

**ESTUDOS
DE
DIREITO DO CONSUMO
VOLUME I**

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO VOLUME I

2023

Comissão organizadora

Prof. Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

Prof. Doutor Francisco Rodrigues Rocha

Mestre Vítor Palmela Fidalgo

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMO VOLUME I

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.

CAPA: EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Janeiro, 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.



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. 1. – p. – ISBN 978-989-40-0895-8

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 EWOUT 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 Protecção 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 OLIVEIRA

Os deveres de informação no mercado de capitais no quadro da relação especial entre emitente e investidor

JUIZ CONS. 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

Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários. Algumas 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

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 RITA DO ROSÁRIO / MESTRE MAFALDA MOURA MELIM

Proteção penal do consumidor

MESTRE CATARINA ABEGÃO ALVES

Proteção 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

NOTA PRÉVIA

O IDC – Associação para o Estudo do Direito do Consumo e o Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), ambos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, decidiram organizar em conjunto a presente compilação de Estudos de Direito do Consumo (doravante, designados de forma abreviada por *Estudos*).

Atendendo à acentuada transversalidade sistémica que domina as matérias concernentes ao Direito do Consumo, entendeu-se que uma coletânea doutrinária com uma extensa concentração de estudos poderia desempenhar vários propósitos úteis, servindo, em especial, para apoiar a aplicação judicial e a investigação jurídica, cujo labor é dificultado tanto pela fragmentação legislativa, como pela intensa dispersão multidisciplinar que afeta os sectores normativos delimitados pelas regulações de consumo.

I. Encarado em todas as suas dimensões disciplinares, o Direito do Consumo não constitui um ramo de Direito no sentido próprio do conceito, nem sequer se deixando reconduzir em termos globais ao Direito Público ou ao Direito Privado, porque pertence simultaneamente a ambos, percorrendo-os em grande parte da sua extensão.

As regras nucleares do Direito do Consumo pertencem ao Direito Privado, porquanto a sua aplicação pressupõe, tipicamente, a existência de uma relação de consumo, a qual se constitui e rege pelos princípios da liberdade e da igualdade jurídica entre as partes¹. Dentro do Direito Privado,

¹ A referência à relação de consumo deve ser entendida em termos tendenciais, uma vez que a tutela do consumidor se basta amiúde com a noção de consumidor potencial. É o caso,

o Direito do Consumo reconduz-se de modo indubitável ao Direito Civil, uma vez que os atos de consumo são as operações jurídico-económicas basilares da vida jurídica corrente das pessoas comuns, isto é, abstraindo das qualificações especiais que possam assumir em certos contextos.

Com efeito, a ordenação jurídica do consumo está longe de se poder reclamar de um qualquer critério de autonomia substantiva equiparável aos que permitiram a organização de ramos e sub-ramos *especiais* do Direito Privado, os quais se desprenderam da condição jurídica geral das pessoas para se centrarem na titularidade de um *certo estatuto ou função social*. Foi o caso do Direito do Trabalho, nascido para defender a posição jurídica dos trabalhadores subordinados, do Direito Comercial, cujo cerne histórico se enraizou em volta dos *comerciantes* e da *atividade comercial*, do Direito de Autor, que se polarizou em torno da pessoa enquanto *criadora de obra intelectual* (nos domínios literário, científico e artístico) e do Direito de Propriedade Industrial que se concentrou em redor dos direitos privativos atribuídos às pessoas enquanto *inventoras de criações industriais originais de utilidade* para a atividade económica (patentes, sinais distintivos, etc.).

Pelo contrário, o Direito do Consumo, em razão da matéria de que se ocupa, situa-se em pleno coração do Direito Civil, constituindo uma subdivisão individualizada pela qualidade em que intervêm os sujeitos da relação de consumo e pela finalidade que preside à aquisição dos bens ou serviços que constituem o seu objeto: alguém adquire bens ou serviços para uso não profissional (seja pessoal, familiar ou doméstico) a uma pessoa singular ou coletiva que os fornece no exercício profissional de uma atividade económica que visa a obtenção de benefícios.

Dentro do Direito Civil, as particularidades dos seus regimes legais ditadas pelo escopo de proteção do consumidor fazem com que o Direito do Consumo trabalhe sobretudo com categorias atinentes quer à Teoria Geral (designadamente, em sede de formação dos negócios jurídicos, como sucede com os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento), quer ao Direito das Obrigações, em especial, no concernente aos meios

por exemplo, de diversos mecanismos acolhidos na Lei de Defesa do Consumidor (*maxime*, o artigo 8.º, que consagra o direito à informação em particular) e da protecção jurídico-penal que, ao trabalhar com crimes de perigo, dispensa a existência de uma relação de consumo, valendo-se de um conceito mais amplo de consumidor, entendido como o sujeito que adquire, *ou pode adquirir*, bens ou serviços para uso particular a alguém que actua no exercício de uma actividade profissional.

de tutela do credor, nas vestes de consumidor, em caso de incumprimento pelo profissional.

A ordem privatística do consumo não se confina, todavia, ao seu tronco comum. Antes se dispersa pelas disciplinas periféricas que atendem às diversas necessidades próprias dos consumidores contemporâneos, razão pela qual conhece uma importância central em domínios como o Direito Bancário e o Direito dos Seguros, em que predominam relações de consumo marcadas por forte desequilíbrio jurídico, técnico, económico e informacional, além da valia de que também se revestem vários afloramentos da defesa do consumidor no âmbito do próprio Direito da Insolvência.

A tutela substantiva do consumidor – enquanto parte débil da relação de consumo – pelos instrumentos privatísticos é essencialmente assegurada pela densificação do princípio da boa-fé, que tanto pode atuar por via da atribuição de novos direitos (tenha-se presente, por exemplo, as várias consagrações legais do direito de livre desvinculação, enquanto paradigma da proteção especial dispensada ao consumidor²), como através do reforço e intensificação dos deveres acessórios impostos ao profissional (em que avulta o considerável agravamento dos deveres de informação).

Por consequência, afigura-se dotada de pleno cabimento científico a proposta de incorporar no Código Civil as regras materiais do consumo³. Sempre se poderia objetar que a solução acarretaria a quase permanente instabilidade do próprio Código, dada a inconstância que afeta a legislação do consumo. O argumento não deve, contudo, ser sobrevalorizado, sob pena de servir para fundar uma nova (e indesejável) dispersão por legislação extravagante de outras matérias que sofrem de similar volatilidade legislativa, como é o caso do arrendamento urbano e que, por direito próprio, devem pertencer a qualquer Código Civil que se proponha cumprir a sua razão de ser essencial, qual seja a de reger em termos atualizados a vida jurídica basilar das pessoas em geral. Ora, um Código desprovido das regulações do consumo e do arrendamento perde o estatuto de lei civil

² Enquanto instrumento de defesa da igualdade material, a boa-fé pode traduzir-se em discriminações positivas a favor da parte vulnerável da relação obrigacional, que neutralizem o seu desequilíbrio genético.

³ Sustentada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I – Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 329-333 e *Tratado de Direito Civil, VI – Direito das Obrigações, Introdução/Sistemas e Direito Europeu/Dogmática Geral*, 3.ª edição (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), Coimbra, Almedina, 2019, pp. 103-104 e ss.

fundamental, para se remeter a um papel quase residual na regulação das principais relações contratuais estabelecidas no âmbito da atividade jurídica corrente desenvolvida pelo comum das pessoas.

Em termos alternativos, poderia conjecturar-se uma hipótese intermédia entre a codificação e o presente estado de coisas, obtida, porventura, com uma Lei de Defesa do Consumidor mais densa, que chamasse a si, num período intercalar, as regulações nucleares que, em razão da matéria, se revelassem suscetíveis de inserção no Código numa fase subsequente. A vigência durante alguns anos de uma Lei que valesse como estatuto jurídico central do consumidor teria diversas vantagens, em especial, fazer cessar à atual pulverização legislativa, servindo de antecâmara ao seu eventual ingresso no Código Civil, uma vez aproveitados os ensinamentos que pudessem ser extraídos dessa vigência temporária.

II. No hemisfério jus-publicista, a dispersão normativa obriga a considerar a existência de previsões de defesa do consumidor em várias instâncias legais, mormente, ao nível constitucional, administrativo, penal e contra-ordenacional e processual.

Sobressai, em primeira linha, a proteção *constitucional* dos consumidores, aos quais o artigo 60.º, n.º 1 da Lei Fundamental reconhece o 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.

Nessa sequência, vincula-se o Estado ao cumprimento de genuínos deveres de proteção que viabilizem o usufruto efetivo dos direitos dos consumidores e cuja defesa constitui uma das suas incumbências prioritárias (alínea i) do artigo 81.º, CRP). O seu não acatamento pode importar inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º da Constituição), em caso de ausência de lei que dê exequibilidade aos direitos carecidos de concretização legislativa e, porventura, responsabilidade civil, tanto na hipótese de inconstitucionalidade por ação (artigo 277.º, CRP) como por omissão.

A existência de um Direito Constitucional do Consumo dificilmente poderia dispensar um *Direito Administrativo do Consumo*. O cumprimento dos referidos deveres de proteção postos a cargo do Estado envolve várias dimensões, implicando, nomeadamente, regulações executivas que assegurem a conformação da vida coletiva segundo os valores constitucionais. As atividades económicas – em especial, as que envolvem riscos particularmente críticos – regem-se, assim, por um denso conjunto de prescrições

que procuram acautelar os direitos dos consumidores (v. g., exigências de qualidade e segurança dos produtos, requisitos de licenciamentos, autorizações prévias), cuja observância se submete à fiscalização exercida por autoridades administrativas especializadas.

Por seu lado, a tutela *penal*, em atenção ao princípio da subsidiariedade, reserva a sua interferência às hipóteses agravadas de responsabilidade, intervindo em defesa do direito à saúde e segurança dos consumidores, tanto de modo indireto através de algumas incriminações clássicas de teor genérico (*maxime*, o homicídio, bem como a ofensa à saúde ou à integridade física), como por intermédio do tipo legal vertido no artigo 282.º do Código Penal, que incrimina a corrupção de substâncias alimentares ou medicinais. O direito à qualidade dos produtos merece igualmente a protecção penal dispensada pelos artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que ainda tutela a saúde pública com a incriminação do abate clandestino (artigo 22.º).

Atento o princípio da subsidiariedade que limita a intervenção criminal, as reações sancionatórias privilegiadas pelo legislador situam-se na área *contra-ordenacional*, impondo a aplicação de coimas às infrações dos deveres cautelares impostos pela ordem administrativa. O novo Regime Jurídico das Contra-ordenações Económicas (que entrou em vigor em 28/07/2021) efetuou uma importante sistematização da legislação avulsa anterior, reforçando a defesa dos consumidores pela criação de novos tipos contra-ordenacionais e estabelecendo uma disciplina mais abrangente de responsabilidade das pessoas coletivas, além de ter uniformizado os montantes das coimas e alargado a punição da tentativa.

Por seu lado, em sede adjetiva, destacam-se, além da comum tutela privada de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, as providências *processuais* destinadas a assegurar a tutela efetiva dos consumidores enquanto titulares de interesses difusos, isto é, interesses que recaem sobre bens insuscetíveis de apropriação individual e que pertencem a uma pluralidade indeterminada de sujeitos.

A tutela específica dos ditos interesses difusos é realizada através da ação popular (artigo 52.º, n.º 3, CRP) que, atendendo ao seu objeto, pode ser administrativa ou civil (artigo 12.º, n.º 1 e 2, respetivamente, da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, que consagrou o direito de participação procedimental e de ação popular), podendo conhecer uma finalidade inibitória (ou preventiva) ou reparatória da ofensa cometida contra os referidos interesses difusos.

A ação popular acolhida na Lei n.º 83/95 não é o único meio de tutela jurisdicional dos interesses difusos relativos ao consumo. O artigo 10.º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor prevê uma ação inibitória; o artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, concede, quanto às chamadas cláusulas contratuais gerais, uma ação inibitória destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas e também se encontra prevista uma ação inibitória no artigo 8.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, que instituiu medidas contra os atrasos no pagamento de transações comerciais.

Paralelamente ao processo civil, regista-se a importância crescente dos principais *meios alternativos de resolução de litígios*: a mediação (em que se procura alcançar um compromisso com assistência de um terceiro (mediador) imparcial e independente, desprovido de poderes de autoridade e que auxilia as partes na tentativa de consecução de um acordo), a conciliação (quando os litigantes são conduzidos a aceitar uma solução proposta por um terceiro) e a arbitragem (uma modalidade extrajudicial de resolução de conflitos de carácter contencioso, em que um ou mais árbitros proferem uma decisão destinada a resolver o litígio).

III. Este breve relance não deve ignorar que a atual fisionomia do Direito do Consumo tem origem, em larga medida, no forte influxo das *fontes europeias*, em função, sobretudo, do impacto de inúmeras Diretivas nos ordenamentos dos Estados-Membros, nomeadamente em matéria de publicidade enganosa, práticas comerciais desleais, cláusulas abusivas nos contratos, venda e garantia dos bens de consumo, crédito ao consumo, contratos celebrados à distância e fora dos estabelecimentos comerciais, comércio eletrónico, viagens organizadas e direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis.

Os próximos anos serão dominados pelas cinco prioridades definidas pela Nova Agenda do Consumidor, que apresentou uma visão para a política dos consumidores da União Europeia de 2020 a 2025: (1) Transição ecológica; (2) Transformação digital; (3) Aplicação efetiva dos direitos dos consumidores; (4) Proteção de determinados grupos de consumidores mais vulneráveis e (5) Cooperação internacional. Há que aguardar os necessários desenvolvimentos.

IV. Ainda se teve em consideração a renovada acuidade que a globalização das sociedades modernas confere aos temas de *Direito Internacional*

Privado, justificando a opção por um módulo autónomo, circunscrito a matérias abrangidas pelas leis aplicáveis às obrigações contratuais (Regulamento Roma I) e extracontratuais (Regulamento Roma II).

De facto, os processos de produção, comercialização e aquisição de produtos conhecem uma dispersão crescente pelos territórios de diversos Estados, incentivada pelos meios de comunicação à distância, em especial a Internet, os quais facilitam a aquisição de produtos vendidos em Estados diferentes daquele em que se situa a residência habitual do adquirente.

São assim cada vez mais frequentes as relações contratuais de consumo que implicam conflitos de leis, postulando igualmente a adoção de soluções especiais de proteção do consumidor enquanto parte vulnerável (Regulamento Roma I). De igual modo, as próprias obrigações extracontratuais também podem apresentar conexões com diferentes ordenamentos jurídicos, nomeadamente, porque a conduta ou o facto que deram origem à lesão aconteceram no território de um Estado e o efeito lesivo, propriamente dito, produziu-se noutro Estado, como sucede, amiúde, no âmbito da responsabilidade por produtos defeituosos (Regulamento Roma II).

V. A estrutura da presente obra coletiva procurou refletir esta excecional heterogeneidade que caracteriza as matérias abrangidas pelo Direito do Consumo, razão que explica a sua organização em Módulos temáticos (alguns dos quais com subdivisões). Embora não custe reconhecer que o campo de aplicação de certos temas transcende a estrita esfera do Direito do Consumo (aproveitando, por exemplo, a investidores institucionais), todas as matérias tratadas interessam, fundamentalmente, aos consumidores, por serem o contraente mais vulnerável da relação de consumo.

Em termos complementares, entendeu-se ainda que, apesar das particularidades nacionais, o forte pendor internacional do Direito do Consumo aconselhava a sua correspondente repercussão no corpo da obra. Deste modo, o primeiro Módulo apresenta diversos estudos de conceituados autores sobre a evolução da legislação do consumo nas respetivas ordens jurídicas, não apenas europeias, mas também em alguns sistemas do espaço lusófono. No seu conjunto, estes trabalhos facultam um quadro, tão geral quanto possível, dos desenvolvimentos recentes nesta área, num mundo cada vez mais interligado e global, podendo ainda servir de acervo impulsionador de futuros estudos em Direito Comparado do Consumo.

VI. A encerrar, são devidos vários agradecimentos e uma homenagem.

Em primeiro lugar, a todos os autores que, aceitando os convites dirigidos pela Comissão Organizadora, viabilizaram a elaboração desta obra com a qualidade e o empenho que depositaram nos seus estudos, agradecimento que se estende ao Mestre António Barroso Rodrigues, Assistente-Convocado da FDUL que, além de participar como autor nestes *Estudos*, ainda prestou uma preciosa colaboração à Comissão Organizadora na fase final dos trabalhos de preparação da obra.

Ao Professor Doutor António Menezes Cordeiro, por ter concordado em associar o CIDP à iniciativa, prestigiando-a com a sua participação.

Ao Professor Doutor Christian Baldus, da Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, pela prestimosa intermediação com as Academias alemã e austríaca, a qual muito enriqueceu a presente iniciativa.

Finalmente, seja-nos ainda permitida uma respeitosa homenagem à memória do Dr. Jorge Pegado Liz que, com o espírito de serviço que sempre o caracterizou, assumiu o repto que lhe lançámos de assegurar o desenvolvimento dos quatro temas integrados no inovador Módulo VI – Do Consumo Sustentável, apesar do seu já precário estado de saúde. O nosso profundo reconhecimento pela excecional recetividade e espírito de sacrifício com que acedeu em participar nestes *Estudos*.

A Comissão Organizadora

Rui Ataíde	Francisco Rodrigues Rocha	Vítor Palmela Fidalgo
(Prof. Auxiliar/FDUL)	(Prof. Auxiliar/FDUL)	(Assistente Convocado/FDUL)

Módulo I
Perspectivas nacionais do Direito do Consumo

O DIREITO DOS CONSUMIDORES EM PORTUGAL (2022)

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: *I – Aspetos gerais: 1. Os antecedentes; 2. O Direito dos consumidores; 3. Motores e inconvenientes do Direito dos consumidores. II – O Direito positivo: 4. Os primórdios; 5. A influência europeia; 6. O Direito dos consumidores em 2021; 7. A aplicação do Direito dos consumidores. III – O Direito português dos consumidores: 8. Uma Ciência do Direito aberta; 9. Problemas externos e problemas internos; 10. A natureza do Direito dos consumidores e a sua codificação; 11. Os dilemas a encarar.*

I. Aspetos gerais

1. Os antecedentes

I. A defesa dos fracos é um objetivo básico de qualquer ordem jurídica socialmente radicada¹. As XII Tábuas visaram, nas páginas de Tito Lívio, a defesa da Plebe. A estruturação romana das obrigações, assente na tutela dos devedores (*Lex Poetelia Papiria de nexis*), das mulheres (*SC Velleianum*) e dos filhos-famílias (*SC Macedonianum*), comporta exemplos tradicionais. A eles seguiram-se regras clarificadoras das garantias (benefício da excusão), das cessões de crédito (remédios teodosiano e anastasio), da lesão (“lei segunda”) e dos juros (limitações, com as *leges fenebras* e proibições canónicas). A influência cristã teve o seu papel, a partir do século IV.

¹ Remetemos para o nosso *Vulnerabilidades e Direito civil*, RFDUL LXII (2021) 1, 21-58.

II. O Direito português acolheu, quer diretamente, nas Ordenações e em leis avulsas, quer indiretamente, graças à aplicação subsidiária do Direito romano, estas e outras soluções de tutela. A essas normas há que aditar regras gerais, como as respeitantes a “médicos que curam sem ter carta”², aos que adulteram pesos³ ou aos “que molhão, ou lanção terra, agoa ou outra cousa qualquer, para lhe crescer ...”⁴. As penas elevadas eram um sinal da seriedade com que os Reis de Portugal encaravam a necessidade de reprimir condutas objetivamente lesivas para os (hoje ditos) consumidores. Anote-se, ainda, que a organização das profissões em corporações assegurava, de acordo com os critérios da época, a manutenção da qualidade de diversas manufaturas.

III. No período liberal, os códigos comercial, de 1833 e civil, de 1867, comportavam os remédios clássicos para o não-cumprimento dos contratos. Mais próximos de uma tutela específica dos consumidores, surgem os códigos penais oitocentistas. O Código de 1852 continha uma secção relativa aos crimes contra a saúde pública: venda de substâncias venenosas ou abortivas sem autorização (248.^o), boticário que altere as prescrições ou venda medicamentos deteriorados (249.^o), alteração de géneros destinados ao consumo público (251.^o) e violação de regulamentos sanitários (252.^o)⁵. Essas normas foram retomadas, com uma linguagem atualizada, pelo Código Penal de 1886 (248.^o a 252.^o)⁶. Esse Código sancionava, ainda, os abusos em casas de empréstimo sobre penhores (274.^o) e os “monopólios” (275.^o a 278.^o): recusa injustificada de vendas de bens de sustento, alteração de preços que resultariam da concorrência, coligações laborais e viciação de arrematações (278.^o)⁷. A matéria laboral não poderia ser havida como “crime”; quanto aos demais, há uma indireta proteção dos consumidores.

² *Ord. Fil.*, Liv. I, tit. 58, § 33 = ed. Gulbenkian, I, 108/I.

³ *Ord. Fil.*, Liv. V, tit. 58 = ed. Gulbenkian, IV-V, 1206-1207: se a falsidade valesse um marco de prata, “morra por isso”; não alcançando essa cifra: degredo, para sempre, para o Brasil.

⁴ *Ord. Fil.*, Liv. V, tit. 59 = ed. Gulbenkian, IV-V, 1207/I: a pena, se o dano e perda valler dez mil réis, era a de morte; sendo inferior, o culpado era degredado para sempre para o Brasil.

⁵ Antonio Luiz de Sousa Henriques Secco, *Código penal português anotado*, 6.^a ed. (1881), 130-134, com explicações.

⁶ *Código Penal Português / Nova publicação oficial*, 7.^a ed. (1919), 75-76.

⁷ *Idem*, 82-83.

IV. Ao longo da primeira metade do século XX, foram adotados diversos diplomas relativos à defesa da saúde pública. Visando simplificar, complementar e sistematizar essa matéria, o Decreto-Lei n.º 42 204, de 24 de julho de 1957 (Antunes Varela) veio “inserir disposições relativas às infrações contra a saúde pública e contra a economia nacional”⁸. Esse Decreto-Lei revogou cerca de uma dezena de diplomas anteriores, acabando revogado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, que aprovou o Código Penal de 1982. Este foi substituído pelo de 1995, por último alterado pela Lei n.º 79/2021, de 24 de novembro. A tutela penal da saúde pública é importante: mas entretanto, fora autonomizado o Direito dos consumidores.

2. O Direito dos consumidores

I. Numa sociedade pré-industrial e nos próprios momentos iniciais da industrialização, o problema do consumo (atual) não exigia regras, para além das penais. Os agricultores e os operários estavam em níveis de subsistência, sendo protegidos pelas regras penais que vedavam a venda de alimentos deteriorados. A situação modificou-se com a industrialização. A produção de bens de todo o tipo subiu exponencialmente. Em paralelo, o nível de vida das populações conheceu melhorias substanciais, permitindo o acesso a mercadorias muito diversas. Constituíram-se novos circuitos económicos, esquematizáveis na linha do produtor, distribuidor e destinatário final do processo: o consumidor⁹.

II. Como temos sublinhado em obras anteriores, a expressão técnica mais adequada para designar o elo final do circuito económico deveria ser consumidor e não consumidor. Temos dois étimos latinos distintos: *consummare* (realizar ou terminar), na base de consumir e *consumere* (destruir ou absorver), na origem de consumir. Ora o “consumidor” (*consummator*) é-o por consumir o circuito económico, adquirindo o bem final e não por consumir o bem adquirido (seria, então, o *consumptor*): essa opção depende da natureza do bem e das decisões do adquirente, sendo juridicamente indiferente. Também em alemão jurídico temos confusão. Aí usa-se *verbrauchen* quer para as coisas consumíveis (*verbrauchbare Sache*, § 92 do BGB), quer para o consumidor (*Verbraucher*, § 13 do BGB) quando, em rigor, este seria o *Vollender* (consumador). Já em francês, diz-se, no campo do Direito

⁸ DG I, n.º 167, de 24-jul.-1957, 755-761.

⁹ Um apanhado histórico consta de Eike von Hippel, *Verbraucherschutz*, 3.ª ed. (1986), 5 ss..

do consumo, *consommateur* e *consommer*¹⁰ e não *consompteur* e *consumer*: expressões corretas, mas para designar o autor e o ato de consumir (comer, assimilar). Quanto a coisas consumíveis: na língua de Molière, são *consomptibles* e não *consummables*.

As apontadas confusões etimológicas estão consumadas. O barbarismo envolvido não é inócuo: chamando-se consumidor ao consumidor, está-se a pequena distância de exigir que ele possa, mesmo ... consumir (devorar) os bens. Teria, pois, de ser pessoa singular. Adiante veremos o infundado desta opção, todavia bastante radicada. Com estas precisões, definimos o Direito do consumo *stricto sensu* ou Direito dos consumidores como o conjunto de normas e de princípios que concede ao consumidor, enquanto elo terminal do circuito económico, um regime especial, tendencialmente mais favorável.

III. O Direito dos consumidores tem sido construído em torno da noção de consumidor¹¹. Podemos distinguir, para o Direito do consumo, uma aceção estrita e uma aceção ampla¹². Em sentido estrito, vale a referência expressa ao consumidor, definido nas leis, com relevo para o emblemático § 13 do BGB¹³:

É consumidor qualquer pessoa singular que conclua um negócio jurídico que não lhe possa ser imputado nem a uma atividade empresarial nem a uma atividade profissional.

¹⁰ Vide Jean Calais-Auloy/Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6.^a ed. (2003), 8.

¹¹ Michael L. Ultsch, *Der einheitliche Verbraucherbegriff / §§ 13, 14 BGB: Nationale vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben* (2006), 28-55; Peter Bülow/Markus Artz, *Verbraucherprivatrecht*, 6.^a ed. (2018), Nr. 62-78 (29-39); entre nós: Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do consumo*, 7.^a ed. (2021), 29-48. Uma referência deve ser feita às jornadas alemãs-brasileiras por Marcus Artz/Jan Dirk Harke/Beate Gsell/Cláudia Lima Marques/Caroline Meller Hannich, *Wer ist der Verbraucher?* (2018), 211 pp..

¹² Carolina Meller-Hannich, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht / Privat Freiheit und staatliche Ordnung* (2005), 117-119; Vanessa Reichardt, *Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr* (2008), 32-33.

¹³ Hans-W. Micklitz, no *Münchener Kommentar zum BGB*, 1, 9.^a ed. (2021), § 13, Nr. 1-7 (412-414), sublinhando, de resto, o duplo alcance do preceito, porquanto visando o Direito interno e o europeu; Jürgen Ellenberger, no *Grüneberg (ex-Palandt) Kommentar zum BGB*, 81.^a ed. (2022), § 13 (23-24). Quanto à letra do preceito: Vanessa Reichardt, *Der Verbraucher* cit., 183 ss..

Em sentido amplo, podemos firmar o Direito do consumo como aquele que abarca as normas e os princípios que, não se dirigindo explicitamente a consumidores, acabem, todavia, por assegurar a sua proteção. Ficariam incluídas áreas significativas do Direito financeiro, do Direito dos transportes e do Direito da personalidade, como exemplos. Em sentido estrito, melhor será falar em Direito dos consumidores: as normas e os princípios que tutelam o último elo do circuito económico. Na falta de um *corpus iuris* completo relativo aos consumidores há que, diploma a diploma, indagar o preciso alcance da noção, sobretudo no plano europeu¹⁴.

IV. O Direito dos consumidores, para além dos seus aspetos técnico-jurídicos, dispõe de uma cobertura significativo-ideológica que tende, de um modo ou de outro, a preencher os pré-entendimentos subjacentes à sua aplicação. Assim, John Kenneth Galbraith (1908-2006), canadiano e norte-americano, explicou os excessos do capitalismo sobre os cidadãos destinatários dos bens¹⁵. Vance Oakley Packard (1914-1996), norte-americano, apresentou a publicidade como visando a manipulação do consumidor¹⁶: um tema recorrente, em face dos excessos publicitários¹⁷. Herbert Marcuse (1898-1979), alemão e norte-americano, autor, entre outros, da obra *One-Dimensional Man*¹⁸: com recurso à dialética hegeliana¹⁹, põe em causa a paridade nas opções de consumo²⁰. A universalidade do consumo é asso-

¹⁴ Nastasia Achilles, *Vom homo oeconomicus zum Differenzierten Verbraucher / Analyse von Begriff, Entwicklung und neuen Herausforderungen des verbrauchervertragsrechtlichen Leitbildes auf EU-Ebene* (2020), 426 pp., especialmente 89 ss., com muitas indicações.

¹⁵ J. K. Galbraith, *American Capitalism/The Concept of Countervailing Power* (1952); um troço significativo pode ser conferido em John Kenneth Galbraith, *The Essencial Galbraith* ed. Andrea D. Williams (2001), 2 ss..

¹⁶ Vance Packard, *The Hidden Persuaders* (1957, 46.^a reimpr., 1976); Packard especifica a persuasão como consumidores (8 ss.) e como cidadãos (155 ss.).

¹⁷ Assim: Alfons Vogt/Stefan Vogt, *Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in der Zeit von 1975 bis 1979*, NJW 1981, 12-17 (16), a propósito de jogos publicitários e Karl-Heinz Fezer, *Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen im Schutzbereich der Meinungs- und Pressfreiheit*, NJW 2001, 580-583 (581/I).

¹⁸ Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man/Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society* (1964), com 2.^a ed., nova introdução por Douglas Kellner (1991); vide, aí, p. ex., 4 ss., quanto às falsas necessidades.

¹⁹ Klaus Adomeit, *Herbert Marcuse, der Verbraucherschutz und das BGB*, NJW 2004, 579-582 (580/I).

²⁰ *Idem*, *Die gestörte Vertragsparität/ein Trugbild*, NJW 1994, 2467-2469 (2468).

ciada às palavras muito citadas do Presidente John F. Kdenney, em 1962: *Consumers, by definition, include us all*²¹.

3. Motores e inconvenientes do Direito dos consumidores

I. No terreno, o Direito dos consumidores foi impulsionado por três fatores decisivos:

- (1) o desenvolvimento económico;
- (2) as doutrinas sociais;
- (3) a defesa da concorrência.

Vamos ver.

II. O Direito dos consumidores, tal como entendido na atualidade, é um Direito pós-industrial. Apenas sociedades desenvolvidas, que logrem, para a generalidade das populações respetivas, ultrapassar os limiares da sobrevivência, gerando bens em cadeia, podem transcender as meras regras sanitárias, para tocar nos pontos essenciais da informação e da qualidade dos bens e serviços. Esta realidade contribui para explicar por que razão o Direito dos consumidores caminhou, *grosso modo*, de norte para sul e do primeiro para o terceiro Mundo. O desenvolvimento económico promove e acompanha os progressos social e cultural: condições necessárias para a radicação da ideia de tutela do consumidor.

III. As doutrinas sociais – aquilo que acima designámos como cobertura significativo-ideológica do Direito do consumo – motivam e dinamizam os governos e os parlamentos, no sentido da produção de leis de defesa do consumidor. O peso do eleitorado, elucidado e motivado por tais doutrinas, leva a que a tutela do consumidor esteja inscrita em todos os programas políticos. O denominado “capitalismo”, entendido em moldes humanistas avançados, não é contrário à defesa do consumidor. Pelo contrário: há que proteger os destinatários últimos do circuito económico, sob pena de prejudicar a distribuição e a própria produção. Além disso, a defesa do consumidor permite retirar do mercado certos concorrentes que cortem nos custos, através de meios ínvios de produção ou de promoção.

²¹ Vide o subtítulo de Adomeit, *Herbert Marcuse* cit., 579, bem como Eike von Hippel, *Verbraucherschutz* cit., 3.^a ed., 6.

IV. A defesa da concorrência implica a fixação de estálões mínimos de qualidade e de transparência. De outro modo, os competidores que não respeitem a qualidade dos produtos e a defesa dos destinatários últimos do circuito económico serão beneficiados, relativamente aos cumpridores. Este fator pesa especialmente no desenvolvimento do Direito europeu do consumo. Com efeito, mercê dos fenómenos conjugados do desenvolvimento económico e das doutrinas sociais, os países do Norte da Europa, adotaram sucessivas medidas de tutela dos consumidores. Com isso, ficaram em desvantagem competitiva em face dos países do Sul, que não tinham tais constrangimentos. Tanto bastou para a União Europeia se ocupar do tema, dimanando as primeiras orientações sobre ele.

V. O Direito dos consumidores tem uma contraface, que não deve ser obnubilada pelos estudiosos. Defender o consumidor implica, desde logo, uma série de deveres e de constrangimentos para os produtores e os distribuidores. Há que analisar produtos, doseá-los, etiquetá-los e fixar prazos de validade. As condições de produção, de distribuição e de armazenamento são mais criteriosas. Cabe recrutar especialistas e que proceder à formação profissional dos trabalhadores envolvidos. Em suma: a defesa do consumidor provoca despesas as quais, pela lógica do circuito económico, acabam sempre por, em última análise, ser repercutidas no preço final dos produtos e, logo, no consumidor. Este paga, quer queira quer não, a sua própria tutela, mesmo quando ela não se mostre necessária. Por outro lado, a teia de informações com as quais se pretende esclarecer o consumidor, conquanto úteis para controlo prudencial, são imperscrutáveis pelos destinatários: os consumidores.

Tudo isto deve ser ponderado, prevenindo-se fundamentalismos: no atual momento histórico, a tutela do consumidor é uma evidência reconhecida por todas as correntes do pensamento.

II. O Direito positivo

4. Os primórdios

I. Antecipando a pressão europeia, o Direito português chegou à tutela do consumidor por via indireta da defesa da concorrência: a Lei n.º 1:936,

de 18 de março de 1936²². A sua base II autorizava o Governo a organizar o regime de publicidade e fiscalização da existência e atividade das coligações económicas, enquanto a base IV dispunha:

São ilegais todos os acordos, combinações e coligações que tenham por fim restringir abusivamente a produção, o transporte ou o comércio de bens de consumo sendo os promotores e contraentes punidos (...)

Rematando a base V:

Ficam sujeitos ao regime da base anterior todos os acordos, combinações ou coligações que tenham por fim elevar ou baixar exageradamente os preços dos bens de consumo comum, ou diminuir fraudulentamente a sua qualidade.

II. À Lei n.º 1:936 sucedeu a n.º 1/72, de 24 de março, com as bases de defesa da concorrência. Bastante circunstanciado, este diploma proibia, entre outros aspetos (base V/1):

- g) Limitar ou controlar a produção, o desenvolvimento técnico e os investimentos em prejuízo dos consumidores;
(...)
- i) Aproveitar posições de domínio total ou parcial do mercado para atuações lesivas da economia nacional, dos legítimos interesses dos concorrentes, quando os houver, ou dos consumidores.

III. A Lei n.º 1/72 foi substituída pelo Decreto-Lei n.º 442/83, de 3 de dezembro, que visou garantir a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim (entre outros aspetos) de salvaguardar os interesses dos consumidores. Sucederam-lhe o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho e a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, hoje em vigor. Defendendo a concorrência, defendiam os consumidores embora, entretanto, tenha surgido legislação diretamente virada para estes.

IV. No termo da II República, ocorreu uma proposta relativa à “promoção e defesa do consumidor”²³, que originou um parecer da Câmara Corporativa²⁴. Subjacentes estavam o relatório da OCDE de 1972, bem como

²² DG I, n.º 64, de 18-mar.-1936, 315-316 (Oliveira Salazar).

²³ Proposta de Lei 5/XI (João Mota Pereira de Campos).

