para a distinção entre interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogéneos, podendo qualquer um deles ser o objeto da tutela requerida em ação popular. Aderimos à classificação de Lebre de Freitas, que distingue os interesses difusos dos interesses coletivos através da determinabilidade dos interessados. No caso dos interesses difusos tal determinação será impossível, por estar em causa uma comunidade ou grupo inorgânico de pessoas, mas já será possível no caso dos interesses coletivos, por estar em causa uma coletividade de pessoas (não organizada em termos de pessoa coletiva) passível de determinação[9].

Os interesses individuais homogéneos não são, para este autor, uma categoria paralela a estas, mas como que a outra face da sua moeda, por corresponderem ao desdobramento, para certos efeitos, do próprio interesse coletivo ou difuso, depois de identificados os respetivos titulares, *"subjetivamente radicados, mas de conteúdo idêntico, ainda que não com a mesma extensão"*[10]. Também a respeito dos interesses individuais homogéneos, Miguel Teixeira de Sousa entende que se trata da *"refracção daqueles mesmos interesses"* – os difusos e coletivos – *"na esfera de cada um dos seus titulares"*[11].

No caso específico do Direito do consumo, se olharmos para os consumidores de um produto como uma comunidade de pessoas identificáveis, existe um interesse coletivo, que pode ser lesado através de uma infração que pode ser prevenida ou proibida, e existem também interesses individuais homogéneos, que se destacam daquele e se convertem em direito subjetivo, nomeadamente direitos indemnizatórios.

A Lei da Ação Popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), no seu artigo 12.º, distinguiu dois tipos de ação popular, em razão da matéria: ação

[8] Resumindo tais divergências, cuja análise justificaria, por si só, um estudo autonomizado que é impossível levar a cabo nesta sede, v., por todos, Nicolau Santos Silva, *Os interesses supraindividuais e a legitimidade processual civil ativa*, Lisboa: Quid Juris, 2002, pp. 50 a 59 e, mais recentemente, Raquel de Jesus Caetano, cit., pp. 21 a 33.

[9] Esta posição foi defendida recentemente pelo autor, na esteira de vários estudos seus já anteriormente publicados, em José Lebre de Freitas, "Regime da ação popular do art. 19 da Lei 23/2018", in *Revista de Direito Comercial,* disponível *online* em www.revistadedireitocomercial.com, datado de 23-03-2022, (pp. 557 a 594), pp. 558 a 560.

[10] Cf. José Lebre de Freitas, cit., nota de rodapé n.º 2.

[11] V. Miguel Teixeira de Sousa, cit., p. 265.

popular civil e ação popular administrativa[12]. O legislador não delimitou, contudo, o seu âmbito, tendo procedido apenas à determinação de que as formas de processo que podem revestir correspondem, respetivamente, às do Código de Processo Civil e às do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa conclui que o direito de ação popular se limita ao processo civil e ao contencioso administrativo, ficando de fora outros processos, como o laboral e o fiscal. A estes aplicar-se-á o artigo 27.º da Lei da Ação Popular.

Parece, assim, resultar da conjugação entre os n.ºs 1 e 2 destes artigos, que a ação popular será civil ou administrativa se, de acordo com as regras processuais, se lhe aplicar as formas do processo civil ou as formas do processo administrativo, respetivamente[13]. O autor deverá, assim, determinar qual a ordem jurisdicional competente para conhecer da causa e optar pela mesma forma de processo que lhe corresponderia caso a ação não fosse coletiva.

Esta distinção operada pelo legislador é de utilidade duvidosa, atendendo a que não há qualquer norma na Lei da Ação Popular que estabeleça regras diferentes conforme esta seja civil ou administrativa. O artigo 12.º parece, assim, ter como finalidade a equiparação da ação popular às ações que tem como base as regras típicas de legitimidade, com as particularidades definidas no restante articulado, bem como, na opinião de alguns autores, o afastamento de outros processos não cíveis ou administrativos, conforme referido.

Outra classificação comum é a aquela que distingue as ações populares em função da pretensão[14], por exemplo, distinguindo as ações inibitórias

[12] Conforme explica Miguel Teixeira de Sousa, o artigo 25.º da Lei da Ação Popular concede "legitimidade aos titulares do direito de acção popular para a denúncia, queixa ou participação ao Ministério Público ou para a sua constituição como assistentes no processo penal. Significa isso que a acção popular civil ou administrativa segue o seu regime próprio com as adaptações constantes dos art.ºs 13.º a 21.º LPPAP, mas o processo penal não sofre qualquer desvio no seu regime em consequência de a denúncia, queixa ou participação ter sido realizada pelo titular do direito de acção popular ou de se ter constituído assistente. Dito de outro modo: há uma acção popular civil ou administrativa, mas não há um processo penal popular". Cf. Miguel Teixeira de Sousa, cit., p. 13.

[13] Associando também ao tribunal onde a ação é proposta, v. Paulo Otero, "A acção popular: configuração e valor no actual Direito português", in *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 59, vol. III, (dez. 1999), (pp. 871-893), pp. 880 e 881.

[14] A Diretiva (UE) 2020/1828, anteriormente citada distingue apenas entre medidas inibitórias (artigo 8.º) e medidas de reparação (artigo 9.º).

das ações indemnizatórias. Com efeito, através de uma ação popular civil pode tipicamente ser requerida a declaração da ilicitude de um comportamento, a cessação desse comportamento, a prevenção de uma infração e o pagamento de uma indemnização. Contudo, a lei não estabelece qualquer limitação às pretensões suscetíveis de ser formuladas em ação popular, podendo ser requeridas outras, como a eliminação de um ato da ordem jurídica[15], providências cautelares, redução do preço, rescisão de contratos, etc.

Contra este entendimento, Lebre de Freitas entende que o direito à reparação pelos danos só é conferido ao seu titular, nos artigos 22.º e 23.º da Lei de Ação Popular, embora se preveja a possibilidade de ser fixada uma indemnização global destinada aos interessados não individualmente identificados[16]. No entender do autor, sendo a legitimidade popular extraordinária, não pode ser objeto de aplicação analógica, pelo que se as normas não dizem expressamente que o autor pode pedir indemnização para outrem, esta não poderá ser pedida, mas apenas oficiosamente concedida pelo juiz[17]. Discordamos desta posição, porquanto o n.º 1 do artigo 22.º e o artigo 23.º têm como objeto a titularidade da obrigação de indemnizar, não sendo normas que versam sobre a legitimidade ativa. A legitimidade ativa vem regulada no artigo 2.º, nas disposições gerais, aplicáveis a todo o diploma, onde cremos que se encontram os artigos 22.º e 23.º. Para além disso, em dúvida, sempre haverá que fazer uma interpretação conforme ao n.º 3 do artigo 52.º da Constituição que se refere expressamente às pretensões indemnizatórias.

Ora, esta distinção das ações em função da pretensão assume alguma relevância porque as várias leis aplicáveis à ação popular introduzem, frequentemente, regras especiais que apenas se aplicam conforme o pedido em causa, nomeadamente a respeito do conteúdo da sentença, seus efeitos e execução, como veremos adiante. Pode desde já adiantar-se que às ações de indemnização se aplicam regras especiais relativas à sentença, a que nos dedicaremos sumariamente adiante.

Está, atualmente, a decorrer o processo de transposição pelo Estado português da Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para proteção

[15] V. Paulo Otero, cit., p. 487.

[16] José Lebre de Freitas; e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado,* Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 74.

[17] Cf. José Lebre de Freitas, cit., p. 567.

dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a diretiva 2009/22/CE. Esta diretiva procede a uma distinção relevante entre ações populares nacionais e transfronteiriças, que terá de se refletir em breve na legislação portuguesa. Atendendo a que a diretiva tem apenas como objeto as ações intentadas por entidades qualificadas, ou seja, pessoas coletivas que preenchem determinados requisitos (espelhados no artigo 4.º), são nacionais as ações intentadas por esta entidade, no Estado-Membro em que foi designada, e transfronteiriças as ações intentadas noutro Estado-Membro (n.ºs 5 a 7 do artigo 3.º). A distinção importa uma relevante especificidade de regime, mas apenas no que diz respeito às ações que têm em vista medidas de reparação, a que nos referiremos adiante.

Por fim, e mais relevante, é o destaque das ações populares que, em razão do seu objeto da ação (causa e pedir e, por vezes, também pedido), estão sujeitas a regras especiais. Com efeito, o legislador ordinário, para além de um regime previsto na Lei da Ação Popular, criou também regimes setoriais, em função do objeto do processo, com regras que prevalecem sobre as gerais. Assim, as regras aplicáveis às ações populares destes setores não são exatamente as mesmas, havendo que determinar que a ação proposta corresponde a alguma previsão normativa específica que afasta as regras gerais.

A este propósito podemos autonomizar algumas ações populares em função da prática lesiva que lhes serve de causa de pedir e do pedido concretamente formulado, tendo especial atenção à perspetiva de Direito do consumo:

i) *Ação popular inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na Lei de Defesa do Consumidor e práticas comerciais desleais proibidas no Decreto-lei 57/2008, de 26 de março:* a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho) contém regras especiais relativas à legitimidade ativa e à sentença, quando a infração em causa diz respeito aos direitos do consumidor[18] previstos no próprio diploma (artigo 10.º), e quando

[18] Nos termos do artigo 2.º da Lei de Defesa de Consumidor, considera-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". Contudo, nos termos do n.º 2, excluem-se os casos em que a contraparte é um organismo da Administração Pública, pessoa coletiva pública, empresa de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, região autónoma, autarquia local, ou empresa concessionária de serviços públicos. Nestes casos, aplicar-se-á o regime geral da Lei da Ação Popular.

a pretensão é inibitória. Por remissão do artigo 16.º do Decreto-lei 57/2008, de 26 de março, estas regras especiais aplicam-se também às ações inibitórias com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas comerciais desleais proibidas nos termos do Decreto-Lei. Outras pretensões não inibitórias serão tratadas na alínea seguinte.

ii) *Ação popular de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos a consumidores:* a Lei de Defesa do Consumidor prevê também regras especiais de legitimidade ativa (artigo 13.º) para ações de indemnização, já não com fundamento em qualquer violação dos direitos dos consumidores (como as ações inibitórias referidas na alínea anterior), mas apenas em cumprimento defeituoso. Assim, a uma ação popular que vise o ressarcimento de outros danos causados pela violação dos direitos previstos no artigo 3.º do diploma aplicar-se-ão as regras gerais.

iii) *Ação popular de indemnização com fundamento numa infração do direito da concorrência:* se a infração em causa corresponder a uma violação do direito da concorrência e estiver em causa uma pretensão indemnizatória, aplica-se o artigo 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, que contém disposições especiais sobre legitimidade ativa, efeitos da sentença, execução da sentença e custas; se a infração corresponder a violação do direito da concorrência, mas a pretensão for de outra natureza, nomeadamente inibitória, aplicam-se as regras gerais ou, em caso de preenchimento da previsão, outras regras especiais, como as referidas na alínea i).

iv) *Ação popular para proteção dos interesses dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros:* se a ação tiver em vista a proteção dos interesses coletivos ou individuais homogéneos dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros, aplica-se ainda o artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários, que contém regras especiais sobre a legitimidade ativa e a execução da sentença. Existe uma potencial sobreposição entre estas ações e as previstas na alínea i), se um investidor não profissional for considerado um consumidor, tal como definido no n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor[19].

[19] A já referida Diretiva (UE) 2020/1828 inclui expressamente os pequenos investidores no conceito de consumidor (considerandos 13 e 14).

v) *Ação popular de condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais:* o Decreto-lei n.º 446/85, de 13 de novembro, cujos artigos 26.º e 30.º contém regras especiais quanto à legitimidade ativa, a legitimidade passiva, o tribunal competente, a forma de processo, as custas e a sentença nas ações populares que tenham este objeto. Verifica-se, também aqui, uma potencial sobreposição entre estas ações e as referidas na alínea i), que o próprio legislador identificou, determinando que quando se preencher o âmbito da Lei de Defesa do Consumidor e, em simultâneo, a ação inibitória se referir a cláusulas contratuais gerais, se aplicam também os artigos 31.º e 32.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 13 de novembro, parecendo entender que o restante regime daquele diploma é afastado pela Lei de Defesa do Consumidor.

Em suma, cada uma destas alíneas corresponde a um tipo específico de ação popular que não segue estritamente as regras da Lei de Ação Popular, possuindo um regime específico. As previsões normativas não são, contudo, fáceis de distinguir e por vezes sobrepõem-se, sendo útil análise de alguns aspetos particulares, traçando as principais divergências relativamente ao regime geral.

§ 3. Aspetos particulares de alguns tipos de ações populares

3.1. Legitimidade ativa

Por definição, a ação popular alarga a legitimidade ativa relativamente às ações individuais. A Constituição define como alargamento mínimo a concessão de direito de ação popular a qualquer cidadão e às associações de defesa dos direitos em causa e a Lei de Ação Popular estende ainda a legitimidade às fundações (nos mesmos termos que as associações – cf. artigo 2.º).

O artigo 31.º do Código de Processo Civil e o n.º 2 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos concede ainda legitimidade ativa às autarquias locais e ao Ministério Público, sendo que este último é também referido em legislação especial como a Lei de Defesa do Consumidor, o Decreto-Lei das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), a Lei de Bases do Património Cultural (Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro), entre outros.

Atendendo a que, tal como anteriormente referido, às ações populares propostas em tribunais cíveis se aplica o Código de Processo Civil e às ações populares propostas em tribunais administrativos se aplica do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, este alargamento às autarquias locais parece integrar o *regime geral* da ação popular, em complemento da Lei da Ação Popular.

Por outro lado, doutrina tem discutido se, de acordo com a Lei da Ação Popular, o Ministério Público tem legitimidade para iniciar ações populares ou apenas para se substituir ao autor em caso de desistência da lide, transação ou comportamentos lesivos dos interesses em causa, nos termos do artigo 16.º daquele diploma. A favor da titularidade do direito de iniciativa processual popular, Miguel Sousa Ferro invoca o Estatuto do Ministério Público, o Código de Processo Civil e ainda um argumento lógico segundo o qual a concessão pela lei da legitimidade para substituição supõe também a existência de legitimidade originária. Contudo, quer o Estatuto do Ministério Público, quer o Código de Processo Civil, assim como o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, remetem a legitimidade ativa do Ministério Público nas ações populares para a lei, o que indica que apenas a terá nos casos em que lei especial o indique.

Em sentido contrário, e com fundamento no artigo 16.º da Lei da Ação Popular, Miguel Teixeira de Sousa entende que o Ministério Público só é autor popular nestas situações, pelo que, nas restantes, previstas em lei especial, poderá iniciar uma ação, mas esta não será uma ação popular[20].

Relativamente às associações, a Lei da Ação Popular fixa, no artigo 3.º, três requisitos: a personalidade jurídica, a referência à defesa dos interesses em causa na ação nos estatutos e não exercerem atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais. Assim, não obstante muitas leis especiais que se referem a determinado tipo de associações consagrarem o seu direito de ação popular (por exemplo, as associações de mulheres, previstas na Lei n.º 107/2015, de 25 de agosto – cf. alínea b) do artigo 7.º), não estamos perante um alargamento da legitimidade ativa, pois esta sempre decorreria das regras gerais.

Por outro lado, o facto de qualquer cidadão poder intentar uma ação popular retira alguma relevância aos requisitos que as associações devem preencher, nomeadamente em lei especial, devendo estes ser interpretados

[20] V. Miguel Teixeira de Sousa, cit., pp. 144 e 145.

como requisitos para exercer outro tipo de direitos, mas não o direito de ação popular.

Para além dos cidadãos, associações e fundações com personalidade jurídica, autarquias locais e Ministério Público, três das ações elencadas no §2 têm ainda um regime mais amplo de legitimidade ativa. A ação popular inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na Lei de Defesa do Consumidor e a ação popular de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos a consumidores podem ser propostas pela Direção-Geral do Consumidor. Já a ação popular de indemnização com fundamento numa infração do direito da concorrência pode ser intentada por "associações de empresas", não estabelecendo a norma qualquer requisito adicional, nem relativamente à personalidade jurídica, nem aos estatutos.

Em sentido contrário, ou seja, no sentido de restringir a legitimidade ativa relativamente ao regime geral da Lei da Ação Popular, o artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários define de forma taxativa quem pode propor uma ação popular para proteção dos interesses dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros: investidores não profissionais, associações que preencham os requisitos fixados no artigo 32.º (número mínimo de associados, objetivos fixados nos estatutos, duração mínima de exercício de atividade efetiva[21]) e fundações que tenham por fim a proteção de investidores em instrumentos financeiros.

Em suma, relativamente à legitimidade ativa na ação popular, temos em vigor:

a) Um regime geral, previsto na Lei da Ação Popular, aplicável tanto à ação popular civil como à administrativa;
b) Um regime, também ele geral, previsto no Código de Processo Civil e no Código de Processo dos Tribunais Administrativos;
c) Regimes especiais previstos em leis que regulam ações populares específicas.

[21] Artigo 32.º do Código dos Valores Mobiliários: "Sem prejuízo da liberdade de associação, só beneficiam dos direitos conferidos por este Código e legislação complementar às associações de defesa dos investidores as associações sem fim lucrativo, legalmente constituídas, que reúnam os seguintes requisitos, verificados por registo na CMVM: a) Tenham como principal objeto estatutário a proteção dos interesses dos investidores em instrumentos financeiros; / b) Contem entre os seus associados pelo menos 100 pessoas singulares que não sejam investidores profissionais; / c) Exerçam atividade efetiva há mais de um ano."

Estes regimes especiais previstos na alínea c) ampliam ou restringem o regime geral, sendo também destas leis que decorre a eventual legitimidade de iniciativa processual do Ministério Público.

3.2. Sentença: conteúdo, efeitos e execução

Relativamente à sentença, existem também regimes distintos aplicáveis às várias tipologias de ação popular, quanto a essencialmente três temas distintos: conteúdo da sentença, os seus efeitos e regras relativas à sua execução.

Os efeitos da sentença são particularmente relevantes nas ações populares que visam a defesa de interesses individuais homogéneos, onde se colocam questões relativas aos limites subjetivos do caso julgado. A questão dos limites de caso julgado nas ações inibitórias não é relevante porque, por natureza, a inibição decretada e a subsequente omissão de comportamento favorecerão todos os interessados. O regime geral vem previsto no artigo 19.º da Lei da Ação Popular, que determina que a sentença abrange todos os titulares desses direitos que não tenham exercido o seu direito de se autoexcluírem da representação.

O sistema português de ação popular, quer civil, quer administrativa, segue um modelo de *opt-out*, o que significa que o autor representa todos os elementos da classe que define na petição inicial, exceto se estes se excluírem. Caso o façam, a decisão judicial proferida não os abrange, conforme dispõem os artigos 15.º e 19.º da Lei de Ação Popular.

A lei contém ainda uma exceção, que diz respeito aos casos em que a ação é improcedente por insuficiência de provas ou quando o julgador deve decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, afastando-se nesse caso a abrangência de quem não figura como parte na ação dos efeitos da sentença.

Não obstante a Diretiva (UE) 2020/1828 ainda não ter sido transposta para a ordem jurídica portuguesa, é já sabido que a legislação nacional terá de ser adaptada no sentido de não ser possível aos consumidores habitualmente residentes noutro Estado-Membro usufruírem da regra do *opt-out* em ação que corram em Portugal, pelo que esses deverão manifestar expressamente a sua vontade de serem representados nessa ação coletiva, a fim de ficarem vinculados ao resultado da ação coletiva. Esta opção é justificada com a necessidade de *"assegurar a boa administração da justiça e evitar decisões incompatíveis"* (considerando 45). Nesta sequência, a diretiva determina também que os consumidores representados (em modelo de *opt-in* ou *opt-out)* por uma entidade qualificada numa ação popular, não poderão ser

representados noutras ações coletivas com a mesma causa de pedir contra o mesmo profissional ou de intentar ações individuais com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir contra o mesmo profissional.

Quanto ao conteúdo da sentença, o legislador preocupa-se em especial com as ações de indemnização. O artigo 22.º da Lei da Ação Popular prevê que aos titulares de interesses identificados se atribua uma indemnização nos termos gerais, e que para os titulares não individualmente identificados seja fixado um montante global.

Assim, a Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, determina que a sentença das ações populares por infrações de direito da concorrência deve fixar os critérios de identificação dos lesados e dos danos (n.º 3 do artigo 19.º), ou relativos a cada lesado identificado ou num montante global, sendo que neste último caso deve ser indicada a entidade responsável por proceder posteriormente ao pagamento das indemnizações devidas a lesados não individualmente identificados (n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 19.º). No mesmo sentido, o Código dos Valores Mobiliários, embora nada diga quanto à indemnização a pagar aos lesados identificados, determina que a sentença deve indicar a entidade encarregada de gerir as indemnizações devidas a titulares não individualmente identificados (n.º 2 do artigo 31.º).

O regime geral da Lei da Ação Popular não opera qualquer densificação quanto à indemnização global, mas a Lei n.º 23/2018 prevê que se for decidido um montante global que não seja suficiente para compensar os danos sofridos por todos os lesados que não estavam inicialmente identificados, mas que o foram posteriormente, o montante global deve ser distribuído pelos mesmos, proporcionalmente aos respetivos danos. Perante a omissão da Lei da Ação Popular, Miguel Sousa Ferro defende que esta regra pode ser usada pelos tribunais para integrar a lacuna do regime geral[22]. Assim, a unidade ou diversidade de regimes quanto à indemnização global não está assegurada, dependendo da integração que o juiz faça, em concreto, da omissão da Lei da Ação Popular.

Relativamente às ações inibitórias, a Lei de Defesa do Consumidor determina que a sentença deve especificar "o âmbito da abstenção ou correção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta" (n.º 2 do artigo 11.º) – norma de utilidade questionável, pois não se concebe como poderia uma sentença de condenação numa ação inibitória ser proferida noutros termos.

[22] Cf. Miguel Sousa Ferro, cit., p. 428.

Sobre a execução da sentença, as regras especiais dizem respeito à sua publicidade e ao caso específico das ações de indemnização.