²⁴ Parecer 4/XI, DSess 17-abr.-1974 (relator António José Simões Neto).

a Carta do Consumidor do Conselho Europeu²⁵. Este conjunto, bastante avançado²⁶, não teve seguimento dada a queda do Regime. Apenas foi retomado cerca de uma década mais tarde, na sequência da Constituição de 1976.

5. A influência europeia e as Leis de 1982 e de 1996

I. O Direito português, mau grado os primórdios assinalados, veio, no campo do consumo, a cair sob a órbita europeia: à semelhança do ocorrido nos demais países²⁷.

O Tratado de Roma, na versão de 1957, não continha nenhum preceito relativo aos consumidores. Além disso, ele perfilhava um pensamento “produtivista”, preocupando-se, essencialmente, em abolir os entraves à livre circulação dentro das fronteiras comunitárias²⁸. Apenas 15 anos volvidos, na Cimeira de Paris, os fundadores da Comunidade assentaram em que, para além dos objetivos puramente económicos, haveria que melhorar as condições de vida das populações, com reforço da tutela dos consumidores. Em 1975, o Conselho adotou um “programa preliminar da CEE para uma política de proteção e de informação do consumidor²⁹, assente em cinco direitos fundamentais³⁰, a ele reconhecidos:

- (1) o direito à proteção das suas saúde e segurança;
- (2) o direito à proteção dos seus interesses económicos;
- (3) o direito à reparação dos danos sofridos;
- (4) o direito à informação e à formação;
- (5) o direito à representação ou a ser ouvido.

²⁵ Resolução n.º 543, de 17-mai.-1973, publicada em anexo por Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* (1982), 317-320.

²⁶ Vide as considerações apreciativas de Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* cit., 41-42.

²⁷ Vide as duas obras de referência: Peter Bülöw/Marcus Artz, *Verbraucherprivatrecht* (2003), 14 ss. e Bettina Heiderhoff, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts/Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung* (2004), 1 ss. e 41 ss..

²⁸ Norbert Reich, *Der Verbraucher im Binnenmarkt*, em Norbert Reich/Hans-W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4.ª ed. (2003), 9-80 (14 ss.).

²⁹ Calais-Auloy/Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6.ª ed. (2003), 35 e Norbert Reich, *Der Verbraucher im Binnenmarkt* cit., 16. O texto, em português, pode ser confrontado em Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* cit., 321-335. Quanto ao consumidor no Direito comunitário: Vanessa Reichardt, *Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr* cit., 165 ss..

³⁰ Vide Nastasia Achilles, *Vom homo oeconomicus zum Differenzierten Verbraucher* cit., 97 ss..

II. A consagração europeia em conjunto com a divulgação dos temas dos consumidores levaram à aprovação da Lei n.º 29/81, de 22 de agosto: o primeiro regime de defesa do consumidor³¹. O momento foi acompanhado pelos primeiros estudos alargados sobre o Direito do consumo³². Verificava-se um amadurecimento que justificou o passo seguinte: a Revisão Constitucional de 1982 introduziu um artigo 110.º – hoje 60.º – relativo aos “direitos dos consumidores”, que transcrevemos, na versão atual³³:

1. 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 dos danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.

3. 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.

É patente o enunciado europeu de 1975, particularmente no n.º 1.

III. Prosseguiu a produção europeia, agora com diversas diretrizes e outras iniciativas³⁴. A prática colhida e os elementos comunitários recomendavam

³¹ A Lei n.º 29/81 foi acompanhada por outros diplomas sugestivos: o Decreto-Lei n.º 195/82, de 21 de Maio, sobre associações de consumidores e o Decreto Regulamentar n.º 8/83, de 5 de Fevereiro, relativo ao Instituto Nacional de Defesa do Consumidor. Como curiosidade: o texto da Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, pode ser confrontada, em língua inglesa, em anexo a Eike von Hippel, *Verbraucherschutz* cit., 3.ª ed., 392-397; desse anexo constam outras leis, da época.

³² Com relevo para Carlos Ferreira de Almeida, *Os direitos dos consumidores* (1982), 360 pp., e *Negócio jurídico de consumo/Caracterização, fundamentação e regime jurídico*, BMJ 347 (1985), 11-38.

³³ O texto foi alterado pelas Revisões de 1989 (o n.º 1) e de 1997 (o n.º 3). Com elementos: J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed. (2007), 778 ss. e Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada I*, 2.ª ed. (2010), 1169 ss..

³⁴ Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (publ.), *Casebook/Europäisches Verbraucherrecht* (1999), onde podem ser confrontados vinte casos exemplares da área do consumo, acompanhados de interessantes comentários; Tobias Tröger, *Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht/Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, ZeuP 2001, 525-540; este Autor recorda logo o ceticismo suscitado pelas diretrizes

uma revisão mais aprofundada da Lei de Defesa do Consumidor, de 1981. Surgiu uma autorização legislativa: a da Lei n.º 60/91, de 13 de agosto, que invocava a adequação ao ordenamento europeu e ao novo enquadramento constitucional: sem seguimento. Apenas cinco anos mais tarde, a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, fixou o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Poucos dias antes, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, criara mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais. A Lei n.º 24/96 – Lei de Defesa do Consumidor ou LDC – originou diversa legislação complementar.

As diretrizes civis foram sendo objeto de transposição para leis civis extravagantes. Registraram-se atrasos: imputáveis à turbulência política mais do que à impreparação dos departamentos especializados. Todo um sector ganhou, entretanto, corpo, em torno da publicidade. Vigora o Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com alterações subsequentes, a última das quais adotada pela Lei n.º 30/2019, de 23 de abril.

6. O Direito dos consumidores em 2021

I. Para os presentes propósitos, abdicamos de anotar a evolução das leis de defesa do consumidor subsequentes a 1996. Todavia, vamos dar nota da evolução legislativa registada em 2021: permite fazer o ponto da situação nessa matéria.

II. Assim, temos a considerar:

- (1) o Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro: aprova o regime das contraordenações económicas; comporta diversas sanções relacionadas com a tutela do consumidor;
- (2) a Lei n.º 26/2021, de 17 de maio: autoriza o Governo a estabelecer normas de execução do Regulamento (UE) 2015/2394, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação das leis de proteção dos consumidores;
- (3) o Decreto-Lei n.º 59/2021, de 14 de julho: estabelece o regime aplicável à disponibilização e divulgação de linhas telefónicas para contacto do consumidor;

e pondera a hipótese de uma codificação europeia plena. Com indicações, *vide*, ainda, o nosso *Tratado de Direito civil*, I, 4.ª ed. (2012, reimp., 2019), 321-323 e, em termos (hoje) atualizados, Nastasia Achilles, *Vom homo oeconomicus zum Differenzierten Verbraucher* cit., 131 ss..

- (4) o Decreto-Lei n.º 71/2021, de 11 de agosto: assegura a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores;
- (5) o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro: regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretrizes 2019/771 e 2019/770;
- (6) a Lei n.º 78/2021, de 24 de novembro: adota o regime de prevenção e combate à atividade financeira não autorizada e proteção dos consumidores;
- (7) o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, que transpõe parcialmente a Diretriz 2019/2161, de 27 de novembro, com múltiplas medidas relativas à defesa do consumidor.

III. A sequência legislativa é marcada pela receção do Direito europeu. Dos sete diplomas sumariados, quatro têm diretamente a ver com transposições de instrumentos da União. Notamos, ainda, a aprovação, pelo Decreto-Lei n.º 59/2021, de 14 de julho, da sexta alteração à Lei de Defesa do Consumidor, de 1996.

IV. Decisivos são os Decretos-Leis n.º 84/2021, de 18 de outubro e n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro. O Decreto-Lei n.º 84/2021, como adiantado, procedeu à transposição das Diretrizes 2019/771 e 2019/770, introduzindo uma série de especificidades quanto à compra, por consumidores, de bens, conteúdos e serviços digitais.

Como referência, sublinhamos que, na Alemanha, a transposição foi feita pela Lei de 25-jun.-2021³⁵, na sequência de um projeto submetido à discussão em 12-fev.-2021³⁶. Essa Lei verteu, no BGB, as novidades europeias. Alterou os seus §§ 434, 439, 445a/1, 474, 475, 476, 478 e 479, aditou os §§ 475b a 475e e revogou o § 445b/2,³⁷. Dispomos, já, de diversos estudos

³⁵ *Gezetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags*, no *Bundesgesetzblatt* 2021, I, Nr. 37, 2133-2136.

³⁶ *Gesetzentwurf der Bundesregierung* Nr. 146/21, 12.02.21, 57 pp., com uma justificação de motivos circunstanciada.

³⁷ Estas alterações obrigaram à adaptação dos comentários. Já disponível, temos o Grüneberg (ex-Palandt), *Kommentar zum BGB*, 81.ª ed., 2022; vide, aí, a breve explicação em Walter Weidenkaff, Vor § 433, Nr. 9 (668) e, depois, as anotações aos §§ referidos no texto. Está em publicação a 9.ª ed. do *Münchener Kommentar zum BGB*, cujo 4.º vol. (2022) irá desenvolver o tema.

parcelares sobre aquela que já é considerada a maior reforma do BGB, desde a *Schuldrechtsmodernisierung* de 2001³⁸. Como obra geral, confrontá-mos a de Gerhard Ring³⁹ e a de Tobias Langkamp⁴⁰.

V. Releva, por seu turno, o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro, que visa, formalmente, a transposição parcial da Diretriz 2019/2161, destinada a assegurar uma melhor aplicação e modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores. O Decreto-Lei em causa alterou a Lei de Defesa do Consumidor de 1996, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais de 1985, o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril, sobre a indicação dos preços das vendas a retalho, o Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março, sobre os “saldos”, o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, sobre práticas comerciais desleais e o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, sobre contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Foi, ainda, alterado o Decreto Regulamentar n.º 38/2012, de 10 de abril, que aprovou a orgânica da Direção-Geral do Consumidor. Esta seriação dá a ideia da dispersão da legislação portuguesa sobre a defesa do consumidor.

VI. Mantendo, como linha de controlo, a experiência alemã, registamos que a Diretriz 2019/2161 foi transposta pela Lei de 10-ago.-2021⁴¹ a qual, fundamentalmente, alterou a UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) ou Lei de Defesa da Concorrência de 2010⁴², com incidência em aspetos sancionatórios. Também a este propósito foi divulgado, em 4 de novembro

³⁸ Como exemplos confrontados: Christiane Wendehorst, *Die neuen kaufrechtlichen Gewährleistungsregelung / ein Schritt in Richtung unserer digitalen Realität*, JZ 2021, 974-984, sublinhando os pontos decisivos no Direito geral da compra e venda (975/I), no Direito do consumo (976/II) e no campo digital (978/I); Stefan Lorenz, *Die Umsetzung der EU-Warrenkaufrichtlinie*, NJW 2021, 2065-2073, salientando, o plano geral, o conceito de vício da coisa (2065/II), as pretensões pós-eficazes (2066/II) e as novas regras do Direito da compra de consumo (2068/II ss.).

³⁹ Gerhard Ring, *Schuldrechtsreform 2022 / Sachmangelbegriffe – digitale Inhalte – Verbraucher-verträge* (2022), 248 pp..

⁴⁰ Tobias Langkamp, *Das neue Schuldrecht 2022 / Das neue Kaufrecht und der Vertrag über digitale Produkte* (2022), VIII + 168 pp..

⁴¹ *Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht*, no *Bundesgesetzblatt I*, 2021, Nr. 53, 3504-3512.

⁴² P. ex., Helmut Köhler/Joachim Bornkamm/Jörn Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 40.^a ed. (2022), 2696 pp..

de 2020, um projeto de diploma, sujeito à apreciação geral⁴³. Foram já publicadas diversas análises à lei definitiva, além dos comentários ao UWG⁴⁴. Os diplomas nacionais não foram, quanto sabemos, postos à prévia discussão pública. Além disso e para além dos preâmbulos respetivos, não foram acompanhados por preparatórios justificativos.

7. A aplicação do Direito dos consumidores

I. No plano jurídico-científico, uma apreciação sobre a aplicação prática do Direito do consumo e sobre os problemas que ele é chamado a resolver obtém-se com recurso à jurisprudência dos nossos tribunais. Nesse campo dispomos, hoje, de centenas de decisões relevantes. Vamos seriar, apenas, algumas decisões exemplificativas relevantes.

II. Tomamos nota:

RLx 4-fev.-2021: a responsabilidade do produtor, no âmbito do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, é objetiva⁴⁵;

RGm 18-mar.-2021: no domínio de uma empreitada de reparação, os remédios previstos no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) não estão hierarquizados, podendo o consumidor escolher o que lhe convier⁴⁶;

RGm 25-mar.-2021: *idem*⁴⁷;

RGm 15-abr.-2021: precisa a noção de consumidor, à luz do Decreto-Lei n.º 67/2003, explicando que um advogado fez aquisições para uso profissional e pessoal, integrando essa categoria⁴⁸;

RLx 11-mai.-2021: na venda de um veículo com defeito, aplica-se o Decreto-Lei n.º 67/2003⁴⁹;

⁴³ *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Gewerberecht*, 4.11.2020, 46 pp., com uma copiosa justificação de motivos.

⁴⁴ Assim, p. ex., foi confrontado Henrike Weiden, *Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes*, NJW 2021, 2233-2237, sublinhando os deveres de informação (2234/I ss.).

⁴⁵ *RLx 4-fev.-2021* (Cristina Neves), Proc. 4351/17.

⁴⁶ *RGm 18-mar.-2021* (Eduardo Azevedo), Proc. 5076/19.

⁴⁷ *RGm 25-mar.-2021* (Joaquim Boavida), Proc. 2062/17.

⁴⁸ *RGm 15-abr.-2021* (Alcides Rodrigues), Proc. 4881/18.

⁴⁹ *RLx 11-mai.-2021* (Conceição Saavedra), Proc. 27322/19.

- RGm 15-jun.-2021*: na compra de um imóvel com defeito, opera o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 e a grelha de remédios nele prevista⁵⁰;
- RLx 17-jun.-2021*: dada a noção de consumidor do artigo 1.º-B, a) do Decreto-Lei n.º 67/2003, na redação do Decreto-Lei n.º 84/2008, não é um ato de consumo o *leasing* relativo a uma empilhadora⁵¹;
- RLx 9-set.-2021*: aplica-se o regime da responsabilidade do produtor perante uma situação na qual uma senhora encontra um dente humano dentro de um pão; a produtora foi condenada a pagar € 5.000,00 por danos patrimoniais (quebra de dentadura) e € 2.000,00 por danos morais⁵²;
- RPt 4-out.-2021*: o adquirente de uma coisa defeituosa, sendo consumidor, tem a tutela conferida pelo artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003; os remédios nele elencados não estão hierarquizados⁵³;
- RLx 7-out.-2021*: *idem*⁵⁴;
- STJ 14-out.-2021*: numa venda de um *Jaguar* com defeito, não se fez prova de que o regime do consumidor fosse aplicável⁵⁵;
- RLx 21-out.-2021*: numa situação em que o utente/consumidor esteve três semanas sem linha, recebeu faturas confusas com valores indevidos, foi alvo de avisos de suspensão por atrasos inexistentes de pagamentos e de suspensões totais ou parciais de acesso a canais de televisão e tendo feito 10 deslocações às lojas da Ré para resolver problemas, atribuiu-lhe, por danos morais, uma indemnização de € 3.000,00⁵⁶;
- RPt 28-out.-2021*: uma sociedade não é um consumidor⁵⁷;
- RCb 15-dez.-2021*: ao contrato pelo qual o construtor de um imóvel o vende a um terceiro que o destina a habitação fica sujeito, entre outros preceitos, ao Decreto-Lei n.º 67/2003⁵⁸.

⁵⁰ RGm 15-jun.-2021 (Purificação Carvalho), Proc. 2284/19.

⁵¹ RLx 17-jun.-2021 (Carlos Castelo Branco), Proc. 69388/20.

⁵² RLx 9-set.-2021 (António Moreira), Proc. 3101/18.

⁵³ RPt 4-out.-2021 (Miguel Baldaia de Moraes), Proc. 30/17.

⁵⁴ RLx 7-out.-2021 (Nelson Borges Carneiro), Proc. 428/19.

⁵⁵ STJ 14-out.-2021 (Catarina Serra), Proc. 3554/18.

⁵⁶ RLx 21-out.-2021 (Jorge Leal), Proc. 2386/19.

⁵⁷ RPt 28-out.-2021 (José Eusébio Almeida), Proc. 91/12.

⁵⁸ RCb 15-dez.-2021 (Emídio Francisco Santos), Proc. 1612/17.

II. Desta amostragem, resultam os parâmetros seguintes:

- (1) a maioria dos acórdãos tem a ver com a aplicação do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril: venda de bens de consumo e garantias a ela relativas; ora este diploma foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, o qual, em princípio, vai ainda mais longe na tutela;
- (2) a responsabilidade do produtor fez o seu caminho;
- (3) reconhece-se, em três casos, o direito a danos morais por venda de bens ou serviços com vício;
- (4) mantém-se uma noção estrita de consumidor;
- (5) o regime da defesa do consumidor adquirente é repetidamente chamado em situações de empreitada.

III. Fora da listagem efetuada fica a temática das cláusulas contratuais gerais. O competente regime de proteção não tutela, apenas, consumidores, embora estes representem a maior fatia dos casos judicialmente decididos. Neste ponto, a jurisprudência de 2021 confirma uma tendência que tem vindo a emergir nos últimos anos: a maioria dos casos deslocou-se da banca para os seguros, de tal modo que estes absorvem a quase totalidade das decisões⁵⁹. A jurisprudência relevante permite ainda verificar que, no núcleo dos problemas, sobressaem questões de comunicação e de esclarecimento.

III. O Direito português dos consumidores

8. Uma Ciência do Direito aberta

I. Colhemos, no terreno, os elementos que vão permitir desenhar os grandes perfis do Direito português dos consumidores. Como ponto prévio, recordamos que o Direito dos Consumidores, como área normativa e

⁵⁹ Assim: RCb 26-jan.-2021 (Moreira do Carmo), Proc. 2628/17; RLx 28-jan.-2021 (Pedro Martins), Proc. 26321/17; RLx 28-jan.-2021 (Luís Correia de Mendonça), Proc. 7605/19; RLx 4-mai.-2021 (Freitas Neto), Proc. 195/14; RGm 16-set.-2021 (Purificação Carvalho), Proc. 4133/20; RLx 7-out.-2021 (Arlindo Crua), Proc. 23832/17; RGm 14-out.-2021 (Raquel Baptista Tavares), Proc. 445/20; RCb 26-out.-2021 (Mário Rodrigues da Silva), Proc. 637/19; RGm 11-nov.-2021 (Alcides Rodrigues), Proc. 3429/20.

como disciplina, é Direito privado comum. Enquanto tal, ele integra-se nos grandes vetores civis. Destes, recordamos os parâmetros seguintes:

- (1) a filiação romano-germânica;
- (2) a abertura ao exterior;
- (3) a codificação.

A filiação romano-germânica do Direito civil lusófono deriva da aproximação à pandectística. Ocorrida, logo em meados do século XIX, no Brasil (Teixeira de Freitas) e em Portugal (Coelho da Rocha), ela obteve com Guilherme Moreira, no princípio do século passado, um influxo decisivo. Volvida uma geração, o Direito civil português estava irreconhecível. O Código Civil de 1966 rematou essa evolução. As consequências foram profundas, quer no plano da sistematização (que sabemos não ser inóqua), quer no dos diversos institutos: negócio jurídico, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa e as diversas facetas da boa-fé: *culpa in contrahendo*, abuso do direito, alteração das circunstâncias e deveres acessórios. Neste momento, os nossos tribunais dispõem de instrumentos que, em cada caso concreto, lhes permitem transcender o formalismo, de modo a concretizar os interesses relevantes e os valores que os legitimam.

II. A abertura ao exterior do sistema lusófono remonta aos sistemas de fontes das Ordenações e, em especial, à Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão). Elementos jurídico-científicos “estrangeiros” passaram a fazer parte do quotidiano dos juristas nacionais. A dimensão reduzida da produção jurídico-científica do País, longamente acantonada a uma única universidade, levava os interessados a recorrer a literaturas de outros países: primeiro francesa, depois italiana e, finalmente, alemã. Essa abertura ao exterior e a germanização hoje dominante explicam a facilidade com que o Direito europeu tem sido transposto.

III. O Direito português é um Direito codificado. Sob a imagem dos códigos civis de 1867 e de 1966, as diversas disciplinas ordenam-se em torno de leis densas e cientificamente elaboradas. As vantagens para o conhecimento e o ensino da matéria são óbvias embora, como contraponto, ocorram fugas para o positivismo e exegese.

IV. Os temas mais relevantes da Ciência do Direito têm repercussões no consumo e podem ser acolhidos entre nós. Assim, como exemplo, referimos

as questões relativas: aos sistemas autónomos⁶⁰ e à inteligência artificial⁶¹; à digitalização⁶², à proteção de dados⁶³ e à *Internet*⁶⁴; ao recurso a esquemas de contratação simplificados, como sejam a *Legaltech*⁶⁵, as tradicionais ficções de consentimento⁶⁶ ou as dimensões associadas às cláusulas contratuais gerais⁶⁷.

V. Devemos sublinhar que, para além de pontos concretos de sabor atual, os temas centrais do ordenamento vão sendo repensados. Desde logo, temos o inesgotável campo dos deveres de informação, especialmente na melindrosa área dos seguros⁶⁸. A pandemia de Covid-19 vem suscitar a adequação de medidas restritivas através do fim legítimo prosseguido pelo

⁶⁰ Cornelius Kniepert, *Die Rechtsfähigkeit autonomer System*, Jura 2021, 358-368 (367-368, o resumo); Spohia Schwemmer, *Dezentrale (autonome) Organisationen*, AcP 221 (2021), 555-595.

⁶¹ Dieter Krimphove, *Künstliche Intelligenz im Recht*, Jura 2021, 764-769; Dominik Schäfers, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz*, AcP 221 (2021), 32-67, usando institutos tradicionais, como a *culpa in contrahendo*; Mafalda Miranda Barbosa, *Inteligência artificial / entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos* (2021), 223 pp..

⁶² Jan Oster, *“Informations” und “Data” als Ordnungsbegriffe des Rechts der Digitalisierung*, JZ 2021, 167-175: os conceitos de “informação” e de “dados” não são meramente analíticos; Christiane Wendehorst, *Die Neuregelungen zu Verträgen über digitalen Produkte*, NJW 2021, 2913-2919, relativamente à nova redação dos §§ 327 e seguintes do BGB; Hannes Wais, *Das Gesetz für faire verbraucherverträge / Weitere Reaktionen auf die Digitalisierung*, NJW 2021, 2833-2839, com especial atenção às relações duradouras.

⁶³ Peter Gola/Christoph Klug, *Die Entwicklung des Datenschutzrechts*, NJW 2021, 680-684; Jörg Neuner, *Das Rechtsprinzip Hoffnung*, JZ 2021, 585-592; subjacente está o tema de “direito ao esquecimento”.

⁶⁴ Reto Mantz, *Die Entwicklung des Internetrechts*, NJW 2021, 516-520; sublinhando o tema recorrente da informação aos consumidores; Bernd Holznagel/Lorna Woods, *Rechtsgüterschutz im Internet / Regulierung durch Sorgfaltspflichten in England und Deutschland*, JZ 2021, 269-285, enfocando, também, a informação.

⁶⁵ Martin Fries, *De minimis curat mercator: Legal Tech wird Gesetz*, NJW 2021, 2537-2541.

⁶⁶ Friedrich Graf von Westphalen, *Zustimmungsfiktionen zur Vertragsänderung im Verbraucher- und Unternehmerverkehr*, NJW 2021, 3145-3150. Em geral, referimos ainda Lajana von zur Gathen, *Die konkludente Willenserklärung / Normativ ausgelegtes nonverbales Verhalten* (2021), 356 pp., 180 ss., quanto à jurisprudência.

⁶⁷ Peter McColgan, *Die Inhaltskontrolle von Datenschutzerklärungen ist keine Inhaltskontrolle / Zum Verhältnis von Datenschutzrecht und AGB-Recht*, AcP 221 (2021), 695-731.

⁶⁸ Eberhard Frohnecke, *Effektiver Verbraucherschutz bei Versicherungsverträgen*, NJW 2021, 1561-1563.

legislador⁶⁹. A substancialização dos contratos e da autonomia privada é uma referência a não perder⁷⁰.

Finalmente: o próprio Direito representa um valor em si, apetecível no mercado, pelo qual cabe zelar⁷¹. E a Justiça, particularmente na vertente dos tribunais, opera como um fator económico: ressalva e produz riqueza, sendo essencial que funcione rapidamente e em termos previsíveis⁷².

9. Problemas externos e problemas internos

I. O Direito português dos consumidores caracteriza-se pela sua extrema prolixidade. Tomando como exemplo a coletânea de leis do consumo de David Falcão⁷³ temos, além de extratos da Constituição, 26 diplomas, alguns de assinalável dimensão. Tais diplomas sofreram, ao longo da sua vigência, dezenas de alterações⁷⁴. Além disso, o Direito dos consumidores não procura – nem isso faria sentido – regular tudo quanto tenha a ver com a matéria: esta repousa, essencialmente, no Direito civil, dependendo a sua efetivação, também no essencial, do Direito processual civil. Relaciona-se, ainda, com todas as outras disciplinas jurídicas. Daqui resulta uma complexidade a nível de fontes, agravada pela produção europeia e que não é amiga dos consumidores. Para estes valem leis simples, claras e diretas, que possam ser apreendidas pelo cidadão comum.

II. No plano interno, o Direito dos consumidores atinge – ou, quiçá: ultrapassa – o horizonte do possível, particularmente no que toca ao direito à informação e ao consentimento do visado. Principiando por este: todos sabemos que para aceder a um sítio normal e inóquo, na *Internet*, há que

⁶⁹ Anna Leisner-Egensperger, *Der legitime Zweck als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeit / Zum Zweck freiheitsbeschränkender Schutzmaßnahmen in der Corona- Pandemie*, JZ 2021, 913-914. Nas colunas da revista *Covid-19 und Recht* (COVuR), especializada no *Coronarecht*, encontramos dezenas de estudos relativos a esse tema.

⁷⁰ Günther Hönn, *Privatautonomie von innen und außen / Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht*, JZ 2021, 693-701.

⁷¹ Martin Fries, *Recht als Kapital*, AcP 221 (2021), 108-138.

⁷² Vale a habilitação de Bernhard Klose, *Justiz als Wirtschaftsfaktor / Rechtsfindung im Spannungsfeld von Effizienz und Planbarkeit* (2020), 335 pp., especialmente 274 ss., sobre a ordenação da justiça na vida económica.

⁷³ David Falcão, *Direito do consumo / Coletânea de legislação fundamental*, 6.ª ed. (2021) (com a colaboração de Marta Falcão e Rute Couto), 472 pp..

⁷⁴ A Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), conhece, neste momento, sete alterações.

dar várias “autorizações”. Negá-las é, de imediato, perder o acesso ao pretendido. Temos, pois, um ritual inútil e, no limite, perigoso: o consumidor habitua-se a, sem atenção nem critério, dar o seu assentimento a tudo o que lhe é pedido ou perguntado.

III. A informação que, por lei, é disponibilizada ao consumidor é avassaladora. Uma compra anódina, na *Internet*, faz correr um ficheiro que termina com os inevitáveis “li e concordo”. Ninguém lê e todos concordam. Contratos de alguma complexidade, como os de seguro, obrigam a seguradora e/ou o mediador a dezenas de informações, chegando a escalar-se 37 níveis. Não é funcional. O consumidor deve ser informado, com efetividade e realismo. O excesso de informação mata a própria informação. Os estudiosos reclamam, por isso, o direito à ignorância: o consumidor que satisfaça as suas necessidades (as quais podem, de resto, ser impostas por lei, como sucede com os seguros obrigatórios) tem o direito de não ser incomodado. A entidade obrigada às informações deve selecionar os dois ou três pontos sensíveis, que ela bem conhece e que podem ocasionar erros relevantes, por parte do consumidor. Por exemplo: deve explicar que o seguro automóvel “contra todos os riscos” não cobre todos os riscos ou que, ao adquirir uma aparelhagem, não vai conseguir sobressalentes no mercado.

IV. O Direito dos consumidores deveria ser profundamente adverso à formalização. Tal não sucede. As preocupações liberalizantes próprias dos países ricos do norte impedem que o Direito dos consumidores se aplique a pessoas coletivas: sem atender aos substratos em presença. A sociedade de advogados que adquira pastéis de nata para a sala de espera é consumidora. A sociedade unipessoal que compre um automóvel para uso pessoal e profissional do sócio único é consumidora. Negar a proteção do Direito dos consumidores em situações como estas não é racional: surge, mesmo, em contraposição com o que se espera de um Direito moderno e social.

10. A natureza do Direito dos consumidores e a sua codificação

I. Aqui chegados, cabe perguntar pela natureza do Direito dos consumidores e pela hipótese da sua codificação, perante a realidade portuguesa. Como questão prejudicial: no consumo, estamos perante um certo sector normativo e jurídico-científico dotado de alguma unidade? À partida, temos como princípios tradicionais da defesa dos consumidores: a formação e a informação, a tutela da saúde e da integridade física, a proteção dos inte-

resses económicos e a associação e participação. Mas esses princípios são (demasiado) gerais, surgindo, de um modo ou de outro, em todo o Ordenamento. Isto dito, verifica-se que o “Direito do consumo” abrange:

- (1) regras sobre a formação dos contratos⁷⁵;
- (2) publicidade;
- (3) responsabilidade civil;
- (4) regras técnicas sobre o tratamento e a apresentação de certos produtos;
- (5) regras processuais;
- (6) regras sancionatórias;
- (7) regras administrativas.

Não vemos unidade. Temos regras civis (o núcleo nobre), regras processuais, regras sancionatórias, regras administrativas e regras “técnicas”. Um estudo razoável sobre estes temas obrigaria a dominar disciplinas distintas. Em consciência: perante o estado dos nossos conhecimentos, não há hipóteses sérias de reduzir tudo a uma disciplina una. Além do que já ficou dito, temos ainda de lidar com temas europeus, do ambiente, da concorrência e bancários. As exposições alargadas sobre tudo isto, que nos surgem na doutrina francesa, são possíveis à custa da profundidade das análises. Não é essa a nossa tradição jurídica.

II. Podemos cingir o debate ao núcleo civil: formação de contratos, publicidade, responsabilidade e livre revogação dos contratos ou direito ao arrendimento. Os Direitos continentais oferecem-nos dois modelos:

- (1) o modelo francês, centrado no Código do Consumo, de 1993, refundido em 2006⁷⁶;
- (2) o modelo alemão, que transpôs os temas “civis” para o Código Civil.

Acontece, todavia, que o Código do Consumo francês não é um verdadeiro Código. Sem partes gerais nem definições de princípios, ele agrupa, nos seus livros:

- (1) a informação dos consumidores e a formação dos contratos;

⁷⁵ Hans-W. Micklitz, *Vertragsrecht*, em Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4.^a ed. (2003), 457-734. Vide Bülow/Artz, *Verbraucherprivatrecht* cit., 52 ss.. e Bettina Heiderhoff, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts* cit., 295 ss..

⁷⁶ Eric Chevrier/Yves Picod/Nathalie Picod, *Code de la consommation*, 26.^a ed. (2022), 2800 pp..

- (2) a conformidade e a segurança dos produtos e dos serviços;
- (3) o endividamento do consumidor;
- (4) as associações de consumidores;
- (5) instituições.

A própria doutrina francesa do consumo reconhece que este diploma é meramente compilatório, originando diversas disfunções e críticas. Mesmo admitindo que a técnica usada em França, há já cerca de trinta anos, pudesse ser melhorada: não é possível codificar disciplinas tão diversas. Além disso, a própria doutrina francesa reconhece as vantagens que adviriam da inclusão do Direito do consumo no Direito civil.

III. A situação alemã da integração do núcleo essencial de defesa do consumidor no Código Civil foi maduramente pensada. Enquanto Código universal, ele deveria conter, à partida, os vetores atinentes à proteção dos fracos⁷⁷. Nos estudos realizados no início da década de 80 do século XX e que levaram à reforma de 2001/2002, foi especialmente ponderada a conveniência em inserir (ou não) a temática do consumo na lei civil fundamental⁷⁸. A resposta foi positiva: ela deveria ser acolhida no BGB⁷⁹. A integração foi ponderada: após cuidadoso debate, ela surgiu, de certo modo, logo acolhida na reforma de 27-jun.-2000, relativa ao euro e a contratos à distância. Inseriu-se, nessa ocasião e no § 13 do BGB, uma noção de consumidor⁸⁰.

Prosseguiram os trabalhos relativos ao que seria a grande reforma de 2001/2002. De novo os estudos realizados confirmaram a orientação da inserção, no BGB, da matéria do consumo. Concluída a reforma, a doutrina, mesmo quando crítica em relação a diversos aspetos envolvidos, considera acertada a opção de colocar, no BGB, as regras da tutela do consumidor⁸¹.

⁷⁷ Harm Peter Westermann, *Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht*, AcP 178 (1978), 150-195 (176-177).

⁷⁸ Harm Peter Westermann, *Verbraucherschutz/Empfiehlt sich bei der Aufnahme bisher entwickelter Verbraucherschutzvorschriften (z. B. Abzahlungsgesetz, AGB-Gesetz, Fernunterrichtsschutzgesetz) in das Bürgerliche Gesetzbuch eine einheitliche Abgrenzung ihrer Anwendung?/Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band III (1983), 7-122.

⁷⁹ *Idem*, *maxime* 118.

⁸⁰ Com diversos elementos, Hans W. Micklitz, no *Münchener Kommentar*, I, 5.^a ed. (2006), prenot. §§ 13 e 14, Nr. 1 e ss. (399 ss.).

⁸¹ Wulf-Henning Roth, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, JZ 2001, 475-490 (487); este Autor não deixa de ter em mente outras soluções, como a francesa – *idem*, 476/II; todavia, ponderação feita, opta claramente pela integração no Código Civil.

E como acima vimos, as novas regras europeias sobre o consumo foram igualmente inseridas no BGB, na reforma de 2021-2022.

IV. Um cotejo mínimo entre as experiências francesa e alemã revela, de imediato, a primazia indiscutível da segunda sobre a primeira. Seja em termos dogmáticos (isto é: jurídico-científicos), seja no campo da diferenciação e previsibilidade das soluções, seja finalmente, no domínio da eficácia quanto à efetiva defesa do consumidor. E entre nós?

V. Esteve em preparação, durante vários anos, uma reforma do Direito do consumo português. Dela foi incumbida uma Comissão de excelente nível, presidida por António Pinto Monteiro. Os trabalhos desta Comissão foram prejudicados pela instabilidade política, a qual só permite reformas de curto prazo. Todavia, essa Comissão pôde levar a cabo a preparação de um anteprojecto de Código do Consumidor, tornado público. Trata-se de um normativo envolvente, que abrange matéria processual e sancionatória além de, naturalmente, disciplinar com critério a problemática do consumo⁸².

Pela nossa parte e pelas razões acima expostas, preferiríamos que as regras materiais do consumo fossem inseridas no Código Civil⁸³. A Comissão poderia receber mandato para iniciar os estudos eventualmente conducentes a essa solução: constituiria mesmo um prelúdio a uma revisão mais ampla do Código. Todavia, não sendo desde já possível encarar essa hipótese mais ambiciosa, melhor seria rever e aprovar rapidamente o anteprojecto existente, que honra a nossa Ciência do Direito. A experiência obtida com a sua vigência permitiria então, num segundo tempo, decidir sobre a sua eventual passagem para o Código Civil. Um Código do Consumo, muito bem pensado, poderia operar uma simplificação, com ganhos para o consumidor.

11. Os dilemas a encarar

I. O futuro do Direito dos consumidores depende da ultrapassagem de alguns dilemas. Vamos seriá-los.

O primeiro prende-se com a soberania legislativa. Há espaço para a elaboração de leis nacionais de tutela do consumidor ou o País deverá confor-

⁸² Comissão do Código do Consumidor, *O Código do Consumidor / Anteprojecto* (2006), 302 pp., com apresentação de António Pinto Monteiro.

⁸³ Vide, ainda, o nosso *Anteprojecto de Código do Consumidor*, *O Direito* 2006, 685-715.

mar-se à transposição passiva dos diplomas de Bruxelas? Esse dilema é agravado pela tendência nacional de, em sede de transposição de diretivas, se proceder ao mero acolhimento, no *Diário da República*, dos textos do *Jornal Oficial*. Uma resposta nacionalista viria um tanto fora de época. Isto dito: a realidade nacional tem especificidades que justificam transposições mais ousadas. A forma por que as diretivas do consumo têm sido vertidas no BGB ilustra a possibilidade de, sem violar os Tratados Europeus, adaptar Bruxelas à realidade territorial de cada País. Há que aprofundar este filão.

II. Um segundo dilema tem a ver com a noção de consumidor e, daí, do próprio alcance do Direito dos consumidores. Sirva de exemplo a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, de 1985. Apesar da inspiração alemã, verificou-se, nos preparatórios, que a situação nacional exigia uma proteção dos próprios empresários. Por isso, as proibições não se limitam, ao estilo alemão, aos não-comerciantes: os empresários nacionais, designadamente os pequenos, ficam nas mãos de cláusulas gerais inexcogitáveis, predispostas por multinacionais. O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, prevê proibições específicas para as relações entre empresários. Esta lógica deveria ser observada no Direito português do consumo: certas regras, como a prestação de informações e o próprio direito ao arrependimento, poderiam ser generalizadas sempre que uma pessoa coletiva funcione como o elo final do circuito económico.

III. Um terceiro e porventura decisivo dilema tem a ver com as insuficiências do direito à informação. Como adiantado, as informações são tão extensas que o consumidor opta por ignorá-las. Mantém a sua utilidade, por obrigarem os produtores e os distribuidores a refletir sobre o que colocam no mercado e por permitirem a fiscalização pública e a sindicância das associações de consumidores. Mas como suprir o direito à legítima ignorância do consumidor? A saída reside na supervisão. Cabe ao Estado, expressão da comunidade organizada, vigiar a qualidade dos produtos e os preços. Nalgumas áreas sensíveis, como a dos medicamentos ou a de certos alimentos, esse passo foi dado. Cabe generalizá-lo? A publicização do consumo corrói a concorrência e abre a porta ao clientelismo e à captura dos supervisores por produtores ou distribuidores mais poderosos.

Pois bem: será tarefa futura dosear a liberdade e a supervisão de modo a, no horizonte, se desenhar uma melhor proteção do consumidor.

VERBRAUCHERRECHT IN DEUTSCHLAND

– GRUNDFRAGEN UND PERSPEKTIVEN

THOMAS PFEIFFER

INHALTSÜBERSICHT: *I. Einleitung; II. Privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verbraucherschutz; 1. Kurze Bestandsaufnahme; 2. Pläne der neuen Bundesregierung; III. Verbraucherrecht: Allgemeines Privatrecht oder Sonderprivatrecht; IV. Europäisches und nationales Recht; V. Verbraucherbegriff und Verbraucherleitbild; 1. Verbraucherbegriff; 2. Verbraucherleitbild; VI. Ausstrahlung auf den Unternehmensverkehr; VII. Themenfelder; VIII. Gesetzgeberische Perspektiven; IX. Fazit.*

I. Einleitung

Zu den prägenden Entwicklungen des Privatrechts in den vergangenen Jahrzehnten kann man gewiss den Aufschwung zählen, den – auch bedingt durch europäische Entwicklungen und Vorgaben – das private Verbraucherrecht zu einem zentralen Teilgebiet des Privatrechts haben werden lassen.¹ Hinter diesem Befund lassen sich unterschiedliche Wirkkräfte erkennen. Unverkennbar hat die Wirtschafts- und Finanzkrise der Jahre ab 2007/2008 in rechtlicher Hinsicht einen Regulierungsschub ausgelöst, der auch das Verbraucherrecht nicht unbeeinflusst gelassen hat. Gestiegene

¹ S. schon Pfeiffer, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht in Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 21.

Anforderungen im Verbraucherrecht sind allerdings nicht allein das Werk des Gesetzgebers, auch die Rechtsprechung zu gesteigerten oder strengeren verbraucherrechtlichen Anforderungen einen Beitrag geleistet.

Mehr oder strengere Regeln sind zwar auch, aber doch nicht allein das Ergebnis eines regulierungsfreudigeren Zeitgeists, sondern lassen sich auch als Reaktion auf reale Fragen und neue Herausforderungen beschreiben. Das umfasst eine gestiegene Komplexität technischer Vorgänge, namentlich im Bereich digitalisierter Transaktionen, aber auch die Folgen wirtschaftlicher Veränderungen. Dazu zählen die Privatisierung und Liberalisierung bestimmter Aspekte der Daseinsvorsorge, etwa in den Bereichen der Energieversorgung oder der Telekommunikation, oder die zunehmende Bedeutung digitaler Produkte oder Leistungen.

Vor diesem Hintergrund fassen die nachstehenden Ausführungen einige wesentliche Grundlinien der Entwicklung des privaten Verbraucherrechts in Deutschland zusammen.

II. Privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verbraucherschutz

1. Kurze Bestandsaufnahme

Vorweg ist allerdings zu bemerken, dass das öffentlich-rechtliche Verbraucherrecht ebenso einen Aufschwung erfahren hat wie das Verbraucherprivatrecht. Zwar kam bestimmten Bereichen des öffentlichen Rechts, etwa dem Lebensmittelrecht, schon seit jeher auch eine gesundheits- und verbraucherschützende Funktion zu. Ein Bedeutungszuwachs des öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutzes zeigt sich aber namentlich im Bereich regulierter Märkte, also etwa im Bereich der Energiewirtschaft oder Telekommunikation, aber etwa auch bei der Regulierung von Finanzdienstleistungen.² Eine gewisse Bedeutungszunahme für den allgemeinen behördlichen Verbraucherschutz ergibt sich zudem seit der neunten Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aus § 90 Abs. 6 GWB, wonach das Bundeskartellamt in Fällen dauerhafter erheblicher Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften zu Mitwirkung an Zivilprozessen befugt ist.

Während die vorgenannten Bereich originär dem öffentlichen Recht, namentlich dem öffentlichen Wirtschaftsrecht zuzuordnen sind, wirkt zudem

² S. z.B. Ruthig/Storr in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rz. 502, 506, 601 ff.

beim Handeln der öffentlichen Hand der privatrechtliche Verbraucherschutz mit; das kann unmittelbar bei zivilrechtlichen Fiskalgeschäften der öffentlichen Hand gelten, aber auch öffentlich-rechtliche Verträge betreffen, soweit verbraucherrechtliche Vorschriften des BGB nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (§ 62 VwVfG) auf diese Verträge anwendbar sind.³

Insgesamt wird man jedoch nach alledem festhalten müssen, dass das Verbraucherschutzrechtlich größere Gewicht wohl nach wie vor im Bereich des Privatrechts liegt.

2. Pläne der neuen Bundesregierung

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die verbraucherrechtlichen Pläne der neuen Bundesregierung, so ergibt sich ein deutlicher Schwerpunkt bei Maßnahmen öffentlich-rechtlicher Art. Vor allem soll geprüft werden, ob das Bundeskartellamt mit einer verbraucherrechtlichen Querschnittskompetenz ausgestattet werden kann, um bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen Normen des wirtschaftlichen Verbraucherrechts wie schon bislang bei Verletzung des GWB Verstöße zu ermitteln und diese behördlich abzustellen. Gestärkt werden soll auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, etwa im Bereich der Kontrolle von Emissionsprospekten. Andere Maßnahmen betreffen einen besseren Schutz vor importierten Chemikalien durch strengere Kontrolle und erweiterte Möglichkeiten zum Produktrückruf oder den Schutz vor gesundheitsgefährdenden Stoffen.

III. Verbraucherrecht: Allgemeines Privatrecht oder Sonderprivatrecht

In rechtssystematischer Hinsicht unterscheidet die deutsche Diskussion traditionell zwischen dem allgemeinen Privatrecht einerseits und Sonderprivatrechten andererseits. Als Sonderprivatrechte werden Teilmaterien des Privatrechts bezeichnet, die nicht für alle, sondern nur für einen beschränkten Personenkreis gelten.⁴ Als klassisches Beispiel für ein

³ Überblick über unterschiedliche Erscheinungsformen des öffentlichrechtlichen Verbraucherschutzes bei Ewer, Verbraucherschutz und öffentliches Recht, in Grenzow/Grünwald/Schulte-Nölke (Herausgeber), Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen, 2010, S. 139 ff.; zur Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf öffentlichrechtliche Verträge eingehend Gündling, Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht, 2006, S. 184 ff.

⁴ S. z.B. Preis, Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, ZHR 158 (1994), 567.

Sonderprivatrecht gilt das Handelsrecht, dessen vertragsrechtliche Regeln zum Teil nur für beiderseitige Handelsgeschäfte gelten, zum anderen Teil aber wenigstens ein einseitiges Handelsgeschäft verlangen. In jedem Fall wird setzt die Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften in persönlicher Hinsicht die Beteiligung eines Kaufmanns voraus. Rechtspolitisch war lange Zeit umstritten, inwieweit das Verbraucherrecht ein Sonderprivatrecht darstellen soll. Diese Diskussion hat freilich unterschiedliche Dimensionen. Denn sie betrifft einmal die Frage, ob eine Ausgestaltung des Verbraucherrechts als Sonderprivatrecht wertungssystematisch oder rechtspolitisch überzeugen kann, zum anderen aber die Frage, ob das geltende Verbraucherprivatrecht sich eher als Bestandteil des allgemeinen Privatrechts oder als Sonderprivatrecht deuten lässt.⁵ Mit dem Begriff des Sonderprivatrechts verbinden sich einerseits Fragen einer sinnvollen äußeren Einordnung des Verbraucherprivatrechts in das Privatrechtssystem als Ganzes, aber auch Fragen einer wertenden Systematik, bei der es darum geht, in welchem Verhältnis Prinzipien des allgemeinen Privatrechts zu solchen des Verbraucherrecht stehen und wie die Einflusslinien zwischen diesen Rechtsmaterien verlaufen.

Diese hier nicht in vollem Maße aufzugreifende Diskussion spiegelt sich zunächst in der Frage, ob der Standort verbraucherrechtlicher Vorschriften besser innerhalb oder außerhalb des BGB anzusiedeln sei. Hier hatte Deutschland zunächst den Weg beschritten, verbraucherrechtliche Regeln in einzelnen zivilrechtlichen Nebengesetzen außerhalb des BGB anzusiedeln. Beispiele bildeten das schon im Jahr 1894 erlassene Abzahlungsgesetz, das Haustürgeschäfte-Widerrufsgesetz aus dem Jahr 1986, das Verbraucherkreditgesetz aus dem Jahr 1990 (das zugleich das frühere Abzahlungsgesetz ablöste), das Teilzeit-Wohnrechtegesetz, in Kraft getreten 1997, und das Fernabsatzgesetz aus dem Jahr 2000. Lediglich die Definition des Verbraucher- und Unternehmerbegriffs fand sich seit der Umsetzung der Fernabsatz-RL 97/7 im BGB selbst. Eine Sonderrolle unter den Nebengesetzen nahm insofern das 1977 in Kraft getretene AGB-Gesetz ein, weil es zwar rechtspolitisch auch auf Verbraucherschützenden

⁵ Zu dieser Diskussion etwa Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts, 1983; Dreher, Der Verbraucher als Phantom in den opera des europäischen Privatrechts, JZ 1997, 167; Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen, AcP 178 (1978), 198; Pfeiffer, Integration von Nebengesetzen in das BGB, in Ernst/Zimmermann (Herausgeber), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 494 ff.; Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaft und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187.

Impulsen beruhte, aber inhaltlich, insbesondere seinem ursprünglichen Anwendungsbereich nach, nicht als verbraucherrechtliches Gesetz ausgestaltet war. Im Zuge der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44 entschied sich Deutschland dafür, am Ideal eines möglichst einheitlichen Kaufrechts sämtliche Verträge unter Einschluss von Verbraucherverträgen möglichst festzuhalten und die Umsetzung der RL 1999/44 im Kaufrecht des BGB vorzunehmen. Mit dieser Öffnung des BGB für verbraucherrechtliche Vorschriften ging dann auch die Integration der genannten Nebengesetze in das BGB einher. Zuletzt bestätigt hat der deutsche Gesetzgeber diese Grundentscheidungen im Zuge der Umsetzung der Richtlinien 770/2019 über Digitale Inhalte und 771/2019 zum Warenkauf, in deren Rahmen trotz der Notwendigkeit, ein wortreich durchreguliertes Kaufrecht für Verbraucherverträge umzusetzen, am Konzept eines für alle Verträge im Grundsatz einheitlichen Kaufrechts festgehalten wurde.⁶ Das erscheint einerseits nachvollziehbar, führt aber andererseits zu dem unglücklichen Nebeneffekt, dass § 434 BGB nunmehr den sehr bürokratischen Fehlerbegriff der Warenkauf-RL⁷ auch auf Verträge des Unternehmensverkehrs erstreckt. Parallele Erscheinungen finden sich auch in der Rechtsprechung, wo der BGH verbraucherrechtliche Wertungen noch deutlicher als früher auf den Unternehmensverkehr erstreckt, etwa indem er seine ursprünglich für Privatkreditverträge entwickelte strenge Rechtsprechung zur Unzulässigkeit formularmäßiger Bearbeitungsentgelte⁸ nunmehr auch auf Verträge des Unternehmensverkehrs anwendet.⁹

Mit der Einfügung verbraucherrechtlicher Regelungsmaterien – vornehmlich auf der Grundlage von Richtlinien – in das BGB ist zugleich eine Absage an die Schaffung einer eigenen Kodifikation des Verbraucherrechts, etwa nach dem Muster des französischen Code de la Consommation verbunden. Eine solche verbraucherrechtliche Kodifikation wird zum Teil befürwortet, weil man sich davon erhofft, den Ausnahmecharakter verbraucherrechtlicher Schutzmechanismen zu betonen (und zugleich das BGB von der (zu) großen Detailfreudigkeit zu befreien, die sich aus der Notwendigkeit einer hinreichend genauen Umsetzung ebenso detailfreudiger EU-Richtlinien ergibt). In umgekehrter Richtung wird mit dem

⁶ Pfeiffer, Die Umsetzung der Warenkauf-RL in Deutschland, GPR 2021, 120.

⁷ Dazu auch Bach, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705, 1711.

⁸ BGH, 13.05.2014, BGHZ 201, 168–204.

⁹ BGH, 04.07.2017, BGHZ 215, 172.

Gedanken eines separaten Verbrauchergesetzbuchs gerade das Ziel verfolgt, das Verbraucherrecht von dem durch Privatautonomie und Vertragsfreiheit geprägten allgemeinen Zivilrecht abkoppeln zu können. Für das Konzept der Integration wird folgerichtig umgekehrt argumentiert, es betone, bestärke und verdeutliche die Zugehörigkeit des privaten Verbraucherrechts zum allgemeinen Zivilrecht.¹⁰

Zum Teil parallel zu dieser Frage nach der richtigen äußeren Ordnung des Rechts verläuft eine Grundsatzdiskussion über die Funktion des Verbraucherrechts. Zum Teil wird die Existenz besonderer verbraucherrechtlicher Regeln als Ausdruck eines Schwächerenschutzes verstanden. Der Verbraucher als schwächere Partei des zivilrechtlichen Rechtsverhältnisses soll durch verbraucherrechtliche Mechanismen vor einem Missbrauch der Verhandlungs- und Vertragsmacht des Unternehmers geschützt werden. Diese Position, die sich auch in der Rechtsprechung des EuGH findet¹¹, knüpft an die Person des Verbrauchers an und steht daher eher einer Einordnung des Verbraucherrechts als Sonderprivatrecht nahe. Demgegenüber erklärt die Gegenposition die Existenz verbraucherrechtlicher Regelungen nicht personenbezogen, sondern situativ. Angeknüpft wird danach an Gefährdungen der Informations- oder Entscheidungsfreiheit, die durch passende Kompensationsmechanismen (AGB-Kontrolle, Informations- und Widerrufsrechte) abgewendet werden. Die Anknüpfung an den Verbraucher erfolgt dabei nicht etwa wegen seiner persönlichen Schwäche. Vielmehr ist der Verbraucher als natürliche Person zugleich das allgemeine Subjekt des Privatrechts. Der Unternehmer wird hingegen anders behandelt, weil der Unternehmensverkehr in höherem Maße auf Robustheit angewiesen ist und diese von einem Unternehmer auch erwartet werden kann. Der Anknüpfung an den Verbraucher kommt bei einem solchen Verständnis negative Funktion und dient dazu, diejenigen Privatrechtssubjekte auszuschließen, von denen ein angemessener Umgang mit den dargelegten situativen Gefährdung auch ohne besondere gesetzliche Regelung erwartet werden kann.¹²

Die Diskussionen über den angemessenen rechtssystematischen Standort des Verbraucherrechts spiegeln sich im Übrigen auch in der wech-

¹⁰ Pfeiffer (oben Fußn. 6) S. 489; ders., Die Rolle des Verbraucherrechts bei der europäischen Privatrechtsharmonisierung, in Artz (Herausgeber), Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht – Deutschland und Europa, S. 1, 7.

¹¹ EuGH, 26.04.2012, C-472/10, Rn. 33 – Invitel.

¹² Pfeiffer (oben Fußn. 6) S. 489.

selhaften Zuordnung zu unterschiedlichen Ministerien. Während der Verbraucherschutz über lange Zeit in der Zuständigkeit des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft lag, wurde dieser Bereich 2013 dem Bundesjustizministerium überantwortet. Mit der Amtsübernahme durch die derzeitige Bundesregierung erfolgte eine Zuordnung zum Umweltministerium.

IV. Europäisches und nationales Recht

Zum Verständnis der Diskussionen im Zusammenhang über das Verbraucherrecht in Deutschland bedarf es auf im Hinblick auf die maßgebenden Rechtsquellen der – allerdings für alle EU-Mitgliedstaaten geltenden – Einsicht, dass es sich beim Verbraucher-Privatrecht in besonders deutlicher Ausprägung um ein Mehrebenen-Recht handelt, dessen Rechtsakte und Auslegungsmaximen teilweise unionsrechtlich, teilweise durch nationales Recht vorgegeben und geprägt werden. Verbraucherrechtliche Regelungen erlässt die EU insbesondere im Rahmen und aufgrund ihrer Kompetenz zur Rechtssetzung im Binnenmarkt (Art. 114 und Art. 153 Abs. 2 lit. a AEUV). Art. 153 Abs. 1 AEUV verdeutlicht, dass es sich insoweit lediglich um einen „Beitrag“ der EU handelt.

Damit bleibt eine grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Rechtssetzung im Bereich des Verbraucherschutzes zwar grundsätzlich bestehen. Ebenso ist für den Bereich des privatrechtlichen Verbraucherschutzes prägend, dass die Mitgliedstaaten nach wie vor die Primärverantwortung und -zuständigkeit für den Bestand und die Entwicklung des allgemeinen Privatrechts tragen. Dieser Befund erlangt sein Gewicht dadurch, dass zahlreiche Rechtsakte des europäischen Verbraucherschutzes ihrer sachlichen Regelungsmaterie nach eng mit zentralen Feldern des allgemeinen Privatrechts verwoben sind. Das trifft beispielsweise für das Recht der missbräuchlichen Klauseln zu, bei dem es sich – abgesehen von der Beschränkung der Klausel-RL 93/13 auf Verbraucherverträge um eine Materie handelt, die dem allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts zuzuordnen ist, auch wenn sie der deutsche Gesetzgeber in fragwürdiger Weise dem allgemeinen Schuldrecht (§§ 305-310 BGB) zugeordnet hat.¹³ Ähnliches gilt beispielsweise für die diversen Widerrufsrechte des Verbraucherrechts, die sachlich dem Recht des Vertragsschlusses zuzuordnen sind oder doch zumindest sehr nahestehen. Dem Sachmangel- und Leistungs-

¹³ Wolf/Pfeiffer: Der richtige Standort des AGB-Rechts innerhalb des BGB, ZRP 2001, 303.

störungsrecht sind hingegen die Richtlinien über den Warenkauf 771/2019 und über digitale Inhalte 770/2019 zuzuordnen.

Diese europäische Prägung erheblicher Teile des Verbraucherrechts macht sich einestails durch die bekannten allgemeinen Einflussmechanismen des europäischen Unionsrechts bemerkbar, wobei sich das Unionsrecht bekanntlich überwiegend des Instruments der Richtlinie bedient. Dementsprechend wirkt sich Unionsrecht zunächst durch die Pflicht zur gesetzgeberischen Richtlinienumsetzung und alsdann zur richtlinienkonformen Auslegung aus, die wiederum zu einer hohen Zahl von Vorlagen deutscher Gerichte¹⁴, namentlich auch des BGH, in verbraucherrechtlichen Sachen führt. Insofern ist der Einfluss von Entscheidungen des EuGH auf die verbraucherrechtliche Rechtsentwicklung in Deutschland zumindest quantitativ besonders spürbar. Hervorzuheben ist allerdings, dass sich der Einfluss des EuGH auf die Entwicklung des Verbraucherrechts in Deutschland naturgemäß nicht in der Beachtung von Entscheidungen erschöpft, die auf Vorlage deutscher Gerichte ergangen sind. Vielfach sind es auch Entscheidungen des EuGH auf Vorlage von Gerichten aus anderen Mitgliedstaaten, die Aktivitäten des Gesetzgebers oder Änderungen in der Anwendung deutscher Umsetzungsvorschriften zu den Richtlinien des EU-Verbraucherrechts auslösen. So hat beispielsweise die Entscheidung des EuGH vom 10.05.2001 im Fall *Kommission/Niederlande*¹⁵ eine ausdrückliche Aufnahme des lange zuvor schon in der deutschen Rechtsprechung anerkannten AGB-rechtlichen Transparenzgebots¹⁶ in § 307 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 2 BGB bewirkt. Aus der Rechtsprechung lassen sich zahlreiche Beispiele für diesen Mechanismus anführen. So beruht etwa die Entscheidung des BGH vom 27.04.2021¹⁷, nach der die bis dato allgemein akzeptierten formularmäßigen Zustimmungsfiktionen bei Preis- oder Vertragsänderungen in der Kreditwirtschaft als unwirksam anzusehen sind,

¹⁴ Traditionell hat Deutschland unter den Mitgliedstaaten die höchste Zahl von Vorlagen an den EuGH, ausweislich des Jahresberichts 2020 des EuGH stammten innerhalb des Fünfjahreszeitraums von 2016-2020 insgesamt 564 von 2768 Vorlagen, also etwas über 20%, von deutschen Gerichten. Dies beruht naturgemäß auch darauf, dass Deutschland der einwohnerstärkste Mitgliedstaat ist; jedoch liegt der deutsche Anteil an der Einwohnerzahl der EU nur bei etwa 18%.

¹⁵ EuGH, 10.05.2001, Rs. C-144/99 – *Kommission/Niederlande*.

¹⁶ S. nur BGH, 24.11.1988, BGHZ 106, 42.

¹⁷ BGH, 27.04.2021, BGHZ 229, 344.

zum erheblichen Teil auf der Entscheidung des EuGH vom 11.11.2020 im Fall DenizBank,¹⁸ die auf eine Vorlage aus Österreich zurückging.

Mit der zunehmenden Regeldichte des unionalen Verbraucherrechts sind die Spannungen zwischen dem nationalen und dem europäischen Verbraucherrecht insgesamt eher gewachsen. Das zeigt sich namentlich darin, dass es in jüngerer Zeit wiederholt Fälle gegeben hat, in denen der BGH eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Recht als nicht möglich angesehen hat.¹⁹ Als strukturell besonders bedeutsam hat sich bei alledem auch das Verhältnis des europäischen Verbraucherrechts zu den Rechtsfiguren des allgemeinen Zivilrechts erwiesen.²⁰ Wie ein Paukenschlag hat jüngst beispielsweise die auf Vorlage des LG Ravensburg ergangene Entscheidung des EuGH vom 09.09.2021 im Fall Volkswagen-Bank die deutsche verbraucherrechtliche Praxis getroffen, wonach es dem Kreditgeber bei Verbraucherdarlehen verwehrt sein soll, sich für den Lauf der Widerrufsfrist im Falle einer unzureichenden Belehrung auf Verwirkung oder auf Rechtsmissbrauch zu berufen.²¹ Das Ausmaß der hierdurch bewirkten Erschütterung wird etwa daraus ersichtlich, dass der BGH jüngst ein eigenes Vorabentscheidungsersuchen nachgeschoben hat, das klären soll, ob die Linie des EuGH wirklich auch bei schwerwiegender Treuwidrigkeit des Verbrauchers gelten kann und soll.

V. Verbraucherbegriff und Verbraucherleitbild

1. Verbraucherbegriff

Einen Eckpunkt der konkreten Entwicklung von Auslegungsfragen des Verbraucherrechts bildet zunächst der Begriff des Verbrauchers selbst. Auch dieser ist durch das Richtlinienrecht der EU weitgehend europäisch geprägt. Insofern scheint der Raum für nationale Besonderheiten zwar

¹⁸ EuGH 11. 11.2020, C-287/19 – DenizBank AG ./ VKI; Analyse dieser Zusammenhänge bei Pfeiffer, Preis- und Vertragsanpassungen in Zahlungsverkehrsverträgen – Nützliche Rationalisierung oder einseitige Vertragsgestaltung?, RdZ 2022, 18.

¹⁹ Z.B. BGH, 18.11.2020, NJW 2021, 1008; dazu Pfeiffer, LMK 2020, 435952; BGH, 31.03.2020, ZIP 2020, 865 mit weiteren Nachweisen.

²⁰ Etwa Roth, Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen, Karlsruher Forum 2011, 2012, S. 45 ff.

²¹ EuGH, 09.09.2021, verb. Rechtssachen C-33/20, C-155/20 und C-187/20, Rn. 118 u. 127 – Volkswagenbank.

beschränkt. Sie lassen sich aber dennoch auffinden. Die maßgebende Vorschrift des deutschen Rechts, nämlich § 13 BGB, unterscheidet sich schon dem Wortlaut nach von den Vorbildern des europäischen Richtlinienrechts. Letztere stellen regelmäßig darauf ab, dass eine Person zu einem Zweck außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit handelt, wohingegen es nach § 13 BGB darauf ankommt, dass der Betreffende einen Vertrag außerhalb seiner *selbständigen* beruflichen Tätigkeit abschließt. Diese Besonderheit macht sich vor allem im Verhältnis zum Arbeitsrecht bemerkbar. Kein Problem besteht dabei darin, dass auch derjenige Verbraucher ist, der sich privat Arbeitskleidung oder Arbeitsgeräte kauft; ebenso bereitet es kein Problem, wenn ein Arbeitnehmer beim Bezug von (vergünstigten) Waren von seinem Arbeitgeber als Verbraucher behandelt wird. Eine (umstrittene) deutsche Besonderheit besteht indessen darin, dass die die Rechtsprechung die Vorschriften des Verbrauchervertragsrechts im Rahmen eines sog. absoluten Verbraucherbegriffs auch auf individuelle Arbeitsverträge anwendet.²²

Ebenfalls umstritten ist die in Deutschland gepflegte sogenannte Einzelbetrachtung bei der Feststellung der Verbrauchereigenschaft, nach der auch Gesellschafter oder Organwalter von Gesellschaften auch dann als Verbraucher angesehen werden, wenn sie im eigenen Namen einen Vertragsschluss im Interesse der betreffenden Gesellschaft vornehmen, beispielsweise also ein GmbH-Gesellschafter oder –Geschäftsführer sich zur Absicherung einer Gesellschaftsverbindlichkeit persönlich verbürgt.²³ Demgegenüber hält der EuGH in derartigen Fällen eine Einordnung als Nichtverbraucher aufgrund einer Geschäftsführer- oder Gesellschafterstellung für möglich.²⁴ Im Einklang hiermit folgt etwa der österreichische

²² Z.B. BGH, 24.02.2011, BGHSt 56, 174 Rn 24; BAG, 25.05.2005, NJW 2005, 3305.

²³ Ständige Rechtsprechung, etwa BGH, 28.06.2000, BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133; BGH, 10.07.1996, BGHZ 133, 220 = NJW 1996, 2865 = LM H 1/1997 VerbrKrG § 1 Nr 6 mit Anmerkung Ungeheuer; BGH, 05.06.1996, BGHZ 133, 71 = NJW 1996, 2156 = LM H 10/1996 VerbrKrG § 1 Nr. 5 mit Anmerkung Pfeiffer; zur Maßgeblichkeit der Einzelbetrachtung noch BGH, 12.11.1996, BGHZ 134, 94 = NJW 1997, 654; für den Gesellschafter-Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG: BGH, 24.07.2007, NJW-RR 2007, 1673; eine Differenzierung nach Umfang der Beteiligung ausdrücklich ablehnend BGH, 25.02.1997, NJW 1997, 1443.

²⁴ EuGH, 19.11.2015, C-74/15 = BeckRS 2015, 81889, Rn. 29 – Tarcău / Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA.

OGH einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“, die auch als teleologische Reduktion der Anwendung der Verbraucherrechtsvorschriften gedeutet wird. Danach unterliegt ein von einem GmbH-Gesellschafter für Zwecke der Gesellschaft abgeschlossenes Geschäft insoweit nicht den Vorschriften des Verbraucherrechts, als der Gesellschafter bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen kann und damit gleich einem Unternehmer handelt.²⁵ Für diese Lösung sollte sich auch das deutsche Recht öffnen.

Überwiegend geht es jedoch auch im deutschen Recht um die auch in europäischer Perspektive bekannten Abgrenzungsfragen wie Dual-use, Existenzgründung, branchenfremde Nebengeschäfte oder das Prinzip der objektiven Bestimmung der Verbrauchereigenschaft. Auch hier bestehen freilich noch erhebliche Unsicherheiten. So findet sich in den Materialien zum früheren Art. 5 des Römischen Schuldvertragsübereinkommens die Ansicht²⁶, die Verbrauchereigenschaft könne in Dual-use-Fällen nur bejaht werden, wenn der Vertragszweck im Wesentlichen außerhalb der beruflich-gewerblichen Sphäre liegt²⁷. Diesen (zutreffenden) Standpunkt hat sich im europäischen Zuständigkeitsrecht im Fall Gruber auch der EuGH zu Eigen gemacht.²⁸ Seit einiger Zeit legt demgegenüber die im deutschen Recht maßgebende Vorschrift des § 13 BGB die Definition im 17. Erwägungsgrund der Verbraucherrechte-RL zugrunde, nach der es darauf ankommt, ob das Gewicht der privaten oder beruflich-gewerblichen Teilzwecke überwiegt (sogenannte Präponderanztheorie). Das Verhältnis dieser Maßgabe zum Standpunkt des EuGH im Fall Gruber erscheint offen; insbesondere ist ungewiss, ob in der Folge im Unionsrecht ein gespaltenen Verbraucherbegriff gilt, also ob der EuGH im europäischen Kollisionsrecht oder bei anderen RL an seiner engeren Definition festhält

²⁵ Mit leichten Abweichungen in Einzelheiten: OGH, 11.02.2002, 7 Ob 315/01a; OGH, 25.11.2003, 8Ob100/03v; OGH, 11.05.2005, 9Ob27/05v; OGH, 09.08.2006, 4 Ob108/06w; OGH, 14.02.2007, 7 Ob 266/06b; OGH, 24.06.2010, 6 Ob 105/10z; OGH, 24.04.2012, 2Ob169/11h; OGH, 24.04.2012, 2 Ob 169/11h; OGH, 29.01.2015, 6Ob170/14i; OGH, 27.06.2016, 6Ob95/16p. Zur Geltung dieses Konzepts bei der GbR OGH, 19.03.2013, 4Ob232/12i und OGH, 16.12.2013, 6Ob43/13m.

²⁶ Giuliano/Lagarde-Bericht, BT-Drucks 10/503, S. 55.

²⁷ Pfeiffer, in: Wolf/Horn/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, 7. Aufl. 2021, RL 93/13 Rz 10.

²⁸ EuGH, 20.01.2005, Rs. C-464/01 – Gruber./BayWa.

oder sich der Verbraucherbegriff des 17. Erwägungsgrunds der Verbraucherrecht-RL auch außerhalb dieses Rechtsakts durchsetzt.²⁹

2. Verbraucherleitbild

Eine eigenständige Diskussion über das sogenannte Verbraucherleitbild hat sich auf der Ebene der Grundfreiheiten des EG-Vertrags sowie im Bereich des Wettbewerbsrechts entwickelt. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH legt das EU-Lauterkeitsrecht die Vorstellung eines informierten und verständigen oder verantwortungsbewussten Verbrauchers zu Grunde.³⁰ Es darf freilich nicht verkannt werden, dass diese Rechtsprechungslinie nicht das Verbrauchervertragsrecht, sondern andere Rechtsmaterien betrifft. Im Vertragsrecht wird nämlich vielfach auch darauf abgestellt, dass der Verbraucher der „unterlegene“ Vertragspartner sei.³¹ Inwieweit all dies Rückschlüsse auf den Anwendungsbereich des Verbraucherbegriffs oder die Auslegung verbraucherrechtlicher Maßgaben, vor allem im Bereich des Vertrags- und Haftungsrechts, zulässt, ist daher unsicher.³² Diese Unsicherheit beruht auch darauf, dass sich die maßgebenden Richtlinien des EU-Rechts sowohl des Informationsmodells als auch (teilweise, z.B. bei der Warenkauf-RL) des Instruments zwingender Schutznormen bedienen.³³

In jüngerer Zeit wird zudem zum Teil darauf hingewiesen, vielfach lege das geltende Recht auch das Leitbild des vertrauenden Verbrauchers

²⁹ Hiervon wohl ausgehend Schwab/Hromek, Alte Streitstände im neuen Verbraucherprivatrecht, JZ 2015, 271 f.

³⁰ Z.B. EuGH 7. 3. 1990, Rs C-362/88, Slg 1990, I-667 – GB-Inno-BM ./ Confédération du commerce luxembourgeois; zusammenfassender Überblick etwa bei Dausers RIW 1998, 750; ferner Pfeiffer, Was kann ein Verbraucher?, NJW 2011, 1; ferner z.B. Jahn/Palzer, Der mündige Verbraucher ist tot, es lebe der mündige Verbraucher!, K&R 2015, 444.

³¹ Vgl. dazu Pfeiffer in Harke/Riesenhuber, OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, 2016, S. 41, 47 f.

³² Zum Erfordernis einer Leitbildbestimmung in allen Fällen der Informationsverarbeitung durch den Verbraucher, also etwa im Hinblick auf die Transparenz von AGB („Verständnishorizont des rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden“) und bei sonstigen Informationspflichten oder der Obliegenheit zur Widerrufsbelehrung Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 414 ff.

³³ Vor diesem Hintergrund erscheinen zahlreiche Informationspflichten des Verbraucherrechts nicht als Ausdruck einer liberalen Verbraucherrechtskonzeption, sondern als ergänzendes zwingendes Recht, vgl. Kähler, Idealismus und Realismus in den Menschenbildern zum Privatrecht, RWiss 2018, 1, 12.