Relativamente à publicidade, o regime geral da ação popular é o da publicação a expensas da parte vencida, o que parece significar que a sentença será publicada independentemente do sentido da decisão de mérito proferida. Em sentido distinto, o n.º 3 do artigo 11.º da Lei de Defesa do Consumidor determina que a sentença condenatória deve ser publicada a expensas do infrator e registada.

Ainda quanto à indemnização global fixada, a Lei da Ação Popular determina a prescrição do direito dos lesados não identificados a reclamar a sua parte da indemnização ao fim de 3 anos do trânsito em julgado da sentença. Pelo contrário a Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, estabelece que o juiz deve fixar um prazo razoável. Assim, nas ações populares de indemnização por violação do direito da concorrência não se aplicará a regra geral da prescrição em 3 anos[23].

Também o destino dos montantes não reclamados tem regimes diversos:

a) O regime geral da Lei da Ação Popular, aplicável às ações populares civis e administrativas no geral, determina a sua entrega ao Ministério da Justiça e a sua afetação ao pagamento da procuradoria e ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de ação popular que justificadamente o requeiram (n.º 5 do artigo 22.º);
b) O Código dos Valores Mobiliários, aplicável às ações populares para proteção dos interesses dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros, estabelece a sua reversão para o fundo de garantia relacionado com a atividade em que se insere a infração ou, não existindo, o sistema de indemnização dos investidores (n.º 3 do artigo 31.º);
c) A Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, afeta-os ao pagamento de custas, encargos, honorários e demais despesas incorridos pelo autor por força da ação popular de indemnização por infração do direito da concorrência, sem prejuízo da aplicação da regra geral de pagamento da procuradoria pelo réu. O remanescente tem o mesmo destino indicado na Lei da Ação Popular (n.ºs 7 e 8 do artigo 19.º).

[23] Em dúvida, afirmando apenas que *"o modo de articulação desta regra especial com a regra geral ainda não foi esclarecido"*, v. Miguel Sousa Ferro, cit., p. 429.

Alguns autores[24] defendem que a Lei da Ação Popular deve ser interpretada no sentido da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, para que seja assegurado o direito constitucional de ação popular, que perderia efetividade se os autores tivessem de suportar as despesas, potencialmente muito elevadas. A favor desta interpretação joga o facto de o remanescente ser entregue ao Ministério da Justiça, precisamente para assegurar o financiamento de ações populares.

§ 4. Considerações finais

Os capítulos precedentes permitiram concluir que não existe uma regulação una das ações populares em Portugal. Para além de um regime geral, constante da Lei da Ação Popular, existem regimes setoriais, que introduzem especialidades, essencialmente, no domínio da legitimidade ativa e da sentença.

Há, contudo, um aspeto comum às ações populares civis e administrativas e que nenhuma das leis especiais afasta: o modelo de *opt-out*, que permite que, sem adesão expressa, a sentença produza efeitos em relação a todos aqueles que não se autoexcluírem da ação. Trata-se de um dos poucos regimes europeus que adotam este modelo.

Por esse motivo, e a título de considerações finais, será especialmente relevante a transposição da Diretiva (UE) 2020/1828, que impõe um regime de *opt-in* para os consumidores sem residência habitual em Portugal. Essa circunstância, que se desconhece ainda que extensão adotará, poderá introduzir alterações significativas na forma como a ação popular se configura e implicará certamente um retrocesso na proteção dos consumidores.

[24] Miguel Sousa Ferro, cit., p. 434 e Henrique Sousa Antunes, *Class* actions *in Portugal*, 5 de março de 2022, disponível *online* em https://ssrn.com/abstract=4050500, p. 13.

A AÇÃO POPULAR CÍVEL

Margarida Paz*

Sumário: *1. A lei da ação popular; 2. A defesa do consumidor como interesse difuso; 3. A ação coletiva, em especial a ação inibitória; 4. Tramitação processual.*

1. A lei da ação popular

Em matéria de interesses difusos, onde se inclui a proteção do consumidor, encontramos vários normativos legais que visam, em primeira linha, salvaguardar os respetivos direitos e interesses do ponto de vista substantivo, com a consequente preocupação legislativa em definir os correspondentes meios processuais para os efetivar judicialmente.

Desde logo, confere a Constituição da República Portuguesa (CRP) a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural [artigo 52.º, n.º 3, alínea a)].

Este direito de ação popular terá de ser concretizado "nos casos e termos previstos na lei", designadamente na Lei da Ação Popular (LAP), apro-

* Procuradora da República

vada pela Lei n.º 83/95, de 31-8[1], relativa ao direito de participação procedimental[2] e de ação popular.

A *ação popular de massas*[3] prevista na Lei n.º 83/95 visa, pois, a tutela dos interesses difusos elencados na CRP, tendo acrescido, a nível infraconstitucional, a defesa do *domínio público* como interesse protegido pela lei, assim ampliando o âmbito dos interesses difusos previstos na CRP[4]-[5]. Por outro lado, para além da dimensão coletiva, a ação popular comporta uma vertente individual, que encontra igual consagração constitucional[6].

De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º da LAP, o direito de ação popular destina-se à prevenção, cessação ou perseguição judicial das infrações previstas no n.º 3 do artigo 52.º da CRP, também elencadas no n.º 2 deste artigo 1.º, concretizando o artigo 12.º que a ação popular pode ser *civil* ou *administrativa*.

Se a natural 'vocação' da ação popular encontra, na jurisdição administrativa, o campo por excelência na defesa dos interesses difusos, é igualmente significativa a sua consagração na área cível[7]. Na verdade, a defesa dos interesses difusos, na sua tripartição clássica, incluindo os interesses homogéneos individualmente considerados, encontra espaço na jurisdição

[1] Retificada pela Declaração de Retificação n.º 4/95, de 12-10, e alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2-10.

[2] Cfr. Cândido de Oliveira, "A participação dos cidadãos no direito do urbanismo", *Direito regional e local*, Braga, n.º 12 (out.-dez.2010), p. 16, quanto aos termos em que se concretiza o direito de participação popular.

[3] Assim apelidada por Colaço Antunes, "Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e «acção popular de massas»", *Textos: Ambiente/Centro de Estudos Judiciários*, coord. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1994, p. 104.

[4] Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito civil Teoria geral – vol. III – Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 111, mencionando que a submissão do domínio público a um interesse difuso se afasta da ideia básica deste.

[5] Neste sentido, *vide* o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 8-9-2016 (Proc. 7617/15.7T8PRT.S1; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 21-2-2017).

[6] Cfr., a este respeito, o acórdão do STJ de 20-10-2005 (*CJ-STJ*, a. XIII, n.º 187, t. III/2005, pp. 82-86). No mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 23-3-2004 (*CJ*, a. XXIX, n.º 174, t. II/2004, pp. 169-173).

[7] Cfr. neste sentido, o acórdão do TRP de 12-11-2019 (Proc. 288/19.3T8ESP-B.P1; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022), referindo: "Não deixa de ser importante reafirmar que a consagração da ação popular nesta sede, isto é, para além do âmbito administrativo, é dos aspectos mais arrojados na estruturação do instituto, precisamente pela reformulação do pensamento 'clássico' que naturalmente implica".

cível, enquanto "espaço de garantia da autonomia individual" (acórdão do TRP de 12-11-2019).

Aliás, por essa razão, vai sendo sedimentada jurisprudência no sentido de atribuir competência aos tribunais comuns no âmbito da ação popular, ainda que subjaza um *licenciamento administrativo*, fator tradicionalmente atributivo de competência aos tribunais administrativos[8].

Por outro lado, a defesa dos consumidores, enquanto interesse difuso, é cada vez mais ancorada em ações populares, instauradas pelas associações respetivas, ou pelos próprios consumidores[9], como forma de salvaguardar os interesses de uma multiplicidade de consumidores atingidos nos seus direitos por uma violação de *origem comum*[10]-[11].

Nesta distinção de competência, nem sempre fácil, entre os tribunais administrativos e os tribunais comuns, a forma de processo da ação popu-

[8] Cfr. o referido acórdão do TRP de 12-11-2019, que considerou competentes os tribunais comuns para o julgamento de procedimento cautelar no qual era pedido o decretamento da suspensão da execução de uma obra, "independentemente de esta ter sido objeto de licenciamento administrativo e de o meio processual constituir, pela natureza dos interesses a proteger, uma ação popular", mencionando que "nenhum licenciamento administrativo pode apagar uma ofensa a direitos básicos, sob pena de a definição do direito ficar confiada à opção de qualquer agente administrativo".

[9] O Proc. 22640/18.1T8LSB.L1.S1, que deu origem ao acórdão do STJ proferido a 2-2-2022, constituiu uma ação popular instaurada por consumidores contra determinada operadora de telecomunicações (disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 3-6-2022).

[10] Cfr. o acórdão do STJ de 14-10-2021, que confirmou o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 27-4-2021 (Proc. 26412/16.0T8LSB.L1-A.S1; ambos disponíveis em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022), o qual atribuiu competência internacional aos tribunais portugueses, ao abrigo do disposto no artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento 1215/20 e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre esta disposição, para conhecer de ação popular instaurada pela Deco, relativa a responsabilidade civil extracontratual como fundamento dos pedidos de indemnização formulados em defesa dos consumidores portugueses que, em Portugal, adquiriram veículos automóveis fabricados na Alemanha nos quais havido sido introduzida uma aplicação informática que manipulava os dados relativos às emissões dos gases de escape.

[11] No acórdão do STJ de 8-9-2016, já citado, discutiu-se, como interesse pretensamente partilhado por todos os clientes da ré, o pagamento de prestações dos créditos bancários para habitação através de qualquer meio idóneo para o efeito, nomeadamente contas bancárias sedeadas noutras instituições, tendo sido entendido que se estava perante a defesa de interesses coletivos (que se prendem com a forma de amortização dos ditos financiamentos), "não revelando a causa de pedir ou o pedido quaisquer particularidades derivadas da multiplicidade dos factos que caraterizam as relações entre o banco e os seus mutuários".

lar *civil* ou *administrativa*[12] encontra eco nas formas de processo previstas no Código de Processo Civil (CPC) ou no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, respetivamente[13].

Nesta amplitude de formas de processo, designadamente da ação popular cível, conferida pelo artigo 12.º, n.º 2, do LPA, é admissível o recurso às ações declarativas (condenatórias, constitutivas ou de simples apreciação) e executivas, mas também às providências cautelares, especificadas ou inominadas[14]-[15].

[12] Cfr. Leonor Furtado, "A intervenção do Ministério Público no contencioso administrativo", *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, org. Maria João Antunes, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 776.

[13] Para maior desenvolvimento nesta matéria, *vide* Leones Dantas, "Ministério Público e defesa do ambiente – as tarefas inadiáveis", *Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo*, coord. Marcelo Rebelo de Sousa, Carla Amado Gomes, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, pp. 169-170 (disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_ambienteurbanismo_completo.pdf; consulta a 27-12-2016); e Carla Amado Gomes, "Reflexões breves sobre a acção pública e a acção popular na defesa do ambiente", *Temas e problemas de processo administrativo*, coord. Vasco Pereira da Silva, António Cândido Oliveira [et al.], 2.ª ed., Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, pp. 330-336 (disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_processoadministrativoii_isbn_actualizado_jan2012.pdf; consulta a 27-12-2016). *Vide*, ainda, os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 4-11-1997 (*CJ*, a. XXII, s/n, t. V/1997, pp. 5-7) e do TRL de 26-11-2000 (Proc. 0091106; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 21-2-2017).

[14] Cfr. o já citado acórdão do TRP de 12-11-2019. De igual modo, o acórdão do STJ de 23-9-1998 considerou que a ação popular civil pode incluir a forma de procedimentos cautelares particularmente vocacionados para a concretização processual do princípio da prevenção (*CJ-STJ*, a. VI, s/n, t. III/1998, pp. 19-27). Por fim, o TRL, no acórdão proferido a 15-7-2021 (Proc. 4350/20.1T8LSB-B.L1-6; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022), considerou que "a afirmação 'a acção popular civil, naturalmente a instaurar junto dos tribunais cíveis, pode revestir qualquer uma das formas previstas no Código de Processo Civil' tem naturalmente de ser entendida como podendo revestir qualquer uma das formas previstas no Código de Processo Civil, mas *destinada e adequada à defesa dos interesses em causa* – o que não é o caso do inquérito judicial à sociedade requerido pelos Recorrentes" (itálico nosso).

[15] O acórdão do TRL de 22-3-2022 considerou que "tendo os AA. pedido, em *'ação popular cível, inibitória, declarativa comum de condenação para tutela de interesses difusos'*, que a Ré seja *'a) inibida de cobrar aos consumidores valores que estes não tenham expressamente contratado, no âmbito dos serviços referidos no Art. 11.º desta PI, ou outros análogos, por via do mecanismo digital designado por WAP BILLING aos quais os consumidores não tenham dado o seu consentimento expresso para contratar – Art.11.º e 13.º da Lei de Defesa do Consumidor'* e *'b) Devolver aos consumidores os valores que tenha cobrado ilicitamente, ou que tenha feito seus, à revelia de um contrato, no âmbito da alínea anterior – Art. 22.º, n.º 3 da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto'*, a forma de processo adequada era, como

2. A defesa do consumidor como interesse difuso

Os interesses difusos, entendidos no seu sentido lato, apresentam-se como interesses plurindividuais, supraindividuais ou transindividuais[16], distintos, por um lado, dos interesses individuais e, por outro, do interesse público, apesar de aglutinarem características de ambos[17]. Pese embora a sua "marcada dimensão social"[18], assim se aproximando do interesse público, a respetiva natureza é essencialmente privatística, pois são relativos à fruição de bens de uso pessoal, sendo insuscetíveis, no entanto, de apropriação exclusiva pelos respetivos titulares.

Encontramos, como característica essencial dos interesses difusos *lato sensu*, a "dupla dimensão individual e supraindividual", constituindo um *tertium genus*[19]. Ainda assim, a componente individual do interesse difuso não afasta a sua caraterística de pluralidade, inadequando-se a uma *subjetivação individual*, mas antes a uma *plurisubjetividade coletiva*[20], estando, no entanto, arredada qualquer relação de contitularidade.

Os interesses referidos na alínea a) do n.º 3 do artigo 52.º da CRP, assim como os elencados no n.º 2 do artigo 1.º da LAP, podem ser considerados de natureza pública, no sentido económico do termo, por pertencerem a todos e não estarem atribuídos a ninguém[21].

foi, a ação popular e não a ação declarativa comum" (Proc. 7692/20.2T8LSB.L1-7; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022).

[16] Cfr. Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa: Lex, 2003, p. 32; Colaço Antunes, "Colocação institucional...", p. 96; e Antonio Gidi, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 51, n.º 2 (2003), p. 351. Na terminologia de Lorenzo Pérez Conejo, *interesses plurisubjetivos*, em contraposição aos interesses *difusos* e *coletivos* (*La defensa judicial de los intereses ambientales: Estudio específico de la legitimación «difusa» en el proceso contencioso-administrativo*, Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 73).

[17] Marques Antunes, *O direito de acção popular no contencioso administrativo português*, Lisboa: Lex, 1997, p. 37. Cfr. ainda a distinção entre interesse difuso e interesse público em Lorenzo Pérez Conejo, *La defensa*..., pp. 55-58.

[18] Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade*..., p. 20.

[19] Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade*..., pp. 23-24.

[20] Colaço Antunes, "Colocação institucional...", p. 96.

[21] Miguel Teixeira de Sousa qualifica-os de *interesses essencialmente coletivos*, em contraposição aos *interesses acidentalmente difusos*, entendidos como os interesses difusos de segunda geração, os quais apresentam natureza privada (*A legitimidade*..., p. 30). O autor dá o exemplo de os investidores não institucionais em valores mobiliários poderem instaurar ação popular – artigo 31.º, n.º 1, alínea a), do Código de Valores Mobiliários. Em sentido contrário, não admitindo esta ação no enquadramento da LAP, Oliveira Ascensão, "A participação

O interesse em cessar a difusão de publicidade enganosa relativa a um produto ao qual são atribuídas qualidades que não tem, o interesse em que uma determinada empresa não utilize cláusulas contratuais gerais abusivas nos respetivos contratos ou o interesse na cessação da distribuição e comercialização de um produto defeituoso podem ser indicados como exemplos do interesse difuso *lato sensu* protegido na CRP e na LAP relativo aos *direitos dos consumidores* ou à *proteção do consumo de bens e serviços*[22].

Na dogmática dos interesses difusos, é tradicionalmente efetuada a distinção entre interesses difusos *stricto sensu*, interesses coletivos e interesses individuais homogéneos[23].

Na definição adotada[24], podemos afirmar que nos interesses difusos *stricto sensu* os respetivos titulares não têm entre si qualquer ligação em particular para além da que resulta da localização geográfica ou do consumo de um determinado produto. Este interesse difuso reporta-se a um "grupo *inorgânico* de pessoas, cuja composição é, em cada momento, *ocasional* e por isso não permite a identificação prévia dos respetivos titulares"[25]. Por sua vez, os

popular na defesa do ambiente: uma inconstitucionalidade por omissão?", *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, coord. Marcelo Rebelo de Sousa [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 2.v.: Direito constitucional e justiça constitucional, p. 254.

[22] Exemplos retirados de Lorenzo Pérez Conejo, *La defensa*..., p. 73.

[23] Apesar de a definição dos diferentes tipos de interesses difusos não constar em qualquer diploma legal, localizamos a sua distinção em várias referências normativas, nomeadamente no artigo 60.º, n.º 3, da CRP, no artigo 13.º, alínea c), da Lei de Defesa do Consumidor, nos artigos 31.º, n.º 1, e 34.º, n.º 2, ambos do Código de Valores Mobiliários, e nos artigos 4.º, n.º 1, alínea h), 9.º, n.º 1, alínea f), e 10.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Ministério Público. Na jurisprudência, esta distinção encontra-se amplamente acolhida, indicando-se o acórdão do TRL de 4-12-2018, ao referir que os interesses difusos *stricto sensu*, os interesses coletivos e os interesses individuais homogéneos "podem ser abrangidos pela ação popular, afigurando-se, pois, correta a asserção de que esta tem, assim, por objeto a tutela de interesses difusos (*latu sensu*)" (Proc. 7074/15.8T8LSB. L1-1; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022).

[24] Para maior desenvolvimento, cfr. Margarida Paz, "Entre as bases da política do ambiente e a ação popular: a legitimidade do Ministério Público na defesa dos interesses difusos", *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a.38, n.152 (Out.-Dez. 2017), pp. 38-43.

[25] Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 106. O acima referido acórdão do STJ de 23-9-1998 definiu os interesses difusos como correspondendo a interesses juridicamente reconhecidos e tutelados, cuja titularidade pertence a todos e a cada um dos membros de uma comunidade ou de um grupo, mas não são suscetíveis de apropriação individual por qualquer um desses membros, sendo simultaneamente interesses não públicos, não coletivos e não individuais.

interesses coletivos são, tal como os interesses difusos *stricto sensu*, indivisíveis quanto ao objeto, mas diferenciam-se destes em virtude de o respetivo titular (grupo, categoria ou classe de pessoas) estar ligado entre si ou com a parte contrária por uma *relação jurídica de base*. Na verdade, os titulares estão ligados entre si por vínculo associativo ou cada um ligado à parte contrária, sendo indivíduos determinados ou tendencialmente determináveis[26].

Deste modo, no âmbito do consumo, o interesse de qualquer consumidor na qualidade dos bens e serviços prestados constitui um interesse difuso *stricto sensu*, sendo qualificado como interesse coletivo o interesse em que uma determinada empresa se abstenha de utilizar cláusulas contratuais gerais abusivas nos respetivos contratos.

Por fim, os interesses individuais homogéneos correspondem à individualização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses coletivos na esfera de cada um dos seus titulares. São interesses determináveis, sendo possível individualizá-los, pois abrangem um número determinado de pessoas, estando relacionados com as *lesões de massas*.

Com efeito, os interesses individuais homogéneos não são transindividuais, mas sim direitos subjetivos individuais[27], divisíveis e disponíveis, apesar de terem a referida *origem comum*. A sua natureza coletiva tem um sentido instrumental, para fins de defesa conjunta em juízo, viabilizada pelas caraterísticas comuns.

Exemplificando em matéria da defesa do consumidor, os interesses individuais homogéneos correspondem aos danos causados por um produto defeituoso adquirido por múltiplos consumidores a um mesmo vendedor ou produtor.

3. A ação coletiva, em especial a ação inibitória

Os direitos dos consumidores, como interesses difusos, na distinção acima referida, podem ser defendidos mediante ações individuais (por parte do próprio consumidor afetado), mas igualmente através de ações coletivas, em face da sua abrangência supraindividual.

[26] Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, "A ação popular portuguesa: uma análise comparativa", *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*, org. Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, Porto, 1996, p. 248, e Lorenzo Pérez Conejo, *La defensa...*, p. 79.

[27] O acórdão do TRL de 26-10-2017 apelidou os interesses individuais homogéneos de "direitos subjectivos fraccionados", igualmente abrangidos pela ação popular (Proc. 30822-16.4T8LSB.L1-6; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022).

Desde logo, a salvaguarda dos direitos dos consumidores pode ser efetivada através da ação popular, o que tem vindo a suceder de modo crescente nos nossos tribunais[28].

Naturalmente, adotamos a definição de consumidor prevista na Lei de Defesa do Consumidor (LDC)[29], como sendo 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 (artigo 2.º, n.º 1)[30]. Nesta definição[31], o elemento decisivo parece ser a *contratação para fins não profissionais*, e não tanto a distinção entre pessoa singular e pessoa coletiva[32].

Vem sendo entendimento da jurisprudência que, quando seja proposta por um consumidor ou por uma associação de consumidores, a *ação inibitória* prevista no artigo 10.º, n.º 1, da LDC deve ser considerada uma *ação popular*[33].

A ação inibitória é uma ação coletiva através da qual é concedido a um determinado grupo um direito de ação próprio, consubstanciando uma ação declarativa de condenação (por pressupor a violação de um direito) em prestação de facto negativo (abstenção) ou de facto positivo (correção, cessação) de práticas lesivas dos direitos dos consumidores.