(„confident consumer“) zugrunde, der davon ausgeht und ausgehen dürfen soll, dass er Geschäfte risikolos tätigen kann.³⁴ Bestimmte Personen seien zudem als verletzte Verbraucher einzuordnen, etwa weil sie aufgrund körperlicher, seelischer oder geistiger Einschränkungen oder aufgrund ihres Lebensalters oder Migrationsstatus den an einen informierten, verständigen Verbraucher zu richtenden Anforderungen nicht entsprechen könnten.³⁵ Auch insoweit ist allerdings ungeklärt, welche konkreten normativen Folgerungen aus der Existenz derartiger Typen von Verbrauchern gegebenenfalls zu ziehen sind. Richtig ist nämlich zwar einerseits, dass das geltende Verbrauchervertragsrecht gerade darauf zielt, dem Verbraucher im Vertrauen auf die Existenz angemessener rechtlicher Schutzmechanismen eine aktive Verfolgung seiner wirtschaftlichen Ziele zu ermöglichen. So soll etwa das Widerrufsrecht ermöglichen, unbesorgt Geschäfte im Fernabsatz abschließen zu können; der Schutz vor unangemessenen AGB-Klauseln soll gewährleisten, dass sich der Verbraucher auch ohne Studium der AGB auf Formularverträge einlassen kann. Zweifel bestehen an der Generalisierbarkeit dieser Phänomene. Was ein Verbraucher kann, muss vielfach in Bezug auf einzelne Sach- und Rechtsfragen festgestellt werden. Zu den Funktionsbedingungen des Zivilrechts gehört zudem, dass es auf die Bewältigung des Massenverkehrs angelegt sein muss. Dementsprechend kommt auch das Verbrauchervertragsrecht nicht ohne normative Typisierungen aus.³⁶ Welches Maß an Verständnis von einem Verbraucher erwartet werden kann, muss deshalb vielfach normativ beantwortet werden.³⁷ Auch darf nicht verkannt werden, dass die Figur des vertrauenden Verbrauchers fließende Übergänge zum „vertrauensseligen“ oder fahrlässigen Verbraucher aufweisen kann, der rechtlich nicht mehr schutzbedürftig sein sollte. Die Figur des verletzlichen Verbrauchers wirft demgegenüber – zivilrechtlich gesehen – vor allem die Frage auf, wie etwaige besondere Schutzbedürfnisse im System eines auf Massenverkehr angelegten Rechts berücksichtigt werden können. Vielfach wird das klassische Vertragsrecht helfen: Welche Deutlichkeitsobliegenheiten eine Partei bei ihren individuellen Erklärungen treffen, hängt auch davon ab, inwieweit

³⁴ Heiss, Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes, ZEuP 1996, 625, 637ff.; Reich, Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes, ZEuP 1994, 381, 387.

³⁵ Micklitz, Gutachten Deutscher Juristentag 2012, S. A 38 ff.

³⁶ Kritisch demgegenüber Kähler, Idealismus und Realismus in den Menschenbildern zum Privatrecht, RWiss 2018, 1, 9 ff.

³⁷ Pfeiffer, Was kann ein Verbraucher? NJW 2011, 1, 2 f.

der Erklärende davon ausgehen darf, verstanden worden zu sein. Jenseits dieser anerkannten Mechanismen lässt sich für eine Bildung unterschiedlicher Verbrauchergruppen auf dem Boden des geltenden Rechts keine Grundlage erkennen; sie hat sich folgerichtig bisher normativ auch nicht durchgesetzt.³⁸ Eine Analyse des verfügbaren Fallmaterials deutet vielmehr darauf hin, dass von einem Verbraucher grundsätzlich ein übliches Alltagswissen, ein gewöhnliches Sprachverständnis, sowie die Anwendung einfacher Logik und einfachen Rechnens, nicht jedoch besondere Fachkenntnisse erwartet werden können.³⁹

Eine erhebliche Einschränkung könnte sich jedoch aus Aspekten der jüngeren Rechtsprechung des BGH im Bereich des AGB-Rechts ergeben, insbesondere aus der bereits erwähnten Entscheidung des BGH vom 27.04.2021 zur Unwirksamkeit formularmäßiger Zustimmungsfiktionen bei ausbleibendem Widerspruch gegen vom Verwender vorgeschlagene Preis- oder AGB-Änderungen ergeben.⁴⁰ Schon der III. Zivilsenat des BGH hatte 2007 die These vertreten, der größte Teil der Verbraucher setze nicht mit den ihnen angesonnenen Vertragsanpassungen auseinander. Eine derartige Klausel laufe deshalb praktisch auf eine einseitige, inhaltlich nicht eingegrenzte Änderungsbefugnis hinaus. In Erweiterung dieses Arguments führt das Urteil des XI. Zivilsenats vom 27.04.2021 nunmehr aus, die rechtliche Wirkung der Klausel hänge nicht davon ab, ob ein Verbraucher aufgrund seines tatsächlichen Einverständnisses oder aus „Lethargie, Desinteresse, intellektuelle(r) Überforderung, Unbeholfenheit [oder] Krankheit“ nicht widerspreche. Anders gesagt, ist die Klausel also danach zu beurteilen, wie sie sich auf den lethargischen, desinteressierten, überforderten, unbeholfenen oder kranken Verbraucher auswirken kann. Darin könnte eine weitreichende konzeptionelle Fortentwicklung des AGB-Rechts liegen. Denn als Leitbild dieses Rechtsgebiets gilt an sich der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde⁴¹, so wie er bei situationsadäquatem Verhalten für die jeweilige Vertragsart typisch ist.⁴²

³⁸ Pfeiffer, a.a.O., 1, 4.

³⁹ Pfeiffer, a.a.O., 1, 6.

⁴⁰ BGH, 27.04.2021, BGHZ 229, 344.

⁴¹ BGHZ 145, 203.

⁴² BGHZ 112, 115; zusammenfassende Analyse bei Pfeiffer, Was kann ein Verbraucher?, NJW 2011, 1, 3 und 5.

Hiervon weicht die Entscheidung des BGH vom 27.04.2021 in sehr weitreichender Weise ab, indem sie nunmehr den lethargischen, intellektuell überforderten, unbeholfenen oder kranken Verbraucher zum Maßstab nimmt. Zwar mag man noch fragen, ob es sich um eine bloße Besonderheit bei der Beurteilung von Zustimmungsfiktionen handelt; dafür lassen sich aber keine wertungssystematisch überzeugenden Gesichtspunkte finden. Auch der BGH macht keinerlei Andeutung in diese Richtung. Mehr deutet daher daraufhin, dass es sich um einen grundlegenden unterschwelligen Perspektivenwechsel (oder jedenfalls dessen Einleitung) handelt, ohne dass die hierfür maßgebenden Fragestellungen auch nur ansatzweise erörtert worden wären.

Konzeptionell besteht zudem eine alte Einsicht darin, dass erstens im Massenverkehr Pauschalierungen im Interesse von Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit sinnvoll und geboten sind und dass sie zweitens aber für die Mehrzahl der Fälle das Richtige treffen müssen.⁴³ Es wäre deshalb unangemessen, das Verständnis einer pauschalierenden und generalklauselartigen Regelung wie insbesondere § 307 BGB an den Sonderbedürfnissen einer Minderheit von Normadressaten auszurichten, insbesondere wenn sich den Schutzbedürfnissen auch auf andere Weise – etwa durch eine Ausübungskontrolle bei der Anwendung solcher Klauseln – entsprechen ließe. Eine Orientierung an der Figur des bequemen Verbrauchers als Leitbild der AGB-Inhaltskontrolle ist – nicht nur bei Zustimmungsfiktionen – verfehlt.

Inwieweit eine solchen Orientierung an der Figur des lethargischen oder desinteressierten Verbrauchers über den vorgenannten Einzelfall hinaus Bedeutung erlangen wird, ist aber derzeit unklar.

VI. Ausstrahlung auf den Unternehmensverkehr

Die bereits angesprochene Diskussion um die Frage, ob das private Verbraucherrecht als Sonderprivatrecht einzuordnen ist, spiegelt sich im Übrigen in einem weiteren Aspekt, nämlich der Frage, ob eher das Recht des Unternehmensverkehrs das Verbraucherrecht beeinflusst oder es umgekehrt liegt. Diese Frage stellt sich insbesondere im Rahmen der Diskus-

⁴³ „Der Gesetzgeber darf vor allem bei der Ordnung von Massenerscheinungen generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen verwenden ... Unbedenklich ist eine Typisierung aber nur, solange eine verhältnismäßig kleine Gruppe benachteiligt wird und der Gleichheitsverstoß nicht sehr intensiv ist.“ BVerfG, 30.05.1990, BVerfGE 82, 126, juris Rn. 90.

sion über die Behandlung kleiner und mittlerer Unternehmen. Rechtlich lassen sich solche Anzeichen eines gewissen „Konsumerismus“ sowohl auf der Ebene der Gesetzgebung als auch in der Rechtsprechung beobachten. Auf der Ebene der Gesetzgebung kann man anführen, dass sich der deutsche Gesetzgeber beispielsweise dafür entschieden hat, den überregulierend gefassten Sachmangelbegriff der Warenkauf-RL für sämtliche Kaufverträge auch außerhalb des B2C-Verkehrs zu übernehmen. Ebenso könnte man darauf hinweisen, dass § 310 Abs. 1 BGB seit 2014 die Anwendung einzelner spezieller Klauselverbote (§ 309 Nr. 1a und 1b BGB) auch für den Unternehmensverkehr vorsieht. Auch in der Rechtsprechung lässt sich eine eher verstärkte Tendenz zur Anwendung verbraucherrechtlicher Maßstäbe bei der AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr beobachten⁴⁴, die aber andererseits auch Anlass für deutliche Kritik geben.⁴⁵

VII. Themenfelder

Es liegt auf der Hand, dass gesetzgeberische Aktivitäten in dieser schnelllebigen Zeit auch durch Reaktionen auf neuere Entwicklungen, aber auch durch selbstanpreisende Begriffsbildungen geprägt sind. Ein gutes Beispiel hierfür bildet das im Jahre 2021 verabschiedete „Gesetz über faire Verbraucherverträge“. Wie es für die neuere Gesetzgebung nicht untypisch ist, wird durch den Titel des Gesetzes eine große Wirkbreite („faire Verbraucherverträge“) suggeriert, obwohl es in Wahrheit im Wesentlichen nur um drei Maßnahmen ging, nämlich um ein Verbot von Abtretungsausschlüssen in AGB (damit Verbraucher ihre Ansprüche durch Abtretung an Legal Tech-Unternehmen einfacher geltend machen können), um eine Regelung zu strengeren Anforderungen an automatische Vertragsverlängerungen bei Dauerschuldverhältnissen und eine Pflicht zur Einrichtung eines elektronischen Kündigungsbuttons für Verbraucher. In allen drei Fällen handelt es sich auch um eine Reaktion auf den digitalen Rechtsverkehr.⁴⁶

⁴⁴ Besonders BGH, 04.04.2017, BGHZ 215, 172: Bearbeitungsentgelte bei Bankkrediten im Unternehmensverkehr unzulässig.

⁴⁵ Z.B. Pfeiffer, LMK 2017, 394827, und NJW 2019, 2082.

⁴⁶ Überblick etwa bei Wais, Das Gesetz für faire Verbraucherverträge – Weitere Reaktionen auf die Digitalisierung, NJW 2021, 2833.

VIII. Gesetzgeberische Perspektiven

Die vorstehenden Tendenzen spiegeln sich auch in den Vorhaben der derzeitigen Bundesregierung. Der Erfahrung nach lassen sich künftige gesetzgeberische Entwicklungen zu einem erheblichen Teil den veröffentlichten Vereinbarungen der jeweiligen Regierungsparteien für die jeweilige Legislaturperiode entnehmen.⁴⁷ Diese umfassen etwa im Bereich der Digitalisierung:

- Verbraucherrechte gegenüber Anbietern von Internetzugängen sollen in Bezug auf zugesicherte Bandbreiten, „nötigenfalls“ durch pauschalisierte Schadensersatzansprüche, verstärkt werden.
- Auf europäischer Ebene oder über das Kartellrecht soll für marktstarke Unternehmen eine Verpflichtung zur Interoperabilität geschaffen werden.
- Ebenfalls die EU-Ebene betrifft das Ziel, elektronische Widerrufbuttons verpflichtend werden zu lassen.

Eine Fülle von Vorhaben betrifft auch klassische Materien des Verbraucherschutzes und lässt sich zum Teil wohl ebenfalls nur auf europäischer Ebene umsetzen, wobei manches unklar erscheint. Das gilt etwa für das Ziel, „Nachhaltigkeit by design“ auch rechtlich abzusichern. Hier wird etwa von der Einführung eines „Rechts auf Reparatur“ gesprochen, ohne dass bereits erkennbar wäre, wer über welche Dauer bei welchen Produkten mit welchem Aufwand verpflichtet sein soll, eine Reparatur defekt gewordener Gegenstände zu ermöglichen. Etwas konkreter erscheint das Ziel, „den Zugang zu Ersatzteilen und Reparaturanleitungen sicher zu stellen“, wobei auch hier noch nicht zu ersehen ist, ob das mit den Mitteln des Verwaltungs- oder des Zivilrechts geschehen soll. Ersichtlich auf die klassische Sachmangelhaftung zielt es, wenn für langlebige Güter eine flexible Gewährleistungsdauer eingeführt werden soll, die sich an der vom Hersteller oder der Herstellerin bestimmten jeweiligen Lebensdauer orientiert; wobei sich dieses Ziel auch ohne Änderung der Warenkauf-RL verwirklichen lassen dürfte, da diese in ihrem Art. 10 Abs. 3 für die maßgebenden Fristen eine Öffnungsklausel enthält. Auch die Pflicht zur Aktualisierung (vgl. Art 7 Abs. 3 Warenkauf-RL) soll auf die gesamte übliche Nutzungszeit erstreckt werden.

⁴⁷ S. hierzu <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, 14.04.2022.

Ebenfalls dem klassischen zivilrechtlichen Verbraucherschutz ist es zuzuordnen, wenn für telefonisch abgeschlossene Verbraucherverträge „eine allgemeine Bestätigungslösung“ gelten soll. Hier wird sicher manche Schwierigkeit im Detail liegen, denn es kann Situationen geben, in denen der Verbraucher auf einen verlässlichen telefonischen Vertragsschluss angewiesen ist, weshalb Ausnahmen vorgesehen werden sollten (etwa im Falle einer kurzfristigen telefonischen Buchung eines Hotelzimmers). Bei Dauerschuldverhältnissen über die Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- und Warenleistungen sollen Angaben zu den durchschnittlichen monatlichen Kosten zwingend werden; Abonnementverträge sollen immer auch mit einer Mindestlaufzeit von höchstens einem Jahr angeboten werden müssen. Auch der Schutz bei Abschlüssen außerhalb von Geschäftsräumen soll nochmals ausgebaut werden.

Einen weiteren geplanten Schwerpunkt bildet der Verbraucherschutz bei Finanzdienstleistungen. Hier sollen „die individuellen Verhältnisse der Verbraucher“ insbesondere bei der Vergabe von Verbraucherkrediten stärker berücksichtigt werden, wobei unklar ist, auf welche Weise das geschehen soll (Beratung- und Informationspflichten, Rücktrittsrechte, vertragliche Unwirksamkeitsgründe?). Ebenso soll auf EU-Ebene „der Schutz vor Überschuldung durch nicht marktgerechte Zinsen und Wucher bei sämtlichen Darlehensformen gestärkt“ werden, was wohl auf die Aufnahme materieller Prüfungskriterien in die Verbraucherkredit-RL zielt. Wenn außerdem „irreführende Werbung verboten werden“ soll, ist hingegen unklar, was damit über die Unlautere Geschäftspraktiken-RL hinaus genau gemeint ist, möglicherweise eine besondere Richtlinie über Werbung für Verbraucherkredite. Deutlichere Erkennbarkeit, was gemeint ist, besteht im Hinblick auf die Höhe von Vorfälligkeitsentschädigungen bei der vorzeitigen Tilgung von Immobiliarkrediten, die – wohl gesetzlich – auf eine angemessene Höhe begrenzt werden sollen. Ist der Abschluss eines Kreditvertrags mit einem Vertrag über eine Restschuldversicherung verbunden, sollen die Zeitpunkte des Abschlusses des Versicherungsvertrages und des Kreditvertrags zeitlich mindestens eine Woche auseinanderliegen müssen. Weitere Überlegungen betreffen den Zugang zu einem Basis-Girokonto, die behördliche Aufsicht über Inkassounternehmen oder die Transparenz bei sogenanntem Kredit-Scoring. Außerdem sollen die Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) bei der Prüfung von Vermögensanlageprospekten gestärkt und die Erstellung solcher Prospekte standardisiert werden.

Auch der technische und gesundheitliche Verbraucherschutz wird sich weiterentwickeln. Im Chemikalienrecht soll die Importkontrolle gegenüber Produkten ausgebaut werden, die nicht EU Standards entsprechen. Dazu sollen auch Produktrückrufe erleichtert werden. Die Lebensmittelwarnung soll ausgebaut und „wissenschaftlich fundierte und auf Zielgruppen abgestimmte Reduktionsziele für Zucker, Fett und Salz“ geschaffen werden, wobei wiederum nicht erkennbar ist, an welchen Verbindlichkeitsgrad von Regeln hier wem gegenüber gedacht wird.

IX. Fazit

Das Wachstum und die Tendenz zu weiteren Bedeutungszuwachs des Verbraucherrechts, aber auch die Tendenz zu zunehmender Komplexität, Unübersichtlichkeit, bis (zum Teil) hin zur Bürokratisierung erscheinen nach allem dem ungebrochen. Das bedeutet aber nicht, dass insbesondere der zivilrechtliche Verbraucherschutz keinen Bestandteil des allgemeinen Zivilrechts mehr darstellen würde. Vielmehr gilt es, in Zukunft noch stärker darauf zu achten, inwieweit sich das Verbraucherrecht als Ausdruck allgemeiner zivilrechtlicher Rechtsgedanken verstehen lässt, wo aber auch andererseits allgemeine zivilrechtliche Prinzipien im Verbraucherrecht zu beachten sind, und wo demgegenüber die Unterschiedlichkeit beider Gebiete betont und beachtet werden muss.

DIREITO DO CONSUMIDOR NA ALEMANHA

– QUESTÕES FUNDAMENTAIS E PERSPECTIVAS*

THOMAS PFEIFFER

SUMÁRIO: *I. Introdução; II. Defesa do consumidor de Direito privado e público; 1. Breve balanço; 2. Planos do novo Governo Federal; III. Direito do consumidor: Direito privado geral ou Direito privado especial; IV. Direito europeu e nacional; V. Conceito e modelo de consumidor; 1. Conceito de consumidor; 2. Modelo de consumidor; VI. Impacto no tráfego empresarial; VII. Campos temáticos; VIII. Perspectivas legislativas; IX. Conclusão.*

I. Introdução

Um dos desenvolvimentos mais significativos no Direito privado, nas últimas décadas, foi certamente o desenvolvimento do Direito privado do consumidor, como uma área central do Direito privado, em parte como resultado de desenvolvimentos e exigências europeias.¹ Por detrás desta constatação podem ser identificadas diferentes forças de acção. Inquestionavelmente, a crise económica e financeira, a partir dos anos de 2007/2008, de uma perspectiva jurídica, desencadeou um impulso de regulação, que não deixou o Direito do consumidor indiferente. No entanto, o aumento das exigências jurisconsumerísticas não é apenas obra do legislador; a juris-

* Tradução de Alexander Villinger, com revisão de Francisco Rodrigues Rocha.

¹ Cf. Pfeiffer, *Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht*, em Schulte-Nölke/Schulze (ed.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, p. 21.

prudência sobre as exigências reforçadas ou mais rigorosas, em matéria de Direito do consumidor, também deu um contributo.

Mais ou mais rigorosas regras são também, mas não só, o resultado de um “espírito do tempo” (“*Zeitgeist*”) mais favorável à legiferação, como podem também ser descritas como uma reacção a questões reais e a novos desafios. Estas compreendem uma maior complexidade dos processos técnicos, nomeadamente, na área das transacções digitalizadas, mas também as consequências das mudanças económicas. Estes processos incluem a privatização e liberalização de certos aspectos dos serviços de interesse geral, por exemplo, nas áreas do fornecimento de energia ou telecomunicações, ou a importância crescente dos produtos ou serviços digitais.

Neste contexto, as observações seguintes resumem algumas linhas-base essenciais do desenvolvimento do Direito privado do consumidor na Alemanha.

II. Defesa do consumidor de Direito privado e público

1. Breve inventário

Deve notar-se, no entanto, antes de mais, que o direito público do consumidor tem experimentado uma retoma, tal como o Direito privado do consumidor. Embora certas áreas do direito público, como o direito alimentar, tenham tido sempre uma função de saúde e de defesa do consumidor, a importância da defesa do consumidor de direito público aumentou na área dos mercados regulados, como a indústria da energia ou das telecomunicações, mas também na regulação dos serviços financeiros.² Um certo aumento da importância da protecção regulamentar geral do consumidor também surgiu, desde a nona alteração da Lei contra as Restrições da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB), do § 90 Abs. 6 do GWB, segundo a qual o Gabinete Federal de Cartéis (*Bundeskartellamt*) está autorizado a participar em acções cíveis em caso de infracções, significativas e permanentes, às disposições do Direito do consumidor.

Enquanto as áreas acima mencionadas são originalmente atribuídas ao direito público, nomeadamente, o Direito comercial público, a defesa do consumidor ao abrigo do Direito privado também desempenha um papel

² Cf. por exemplo Ruthig/Storr em: Ruthig/Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5.^a edição 2020, notas marginais 502, 506, 601ss.

na actuação das autoridades públicas; isto pode aplicar-se directamente às operações fiscais das autoridades públicas, ao abrigo do Direito civil, mas também pode afectar os contratos de direito público, na medida em que as disposições de Direito do consumidor do BGB, ao abrigo da Lei do Procedimento Administrativo (§ 62 *Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG), são aplicáveis a estes contratos.³

No entanto, no cômputo geral, deve ser afirmado que o maior peso, em termos de direito de defesa do consumidor, continua a residir no campo do Direito privado.

2. Planos do novo Governo Federal

Neste contexto, os planos do novo Governo Federal para o Direito do consumidor concentram-se claramente em medidas de direito público. Acima de tudo, deve ser examinado se o Gabinete Federal de Cartéis pode ser dotado de competência transversal ao nível do Direito do consumidor, a fim de investigar oficialmente e fazer cessar infracções, no caso de infracções consideráveis, permanentes e repetidas às normas do Direito económico do consumidor, como tem ocorrido, até agora, no contexto de infracções ao GWB. A Autoridade Federal de Supervisão Financeira (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) deverá também ser reforçada, por exemplo, na área do controlo da emissão de prospectos. Outras medidas dizem respeito a uma melhor protecção contra produtos químicos importados, através de um controlo mais rigoroso e de possibilidades alargadas de retirada de produtos ou de protecção contra substâncias perigosas para a saúde.

III. Direito do consumidor: Direito privado geral ou Direito privado especial

Duma perspectiva jurídico-sistemática, a doutrina alemã faz, tradicionalmente, a distinção entre Direito privado geral, por um lado, e Direitos privados especiais, por outro. Os direitos privados especiais são submatérias de Direito privado que não se aplicam a todos, mas apenas a um círculo

³ Panorama das diferentes manifestações de defesa do consumidor de direito público em Ewer, Verbraucherschutz und öffentliches Recht, em Grenzow/Grunewald/Schulte-Nölke (coord.), Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, publicação comemorativa para Friedrich Graf von Westphalen, 2010, p. 139ss. Sobre a aplicabilidade do direito das cláusulas contratuais gerais aos contratos de direito público, ver Gündling, Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht, 2006, p. 184ss.

delimitado de pessoas.⁴ Um exemplo clássico de Direito privado especial é o Direito comercial, cujas regras de Direito dos contratos se aplicam, em parte, apenas a negócios bilateralmente comerciais, mas, noutra parte, exigem pelo menos um negócio unilateralmente comercial. Em qualquer caso, a aplicabilidade das disposições de Direito comercial, em termos pessoais, exige a participação de um comerciante. Em termos de política jurídica, há muito que se discute até que ponto o Direito do consumidor deva constituir um Direito privado especial. É certo que esta discussão tem diferentes dimensões. Pois trata-se, por um lado, da questão de saber se uma estruturação do Direito do consumidor como Direito privado especial possa ser convincente, em termos de sistema de valores ou de política jurídica e, por outro lado, da questão de saber se o actual Direito privado do consumo possa ser interpretado como uma componente do Direito privado geral ou como um Direito privado especial.⁵ O conceito de Direito privado especial está ligado, por um lado, a questões relacionadas com uma classificação externa adequada do Direito privado do consumidor no sistema de Direito privado, como um todo, mas também a questões de uma sistemática valorativa, que se prende com a relação entre os princípios do Direito privado geral e os do Direito do consumidor e como funcionam as linhas de influência entre estas matérias jurídicas.

Esta discussão, que aqui não pode ser retomada no seu todo, reflecte-se, em primeiro lugar, na questão de saber se a localização das disposições de Direito do consumidor ficará mais bem sediada dentro ou fora do BGB. Neste ponto, a Alemanha tinha inicialmente enveredado pelo caminho de inserir regras de Direito do consumidor em actos «acessórios» autónomos de Direito civil fora do BGB. Os exemplos incluem a Lei dos pagamentos em prestações promulgada em 1894 (*Abzahlungsgesetz*), a Lei dos Contratos ao Domicílio-Resolução de 1986 (*Haustürgeschäfte-Widerrufsgesetz*), a Lei de Crédito ao Consumo de 1990 (*Verbraucher kreditgesetz*; a qual também substituiu a antiga Lei dos pagamentos em prestações), a Lei dos Direitos de

⁴ Cf. por exemplo Preis, Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, ZHR 158 (1994), 567.

⁵ Cf. esta discussão, por exemplo, em Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts, 1983; Dreher, Der Verbraucher als Phantom in den opera des europäischen Privatrechts, JZ 1997, 167; Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen, AcP 178 (1978), 198; Pfeiffer, Integration von Nebengesetzen in das BGB, em Ernst/Zimmermann (ed.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, p. 494ss.; Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaft und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187.

Habitação Periódica (*Teilzeit-Wohnrechtegesetz*), que entrou em vigor em 1997, e a Lei de Venda à Distância de 2000 (*Fernabsatzgesetz*). Apenas a definição de consumidor e empresário se encontrava no próprio BGB, desde a implementação da Directiva 97/7, relativa às vendas à distância. A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (*AGB-Gesetz*), que entrou em vigor em 1977, desempenhou um papel especial entre as leis «acessórias» (*Nebengesetze*), porque, embora também se baseasse em iniciativas de defesa do consumidor em termos de política jurídica, o seu conteúdo, especialmente o seu âmbito de aplicação original, não foi concebido como um Direito do consumidor. Durante a transposição da Directiva 1999/44 relativa às vendas de bens de consumo (*Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*), a Alemanha decidiu aderir ao ideal de um Direito da compra e venda o mais possível unitário para todos os contratos, incluindo contratos com consumidores, e na medida do possível transpor a Directiva 1999/44 no Direito da compra e venda do BGB. Esta abertura do BGB a disposições de Direito do consumidor foi, então, acompanhada pela integração das acima mencionadas leis «acessórias» (*Nebengesetze*) no BGB. Mais recentemente, o legislador alemão confirmou estas decisões de fundo, no decurso da transposição das Directivas 770/2019 sobre conteúdos digitais e 771/2019 sobre compra e venda de bens de consumo (ou mercadorias: *Warenkaufrichtlinie*), em cujo contexto, apesar da necessidade de transpor uma direito da compra e venda verbosamente regulado para os contratos com consumidores, foi mantido o conceito de um Direito de compra e venda, que é, em princípio, unitário para todos os contratos.⁶ Por um lado, isto parece compreensível, mas, por outro, leva ao infeliz efeito secundário de o § 434 BGB alargar, agora, o conceito de defeito (*Fehler*) muito burocrático da Directiva da compra e venda de bens de consumo⁷ aos contratos do tráfego empresarial. Fenómenos paralelos encontram-se também na jurisprudência dos tribunais, na qual o BGH estende valorações do Direito do consumidor ao tráfego empresarial de forma ainda mais clara do que anteriormente, por exemplo, aplicando o seu entendimento judicial rigoroso sobre a inadmissibilidade da cobrança de valores pela gestão ou tratamento de contratos padronizados⁸, originalmente desenvolvidas para contratos de crédito privado, aos contratos do tráfego empresarial.⁹

⁶ Pfeiffer, Die Umsetzung der Warenkauf-RL in Deutschland, GPR 2021, 120.

⁷ Cf. também, a este respeito, Bach, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705, 1711.

⁸ BGH, 13.05.2014, BGHZ 201, 168-204.

⁹ BGH, 04.07.2017, BGHZ 215, 172.

A introdução de regimes de Direito do consumidor – principalmente com base em Directivas – no BGB é, ao mesmo tempo, uma rejeição da criação de uma codificação separada do Direito do consumidor, por exemplo, de acordo com o padrão do *Code de la Consommation* francês. Tal codificação do Direito do consumidor é parcialmente defendida porque se espera que saliente o carácter excepcional dos mecanismos de protecção do Direito do consumidor (e, ao mesmo tempo, liberte o BGB da grande (em demasia) atenção aos detalhes, que resultam da necessidade de uma transposição suficientemente precisa de Directivas da UE igualmente muito detalhadas). Na direcção oposta, a ideia de um Código do Consumidor separado visa, precisamente, desconectar o Direito do consumidor do Direito civil geral, que se caracteriza pela autonomia privada e pela liberdade contratual. Em favor do conceito da integração, argumenta-se logicamente, ao contrário, que enfatiza, reforça e clarifica a filiação do Direito do consumidor privado no Direito civil geral.¹⁰

Paralelamente, em parte, a esta questão da ordem externa adequada do Direito do Consumidor decorre uma discussão fundamental sobre a função do Direito do consumidor. A existência de regras especiais de Direito do consumidor é, parcialmente, entendida como uma expressão da protecção das partes mais fracas. O consumidor, como parte mais fraca na relação jurídica de Direito civil, deve ser protegido por mecanismos de Direito do consumidor contra um abuso do poder negocial e contratual do empresário. Esta posição, que também se encontra na jurisdição do TJUE¹¹, está ligada à pessoa do consumidor e está, por isso, mais próxima de uma classificação do Direito do consumidor como Direito privado especial. Em contrapartida, a posição oposta explica a existência de regimes de Direito do consumidor em termos situacionais e não pessoais. É assim relacionado com ameaças à liberdade de informação ou de decisão, que são evitadas por mecanismos de compensação adequados (controlo das cláusulas contratuais gerais, direitos de informação e de resolução). A ligação ao consumidor não é feita devido à sua fragilidade pessoal, pelo contrário, o consumidor como pessoa singular é, ao mesmo tempo, o sujeito geral do Direito privado. O empresário, por outro lado, é tratado de forma diferente, porque o tráfego

¹⁰ Pfeiffer (supra, nota de rodapé 66) p. 489; *id.*, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der europäischen Privatrechtsharmonisierung, em Artz (ed.), Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht – Deutschland und Europa, p. 1, 7.

¹¹ TJUE, 26.04.2012, C-472/10, nota marginal 33 – Invitel.

empresarial depende, em maior medida, da robustez e a mesma também pode ser de esperar de um empresário. Num tal entendimento, a ligação ao consumidor assume uma função negativa e serve para excluir os sujeitos de Direito privado, que se pode esperar que lidem adequadamente com os riscos situacionais apresentados, mesmo sem uma disciplina legal especial.¹²

As discussões sobre a localização jurídico-sistematicamente adequada do Direito do consumidor reflectem-se também, a propósito, na atribuição diferenciada de competência a diferentes Ministérios. Embora a defesa do consumidor tenha estado durante muito tempo sob a alçada do Ministério Federal da Alimentação e Agricultura (*Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft*), foi transferida para o Ministério Federal da Justiça (*Bundesjustizministerium*) em 2013. Quando o actual Governo Federal tomou posse, foi a mesma atribuída ao Ministério do Ambiente (*Umweltministerium*).

IV. Direito europeu e nacional

A fim de compreender as discussões tidas, no contexto do Direito do consumidor, na Alemanha, é necessário compreender – embora isto se aplique a todos os Estados-Membros da UE – que o Direito privado do consumidor é em particular e claramente um Direito de vários níveis, cujos actos jurídicos e máximas de interpretação são, em parte, prescritos e moldados pelo Direito da UE e, noutra parte, pelo Direito nacional. A UE aprova regimes de Direito do consumidor, em particular, no âmbito e com base na sua competência para legislar no mercado interno (artigo 114.º e artigo 153.º Abs 2 lit. a TFUE). O artigo 153.º Abs 1 do TFUE deixa claro que se trata apenas de uma “contribuição” da UE.

Assim, mantém-se uma competência fundamental dos Estados-Membros para legislar, no domínio da defesa do consumidor. Do mesmo modo, a área da defesa do consumidor, no âmbito do Direito privado, caracteriza-se pelo facto de os Estados-Membros continuarem a ter a responsabilidade e competência primárias, pela existência e desenvolvimento do Direito privado geral. Esta constatação ganha peso pelo facto de numerosos actos jurídicos, de defesa do consumidor europeia, estarem estreitamente interligados com campos centrais do Direito privado geral, no que diz respeito ao seu objecto. Isto vale, por exemplo, para o Direito das cláusulas abusivas (*Recht der missbräuchlichen Klauseln*), que – além da restrição da Directiva da cláusulas abusivas 93/13 aos contratos com consumidores – é uma matéria a

¹² Pfeiffer (supra, nota de rodapé 6) p. 489.

ser atribuída à parte geral do Direito civil, mesmo que o legislador alemão a tenha atribuído de forma questionável ao Direito geral das obrigações (§§ 305-310 BGB).¹³ O mesmo se aplica, por exemplo, aos vários direitos de resolução (*Widerrufsrechte*) do Direito do consumidor, que estão materialmente relacionados com o Direito da celebração do contrato (*Recht des Vertragsschlusses*) ou, pelo menos, muito próximos deste. Em contrapartida, as Directivas sobre a compra e venda de bens de consumo 771/2019 e sobre conteúdos digitais 770/2019 pertencem ao Direito dos defeitos da coisa e ao das perturbações na prestação.

Este cunho europeu de partes consideráveis do Direito do consumidor é, de outro modo, perceptível através dos conhecidos mecanismos gerais de influência do Direito da União Europeia, em que, como é sabido, o Direito da União utiliza predominantemente o instrumento da directiva. Assim, o Direito da União tem efeito, em primeiro lugar, através da obrigação de transpor directivas na legislação e, em seguida, de as interpretar em conformidade com as directivas, o que, por sua vez, leva a um elevado número de recursos dos tribunais alemães¹⁴, nomeadamente também do BGH, em casos de Direito do consumidor. A este respeito, a influência das decisões do TJUE sobre o desenvolvimento do Direito do consumidor na Alemanha é particularmente notória, pelo menos quantitativamente. Deve salientar-se, contudo, que a influência do TJUE no desenvolvimento do Direito do consumidor na Alemanha não se esgota, pela sua própria natureza, na observância das decisões proferidas por tribunais alemães. Em muitos casos, são também decisões do TJUE sobre o recurso aos tribunais de outros Estados-Membros, que desencadeiam as actividades do legislador ou alterações na aplicação das disposições de transposição alemãs às directivas de Direito do consumidor da UE. Por exemplo, a decisão do TJUE de 10 de Maio de 2001 no processo *Comissão vs. Países Baixos*¹⁵, resultou numa inclusão explícita no § 307, Abs 1 S 2 e Abs 3 S 2 do BGB, do requisito de transparência¹⁶ do

¹³ Wolf/Pfeiffer: Der richtige Standort des AGB-Rechts innerhalb des BGB, ZRP 2001, 303.

¹⁴ Tradicionalmente, a Alemanha tem o maior número de recursos para o TJUE entre os Estados-Membros; de acordo com o Relatório Anual 2020 do TJUE, um total de 564 dos 2768 recursos, ou seja, um pouco mais de 20%, vieram dos tribunais alemães no período de cinco anos 2016-2020. Isto também se baseia naturalmente no facto de a Alemanha ser o Estado-Membro com maior população; no entanto, a parte da população da UE na Alemanha é de apenas cerca de 18%.

¹⁵ TJUE, 10.05.2001, processo C-144/99 – Comissão/Países Baixos.

¹⁶ Cf. apenas BGH, 24.11.1988, BGHZ 106, 42.

Direito das cláusulas contratuais gerais, há muito reconhecido na jurisprudência alemã. Vários exemplos deste mecanismo podem ser citados, a partir da jurisprudência. Por exemplo, a decisão do BGH de 27 de Abril de 2021¹⁷, segundo a qual as ficções de aceitação (*Zustimmungsfiktionen*) em contratos padronizados, anteriormente admitidas de forma geral, devem, no caso de alterações de preços ou de contratos no sector do crédito, ser consideradas ineficazes, baseia-se, em grande medida, na decisão do TJUE de 11 de Novembro de 2020, no processo *DenizBank*¹⁸, que se baseou num recurso da Áustria.

Com a crescente densidade normativa do Direito do consumidor da União, as tensões entre o Direito do consumidor nacional e europeu, no seu conjunto, aumentaram bastante. Isto é demonstrado, em particular, pelo facto de se terem registado casos sucessivos, nos últimos tempos, em que o BGH considerou não ser possível uma interpretação do Direito nacional em conformidade com a directiva.¹⁹ Em tudo isto, a relação entre o Direito europeu do consumidor e os institutos jurídicos do Direito civil geral provou ser de particular importância estrutural.²⁰ A recente decisão do TJUE, de 9 de Setembro de 2021, no processo *Volkswagen-Bank*, por exemplo, na sequência de um recurso pelo LG Ravensburg, teve grande impacto na prática do Direito do consumidor alemão, de acordo com o qual ao mutuante, em caso de crédito ao consumo, deve ser negada a possibilidade de invocação, por *supressio* (*Verwirkung*) ou *Rechtsmissbrauch* do decurso do prazo para resolução, na hipótese de instruções ou informação insuficientes.²¹ A extensão do impacto causado por esta decisão pode ser vista, por exemplo, no facto de o BGH ter recentemente acrescentado o seu próprio pedido de decisão prejudicial, que se destina a esclarecer se a linha do TJUE pode e deve aplicar-se realmente, também, em caso de má fé do consumidor.

¹⁷ BGH, 27.04.2021, BGHZ 229, 344.

¹⁸ TJUE 11. 11.2020, C-287/19 – *DenizBank AG* ./ VKI; Análise destas correlações em Pfeiffer, Preis- und Vertragsanpassungen in Zahlungsverkehrsverträgen – Nützliche Rationalisierung oder einseitige Vertragsgestaltung?, RdZ 2022, 18.

¹⁹ Por exemplo BGH, 18.11.2020, NJW 2021, 1008; ver Pfeiffer, LMK 2020, 435952; BGH, 31.03.2020, ZIP 2020, 865 com ulteriores indicações.

²⁰ Por exemplo Roth, Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen, Karlsruher Forum 2011, 2012, p. 45ss.

²¹ TJUE, 09.09.2021, processos apensos C-33/20, C-155/20 e C-187/20, notas marginais 118 e 127 – *Volkswagen-Bank*.

V. Conceito e modelo de consumidor

1. Conceito de consumidor

Uma pedra angular do desenvolvimento concreto das questões de interpretação do Direito do consumidor é, em primeiro lugar, o próprio conceito de consumidor. Também ele é, em grande parte, de carácter europeu devido ao Direito das directivas da UE. A este respeito, o espaço para as especificidades nacionais parece limitado, mas, ainda assim, podem ser encontradas. A disposição relevante do Direito alemão, nomeadamente o § 13 do BGB, difere, na sua redacção, dos modelos do Direito das directivas europeias. Estes últimos baseiam-se via de regra no facto de uma pessoa praticar um acto com uma finalidade fora da sua actividade profissional, quando, pelo contrário, é relevante, segundo o § 13 do BGB, que a pessoa em causa celebre um contrato fora da sua *independente (selbständig)* actividade profissional. Esta característica especial é particularmente visível por referência ao Direito do trabalho. Não há aqui qualquer problema em aqueles que compram roupa de trabalho ou equipamento de trabalho, a título privado, serem também consumidores; do mesmo modo, não é um problema se um empregado for tratado, pelo seu empregador, como consumidor ao comprar bens (com desconto). No entanto, uma peculiaridade (controversa) alemã é que a jurisprudência também aplica as disposições do Direito dos contratos com consumidores aos contratos individuais de trabalho no âmbito de um conceito de consumidor dito absoluto.²²

Outra questão controversa é o chamado tratamento individual, utilizado na Alemanha para determinar a qualidade de consumidor, segundo o qual os sócios ou titulares de órgãos sociais também são considerados consumidores se celebrarem um contrato em seu próprio nome no interesse da empresa em questão, por exemplo, quando um sócio ou um gerente de uma sociedade por quotas garante pessoalmente uma dívida social.²³ Diversamente, o TJUE considera possível em tais casos uma classificação como

²² Por exemplo BGH, 24.02.2011, BGHSt 56, 174 nota marginal 24; BAG, 25.05.2005, NJW 2005, 3305.

²³ Jurisprudência constante, por exemplo, em BGH, 28.06.2000, BGHZ 144, 370 = NJW 2000, 3133; BGH, 10.07.1996, BGHZ 133, 220 = NJW 1996, 2865 = LM H 1/1997 VerbrKrG § 1 n.º 6 com nota Ungeheuer; BGH, 05.06.1996, BGHZ 133, 71 = NJW 1996, 2156 = LM H 10/1996 VerbrKrG § 1 n.º 5 com anotação de Pfeiffer; sobre a decisividade da consideração individual ainda BGH, 12.11.1996, BGHZ 134, 94 = NJW 1997, 654; referente ao sócio-gerente de GmbH «complementar» de uma GmbH & Co. KG: BGH, 24.07.2007, NJW-RR

não consumidores devido à posição de accionista ou gerente que ocupem tais sujeitos.²⁴ Em consonância com isso, o Supremo Tribunal austríaco, por exemplo, adopta um “tratamento económico”, que também é interpretado como uma redução teleológica da aplicação das disposições do Direito do consumidor. Consequentemente, um negócio concluído por um sócio da sociedade por quotas para fins da sociedade, não está sujeito às disposições do Direito do consumidor na medida em que o sócio possa exercer uma influência determinante na gestão da sociedade e, assim, agir da mesma forma do que um empresário.²⁵ O Direito alemão deveria também estar receptivo a esta solução.

Predominantemente, trata-se também no Direito alemão de conhecidas questões de fronteira, também de uma perspectiva europeia, tais como a dupla afectação (*Dual-use*), a criação de empresas, negócios acessórios fora do ramo ou o princípio da determinação objectiva da qualidade de consumidor. É certo que também aqui existem ainda incertezas consideráveis. Por exemplo, nos trabalhos preparatórios do antigo artigo 5.º da Convenção de Roma sobre o direito aplicável às obrigações contratuais encontra-se a opinião²⁶ de que a qualidade de consumidor só pode ser afirmada, em casos de dupla afectação (*Dual-use*) se o fim do contrato ficar essencialmente fora da esfera profissional e comercial.²⁷ Este ponto de vista (correcto) foi também adoptado pelo TJUE no caso *Gruber* no Direito jurisdicional europeu.²⁸ Diversamente, há já algum tempo que a disposição, decisiva na matéria para o Direito alemão, do § 13 do BGB, se baseia na definição, constante do considerando (17) da Directiva dos Direitos do Consumidor (*Verbraucherrechte-Richtlinie*), segundo a qual depende da predominância do peso

2007, 1673; rejeição explícita de uma diferenciação em função do grau de participação BGH, 25.02.1997, NJW 1997, 1443.

²⁴ TJUE, 19.11.2015, C-74/15 = Beck processo 2015, 81889, nota marginal 29 – Tarcău / Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA.

²⁵ Com ligeiros desvios nos detalhes: OGH, 11.02.2002, 7 Ob 315/01a; OGH, 25.11.2003, 8Ob100/03v; OGH, 11.05.2005, 9Ob27/05v; OGH, 09.08.2006, 4 Ob108/06w; OGH, 14.02.2007, 7 Ob 266/06b; OGH, 24.06.2010, 6 Ob 105/10z; OGH, 24.04.2012, 2Ob169/11h; OGH, 24.04.2012, 2 Ob 169/11h; OGH, 29.01.2015, 6Ob170/14i; OGH, 27.06.2016, 6Ob95/16p. Sobre a validade deste conceito numa sociedade de direito civil: OGH, 19.03.2013, 4Ob232/12i e OGH, 16.12.2013, 6Ob43/13m.

²⁶ Relatório de Giuliano/Lagarde, BT-Drucks 10/503, p. 55.

²⁷ Pfeiffer, em: Wolf/Horn/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, 7.ª edição 2021, RL 93/13 nota marginal 10.

²⁸ TJUE, 20.01.2005, processo C-464/01 – Gruber ./ BayWa.

dos fins parciais privados ou profissionais (a assim chamada teoria da preponderância). A relação desta disposição com a posição do TJUE, no processo *Gruber*, está em aberto; em particular, é incerto se, em consequência, um conceito dividido de consumidor será aplicado no Direito da União, ou seja, se o TJUE vai manter a sua definição mais restrita no Direito de conflitos europeu ou noutras directivas ou se o conceito de consumidor do considerando (17) da Directiva dos Direitos do Consumidor valerá também fora deste acto normativo.²⁹

2. Modelo de consumidor

Desenvolveu-se uma discussão autónoma sobre o assim chamado modelo de consumidor ao nível das liberdades fundamentais do Tratado CE, bem como, na área do Direito da concorrência. Com base na jurisprudência do TJUE, o Direito da concorrência desleal da UE baseia-se na ideia de um consumidor informado e razoável ou responsável.³⁰ No entanto, deve notar-se que esta linha de jurisdição não diz respeito ao Direito dos contratos com consumidores, mas sim a outras matérias jurídicas. Pois assume-se frequentemente, no Direito dos contratos, que o consumidor é a parte contratual “inferior”.³¹ Até que ponto tudo isto permite retirar conclusões sobre o âmbito de aplicação do conceito de consumidor ou sobre a interpretação das medidas de Direito do consumidor, especialmente no domínio do Direito dos contratos e da responsabilidade, é, pois, incerto.³² Esta incerteza baseia-se também no facto de as directivas relevantes do Direito da UE utilizarem tanto o modelo de informação (*Informationsmodell*), como (em parte,

²⁹ Com base nisso Schwab/Hromek, *Alte Streitstände im neuen Verbraucherprivatrecht*, JZ 2015, 271s.

³⁰ Por exemplo TJUE 07.03.1990, processo C-362/88, Slg 1990, I-667 – GB-Inno-BM ./ Confédération du commerce luxembourgeois; para uma visão sumária, ver por exemplo Dausen RIW 1998, 750; também Pfeiffer, *Was kann ein Verbraucher?*, NJW 2011, I; também por exemplo Jahn/Palzer, *Der mündige Verbraucher ist tot, es lebe der mündige Verbraucher!*, K&R 2015, 444.

³¹ Cf. Pfeiffer em Harke/Riesenhuber, OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, 2016, p. 41, 47s.

³² Sobre a exigência de um princípio orientador em todos os casos de tratamento de informação pelo consumidor, isto é, por exemplo, no que diz respeito à transparência das cláusulas contratuais gerais (“horizonte de compreensão do cliente médio juridicamente não instruído”) e no que diz respeito a outros deveres de informação ou à obrigação de fornecer informações sobre a resolução ver Drexl, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, p. 414ss.

por exemplo, no caso da Directiva relativa à compra e venda de bens de consumo) o instrumento das normas de protecção injuntivas (*Instrument zwingender Schutznormen*).³³

Em tempos recentes, também tem sido salientado, em parte, que o Direito vigente se baseia frequentemente no modelo do “consumidor confiante” (*vertrauender Verbraucher, confident consumer*), que assume e deve poder assumir que pode realizar negócios sem risco.³⁴ Certas pessoas, argumenta-se também, deveriam igualmente ser classificadas como consumidores vulneráveis, por exemplo, por não poderem corresponder às exigências de um consumidor informado e razoável, devido a deficiências físicas, mentais ou intelectuais ou devido à sua idade ou estatuto migratório.³⁵ Também a este respeito, não são claras as conclusões normativas concretas a retirar, eventualmente, da existência de tais tipos de consumidores. De facto, é correcto que o actual Direito dos contratos com consumidores visa precisamente permitir aos consumidores a prossecução activa dos seus objectivos económicos, na confiança de que existem mecanismos de protecção jurídica adequados. O direito de resolução (*Widerruf*), por exemplo, destina-se a permitir que os consumidores celebrem contratos à distância sem se preocuparem; a protecção contra cláusulas contratuais gerais não razoáveis destina-se a assegurar que os consumidores possam celebrar contratos padronizados sem estudar as cláusulas negociais gerais. Existem dúvidas sobre a generalização destes fenómenos. O que um consumidor pode fazer deve, muitas vezes, ser determinado por referência a questões jurídicas e materiais concretas. Além disso, uma das condições funcionais do Direito civil é que este deve ser concebido para fazer face ao tráfego de massas. Por conseguinte, o Direito dos contratos com consumidores não pode passar sem tipificações normativas.³⁶ Por isso, terá muitas vezes de se dar uma resposta normativa quanto ao nível de compreensão que se

³³ Perante este pano de fundo, numerosas obrigações de informação do direito do consumidor não parecem ser uma expressão de uma concepção liberal do direito do consumidor, mas sim de um direito «complementar» injuntivo. cf. Kähler, *Idealismus und Realismus in den Menschenbildern zum Privatrecht*, RWiss 2018, 1, 12.

³⁴ Heiss, *Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes*, ZEuP 1996, 625, 637ss.; Reich, *Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes*, ZEuP 1994, 381, 387.

³⁵ Micklitz, *Gutachten Deutscher Juristentag 2012*, p. A 38ss.

³⁶ De maneira crítica, diversamente, Kähler, *Idealismus und Realismus in den Menschenbildern zum Privatrecht*, RWiss 2018, 1, 9ss.

pode esperar de um consumidor.³⁷ Também não se pode julgar incorrectamente o facto de a figura do consumidor confiante poder mostrar transições fluidas para o consumidor “crédulo” ou negligente, que já não deveria necessitar juridicamente de protecção. Em alternativa, a figura do consumidor vulnerável levanta – de uma perspectiva de Direito civil – sobretudo a questão de como quaisquer necessidades especiais de protecção podem ser tidas em conta no sistema de um Direito, baseado no tráfego de massas. Muitas vezes, o Direito dos contratos tradicional ajudará: os ónus de esclarecimento (*Deutlichkeitsobliegenheiten*), que se aplicam a uma parte, nas suas declarações individuais, dependem também de até que ponto o declarante possa presumir ter sido compreendido. Além destes mecanismos reconhecidos, não existe base para a formação de diferentes grupos de consumidores com base no Direito vigente; ela, até agora, não foi implementada, de forma consequente, a nível normativo.³⁸ Uma análise do material de casos disponíveis indica, pelo contrário, que se pode esperar que um consumidor tenha, basicamente um conhecimento comum do quotidiano, um entendimento comum da linguagem, bem como a aplicação de lógica e de aritmética simples, mas não conhecimentos técnicos específicos.³⁹

Porém, uma restrição significativa poderia resultar de aspectos da jurisprudência recente do BGH na área do Direito das cláusulas contratuais gerais, em particular, da já mencionada decisão do BGH de 27 de Abril de 2021, sobre a ineficácia de ficções de aceitação em contratos padronizados, na ausência de uma oposição às alterações de preço ou cláusulas contratuais gerais, propostas pelo utilizador (*i.e.* das cláusulas; *Verwender*).⁴⁰ Em 2007, o III *Zivilsenat* do BGH já tinha argumentado que a maioria dos consumidores não analisa as alterações contratuais que lhes são solicitadas. Uma tal cláusula equivaleria, por isso, praticamente a um poder de alteração unilateral, não limitado no seu conteúdo. Ampliando esta argumentação, o acórdão do XI *Zivilsenat* de 27 de abril de 2021 afirma, agora, que o efeito jurídico da cláusula não depende da não oposição do consumidor, com base no seu consentimento efectivo ou devido a “letargia, desinteresse, excessivas exigências intelectuais, inépcia [ou] doença”. Por outras palavras, a cláusula deve ser valorada de acordo com a forma como possa afectar o

³⁷ Pfeiffer, Was kann ein Verbraucher? NJW 2011, 1, 2s.

³⁸ Pfeiffer, noutro sítio 1, 4.

³⁹ Pfeiffer, noutro sítio 1, 6.

⁴⁰ BGH, 27.04.2021, BGHZ 229, 344.

consumidor letárgico, desinteressado, intelectualmente sobrecarregado, inepto ou doente. Isto poderia ser um desenvolvimento conceptual, de grande alcance, do Direito das cláusulas contratuais gerais. Pois o princípio orientador desta área do direito vale, em si, para o cliente médio⁴¹ sem formação jurídica, como é típico no comportamento adequado à situação para cada um dos respectivos tipos contratuais.⁴²

A decisão do BGH, de 27 de Abril de 2021, afasta-se disto de uma forma muito abrangente, na medida em que, agora, toma como padrão o consumidor letárgico, intelectualmente sobrecarregado, inepto ou doente. Poder-se-ia ainda perguntar se isto é uma mera peculiaridade na valoração das ficções de aceitação, mas não é possível encontrar pontos de vista convincentes a nível da sistemática valorativa. O BGH também não faz qualquer sugestão nesse sentido. Por conseguinte, parece apontar mais no sentido de se tratar de uma subliminar mudança fundamental de perspectiva (ou, em todo o caso, da sua introdução), sem as questões relevantes terem sido sequer em certo grau discutidas.

Conceptualmente, existe, também, uma velha percepção de que, em primeiro lugar, no tráfego de massas, as generalizações são sensatas e necessárias, no interesse da praticabilidade e da eficiência económica, e que, em segundo lugar, contudo, elas devem ser a coisa certa a fazer para a maioria dos casos.⁴³ Por conseguinte, seria inadequado nivelar o entendimento de uma disposição global e do tipo cláusula geral, como, em especial, o § 307 do BGB, com as necessidades especiais de uma minoria de destinatários da norma, especialmente se as necessidades de protecção pudessem também ser satisfeitas de outra forma, por exemplo, através de um controlo de exercício na utilização de tais cláusulas. Uma orientação para a figura do consumidor indolente/passivo como modelo para o controlo do conteúdo das condições negociais gerais é – e não apenas no caso de ficção de aceitação – inadequada.

Todavia, não é claro, actualmente, até que ponto uma tal orientação para a figura do consumidor letárgico ou desinteressado ganhará significado, além do caso específico acima mencionado.

⁴¹ BGHZ 145, 203.

⁴² BGHZ 112, 115; análise sumária em Pfeiffer, Was kann ein Verbraucher? NJW 2011, 1, 3 e 5.

⁴³ “O legislador pode utilizar regulamentos de generalização e tipificação especialmente quando regulamenta fenómenos de massa ... No entanto, a tipificação só é possível quando um grupo relativamente pequeno estiver em desvantagem e a violação da igualdade não for muito intensiva.“ BVerfG, 30.05.1990, BVerfGE 82, 126, nota marginal 90.

VI. Impacto no tráfego empresarial

A discussão já mencionada sobre a questão de saber se o Direito privado do consumidor deva ser classificado como Direito privado especial reflecte-se, de resto, noutro aspecto, nomeadamente, na questão de saber se é mais o Direito do tráfego empresarial que influencia o Direito do consumidor ou o contrário. Esta questão surge, especialmente, no contexto da discussão sobre o tratamento das pequenas e médias empresas. Juridicamente, tais sinais, de um certo “consumerismo” (“*Konsumerismus*”), podem ser observados tanto ao nível da legislação, como da jurisprudência. Ao nível da legislação, pode referir-se que o legislador alemão, por exemplo, decidiu adoptar o conceito, excessivamente regulado, de defeito na coisa (*Sachmangelbegriff*) da Directiva de compra e venda de bens de consumo para todos os contratos de compra e venda, também fora do tráfego B2C (*business to consumer*). Da mesma forma, poder-se-ia assinalar o facto de o § 310 Abs 1 do BGB prever a aplicação de proibições de cláusulas específicas individuais (§ 309 n.ºs 1a e 1b do BGB) também para o tráfego empresarial desde 2014. Também na jurisprudência se pode observar uma tendência bastante acentuada no sentido da aplicação de normas de Direito do consumidor no controlo das cláusulas contratuais gerais no tráfego empresarial⁴⁴, o que, por outro lado, também dá origem a críticas evidentes.⁴⁵

VII. Campos temáticos

É óbvio que as actividades legislativas, nestes tempos de rápida evolução, são, também, caracterizadas por reacções a desenvolvimentos mais recentes, mas, igualmente, por conceptualizações autopromocionais ou auto-exaltadas. Um bom exemplo disso é a Lei dos Contratos Leais com Consumidores (*Gesetz über faire Verbraucherverträge*) aprovada em 2021. Como não é atípico da legislação recente, o título da lei sugere uma vasta gama de efeitos (“contratos leais com consumidores”), embora, na realidade, se tenha tratado essencialmente, apenas, de três medidas, designadamente, de uma proibição de exclusões de cessão nas cláusulas contratuais gerais (para os consumidores poderem mais facilmente fazer valer os seus direitos, mediante cessão a empresas de «tecnologia jurídica»), de uma

⁴⁴ Sobretudo BGH, 04.04.2017, BGHZ 215, 172: As taxas de processamento de empréstimos bancários no tráfego empresarial são inadmissíveis.

⁴⁵ Por exemplo Pfeiffer, LMK 2017, 394827 e NJW 2019, 2082.

disciplina sobre requisitos mais rigorosos em prorrogações automáticas de contratos em relações obrigacionais duradouras e de uma obrigação de criar um «botão de cancelamento» (*Kündigungbutton*) electrónico para os consumidores. Nos três casos, trata-se, igualmente, de uma reacção ao tráfico jurídico digital.⁴⁶

VIII. Perspectivas legislativas

As tendências acima referidas reflectem-se, também, nos planos do actual Governo Federal. A experiência mostra que os futuros desenvolvimentos legislativos podem ser inferidos, em grande medida, a partir dos acordos publicados dos governantes para as respectivas legislaturas.⁴⁷ Estes incluem, por exemplo, na área da digitalização:

- Os direitos do consumidor perante os fornecedores de acesso à Internet devem ser reforçados no que diz respeito às larguras de banda garantidas, „se necessário“ através de pretensões indemnizatórias forfeitárias;
- A nível europeu ou através do Direito dos cartéis, deve ser criada uma obrigação de interoperabilidade, para as empresas com uma forte posição no mercado;
- O objectivo de tornar obrigatórios os «botões de resolução» (*Widerrufenbutton*) electrónico também se aplica ao nível da UE.

Uma multiplicidade de projectos respeita também a questões clássicas da defesa do consumidor e, em parte, só pode ser implementada, provavelmente, a nível europeu, embora alguns deles pareçam pouco claros. Isto vale, por exemplo, para o objectivo de “sustentabilidade por concepção” (*Nachhaltigkeit by design*), que também deve ser assegurado juridicamente. A respeito deste último, por exemplo, fala-se da introdução de um “direito à reparação” (*Recht auf Reparatur*), sem que seja cognoscível quem deva ser obrigado a viabilizar a reparação de objectos defeituosos, durante quanto tempo, para que produtos e a que esforço. O objectivo de “assegurar o acesso a peças suplentes e instruções de reparação” parece um pouco mais concreto, não sendo ainda evidente, também neste contexto, se isso deva ser feito

⁴⁶ Para uma visão geral ver, por exemplo, Wais, *Das Gesetz für faire Verbraucherverträge – Weitere Reaktionen auf die Digitalisierung*, NJW 2021, 2833.

⁴⁷ Cf. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, 14.04.2022.

por meio do Direito administrativo ou civil. O seu objectivo é, obviamente, a responsabilidade clássica por defeitos na coisa, quando deva ser introduzido um período de garantia flexível para bens duradouros, que seja orientado para a respectiva vida útil, determinada pelo fabricante; podendo este objectivo ser alcançado, presumivelmente também, sem alterar a Directiva de compra e venda de bens de consumo, uma vez que esta última contém uma cláusula de abertura para os prazos relevantes, no seu artigo 10 Abs 3. A obrigação de actualização (*Pflicht zur Aktualisierung*) (cf. artigo 7 Abs 3 da mesma Directiva) deve, da mesma forma, ser alargada a todo o período habitual de utilização.

Também é de atribuir à defesa clássica civilística do consumidor se “uma solução de confirmação geral” (*eine allgemeine Bestätigungslösung*) for aplicada aos contratos com consumidores celebrados por telefone. Aqui, algumas dificuldades residirão certamente nos pormenores, porque pode haver situações em que o consumidor esteja dependente de uma celebração do contrato por telefone que seja fiável, razão pela qual devem ser previstas excepções (por exemplo, no caso de uma reserva de curto prazo de um quarto de hotel, por telefone). No caso de relações obrigacionais duradouras de entrega de bens ou de prestação regular de serviços e fornecimento de bens, a informação sobre os custos médios mensais deve ser injuntiva; os contratos de subscrição ou assinatura (*Abonnementverträge*) também devem ser sempre oferecidos com um prazo de um ano, no máximo. A protecção em caso de contratos celebrados fora do estabelecimento deve ser, da mesma forma, novamente alargada.

Outro foco programado é a defesa do consumidor nos serviços financeiros. Neste caso, “as circunstâncias individuais dos consumidores” devem ser tidas mais em consideração, especialmente na concessão de crédito ao consumidor, embora não seja claro de que maneira isto deva ser feito (deveres de aconselhamento e de informação, direitos de resolução, fundamentos contratuais de ineficácia?). Do mesmo modo, a nível da UE, “a protecção contra o sobreendividamento causado por taxas de juro não conformes às condições de mercado, e usura, em todas as formas de empréstimos, deve ser reforçada”, o que provavelmente visa a inclusão de critérios de avaliação substantivos, na Directiva de crédito ao consumidor. Se, além disso, deva a “a publicidade enganosa ser proibida”, não é claro o que com isto se queira dizer além do que consta da Directiva sobre Práticas Comerciais Desleais, e possivelmente será uma directiva específica sobre publicidade para créditos ao consumidor. É mais claramente reconhecível o que se entenda por

penalidades de reembolso antecipado de empréstimos imobiliários, que – provavelmente por lei – devem ser limitadas a um montante razoável. Se a celebração de um contrato de crédito estiver ligada a um contrato de seguro de dívida residual (*Restschuldversicherung*), as datas de celebração do contrato de seguro e do contrato de crédito devem ter um intervalo de, pelo menos, uma semana. Outras considerações incluem o acesso a uma conta bancária básica, supervisão regulamentar das agências de cobrança de dívidas ou transparência na, assim denominada, notação de crédito (*Kredit-Scoring*). Além disso, os poderes da Autoridade Federal de Supervisão Financeira (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, BaFin) no exame dos prospectos de investimento em activos devem ser reforçados e a elaboração de tais prospectos deve ser padronizada ou normalizada.

A defesa técnica e sanitária dos consumidores continuará, também, a desenvolver-se. No Direito dos produtos químicos, os controlos das importações de produtos, que não cumprem as normas da UE, devem ser alargados. Para este fim, a retirada de produtos também deve ser facilitada. As advertências alimentares devem ser estendidas e devem ser criados “objectivos de redução, cientificamente fundamentados, para o açúcar, gordura e sal, adaptados aos grupos-alvo”, embora uma vez mais não seja claro qual o grau de força vinculativa das regras que estão aqui a ser consideradas e em relação a quem.

IX. Conclusão

O crescimento e a tendência para um maior aumento da importância do Direito do consumidor, mas também a tendência para o aumento da complexidade, confusão, até (parcialmente) à burocratização parecem afinal inquebráveis. Isto não significa, porém, que a defesa do consumidor, em particular, no âmbito do Direito civil, deixaria de constituir uma componente do Direito civil geral. Pelo contrário, é importante prestar ainda mais atenção, no futuro, até que ponto o Direito do consumidor pode ser entendido como uma expressão de ideias jurídicas gerais de Direito civil, mas onde, por outro lado, os princípios gerais de Direito civil devem também ser observados no Direito do consumidor, e onde, diversamente, a diferença entre as duas áreas deva ser salientada e observada.

GESCHICHTE UND GEGENWART DES VERBRAUCHERRECHTS IN ÖSTERREICH

SIMON LAIMER** / LUKAS KLEVER*

ABSTRACT: *In diesem Beitrag wird gezeigt, dass sich Bestrebungen zum Schutz von Parteien, die aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften oder der Umstände bei Vertragsabschluss vom Gesetzgeber als „schwächerer“ Vertragsteil identifiziert wurden, im österreichischen Privatrecht schon früh finden. Die kollektivierte Vertretung der Verbraucherinteressen, etwa durch sogenannte „Consumvereine“, bildete sodann den Ausgangspunkt für den Schutz der Konsumenten als eigenständige Gruppe. Ab der Zeit der Massenindustrialisierung reagierte der Gesetzgeber auf verschiedene Missstände zunehmend mit der Einschränkung der Privatautonomie. Mit dem Konsumentenschutzgesetz 1979 (KSchG) folgte ein eigenständiges Gesetzeswerk zum privatrechtlichen Schutz des Verbrauchers. Seit dem Beitritt Österreichs zur (heutigen) Europäischen Union im Jahr 1995 hat sich die Entwicklung des Verbraucherrechts jedoch maßgeblich gewandelt. Die meisten europäischen Rechtsakte wurden und werden überwiegend in eigenen Sondergesetzen und nicht etwa im KSchG oder in der allgemeinen Zivilrechtskodifikation, dem ABGB, umgesetzt. Dies hat zu einer weitreichenden Zersplitterung des österreichischen Verbraucherrechts geführt.*

INHALTSÜBERSICHT: 1. Vom ABGB 1811 bis zum KSchG 1979; a) Schutz der schwächeren Partei im ABGB 1811; b) Die kollektive Organisation der Verbraucher als Grundlage ihres gesetzlichen Schutzes; c) Von formaler Freiheit zu materieller Gerechtigkeit – zur Notwendigkeit eines eigenen „Verbraucherprivatrechts“; d) Erlass des Konsumenten-

* Universität Linz.

** Universität Innsbruck.

tenschutzgesetzes; 2. Österreichischer Verbraucherschutz unter europäischem Einfluss; a) Der Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers; b) Umsetzung in Sondergesetzen; c) Umsetzung im ABGB; d) Umsetzung der Gewährleistungsrichtlinien; 3. Fazit: Zersplittertes Verbraucherrecht.

1. Vom ABGB 1811 bis zum KSchG 1979

a) *Schutz der schwächeren Partei im ABGB 1811*

Bestrebungen zum Schutz der Verbraucher blicken in Österreich auf eine lange Geschichte zurück, auch wenn sie erst vergleichsweise spät ausdrücklich als solche bezeichnet wurden.¹ Das Hauptwerk der österreichischen Zivilgesetzgebung, das ABGB² aus dem Jahr 1811, enthält zwar (übrigens bis heute) ausschließlich Regelungen, die alle privatrechtlichen Beziehungen gleichermaßen erfassen und es differenziert an keiner einzigen Stelle danach, ob an einem Rechtsverhältnis Unternehmer oder Privatpersonen beteiligt sind. Sehr wohl beschränkt es aber vielfach die Privatautonomie zum Schutz der als „schwächer“ eingeordneten Partei – sei dies aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften,³ sei es aufgrund der Umstände, unter denen eine Partei ihren Willen zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts fasst.⁴ Nun ist freilich nicht jeder, zu dessen Vorteil schützende Anordnungen getroffen werden, deshalb Verbraucher.⁵ Es ist jedoch dieser Gedanke, eine Ungleichgewichtslage zu Gunsten der unterlegenen Partei so weit wie möglich auszugleichen, der schließlich später (auch) das Konzept des Verbraucherschutzes hervorgebracht hat. Weil außerdem der Verbraucher meist die schwächere Partei ist, kommen allgemeine Regeln, die insgesamt die schwächere Partei schützen, regelmäßig auch Verbrauchern zugute.

¹ Vgl etwa *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁸ (2019) 317, die bereits in der Preisregulierung der mittelalterlichen Stadtrechte eine Art Konsumentenschutz verwirklicht sehen.

² Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 1811/946.

³ Etwa die Bestimmungen zum Schutz nicht oder nur beschränkt Geschäftsfähiger: §§ 21 ff, 170 ff, 239 ff, 865 ABGB.

⁴ § 869 ABGB: „Die Einwilligung in einen Vertrag muß frey, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden.“ Vgl etwa § 870 f, 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

⁵ *Krejci* in *Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg), Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht (1978) 12.

Immer wieder finden sich im österreichischen ABGB Regelungen zur „Einschränkung der Freiheit auf diejenigen Handlungen, womit die freie Tätigkeit anderer vereinbar ist.“⁶ Das erste Hauptstück des ersten Teils über das Personenrecht enthält zahlreiche Regelungen, die stark an die – als eigenständige Kategorie erst weit später eingeführten⁷ – Grund- und Freiheitsrechte erinnern.⁸ § 16 ABGB verleiht allen Menschen „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ und transponiert auch heute noch als „Zentralnorm unserer Rechtsordnung“⁹ die Grundrechte in das Privatrecht, die deshalb bei Auslegung und Lückenfüllung zur Beurteilung privatrechtlicher Beziehungen zu berücksichtigen sind.¹⁰

Ein führender österreichischer Rechtswissenschaftler der Jahrhundertwende hat an prominenter Stelle außerdem den „sozialen Charakter“ des ABGB hervorgehoben.¹¹ Besonders deutlich tritt dieser im Leistungsstörungenrecht und in jenen Rechtsinstituten, die in Austauschverträgen die Inäquivalenz des von den Parteien vereinbarten Leistungsaustausches beschränken, hervor. So duldet etwa bereits das ABGB 1811 ungerechte Verträge nur bis zu einem gewissen Maß. Gem § 934 ABGB kann ein Teil, der bei einem entgeltlichen Rechtsgeschäft wertmäßig nicht einmal die Hälfte dessen erhält, was er dem andern gegeben hat, den Vertrag wegen dieser sogenannten *laesio enormis* erfolgreich anfechten.¹² Die Generalklausel des § 879 ABGB (heute: § 879 Abs 1 ABGB) normiert die Vertragsnichtigkeit

⁶ So Referent v Zeiller zum Auftakt der Beratungen zum ABGB: *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 13.

⁷ Vor allem durch das Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142.

⁸ Vgl *J. Ofner*, Der soziale Charakter des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in FS 100 Jahre ABGB I (1911) 441 (458 ff); *Wittmann-Tiwald*, ABGB und Grundrechte – 2. Teil, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 200 Jahre ABGB (2012) 53 (53 f); vgl aber *Grimm*, Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller, in: Selb/Hofmeister (Hrsg), Zeiller, das ABGB und wir: Forschungsband Franz von Zeiller (1980) 94.