[28] No âmbito do Proc. 22640/18.1T8LSB.L1.S1, já referido, foram formulados vários pedidos relativos, não apenas ao direito a não pagamento ou recusa de serviços não solicitados, com o consequente direito ao reembolso das respetivas quantias pagas, como também à declaração de nulidade de várias cláusulas contratuais gerais, por violação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25-10.

[29] Aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31-7, com a última alteração ocorrida por via do Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10-12.

[30] No mesmo sentido, Jorge Morais Carvalho (*Manual de Direito do Consumo*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 45-55).

[31] O conceito de consumidor encontra-se plasmado em vários diplomas legais, nomeadamente na Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 16/2022, de 16-8, retificada pela Retificação n.º 25/2022, de 12-10 [artigo 3.º, alínea h)], e no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26-3 [artigo 3.º, alínea a)].

[32] Para Sandra Passinhas, "[o] fundamento da proteção conformada num modelo de mercado cinge-se, pois, na situação de desvantagem posicional em que, no mercado, se considera encontrar o consumidor face ao profissional: o desequilíbrio quanto à informação, ao poder negocial, à segurança, ao acesso à justiça e à representação" ("O lugar da vulnerabilidade no direito do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n.º 15, 2019, p. 267).

[33] Cfr. o acórdão do TRL de 24-11-2020 (Proc. 7692/20.2T8LSB-A.L1-7; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022).

Ora, no âmbito da LDC, é assegurado, por via do disposto no artigo 10.º desta lei, o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados naquela lei que, nomeadamente, (a) atentem contra a sua saúde e segurança física, (b) se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas e (c) consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

No âmbito da ação inibitória prevista na LDC, também conhecida como *ação inibitória comum*, a lei atribui *legitimidade ativa*, de acordo com o artigo 13.º, (1) aos consumidores diretamente lesados, (2) aos consumidores e às associações de consumidores ainda que não diretamente lesados, nos termos da LAP e (3) ao Ministério Público e à Direção-Geral do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogéneos, coletivos ou difusos.

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (RJCCG)[34] consagrou a *ação inibitória especial*, destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais abusivas (artigos 25.º a 34.º)[35]-[36], a par com a declaração de nulidade prevista no artigo 24.º do mesmo diploma legal[37].

[34] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25-10, na versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10-12. Este diploma legal aditou os artigos 34.º-A a 34.º-C, cominando como contraordenação muito grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29-1, a utilização de cláusulas absolutamente proibidas nos contratos, incluindo as previstas nos artigos 18.º e 21.º do RJCCG. A este propósito, a Lei n.º 78/2021, de 24-11, ao estabelecer um quadro complementar de proteção do consumidor perante a oferta de produtos, bens ou a prestação de serviços financeiros por pessoa ou entidade não habilitada a exercer essa atividade, estatuiu igualmente um regime sancionatório contraordenacional.

[35] A ação inibitória prevista no RJCCG é especial em relação à ação inibitória da LDC, sendo possível a cumulação de pedidos quando estão está em causa, simultaneamente, uma cláusula abusiva e uma prática comercial desleal, regulada pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26-3.

[36] Ada Pellegrini Grinover critica o facto de a Diretiva n.º 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23-4-2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, não ter inovado no que toca à defesa do consumidor, pois não legitima o consumidor individual a intentar a ação inibitória, no sentido de ser indemnizado por danos pessoalmente sofridos. Constitui uma questão interessante saber se o consumidor diretamente lesado, não tendo legitimidade para intentar ação inibitória, nos termos do artigo 26.º do RJCCG, o poderá fazer por via do artigo 13.º, alínea a), da LDC, o qual, pelo menos aparentemente, lhe confere tal legitimidade ("Parlamento Europeu e Conselho – Directiva 2009/22/CE de 13/04/09: as ações inibitórias de tutela do consumidor", *Revista portuguesa de direito do consumo*, n.º 58, 2009, pp. 11-12). Cfr. Ana Filipa Morais Antunes,

Esta ação inibitória destina-se a interditar a utilização das cláusulas contratuais gerais proibidas, *independentemente* de terem sido efetivamente incluídas em contratos singulares. Sendo uma verificação judicial efetuada a *título preventivo* e com *carácter abstrato*[38], o juízo de censura pode (e deve) recair sobre cláusulas não integradas em contratos singulares ou independentemente dessa integração[39].

Estando em causa ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais, compreende-se que a *legitimidade ativa*, prevista no artigo 26.º do RJCCG, seja restringida (a) a associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respetiva, (b) a associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições, e (c) ao Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

A legitimidade atribuída ao Ministério Público[40] constitui uma *legitimidade própria destinada à tutela de interesses difusos e coletivos, pertencentes aos*

sugerindo uma possível compatibilização do artigo 26.º do RJCCG com o artigo 13.º, alínea a), da LDC (*Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 356).

[37] A declaração de nulidade tem o seu âmbito de aplicação restringido às cláusulas integradas em contratos singulares, apenas podendo ser utilizado por consumidor individualmente considerado, numa determinada ação judicial na qual figure como autor ou réu. Esta declaração de nulidade, enquanto meio de reação individual do consumidor afetado, não sofre qualquer retração perante os outros meios de tutela jurisdicional previstos neste diploma legal, nomeadamente a ação inibitória prevista no artigo 25.º do RJCCG.

[38] No mesmo sentido, Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário...*, p. 351.

[39] Neste sentido, veja-se o acórdão do STJ de 10-4-2014, no qual é referido que "a finalidade da acção inibitória é a de garantir, preventivamente, uma tutela complementar do aderente, proibindo, para o futuro e independentemente da sua inclusão em contratos singulares, o uso de cláusulas contratuais gerais violadoras do princípio da boa-fé ou que ponham em causa o equilíbrio das prestações" (Proc. 1246/10.9TJLSB.L1.S1; disponível em *CJ-STJ* n.º 256, a. XXII, t. II/2014, pp. 60-64; e http://www.dgsi.pt; consulta a 7-6-2022). De igual forma se pronunciou o acórdão do TRL de 30-6-2001, ao referir que a ação inibitória se destina "a assegurar não um sucedâneo para um direito ou interesse violado, mas o gozo do próprio direito", estando "voltada para o futuro", pois "não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado, visando antes *evitar que o acto contrário à lei venha a ocorrer, continue ou se repita*" (Proc. 2188/09.6TJLSB.L1-2; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 7-6-2022).

[40] Cfr. Jorge Pegado Liz, destacando o "papel especial na defesa e protecção dos consumidores" atribuído ao Ministério Público no nosso sistema jurídico (*Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Lisboa: Editorial Notícias, 1999, pp. 242-244).

consumidores suscetíveis de serem atingidos pelas cláusulas sindicadas (artigo 26.º, n.º 2, do RJCCG[41]).

De igual modo, o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26-3[42], que regula o regime jurídico 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, estabelece no artigo 16.º aquilo a que denomina "direito de ação".

Por via deste preceito legal, qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas, pode intentar a *ação inibitória prevista na LDC*, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas.

O artigo 11.º da Diretiva 2005/29/CE, deixando aos Estados-Membros alguma margem para regulamentar de que forma as práticas comerciais desleais são reprimidas, estabeleceu, ainda assim, algumas regras mínimas a observar pelos legisladores nacionais. Assim, compete a cada Estado-Membro decidir se as referidas ações podem ser instauradas individual ou *coletivamente* contra diversos profissionais do mesmo sector económico.

No âmbito das disposições legais referidas no n.º 1 do artigo 11.º da Diretiva, os Estados-Membros devem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas as competências que os habilitem, considerando estes que tais medidas são necessárias, tendo em conta todos os interesses em jogo e, em especial, o interesse geral (a) a ordenar a cessação de uma prática comercial desleal ou a mover os procedimentos legais adequados para que seja ordenada a cessação dessa prática comercial desleal, ou (b) a proibir uma prática comercial desleal ou a mover os procedimentos legais adequados para que seja ordenada a sua proibição nos casos em que esta prática não tenha ainda sido aplicada, mas esteja iminente. Tudo isto mesmo na ausência de prova de ter havido uma perda ou prejuízo real, ou de uma intenção ou negligência da parte do profissional.

Além disso, para eliminar os efeitos persistentes de uma prática comercial desleal cuja cessação tenha sido ordenada por uma decisão definitiva,

[41] O n.º 2 do artigo 26.º refere que as entidades mencionadas no n.º 1 atuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores suscetíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.

[42] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 205/2015, de 23-9, 9/2021, de 29-1, e 109-G/2021, de 10-12. Este diploma legal transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11-5, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno.

os Estados-Membros podem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem (a) a exigir a publicação desta decisão, no todo ou em parte e da forma que considerem adequada, e (b) a exigir, além disso, a publicação de um comunicado retificativo.

Verifica-se que o legislador português optou, para além do mais[43], pela via da ação inibitória prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 10.º da LDC, a qual, constituindo uma ação coletiva, cumpre desta forma o objetivo da Diretiva.

No âmbito do regime jurídico das práticas comerciais desleais, tem o Ministério Público legitimidade para instaurar ações inibitórias?

De acordo com o disposto no artigo 219.º, n.º 1, da CRP, incumbe ao Ministério Público, para além da representação do Estado, de defender os interesses que a lei determinar.

A defesa dos interesses coletivos e difusos encontra expressa consagração no novo Estatuto do Ministério Público (EMP)[44], à semelhança do que sucedia nos anteriores estatutos desta magistratura. Assim, o Ministério Público deve assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos, atuando, por regra, a título principal nos respetivos processos [artigos 4.º, n.º 1, alínea h), e 9.º, n.º 1, alínea f), do EMP]. De igual modo, o artigo 31.º do CPC atribui ao Ministério Público, nos termos previstos na lei, legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos destinados à defesa dos interesses difusos, nomeadamente na defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços[45].

[43] O artigo 14.º, alterado pelo DL 109-G/2011, prevê os *direitos do consumidor*, designadamente o direito à redução adequada do preço ou à resolução do contrato relativamente aos produtos adquiridos por efeito de uma prática comercial desleal, sem prejuízo do ressarcimento nos termos gerais.

[44] Aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27-8, e alterado pela Lei n.º 2/2020, de 31-3.

[45] Como bem refere Carlos Lopes do Rego, o EMP e o CPC "autonomizaram e conferiram particular relevo à intervenção principal do Ministério Público com vista à prossecução e defesa oficiosa de interesses colectivos e difusos. A intervenção principal do Ministério Público nesta área continua, porém, a depender de uma específica previsão normativa, constante dos vários diplomas que regem sobre a defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural, do domínio público e da protecção do consumo de bens e serviços, referenciando e aglutinando a norma da referida alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º os diferentes preceitos que, nesta sede, e com maior ou menor âmbito, conferem legitimidade para a propositura de acções ao Ministério Público" ("A intervenção do Ministério

Ora, esta especial vocação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos encontra-se espelhada, como vimos, na atribuição de legitimidade ativa para propor ações inibitórias destinadas a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais (artigo 26.º do RJCCG) e também quando estejam em causa, em termos mais latos, interesses individuais homogéneos[46], interesses coletivos ou interesses difusos [artigo 13.º, alínea c), da LDC].

Deste modo, acolhendo o nosso ordenamento jurídico a figura da *ação pública relativa à defesa dos interesses difusos e coletivos*, o Ministério Público destaca-se como uma das principais entidades na propositura desta ação[47], atenta a sua vocação própria e originária na defesa dos interesses difusos[48].

Aqui chegados, importa delimitar a legitimidade ativa no âmbito do Decreto-Lei n.º 57/2008, ao referir, no artigo 16.º, que *qualquer pessoa*,

Público na área cível e o respeito pelo princípio da igualdade de armas", *O Ministério Público, a democracia e a igualdade dos cidadãos*, org. SMMP, Lisboa: Edições Cosmos, 2000, p. 89).

[46] Luís Eloy Azevedo expressa algumas reservas relativamente à atribuição de legitimidade ao Ministério Público para intentar ações quando estejam em causa interesses individuais homogéneos ("Ministério Público e interesses difusos: poderes efectivos e poderes encantatórios", *O Ministério Público, a democracia e a igualdade dos cidadãos*, org. SMMP, Lisboa: Edições Cosmos, 2000, pp. 186-188). À luz da ordem jurídica brasileira, Marco Antonio Zanellato considera que os direitos individuais homogéneos não são irrestritamente tuteláveis pelo Ministério Público ["A defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público", *Revista do Advogado*, n.º 89, 2006, p. 100]. Para este autor, tal legitimação, que apelida de extraordinária, deve ser aferida considerando as "finalidades constitucionais" deste órgão do poder, considerando que o Ministério Público apenas deve defender estes interesses em caso de *relevância social* ou quando sejam expressivos para a coletividade, como os respeitantes à dignidade da pessoa humana, em especial quando os lesados sejam crianças, idosos ou deficientes, os interesses em que exista uma extraordinária dispersão dos lesados ou quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema económico, social ou jurídico, em suma, os interesses que "atinjam a sociedade como um todo" (p. 101, p. 103 e p. 105).

[47] No acórdão proferido a 7-11-2019, o TRL, a propósito da legitimidade atribuída ao Ministério Público para a instauração de ações cíveis na defesa do direito ao ambiente, realçou a competência desta entidade para o exercício da "ação pública" (Proc. 2667/14T8OER.L1-6; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 25-6-2020).

[48] Cfr. João Paulo Dias que refere o papel de grande relevância assumido pelo Ministério Público na área cível e administrativa, "em particular pelo potencial de promoção e defesa de uma multiplicidade de interesses que comummente se designam de direitos de terceira geração, como são, em termos genéricos, os relativos ao consumo, ambiente e urbanismo ou qualidade de vida" (*O Ministério Público no Acesso ao Direito e à Justiça: "Porta de entrada" para a cidadania*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 122).

incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas, pode intentar a ação inibitória prevista LDC, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas.

Em face do anunciado propósito, em primeiro lugar pelo legislador europeu e, por via deste, pelo legislador nacional[49], parece seguro afirmar-se que o regime jurídico estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 57/2008 visa a *tutela dos consumidores*[50].

Com efeito, ainda que se considere que a proteção dos consumidores não é o propósito *exclusivo* do legislador[51], em face da defesa da concorrência que está indiretamente subjacente nesta disciplina jurídica[52], resulta do regime jurídico que se pretendeu, *direta e primacialmente*, acautelar os direitos e interesses dos consumidores[53].

[49] É referido no preâmbulo do diploma legal que *o desenvolvimento de práticas comerciais leais é essencial para assegurar a confiança dos consumidores no mercado, para garantir a concorrência e para promover o desenvolvimento de transações comerciais transfronteiriças*, pretendendo-se regular *as práticas comerciais desleais que distorçam o comportamento económico dos consumidores e aplicando-se às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos*.

[50] No mesmo sentido, Alexandre Soveral Martins, "A transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, org. José Lebre de Freitas [et al.], Coimbra: Almedina, 2011, 1.ºv., pp. 569-570.

[51] Como considera Adelaide Menezes Leitão ("Práticas Comerciais Desleais como Impedimento à Outorga de Direitos Industriais?", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, org. José Lebre de Freitas [et al.], Coimbra: Almedina, 2011, 1.ºv., p. 556). Para esta autora, "[a] nova disciplina das práticas comerciais desleais respeita a comportamentos concorrenciais desleais que afectem ou possam afectar o consumidor, daí que vise as condutas relevantes no perímetro contratual, pré-contratual ou pós-contratual, perímetro no qual se encontram as decisões do consumidor sujeitas à análise da sua distorção material ou afectação" ("Práticas comerciais ...", p. 559).

[52] Joaquim de Sousa Ribeiro realça o estreitamento das conexões entre o direito contratual e os parâmetros do mercado, acrescentando que as "medidas em matéria de relações de consumo são tomadas na óptica da preservação e dinamização dos mecanismos de concorrência, tendo em vista a criação e o funcionamento do mercado único europeu" ("Direito dos contratos e regulação do mercado", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 232-234).

[53] Adelaide Menezes Leitão evidencia a evolução da concorrência desleal no sentido de abranger as práticas comerciais desleais, sendo a regulação não apenas no plano concorrencial mas também numa dimensão de defesa do consumidor ("Práticas comerciais ...", pp. 565-566). Com dúvidas sobre a real intenção do legislador europeu na *proteção do consumidor*, cfr. Sandra Passinhas, "A propósito das práticas comerciais desleais: contributo

Deve, por isso, entender-se que a remissão para a ação inibitória prevista na LDC abrange, não apenas as regras processuais atinentes a esta ação coletiva, mas igualmente a norma relativa à legitimidade ativa consagrada no artigo 13.º, possibilitando ao Ministério Público intentar ação inibitória quanto a práticas comerciais desleais[54].

De igual forma, para além dos *concorrentes* com interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas, como decorre diretamente do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, também os consumidores[55] diretamente lesados, assim como os consumidores e as associações de consumidores[56] ainda que não diretamente lesados, devem ter possibilidade de instaurar tal ação inibitória.

4. Tramitação processual

No que tange à *tramitação processual*, é possível estabelecer traços convergentes entre as ações inibitórias gerais e as ações inibitórias especiais, sendo, no entanto, de realçar que o RJCCG estabelece regras processuais mais específicas do que a LDC.

Em primeiro lugar, a *competência territorial do tribunal*, não estando prevista na LDC, encontra regulação no artigo 28.º do RJCCG. De acordo com esta norma, é competente o juízo local cível onde se localiza o *centro da atividade principal do demandado* ou, não se situando em território nacional, o da sua residência ou sede. Se estas se localizarem no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas.

para uma tutela positiva do consumidor", *Estudos de direito do consumidor*, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n.º 13, 2017, p. 120.

[54] Neste sentido, João Paulo Dias, *O Ministério Público...*, p. 121.

[55] No mesmo sentido, Alexandre Soveral Martins, "A transposição...", p. 580.

[56] O citado acórdão do TRL de 4-12-2018 considerou que, tendo uma "associação sem fins lucrativos, estatutariamente, 'como fim a promoção da defesa da concorrência em Portugal e a proteção dos consumidores, com vista ao aumento do bem-estar dos consumidores e da economia portuguesa' – e, 'designadamente', 'intentar e promover ações judiciais para defesa da concorrência em Portugal, nomeadamente com recurso à ação popular ou a qualquer outro meio processual de defesa dos interesses difusos ou coletivos, nos termos da lei em vigor' –, tem legitimidade popular para instaurar ação tendente a reconhecer o direito de indemnização por infração ao direito da concorrência, assim prosseguindo a defesa dos consumidores".

Relativamente às ações inibitórias gerais, onde se incluem as atinentes à prevenção, correção ou cessação de práticas comerciais desleais lesivas dos direitos dos consumidores, é competente para a ação o tribunal do domicílio do réu, nos termos das regras gerais previstas nos artigos 80.º e 81.º do CPC.

De igual modo, quanto à *legitimidade passiva*, apenas encontramos regras próprias no RJCCG. Quanto às restantes ações inibitórias gerais, a ação deverá ser instaurada contra a entidade que desenvolva práticas comerciais desleais.

Relativamente à ação inibitória destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais, dispõe o n.º 1 do artigo 27.º do RJCCG que a ação inibitória pode ser intentada contra quem (1) predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos, ou (2) independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros[57].

O n.º 2 do artigo 27.º do RJCCG confere ainda a possibilidade de intentar a ação inibitória, em conjunto, contra várias entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas substancialmente idênticas, ainda que a coligação importe ofensa do disposto no artigo 28.º do RJCCG.

No entanto, importa salientar que não existe ilegitimidade passiva*, por preterição de litisconsórcio necessário passivo*, no caso de ser proposta ação inibitória contra um determinado predisponente e não contra os restantes proponentes mesmo que comercializem contratos com cláusulas contratuais gerais idênticas.

Na verdade, não se trata de uma *relação jurídica indivisível* por natureza, em que a falta de algum ou alguns dos interessados impeça a decisão que nela se profira de produzir qualquer efeito útil. O legislador foi sensível à vantagem resultante da propositura de ações em conjunto contra várias

[57] Como exemplos de entidades que *recomendem* cláusulas contratuais gerais, podemos referir as "associações profissionais", designadamente "câmaras de comércio", que recomendem a "adopção dos modelos contratuais a 'terceiros', em regra empresas do sector" (Ana Prata, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 621). Como bem salienta, "a disposição será aplicável às entidades que as tenham elaborado e posto à disposição dos seus associados, ainda que não tenha havido propriamente 'recomendação' da sua adopção ou utilização" (*Contratos de Adesão...*, p. 621).

entidades abrangidas no preceito, a fim de se reduzir o risco de decisões contraditórias, mas não impôs que tal sucedesse[58].

Quanto à *forma de processo*, prevê-se, no artigo 11.º, n.º 1, da LDC, tal como no artigo 29.º, n.º 1, do RJCCG, que a *ação inibitória segue os termos do processo sumário*.

Deverá entender-se, em face do desaparecimento desta forma de processo com a aprovação do CPC em 2013[59], que a forma para ambas as ações inibitórias será a de *processo comum*, por via do disposto no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 41/2013, de 26-6, que aprovou o novo CPC[60].

O *valor* da ação inibitória, geral e especial, será de 30.000,01€ (o valor equivalente ao da alçada da Relação mais 0.01€), atento o disposto no n.º 1 do artigo 11.º da LDC e no n.º 2 do artigo 29.º do RJCCG, respetivamente[61].

Quanto às *custas*, importa compaginar o disposto na parte final do n.º 1 do artigo 11.º da LDC e do n.º 1 do artigo 29.º do RJCCG com o Regulamento das Custas Processuais (RCP).

Desde logo, o Ministério Público está isento de custas, de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RCP. Para além do Ministério Público, existem outras entidades com legitimidade para a propositura de ações que poderão estar isentas do pagamento de custas, nos termos do disposto nas alíneas f)[62] e g)[63] do n.º 1 do artigo 4.º do RCP.

[58] Neste sentido, o acórdão do TRL de 30-6-2011 (Proc. 2188/09.6TJLSB.L1-2; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 7-6-2022).