⁹ RIS-Justiz RS0008993.

¹⁰ OGH 8 ObA 288/01p SZ 2002/83; 8 Ob 108/05y SZ 2005/185; vgl auch *Wellspacher*, Das Naturrecht und das ABGB, in FS 100 Jahre ABGB I (1911) 173; *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil² (1992) 182 ff.

¹¹ *J. Ofner*, in FS 100 Jahre ABGB I 441 ff.

¹² Siehe hierzu *Klever*, *Laesio enormis* (2019) mwN.

wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.¹³ Die Rechtsprechung hat sie wiederholt dann aufgegriffen, wenn kein speziellerer Tatbestand erfüllt ist, der Vertrag aber die Interessen einer Vertragspartei in einem groben Missverhältnis zu Lasten der anderen Partei verwirklicht.¹⁴

Eine wechselvolle Geschichte hat außerdem die österreichische Wuchergesetzgebung hinter sich:¹⁵ Bereits zur Zeit der Erlassung des ABGB und noch weit bis ins 19. Jahrhundert wurden immer wieder Gesetze über den Zinswucher erlassen, wieder aufgehoben und wiederum neue in Kraft gesetzt.¹⁶ Sie allesamt knüpften Sanktionen an die Übervorteilung einer Partei bei der Gewährung eines Darlehens. Mit der dritten Teilnovelle zum ABGB¹⁷ im Jahr 1916 hat der Gesetzgeber dieses Konzept schließlich im damals neu eingeführten § 879 Abs 2 Z 4 ABGB auf den Sachwucher erstreckt. Sowohl Zins- als auch Sachwucherverbot haben sich – aller später zusätzlich ergangenen, verbraucher-spezifischen Regelungen zum Trotz – bis heute im Rechtsbestand gehalten.¹⁸

¹³ Grundlegend zur Generalklausel und deren Gebrauch durch Gesetzgeber und Rechtsanwender *Baldus/Müller-Graf* (Hrsg), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive* (2006).

¹⁴ Beispiele siehe etwa bei *Laimer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), *Klang*³ § 879 mwN.

¹⁵ Dazu *Liebner*, *Wucher und Staat* (2009) 90 ff.

¹⁶ Zunächst strafrechtliche Folgen im Wucherpatent vom 26. April 1751, abgedruckt bei Kropatschek (Hrsg), *Sammlung aller k. k. Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1740 bis 1780 I* (1786) 287; aufgehoben durch das Patent vom 29. Januar 1787, JGS 1787/625; dazu *Kees*, *Ueber die Aufhebung der Wuchergesetze* (1791).

Wucherpatent vom 2. Dezember 1803, JGS 1803/640, 525; abgedruckt bei Sr. k.k. Majestät Franz des Zweiten politische Gesetze und Verordnungen für die Oesterreichischen, Böhmisches und Galizischen Erbländer (1807) 131 ff; dazu v *Zeiller*, *Ueber das Oesterreichische Wuchergesetz vom Jahr 1803*, JB *Gesetzkunde* II (1807) 158. Gesetz, womit vom 1. Jänner 1867 an die gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmaßes aufgehoben und die Gesetze über Bestrafung des Wuchers geändert werden, RGrBl 1866/160; aufgehoben durch das Gesetz vom 14. Juni 1868, wodurch die gegen den Wucher bestehenden Gesetze aufgehoben werden, RGrBl 1868/62, 192. Gesetz vom 28. Mai 1881 betreffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Kreditgeschäften, RGrBl 1881/47; Kaiserliche Verordnung vom 12. Oktober 1914 über den Wucher, RGrBl 1914/275; wiederverlautbart durch das (bis heute gültige) Wuchergesetz 1949, BGBl 1949/271.

¹⁷ Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916 über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, RGrBl 1916/69.

¹⁸ Nach wie vor ist dabei das Sachwucherverbot im ABGB (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB), das Zinswucherverbot aber in einem eigenen Sondergesetz (§ 1 WucherG) geregelt.

b) Die kollektive Organisation der Verbraucher als Grundlage ihres gesetzlichen Schutzes

Für einen Schutz der Verbraucher als eigenständige Gruppe bedurfte es aber zunächst einer Organisation der Konsumenten. Sie ist in Österreich – wie auch anderswo – in erster Linie aus der Arbeiterbewegung des ausgehenden 19. Jahrhunderts hervorgegangen.¹⁹ Die Kollektivierung der Verbraucherinteressen nahm ihren Anfang in der schlichten Erkenntnis, dass der Produzent den Arbeitern nicht nur als Arbeitgeber, sondern auch als Verkäufer seiner Produkte gegenüberstehe.²⁰

Wichtig für die organisierte Vertretung der Verbraucherinteressen war dabei das im Jahr 1873 verabschiedete Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,²¹ das in seinem § 1 auch die Bildung sogenannter „Consumvereine“ vorsah.²² Solche Vereine sollten durch die gebündelte Kaufkraft der Mitglieder „dem kleinen Mann so viel als möglich die Vorteile des großen Kapitals verschaffen.“²³ Sie entstanden bis zur Jahrhundertwende in großer Anzahl,²⁴ was schließlich im Jahr 1901 in deren Vereinigung im Zentralverband österreichischer Konsumvereine gipfelte.

¹⁹ Dazu *Palla*, Die Interessenvertretung der Arbeiterschaft in Österreich, Der Betriebsrat 1922, 54, 72 (55 f); *Korp*, 50 Jahre Großeinkaufsgesellschaft österreichischer Consumvereine (1955) 12 ff; vgl *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht 18 ff.

²⁰ *Palla*, Betriebsrat 1922, 55.

²¹ Gesetz vom 9. April 1873 über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBl 1873/70.

²² Vgl den entstehungsgeschichtlichen Abriss bei AB 159 BlgAH VII. Sess 1386 ff (insb 1387 f), abgedruckt bei *Kaserer*, Das Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien (1873) 55 ff (56 f).

²³ Derlei Motive bereits zum Entwurf eines Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften: ErläutRV 96 BlgHH VII. Sess 1021; AB 159 BlgAH VII. Sess 1391 f; abgedruckt bei *Kaserer*, Das Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien 44, 61 f.

²⁴ Dazu *Baltzarek*, Die geschichtliche Entwicklung der österreichischen Genossenschaften, in Peterka (Hrsg), Handbuch des österreichischen Genossenschaftswesens (1986) 3 (11 ff, 47 ff). Vgl auch *V. Adler*, Konsumvereine, Referat zum Parteitag 1899, in Sozialdemokratische Arbeiterpartei Deutschösterreichs (Hrsg), Victor Adlers gesammelte Reden und Briefe VII (1929) 180. Im Jahr 1919 dokumentiert schließlich *Joachim*, Einige Fragen des Genossenschaftsrechts, Der Kampf 1919, 673 eine Zahl von 1.258 Konsumvereinen mit insgesamt 563.310 Mitgliedern; vgl auch *Brazda/Schediwy*, Konsumgenossenschaften im Strukturwandel, Wirtschaft und Gesellschaft 1989, 63 (65, 68), die berichten, die Konsumgenossenschaft Wien sei im Jahr 1920 die größte der Welt gewesen.

Vor allem die Lebensmittelkrise infolge des ersten Weltkriegs zeigte die Notwendigkeit organisierter Beschaffung und Verteilung.²⁵ Die Konsumvereine wandelten sich von lose organisierten Zusammenschlüssen von Einzelpersonen hin zu stärker institutionalisierten Verbänden, die zum Teil auch staatliche Aufgaben übernahmen.²⁶ Mit Verordnung des Jahres 1918²⁷ hat sich auch die Regierung an dieser Entwicklung beteiligt und einen „konsumgenossenschaftliche[n] Wirtschaftsausschuß“ errichtet. Die Gesetze, mit denen dieser geschaffen wurde, verwenden – soweit ersichtlich – auch erstmals den heute üblichen Begriff des „Verbrauchers“: Der zuvor zitierte § 1 des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist mit „Organisation der Verbraucher“ betitelt; die Errichtung des Ausschusses sollte „[z]ur Vertretung der Interessen der organisierten Verbraucher [...]“ erfolgen.

Mit Verordnung²⁸ aus dem Jahr 1922 richtete der Gesetzgeber schließlich einen „Zentralausschuß für Verbraucherinteressen“ ein, der sich gem Art 2 Abs 1 lit a insbesondere mit „Angelegenheiten der Volksernährung, der Versorgung der Verbraucher mit hauswirtschaftlichen Bedarfsartikeln, der Markt-, und Lebensmittelpolizei, der Nahrungsmittelhygiene sowie der hauswirtschaftlichen und allgemeinen geschäftlichen Unterweisung der Verbraucher“ befassen sollte. Von da an adressierte auch die Gesetzgebung wiederholt den „Verbraucher“.²⁹ Der Weg vom Zusammenschluss einzelner Individuen hin zum organisierten Verbraucher als Subjekt der industrialisierten Massenwirtschaft war beschritten.³⁰

²⁵ Vgl ErläutIA 677 BlgKonstNV 3: „Der Wiederaufbau des Wirtschaftslebens erfordert dringend, daß allen Konsumenten, die den Weg der wirtschaftlichen Selbsthilfe betreten, in der Zeit einer unerhörten Verteuerung aller Lebensbedürfnisse möglichst weitgehende Unterstützung und Hilfe geboten wird.“

²⁶ Vgl *Baltzarek*, Konsumgenossenschaften und Konsumentenbewegung, Wiener Geschichtsblätter 1975, 61.

²⁷ Verordnung des Handelsministers im Einvernehmen mit den beteiligten Ministern und dem Amte für Volksernährung vom 14. März 1918, RGBl 1918/100.

²⁸ Verordnung des Bundesministeriums für Volksernährung vom 19. Juli 1922, betreffend die Errichtung eines Zentralausschusses für Verbraucherinteressen, BGBl 1922/526.

²⁹ ZB im Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25. November 1933, dRGBl I 1933, 1011. Zur Ratengesetzgebung sogleich unter 1. c).

³⁰ So zur parallel verlaufenden Entwicklung in der Weimarer Republik *Berghoff*, Verbraucherschutz in der gescheiterten Republik, in Bala/Kleinschmidt/Rick/Schuldzinski (Hrsg), Verbraucher in Geschichte und Gegenwart (2017) 17 (18).

c) Von formaler Freiheit zu materieller Gerechtigkeit – zur Notwendigkeit eines eigenen „Verbraucherprivatrechts“

Zur Zeit der Massenindustrialisierung stellte sich in der Handhabung des ABGB bald heraus, dass dessen überwiegend dispositive Bestimmungen ihrer Aufgabe, einen angemessenen Ausgleich unter den Parteien herbeizuführen, nicht mehr gerecht werden konnten.³¹ In Ungleichgewichtslagen bieten dispositive Normen der an Verhandlungsmacht unterlegenen Partei kaum Schutz; entweder, weil diese die Tragweite ihres Entschlusses, eine von der dispositiven Rechtslage abweichende Vereinbarung hinzunehmen, aufgrund ihrer Fähigkeiten oder ihrer Lage nicht ausreichend versteht oder weil ein Abstehen vom Vertragsschluss keine für sie tragbare Alternative bildet. So blieb etwa das zuvor beschriebene Rechtsinstitut der *laesio enormis* für die verkürzte Partei regelmäßig ohne Wert, weil sie zuvor vertraglich auf ihr Anfechtungsrecht verzichtet hatte.³² Auch die Gewährleistungsvorschriften konnten gem § 929 S 2 ABGB – und können es außerhalb des Verbrauchergeschäfts bis heute – vertraglich abbedungen werden.

Nachdem diejenigen Marktteilnehmer, die wiederholt und in großer Zahl Verträge ähnlichen Inhalts abschlossen, Erfahrungen im Umgang mit dem ABGB gesammelt hatten und ihre Klauselwerke zunehmend verfeinerten, wuchs der eingangs betonte soziale Charakter des ABGB immer mehr dem Diktat der von der verhandlungsstärkeren Partei eingeführten Vertragsbedingungen.³³ *Ofner* nimmt in seiner bereits zitierten Schrift des ABGB einen wichtigen Gedanken vorweg, der später den Verbraucherschutz kennzeichnen sollte: „[S]eitdem durch die neue Industrie in Verbindung mit dem alten Recht [...] große Reichtümer in Händen von wenigen sich häufen“, drohten die besitzenden Schichten ihre Überlegenheit zu Lasten der Einzelnen zu gebrauchen. Die Sozialpolitik verlange daher „gesetzliche Schranken, Zwangsvorschriften, die keine Abänderung und

³¹ Vgl. *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (1975) 38 ff; *Reindl* in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 71 f.

³² Zur Verbreitung solcher Ausschlussklauseln *Pfersche*, Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1891) 115; *Ofner*, in FS 100 Jahre ABGB I 469; *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449 (453).

³³ *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens (1974) 20 ff; vgl. *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag (1997) 127 f mwN.

keinen Verzicht gestatten.“³⁴ Besonders deutlich traten die Grenzen des – während der Redaktion des ABGB 1811 öfters beschworenen³⁵ – Satzes „*volenti non fit iniuria*“ im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hervor.³⁶ Der Arbeiter, der mit seinen Diensten den Lebensunterhalt verdient, ist vom Abschluss eines Arbeitsvertrags abhängig und damit kaum in der Lage, die ihm angebotenen Bedingungen abzulehnen. Der Gesetzgeber der dritten Teilnovelle zum ABGB teilt bei der Überarbeitung des Hauptstücks über den Lohnvertrag diese Einsicht: Soziale Schutznormen, wie sie angestrebt werden, seien wertlos, wenn sie nicht als zwingendes Recht auftreten.³⁷

Abseits des Arbeitsvertragsrechts nehmen vor allem die ab der Wende zum 20. Jahrhundert erlassenen Ratengesetze³⁸ eine wichtige Rolle ein. Diese Vorschriften, die den Verkauf von Waren gegen Ratenzahlung regeln, nehmen zahlreiche Aspekte des modernen Verbraucherschutzes vorweg.³⁹ Auf eine von der Wiener Handels- und Gewerbekammer im Jahr 1885 vorgelegte Enquete hin hatte sich das Justizministerium von den Bezirksgerichten über deren Wahrnehmungen zur Praxis des Ratenhandels berichten lassen. Sie teilten unter anderem mit, „dass der Verzicht des Käufers auf die Gewährleistung und auf das Rechtsmittel wegen Verkürzung über die Hälfte, sowie die vertragsmäßige Unterwerfung des Käufers unter den Gerichtsstand des Verkäufers bei Ratengeschäften nahezu ausnahmslos üblich“ war.⁴⁰ Als Reaktion auf diesen Missstand hat der Gesetzgeber bestimmte vertragliche Abreden, über die ihm berichtet wurde, im Ratengeschäft als unerwünscht identifiziert und ihnen daher gesetzlich

³⁴ *Ofner*, in FS 100 Jahre ABGB I 445.

³⁵ *Ofner*, Protokolle II. Ebenso während der Beratungen zum Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften: AB 159 BlgAH VII. Sess 1393, abgedruckt bei *Kaserer*, Das Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien 64.

³⁶ Dazu *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁸ 335 ff; *Jabornegg*, Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im ABGB, in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 425 (426 f).

³⁷ Herrenhausbericht zur III. Teilnovelle, BlgHH XXI. Sess 1912, 238 ff.

³⁸ Gesetz vom 27. April 1896, betreffend Ratengeschäfte, RGBI 1896/70 (aufgehoben durch § 16 Abs 2 des nachfolgend zitierten RatenG 1961); Bundesgesetz vom 15. November 1961 über das Abzahlungsgeschäft, BGBl 1961/279 (aufgehoben durch § 40 KSchG).

³⁹ *Reindl* in Krejci, Handbuch KSchG 73 bezeichnet es als „die wesentlichste spezielle vertragsrechtliche Verbraucherschutzvorschrift vor dem KSchG.“

⁴⁰ ErläutRV 1015 BlgAH X. Sess 5.

die Wirksamkeit versagt.⁴¹ Dieser Regelungstechnik der Zwingendstellung ausgewählter Vertragsbestandteile, die für das Gleichgewicht im Austauschverhältnis unerlässlich sind, haben sich auch spätere Reformen wiederholt bedient. So hatte auch der EuGH in jüngerer Zeit mehrfach zu klären, was anstelle ungültiger Vertragsbestimmungen zu treten hat.⁴²

Ohne das Kind beim Namen zu nennen, knüpft das Ratengesetz bereits an die Rolle des als schutzwürdig empfundenen Verbrauchers an: Die Anwendung des Ratengesetzes war ausgeschlossen, wenn das Geschäft auf Seiten des Erwerbers ein Handelsgeschäft war.⁴³ Eine Kontrolle der Ausübung der Gestaltungsmacht, wie sie im Ratengesetz verwirklicht war, hielt der Gesetzgeber nur dort für erforderlich, wo sich die Parteien nicht ebenbürtig gegenüberstehen.⁴⁴ Die Nachteile beim Ratenkauf oder beim Abzahlungsgeschäft würden – so heißt es in den Materialien zum Ratengesetz 1986 – zum Großteil der Verschiedenheit der sozialen Verhältnisse zwischen Veräußerer und Erwerber entsprechen. Ersterer sei „der wirtschaftlich Starke, letzterer in der Regel der wirtschaftlich Schwache, capitalsarm und creditlos, mit einem großen Vorrathe unerfüllter und oft dringender Bedürfnisse ausgestattet.“⁴⁵

Gleichzeitig steht das Ratengesetz in Österreich auch als früher Vertreter für das heute so präsele „Regulierungsprivatrecht“: Privatrechtliche Regelungen hatten nicht länger einzig einen gerechten Interessenausgleich innerhalb eines konkreten Rechtsverhältnisses zu erzielen, sondern darüber hinaus gleichzeitig ordnungspolitische Vorstellungen zu verwirklichen.⁴⁶ So war das Gesetz im Jahr 1896 „behufs Wahrung der öffentlichen Moral und zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz breiter Schichten

⁴¹ Besonders trifft dies auf die damals gebräuchliche „Verfallsklausel“ zu, die bei Verzug des Ratenkäufers mit der Zahlung der Kaufpreisraten eine Rückgabe der Waren vorsah und es gleichzeitig dem Veräußerer erlauben sollte, bereits an ihn entrichtete Beträge einzubehalten. JAB 466 BlgAH XI. Sess 1892, 2.

⁴² EuGH C-453/10, *Pereničová und Perenič*, ECLI:EU:C:2012:144; C-618/10, *Banco Español de Credito*, ECLI:EU:C:2012:349; C-472/10, *Invitel*, ECLI:EU:C:2012:242; C-26/13, *Kásler und Káslerné Rábai*, ECLI:EU:C:2014:282; C-482/13, *Unicaja*, ECLI:EU:C:2015:21; C-229/19, *Dexia*, ECLI:EU:C:2021:68.

⁴³ § 8 Ratengesetz 1896.

⁴⁴ ErläutRV 1015 BlgAH X. Sess 6.

⁴⁵ JAB 466 BlgAH XI. Sess 2.

⁴⁶ Vgl. *Wendehorst*, Privatrechtsdogmatik und Verbraucherschutzrecht, in 2. FS Canaris (2017) 686 ff.

der Bevölkerung“ erlassen worden⁴⁷ – das aber freilich nur in einem ausgesuchten engen Teilbereich, nämlich jenem des Ratenhandels mit Nicht-Kaufleuten.⁴⁸ Die Erreichung dieser Ordnungsziele sollte durch ein Bündel an Maßnahmen verwirklicht werden, ohne dass dabei besonderer Wert auf eine Einordnung in bestehende privatrechtliche Kategorien – etwa in das zwar nicht im ABGB verwirklichte, in Österreich aber dennoch praktizierte⁴⁹ Pandektensystem⁵⁰ – gelegt worden wäre. Von Anfang an war also das Verbraucherrecht nicht bloßes Teilgebiet des bürgerlichen Rechts, sondern es enthält – damals wie heute – auch straf-, verwaltungs(straf)rechtliche sowie prozessrechtliche Elemente und weist damit einen ausgeprägten öffentlich-rechtlichen Einschlag auf.

d) Erlass des Konsumentenschutzgesetzes

Von punktuellen Einzelmaßnahmen zum Schutz der im jeweiligen Rechtsverhältnis schwächeren Partei hin zu einem institutionalisierten Verbraucherschutz auch in der Privatrechtsgesetzgebung war es indes noch ein weiter Weg.⁵¹ In Österreich artikulierte man noch zu Beginn der 1970er-Jahre die Hoffnung, es möge „auch die Rechtswissenschaft vom

⁴⁷ ErläutRV 1015 BlgAH X. Sess 5.

⁴⁸ Dazu *Simon*, Was ist und wozu dient die Gesetzgebung, in FS Brauner (2008) 635 (640): Das Mittel der Steuerungsgesetzgebung sind „situationsbezogene, von jeweils aktuellen Steuerungsanforderungen getragene punktuelle Normsetzungsakte, mit denen der Staat auf einen jeweils an ihn herangetragenen Problemimpuls reagiert und mit deren Hilfe er einen Missstand zu bekämpfen und politisch präferierte Ordnungszustände herbeizuführen sucht.“

⁴⁹ Vgl etwa *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 33; *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 122 ff (insb 125 f); *Stagl*, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, ZEuP 2007, 37 (40, 49); *Wendehorst*, Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB, in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 75 (89); *dieselbe*, Ist der Kodifikationsstreit entschieden? in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB – Evolution einer Kodifikation (2012) 9 (27); *Bürge*, Der spezifische Stil der österreichischen Privatrechtswissenschaft, in: Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Wien, Sonderabdruck AcP 212 (2012) 63 (69 f).

⁵⁰ Zur fehlenden Möglichkeit einer solchen in Bezug auf das Verbraucherrecht *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts 426 ff; dazu *Kriegner*, Systemfragen im Verbraucherrecht (2020) 19 ff.

⁵¹ Vgl *Hähnel*, Anfänge eines koordinierten Verbraucherschutzes in Deutschland, in Bala/Kleinschmidt/Rick/Schuldzinski (Hrsg), Verbraucher in Geschichte und Gegenwart (2017) 167 (169 f).

„Verbraucherschutz“ Notiz nehmen“.⁵² Verbraucherschutz als Schutz des Individuums ist also in Österreich – wie auch anderswo – ein vergleichsweise junges Phänomen.⁵³ Seine Grundlage war die von der Rechtsprechung⁵⁴ – ungeachtet gegenteiliger Äußerungen des Gesetzgebers in den Materialien⁵⁵ zum UWG 1923 – entwickelte Erkenntnis, dass das Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht ausschließlich den Interessen der Mitbewerber dient, sondern auch jenen der Allgemeinheit und damit der betroffenen Verbraucher.⁵⁶

Dann ging es allerdings rasch. Binnen vergleichsweise kurzer Zeit war der „Verbraucherschutz [...] zu einer der aktuellsten rechtspolitischen Forderungen geworden.“⁵⁷ Der Gesetzgeber nahm sich zum Ziel, „Verbrauchern [...] die ihnen gebührende Schlüsselrolle im Rahmen der Marktwirtschaft“ einzuräumen.⁵⁸ „Fairere Vertragsbedingungen, Schiedsstellen, Schutz vor irreführender Werbung [...] sowie fairere Konditionen bei Pflege und Service von Konsumgütern auf Grund privater Vereinbarungen oder behördlicher Maßnahmen soll[t]en den Konsumenten zu einem mündigen

⁵² Wenger, Der Verbraucherschutz im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1970, 230.

⁵³ Einen rechtsvergleichenden Überblick über diese Entwicklung bietet v Hippel, Verbraucherschutz (1974) 1 ff.

⁵⁴ OGH 1 Ob 990/27 JBl 1928, 47 = Rspr 1928, 96; 4 Ob 120, 121/32 Rsp 1932, 179; 3 Ob 10/53 ÖBl 1953, 19; OLG Wien MuW 1929, 60; anders OGH ÖBl 1952, 36.

⁵⁵ ErläutRV 464 BlgNR I. GP 1: Die Benachteiligung des Abnehmers ist kein für die Gewährung des Schutzes maßgeblicher Gesichtspunkt, mag auch die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs mitunter die Abnehmer vor Benachteiligungen [...] schützen.“

⁵⁶ So bereits Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG I (1965) 47 ff (insb 49 f); dann auch die Mat zur UWG-Novelle 1971: ErläutRV 243 BlgNR XII. GP 3. Dann Knapp/Rauter, Akzente konsumgenossenschaftlicher Verbraucherpolitik (1972) 11; Hefermehl, Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht, in FS Kastner (1972) 183; Kramer, Die vergleichende Werbung im österreichischen Wettbewerbsrecht, GRURInt 1974, 195; ders, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechts, in Kramer/Mayrhofer (Hrsg), Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 9 (23 ff); Sack, Individualschutz des Konsumenten, ÖJZ 1976, 309; ders, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher nach österreichischem Wettbewerbs- und Deliktsrecht, in Kramer/Mayrhofer (Hrsg), Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 99 (102 ff); Schuhmacher in Krejci (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 1 ff.

⁵⁷ Schricker, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int 1970, 32 (34).

⁵⁸ Regierungserklärung vom 27. April 1970, BlgNR XII. GP, 2. Sitzung 18; Dazu Schuhmacher in Krejci, Handbuch KSchG 1 f.

Partner der Wirtschaft machen.“⁵⁹ Bereits im Jahr 1975 setzte der Gesetzgeber die „Schaffung eines umfassenden Konsumentenschutzgesetzes“ auf die Agenda.⁶⁰ Einer Enquete des österreichischen Juristentages, Konsultationen der Wissenschaft und der Interessenverbände folgte schließlich ein Entwurf und nach neuerlicher Beratung ein eigenständiges Gesetzeswerk zum privatrechtlichen Schutz des Verbrauchers⁶¹ – das Konsumentenschutzgesetz 1979 (KSchG).⁶²

In der Wortwahl ist es dabei etwas eigenwillig, dass das KSchG zwar im Kurztitel *Konsumentenschutzgesetz* heißt, aber dem Langtitel nach „Bestimmungen zum Schutz der *Verbraucher*“ enthält und auch im Gesetzestext selbst durchgängig von Rechtsverhältnissen zwischen Unternehmern und Verbrauchern spricht. Das KSchG enthält in § 1 eine Legaldefinition des Verbrauchers und hält sodann konsequent an diesem Begriff fest, während der namensgebende Ausdruck „Konsument“ im Gesetz kein einziges Mal vorkommt. Schlüssiger wäre es also gewesen, das KSchG als „Verbraucherschutzgesetz“ zu betiteln.⁶³ Ganz zutreffend ist allerdings auch der Begriff des „Verbrauchers“ in zweifacher Hinsicht nicht: Er legt einerseits nahe, dass nur der Erwerb von Gütern *zum Verbrauch* die Rolle des Verbrauchers vermittelt. Die Verbrauchereigenschaft beruht aber nicht auf einem Verbrauch in dem Sinn, dass verbrauchbare Waren durch den Konsum aufgezehrt werden müssten. Vielmehr können selbstredend etwa auch der private Erwerb unverbrauchbarer Sachen – etwa eines Grundstücks – oder die private Inanspruchnahme von Dienst- und Werkleistungen, die Miete privaten Wohnraums und der Bezug sonstiger Leistungen zu nicht-gewerblichen Zwecken ein Verbrauchergeschäft begründen.⁶⁴ Andererseits

⁵⁹ Regierungserklärung 1971, StenProtNR XIII. GP, 2. Sitzung 26; vgl. v. Hippel, Verbraucherschutz 2.

⁶⁰ Regierungserklärung 1975, StenProtNR XIV. GP, 2. Sitzung 36.

⁶¹ Dazu Krejci in Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 10; Reindl in Krejci, Handbuch KSchG 77 f. Zur Beteiligung der Kammern am Gesetzgebungsprozess: Kohlegger, Wechselseitige Einflüsse von IPRG und KSchG, in Schnyder/Heiss/Rudisch (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht – Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz (1995) 143 (145).

⁶² Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden, BGBl 1979/140.

⁶³ Krejci in Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 11.

⁶⁴ Von dieser Warte aus betrachtet überzeugt die bei Schuhmacher in Krejci, Handbuch KSchG 15 ff. eingeführte Benennung des Verbraucherrechts als „Verbrauchsrecht“ nicht.

ist nicht jeder Erwerb zum Verbrauch ein Verbrauchergeschäft: Der gewerbliche Abnehmer ist zwar wie der Privatverbraucher ebenfalls letztes Glied der Absatzkette und als solches durch alle vorangehenden Glieder beeinflusst;⁶⁵ Verbraucherschutz und Verbraucherrecht betreffen jedoch stets nur den *privaten* Letztverbraucher.⁶⁶ Ist der Erwerbsvorgang hingegen einmal dem privaten Bereich zugeordnet, bleibt es für die Verbrauchereigenschaft des Abnehmers unschädlich, wenn er den erworbenen Gegenstand ein weiteres Mal umsetzt. Wer etwa von einem Händler einen Gebrauchtwagen erwirbt, nur um ihn wenig später an einen Bekannten weiter zu veräußern, ist und bleibt gegenüber dem Händler Verbraucher, solange er selbst keinen gewerblichen Handel mit Kraftfahrzeugen betreibt. Auf den Wortsinn bezogen wird also der Terminus „Verbraucher“ in der österreichischen Rechtssprache nicht ganz exakt verwendet. Das ist freilich unschädlich, weil der Begriff im zitierten § 1 KSchG legaldefiniert ist und es dem Gesetzgeber freisteht, in seiner (Fach-)Terminologie bestimmten Ausdrücken einen anderen als den gemeinhin gebräuchlichen Sinn beizumessen.⁶⁷

Das KSchG sollte seinerzeit „den privatrechtlichen Schutz des Verbrauchers möglichst vollständig umfassen.“⁶⁸ In der Sache fällt es allerdings schwer, der dort getroffenen Sammlung an Einzelmaßnahmen – über den einzig erkennbaren gemeinsamen Nenner der Beteiligung eines Unternehmers und eines Verbrauchers hinaus⁶⁹ – einen gesamthaften Regelungsgehalt zu entnehmen.⁷⁰ So ist das 1. Hauptstück des KSchG schlicht mit: „Besondere Bestimmungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern“ betitelt. Dort vereint besonders der 2. Abschnitt mit der Überschrift „Allgemeine Regeln“ eine Reihe sachlich heterogener Regelungsmaterien: Rücktritt beim Haustürgeschäft,⁷¹ Regelungen zum

⁶⁵ Reifner, Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 1978, 203 (209).

⁶⁶ Schuhmacher in Krejci, Handbuch KSchG 12 f, 17 f.

⁶⁷ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 321.

⁶⁸ ErläutRV 744 BlgNR XIV. GP 13; vgl. aber Krejci in Krejci, Handbuch KSchG 85.

⁶⁹ Zu diesem Anknüpfungskriterium vor allem Schilcher in Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 58 ff (insb 61 ff).

⁷⁰ Vgl. Schuhmacher in Krejci, Handbuch KSchG 8 f.

⁷¹ § 3 KSchG: 7-tägiges Rücktrittsrecht; heute in dessen Anwendungsbereich vom FAGG verdrängt.

unternehmerischen Kostenvoranschlag⁷² und zur AGB-Kontrolle,⁷³ richterliches Mäßigungsrecht bei Vereinbarung eines Reugelds,⁷⁴ Regelungen zur Gewährleistung im Verbrauchergeschäft,⁷⁵ zur Reichweite der Vollmacht und formloser Zusagen gegenüber Verbrauchern,⁷⁶ zur Begründung von Wechselschulden durch Verbraucher,⁷⁷ zur Verpfändung künftiger Gehaltsforderungen des Verbrauchers,⁷⁸ zur Vereinbarung einer Terminsverlustklausel⁷⁹ und zum Gerichtsstand bei Verbraucherstreitigkeiten.⁸⁰ Der 3. Abschnitt über „Besondere Vertragsarten“ fasst hingegen vor allem das frühere Ratengesetz neu und regelt damit vollumfänglich eine zuvor in einem eigenen, gleichzeitig aufgehobenen Sondergesetz enthaltene Materie.⁸¹ Das ist deshalb bemerkenswert, weil sich der Gesetzgeber bei späteren Reformen wiederholt gegen diesen Weg ausgesprochen und neu zu regelnde Sondermaterien des Verbrauchergeschäfts stets aus dem KSchG ausgelagerten, eigenständigen Gesetzeswerken überlassen hat.⁸² Das hat heute zu einer ganz eigenwilligen Systematik geführt und im KSchG letztlich einen Torso bestehend aus jenen Anordnungen hinterlassen, zu denen bislang noch kein Sondergesetz ergangen ist.

2. Österreichischer Verbraucherschutz unter europäischem Einfluss

a) Der Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers

Seit dem Beitritt Österreichs zur (heutigen) Europäischen Union im Jahr 1995 hat sich die Entwicklung des hiesigen Verbraucherrechts maßgeblich gewandelt. Fast alle wesentlichen Impulse zur Schöpfung, Abänderung oder Aufhebung von Normen auf dem Gebiet des Verbraucherrechts

⁷² § 5 KSchG: Verpflichtung, auf die Entgeltlichkeit des Kostenvoranschlags hinzuweisen (Abs 1) und Haftung für Richtigkeit des Kostenvoranschlags (Abs 2).

⁷³ § 6 KSchG.

⁷⁴ § 7 KSchG.

⁷⁵ § 8 KSchG: Regelungen zum Ort der Nacherfüllung; § 9 KSchG: Weitgehende Zwingendstellung der Gewährleistungsvorschriften im Verbrauchergeschäft.

⁷⁶ § 10 KSchG.

⁷⁷ § 11 KSchG.

⁷⁸ § 12 KSchG.

⁷⁹ § 13 KSchG.

⁸⁰ § 14 KSchG.

⁸¹ Siehe § 41 Abs 1 KSchG.

⁸² Für Beispiele siehe im Folgenden.

sind seitdem auf europäische Initiativen zurückzuführen. Gestützt auf die Binnenmarktkompetenz des Art 114 AEUV (iVm Art 69 AEUV)⁸³ nimmt die Europäische Union die Kompetenz für sich in Anspruch, bestimmte Sektoren des Wirtschaftslebens – etwa eine Haftpflicht für näher bezeichnete Schäden oder den Handel unter Einsatz bestimmter Vertriebsformen – umfassend zu regulieren. Der österreichische Gesetzgeber war damit in der inhaltlichen Ausgestaltung verbraucherrechtlicher Maßnahmen weitgehend an unionsrechtliche Vorgaben gebunden. Soweit es sich bei den umzusetzenden Maßnahmen um mindestharmonisierende Richtlinien (bzw um nur dem Inhalt, nicht aber der Reichweite nach vollharmonisierende Richtlinien) handelte, konnte er dabei den Anwendungsbereich – zumindest „nach oben hin“ – selbst festlegen. Er stand damit regelmäßig vor der Wahl,⁸⁴ die vorgegebenen Regelungsinhalte (verbraucherspezifischen oder allgemeingültigen) Sondergesetzen zu überlassen, sie in das bereits bestehende KSchG zu inkorporieren oder – so sie über das Verbrauchergeschäft hinaus auf alle Privatrechtsverhältnisse erstreckt werden sollten – entsprechende Änderungen im ABGB vorzunehmen.