[59] No atual CPC, foram eliminadas as formas de processo ordinário, sumário e sumaríssimo, que apenas prevê a *forma única do processo comum de declaração* (artigo 548.º do CPC).

[60] O n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 41/2013 determina que *as referências, constantes de qualquer diploma, ao processo declarativo ordinário, sumário ou sumaríssimo consideram-se feitas para o processo declarativo comum*.

[61] Consideramos que o Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17-12, pretendeu alterar o n.º 2 do artigo 29.º e não o n.º 2 do artigo 28.º, como consta no texto do DR. Com efeito, o objetivo deste diploma legal foi a adaptação da legislação portuguesa à nova moeda do euro e, por lapso, foi indicado o artigo 28.º, onde originariamente, antes da alteração efetuada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, era regulada a matéria da "forma de processo e isenções".

[62] Pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou para defender os interesses que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto ou nos termos de legislação que lhes seja aplicável.

[63] Entidades públicas quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições para defesa de direitos fundamentais dos cidadãos ou de interesses difusos que lhe estão especialmente conferidos pelo respetivo estatuto, e a quem a lei especialmente atribua legitimidade processual nestas matérias.

O artigo 25.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26-2, que aprovou o RCP, revogou parcialmente o n.º 1 do artigo 11.º da LDC e o n.º 1 do artigo 29.º do RJCCG, na parte em que consagra a isenção de custas da ação inibitória[64]. Assim, nesta ação os réus estão sujeitos ao pagamento de custas de acordo com o princípio da causalidade consagrado no artigo 527.º do CPC.

Relativamente ao *âmbito da sentença inibitória geral*, a decisão condenatória deverá especificar o âmbito da abstenção ou correção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta (artigo 11.º, n.º 2, da LDC). Por sua vez, a decisão que proíbe o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais deve especificar o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta (artigo 30.º, n.º 1, do RJCCG).

Uma questão interessante que se pode suscitar no âmbito de ação inibitória é saber se o juiz pode, oficiosamente, decretar a nulidade de uma cláusula que não tenha sido invocada pelo autor da ação. Tendemos a defender a inadmissibilidade do conhecimento oficioso da nulidade no âmbito de uma ação inibitória, cujo objeto do processo é precisamente a declaração de nulidade de determinadas cláusulas. Já assim não sucederá no âmbito de ações individuais, instauradas por consumidores ou contra estes propostas, em que, pelo contrário, há o dever de conhecimento oficioso de cláusulas nulas[65].

Por sua vez, o *trânsito em julgado* da decisão inibitória especial comporta duas importantes consequências.

Em primeiro lugar, gera a proibição de inclusão das cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva, ou outras cláusulas que se lhe equiparem substancialmente[66]-[67], em contratos que o propo-

[64] Ana Prata, *Contratos de Adesão...*, p. 625.

[65] Para maior desenvolvimento, *vide* Ana Isabel Soares Pinto, "O dever de conhecimento oficioso do direito da União Europeia, em especial, das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores", *Revista do CEJ*, Coimbra: Almedina, 2013-II, pp. 363-382.

[66] No acórdão do STJ de 17-5-2007 foi suscitada a questão de saber se uma determinada cláusula, que era substancialmente idêntica a anterior cláusula declarada judicialmente nula, podia ser incluída em contrato singular após o trânsito em julgado da decisão judicial, tendo sido decidido que tal cláusula não podia ter sido incluída nos contratos que o proponente celebrou depois do trânsito em julgado da decisão que proibiu, definitivamente, tal cláusula (Proc. 07B1295; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 7-6-2022).

[67] Cláusulas substancialmente equiparadas são as cláusulas que "permitam produzir os mesmos efeitos das cláusulas proibidas" (Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário...*, p. 373).

nente venha a celebrar (artigo 32.º, n.º 1, do RJCCG e artigo 11.º, n.º 4, da LDC). A inobservância do preceituado no n.º 1 do artigo 32.º tem como consequência a aplicação do artigo 9.º do RJCCG[68].

Por outro lado, qualquer consumidor pode, numa ação posterior em que também seja parte o proponente de cláusulas declaradas nulas, invocar a todo o tempo, em seu benefício, a *declaração incidental* de nulidade contida na decisão inibitória, relativamente a contratos celebrados antes ou depois da sentença inibitória (artigo 32.º, n.º 2, do RJCCG e artigo 11.º, n.º 4, da LDC)[69]-[70].

O regime previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32.º do RJCCG abrange as cláusulas que constem de contratos celebrados *antes* da sentença inibitória, assim como as cláusulas que sejam inseridas em contratos concluídos *após* essa decisão[71]. Se o proponente, apesar da proibição, continuar a utilizar as cláusulas declaradas abusivas, o aderente pode obter a declaração de nulidade, nos termos do artigo 24.º do RJCCG[72], invocando, para o efeito, a decisão incidental sobre a questão prévia da nulidade, que forma caso julgado material sobre a parte decisória da sentença[73].

[68] Dispõe o artigo 9.º do RJCCG: *1 – Nos casos previstos no artigo anterior os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos. 2 – Os referidos contratos são, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspetos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé.*

[69] O acórdão do TRL de 28-6-2001 considerou que a sentença de inibição de determinadas cláusulas contratuais constitui caso julgado oponível em outra ação posterior em que seja formulada a mesma pretensão (*CJ*, a. XXVI, t. III/2001, pp. 127-132).

[70] A utilidade da norma prevista no n.º 2 do artigo 32.º do RJCCG advém do facto de, na ação individual, o consumidor não tem de alegar nem provar que a cláusula impugnada é inválida, bastando-lhe a declaração de proibição obtida na ação inibitória (cfr. Ana Prata, *Contratos de Adesão...*, pp. 636-637). No mesmo sentido, o citado acórdão do STJ de 31-5-2011 considerou que o caso julgado que se formar na ação inibitória pode ser invocado por terceiros alheios à concreta ação inibitória para obstar ao uso da cláusula declarada inválida ou outras que se lhe equiparem substancialmente.

[71] Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade...*, p. 280.

[72] Sem prejuízo do regime previsto no artigo 31.º do RJCCG.

[73] Júlio Almeida Costa/António Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei n.º 466/85, de 25 de Outubro*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 63.

Assim, qualquer interessado[74] pode invocar em seu proveito a declaração de nulidade da cláusula, proferida a título incidental[75], na ação inibitória. Contudo, a declaração de nulidade apenas pode ser oposta ao proponente que tenha sido demandado em anterior ação inibitória, e não a qualquer outro que utilize a mesma cláusula[76].

Importa referir que a declaração incidental da nulidade da cláusula contratual geral pode ser invocada pelo novo demandante individual, mas o caso julgado *absolutório* da ação inibitória não pode ser alegado pelo demandado (em ambas as ações, inibitória e individual)[77].

A possibilidade de o demandado na ação individual não poder invocar o caso julgado absolutório da ação inibitória consubstancia a proteção do consumidor demandante em detrimento do demandado proponente da cláusula contratual geral. Assim, uma determinada cláusula não declarada abusiva no âmbito da ação inibitória pode vir a ser considerada, em ação individual, contrária à boa fé[78].

Perante a questão de saber se uma cláusula contratual, declarada nula em anterior ação inibitória, pode vir a ser considerada válida no âmbito de contrato celebrado com um determinado consumidor, tendemos a defender a inadmissibilidade de o demandado, em ação individual posterior, ter

[74] Interessado é um terceiro que, não tendo intervindo na ação inibitória, tenha contratado ou venha a contratar com o demandado, desde que este inclua no respetivo contrato as cláusulas declaradas judicialmente proibidas ou outras que se lhe equiparem substancialmente (José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas contratuais gerais, DL n.º 446/85 – Anotado. Recolha Jurisprudencial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 388).

[75] A invocação da declaração de nulidade pelo interessado, na ação individual, não exige que no âmbito da ação inibitória ocorrida anteriormente tenha sido formulado o pedido de declaração incidental previsto no artigo 91.º, n.º 2, do CPC, pois tal iria fazer depender o novo demandante do comportamento dos intervenientes da ação inibitória. Através do n.º 2 do artigo 32.º do RJCCG o legislador pretendeu que a declaração incidental de nulidade fosse invocada por terceiros sem que esteja dotada de eficácia de caso julgado material (Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade*..., p. 281).

[76] José Manuel de Araújo Barros, *Cláusulas*..., p. 388.

[77] Estamos, pois, perante o caso julgado *secundum eventum litis*, pois o caso julgado favorável aproveita ao terceiro, mas o caso julgado desfavorável é-lhe inoponível (José Lebre de Freitas, "Os meios processuais à disposição dos pleitantes em sede de condições gerais dos contratos", *BMJ*, n.º 426, 1993, p. 10).

[78] "Esta desigualdade entre o consumidor e o proponente é ainda reforçada pela provável concordância da ação individual com a sentença de procedência proferida na ação inibitória" (Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade*..., p. 282).

a possibilidade de alegar e provar que a cláusula anteriormente declarada nula é válida num determinado contrato em concreto[79].

Quando haja receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis com o disposto no RJCCG, podem as entidades referidas no artigo 26.º requerer *provisoriamente* a sua proibição (artigos 31.º do RJCCG e 11.º, n.º 4, da LDC).

A proibição provisória segue, com as devidas adaptações, os termos fixados na lei processual para os *procedimentos cautelares não especificados* (artigos 362.º a 376.º do CPC). A remissão para a lei processual deve ser entendida "como uma remissão para a tramitação processual e não para os pressupostos da sua admissibilidade", estes já previstos no n.º 1 do artigo 26.º do RJCCG[80], normativo do qual deverá ser decalcada a legitimidade ativa[81].

Se o demandado, vencido na ação inibitória especial, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa *sanção pecuniária compulsória* que não pode ultrapassar o valor de 4.987,98€ por cada infração (artigos 33.º, n.º 1, do RJCCG[82]).

Também o n.º 2 do artigo 10.º da LDC consagra a possibilidade de a sentença proferida em ação inibitória (geral) poder ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil (CC)[83], sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

Esta sanção é aplicada pelo tribunal que apreciar a causa em 1.ª instância, a requerimento de quem se possa prevalecer da decisão proferida, devendo facultar-se ao infrator a oportunidade de ser previamente ouvido.

[79] Para maior desenvolvimento sobre esta questão, vide Margarida Paz, "Ações inibitórias e ações coletivas", *Estudos de direito do consumo*, coordenação geral: Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, Carlos Lacerda Barata, Lisboa: AAFDL Editora, 2017, pp. 439-440.

[80] Ana Prata, *Contratos de Adesão...*, p. 628.

[81] Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário...*, p. 368.

[82] Consideramos que o Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17-12, pretendeu alterar o n.º 1 do artigo 33.º e não o n.º 1 do artigo 32.º, como consta no texto do DR. Com efeito, o objetivo deste diploma legal foi a adaptação da legislação portuguesa à nova moeda do euro e, por lapso, foi indicado o artigo 32.º, onde originariamente, antes da alteração efetuada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, era regulada a matéria da "sanção pecuniária compulsória" (no mesmo sentido, Ana Filipa Morais Antunes, *Comentário...*, pp. 372-373).

[83] O regime da sanção pecuniária compulsória previsto na LDC remete, ao contrário do RJCCG que nada refere, para o artigo 829.º-A do CC (Júlio Almeida Costa, *Nótula sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais após a revisão do Diploma que instituiu a sua disciplina*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1997, pp. 22-23, n. 25).

O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao requerente e ao Estado.

De acordo com o artigo 30.º, n.º 2, do RJCCG, o vencido pode, a pedido do autor, ser condenado a dar *publicidade* à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine[84].

Por sua vez, o artigo 11.º, n.º 3, da LDC admite a *publicitação oficiosa no âmbito da ação inibitória*, parecendo instituir a obrigatoriedade de publicidade das decisões inibitórias de cláusulas contratuais gerais[85].

A publicidade das sentenças inibitórias tem como finalidade garantir que os consumidores tenham *conhecimento efetivo* das decisões que decretam a nulidade de cláusulas contratuais gerais, de forma a exercerem devidamente os seus direitos, efetuando um legítimo controlo das cláusulas inseridas no contrato individual e/ou intentando as ações individuais que forem necessárias para acautelar os seus direitos.

A publicitação prevista na LDC e no RJCCG, atentos os particulares contornos que assume no âmbito das ações inibitórias, pode igualmente constituir uma manifestação do princípio, constitucionalmente consagrado, do acesso ao direito e aos tribunais pelos consumidores[86].

[84] No acórdão do TRP de 16-5-2017 (Proc. 3230/16.0T8MAI.P1; disponível em http://www.dgsi.pt; consulta a 27-5-2022), após ter sido reiterado que, na ação inibitória prevista no regime das cláusulas contratuais gerais está em causa, não um controlo concreto de uma certa cláusula de um determinado contrato, mas um controlo abstrato sobre a cláusula para acautelar o risco de uma multiplicação não contrariada de cláusulas inválidas, concluiu pela adequação e necessidade da expansão do resultado da ação inibitória, exclusivamente direcionada para a proteção dos interesses difusos da generalidade dos consumidores/aderentes, que, por essa via, ficam a conhecer o resultado final da causa e o conteúdo dos seus direitos. No caso concreto, entendeu que "aceitar a dispensa da divulgação da sentença no *site* da ré quando esse é um mecanismo de forte divulgação dos produtos, suas promoções e venda, traduzir-se-ia em perverter a finalidade da norma e eximir a infratora dos deveres de difusão do efetivo conhecimento das cláusulas contratuais gerais abusivas". Sugerindo novas formas de publicação, cfr. Margarida Paz, "A publicitação das sentenças inibitórias de cláusulas contratuais gerais nulas como corolário do princípio da proteção do consumidor", *Revista do CEJ*, Coimbra: Almedina, 2013-I, pp. 52-55.

[85] Neste sentido, Ana Prata, *Contratos de Adesão...*, pp. 627-628.

[86] Para maior desenvolvimento sobre esta matéria, *vide* Margarida Paz, "Ações inibitórias...", pp. 442-444.

A ACÇÃO POPULAR ADMINISTRATIVA

Carla Amado Gomes*

Resumo: *O texto versa sobre a utilização do instituto da legitimidade popular junto dos tribunais administrativos. Trata-se de um instrumento de alargamento da legitimidade processual com vista à defesa de interesses difusos e de direitos individuais homogéneos. A sua aplicação no âmbito da jurisdição administrativa implica compreender de que forma a "relação de consumo" se entrelaça com a noção de "relação jurídica administrativa". Esse entrosamento tem consequências desde logo no plano do reconhecimento da competência material dos tribunais administrativos mas também no plano do concreto recorte de legitimidade (alargada) em que o autor está investido.*

Palavras-chave: *Legitimidade processual; acção popular; relação jurídica de consumo; relação jurídica administrativa*

Sumário: *0. Preliminares; 1. A legitimidade popular em matéria de (relações de) consumo; 2. A relação jurídica administrativa e a relação de consumo; 3. A aptidão das acções administrativas para a defesa do interesse difuso "qualidade e segurança de consumo de bens e serviços" e de direitos individuais homogéneos dos consumidores (no contexto de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas); 4. Notas conclusivas.*

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora Efectiva do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP). Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto).

0. Preliminares**

Numa obra extensa e omnicompreensiva como a presente, um capítulo sobre acção popular administrativa no plano do Direito do Consumo deve, naturalmente, circunscrever-se às particularidades adjectivas e remeter para capítulos anteriores certas pré-compreensões as quais, noutras circunstâncias, se imporia revisitar. Falo, a título de exemplo, de noções como as de 'consumidor'[1] ou 'relação de consumo'. A elas serão feitas referências apenas na medida da inteligibilidade do discurso, ressalvada alguma questão problemática que se afigure incontornável.

Dito isto, os aspectos que me parece indispensável abordar nas linhas que se seguem são os seguintes:

1. A acção popular administrativa não é um meio processual mas antes um mecanismo de extensão de legitimidade (activa[2]) que sustenta a repre-

** Abreviaturas: CPTA: Código do Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de Fevereiro, com última alteração pela Lei 118/2019, de 17 de Setembro); CRP: Constituição da República Portuguesa; ETAF: Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro, com última alteração pela Lei 114/2019, de 12 de Setembro); LAP: Lei da participação procedimental e da acção popular (Lei 83/95, de 31 de Agosto com última alteração pelo DL 214-G/2015, de 2 de Outubro); RCCG: Regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (DL 446/85, de 25 de Outubro, com última alteração pelo DL 109-G/2021, de 10 de Dezembro); LPC: Lei da protecção do consumidor (Lei 24/96, de 31 de Julho, com última alteração pelo DL 109-G/2021, de 10 de Dezembro).

[1] Sobre este ponto, veja-se Fernando Batista de Oliveira, Do conceito de consumidor: algumas questões e perspectivas de solução, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 8, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007, pp. 467 segs; José Engrácia Antunes, O conceito jurídico de consumidor, *in Revista de Direito Civil,* 2018/4, pp. 771 segs; e Jorge Morais de Carvalho, O conceito de consumidor no Direito português, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 14, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2018, pp. 185 segs.

[2] A legitimidade popular está claramente pensada para a activação da cidadania, direcionada que é, ou para a defesa de interesses difusos ou de direitos individuais homogéneos. A fórmula usada quer pelo CPC, quer pelo CPTA (artigos 31.º e 9.º, n.º 2, respectivamente) – "propor e intervir" – milita nesse sentido, sendo que o CPTA tem mesmo por epígrafe do artigo 9.º "legitimidade activa". Sem embargo de este ponto merecer maior desenvolvimento, diria ainda assim que, no caso da defesa de direitos individuais homogéneos, se poderá conceber, como assistentes da parte ré, a constituição de titulares destes direitos, uma vez que se trata de pretensões individualizadas e que aqueles podem ser vistos como titulares de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica depende da pretensão do assistido (cfr. o artigo 362.º, n.º 2 do CPC). Já não assim no caso de interesses difusos, dada a pulverização do interesse por uma miríade de sujeitos e a inexistência de "titularidade de uma relação jurídica" pelos autores populares neste contexto.

sentação, procedimental[3] e processual, sem mandato, em defesa de interesses difusos, direitos individuais homogéneos e interesses colectivos (cfr. o artigo 14.º da LAP). Cumpre aqui distinguir entre o interesse difuso 'qualidade e segurança de bens e serviços' ou 'qualidade de consumo' e os direitos individuais homogéneos emergentes de relações de consumo (que são direitos subjectivos)[4];

2. Por força do dualismo jurisdicional em que vivemos, a senha de entrada de qualquer acção na jurisdição administrativa é "relação jurídica administrativa" (cfr. os artigos 212.º, n.º 3 da CRP e 1.º, n.º 1 do ETAF), a qual tanto pode materializar-se através de uma actuação formalmente reconhecível como administrativa (acto, regulamento ou contrato) como, na ausência desta, entranhar-se numa acção ou omissão material de uma entidade que prossiga funções materialmente administrativas – situação particularmente relevante em sede de tutela jurisdicional de interesses difusos (cfr. a alínea k) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF). Interessa, portanto, perceber em que situações podem os tribunais administrativos exercer a sua competência judicativa, pergunta cuja resposta depende de uma qualificação do litígio como emergente de uma 'relação jurídica administrativa';

3. A jurisdição administrativa, quando competente, disponibiliza ao autor investido em legitimidade popular um conjunto de meios diferenciados, principais e acessórios, cuja aptidão para assegurar tutela efectiva nesta sede cumpre explicitar.

Tendo em mente estes aspectos, este texto vai desenvolver-se da seguinte forma:

1. A legitimidade popular em matéria de (relações de) consumo;

2. A relação jurídica administrativa e a relação de consumo;

3. A aptidão das acções administrativas para a defesa do interesse difuso "qualidade e segurança de consumo de bens e serviços" e de direitos indi-

[3] Porque do que se trata é de legitimidade alargada (ou popular), como já a renomeou Miguel Teixeira de Sousa (*A legitimidade popular na tutela de interesses difusos*, Lisboa: Lex, 2003), a sua extensão opera tanto no plano procedimental como processual (*vide*, de resto, o 'nome' da LAP). Neste Capítulo, dedicado ao acesso à justiça, não cabe a referência ao procedimento administrativo, cuja norma pivotal sobre legitimidade popular é o artigo 68.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo.

4 Quanto à figura dos "interesses colectivos" (interesses de classe cuja defesa através de associações representativas se justifica num quadro de relações de massa) e ao seu cabimento na LAP, veja-se o que escrevi no ponto 1. destes Preliminares..

viduais homogéneos dos consumidores (no contexto de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas);

4. Notas conclusivas.

1. A legitimidade popular em matéria de (relações de) consumo

O artigo 12.º, n.º 1 da LAP estabelece que a acção popular administrativa pode revestir qualquer das formas de processo previstas no CPTA. O artigo 14.º da mesma LAP esclarece que "o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa (...)". Destas duas disposições resulta muito claro que a "acção popular" não é uma acção, mas antes se prende com um dos pressupostos processuais a considerar no contencioso administrativo, a legitimidade activa. Em 3., darei alguns exemplos de pretensões deduzíveis junto dos tribunais administrativos no domínio em apreço; por ora, convém fixar terminologia, uma vez que há explicações divergentes sobre o(s) objecto(s) possíveis de acções movidas por autores populares.

Refira-se, desde logo, que a LAP não contempla uma única finalidade de utilização da legitimidade popular, porquanto se aplica quer a interesses difusos, quer a direitos individuais homogéneos[5]. Estas realidades, profundamente diversas na sua substância[6], aproximam-se (procedimental e) processualmente porque o legislador permite a defesa de ambos por representantes, sem mandato, de um universo alargado de pessoas. O factor distintivo reside na sua natureza: os interesses difusos são interesses de fruição de bens individualmente inapropriáveis, de utilidades indivisíveis, essencialmente comunitários[7]; os direitos individuais homogéneos são direitos subjectivos,

[5] Assinalando esta junção como geradora de dificuldades de tomo no tocante à utilização do instituto em razão da tendencial assimilação pela jurisprudência do interesse difuso pelo direito individual homogéneo, exigindo ao autor popular a alegação de uma "conexão diferenciada com o bem", Mário Aroso de Almeida, Sobre a legitimidade popular no contencioso administrativo português, *in CJA*, n.º 101 (Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira), 2013, pp. 50 segs, 53-54.

[6] Adoptando (embora de modo ambíguo: cfr., contrapostamente, pp. 21-22 e 121) uma postura unitária, de equiparação entre interesses difusos e direitos individuais homogéneos (antes da clarificação sofrida pelo artigo 19.º da LAP, em 2015), Miguel Teixeira de Sousa, *A legitimidade popular..., passim*.

[7] Nas palavras do STA, num acórdão recente, os interesses difusos "deverão ter um carácter comunitário, ou seja, um valor pluri-subjectivo e os interesses subjacentes devem assumir um cunho meta-individual" – Acórdão de 25 de Março de 2021, proc. 017/21.1BASLB.

que incidem sobre bens passíveis de apropriação e fruição individual, que se 'homogeneízam' por terem na sua base uma mesma fonte de risco.

Os interesses difusos têm a sua raiz no artigo 52.º, n.º 3 da CRP[8], ramificando-se depois para a LAP e para leis processuais (como o CPTA e o Código do Processo Civil). Conforme explica Soares Farinho, "são bens que a Constituição protege i) em razão da importância comunitária que lhes atribui e ii) pela sua aptidão para serem aproveitados por quaisquer sujeitos, de modo concorrente e não exclusivamente por um"[9]. Porque o corpo do n.º 3 fala em "indemnizações para o lesado ou lesados" – agregando subliminarmente direitos individuais homogéneos e interesses difusos, ainda que só os primeiros se reportem a "lesados"[10] –, bem como, nas suas duas alíneas, agrega bens corpóreos (dominiais) e incorpóreos (interesses difusos), a LAP assimilou esta miscelânea e resultou num diploma ambíguo, lançando obscuridade sobre cada uma das categorias.

O artigo 19.º, n.º 1 da LAP, em articulação com o artigo 15.º da mesma Lei, permite iluminar esta distinção com mais clareza: é cristalino que se trata de duas noções ontologicamente diversas, dado que é possível a um titular de direito individual homogéneo autoexcluir-se de uma demanda na qual estaria automaticamente representado; tal já não sucede, todavia, relativamente a uma acção para defesa de interesses difusos porque a indivisibilidade destes é incompatível com tal autoexclusão. Assim, o caso julgado favorável ao autor de uma demanda em defesa de direitos individuais homogéneos é extensível, salvo autoexclusão, a todos os que com ele comunguem da mesma finalidade de tutela (concretizada no mesmo pedido e na mesma causa de pedir); em contrapartida, o caso julgado favorável a um autor que aja em defesa de um interesse difuso é oponível *erga omnes* por natureza, irrelevando qualquer manifestação em contrário de qualquer sujeito.

[8] Sobre esta disposição vejam-se as anotações de Jorge Miranda e Pedro Machete (Constituição Portuguesa Anotada, I, coord. de Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1029 segs); e de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, pp. 696 segs.

[9] Domingos Soares Farinho, A legitimidade popular no contencioso administrativo português, *in Comentários à legislação processual administrativa,* I, coord. de Carla Amado Gomes, Ana F. Neves e Tiago Serrão, 5.ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 751 segs, 754.

[10] Assinalando a profusão de danos para que o corpo do n.º 3 remete, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, Anotação ao artigo 52.º, *in Constituição...*, *cit*., pp. 699-700.

Não sendo uma 'acção', a legitimidade popular traduz um conjunto de especialidades processuais que, com assento em vários dispositivos da LAP, se resumem a seis: i) um regime especial de indeferimento da petição inicial, com vista a desincentivar litigância não séria (artigo 13.º); ii) um regime especial de representação processual (artigo 14.º); iii) a possibilidade de o Ministério Público (doravante, MP) se substituir ao autor, em caso de desistência (nos termos do artigo 16.º); iv) poderes inquisitórios agravados conferidos ao julgador (artigo 17.º); v) um regime especial de eficácia dos recursos, podendo o juiz determinar o efeito suspensivo quando isso não decorra da lei processual, a fim de evitar danos de difícil ou impossível reparação (artigo 18.º); vi) um regime especial de isenção de pagamento de taxa de justiça inicial e de cálculo de custas (artigo 4.º do Regulamento de Custas Processuais[11]: DL 34/2008, de 28 de Fevereiro, com última alteração pela Lei 9/2022, de 11 de Janeiro). Repare-se que, de uma banda, deixei de lado destas especialidades "gerais" os artigos 15.º e 19.º, pelas razões que explicitei nos parágrafos anteriores; de outra banda, assinalo que a possibilidade de substituição do autor da causa pelo MP é admissível nos termos da legislação processual administrativa, para as acções impugnatórias (cfr. o artigo 62.º do CPTA), por estar em causa a defesa da legalidade objectiva – e creio que esta substituição só faz sentido para as acções dirigidas à defesa de interesses difusos, não para as direccionadas à tutela de direitos individuais homogéneos, que não envolvem interesses ontologicamente meta-individuais[12]; finalmente, a mesma reserva manifesto relativamente às especialidades referidas em iv) e vi), que se justificam em face de interesses difusos mas já não no plano dos direitos individuais homogéneos.

Misteriosa é uma terceira categoria, introduzida pela LPC em 1996 e acolhida pela Constituição, na sequência da revisão constitucional de 1997, no segmento final do n.º 3 do artigo 60.º[13]: os 'interesses colectivos'[14]. Esta

[11] Esta disposição revogou tacitamente os artigos 20.º e 21.º da LAP – para uma explicação desenvolvida, veja-se José Duarte Coimbra, Contencioso Ambiental, *in Tratado de Direito do Ambiente*, I, coord. de Carla Amado Gomes e Heloísa Oliveira, 2.ª ed., Lisboa: CIDP/ICJP, 2022, pp. 606 segs, 666-667, nota 111.

[12] Neste sentido, também José Duarte Coimbra, Contencioso Ambiental, *cit.*, p. 667.

[13] Sobre esta disposição, vejam-se as anotações de Jorge Miranda (Constituição Portuguesa Anotada, *cit.*, pp. 1169 segs), e de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, *cit.*, pp. 778 segs).

[14] O segmento aditado ao n.º 3 corresponde à parte final: "... sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos". A legitimidade é reconhecida às associações de consumidores e cooperativas de consumo.

noção destaca-se das duas anteriores pois, por um lado, a Constituição considera-a alternativa a 'interesses difusos' e, por outro lado, a LPC distingue entre 'interesses e direitos individuais homogéneos', 'interesses colectivos' e 'interesses difusos' [cfr. os artigos 3.º, alínea f); 13.º, alínea c); 20.º; 21.º, alínea c)]. Acresce que a LPC entrega, no artigo 13.º, ao MP e à Direcção-Geral do Consumidor (doravante, DGC) a legitimidade para mover acções inibitórias e reparatórias de "interesses individuais homogéneos, colectivos ou difusos", numa alínea diversa [c)] daquela na qual reconhece legitimidade a consumidores não directamente lesados e a associações de defesa do consumidor [b)]. Esta distinção pode querer significar uma de duas coisas: numa primeira hipótese, que o controlo exercido por MP e DGC, embora incidindo sobre realidades compreendidas na LAP, se funda numa competência funcional de controlo da legalidade objectiva, e por isso merece destaque[15]; numa segunda hipótese, que as posições jurídicas cobertas pela LAP não contemplam os 'interesses colectivos' e daí que o legislador da LPC tenha sentido necessidade de explicitar a sua existência e de entregar a sua defesa a duas entidades concretamente identificadas.

[15] Sublinhe-se que, na versão inicial da LAP, o MP merecia apenas uma referência no plano da intervenção puramente substitutiva do autor, em caso de desistência da lide — isto claro, porque já detinha a competência funcional de desencadear quaisquer acções para defesa da legalidade. No plano da defesa de interesses difusos (que é aquele em que essa actuação faz sentido), essa "lacuna" foi rapidamente colmatada pelo Código de Processo Civil (de 1961), na revisão operada em 1995 (pelo DL 329-A/95, de 12 de Dezembro), que introduziu o artigo 26.º-A, com a epígrafe "Acções para a tutela de interesses difusos" e a seguinte redacção:
"Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente e da qualidade de vida e do património cultural, o Ministério Público, as associações de defesa dos interesses em causa e qualquer cidadão, nos termos previstos no diploma regulador do exercício do direito de acção popular".
A redacção actual, decorrente da entrada em vigor de um novo Código do Processo Civil em 2013, está consignada no artigo 31.º, com a mesma epígrafe do artigo 26.º-A mas com um teor sensivelmente diferente, destacando-se, no seio deste texto, a introdução da referência ao consumo de bens e serviços:
"Têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei".

Julgo que a segunda hipótese é a que melhor se coaduna com uma leitura coordenada dos artigos 26.º do RCCG (que antecedeu LAP, LPC e n.º 3 do artigo 60.º da Constituição, na versão de 1997 – recorde-se que o RCCG é de 1985[16]), e 13.º, alínea c) da LPC. Transcrevo o artigo 26.º do RCCG para melhor compreensão da autonomia do conceito de interesse / direito colectivo em face das duas figuras acolhidas na LAP:

> *"Artigo 26.º (Legitimidade activa)*
>
> *1 – A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada:*
>
> *a) Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;*
>
> *b) Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições;*
>
> *c) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando o entenda, mediante solicitação de qualquer interessado.*
>
> *2 – As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada".*

Do n.º 2 resulta inequivocamente que o direito à protecção contra práticas abusivas *traduzidas em cláusulas contratuais gerais*, no contexto das relações de consumo, é um direito colectivo – um direito pertencente *em conjunto* aos consumidores –, cuja tutela cabe tanto a entidades que tenham por missão representar os consumidores, como a entidades que visem a defesa da legalidade objectiva, podendo ambas formular pedidos inibitórios com carácter *erga omnes*. Desta disposição decorre também que tais entidades actuam, nessa sede, *em nome próprio na defesa de interesses alheios*, o que não é conforme com a técnica de representação para que aponta o artigo 14.º da LAP[17] – logo, tratar-se-á forçosamente de uma situação diversa, que não é tutelável através da legitimidade popular. Repare-se que isto não significa que ao consumidor isolado esteja vedado pedir a declaração de nulidade de cláusula inserida em contrato *a que tenha aderido*, mas sim que um pedido

[16] Refira-se apenas que em 1985 era o artigo 25.º – passou a 26.º na sequência da alteração de 1995 (DL 220/95, de 31 de Agosto).

[17] Admitindo que na LAP cabe a defesa de direitos colectivos, cfr. o Acórdão da Relação de Lisboa de 24 de Novembro de 2020, proc. 7692/20.2T8LSB-A.L1-7 .

inibitório, preventivo ou repressivo do uso de uma determinada cláusula destinada a uma *utilização massiva* por determinado agente económico, deve ser formulado por entidades com representatividade ampla ou com competência funcional de fiscalização da legalidade, a fim de que o caso julgado seja dotado da maior eficácia possível.

Trata-se de uma opção justificada mais por razões técnicas do que ontológicas. Ressalte-se que através da utilização de uma cláusula abusiva pode estar a perpetrar-se a violação tanto de um *direito subjectivo* do consumidor, como de direitos à protecção de um conjunto mais ou menos amplo de consumidores (do mesmo produto ou serviço) contra cláusulas desse tipo (ou seja, *direitos individuais homogéneos*) como, enfim, do *interesse difuso* da qualidade do consumo (na vertente da segurança jurídica e da protecção da confiança dos consumidores). Na dimensão da erradicação preventiva de cláusulas abusivas, dado o efeito *erga omnes* que a sentença deve ter, é recomendável que o "gatilho" não possa ser premido por actores pulverizados, mas antes por um conjunto de sujeitos dotados ou de representatividade, ou de competências funcionais que justifiquem tal poder. Um paralelo possível da aferição do fundamento técnico desta escolha pode ser encontrado no artigo 73.º, n.º 3, alínea b) do CPTA, em sede de contencioso de normas, uma vez que esta norma reserva ao MP a competência funcional/legitimidade para requerer a declaração de ilegalidade, com força obrigatória geral, de normas não imediatamente exequíveis – ao contrário do que sucede no plano de normas imediatamente exequíveis, no âmbito de cuja impugnação os actores populares têm legitimidade a par do MP (cfr. o artigo 73.º, n.º 1 do CPTA).

Isto significa – se a minha leitura estiver correcta – que o direito/interesse colectivo pode conter tanto um feixe de direitos individuais homogéneos como traduzir um interesse difuso. E na verdade quer as acções para defesa dos primeiros, quer as dirigidas à tutela dos segundos englobam realidades relativas a um conjunto amplo de sujeitos – os primeiros, em razão da fonte da ameaça ou ofensa; os segundos, por relação com o bem jurídico de fruição colectiva que está em jogo. Porém, esta leitura esvazia o conceito de utilidade, porque não acrescenta nada às categorias que lhe estão na base. A noção de "interesses/direitos colectivos" só ganha sentido autónomo se for encarada como uma técnica processual justificada em nome da eficácia da tutela e da prevenção da insegurança jurídica no mercado.

Assim sendo, a figura dos direitos/interesses colectivos tal como a desenhou o legislador português – ou seja, compreendida na acepção de direi-

tos de uma categoria de pessoas, que a todas respeitam em razão da sua especial vulnerabilidade e cujo exercício conjunto é condição intrínseca da sua eficácia em face de agentes de mercado poderosos –, está fora do âmbito da legitimidade popular, uma vez que esta figura abrange ou direitos subjectivos homogeneizados pela submissão a uma mesma ameaça (material ou jurídica), ou interesses difusos relativos a bens de fruição colectiva que qualquer cidadão pode defender em nome da comunidade que integra, de forma puramente altruísta. Só relativamente a estas duas realidades se justifica a formulação do artigo 14.º da LAP – pelo que só estas devem ser consideradas na economia deste texto.

2. A relação jurídica administrativa e a relação de consumo

Estabelecido que está o âmbito funcional em que opera a legitimidade popular, nos termos da LAP, no contencioso administrativo, há que dar um passo atrás antes de avançar para descortinar que entidades podem ver-se investidas nos papeis de autor e, sobretudo, de réus. Isto porque, em virtude do dualismo jurisdicional que se vive em Portugal, o acesso à justiça administrativa é 'filtrado' pela noção de 'relação jurídica administrativa', desde logo por força da CRP (artigo 212.º, n.º 3) mas também do artigo 1.º, n.º 1 do ETAF. Trata-se de uma fórmula da máxima importância, que define o âmbito de competência material dos tribunais administrativos, cuja inobservância determina incompetência material do tribunal (com os efeitos prescritos no artigo 14.º, n.º 2 do CPTA) e cujas dúvidas de qualificação devem ser dilucidadas pelo Tribunal de Conflitos (nos termos da Lei 91/2019, de 14 de Setembro: Regime de prevenção e resolução dos conflitos de jurisdição entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos e fiscais).

No contexto desta obra, é de realçar dois aspectos verdadeiramente decisivos para a delimitação do conjunto de iniciativas processuais viáveis, promovidas por autores investidos em legitimidade popular nos termos da LAP, junto dos tribunais administrativos: por um lado, o facto de os litígios emergentes de relações de consumo decorrentes de contratos de fornecimento de serviços (essenciais) por entidades públicas não caberem à jurisdição administrativa (***a.***) e, por outro lado, a circunstância de a defesa do interesse difuso 'qualidade e segurança do consumo de bens e serviços'– a entender-se ser passível de tutela junto dos tribunais administrativos – só se afigurar viável contra entidades públicas ou que exerçam funções materialmente administrativas, de prestação ou de fiscalização (***b.***). Passo a desenvolver um pouco mais estas duas ideias.

a. A primeira questão prende-se com a desqualificação da relação de consumo como uma relação jurídica administrativa, mesmo que titulada, do lado do prestador, por uma entidade pública. O problema foi por diversas vezes submetido ao Tribunal dos Conflitos, mormente em virtude de litígios emergentes de contratos de fornecimento de água, nos quais o fornecedor é uma entidade pública (*maxime*, um município)[18]. Repare-se, de uma banda e numa perspectiva adjectiva, que a alínea *e)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF submete aos tribunais administrativos os litígios que emerjam dos contratos cujas "entidades adjudicantes" o sejam nos termos do Código dos Contratos Públicos e, de outra banda, numa perspectiva substantiva, o artigo 8.º do Código dos Contratos Públicos apenas qualifica como entidades adjudicantes as que actuem no sector especial da água[19], quando os contratos por si celebrados sejam por vontade das partes qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público.

Uma vez que tais contratos só excepcionalmente – se as partes assim o determinarem[20] – se instalam num quadro de Direito público, o Tribunal dos Conflitos considerou que não são "atingido[s] por uma regulação de direito público". Essa tese, não consensual[21], é suportada pela abordagem

[18] Cfr. os termos da controvérsia em Carla Amado Gomes, Da essencial privaticidade do contrato de fornecimento de água: nem tudo o que parece execução coerciva o é..., Anotação ao Acórdão do TCA-Sul de 4 de Maio de 2017 (proc. 799/16.2BEAL), in *CJA*, n.º 126, 2017, pp. 42 segs.

[19] E também da energia, transportes e serviços postais.

[20] Veja-se, por exemplo, o caso apreciado pelo Tribunal dos Conflitos no proc. 027/12, em Acórdão de 21 de Fevereiro de 2013, envolvendo um contrato de prestação de serviços entre uma sociedade anónima com capital exclusivamente municipal e uma empresa organizadora de eventos, que as partes optaram por submeter a um regime substantivo de direito público.

[21] A tese é apoiada por Carlos Ferreira de Almeida, Serviços Públicos, Contratos Privados, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, coord. de Rui Moura Ramos, Coimbra, 2002, pp. 117 e segs., pp. 122-123, mas é objecto de diferente leitura por Joana Catarina Neto dos Anjos [Litígios entre as concessionárias do serviço público de abastecimento de água e os consumidores. Questão da jurisdição competente, in *Revista do CEDIPRE online*, n.º 24 (2014), pp. 7 e segs. (disponível em *https://www.cedipre.fd.uc.pt/publicacoes/online/public_24.pdf*), p. 25], que propende para a qualificação da relação jurídica de prestação de serviços essenciais como mista. Numa perspectiva ainda mais distante, veja-se Pedro Escribano Collado (El usuário ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situacion jurídica, in *Revista de Administración Publica*, n.º 82, 1997, pp. 113 e segs., p. 151 – disponível em *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1097916.pdf*) –, que entende que a relação entre fornecedor e consumidor é de Direito público.

veiculada pela Lei 23/96, de 26 de Julho (Lei dos serviços públicos, com última alteração pela Lei 51/2019, de 29 de Julho), no âmbito da qual são impostos determinados deveres aos fornecedores públicos, imposição decorrente da ambiência de direito privado[22]. Com efeito, o *princípio da neutralidade* justifica a acentuação da natureza privada destes contratos numa lógica de protecção da parte mais vulnerável: o consumidor[23].

A lógica de exclusão das relações de consumo como incaracterísticas para o Direito público – ou seja, não envolvendo nem qualquer especial ligação com o exercício de poderes de autoridade, nem a necessidade de recurso a uma regulação jusadministrativa – levou a que, em 2019, o ETAF sofresse uma alteração precisamente no sentido de afastar o contencioso emergente da prestação de serviços essenciais da jurisdição administrativa. Assim, a alínea e) do n.º 4 do artigo 4.º do ETAF pôs fim a um estado de incerteza neste contexto, suprimindo os litígios emergentes das relações jurídicas de consumo relativas a bens essenciais estabelecidas por vínculo contratual de Direito privado entre pessoas singulares e colectivas da apreciação dos tribunais administrativos.

Tenha-se ainda em mente, porém, que nos termos do artigo 2.º, n.º 2 da LDC, os "bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos" devem considerar-se passíveis de integrar relações jurídicas de consumo, desde que a entidade prestadora "exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios" (artigo 1.º, n.º 1 da LDC). Ou seja, há mais bens e serviços fornecidos/prestados por entidades públicas para além dos "essenciais", mas a tese que suporta a alteração do ETAF deve valer sempre que a relação for titulada por um contrato de Direito privado. Isto, claro, para além de a qualificação da actividade de prestação de bens e serviços ser reconduzível a "económica", operação que relativamente à função jurisdicional já foi expressamente afastada[24].

[22] Sobre este ponto, veja-se António Pinto Monteiro, A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000, pp. 333 segs.

[23] Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, Serviços Públicos..., *cit., loc. cit.*

[24] Cfr. o Acórdão do TCA-Sul de 4 de Dezembro de 2014, proc. 11155/14.

Repare-se, no entanto, que esta leitura não afasta os utentes de serviços, essenciais e não essenciais, da possibilidade de recurso à justiça administrativa quando pretenderem sindicar a qualidade do serviço prestado por confronto com o contrato (de Direito público) que suporte tal prestação, nos termos do artigo 77.º-A do CPTA – tanto no plano da legitimidade individual como popular (cfr. as alíneas b) e d) do n.º 3)[25]. Aí chegados, cumprirá ainda determinar, quanto ao âmbito de aplicação da alínea d) do mesmo preceito (que remete para o artigo 9.º, n.º 2 do CPTA), se a 'qualidade do consumo de bens e serviços' constitui um interesse difuso defensável junto dos tribunais administrativos – voltarei a este ponto *infra* (***b.***) –, através de uma acção movida por autores populares. Já quanto à alínea b), que atribui legitimidade para apresentar pedidos relativos à execução de contratos públicos às "pessoas singulares e coletivas portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas", é concebível a utilização da legitimidade popular reportada a uma acção para defesa de direitos individuais homogéneos titulados por um conjunto de consumidores/utentes, nos termos da LAP, na dimensão de tutela dessas posições jurídicas, como expliquei *supra*.

Uma questão que também pode ser configurada como um litígio emergente de uma relação de consumo é a da responsabilidade civil. Aí, estar-se-á tendencialmente no âmbito da responsabilidade contratual, de Direito público ou de Direito privado, consoante a natureza do vínculo invocado[26].