Diese unionsrechtlich determinierten, sektorspezifischen Impulse bedeuteten in der nationalen Zivilrechtsdogmatik oft einen radikalen Einschnitt. Der österreichische Gesetzgeber sah sich wiederholt vor die Aufgabe gestellt, einerseits richtlinienkonforme Regelungen zu erlassen, andererseits aber tradierte Denkmuster des österreichischen Privatrechts so gut es eben ging aufrecht zu erhalten.⁸⁵ Dass dabei aus politischen Gründen immer wieder Schritte zu setzen waren, die sich in die überkommene Privatrechtsdogmatik nur mit gewisser Anstrengung einbetten ließen, ist als solches nicht neu. So sollte etwa auch die für das österreichische Zivilrecht so prägende III. Teilnovelle zum ABGB in erster Linie „den allerdringlichsten Fällen die Einwirkungen des Krieges auf einzelne Zweige des Privatrechts Rechnung []tragen“⁸⁶, gleichzeitig aber den „wertvolle[n] und eingedrungenen Gehalt des a. b. G. B.“ bewahren und statt einer Gesamtreform nur eine „Reihe von Einzelkorrekturen“ vornehmen,

⁸³ Vgl. Tonner in Tamm/Tonner/Brönneke (Hrsg), Verbraucherrecht³ (2020) § 3 Rn 17, 70.

⁸⁴ Ganz ähnliche Gedanken bereits im Herrenhausbericht zur III. Teilnovelle, BlgHH XXI. Sess 1912, 6 f.

⁸⁵ Dies kommt jüngst etwa wieder im einleitenden Allgemeinen Teil der Erläuterungen zum GRUG deutlich hervor: ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP. 3 f.

⁸⁶ Begründung der III. Teilnovelle zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, JMVBl 1916, 105.

und zwar möglichst, „ohne auf [...] technisch-juristische [...] Hindernisse zu stoßen“.⁸⁷ Sehr wohl zu gewöhnen hatten sich die nationalen Gesetzgeber aber an die Frequenz, mit der sie auf der Grundlage unionsrechtlicher Vorgaben zur Tat zu schreiten hatten.⁸⁸ Dass die Schlagzahl, mit der die nationalen Parlamente die Umsetzung europäischer Rechtsakte zu gewärtigen haben, seit den 1990er Jahren deutlich zugenommen hat, bedarf wohl keines besonderen Nachweises.

Das übergeordnete Ziel der Richtlinienkonformität geriet dabei aus Sicht des nationalen Gesetzgebers nicht selten zum Selbstzweck. Anstatt aus eigener Überzeugung wird er dann mit einiger Skepsis nur unter dem Druck eines sonst drohenden Vertragsverletzungsverfahrens tätig. Nicht immer hatte der heutige Gesetzgeber die Wahl, „das alte Gesetzbuch von pietätlosen Eingriffen verschont“ zu lassen⁸⁹ wie einst der Gesetzgeber der III. Teilnovelle. Mitunter gewinnt man bei der Lektüre österreichischer Gesetzesmaterialien überhaupt den Eindruck, die beteiligten Legisten wären unter einem stillen Seufzen der Worte: „Was kommt denn da schon wieder aus Brüssel?“ an die Umsetzung geschritten.⁹⁰ Erst die Wechselwirkung mit der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik⁹¹ hat allmählich wieder ein einigermaßen widerspruchsfreies und kohärentes Verständnis einzelner Begriffe hervorgebracht. Dass unter derartigen Vorzeichen die gewachsene Gesetzessystematik des österreichischen Verbraucherprivatrechts nicht unbedingt als optimal bezeichnet werden kann, ist den beteiligten Akteuren aber kaum vorzuwerfen.

b) Umsetzung in Sondergesetzen

Hinsichtlich des „Löwenanteils“ europäischer Rechtsakte hat sich der österreichische Gesetzgeber zur Umsetzung in eigens dafür erlassenen Sondergesetzen entschieden.⁹² So entstanden etwa zur Umsetzung der

⁸⁷ Bericht der Kommission für Justizgegenstände („Herrenhausbericht“) zur III. Teilnovelle zum ABGB, 78 BlgHH XXI. Sess 1912, 4.

⁸⁸ Vgl. *Wendehorst*, in FS Canaris 685.

⁸⁹ BlgHH XXI. Sess 1912, 6.

⁹⁰ Vgl. etwa den Allgemeinen Teil der Erläuterungen zum VKrG: ErläutRV 650 BlgNR XXIV. GP 2 ff.

⁹¹ *Simon*, in FS Brauner 644 ff.

⁹² *Kramer*, Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg.), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform

Zahlungsdiensterichtlinien⁹³ jeweils ein eigenes Zahlungsdienstegesetz⁹⁴, zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie⁹⁵ und der Wohnimmobilienkreditrichtlinie⁹⁶ respektive ein Verbraucherkreditgesetz⁹⁷ und ein Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz⁹⁸ sowie zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁹⁹ ein Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz¹⁰⁰. Nicht selten hat der Gesetzgeber nach und nach auch solche Inhalte, die zuvor

(2008) 27 (33 ff) spricht von einer „Flucht in Nebengesetze“ bzw gar von einem „üppigen Wildwuchs zentrifugaler Nebengesetzgebung“.

⁹³ Richtlinie (EU) 2007/64/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl L 2007/319, 1; Richtlinie (EU) 2015/2366 des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABl L 2015/337, 35.

⁹⁴ Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten, BGBl I 2009/66; Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten 2018, BGBl I 2018/17.

⁹⁵ Richtlinie 2008/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl L 2008/133, 66.

⁹⁶ Richtlinie 2014/17/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl L 2014/60, 34.

⁹⁷ Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern, BGBl I 2010/28.

⁹⁸ Bundesgesetz über Hypothekar- und Immobilienkreditverträge und sonstige Kreditierungen zu Gunsten von Verbrauchern, BGBl I 2015/135.

⁹⁹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 2011/304, 64.

¹⁰⁰ Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, BGBl I 2014/33. Die Richtlinie sollte ausweislich der Materialien „modulartig an unterschiedlichen Regelungsorten umgesetzt werden“: ErläutRV 59 BlgNR XXV. GP I. Die Inhalte der Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl L 2019/328, 7 sollen dagegen nach dem vorliegenden Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden (Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz), in das bereits bestehende FAGG und das KSchG aufgenommen werden.

im KSchG geregelt waren, in Sondergesetze ausgelagert: So hatte zunächst die alte Pauschalreiserichtlinie¹⁰¹ den Gesetzgeber zur Ergänzung des KSchG um die reisevertraglichen Bestimmungen der §§ 31b bis 31 f KSchG¹⁰² veranlasst, die neue Pauschalreiserichtlinie¹⁰³ hingegen zur Aufhebung der genannten KSchG-Normen und zum Erlass eines eigenen Pauschalreisegesetzes¹⁰⁴.

Diesen Weg der Umsetzung in Sondergesetzen hat der Gesetzgeber aus verschiedenen Motiven heraus bevorzugt. Regelmäßig liest man in den Materialien, die umzusetzenden Inhalte wären schlicht zu umfangreich oder zu kompliziert gewesen, um sie ins KSchG¹⁰⁵ oder in bereits bestehende, andere Sondergesetze¹⁰⁶ aufzunehmen. Genauso wurde aber von einer Umsetzung im allgemeinen Verbraucherschutzrecht dann abgesehen, wenn die umzusetzende Richtlinie in ihrem persönlichen Anwendungsbereich entweder nicht auf Verbraucher beschränkt war,¹⁰⁷ nicht alle, sondern nur bestimmte Verbraucher erfasste oder eine Kombination aus beidem.¹⁰⁸ Mehr wie eine Resignation angesichts des zu bewältigenden Regelungsaufkommens denn wie ein zusätzliches Sachargument liest sich die Aussage, eine eigenständige Umsetzung in einem besonderen Gesetz sei bereits in der Vergangenheit wiederholt erfolgt und die zunehmende Segregation des Verbraucherprivatrechts ohnedies nicht mehr aufzuhalten.¹⁰⁹

Zuzugeben ist aber, dass sich etwa der deutsche Gesetzgeber mit seiner Entscheidung, sämtliche dieser Regelungsinhalte im BGB zu verwirkli-

¹⁰¹ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl L 1990/158, 59.

¹⁰² BGBl 1993/247.

¹⁰³ Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl L 2015/326, 1.

¹⁰⁴ Bundesgesetz über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, BGBl I 2017/50.

¹⁰⁵ ErläutRV 650 BlgNR XXIV. GP 3; ErläutRV 89 BlgNR XXV. GP 4 f; ErläutRV 1513 BlgNR XXV. GP 1; ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 4.

¹⁰⁶ ErläutRV 843 BlgNR XXV. GP 1.

¹⁰⁷ Etwa bei Umsetzung der ProdukthaftungsRL, vgl ErläutRV 1998 BlgNR XX. GP 15.

¹⁰⁸ JAB 1533 BlgNR XXV. GP 2; ähnlich ErläutRV 1513 BlgNR XXV. GP 16: „[D]ie Pauschalreiserichtlinie [knüpft] nicht an den Begriff des Verbrauchers, sondern an jenen des Reisenden an. Dieser Begriff geht über den Verbraucherbegriff hinaus und erfasst unter gewissen Voraussetzungen auch Unternehmer.“

¹⁰⁹ JAB 1533 BlgNR XXV. GP 2 f.

chen, auch nicht in eine wesentlich bessere Lage gebracht hat, zumal dieser Schritt seine allgemeine Zivilrechtskodifikation einerseits auf einen beträchtlichen Umfang hat anschwellen lassen und andererseits einzelne Partien desselben zur „Dauerbaustelle“¹¹⁰ geworden sind. In Österreich wird dagegen eine gewisse Erosion des ABGB und des KSchG sowie eine weitschweifige Verteilung dogmatisch zusammengehöriger oder zumindest verwandter Regelungsinhalte auf eine Vielzahl unterschiedlicher Gesetze erkennbar.¹¹¹ So muss etwa ein kleiner Unternehmer, der einen Webshop betreiben will, allein um herauszufinden, welchen Informationspflichten er unterliegt, eine ganze Fülle verschiedener Vorschriften konsultieren.¹¹²

c) *Umsetzung im ABGB*

Wiederholt hat der Erlass verbraucherrechtlicher Regelungen gleichzeitig – zum Teil gewichtige – Änderungen des allgemeinen Privatrechts mit sich gebracht.¹¹³ Dies wird bereits anhand der Regelungen zur AGB-Kontrolle deutlich, die der Gesetzgeber – nach eingehender Diskussion in der Lehre – nicht im KSchG, sondern mit § 864a ABGB und § 879 Abs 3 ABGB im allgemeinen Zivilrecht und damit für alle Vertragsbeteiligten unabhängig von deren Unternehmer- oder Verbrauchereigenschaft erlassen hat. Auch hat der Gesetzgeber mit § 33 Z 6 KSchG die zuvor beschriebene Möglichkeit der Vertragsanfechtung wegen *laesio enormis* gem § 934 ABGB in § 935 S 1 ABGB idGF zwingend gestellt.¹¹⁴ Auch Nicht-Verbraucher können sich damit ungeachtet allfälliger Ausschlussklauseln auf eine *laesio enormis* berufen; nur im beidseitig unternehmensbezogenen Geschäft ist die *laesio enormis* gem § 351 UGB nach wie vor als Dispositivnorm ausgestaltet.

¹¹⁰ So die Formulierung bei *Wendehorst*, Dauerbaustelle Verbrauchervertrag: Wertabsatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen, NJW 2011, 2551 und öfters.

¹¹¹ Vgl *Kramer* in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011, 34 f.

¹¹² In diesem Sachverhalt möglicherweise einschlägige Informationspflichten finden sich zB in §§ 5 f, 9 ECG; § 2 Abs 5 UWG; §§ 24 f MedienG; §§ 96 Abs 3, 107 TKG; § 8 FAGG, § 5a KSchG oder § 5 FernFinG; § 14 Abs 1 UGB oder § 63 Abs 1 GewO; Art 13 DSGVO; § 19 AStG.

¹¹³ Vgl *Krejci* in Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 13.

¹¹⁴ Schließlich – so die Mat – sei eine formale, nicht sachlich begründete Ausschließung dieses Rechtsbehelfs weder angemessen noch erforderlich: ErläutRV 744 BlgNR XIV. GP 49; vgl außerdem JAB 1223 BlgNR XIV. GP 5.

Manche Reformen sind sogar ganz überwiegend im ABGB vorgenommen worden. So hat der österreichische Gesetzgeber etwa die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹¹⁵ im Jahr 1999 zum Anlass genommen, Teile des Gewährleistungsrechts insgesamt zu reformieren.¹¹⁶ Weil zu diesem Zeitpunkt ohnedies „die Verankerung von Anliegen des Verbraucherschutzes im allgemeinen Zivilrecht“ im Raum stand,¹¹⁷ hat er die Vorgaben der Richtlinie zum überwiegenden Teil überschießend im ABGB umgesetzt. Die Regelungsinhalte der Richtlinie haben damit in Österreich in weiten Teilen über das Verbrauchergeschäft hinaus auch im Verkehr zwischen Privaten oder Unternehmern untereinander Geltung erlangt.¹¹⁸ Nur einzelne Passagen, deren Übernahme in das allgemeine Zivilrecht für zu weitreichend befunden worden war, haben zu entsprechenden Anpassungen im KSchG geführt.¹¹⁹ Nach den Materialien hielt es der Gesetzgeber nämlich seinerzeit für „nicht sinnvoll, den bestehenden Gewährleistungsbestimmungen eine weitere ‘Rechtsschicht’ hinzuzufügen.“¹²⁰ Indem er von einer isolierten Umsetzung im KSchG absah und stattdessen einige allgemeine Bestimmungen im ABGB an die Vorgaben der Richtlinie anpasste, vermeinte der Gesetzgeber, ein „möglichst klares, einfaches und einheitliches Gewährleistungsrecht“ zu schaffen.¹²¹

Im Rückblick betrachtet ging diese Rechnung freilich nicht auf. Denn mit diesem Schritt waren – zumindest *de facto* – plötzlich jene Bestimmungen des ABGB, die auf Basis der Richtlinie erlassen worden waren, gleich-

¹¹⁵ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl L 1999/171, 12.

¹¹⁶ Einschlägige Vorschläge der Lehre zuvor etwa bei *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf (1991); *Welser*, Entscheidung des verstärkten Senates und Reform des Gewährleistungsrechts, ÖJZ 1993, 753; *ders.*, Natural- oder Geldersatz beim Werkmangel, *ecolex* 1993, 233; *ders.*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 98 f.; *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechts (1994); *Apathy*, Verbesserung oder Geldersatz, RdW 1994, 198. Vgl schließlich den infolge der Entwicklungen auf europäischer Ebene nicht weiter verfolgten (so ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 6) Ministerialentwurf 59/ME XIX. GP; dazu wiederum *Welser*, Der Entwurf für ein neues Gewährleistungsrecht, *ecolex* 1995, 11.

¹¹⁷ So ErläutME 59/ME XIX. GP 2.

¹¹⁸ Vgl ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 5, 10 f.

¹¹⁹ Vgl ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 8: „Im Verbraucherrecht sollen nur diejenigen Bestimmungen der Richtlinie umgesetzt werden, für die im allgemeinen Privatrecht kein Bedarf besteht.“ ZB § 9 KSchG.

¹²⁰ ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 8.

¹²¹ ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 8.

zeitig dem Auslegungsmonopol des EuGH unterworfen.¹²² Bekanntlich hat der Gerichtshof in der Folge – etwa in seinen Entscheidungen der Rechts-sachen *Quelle*¹²³, *Weber/Putz*¹²⁴ und *Ferenschild*¹²⁵ – die Richtlinie in einer Art und Weise ausgelegt, wie sie für die nationalen Gesetzgeber kaum vorher-zusehen war.¹²⁶

Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat sich vor diesem Hintergrund für eine sogenannte „gespaltene Auslegung“ entschieden¹²⁷ und bei einzel-nen Umsetzungsbestimmungen, die an sich im allgemeinen bürgerlichen Recht und damit für alle Rechtsgeschäfte gleichermaßen erlassen wor-den waren, dennoch zwischen Verbrauchergeschäften und Nicht-Verbrauchergeschäften differenziert.¹²⁸ Das österreichische Höchstgericht hielt den „grundsätzliche[n] Willen des Gesetzgebers, mit dem GewRÄG 2001 [...] ein einheitliches Gewährleistungsrecht zu schaffen [...]“ und des-halb die Regelungsinhalte der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf hinaus auch auf andere Kaufverträge zu erstrecken, für weniger gewich-tig,¹²⁹ wenn diesem das konkrete Auslegungsproblem im Zeitpunkt seines Tätigwerdens noch gar nicht bewusst war. Hätte nämlich der österreichische Gesetzgeber die – erst später aus der EuGH-Judikatur abzuleitenden – uni-onsrechtlichen Vorgaben betreffend die Tragung der Ein- und Ausbaurkosten

¹²² Vgl. *Wendehorst*, in FS Canaris 686.

¹²³ EuGH C-404/06, *Quelle*, Slg 2008 I-02685.

¹²⁴ EuGH verb Rs C-65/09 und C-87/09, Gebr. *Weber* und *Ingrid Putz*, Slg 2011 I-05257.

¹²⁵ EuGH C-133/16, *Ferenschild*, ECLI:EU:C:2017:541.

¹²⁶ Zur in Fn 124 zitierten Entscheidung des EuGH in den verb Rs *Weber* und *Putz*: *Faber*, Aus- und Einbaurkosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (2013) 97 ff; mit ihm OGH 9 Ob 64/13x SZ 2014/30 = EvBl 2014/89 (*Perner*). Der OGH hielt aaO (unter Rz 4.9.1 des Urteils) das vom EuGH für Recht erkannte Auslegungsergebnis zu Art 2 Abs 3 und Art 3 Abs 3 S 1 RL 1999/44 EG „aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesetzgebers zum Umsetzungszeitpunkt [...] für *hochgradig überraschend*“ bzw für (so aaO Rz 4.10.) für „[...] *höchst überraschend*“. Hervorhebungen durch die Verfasser.

¹²⁷ Das konnte er, weil das Unionsrecht keine Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung im Bereich überschießender Umsetzung fordert: EuGH C-3/04, *Poseidon*, Slg 2006, I-02505; dazu *Riehm*, GPR 2007, 134 (135 f).

¹²⁸ StRsp seit OGH 9 Ob 64/13x SZ 2014/30 = EvBl 2014/89 (*Perner*); idF RIS-Justiz RS0129424; in Anlehnung an *Faber*, Aus- und Einbaurkosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (2013) 97 ff und an BGH VIII ZR 226/11 BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220. Zum Problem etwa *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 124 ff; wN (auch der Gegenmeinung) bei *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang Kommentar zum ABGB³ §§ 1-43 (2014) §§ 6, 7 Rz 138.

¹²⁹ Zu dieser Abwägung etwa *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 129 f.

und die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung zum Zeitpunkt seines Einschreitens gekannt, so sei davon auszugehen, dass er die einschlägigen Richtlinienvorschriften nicht im ABGB, sondern nur mit Wirkung für das Verbrauchergeschäft erlassen hätte.

Teilweise wird also von der österreichischen Rechtsprechung und Lehre in der Auslegung nationaler Bestimmungen, die eine Richtlinie überschneidend umsetzen, der nationalen Norm nur im Anwendungsbereich der umgesetzten Richtlinie ein richtlinienkonformer Inhalt beigemessen.¹³⁰ Das gilt freilich nur für ausgesuchte Fallgruppen: An anderer Stelle hat es das Höchstgericht vorgezogen, § 28 Abs 2 KSchG aus Überlegungen zur einheitlichen Interpretation heraus „so zu interpretieren, dass er den Vorgaben der Richtlinien, deren Umsetzung er auch dient [...], entspricht.“ Ganz in die umgekehrte Richtung schlug das Pendel schließlich in einer nicht verbraucherspezifischen, aber doch vergleichbar gelagerten Entscheidung zu § 24 HVertrG¹³¹ aus. Diese Bestimmung sieht infolge der Anordnung der Art 17 f Handelsvertreter-Richtlinie¹³² einen zwingenden Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach Vertragsbeendigung vor.¹³³ Die Handelsvertreter-Richtlinie gilt gemäß ihres Art 1 Abs 2 nur für die Vermittlung des Ankaufs und Verkaufs von Waren, das HVertrG nach dessen § 1 Abs 1 hingegen für den Abschluss aller Geschäfte. Der fünfte Senat des OGH versagte einer Schiedsklausel, mit der die Parteien die Zuständigkeit eines New Yorker Schiedsgerichts und die Anwendung des Rechts dieses Bundesstaates vereinbart hatten, unter Berufung auf den Ordre-public-Vorbehalt die Anerkennung.¹³⁴ Hier erachtet also die Rechtsprechung die Wertungen der Richtlinie für derart wichtig, dass sie deren Anwendung (im Bereich der überschneidenden Umsetzung!) unter Eingriff in entsprechende Schiedsvereinbarungen und Rechtswahlklauseln zum Durchbruch verhilft.

¹³⁰ P. Bydlinski, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen, JBl 2015, 2 (3, 12 ff).

¹³¹ Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der selbständigen Handelsvertreter, BGBl 1993/88.

¹³² RL 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl L 1986/382, 17.

¹³³ Vgl dazu vor allem EuGH C-391/98, *Ingmar*, Slg 2000 I-9305; C-184/12, *Unamar*, ECLI:EU:C:2013:663.

¹³⁴ OGH 5 Ob 72/16y SZ 2017/30 = *ecolex* 2017/222 (*Mankowski*) = *EvBl* 2017/145 (*Gottlieb*) = *IHR* 2017, 123 (*Eckardt*); dazu Besprechungen bei *Moritz*, *ZVertriebsR* 2017, 402; *dems*, *wbl* 2018, 1; *Aschauer/Klever*, *JBl* 2018, 406, *dens*, *ERPL* 2019, 973; *Thorn/Nickel*, *IPRax* 2018, 541.

Die Rechtsunsicherheit, die eine derartige – bloß fallweise zum Tragen kommende – gespaltene Auslegung mit sich bringt, ist freilich kaum zu übersehen.¹³⁵ Ohne dass dies dem Gesetz in irgendeiner Art und Weise zu entnehmen wäre, ist ein- und derselbe Gesetzeswortlaut unterschiedlich auszulegen, je nachdem, ob an dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ein Verbraucher und ein Unternehmer beteiligt sind oder nicht. Im einen Extremfall gilt die Richtlinienvorgabe im bürgerlichen Recht nicht, obwohl sich dort eine inhaltsgleiche Norm findet, die noch dazu mit dem Ziel, die Richtlinie umzusetzen, erlassen wurde. Als Gegenpol dazu wird im gegenläufigen Extrem der Richtlinieninhalt sogar dort als Teil des österreichischen Ordre Public und damit der „Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung“¹³⁶ angesehen, wo die Richtlinie selbst gar nicht gilt, sondern lediglich überschießend umgesetzt wurde. Beides ist im Gesetzeswortlaut in keiner Weise angelegt und damit für den Rechtsunterworfenen ohne genaue Kenntnis der einschlägigen Judikatur nicht einsehbar. Die Einschätzung der tatsächlich für ihn anwendbaren Rechtslage gerät damit zum Orakelspruch.

d) Umsetzung der Gewährleistungsrichtlinien

Anders als in Bezug auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat sich der Gesetzgeber nunmehr hinsichtlich der Warenkaufrichtlinie¹³⁷ und der Digitale-Inhalte-und-Dienstleistungsrichtlinie¹³⁸ gegen eine Umsetzung der beiden Richtlinien im ABGB entschieden. Genauso hat er aber von einer einheitlichen Umsetzung außerhalb des ABGB in einem (einzigen) Sondergesetz Abstand genommen. Zwar zählt infolge der Umsetzung der beiden Richtlinien durch das GRUG¹³⁹ auch ein neues sogenanntes

¹³⁵ Dazu *Rebhahn* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar zum ABGB³ Nach §§ 6, 7 Rz 143; *Geroldinger*, Entscheidungsanmerkung, JBl 2015, 46 (47).

¹³⁶ Vgl nur RIS-Justiz RS0110743; RS0058323.

¹³⁷ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl L 2019/136, 28.

¹³⁸ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl L 2019/136, 1.

¹³⁹ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen (Verbrauchergewährleistungsgesetz – VGG)

Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG)¹⁴⁰ zum österreichischen Rechtsbestand. Umsetzungsbestimmungen finden sich aber auch außerhalb dieses Sondergesetzes, und zwar sowohl im ABGB als auch im Konsumentenschutzgesetz.¹⁴¹ Der Gesetzgeber wollte einerseits das „Gewährleistungsrecht des ABGB [...] größtenteils und vor allem in seinem Kern unangetastet lassen“, gleichzeitig hielt er aber „Anpassungen [...] zur Sicherstellung eines harmonischen Verhältnisses mit dem Verbrauchergewährleistungsgesetz“ auch im ABGB vonnöten.¹⁴² Vollständig im ABGB umgesetzt hätten hingegen die Regelungen der Richtlinien einen „Fremdkörper“ bzw einen „Kulturbruch“ dargestellt.¹⁴³ Darüber hinaus hielt der Gesetzgeber einen so weitreichenden Schutz des Gewährleistungsberechtigten, wie ihn die Richtlinien vorsehen, außerhalb des Verbrauchergeschäfts nicht für angezeigt.¹⁴⁴

Zumindest dem Lehrbuch-Anwendungsbeispiel einer gespaltenen Auslegung ist seit dem Erlass des VGG der Boden entzogen: Indem nämlich die Regelung der Aus- und Einbaukosten des Art 14 Abs 3 WKRL nunmehr in § 13 Abs 3 VGG (und nicht in § 932 Abs 2 ABGB) umgesetzt wurde, ist klargestellt, dass die Zuweisung dieser Kosten zum Übergeber nur im Verbrauchergeschäft zum Tragen kommen soll. Nur ein Verbraucher kann damit vom Unternehmer nach Austausch des vertragswidrigen Stücks gegen ein vertragsgemäßes Exemplar derselben Gattung (verschul-

erlassen wird sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Konsumentenschutzgesetz geändert werden, BGBl I 2021/175.

¹⁴⁰ Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen, BGBl I 2021/175.

¹⁴¹ Siehe zB zur – nun doch erfolgten – Umsetzung von Art 18 Abs 2 und 3 Verbraucherrechtgerichtlinie 2011/83/EU *Laimer*, Der Verbraucherrücktritt bei Verzug des Unternehmers nach dem neuen § 7c KSchG, in FS Schwartze (2021) 239 ff.

¹⁴² Dies ergibt sich aus den Materialien zum GRUG: ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 1. Als Beispiele werden dort die Geltendmachung der Gewährleistungsbehelfe, das Zusammenspiel von Gewährleistungsfrist und Verjährung sowie die gewährleistungsrechtliche Aktualisierungspflicht des Unternehmers bei Waren mit digitalen Elementen und bei digitalen Leistungen genannt.

¹⁴³ ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 4.

¹⁴⁴ ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 4 etwa zur gewährleistungsrechtlichen Beweislastumkehr mit einer Vermutungsfrist von einem Jahr (vgl §§ 11 und 19 VGG) sowie zur Möglichkeit, durch Parteienvereinbarung zu Lasten des Gläubigers von den objektiven Anforderungen an die Vertragskonformität abzuweichen (vgl § 6 Abs 1 VGG). Zur Problematik einschränkender Qualitätsabsprachen beim Warenkauf siehe etwa *Laimer*, Beschränkung rechtsgeschäftlicher Erfüllungsverpflichtungen (2020) 15 ff.

densunabhängig) einen Ersatz jener Kosten verlangen, die für die Entfernung der nicht vertragsgemäßen Waren und die Montage oder Installation der Ersatzwaren oder der nachgebesserten Waren erforderlich sind. Den gleichen Weg hat der Gesetzgeber in Bezug auf Art 14 Abs 4 WKRL beschritten: Für die normale Verwendung der ersetzten Waren in der Zeit vor ihrer Ersetzung schuldet ein Verbraucher gem § 13 Abs 4 VGG kein Entgelt.¹⁴⁵

Damit gibt es zwar im Ergebnis nach wie vor eine „gespaltene“ Anwendung des Gewährleistungsrechts, nämlich bestimmte Regelungsinhalte, die für Verbrauchergeschäfte gelten und andere, die für Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern oder Privatpersonen untereinander Anwendung finden. Diese unterschiedlichen Ergebnisse sind aber nun – so wie es sein sollte – darauf zurückzuführen, dass für Verbrauchergeschäfte andere Regeln gelten und nicht darauf, dass ein- und dieselben Regeln im Verbrauchergeschäft anders interpretiert werden. Insofern hat der Gesetzgeber mit dem Erlass der genannten Normen die zuvor herrschende methodische Anomalie legislativ bereinigt.

3. Fazit: Zersplittertes Verbraucherrecht

Die dreigeteilte Umsetzung in ABGB, KSchG und einem weiteren Sondergesetz hat freilich die ohnedies schon zuvor weitreichende Zersplitterung des Verbraucherrechts weiter verschärft. Obwohl in Österreich ein eigenständiges Konsumentenschutzgesetz existiert, lässt sich das Verbraucherprivatrecht bis heute kaum systematisch als eigenständig kodifiziertes Rechtsgebiet erfassen.¹⁴⁶ Statt als einheitliches und klar abgrenzbares Sonderprivatrecht präsentiert es sich als Konglomerat allerlei sachlich verschiedener Vorschriften, denen allein ihre Anwendung auf Verträge zwischen professionellen und nicht-professionellen Teilnehmern

¹⁴⁵ Offen geblieben ist in der österreichischen Umsetzung – wie auch in der Richtlinie – freilich, ob der Verbraucher *im Fall der Vertragsauflösung* ein Benützungsentgelt schuldet. Der österreichische Gesetzgeber hat diesbezüglich „[m]angels einer unionsrechtlichen Vorgabe [...] keine besonderen gesetzlichen Regelungen im Gewährleistungsrecht getroffen: ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 29, wo es heißt, die Rechtsanwendung habe „dafür schon in der Vergangenheit adäquate Lösungsansätze gefunden“. Die seinerzeit vom EuGH in der Rechtssache *Quelle* und den verbundenen Rechtssachen *Weber* und *Putz* vorgebrachten Argumente treffen natürlich ebenso auf die Vertragsauflösung zu.

¹⁴⁶ Vgl *Krejci* in *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 12.

am Rechtsverkehr gemein ist.¹⁴⁷ Der seinerzeitigen Intention des Gesetzgebers zum Trotz, mit dem KSchG ein Regelwerk zu einem „umfassenden Verbraucherschutz“ verwirklicht zu haben, handelt es sich dabei also um keine einheitliche Kodifikation, sondern um die Regulierung ausgewählter Einzelfragen im Verhältnis zwischen Verbrauchern und Unternehmern.¹⁴⁸ Ein Bewusstsein darüber, was unter einem solchen umfassenden Verbraucherschutz zu verstehen ist und welche Materien einem solchen Rechtsgebiet zugeordnet sein sollen, scheint sich bis heute nicht in der Gesetzessystematik niedergeschlagen zu haben.¹⁴⁹

Der Schutz suchende Verbraucher muss sich dabei bildlich gesprochen auch seine ihn schützenden Normen erst suchen, um über seine Position informiert zu sein. Wer etwa im Online-Versandhandel zum privaten Gebrauch eine mangelhafte Sache entgeltlich erworben hat, ist zur Gewährleistung berechtigt. Sie ist für ihn im VGG geregelt, wobei er die Antwort auf allgemeine Fragen des Vertragsrechts – etwa solche der Vertragsauslegung nach §§ 914 f ABGB oder der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Vertrages (§ 1435 ABGB)¹⁵⁰ – weiterhin im ABGB suchen muss. Teile der ihn in einem solchen Fall schützenden Vorschriften befinden sich weiterhin in den §§ 8 f KSchG. Übt er stattdessen sein Rücktrittsrecht aus, das ihm die Verbraucherrechte-Richtlinie (VRRL) an die Hand gegeben hat, muss er wiederum §§ 11, 14 f FAGG (Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz) bemühen, mit dem der österreichische Gesetzgeber Teile der VRRL umgesetzt hat.

Noch schwieriger ist es um die Situation des Unternehmers bestellt. Für ihn gelten im Fall der Gewährleistung grundsätzlich die allgemeinen Regeln der §§ 922 ff ABGB. Hat er mit einem Verbraucher kontrahiert, greifen *anstatt* der ABGB-Bestimmungen jene des VGG und des KSchG, bei einem Geschäft mit einem anderen Unternehmer hingegen *flankierend* die Bestimmungen der §§ 373 ff UGB (insb §§ 377 f UGB). Damit ist es aber nach neuester Rechtslage nicht genug: Nach § 3 Abs 1 VGG ist § 7 VGG (über die gewährleistungsrechtliche Aktualisierungspflicht) auch gegenüber Unternehmern anzuwenden. Ganz ausnahmsweise muss also

¹⁴⁷ Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts -Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000) 273 (361).

¹⁴⁸ Krejci in Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 11 f.

¹⁴⁹ Vgl nach wie vor *Schuhmacher* in Krejci, Handbuch KSchG 11 ff.

¹⁵⁰ *Flume*, Digitale Leistungen, ÖJZ 2022, 137 (143 f) ordnet die neuen §§ 15, 24–26 VGG hingegen dogmatisch als eigenständiges Rücktrittsfolgenrecht ein.

ein Unternehmer im Verkehr mit einem anderen Unternehmer ein Gesetz beachten, das gemäß § 1 Abs 1 VGG „für zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) geschlossene Verträge“ gilt. Aus methodischer Sicht muss der Rechtsanwender hier innerhalb ein- und desselben Gesetzes mit einer Anwendung der *Lex-specialis*-Regel vorgehen, um zu der vom Gesetzgeber intendierten Update-Pflicht auch im beidseitig unternehmensbezogenen Geschäft zu gelangen. Würde eine solche Regelung von den Parteien in AGB getroffen – der OGH würde sie an dieser Stelle mit Sicherheit als überraschend im Sinne des § 864a ABGB einstufen.¹⁵¹

Dazu kommt eine Überlagerung des österreichischen Privatrechts mit ihm fremden Begriffen.¹⁵² Ein besonders schillerndes Beispiel hierfür findet sich im FAGG: Nach § 11 FAGG genießt der Verbraucher im Fernabsatz ein Recht zum „Rücktritt“ – so lauten Marginalrubrik und Betitelung des 3. Abschnitts des FAGG. Das Formular, das ihm der Unternehmer zu dessen Ausübung zur Verfügung stellen muss, heißt hingegen getreu der deutschen Fassung von Art 9 ff in Verbindung mit Anhang I Teil B VRRL „Muster-Widerrufsformular“.¹⁵³ Gem Art 4 Abs 1 Z 8 FAGG muss also der Unternehmer den Verbraucher „unter Zurverfügungstellung des *Muster-Widerrufsformulars*“ auf das „Bestehen eines *Rücktrittsrechts*“ hinweisen.

¹⁵¹ Zusätzlich ist unklar, ob die Update-Pflicht auch gegenüber Unternehmern nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 7 Abs 2 VGG abbedungen werden kann: dafür (als jener Legist, unter dessen Leitung der Wortlaut der Bestimmung entstanden ist) *Stabentheiner*, Grundzüge des neuen Verbrauchergewährleistungsrechts, ÖJZ 2022, 99 (102) unter allgemeinem Verweis auf die Gesetzesmaterialien; ebenso *Aichberger-Beig*, Gewährleistungsrecht NEU (2021) 29 f. Näher und mit Recht krit *Kogler*, Der Ausschluss der Aktualisierungspflicht bei Waren mit digitalen Elementen und digitalen Leistungen, *ecolex* 2022, 118.