[25] Do mesmo jeito e a título preventivo, sindicando a validade do contrato, os mesmos sujeitos podem apresentar acções nos termos do n.º 1, alíneas g) e h) do artigo 77.º-A do CPTA.

[26] Cfr., não obstante, o Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 22 de Abril de 2009, proc. 04/09, no qual se avaliou a jurisdição competente para determinar a indemnização por morte de um cidadão que ingeriu arsénio na água fornecida por um município, supostamente potável e saudável. O Tribunal começou por afirmar que haveria um cúmulo de títulos de imputação – contratual e extracontratual – e que caberia ao autor escolher tendo em conta o regime que considerasse mais favorável. Tratando-se da violação de um direito absoluto, haveria responsabilidade delitual pública inquestionável, o que justificaria a intervenção dos tribunais administrativos. E mesmo que assim não fosse, o contrato de fornecimento estaria conformado por normas de Direito público relativas à salvaguarda da saúde pública, o que tornaria o pedido sindicável, a título de responsabilidade contratual, no âmbito de um contrato regido pelo Direito Administrativo.
Julgo que o Tribunal esteve bem quando apontou uma dupla (alternativa) natureza do vínculo indemnizatório, em razão da violação de direitos de personalidade; todavia, optando pela via da responsabilidade contratual, esta deverá seguir a da natureza privada do contrato, nomeadamente em termos de apresentação da acção de efectivação junto de um

O artigo 77.º-A do CPTA, nas alíneas b) e c) do seu n.º 3, já identificadas, pode ser o sustentáculo de acções de efectivação da responsabilidade contratual pública, em sede de execução do contrato, movidas contra o prestador do serviço, nos termos referidos no tocante à alínea b), mas com sérias dúvidas relativamente à alínea c). As dúvidas prendem-se, por um lado, com a questão de saber se a "qualidade de bens e serviços" é um interesse difuso tutelável pelos tribunais administrativos (ponto a desenvolver *infra*) mas sobretudo, e por outro lado, com o destino de indemnizações obtidas por autores populares em defesa de interesses difusos, as quais deverão reverter para fundos afectos à promoção dos interesses em causa – os quais, ressalvados os casos do ambiente[27] e do património cultural[28], inexistem.

Restarão ainda outras fontes geradoras de responsabilidade, extracontratual, dado que os danos causados pelo prestador do serviço podem não ter a sua origem na inobservância de cláusulas disciplinadoras da execução de um contrato público mas antes na violação de deveres de protecção de carácter geral. Pense-se na queda de dezenas de pessoas de uma bancada mal instalada por uma empresa municipal organizadora de eventos, ou num choque em cadeia decorrente de obras mal sinalizadas numa autoestrada concessionada[29]. Também aí a legitimidade popular para defesa de direitos individuais homogéneos à reparação dos danos emergentes da mesma fonte de risco pode suportar acções de efectivação da responsabilidade civil extracontratual junto dos tribunais administrativos (suportadas pelo regime

tribunal comum. Ou seja, seguindo o trilho da responsabilidade extracontratual, o regime seria o aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Janeiro, e a jurisdição competente, a administrativa; abraçando a escolha da responsabilidade contratual, o regime seria o do Código Civil e os tribunais competentes, os comuns.

[27] Cfr. o DL 42-A/2016, de 12 de Agosto (com última alteração pelo DL 114/2021, de 15 de Dezembro), que cria o Fundo Ambiental. Note-se, todavia, que o regime de prevenção e reparação do dano ecológico, estabelecido no DL 147/2008, de 29 de Julho (com última alteração pelo DL 13/2016, de 9 de Março), descarta a possibilidade de compensação pecuniária na sequência de danos ao ambiente, o que agrava o problema no tocante a petições indemnizatórias por lesão a este bem jurídico. Sobre este ponto, veja-se Carla Amado Gomes, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 5.ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2022, pp. 322-323.

[28] Cfr. o DL 138/2009, de 15 de Junho (com última alteração pelo DL 84-F/2022, de 16 de Dezembro), que cria o Fundo de salvaguarda do património cultural.

[29] Esta é uma matéria que tem dividido os tribunais, como se pode ver confrontando o Acórdão do STA de 30 de Maio de 2013 (proc. 017/13), propugnando a via extracontratual, e o Acórdão do Tribunal de Conflitos de 18 de Dezembro de 2013 (proc. 028/13), defendendo a via contratual.

aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Janeiro), uma vez que estaremos inquestionavelmente diante de relações jurídicas administrativas[30].

Uma última nota, remissiva, para referir que, além das acções em sede de execução de contrato (promovidas pelos autores a que se reportam as alíneas b) e d) do n.º 3 do artigo 77.º-A do CPTA) e das acções de efectivação da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, por danos causados no âmbito de uma relação de consumo estabelecida com entidades que desenvolvem funções ao abrigo do Direito Administrativo, resta ainda uma fatia importante de contencioso, entregue primacialmente às associações de defesa do consumidor mas também aos consumidores em geral (dada a abrangência do instituto da legitimidade popular para defesa de interesses difusos no nosso sistema), no tocante à sindicância de acções e omissões relacionadas com a segurança e a qualidade dos bens e serviços fornecidos por entidades públicas ou equiparadas (*maxime*, concessionários), reguladores incluídos. Avaliar a viabilidade destas acções passa, contudo, por averiguar se o interesse difuso "segurança e a qualidade dos bens e serviços" é tutelável na jurisdição administrativa, questão que abordarei em seguida.

b. Depois de feito o recorte, negativo e positivo, das relações de consumo que podem ser objecto de sindicância, através da legitimidade popular e segundo o regime da LAP, no contencioso administrativo, o segundo ponto a analisar – o da possibilidade de defesa do interesse difuso "qualidade e segurança de consumo de bens e serviços", e contra quem – entronca na alínea k) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF, cujo teor reproduzo:

> *"1. Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a:*
>
> *(...)*
>
> *k) Prevenção, cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos, em matéria de saúde pública, habitação, educação, ambiente,*

[30] Estando em causa a efectivação de responsabilidade por violação de direitos individuais homogéneos, a via da coligação pode ser identicamente adoptada, aí com múltiplos sujeitos associados na mesma acção. A vantagem da via da legitimação popular de um representante com poderes de representação atípicos de um universo de sujeitos expostos à mesma fonte de risco/lesão reside em que o caso julgado favorável prolatado nesta acção pode ver os seus efeitos estendidos a todos os sujeitos que se não autoexcluíram, enquanto que, na hipótese da coligação, o caso julgado não tem esta elasticidade, aplicando-se apenas aos autores identificados nos autos.

ordenamento do território, urbanismo, qualidade de vida, património cultural e bens do Estado, quando cometidas por entidades públicas"

Lendo esta alínea, uma dúvida imediatamente se instala, dado que inexiste referência à qualidade e segurança de consumo de bens e serviços como interesse difuso entregue à tutela dos tribunais administrativos. A mesma ausência se verifica no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA, relativo à legitimidade popular e pública. Em contrapartida, o artigo 68.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo admite aos autores populares legitimidade para a tutela do interesse difuso "consumo de bens e serviços" no procedimento administrativo[31]. E a LAP, por seu turno, elenca como interesses difusos, "designadamente", "a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público" (cfr. o artigo 1.º, n.º 1). O que concluir destas dissonâncias?

Deve assinalar-se que a técnica de identificação dos interesses difusos nos vários diplomas em que surgem referenciados não é propriamente exemplar – a título de exemplo, diga-se que o elenco do ETAF é diferente do do CPTA; que ambos se afastam do universo delineado no Código do Procedimento Administrativo; que nenhum destes diplomas traduz com fidelidade as menções da LAP nem da CRP... Enfim, esta errância é simultaneamente causa e efeito da abertura induzida pelo legislador com a utilização do advérbio "designadamente", abertura forçosamente geradora de alguma insegurança jurídica. O STA pronunciou-se recentemente no sentido de que o elenco de interesses difusos é aberto[32] (no Acórdão de 29 de Julho de 2020, proc. 055/20.1BALSM), mas isso não ajuda a decidir a questão da confiança do interesse difuso "qualidade e segurança de consumo de bens e serviços" à sindicância da jurisdição administrativa.

Julgo que se deve entender, apesar dos sinais contraditórios, que os tribunais administrativos se podem ocupar da tutela do interesse difuso "segurança e qualidade do consumo" a par daqueles que constam da alínea k) citada. Isto porque a inclusão do tema no artigo 68.º, n.º 3 do Código do

[31] Refira-se que o CPA anterior (de 1991/92) não incluía esta referência no então artigo 53.º.

[32] Neste sentido, também Domingos Soares Farinho, A legitimidade popular..., *cit.*, p. 759; José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, Anotação ao artigo 52.º, *cit.*, p. 700; Jorge Miranda e Pedro Machete, Anotação ao artigo 52.º, *cit.*, p. 1033. No sentido da cláusula fechada, José Manuel Sérvulo Correia, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa: Lex, 2005, p. 666.

Procedimento Administrativo, em 2015, a título de interesse defensável no procedimento por autores investidos em legitimidade popular, aponta para que a prossecução dessa tutela na via judicial, caso haja necessidade, se faça junto dos tribunais administrativos.

Deve salientar-se que a jurisprudência administrativa, perante um recurso cada vez mais intenso às "acções populares", tem-se preocupado em frisar que cabe ao autor popular alegar caracterizadamente o interesse que se encontra a defender, sobretudo para distinguir a utilização da legitimidade popular em sede de controlo da legalidade de deliberações de órgãos das autarquias locais (possível nos termos dos artigos 55.º, n.º 2 e 73.º, n.º 1, alínea d) do CPTA) da legitimidade popular para tutela de interesses difusos[33], no plano da LAP[34]. Constituindo o interesse difuso um inte-

[33] A distinção é, na prática, mais relevante em face do direito de sindicar a legalidade objectiva uma vez que esta possibilidade, ao contrário da legitimidade popular, é muito mais restrita. Veja-se, no entanto, a decisão prolatada pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 24 de Novembro de 2020, *cit.*, no qual dois advogados apresentaram uma providência cautelar contra uma empresa de telecomunicações no sentido de a inibir de cobrar determinadas quantias por certos serviços a consumidores que não consentiram expressamente nessa cobrança, arvorando-se em autores populares em defesa de interesses difusos. O Tribunal recusou qualificar os interesses defendidos como difusos uma vez que se não trataria "de um conjunto de interesses materiais solidariamente comuns aos membros de uma comunidade e cuja titularidade se mostra indivisível através de um processo de apropriação individual; est[ariam] em causa, à luz do pedido formulado no requerimento inicial e da causa de pedir que lhe subjaz, não interesses difusos, mas direitos ou interesses individuais, pertencentes a alguns titulares".
Julgo que esta decisão não terá sido a mais acertada uma vez que, mesmo admitindo que se estaria a falar de direitos individuais homogéneos e não de um interesse difuso à segurança na contratação de serviços de telecomunicações (o que me parece admissível), tais direitos são perfeitamente defensáveis através da LAP, na modalidade a que se reporta o artigo 15.º. O facto de haver clientes que aceitaram a cobrança não obsta à admissibilidade do pedido, uma vez que estes não têm interesses contrapostos aos autores populares. E mesmo que os haja, o mecanismo da autoexclusão permite que a acção prossiga sem risco de defesa de posições idênticas através de uma estratégia própria. Assim, bastaria ao Tribunal ter procedido a uma requalificação da noção avançada pelos autores, ao abrigo do princípio *iura novit curia*, e apreciado a prática descrita; caso entendesse procedente o pedido, naturalmente a inibição só valeria para os consumidores que não houvessem consentido expressamente em tal cobrança.
Com terminologia algo desconcertante mas veiculando uma decisão mais adequada numa situação idêntica (análise de uma prática bancária de cobrança de prestações de empréstimos bancários para habitação), veja-se o Acórdão do STJ de 8 de Setembro de 2016, proc. 7617/15.7TbPRT.S1.

[34] Cfr. o Acórdão do STA de 24 de Junho de 2021, proc. 059/20.4BEPDL.

resse substancial cuja fruição está pulverizada por toda a colectividade, é necessário ao autor popular demonstrar a ameaça ou a lesão da integridade daquele, e não (apenas) a violação do bloco de legalidade[35]. Em bom rigor, verifica-se aqui uma diluição de uma condição de admissibilidade da acção numa condição de procedibilidade, no que constitui um método de contenção da generosidade com que é atribuída a legitimidade popular para defesa de interesses difusos no nosso sistema e que justifica a solução especialmente drástica do artigo 13.º da LAP[36].

Por outras palavras, admitindo-se que a tutela do interesse uso "qualidade e segurança de consumo de bens e serviços" pode suportar a apresentação de acções de autores populares, nos termos da LAP, junto dos tribunais administrativos, a procedibilidade de tais acções implica a demonstração, pelo autor popular – que na LAP corresponde a um universo amplíssimo de sujeitos, sobretudo singulares (qualquer cidadão[37]) –, de

[35] Por outras palavras, o risco ou lesão de um interesse difuso envolve mais do que a mera demonstração de violação de um comando legal, enquanto a inobservância deste constitui, por si só e independentemente de dano para alguém, condição de mobilização de acções impugnatórias. O exemplo da protecção do ambiente é paradigmático: não basta invocar, por exemplo, a preterição de avaliação de impacto ambiental, quando exigível, para fundamentar um pedido de um autor popular em defesa do ambiente (já seria suficiente, contudo, para o MP), nos termos da LAP; cumpre ainda caracterizar (pelo menos) o risco desta preterição para a integridade/qualidade dos componentes ambientais naturais. Assinalando a necessidade de caracterização de ilegalidade + lesividade em caso de defesa de interesses metaindividuais materialmente qualificados, José Manuel Sérvulo Correia, *Direito...*, *cit.*, p. 650.

[36] Cfr. por exemplo, o Acórdão do TCA-Sul de 23 de Janeiro de 2014, proc. 10452/13 ("Não se mostrando caracterizada a defesa de interesses de toda a comunidade, por nada ser dito sobre o modo como a alegada violação do interesse urbanístico se projecta nos demais cidadãos ou o modo como é a colectividade afectada pela alegada ilegalidade urbanística, não se mostra sustentada a qualidade de que os autores se arrogam, de serem autores populares").

[37] A LAP refere que o cidadão deve estar "no gozo dos seus direitos civis e políticos", mas esta condição só deve relevar para o exercício da acção popular local (prevista nos artigos 55.º, n.º 2 e 73.º, n.º 1, alínea c) do CPTA), uma vez que só aí se confronta a actuação dos eleitos perante os eleitores. No campo dos interesses difusos, dada a sua pulverização pela colectividade, essa condição deve ser descartada. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, veja-se Carla Amado Gomes, D. Quixote, cidadão do mundo: da *apoliticidade* da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais, Anotação ao Acórdão do STA, I, de 13 de Janeiro de 2005, *in CJA*, n.º 53, 2005, pp. 46 segs. Neste sentido, também Domingos Soares Farinho, A legitimidade popular..., *cit.*, p. 759, enfatizando que a legitimidade popular é uma forma de participação cívica (*uti cives*), e não – no sentido que o artigo 15.º da CRP indica – política; e Mário Aroso de Almeida, Sobre a legitimidade popular..., *cit.*, p. 51.

que existe um risco ou uma lesão efectiva da qualidade e/ou do consumo de bens e/ou serviços decorrente de uma violação imputável a entidades públicas. Não basta, portanto, a alegação abstracta de lesão, há que configurar um risco ou um dano actual cuja origem se possa, em tese, radicar na acção ou omissão de uma entidade pública.

A este propósito, cumpre ressaltar três pontos ligados à interpretação da alínea k) citada: i) a "violação" pode ser por acção e por omissão; ii) a "violação" pode reportar-se à inobservância de normas jurídicas, de normas técnicas ou de cuidado – ou seja, podem estar em causa acções e omissões jurídicas e materiais; e iii) as entidades públicas são pessoas colectivas que prossigam a função administrativa, directamente ou através de vínculo de colaboração com a Administração. Assim, tanto pode tratar-se da ausência de sinalização das prioridades de cedência de lugar em veículos de uma empresa municipal de transporte, como da adopção de práticas discriminatórias de regulação do acesso a determinados eventos organizados por empresas municipais; tanto pode envolver a sindicância de actuações do prestador do serviço, como a promoção de acções de fiscalização (por exemplo, do contraente público relativamente ao privado que executa o contrato) ou de regulação (por parte da autoridade reguladora relativamente aos regulados).

3. A aptidão das acções administrativas para a defesa do interesse difuso "qualidade e segurança de consumo de bens e serviços" e de direitos individuais homogéneos dos consumidores e interesses dos consumidores (no contexto de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas)

É no artigo 37.º do CPTA que encontramos uma lista, não exaustiva, dos pedidos passíveis de ser deduzidos através de acções administrativas não urgentes. A estes pedidos, principais, podem associar-se providências cautelares, nominadas e inominadas cujo elenco, também exemplificativo, reside

Aparentemente neste sentido, veja-se o Acórdão do TCA-Sul de 8 de Abril de 2021, proc. 422/18.0BELLE, no qual se reconheceu legitimidade popular para defesa de interesses difusos (exactamente qual/is, não se descortina) a uma cidadã alemã residente em Portugal mas não recenseada, legitimidade essa utilizada para pedir a suspensão da eficácia de uma deliberação municipal autorizativa de uma operação urbanística. Independentemente do acerto da premissa, julgo que o Tribunal andou mal na qualificação da legitimidade, que se deveria basear no artigo 55.º, n.º 2 do CPTA (para defesa da legalidade objectiva) e não na LAP, por remissão do artigo 9.º, n.º 2 do CPTA. Em termos práticos, o não recenseamento retirar-lhe-ia legitimidade popular local.

no artigo 112.º, n.º 2 do CPTA. Acrescem a este conjunto de meios as acções urgentes, com relevo para as intimações disciplinadas nos artigos 104.º a 108.º do CPTA (Intimação para a prestação de informações, consulta de processos, ou passagem de certidões) e 109.º a 110.º-A do CPTA (Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias). Tendo em consideração a pretensão do autor, qualquer pedido descrito no artigo 37.º do CPTA pode ser deduzido por autor popular perante os tribunais administrativos – ultrapassado que seja o crivo da competência material a que aludimos *supra* – e bem assim a(s) providência(s) cautelar(es) adequada(s) à salvaguarda do efeito útil da decisão da acção principal (vejam-se os artigos 9.º, n. .º 2, em geral e: 55.º, n.º 1, alínea f); 68.º, n.º 1, alínea f); 73.º, n.º 1, alínea b); 77.º, n.º 1; 77.º-A, n.º 1, alínea h) e n.º 3, alínea d); e 112.º, n.º 1, todos do CPTA).

O mesmo se pode dizer a respeito da mobilização da primeira intimação, mas já não da segunda. Como tenho defendido e foi recentemente afirmado pelo STA[38], a intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias não é passível de suportar a defesa de posições jurídicas não individualizadas, o que significa que, na vertente de defesa de interesses difusos, esta via não pode ser trilhada. No que toca a direitos individuais homogéneos, a resposta é afirmativa, dado tratar-se de posições jurídicas perfeitamente individualizadas – sublinhando, no entanto, a incontornável avaliação da indispensabilidade que a intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias há-de revelar no confronto com a opção da conjugação entre providência cautelar e acção principal[39].

Tratando-se de uma legitimidade muito abrangente e tendo em mente as limitações decorrentes do crivo da "relação jurídica administrativa", é fundamental que o autor popular recorte o pedido de molde a caracterizar com precisão o tipo de interesse que defende e a garantir que cabe dentro do âmbito da jurisdição administrativa. Como se observou, é essencial que objecto do processo não sejam relações de consumo construídas ao abrigo do Direito privado, em se tratando de direitos individuais homogéneos; nem que a demanda, se em defesa do interesse difuso da qualidade e segurança do consumo, envolva sujeitos privados a actuar ao abrigo do Direito

[38] Acórdão do STA de 31 de Outubro de 2020, proc. 01958/20.9BELSB. Contra, José Duarte Coimbra, *Contencioso Ambiental*, *cit*., pp. 678-680.

[39] Sobre as condições de utilização da intimação prevista no artigo 109.º do CPTA, veja-se Anabela Costa Leão, Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, *in Comentários à legislação processual administrativa,* II, coord. de Carla Amado Gomes, Ana F. Neves e Tiago Serrão, 5.ª edição, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 651 segs, esp. 679 segs.

privado. Repare-se que a natureza das coisas tende a afastar o contencioso do consumo dos tribunais administrativos, uma vez que não é habitual serem entidades públicas a desenvolver actividades económicas de prestação de bens e serviços no quadro do Direito Administrativo. No entanto, no plano da sindicância da actuação das entidades reguladoras, os tribunais administrativos poderão destacar-se como indutores de um controlo mais eficaz das actividades económicas reguladas, *maxime* no plano da prestação de bens e serviços essenciais (energia, transportes, telecomunicações).

O Direito do Consumo é um ramo que lida com fenómenos massificados e em que se movimentam sujeitos em posições relativas acentuadamente díspares, pelo que, na movimentação judicial, a união faz a força e reequilibra as posições. Daí que esse controlo propenda para ser accionado mormente através de associações de defesa de direitos do consumidor, dada a sua representatividade e conhecimento técnico. Ficam alguns exemplos colhidos da (escassa) jurisprudência administrativa acessível: uma acção administrativa proposta por uma Associação de Consumidores (ACOP) contra uma empresa intermunicipal de águas e saneamento com vista à condenação desta na abstenção de cobrança dos custos de instalação de ramais de ligação e devolução das quantias já cobradas[40]; uma intimação para prestação de informações apresentada pela DECO contra a ANACOM, solicitando esclarecimentos e o acesso a documentação sobre a evolução da instalação do sistema de Televisão Digital Terrestre (TDT)[41]; uma providência cautelar apresentada por um conjunto de cidadãos da Madeira com vista à reposição provisória da norma sobre os limites de vento vigentes relativamente ao aeroporto da ilha contra a (hoje) ANAC, em nome do direito à mobilidade aérea dos madeirenses[42].

[40] Acórdão do TCA-Norte de 30 de Outubro de 2020, proc. 00354/12.6BEBRG – a Associação não logrou ganho de causa dado que estes custos, nos termos da lei, devem ser suportados pelos consumidores.

[41] Acórdão do TCA-Sul de 16 de Junho de 2016, proc. 13191/16 – a DECO ficou vencida porque o Tribunal considerou dever prevalecer o direito de propriedade (sobre os segredos comercial e industrial) da empresa sobre o direito de acesso à informação.

[42] O Tribunal rejeitou esta providência com base na ilegitimidade dos requerentes, uma vez que entendeu que o interesse defendido não cabe nas possibilidades abertas pela LAP. Sobre este caso, veja-se o meu O controlo jurisdicional das actividades de protecção de direitos e de regulação: vista panorâmica, *in Regulação e garantia de direitos fundamentais – Perspectivas de Direito Administrativo***,** coord. de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maçãs, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 131 segs, 156-157.

4. Notas conclusivas

Destas linhas extrai-se uma conclusão evidente: o contencioso administrativo não é o espaço preferencial de resolução da maior parte das relações de consumo nem quando estão em causa relações individualizadas, nem quando se trata da tutela de direitos individuais homogéneos nem, enfim, quando os consumidores agem em defesa de interesses metaindividuais ligados à qualidade do consumo. A posição relativa das entidades públicas no domínio da prestação de serviços e do fornecimento de bens de consumo distancia-as deste palco, reconduzindo a fatia mais significativa das valências dos tribunais administrativos ao controlo das acções e, sobretudo, das omissões das entidades reguladoras dos operadores dos mercados regulados.

AÇÕES INIBITÓRIAS NOS LITÍGIOS DE CONSUMO

João Marques Martins*

Sumário: *1. Conceito de ação inibitória e a sua previsão no Direito do Consumo; 2. Aspetos da relação jurídico-processual na ação inibitória de Direito do Consumo: 2.1. Objeto; 2.2. Tribunal; 2.3. As partes (em especial o problema da legitimidade); 3. Efeitos da decisão (em particular a extensão do caso julgado).*

1. Conceito de ação inibitória e a sua previsão no Direito do Consumo

I – À luz da taxonomia constante do artigo 10.º/3-*b* do Código de Processo Civil (adiante CPC), a ação inibitória é condenatória. Segundo Miguel Teixeira de Sousa, "(a) acção inibitória pode ser proposta com uma finalidade preventiva, antes da violação da obrigação de *non facere* (acção inibitória preventiva), ou já depois da violação dessa obrigação (acção inibitória pura). No primeiro caso, requer-se um grave prejuízo para o autor se não houver uma condenação *in futurum* (art. 557.º, n.º 2) e, no segundo, exige-se um risco de repetição da violação da obrigação de *non facere*."[1] A pretensão do autor é, então, que o réu não chegue a praticar determinada conduta ou que cesse uma que vem adotando.

No Direito do Consumo, como adiante veremos, a ação inibitória apresenta algumas especificidades, que a singularizam face à figura geral prevista no artigo 10.º/3-*b* CPC.

* Professor da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

[1] "01 CPC *online* - art. 1.º a 58.º", *CPC Online* (https://blogippc.blogspot.com /2021/02/cpc-online-1.html), 2021, p. 15.

II – Cabe distinguir conceptualmente a ação inibitória da ***(a)*** providência cautelar e da ***(b)*** ação popular.

(a) Situam-se funcionalmente nas proximidades das ações inibitórias as providências cautelares de natureza antecipatória.[2] Entre outras divergências que se poderiam apontar, designadamente no plano tramitacional, há duas que cumpre sublinhar: *(i)* ao contrário do que sucede com a providência cautelar antecipatória, da ação inibitória resulta a composição definitiva do litígio, e não somente provisória; *(ii)* nas ações inibitórias não tem aplicação a diminuição de exigência no que toca à medida da prova, tal como sucede nas providências cautelares (*v.* artigos 365.º/1 e 368.º/1 CPC). Estas diferenças, aliás, permitem que a tutela pretendida com a ação inibitória seja obtida provisoriamente por meio de providência cautelar não especificada, como expressamente se prevê no artigo 31.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (adiante LCCG), valendo o mesmo para as ações inibitórias que não tenham por objeto cláusulas contratuais gerais, por conta da previsão geral do artigo 362.º CPC.

(b) O âmbito do direito de ação pode extravasar a tutela de direitos subjetivos e de interesses individuais juridicamente protegidos. Com efeito, a Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu artigo 52.º/3-*a*, secundada pelo artigo 31.º CPC, estipula que a todos é concedido o direito de ação popular, nomeadamente para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra, *inter alia*, a preservação do ambiente, a qualidade de vida, a saúde pública e os direitos do consumidor. Estão em causa interesses difusos ou interesses coletivos.[3] O direito de ação popular vem depois desenvolvido na Lei n.º 83/95 de 31.08 (Lei da Participação Procedimental e da Ação Popular – adiante LAP). Quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos são titulares do direito de ação popular (artigo 2.º/1 LAP). A ação popular pode (e é assim que amiúde sucede) desempenhar uma função inibitória. Não há, porém, uma equivalência ou uma consumpção conceptual. O termo "inibitória" qualifica a tutela que se pretende; já o adjetivo "popular" respeita, malgrado se possa questionar o rigor semântico, à titularidade dos interesses e/ou direitos

[2] As quais, nas palavras de Marco Gonçalves, *Providências Cautelares*, Almedina (4.ª edição), 2019, p. 95, "(...) permitem adiantar os efeitos próprios da tutela jurídica pretendida pelo requerente (...), procuram evitar o dano que poderia advir para o requerente em consequência da demora na satisfação definitiva do seu direito."

[3] Sobre o objeto possível da ação popular, *v.* Paula Costa e Silva / Nuno Trigo Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Almedina, 2022, pp. 7-26.

para os quais se pretende obter tutela. De sorte que pode a ação inibitória visar somente evitar a continuação da lesão ou prevenir a violação de direitos subjetivos ou interesses individuais, não sendo, por conseguinte, uma ação popular. Assim sucede, por exemplo, se X propõe ação pedindo que Y seja condenado a abster-se de manter o seu estabelecimento de restaurante aberto ao público entre as 22:00 horas e as 7:00 horas, com fundamento na lesão do seu direito ao sossego causada pelo ruído proveniente do funcionamento do restaurante.

III – As patologias que afetam as relações de consumo podem ser reprimidas ou prevenidas por meio de ações inibitórias. Com efeito, não só algumas relações de consumo têm caráter duradouro (*v.g.*: fornecimento de serviços essenciais), criando-se o contexto para a repetição da violação da obrigação e/ou lesão do direito, como as práticas ilegais podem ter por destinatários uma miríade de indivíduos, dentre os quais alguns estão sendo e outros são potenciais afetados por essas práticas.[4]

A previsão primacial da ação inibitória para tutela dos direitos do consumidor atribui-se habitualmente à LCCG, nos respetivos artigos 25.º a 34.º.[5] Este diploma tem, porém, o seu âmbito limitado à proibição da utilização de certas cláusulas contratuais, como facilmente se compreende.

Também a ação popular pode, como acima se sublinhou, intencionar a inibição ou a prevenção da lesão de direitos ou interesses dos consumidores (*v.* artigo 52.º/3-*a* CRP e nos artigos 2.º/2 e 12.º/2 LAP).

Em termos abrangentes, visando, portanto, qualquer violação de direitos do consumidor, está a ação inibitória prevista no artigo 10.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor – adiante LDC).

IV – A defesa dos consumidores foi, desde cedo, convocada para o âmbito das competências da Comunidade Europeia e, posteriormente, da União: atente-se, a título de exemplo, nos artigos 4.º/2-*f* e 169.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Para além da tutela dos interesses de cada cidadão europeu, relevam igualmente a promoção e proteção

[4] De sorte que, como documenta Jorge Pegado Liz, *Conflitos de Consumo. Uma Perspetiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, Centro de Informação Jacques Delors, 1998, p. 153, está prevista na generalidade dos países europeus a admissibilidade de ações inibitórias no âmbito do Direito do Consumidor.

[5] Jorge Pegado Liz, *Conflitos de Consumo. Uma Perspetiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, p. 96.

do mercado interno, que será colocado em causa se os direitos dos consumidores não forem tutelados no âmbito das transações intracomunitárias.

Ao abrigo desta opção política fundante da União Europeia tem sido produzida legislação. De entre os diversos instrumentos normativos avulta, por visar o tema de que nos ocupamos, a Diretriz 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores. Esta Diretriz foi mais tarde revogada e substituída, embora sem alterações com significado, pela Diretriz 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.[6]

A Diretriz 98/27/CE foi transposta para o ordenamento jurídico português por meio da Lei n.º 25/2004, de 8 de julho. Como adiante se referirá, trata-se, no essencial, de regras de atribuição de legitimidade a certas entidades para a propositura de ações inibitórias de consumo com elementos de estraneidade intracomunitários.

Cabe sublinhar que o âmbito de aplicação da ação inibitória referida pela Lei n.º 25/2004 de 08.07 poderá, ao menos em tese, extravasar o da prevista na LDC. Com efeito, no artigo 2.º/1 daquele diploma identifica-se como práticas lesivas relevantes quaisquer práticas contrárias aos direitos dos consumidores (designadamente as que contrariem a legislação interna que transpôs o conjunto de diretrizes identificadas no anexo à Lei n.º 25/2004 de 08.07). Já o artigo 10.º/1 LDC circunscreve o âmbito da ação inibitória à prevenção, correção ou cessação das práticas lesivas dos direitos dos consumidores previstos nessa lei.

2. Aspetos da relação jurídico-processual na ação inibitória de Direito do Consumo

2.1. O objeto

I – O objeto da ação inibitória há de corresponder, quanto à causa de pedir, aos factos que constituem a conduta violadora de direitos/interesses

[6] A qual será, a partir de 25 de junho de 2023, revogada pela Diretriz (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020. Sobre o sucesso estatístico da designada ação inibitória europeia, *v.* a resenha de Fátima Baptista, "A ação inibitória Nacional e Europeia", *in Direito do Consumo* (*Ebook* do Centro de Estudos Judiciários), 2014, pp. 176-80, e bem assim de Jorge Pegado Liz, *Conflitos de Consumo. Uma Perspetiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, pp. 163-70.

do(s) consumidor(es), ou dos atos preparatórios da mesma, e, quanto ao pedido, à condenação do réu a abster-se de continuar ou adotar a referida conduta, bem como a cumprir obrigações acessórias.

Seguindo a distinção legal, cumpre dividir a análise pela ação inibitória proposta ao abrigo da LCCG (*infra* II) e pela ação inibitória enquadrada pela LDC (*infra* III).

II – Entre nós, a esmagadora maioria da casuística sobre ações inibitórias em Direito do Consumo tem por objeto cláusulas contratuais gerais. Trata-se de disposições inseridas em vários contratos de conteúdo uniformizado, não sujeitas a negociação, nos quais são sempre contraentes determinada entidade, atuando com fins empresariais, que elaborou e propõe as cláusulas, e um dos elementos de uma massa indeterminada de pessoas.[7]

Os problemas suscitados pelas cláusulas contratuais gerais proibidas não se cingem às relações de consumo. O legislador português atribuiu igualmente relevância e tutela jurídica à questão quando o contrato é celebrado entre empresários (ou entidades equiparadas), como decorre dos artigos 17.º, 18.º e 19.º LCCG.[8] Atendendo ao objeto do presente estudo, ocupar-me-ei apenas dos casos em que o contraente é consumidor.[9]

Nos casos em que venham sendo ou se perspetive que serão celebrados contratos que integram cláusulas contratuais gerais proibidas, nos termos dos artigos 21.º e 22.º LCCG, pode ser intentada ação inibitória (artigo 25.º

[7] Para outras definições, *v.* António Pinto Monteiro, "O Novo Regime dos Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, Vol. I, 2002 (http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346), p. 2 e Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, Almedina (5.ª edição), 2015, pp. 171-2.

[8] Sobre esta opção legislativa, *v.* Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, p. 170.

[9] Não se dispensando, todavia, sublinhar que a distinção entre empresário e consumidor, quando colocados perante uma grande empresa que se serve de cláusulas contratuais gerais na contratação relativa aos bens ou serviços que comercializa, é mormente conceptual-formal, e não tanto substantiva. Sobretudo num país em que a larga malha do tecido empresarial é composta por pequenas empresas, sem dimensão para obter constante assessoria jurídica, confrontadas, quanto a alguns serviços (*v.g.*, energia, comunicações ou seguros), com a necessidade de fazer a sua escolha dentre os poucos membros de oligopólios, habitualmente grandes multinacionais. Nestes casos, só muito superficialmente se poderá afirmar que a assimetria informativa, o desequilíbrio económico e a dependência contratual apenas se verificam nos contratos em que intervêm consumidores.

LCCG), em que se alegará a previsão da cláusula proibida num contrato que está sendo ou pode ser celebrado com a massa de consumidores, bem como os factos que demonstram e/ou indiciam a sua utilização atual ou futura.[10] Admitindo a procedência desta alegação, deduzir-se-á o seguinte pedido complexo: seja *(i)* a cláusula declarada proibida (artigos 25.º e 30.º/1 LCCG)[11]; *(ii)* a ré condenada a abster-se de integrar ou recomendar a integração da referida cláusula em contratos para futuro (artigo 32.º/1 LCCG)[12]; *(iii)* a ré condenada a publicitar a decisão (pedido meramente eventual, mencionado no artigo 30.º/2 LCCG)[13]; *(iv)* a ré condenada em sanção pecuniária compulsória, caso não seja observada a condenação referida em (ii) (pedido meramente eventual, que consta do artigo 33.º LCCG)[14].

[10] A conclusão de que a cláusula é proibida configura naturalmente uma questão de Direito, um juízo de qualificação que conduz à afirmação da antijuridicidade da disposição em causa. Cumpre referir que poderá ser probatoriamente disputada a natureza do contrato e, então, das cláusulas, designadamente se a ré alegar que as mesmas são meras propostas abertas e sujeitas a negociação (sobre este fundamento de impugnação, *v.* João Alves, "Cláusulas Contratuais Gerais: A Pretensa Individualização dos Contratos com Vista a «Impedir» o Controlo Preventivo Através da Acção Inibitória", *in Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 13, 2010, pp. 9 e ss.).

[11] Estando em causa cláusulas que podem ser integradas num contrato, deve pedir-se que seja declarada a respetiva proibição, e não nulidade. Este vício, porquanto se traduz na ineficácia quanto à produção de efeitos jurídicos, é um predicado que apenas cabe a uma cláusula de um concreto contrato, efetivamente celebrado.

[12] Porque a infração que se pretende prevenir pode ser facilmente reeditada, é falível a estratégia que consiste em aceitar a inutilidade superveniente da lide determinada pela cessação voluntária da conduta violadora dos direitos dos consumidores. Sem a sentença condenatória, o profissional não fica vinculado para futuro, podendo repetir ou retomar a conduta lesiva (sobre este assunto, sobretudo em sede de cláusulas contratuais gerais, *v.* Margarida Paz, "Ações Inibitórias e ações coletivas", *in Estudos de Direito do Consumo – V*, AAFDL, 2017, pp. 24-6, Susana Ferreira dos Santos, "Cláusulas Abusivas e Ação Inibitória: Aspetos Processuais mais Marcantes", *in Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* – Vol. II, n.º 1, 2012, pp. 134-5, e João Alves, "Algumas Notas sobre a Tramitação da Acção Inibitória de Cláusulas Contratuais Gerais", *in Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 6, 2007, pp. 84-5).

[13] Tal como informa Margarida Paz, "Ações Inibitórias e ações coletivas", p. 22, "(...) na falta de regra fixa quanto à publicidade, tem sido habitual o pedido de anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos, de tamanho não inferior a ¼ de página." Sobre a natureza e fundamentos político-legislativos da condenação à publicitação da sentença, *v.* igualmente Margarida Paz, "Ações Inibitórias e ações coletivas", pp. 39-40.

[14] Cujo valor por cada infração não pode ultrapassar os 4.987,98€.

Conforme dispõem os artigos 34.º e 35.º/1 LCCG, sem prejuízo da condenação prevista no artigo 30.º LCCG, a procedência da ação determina que, oficiosamente, o tribunal comunique a sentença à Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) para efeitos de registo e publicidade da(s) cláusula(s) proibida(s) (e não da própria sentença).[15]

III – O artigo 10.º/1 LDC prevê genericamente o recurso à ação inibitória para prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na LDC, dando depois destaque, meramente exemplificativo, às condutas que atentem contra a sua saúde e segurança física e/ou que consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.[16] Quanto a este segundo fundamento assume especial importância o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.[17] [18]

Nestas ações inibitórias, cabe ao autor alegar (e provar) a factualidade que consubstancia a lesão dos direitos dos consumidores, bem como pedir que a ré seja condenada: *(i)* a abster-se de persistir ou adotar a conduta lesiva, e bem assim a corrigir os seus efeitos, se já produzidos (artigo 11.º/2 LDC); *(ii)* a publicitar a decisão (podendo este efeito, salvo melhor entendimento, ser determinado oficiosamente – *v.* artigo 11.º/3 LDC); *(iii)* em sanção pecuniária compulsória, caso não observe a condenação referida em (i) (pedido meramente eventual, que consta do artigo 10.º/2 LDC).

[15] Disponível em https://dgpj.justica.gov.pt/Registo-de-Clausulas-Contratuais-Gerais-Abusivas. A competência da DGPJ para este efeito foi prescrita pela Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro. Inicialmente, a competência foi atribuída ao Gabinete de Direito Europeu, o qual foi extinto pelo Decreto-Lei n.º 146/2000, de 18.07, tendo-lhe sucedido o Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação (GRIEC). Finalmente, o Decreto-Lei n.º 206/2006, de 27.10 fundiu o GRIEC com o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, tendo as atribuições de ambos sido integradas na DGPJ.

[16] Refere também as práticas que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas, mas neste caso a ação segue as regras previstas na LCCG, já analisadas *supra* em texto.

[17] *V.* sobre o tema Luís Menezes Leitão, "As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Vol. II, 2011, pp. 423 e ss., bem como Jorge Morais Carvalho, "Práticas Comerciais Desleais das Empresas face aos Consumidores", *in Revista de Direito das Sociedades*, III, 1, 2011, pp. 187 e ss.

[18] *V.* igualmente a Lei n.º 23/2018 de 05.06, sobre o direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, e em investigação *ex professo* sobre a sua aplicação, Paula Costa e Silva / Nuno Trigo Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*.

2.2. Tribunal

I – Quanto às ações inibitórias respeitantes a cláusulas contratuais gerais, dispõe especificamente o artigo 28.º LCCG que é competente o tribunal da comarca onde se localiza o "centro de atividade principal do demandado". Este conceito não é substanciado naquele preceito. Afigura-se adequado, porém, estabelecer o paralelo com o artigo 7.º/2 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que se apoia na noção de "centro dos principais interesses do devedor", aclarando-se na mencionada disposição que se entende como tal aquele em que o devedor administre, de forma habitual e cognoscível por terceiros os seus interesses. Não se situando em território nacional o centro de atividade principal do demandado, competente será o tribunal da comarca da sua sede ou residência. Se estas se localizarem no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas contratuais gerais foram propostas ou recomendadas. Dado que o valor da ação excede 0,01€ o fixado para a alçada do Tribunal da Relação, ou seja, corresponde a 30.000,01€ (*v.* artigo 29.º/2 LCCG e artigo 44.º/1 da Lei da Organização do Sistema Judiciário – adiante LOSJ), será competente um juízo local cível ou, faltando este, um juízo de competência genérica (artigos 117.º e 130.º/1 LOSJ).[19]

Para as demais ações inibitórias, designadamente as previstas na LDC, não se estabelece qualquer previsão especial, pelo que se observará a regra vertida no artigo 71.º/1: é competente o tribunal do domicílio do réu, podendo o autor optar pelo tribunal do lugar em que obrigação deveria ser cumprida, quando o réu for pessoa coletiva ou quando o autor e réu tenham ambos domicílio na área metropolitana de Lisboa ou na área metropolitana do Porto. Pretendendo-se com a ação inibitória uma condenação de *non facere*, a 2.ª parte do artigo 71.º/1 CPC há de ser, em bom rigor, interpretada como segue: o tribunal competente é o do lugar onde está sendo adotada a conduta de que o réu tinha obrigação de se abster. Também na LDC (artigo 11.º/1) se determina que o valor da ação corresponde, atualmente, a 30.000,01€ (*v.* 44.º LOSJ), pelo que vale *ipsis verbis* quanto acima se disse sobre as ações inibitórias abrangidas pela LCCG: será competente um juízo local cível ou, faltando este, um juízo de competência genérica (artigos 117.º e 130.º/1 LOSJ).[20]

[19] Pelo menos quanto ao valor da causa, está assegurado o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 629.º/1 CPC).

[20] Por razões atinentes ao valor da causa, a competência dos Julgados de Paz ou dos Centro de Arbitragem deve ser excluída. Quanto aos primeiros, cumpre recordar que apenas são

As regras de competência em razão do território acima enunciadas merecem críticas, pelo menos nos casos em que a ação seja proposta pelo consumidor lesado. Em coerência com a intenção de tutela do consumidor, seria mais adequado e conforme ao Direito Processual Civil Internacional (como adiante se verá), permitir ao autor escolher propor a ação no tribunal da comarca do seu domicílio ou no da comarca do domicílio do réu. Aliás, não seria desajustada a previsão de uma regra geral atributiva de competência ao tribunal do domicílio do autor, mesmo que este fosse, por exemplo, uma associação, assim se reduzindo os custos de litigância para a parte que pretende obter a tutela do(s) direito(s) do consumidor.

III – A circulação de pessoas, empresas e bens, tal como as vendas de serviços *on-line* incrementaram as relações de consumo com elementos de estraneidade. Esta circunstância suscita, inevitavelmente, questões de competência internacional.

Tendo a ação inibitória natureza cível, a competência internacional dos tribunais portugueses, bem como dos tribunais de qualquer Estado Membro, poderá ter de ser determinada nos termos do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 (adiante Reg. 1215). Com efeito, este regulamento aplica-se às relações de consumo (artigos 1.º, 17.º e ss.), em ações propostas depois de 10.01.2015 (artigo 81.º).

O Reg.1215 prevê regras especiais de competência (que derrogam as disposições previstas nos artigos 4.º e 7.º), quando a ação seja proposta pelo consumidor. O regime foi delineado com a pretensão de beneficiar o consumidor. Tem neste contexto particular relevância o artigo 18.º/1 Reg. 1215, que dispõe nos seguintes termos: sendo a ação intentada pelo consumidor, são competentes os tribunais do Estado Membro onde estiver domiciliada a contraparte no contrato, bem como os tribunais do Estado Membro do

competentes para ações cujo valor seja igual ou inferior a 15.000€ (artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho). Nos termos do artigo 14.º/2 LDC "Os conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados." Têm reduzido valor económico as ações cujo valor seja igual ou inferior à alçada dos tribunais de 1.ª instância, ou seja, a 5.000€ (artigo 44.º/1 LOSJ). A lista dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados está disponível em: https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/lista-das-entidades-de-resolucao-alternativa-de-litigios-de-consumo.aspx

domicílio do consumidor. Importa notar que o âmbito de aplicação destas regras não se estende a todas as relações de consumo, mas apenas às elencadas no artigo 17.º Reg. 1215.[21] Cumpre também destacar que esta regra se aplica mesmo quando o réu não tenha domicílio num Estado Membro (*v.* artigo 17.º/1-*c* Reg. 1215), desde que, neste caso, dirija a sua atividade para o Estado Membro em que o autor consumidor tenha o seu domicílio.

Sendo a ação inibitória proposta pelas demais entidades com legitimidade ativa, o Reg. 1215 só é aplicável se o requerido tiver domicílio num Estado Membro (artigo 6.º). Neste caso, serão competentes os tribunais do domicílio do réu (artigo 4.º/1) ou os do Estado Membro onde deveria ser cumprida a obrigação (artigo 7.º/1), *rectius*, do lugar em que está sendo adotada a conduta de que o réu se deveria abster.

2.3. As partes (em especial o problema da legitimidade)

I – A legitimidade ativa para ações inibitórias de consumo foi detalhadamente regulada pelo legislador, sediando-se neste domínio, porventura, as principais particularidades deste tipo de ações.

Nos termos do artigo 26.º/1 LCCG, têm legitimidade para ações inibitórias que visem impedir ou fazer cessar o uso de cláusulas proibidas as associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, bem como as associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos.[22] Tem-na também o Ministério Público, quer oficiosamente, quer por indicação do Provedor de Justiça, quer a requerimento de qualquer interessado, ficando neste último caso o impulso processual dependente de ser fundamentada a solicitação.[23]

Para a ação inibitória enquadrada na LDC, têm legitimidade os consumidores diretamente lesados (artigo 13.º-*a*). Estando em causa interesses

[21] Quais sejam: ***(a)*** Contrato de compra e venda, a prestações, de bens móveis corpóreos; ***(b)*** Contrato de empréstimo reembolsável em prestações, ou outra forma de crédito concedido para financiamento da venda de tais bens; ou ***(c)*** Em todos os outros casos, contrato celebrado com uma pessoa com atividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou que dirija essa atividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro, desde que o contrato seja abrangido por essa atividade.

[22] Legitimidade que tem, de resto, assento constitucional, conforme decorre do artigo 60.º/3 CRP.

[23] *V.* também artigo 219.º/1 CRP, bem como o artigo 4.º/1-*h* do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público.

individuais homogéneos, coletivos ou difusos, têm igualmente legitimidade o Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor (artigo 13-*c*. LDC).[24] Outrossim, por via da remissão para a LAP (v. artigo 13.º-*b* LDC), têm-na quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses para os quais se pretende obter tutela.[25] Se a ação inibitória visa obstar a práticas comerciais expressamente proibidas por lei, reconhece-se igualmente legitimidade para a ação inibitória aos concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas (*v*. artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março).

O esquema de legitimidade acima exposto suscita dúvidas. Quando a ação é proposta pelo Ministério Público ou por associações (ou por qualquer pessoa que não seja (a única) titular dos direitos ou interesses para os quais se pede tutela), poderá sustentar-se que ocorre substituição processual, ou seja, a parte litiga em nome próprio, mas (também) para obtenção da tutela de um interesse alheio (esta conclusão encontra porventura apoio

[24] A distinção conceptual e, por conseguinte, concreta destes interesses não é tarefa simples, obedecendo a um assinalável esforço de precisão e diferenciação. Segundo José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, Gestlegal (4.ª edição), 2017, p. 106, "(o) interesse coletivo reporta-se a uma comunidade genericamente organizada, cujos membros são como tais identificáveis, mas sem que essa organização se processe em termos de pessoa coletiva. O interesse difuso reporta-se a um conjunto inorgânico de pessoas, cuja composição é, em cada momento, ocasional e por isso não permite a identificação prévia dos respetivos titulares." De acordo com Miguel Teixeira de Sousa, "01 CPC *online* - art. 1.º a 58.º", p. 36, são difusos os "(...) interesses que pertencem a todos e a cada um dos membros de um grupo ou de uma classe, sem que, contudo, esses interesses sejam suscetíveis de ser individualmente apropriados por algum ou algum desses membros." Quanto aos interesses individuais homogéneos, José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 106, n. 11A, explica que se trata de "(...) direitos subjetivos, ou outras situações jurídicas subjetivas, que têm a particularidade de radicar, idêntica mas divisivelmente, numa multiplicidade de pessoas (assim, o direito à reparação de danos causados pelo fornecedor de coisa defeituosa distribuída no mercado)". Ainda sobre esta distinção, *v*. Miguel Teixeira de Sousa, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, 2005, pp. 53-5, bem como Paula Costa e Silva / Nuno Trigo Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, pp. 10-6.

[25] O artigo 551.º/1-*a* do Anteprojeto do Código do Consumidor dispunha que teriam legitimidade ativa para a ação popular os consumidores que demonstrassem ter "*interesse objetivo e sério*" na propositura da ação. Certeiramente, José Lebre de Freitas, "A Acção Processual Civil no Código do Consumidor", *in Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 49, 2007, p. 64, apontou a inconstitucionalidade desta regra, face ao disposto no artigo 52.º/3 CRP.

no artigo 26.º/2 LCCG e no artigo 2.º/1, 2.ª parte, LAP).[26] José Lebre de Freitas manifestou-se contra semelhante entendimento, visando particularmente a intervenção das associações, sustentando que estas surgem no processo dotadas de uma "*legitimidade originária específica*".[27] O A. nota que a tutela de direitos difusos ou coletivos faz apelo a uma conceção objetiva de direito, em que nem tudo são situações subjetivas.[28] Segue depois demonstrando que a sua tese se coaduna melhor com os efeitos do caso julgado que se pretendem.[29] Este segundo passo parece incorrer no ilogismo de moldar as premissas em função da conclusão pretendida; mas só na aparência é assim. Embora extravase a economia do presente estudo, cabe concordar genericamente com a ideia de que o instituto do caso julgado molda e deve moldar vários aspetos do processo. Afigura-se razoavelmente incontroversa a constatação de que nas ações inibitórias que visem a tutela de interesses coletivos ou difusos muito dificilmente se pode identificar a pessoa em cujo interesse se pleiteia. Na verdade, está em causa uma abstração de um direito ou de um interesse que se poderá concretizar ou subjetivar na esfera jurídica de um conjunto mais ou menos indeterminado de sujeitos. De modo que o esquema da substituição processual, excecional no nosso ordenamento jurídico, teria de ser adaptado para acomodar esta especificidade. Sem prejuízo de melhor ponderação, tenho por certo que nestes casos se não poderá, simplesmente, falar de substituição processual no sentido em que ela surge no artigo 263.º/1 CPC ou no artigo 606.º do Código Civil, pois as situações são essencialmente distintas.[30]

Outra hesitação decorre da sobreposição de disposições que têm, aparentemente, o mesmo âmbito. Por exemplo, o confronto do disposto no artigo 26.º LCCG com o previsto no artigo 10.º/1-*b* e 13.º-*a* LDC levanta a

[26] Neste sentido, quanto ao Ministério Público, Jorge Dias Duarte, "O Papel do Ministério Público na Defesa do Consumidor", *in Direito do Consumo 2015-2017* (*Ebook* Centro de Estudo Judiciários), 2015, p. 15.

[27] "Os Meios Processuais à Disposição dos Pleiteantes em Sede de Condições Gerais dos Contratos", *in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 426, 1993, pp. 10-11.

[28] *Idem*, pp. 8 e 9.

[29] *V. infra* n.º 3, III.

[30] Refletindo sobre o mesmo problema, mas no âmbito das ações de *private enforcement* em Direito da Concorrência, Paula Costa e Silva / Nuno Trigo Reis, *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, pp. 27-41, não só assinalam a elevada complexidade técnica da questão, como concluem que é de afastar a qualificação da legitimidade popular das associações de defesa do consumidor "(...) como uma hipótese de substituição processual pura" (p. 39), muito embora apontem para a natureza indireta dessa mesma legitimidade (p. 40).

seguinte questão: tem o consumidor prejudicado pela integração num contrato de uma cláusula contratual geral proibida legitimidade processual numa ação inibitória em que peça a declaração da proibição da referida cláusula e demais consequências associadas? Apesar de a solução não ser curial, destinando-se o contrato a ser proposto a consumidores, a resposta deve ser afirmativa, porquanto a remissão da LDC para a LCCG não é acompanhada de qualquer restrição.[31] Plano de discussão distinto, transbordando a mera interpretação dos preceitos em causa, seria a adequação ou conveniência desta opção legislativa. Não cabe, porém, na economia do presente estudo.

II – Para as ações inibitórias intracomunitárias, ou seja, com elementos de estraneidade circunscritos a ordenamentos jurídicos que integram a União Europeia, preveem-se regras de legitimidade para acomodar a propositura de ações por pessoas coletivas junto dos tribunais de Estados Membros em que aquelas não estão sediadas. Destarte, o artigo 3.º/1 da Lei n.º 25/2004 de 08.07, que transpôs a Diretriz 98/27/CE, estipula que, quando a prática lesiva que se pretende fazer cessar tenha origem em Portugal, mas afete interesses localizados noutro Estado Membro da União Europeia, a correspondente ação inibitória pode ser intentada por entidade deste último Estado. Na propositura da ação, esta entidade deve fazer prova de que consta da lista atualizada das entidades competentes, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, elaborada pela Comissão Europeia e publicada no Jornal Oficial da União Europeia (artigos 3.º/1 e 2 da Lei n.º 25/2004 de 08.07). De legitimidade para estas ações, sem necessidade de inscrição, gozam também o Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor (artigo 5.º/5 Lei n.º 25/2004 de 08.07).

III – A legitimidade passiva para a ação inibitória é determinada nos termos das regras gerais previstas no artigo 30.º/1 e 3 CPC. Tê-la-á, por conseguinte, aquele que, segundo a relação controvertida configurada pelo autor, haja adotado ou pretenda adotar a conduta cuja inibição se pretende.

O artigo 27.º/1 da LCCG densifica este princípio geral (sem dele divergir). Dispõe que a ação pode ser proposta contra quem, predispondo cláu-

[31] Neste sentido, Ana Filipa Morais Antunes – *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Almedina, 2013, p. 356, com referências doutrinais sobre a discussão.

sulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos, bem como contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros (*v.g.* as associações profissionais, que recomendam a adoção de clausulado aos seus associados).

O n.º 2 deste mesmo preceito prevê a coligação de vários réus, permitindo a desconsideração, quanto a alguns deles, da regra prevista no artigo 28.º LCCG, sobre competência do tribunal. Trata-se, salvo melhor opinião, de disposições redundantes ou, numa visão mais benigna, meramente aclaratórias, pois o regime que preveem resulta inequivocamente do disposto nos artigos 36.º/2 e 82.º/1 CPC. Frise-se, ademais, que o artigo 82.º/1 CPC deve ser cumprido, observando-se a regra da maioria nele estipulada.

Tem sido objeto de discussão a necessidade de constituir litisconsórcio, quando diferentes entidades proponham aos consumidores cláusulas idênticas. Com este argumento, a exceção de ilegitimidade tem sido frequentemente invocada pelas seguradoras, atenta a similitude das cláusulas constantes das condições gerais da apólice.[32] A fonte da necessidade do litisconsórcio seria, aqui, o efeito útil normal da decisão (artigo 33.º/2 e 3 CPC). Salvo melhor entendimento, nestes casos, o litisconsórcio é meramente conveniente. Não sendo demandadas as demais seguradoras que utilizam cláusulas idênticas, estas não serão abrangidas pelo caso julgado, de modo que poderão persistir na utilização das cláusulas proibidas (daí a conveniência do litisconsórcio). Todavia, o efeito útil normal da sentença produz-se sem reservas, pois, sendo a mesma condenatória, a seguradora parte no processo ficará efetivamente proibida de utilizar as cláusulas gerais *sub judice*. Poderá constatar-se a iniquidade deste resultado, designadamente sob o ponto de vista concorrencial, mas no plano processual não há fundamento para falar de ilegitimidade.

3. Efeitos da decisão (em particular a extensão do caso julgado)

I – Questão problemática e praticamente relevante no âmbito das ações inibitórias é a extensão do caso julgado.[33] Suscita dúvidas a resposta às se-

[32] Assinalando o problema, Margarida Paz, "Ações Inibitórias e ações coletivas", p. 28.

[33] É interessante notar que o legislador não deixou de dispor com algum detalhe sobre o conteúdo da própria sentença, em termos que podem ser relevantes na delineação dos limites objetivos do caso julgado. Nos termos do artigo 30.º/1 LGCC, "(a) decisão que proíba as cláusulas contratuais gerais especificará o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se

guintes questões: *(i)* O caso julgado da ação inibitória aproveita ao consumidor que não foi parte na ação? *(ii)* Pode o profissional opor a terceiro o caso julgado da sentença absolutória ou excecionar a litispendência numa segunda ação inibitória com o mesmo objeto proposta por outro autor? *(iii)* Sendo a sentença condenatória, o caso julgado vincula outras empresas que, muito embora não tenham sido partes na ação, adotem condutas idênticas à que foi proibida?

II – A primeira questão respeita ao aproveitamento processual que um consumidor pode extrair de uma sentença condenatória proferida numa ação inibitória.

Neste domínio opera, salvo melhor entendimento, a autoridade de caso julgado. Se o consumidor propõe, por exemplo, uma ação contra um profissional pedindo que este seja condenado a indemnizá-lo porquanto lhe causou danos com conduta que, nos termos da sentença inibitória, lhe estava vedada, provados que estejam os factos que consubstanciam a referida conduta, a ilicitude da mesma é indiscutível.

Nesta mesma linha se poderá entender o disposto no artigo 32.º/2 LCCG, onde se lê: "*Aquele que seja parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, nos termos referidos no número anterior, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória*." Neste contexto, a autoridade de caso julgado respeita à causa da nulidade (e não à própria nulidade). Tal como acima se esclareceu, estando *sub judice* cláusulas que podem ser integradas num contrato, deve pedir-se que seja declarada a respetiva proibição, e não nulidade. Este vício, porquanto se traduz na ineficácia quanto à produção de efeitos jurídicos, é um predicado que apenas cabe a uma cláusula de um concreto contrato, efetivamente celebrado.[34] Ora, numa ação proposta pelo consumidor contra a entidade predisponente, o dispositivo da sentença da ação inibitória é um fundamento da decisão da nulidade da cláusula. Dada a autoridade do caso julgado, é indiscutível que a inserção daquela cláusula num concreto contrato era proibida; logo, a cláusula é nula.

reporta." Paralelamente, no artigo 11.º/2 LDC dispõe: "A decisão especifica o âmbito da abstenção ou correção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta."

[34] No mesmo sentido, José Lebre de Freitas, "Os Meios Processuais à Disposição dos Pleiteantes em Sede de Condições Gerais dos Contratos", pp. 9 e 10.

Quanto vai dito permite afirmar com clareza que falham os fundamentos para admitir a validade concreta de uma cláusula que, em abstrato, foi proibida: se a integração da cláusula num contrato foi, incondicionalmente, proibida por sentença passada em julgado, o contexto integrativo concreto da cláusula não afasta a proibição. A ser de outro modo, a expressão "cláusula proibida" perderia significado.

III – Pode o profissional opor a terceiro o caso julgado da sentença absolutória ou excecionar a litispendência numa segunda ação inibitória com o mesmo objeto proposta por outro autor?

A resposta a estas questões dependerá da qualificação da intervenção do autor na primeira ação: opera a substituição processual ou intervém dotado de uma legitimidade originária específica?[35]

Se adotarmos a primeira solução, então, em coerência, a resposta à pergunta acima formulada deverá ser positiva, dado que o caso julgado vincula o substituído. Assim sendo, nas diferentes ações as partes serão as mesmas quanto à sua qualidade jurídica, pelo que se verificará a repetição de causa (artigo 581.º/1 CPC), procedendo a exceção de caso julgado ou de litispendência.

A segunda via (legitimidade originária específica) permite resposta diversa: afastada a ideia de substituição (bem como, naturalmente, a de representação), os consumidores e as demais associações não estão vinculados ao caso julgado, ainda que possam, é certo, invocá-lo em seu benefício (é o caso julgado *secundum eventum litis*). Igualmente, os limites subjetivos do caso julgado autorizam o entendimento de que, contra a mesma entidade, é admissível a propositura de várias ações inibitórias pedindo a proibição da adoção da mesma conduta, desde que os autores sejam diferentes, improcedendo a exceção de litispendência.[36] Nestes casos, porém, manda o princípio da economia processual que as ações sejam apensadas (artigo 267.º CPC).

IV – Simultaneamente assaz problemática e relevante é a extensão do caso julgado condenatório a profissionais que, muito embora não tenham

[35] *V. supra* ***2.3.***, I.

[36] Neste sentido, José Lebre de Freitas, "Os Meios Processuais à Disposição dos Pleiteantes em Sede de Condições Gerais dos Contratos", p. 11, e Emília da Conceição Cardoso dos Santos, "A (In)eficácia *Erga Omnes* da Sentença Proibitiva de Cláusulas Contratuais Gerais Proferida no Âmbito da Ação Inibitória – Estudo Breve", *in Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 78, 2014, p. 72, n. 5.

sido partes na ação inibitória, praticam conduta semelhante ou até idêntica à que foi proibida. A identidade pode ser muito evidente quando estejam em causa cláusulas contratuais gerais com texto essencialmente equivalente propostas por diferentes entidades.

No quadro jurídico em vigor, a única solução para este problema situa-se no momento da propositura da ação: o autor deve demandar em litisconsórcio passivo (que não é necessário, mas meramente conveniente) todas as entidades que praticam a mesma conduta, assim garantindo que todas ficarão adstritas à condenação.

Que o caso julgado não vincule quem não foi parte na ação é um elementar e, salvo melhor entendimento, pacífico corolário do princípio do contraditório (artigo 3.º/1 CPC). A nobreza do propósito de proteger o consumidor desvanecer-se-á se for conseguida à custa do cerne essencial do processo equitativo, do Estado de Direito. Mas é exato que os limites subjetivos do caso julgado constituem, neste domínio, um real problema. A solução, porém, deverá obter a tutela dos direitos dos consumidores, acautelando concomitantemente os direitos dos profissionais.[37]

[37] Alguns ensaios de resolução do problema foram registados por Emília da Conceição Cardoso dos Santos, "A (In)eficácia *Erga Omnes* da Sentença Proibitiva de Cláusulas Contratuais Gerais Proferida no Âmbito da Ação Inibitória – Estudo Breve", pp. 73-5, sugerindo a A. a sua solução, que passaria pela propositura da ação contra incertos, editalmente citados em página de *internet* dedicada a esse efeito e em jornais de elevada circulação. Esta e outras propostas recenseadas no texto referido, sem prejuízo dos méritos, apresentam dificuldades que pedem aperfeiçoamento.

ÍNDICE DO VOLUME IV

Plano da obra 5

Módulo IX
O Direito Internacional Privado do Consumo

João Gomes de Almeida
Regulamento Roma II: a lei aplicável à responsabilidade extracontratual do produtor 19

Luís Lima Pinheiro
Regulamento Roma I: Contratos celebrados com os consumidores 49

Módulo X
Entidades de defesa e promoção do consumidor

Miguel da Câmara Machado / Tomás Gomes da Silva / Inês Costa Pina
O Banco de Portugal como defensor do cliente bancário – Em particular, a supervisão comportamental 71

Luís Guilherme Catarino
A Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários e linhas de defesa do consumidor 113

Maria Eduarda Ribeiro
Competências da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões em matéria de proteção do consumidor de seguros. Regras de conduta no setor segurador 167

Ricardo Branco
A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos 219

Helena Almeida
Competências da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em matéria de proteção dos direitos dos consumidores 247

Sofia Nogueira da Silva / Nuno André Silva
Entidade Reguladora da Saúde 269

Suzana Tavares da Silva
Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) 301

Isabel Mousinho Figueiredo
Responsabilidade civil das autoridades de fiscalização na defesa do consumidor 323

Joana Costa Lopes
Associações e fundações de defesa dos consumidores 357

João Vieira dos Santos
Associações de defesa de investidores e a (não) aplicabilidade do seu regime aos investidores em criptoativos 395

Módulo XI
Direito Penal e Contra-Ordenacional do Consumo

Mafalda Moura Melim / Rita do Rosário
Protecção penal do consumidor 425

Catarina Abegão Alves
Protecção contraordenacional do consumidor 451

Módulo XII
Do acesso à Justiça

Isabel Mendes Cabeçadas
Mediação, Conciliação e Arbitragem nos Conflitos de Consumo 469

Sofia Campos Coelho
Os julgados de paz 493

Filipa Lemos Caldas
Das acções colectivas em geral: afinidades, distinções 507

Margarida Paz
A acção popular cível 523

Carla Amado Gomes
A acção popular administrativa 545

João Marques Martins
Acções inibitórias nos litígios de consumo 567