¹⁵² Insofern trifft die zum BGB getroffene Einschätzung von *Wendehorst*, in FS Canaris 684 f auch für das österreichische Recht zu: vgl jüngst ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 9: „Eine der formalen Herausforderungen bei der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie und der Warenkauf-Richtlinie besteht darin, aus deren sehr dichten, häufig etwas schwerfällig formulierten und zahlreiche Wortwiederholungen und Redundanzen aufweisen den Regelungen ein einigermaßen übersichtliches und verständliches Gesetzeswerk zu erstellen, das einerseits den üblichen Standards der Zivilrechtslegistik entspricht und andererseits die Richtlinienvorgaben vollständig und zutreffend in das österreichische Recht einfügt.“

¹⁵³ *Wendehorst*, in FS Canaris 694 Fn 59.

HISTÓRIA E PRESENTE DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA ÁUSTRIA*

SIMON LAIMER** / LUKAS KLEVER***

RESUMO: Neste artigo é demonstrado que os esforços para proteger as partes que foram identificadas pelo legislador como a parte “mais fraca”, de um contrato devido às suas características pessoais ou às circunstâncias no momento da celebração do contrato, podem ser encontrados, desde cedo, no Direito privado austríaco. A representação colectivizada dos interesses dos consumidores, por exemplo, através das assim denominadas “associações de consumidores”, constituiu, então, o ponto de partida para a protecção dos consumidores como um grupo autónomo. Desde o tempo da industrialização em massa, o legislador reagiu cada vez mais a várias reclamações, restringindo a autonomia privada. À Lei de Protecção do Consumidor de 1979 (KSchG), seguiu-se um organismo de direito autónomo para a protecção jurídico-privada do consumidor. Todavia, desde a adesão da Áustria em 1995 à (agora) União Europeia, o desenvolvimento do Direito do consumidor mudou significativamente. A maioria dos actos normativos europeus foram e são, predominantemente, implementados em leis especiais autónomas e não, por exemplo, na Lei de Protecção do Consumidor ou na codificação geral do Direito civil, o ABGB. Isto levou a uma grande fragmentação do Direito do consumidor austríaco.

SUMÁRIO: 1. Desde o ABGB até à KSchG 1979; a) Protecção da parte mais fraca no ABGB 1811; b) A organização colectiva dos consumidores enquanto base da sua protecção jurídica; c) Da liberdade formal à justiça substantiva – sobre a necessidade de um “Direito

* Tradução de Alexander Villinger, com revisão de Francisco Rodrigues Rocha.

** Universität Innsbruck.

*** Universität Linz.

privado do consumo” autónomo; d) Promulgação da Lei de Protecção dos Consumidores (Konsumentenschutzgesetz); 2. Protecção dos consumidores austríaca sob influência europeia; a) O campo de actuação do legislador nacional; b) Transposição em leis especiais; c) Transposição no ABGB; d) Transposição das directivas de garantia; 3. Conclusão: Direito do consumidor fragmentado.

1. Desde o ABGB 1811 até à KSchG 1979

a) Protecção da parte mais fraca no ABGB 1811

Os esforços para proteger os consumidores têm uma longa história na Áustria, mesmo que só tenham sido explicitamente designados como tal relativamente tarde.¹ A principal obra da legislação civil austríaca, o ABGB² de 1811, contém (até hoje, a propósito) disposições que cobrem, de forma exclusiva, todas as relações de Direito privado de forma igual e não se diferenciam, em nenhum momento, consoante os empresários ou os particulares sejam parte numa relação jurídica. Em muitos casos, contudo, restringe a autonomia privada a fim de proteger a parte tida como “mais fraca” – seja devido às suas características pessoais³, seja devido às circunstâncias em que uma parte forma a sua vontade de concluir um negócio jurídico.⁴ É claro que nem todas as pessoas, em cujo benefício são estabelecidas medidas de protecção, são, portanto, um consumidor.⁵ No entanto, foi esta ideia de corrigir o mais possível um desequilíbrio a favor da parte mais fraca que acabou por (também) dar origem, mais tarde, ao conceito de protecção dos consumidores. Além disso, como o consumidor é geralmente a parte mais fraca, as regras gerais que protegem a parte mais fraca, como um todo, também beneficiam, em regra, os consumidores.

¹ Cf. por exemplo *Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte*⁸ (2019) 317, que já vêem uma espécie de protecção do consumidor realizada na regulação de preços das leis das cidades medievais.

² Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 1811/946.

³ Por exemplo, as disposições sobre a protecção de pessoas sem capacidade jurídica ou com capacidade jurídica limitada: §§ 21ss., 170ss., 239ss., 865 ABGB.

⁴ § 869 ABGB: “O consentimento a um contrato deve ser declarado de forma livre, séria, específica e compreensível”. Cf. por exemplo §§ 870s., 879 Abs 2 Z 4 ABGB.

⁵ *Krejci* em *Krejci/Schilcher/Steininger* (eds.), *Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht* (1978) 12.

Do ABGB austríaco constam repetidamente disposições sobre a “restrição da liberdade aos actos com os quais a livre actividade dos outros seja compatível”.⁶ O primeiro capítulo da primeira parte sobre o direito das pessoas contém numerosas disposições que fazem lembrar fortemente os direitos e liberdades fundamentais, que só foram introduzidos como categoria autónoma⁷ muito mais tarde.⁸ O § 16 ABGB confere a todas as pessoas “direitos inerentes que já são óbvios pela razão” e, como “norma central da nossa ordem jurídica”, ainda transpõe direitos fundamentais para o Direito privado, que devem, portanto, ser tidos em conta ao interpretar e preencher lacunas na avaliação das relações de direito privado.¹⁰

Um importante jurista austríaco, na viragem do século, também sublinhou de forma proeminente o “carácter social” do ABGB.¹¹ Isto é particularmente evidente no Direito sobre perturbações na prestação e nas instituições jurídicas que limitam a não equivalência da troca de prestações acordada pelas partes em contratos sinalagmáticos. Por exemplo, o ABGB 1811 ainda tolera contratos injustos apenas até um certo ponto. De acordo com o § 934 ABGB, uma parte que não receba nem sequer metade do valor do que deu à outra parte num negócio jurídico contra pagamento pode impugnar, com sucesso, o contrato por causa desta, assim denominada, *laesio enormis*.¹² A cláusula geral do § 879 ABGB (hoje: § 879 Abs 1 ABGB) normativiza a invalidade de um contrato devido a uma violação da cláusula

⁶ Assim, o relator *v Zeiller* no início das deliberações sobre o ABGB: *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 13.

⁷ Sobretudo pela Lei Básica de 21 de Dezembro de 1867 sobre os direitos gerais dos cidadãos para os Reinos e Estados representados no Conselho Imperial, RGBl 1867/142.

⁸ Cf. *J. Ofner*, Der soziale Charakter des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in FS 100 Jahre ABGB I (1911) 441 (458 ff); *Wittmann-Tiwald*, ABGB und Grundrechte (Direitos fundamentais) – 2. Teil, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg), 200 Jahre ABGB (2012) 53 (53 f); mas cf. *Grimm*, Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller, em: *Selb/Hofmeister* (org.), *Zeiller, das ABGB und wir: Forschungsband Franz von Zeiller* (1980) 94.

⁹ RIS-Justiz RS0008993.

¹⁰ OGH 8 ObA 288/01p SZ 2002/83; 8 Ob 108/05y SZ 2005/185; cf. também *Wellspacher*, Das Naturrecht und das ABGB, in FS 100 Jahre ABGB I (1911) 173; *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil² (1992) 182ss.

¹¹ *J. Ofner*, in FS 100 Jahre ABGB I 441ss.

¹² Cf. *Klever*, *Laesio enormis* (2019) com ulteriores indicações.

dos bons costumes.¹³ A jurisprudência dos tribunais tem repetidamente retomado a cláusula geral quando não se verifica uma factispécie mais específica, mas o contrato materializa os interesses de uma parte do contrato, numa desproporção manifesta, em detrimento da outra parte.¹⁴

A legislação austríaca sobre a usura também tem tido uma história tumultuosa:¹⁵ já na altura da promulgação do ABGB e ainda no século XIX, leis sobre usura foram sucessivamente promulgadas, revogadas e novas leis aprovadas.¹⁶ Todas elas associaram sanções ao aproveitamento indevido de uma parte na concessão de um empréstimo. Com a terceira alteração parcial ao ABGB¹⁷ em 1916, o legislador, finalmente, alargou este conceito à usura material, no então recentemente introduzido § 879, Abs 2 Z 4 ABGB. Tanto a proibição de juros como a proibição de usura material permaneceram na lei até hoje, apesar de todos os diplomas adicionais específicos do consumidor que foram mais tarde aprovados.¹⁸

¹³ Fundamental para a cláusula geral e a sua utilização por legisladores e juristas *Baldus/Müller-Graf* (eds.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive* (2006).

¹⁴ Para exemplos *vide Laimer* em Fenyves/Kerschner/Vonkilch (eds.), *Klang*³ § 879 com ulteriores indicações (no prelo).

¹⁵ Cf. *Liebner*, *Wucher und Staat* (2009) 90ss.

¹⁶ Em primeiro lugar, consequências penais no diploma sobre a usura de 26 de Abril de 1751, impresso em Kropatschek (ed.), *Sammlung aller k. k. Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1740 bis 1780 I* (1786) 287; revogado pelo diploma de 29 de Janeiro de 1787, JGS 1787/625; cf. *Kees*, *Ueber die Aufhebung der Wuchergesetze* (1791).

Diploma sobre a usura de 2 de Dezembro de 1803, JGS 1803/640, 525; impresso em Sr. k.k. Majestät Franz des Zweiten politische Gesetze und Verordnungen für die Oesterreichischen, Böhmischen und Galizischen Erbländer (1807) 131ss.; cf. *v Zeiller*, *Ueber das Oesterreichische Wuchergesetz vom Jahr 1803* (Sobre a lei austríaca de usura de 1803), *JB Gesetzkunde II* (1807) 158. Gesetz, womit vom 1. Jänner 1867 an die gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmaßes aufgehoben und die Gesetze über Bestrafung des Wuchers geändert werden, RGBl 1866/160; revogada pela lei de 14 de Junho de 1868, revogando as leis à data existentes contra a usura, RGBl 1868/62, 192. Lei de 28 de Maio de 1881 relativa aos recursos contra negócios desonestos em operações de crédito, RGBl 1881/47; Decreto Imperial de 12 de Outubro de 1914 sobre a usura, RGBl 1914/275; confirmado novamente pela Lei da usura de 1949 (ainda hoje em vigor), BGBl 1949/271.

¹⁷ Decreto Imperial de 19 de Março de 1916 sobre a Terceira Alteração Parcial ao ABGB, RGBl 1916/69.

¹⁸ A proibição de usura material continua a ser regulada no ABGB (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) mas a proibição de usura é regulada, separadamente, numa lei especial (§ 1 WucherG).

b) A organização colectiva dos consumidores enquanto base da sua protecção jurídica

No entanto, a fim de proteger os consumidores como grupo autónomo, foi necessária, em primeiro lugar, uma organização de consumidores. Na Áustria – como noutros lugares – isto surgiu principalmente do movimento operário dos finais do século XIX.¹⁹ A colectivização dos interesses dos consumidores começou com a simples constatação de que o produtor se posicionava diante dos trabalhadores não apenas como empregador, mas também como vendedor dos seus produtos.²⁰

Importante para a representação organizada dos interesses dos consumidores foi a Lei sobre «cooperativas» de aquisição e económicas (*Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*)²¹, aprovada em 1873, que, no seu § 1, também previa a formação das assim chamadas “associações de consumo” (*Consumvereine*).²² Tais associações deveriam “fornecer ao “*kleiner Mann*” o máximo possível dos benefícios do grande capital” através do poder de compra comum dos membros.²³ No virar do século, elas tinham sido constituídas em grande número²⁴, o que finalmente culminou na sua

¹⁹ Cf. *Palla*, Die Interessenvertretung der Arbeiterschaft in Österreich, Der Betriebsrat 1922, 54, 72 (55s.); *Korp*, 50 Jahre Großeinkaufsgesellschaft österreichischer Consumvereine (1955) 12ss.; cf. *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht 18ss.

²⁰ *Palla*, Betriebsrat 1922, 55.

²¹ Lei de 9 de Abril de 1873 sobre as cooperativas de aquisição e económicas, RGBl 1873/70.

²² Cf. o esboço histórico em AB 159 BlgAH VII Sess 1386ss. (esp. 1387s.), impresso em *Kaserer*, Das Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien (1873) 55ss. (56s.).

²³ Tais motivos já existiam para o projecto de lei sobre cooperativas de aquisição e económicas: Relatório Explicativo 96 BlgHH VII. Sess 1021; AB 159 BlgAH VII. Sess 1391s.; reimpresso em *Kaserer*, Das Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien 44, 61s.

²⁴ Cf. *Baltzarek*, Die geschichtliche Entwicklung der österreichischen Genossenschaften, em Peterka (ed.), Handbuch des österreichischen Genossenschaftswesens (1986) 3 (11ss., 47ss.). Ver também *V. Adler*, Konsumvereine, Referat zum Parteitag 1899, em Sozialdemokratische Arbeiterpartei Deutschösterreichs (ed.), Victor Adlers gesammelte Reden und Briefe (Discursos e Cartas colecionados por Viktor Adler) VII (1929) 180. Finalmente, em 1919, *Joachim*, Einige Fragen des Genossenschaftsrechts, Der Kampf (Algumas Questões de Direito Cooperativo, A Luta) 1919, 673 documenta um número de 1.258 associações de consumidores com um total de 563.310 membros; cf. também *Brazda/Schediwy*, Konsumgenossenschaften im Strukturwandel, Wirtschaft und Gesellschaft 1989, 63 (65, 68), que relatam que a Cooperativa de Consumo de Viena foi a maior do mundo em 1920.

unificação, em 1901, na Federação Central das Associações Austríacas de Consumo (*Zentralband österreichischer Konsumvereine*).

Acima de tudo, a crise alimentar resultante da Primeira Guerra Mundial mostrou a necessidade de aquisição e distribuição organizadas.²⁵ As associações de consumidores passaram de associações de indivíduos, pouco organizadas, a associações mais institucionalizadas, algumas das quais também assumiram tarefas estatais.²⁶ Com o decreto de 1918²⁷, o governo também participou neste desenvolvimento e criou um “comité económico cooperativo de consumidores”. As leis que o criaram utilizaram – tanto quanto se pode ver – pela primeira vez o termo, hoje em dia de uso corrente, “consumidor” (*Verbraucher*): o § 1 supracitado da Lei sobre “cooperativas” de aquisição e económicas intitula-se “Organização dos Consumidores (*Organisation der Verbraucher*)”; a criação do Comité deveria ser “para a representação dos interesses dos consumidores organizados [...]”.

Com o Decreto²⁸ de 1922, o legislador estabeleceu finalmente um “Comité Central para os Interesses dos Consumidores” (*Zentralausschuß für Verbraucherinteressen*), que, de acordo com o artigo 2 Abs 1, lit a), deveria tratar, em particular, de “questões de nutrição pública, fornecimento de artigos domésticos, responsáveis de fiscalização de mercado e do ramo alimentar, higiene alimentar, bem como instrução doméstica e empresarial geral dos consumidores”. A partir daí, a legislação também se dirigiu repetidamente ao “consumidor”.²⁹ O caminho desde a associação de indivíduos isolados até ao consumidor organizado como sujeito da economia de massa industrializada, tinha sido percorrido.³⁰

²⁵ Cf. ErläutIA 677 BlgKonstNV 3: “A reconstrução da vida económica exige urgentemente que todos os consumidores, que enveredam pelo caminho da auto-ajuda económica, recebam o maior apoio e assistência possíveis, numa altura em que todas as necessidades da vida se estão a tornar escandalosamente mais caras”.

²⁶ Vgl Baltzarek, Konsumgenossenschaften und Konsumentenbewegung, Wiener Geschichtsblätter 1975, 61.

²⁷ *Verordnung* do Ministro do Comércio, de acordo com os ministros envolvidos e o Gabinete para a Alimentação Popular de 14 de Março de 1918, RGBl 1918/100.

²⁸ *Verordnung* do Ministério Federal da Alimentação de 19 de Julho de 1922, relativa à criação de um Comité Central de Interesses dos Consumidores, BGBl 1922/526.

²⁹ Por exemplo, na Lei sobre Descontos de 25 de Novembro de 1933, dRGBl I 1933, 1011. Sobre a legislação sobre prestações ver abaixo em l. c).

³⁰ Sobre o desenvolvimento paralelo na República de Weimar, ver Berghoff, Verbraucherschutz in der gescheiterten Republik, em Bala/Klein-schmidt/Rick/Schuldzinski (eds), Verbraucher in Geschichte und Gegenwart (2017) 17 (18).

c) Da liberdade formal à justiça substantiva – sobre a necessidade de um “Direito privado do consumo” autónomo

Na época da industrialização em massa, depressa se tornou evidente, no tratamento do ABGB, que as suas disposições predominantemente dispositivas já não conseguiam cumprir a sua tarefa de trazer um equilíbrio adequado entre as partes.³¹ Em situações de desequilíbrio, as normas dispositivas oferecem pouca protecção à parte com menor poder de negociação, seja porque esta última, devido às suas capacidades ou à sua situação, não compreende suficientemente as implicações da sua decisão de aceitar um acordo que se afasta da situação jurídica dispositiva, seja porque a abstenção de celebrar o contrato não constitui uma alternativa aceitável para a mesma. Por exemplo, o instituto jurídico da *laesio enormis*, supra descrito, foi, por via de regra, pouco prestável para a parte diminuída, pois esta tinha renunciado de antemão, contratualmente, ao seu direito de anulação (*Anfechtungsrecht*).³² Às disposições da prestação de garantia também poderia contratualmente renunciar-se, de acordo com o § 929 S 2 ABGB – e ainda hoje é possível fora dos negócios de consumo.

Depois de os participantes no mercado, que repetidamente e em grande número celebraram contratos de conteúdo semelhante, terem adquirido experiência em lidar com o ABGB e aperfeiçoado cada vez mais as suas cláusulas, o carácter social do ABGB, enfatizado no início, deu cada vez mais lugar aos ditames dos termos contratuais introduzidos pela parte com o poder de negociação mais forte.³³ No seu já citado escrito, *Ofner* antecipa uma ideia importante que mais tarde caracterizou a protecção dos consumidores: “Desde que com a nova indústria, em ligação com o velho Direito [...], grandes riquezas têm vindo a acumular-se nas mãos de poucos”, as classes proprietárias ameaçaram usar a sua superioridade em detrimento do indivíduo. A política social exige, portanto, “limites legais, disposições obrigatórias que não permitam qualquer modificação ou renúncia”.³⁴

³¹ Cf. *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (1975) 38ss.; *Reindl* in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 71s.

³² Sobre a divulgação de tais cláusulas de exclusão ver *Pfersche*, Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1891) 115; *Ofner*, in FS 100 Jahre ABGB I 469; *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449 (453).

³³ *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens (1974) 20ss.; cf. *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag (1997) 127s. com ulteriores indicações.

³⁴ *Ofner*, in FS 100 Jahre ABGB I 445.

Os limites da frase “*volenti non fit iniuria*” – frequentemente invocados durante a elaboração do ABGB 1811³⁵ – tornaram-se particularmente evidentes na relação entre empregador e empregado:³⁶ O trabalhador que ganha a vida com os seus serviços está dependente da celebração de um contrato de trabalho e, portanto, dificilmente poderá recusar as condições que lhe são oferecidas. O legislador da terceira alteração parcial do ABGB partilhou desta percepção ao rever o capítulo sobre o contrato de trabalho: as normas de protecção social, tal como se pretendem, são inúteis se não aparecerem como direito injuntivo.³⁷

À margem do Direito dos contratos de trabalho, desempenharam um papel importante sobretudo as leis sobre pagamento em prestações (*Ratengesetze*)³⁸, promulgadas a partir da passagem do século XX. Estas leis, que regem a venda a prestações de mercadorias, antecipam muitos aspectos da moderna protecção dos consumidores.³⁹ Em resposta a um inquérito apresentado pela Câmara de Comércio e Indústria de Viena em 1885, o Ministério da Justiça solicitara aos tribunais distritais que relatassem as suas percepções sobre a prática do comércio a prestações. Declararam, entre outras coisas, “que a renúncia do comprador à garantia e ao meio de tutela jurídica por encurtamento em mais de metade, bem como a sujeição contratual do comprador ao foro do vendedor, eram, quase sem excepção, práticas comuns em contratos de pagamento a prestações”.⁴⁰ Em resposta a esta queixa, o legislador identificou certas disposições contratuais, que lhe foram comunicadas, como indesejáveis no contrato com

³⁵ *Ofner*, Protokolle II. Do mesmo modo, durante as deliberações sobre a Lei das Cooperativas de Aquisição e Económicas: AB 159 BlgAH VII. Sess 1393, impressas em *Kaserer*, Das Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien 64.

³⁶ Cf. *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁸ 335ss.; *Jabornegg*, Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts im ABGB, in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 425 (426s.).

³⁷ Herrenhausbericht zur III. Teilnovelle (Relatório sobre a III Alteração Parcial), BlgHH XXI. Sess 1912, 238ss.

³⁸ Lei de 27 de Abril de 1896, relativa aos contratos de pagamento a prestações, RGBI 1896/70 (revogada pelo § 16, n.º 2 do RatenG 1961, citado abaixo); Lei Federal de 15 de Novembro de 1961, relativa às transações a prestações, BGBl 1961/279 (revogada pelo § 40 KSchG).

³⁹ *Reindl* in Krejci, Handbuch KSchG 73 descreve-o como „die wesentlichste spezielle vertragsrechtliche Verbraucherschutzvorschrift vor dem KSchG.“ (“a disposição especial de protecção jurídico-contratual dos consumidores mais essencial anteriormente ao KSchG.”)

⁴⁰ ErläutRV 1015 BlgAH X. Sess 5.

pagamento em prestações e, por conseguinte, negou-lhes legalmente eficácia.⁴¹ Esta técnica legislativa de impor determinados elementos ou partes dos contratos, indispensáveis para o equilíbrio na relação sinalagmática, também tem sido utilizada repetidamente por reformas posteriores. Por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia teve também de clarificar várias vezes, nos últimos tempos, o que deva substituir as disposições contratuais inválidas.⁴²

Sem chamar as coisas pelos nomes, a Lei sobre o pagamento em prestações já está ligada ao papel do consumidor que é entendido como digno de protecção: a aplicação da Lei sobre o pagamento em prestações era excluída quando o negócio fosse da parte do adquirente um negócio comercial.⁴³ O legislador apenas considerou necessário controlar o exercício do “poder impositivo”, tal como foi posto em prática na Lei sobre o pagamento em prestações, onde as partes não se encontravam em pé de igualdade.⁴⁴ As desvantagens da compra a prestações ou do negócio a prestações (*Abzahlungsgeschäft*) corresponderiam, em grande medida, – de acordo com os trabalhos preparatórios da Lei sobre o pagamento em prestações de 1986 – à diferença de circunstâncias sociais entre o vendedor e o comprador. O primeiro é “o economicamente forte, o segundo, geralmente, o economicamente fraco, pobre e sem crédito, com um elevado número de necessidades não satisfeitas e frequentemente urgentes”.⁴⁵

Ao mesmo tempo, a Lei sobre o pagamento em prestações na Áustria também se mantém como um dos primeiros representantes do “Direito privado regulador”, tão presente nos dias de hoje: os regimes de direito privado já não tinham apenas de alcançar um justo equilíbrio de interesses dentro de uma relação jurídica concreta, mas sim, ao mesmo

⁴¹ Isto aplica-se, em particular, à “cláusula de confiscação” (*Verfallsklausel*), em uso na altura, que previa a devolução da mercadoria se o comprador a prestações não cumprisse o pagamento das prestações do preço de compra e, ao mesmo tempo, destinava-se a permitir ao vendedor reter os montantes já pagos. JAB 466 BlgAH XI. Sess 1892, 2.

⁴² EuGH C-453/10, *Pereničová und Perenič*, ECLI:EU:C:2012:144; C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349; C-472/10, *Invitel*, ECLI:EU:C:2012:242; C-26/13, *Kásler und Káslerné Rábai*, ECLI:EU:C:2014:282; C-482/13, *Unicaja*, ECLI:EU:C:2015:21; C-229/19, *Dexia*, ECLI:EU:C:2021:68.

⁴³ § 8 Ratengesetz (Lei das prestações) 1896.

⁴⁴ ErläutRV 1015 BlgAH X. Sess 6.

⁴⁵ JAB 466 BlgAH XI. Sess 2.

tempo, de concretizar ideias normativas.⁴⁶ A lei foi aprovada em 1896 “para preservar a moral pública e salvaguardar a existência económica de vastas camadas da população”⁴⁷ – mas, apenas numa área muito restrita, nomeadamente, a do comércio a prestações com não comerciantes.⁴⁸ Estes objectivos normativos deveriam ser alcançados através de um pacote de medidas, sem atribuir particular importância a uma classificação segundo as categorias de direito privado existentes – por exemplo, segundo o sistema pandectístico⁴⁹, o qual, embora não tenha sido materializado no ABGB, foi, ainda assim, praticado na Áustria.⁵⁰ Desde o início, o Direito do consumidor não era apenas uma subárea do Direito civil, mas continha também – na altura como agora – elementos de Direito penal, Direito administrativo (penal) e Direito processual, mostrando assim um marcado cunho jurispublicístico.

d) Promulgação da Lei de Protecção dos Consumidores (Konsumentenschutzgesetz)

Contudo, faltava ainda um longo caminho desde as medidas individuais para tutela da parte mais fraca, na respectiva relação jurídica, até à protecção institucionalizada do consumidor, também na legislação de Direito

⁴⁶ Cf. *Wendehorst*, Privatrechtsdogmatik und Verbraucherschutzrecht (Dogmática do direito privado e direito de protecção do consumidor), in 2. FS Canaris (no 2.º FS Canaris) (2017) 686ss.

⁴⁷ ErläutRV 1015 BlgAH X. Sess 5.

⁴⁸ Cf. *Simon*, Was ist und wozu dient die Gesetzgebung, in FS Brauner (2008) 635 (640): Os meios de orientação da legislação são “actos de normalização relacionados com a situação, apoiados pelos actuais requisitos de orientação, com os quais o Estado reage a um impulso problemático que lhe é trazido e com a ajuda dos quais procura combater uma reclamação e provocar estados de ordem politicamente preferidos”.

⁴⁹ Cf. por exemplo *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) nt. marginal 33; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 122ss. (nomeadamente 125s.); *Stagl*, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, ZEuP 2007, 37 (40, 49); *Wendehorst*, Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB, in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 75 (89); *ead.*, Ist der Kodifikationsstreit entschieden? em Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 200 Jahre ABGB – Evolution einer Kodifikation (2012) 9 (27); *Bürge*, Der spezifische Stil der österreichischen Privatrechtswissenschaft, in: Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Wien, separata de AcP 212 (2012) 63 (69s.).

⁵⁰ Sobre a falta de tal possibilidade em relação ao Direito do consumidor, ver *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 426ss.; cf. *Kriegner*, Systemfragen im Verbraucherrecht (2020) 19ss.

privado.⁵¹ Na Áustria, a expectativa de que “a ciência do direito também tomara conhecimento da ‘protecção dos consumidores’”, ainda estava a ser posta em marcha no início da década de 1970.⁵² A protecção dos consumidores como protecção do indivíduo é, portanto, um fenómeno relativamente recente na Áustria, como noutros lugares.⁵³ A sua base foi o reconhecimento levado a cabo pela jurisprudência dos tribunais⁵⁴ – não obstante as declarações em contrário do legislador nos trabalhos preparatórios⁵⁵ do UWG 1923 – de que a lei da concorrência desleal não serve exclusivamente os interesses dos concorrentes, mas também os do público em geral e, portanto, dos consumidores afetados.⁵⁶ De seguida, no entanto, as coisas avançaram rapidamente. Num período de tempo relativamente curto, “a protecção dos consumidores [...] tornara-se numa das exigências mais actuais da política jurídica”.⁵⁷ O legislador estabeleceu o objectivo de dar aos “consumidores [...] o papel-chave que merecem, no âmbito da economia de mercado”.⁵⁸ “Cláusulas contratuais mais justas, instâncias de arbitragem, protecção

⁵¹ Cf. *Hähnel*, Anfänge eines koordinierten Verbraucherschutzes in Deutschland, em: Bala/Kleinschmidt/Rick/Schuldzinski (ed.), *Verbraucher in Geschichte und Gegenwart* (2017) 167 (169s.).

⁵² *Wenger*, Der Verbraucherschutz im österreichischen Verwaltungsrecht, JBl 1970, 230.

⁵³ Uma visão geral de direito comparado deste desenvolvimento é fornecida por *v Hippel*, Verbraucherschutz (1974) 1ss.

⁵⁴ OGH 1 Ob 990/27 JBl 1928, 47 = Rspr 1928, 96; 4 Ob 120, 121/32 Rsp 1932, 179; 3 Ob 10/53 ÖBl 1953, 19; OLG Wien MuW 1929, 60; diferentemente OGH ÖBl 1952, 36.

⁵⁵ ErläutRV 464 BlgNR I. GP 1: “A desvantagem do cliente não é um factor decisivo para a concessão de protecção, mesmo que a luta contra a concorrência desleal possa proteger, por vezes, os clientes de desvantagens [...]”.

⁵⁶ Desta forma, já *Ulmer*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG I (1965) 47ss. (nomeadamente 49s.); depois também os trabalhos preparatórios da alteração de 1971 ao UWG: ErläutRV 243 BlgNR XII. GP 3. Depois *Knapp/Rauter*, Akzente konsumgenossenschaftlicher Verbraucherpolitik (1972) 11; *Hefermehl*, Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht, in FS Kastner (1972) 183; *Kramer*, Die vergleichende Werbung im österreichischen Wettbewerbsrecht, GRURInt 1974, 195; *o mesmo*, Prinzipienfragen eines österreichischen Konsumentenschutzrechts, em: Kramer/Mayrhofer (ed.), Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 9 (23ss.); *Sack*, Individualschutz des Konsumenten, ÖJZ 1976, 309; *id.*, Schadenersatzansprüche wettbewerbsgeschädigter Verbraucher nach österreichischem Wettbewerbs- und Deliktsrecht, em: Kramer/Mayrhofer (Hrsg), Konsumentenschutz im Privat- und Wirtschaftsrecht (1977) 99 (102ss.); *Schuhmacher* em Krejci (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 1ss.

⁵⁷ *Schricker*, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int 1970, 32 (34).

⁵⁸ Comunicado do Governo de 27 de Abril de 1970, BlgNR XII. GP, 2.^a sessão 18; cf. *Schuhmacher* em Krejci, Handbuch KSchG 1s.

contra a publicidade enganosa [...] bem como condições mais justas no apoio e serviços sobre bens de consumo, com base em acordos privados ou medidas oficiais, devem tornar o consumidor um parceiro responsável da economia.”⁵⁹ Já em 1975, o legislador colocou na ordem do dia a “criação de uma lei abrangente de defesa do consumidor”.⁶⁰ Um inquérito da Conferência dos Juristas Austríacos (*österreichischer Juristentag*), consultas com o meio académico e grupos de interesse foram finalmente seguidos de um projecto e, após novas consultas, de um acto legislativo independente para a protecção jurídico-privada dos consumidores⁶¹ – a Lei de Protecção dos Consumidores de 1979 (*Konsumentenschutzgesetz*, KSchG).⁶²

A redacção do KSchG é algo peculiar, na medida em que, embora o seu título abreviado seja Lei de Protecção dos Consumidores (*Konsumentenschutzgesetz*), o seu título completo é “Disposições para a Protecção dos Consumidores” (*Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher*) e o próprio texto da lei refere-se consistentemente às relações jurídicas entre empresários e consumidores (*Verbraucher*). O KSchG contém uma definição legal de consumidor (*Verbraucher*) no § 1 e, depois, mantém consistentemente este termo, enquanto o termo epónimo “consumidor” (*Konsument*) não aparece uma única vez na lei. Teria sido, portanto, mais coerente intitular o KSchG “Lei de Protecção dos Consumidores” (*Verbraucherschutzgesetz*).⁶³ No entanto, o termo “consumidor” (*Verbraucher*) também não é inteiramente exacto em dois aspectos. Por um lado, sugere que apenas a aquisição de bens *para consumo* (*zum Verbrauch*) transmite a qualidade de consumidor. Contudo, a qualidade de consumidor não se baseia no consumo, no sentido de que os bens consumíveis teriam de ser consumidos pelo consumo. Pelo contrário, é evidente que a aquisição privada de bens não consumíveis – tais como terrenos – ou a prestação privada de serviços e obras, a locação de

⁵⁹ Comunicado do Governo de 1971, StenProtNR XIII. GP, 2.^a sessão 26; cf. v *Hippel*, *Verbraucherschutz* 2.

⁶⁰ Comunicado do Governo de 1975, StenProtNR XIV. GP, 2.^a sessão 36.

⁶¹ Cf. *Krejci* em *Krejci/Schilcher/Steininger*, *Konsumentenschutzgesetz* 10; *Reindl* em *Krejci*, *Handbuch KSchG* 77s. Sobre a participação das câmaras no processo legislativo: *Kohlegger*, *Wechselseitige Einflüsse von IPRG und KSchG*, em *Schnyder/Heiss/Rudisch* (ed.), *Internationales Verbraucherschutzrecht – Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz* (1995) 143 (145).

⁶² Lei Federal de 8 de Março de 1979 que estabelece disposições para a protecção dos consumidores, BGBl 1979/140.

⁶³ *Krejci* in *Krejci/Schilcher/Steininger*, *Konsumentenschutzgesetz* 11.

alojamentos privados para habitação e a afectação de outros serviços para fins não comerciais também podem constituir negócios de consumo.⁶⁴ Por outro lado, nem todas as aquisições para consumo são negócios de consumo: embora o cliente empresarial, tal como o consumidor privado, seja também o último elo da cadeia de vendas e, como tal, seja influenciado por todos os elos anteriores⁶⁵, a protecção dos consumidores e o Direito do consumidor dizem sempre respeito apenas ao consumidor final *privado*.⁶⁶ Se, diversamente, a operação de aquisição tiver sido por uma vez classificada como tendo sido feita para fins privados, permanece inofensiva para a qualidade de consumidor do comprador, se este vender o objecto comprado uma segunda vez. Qualquer pessoa que compre um carro usado a um concessionário, por exemplo, apenas para o vender a um conhecido pouco tempo depois, é, e continua a ser, um consumidor, face ao concessionário, desde que ele próprio não se dedique ao comércio de automóveis. Em termos de sentido literal, o termo “consumidor” (*Verbraucher*) não é, portanto, utilizado de forma exacta na terminologia jurídica austríaca. Isto é, evidentemente, inócuo, uma vez que o termo é legalmente definido no citado § 1 do KSchG e o legislador é livre de atribuir a certas expressões, na sua terminologia (técnica), um significado diferente do habitualmente utilizado.⁶⁷

Na altura, o KSchG destinava-se a “compreender a protecção jurídico-privada dos consumidores de forma tão completa quanto possível”.⁶⁸ No entanto, é, com efeito, difícil inferir um conteúdo regulador global a partir da compilação de medidas individuais, aí feita – além do único denominador comum reconhecível⁶⁹: a participação de um comerciante e de um consumidor.⁷⁰ Assim, o primeiro capítulo do KSchG intitula-se simplesmente: “Disposições especiais para contratos entre empresários e consumidores” (*Besondere Bestimmungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern*). Em especial, a segunda secção sob o título “Regras Gerais”

⁶⁴ Deste ponto de vista, a designação do Direito do consumidor (*Verbraucherrecht*) como “Direito do consumo” (*Verbrauchsrecht*) introduzida por *Schuhmacher* em *Krejci*, Handbuch KSchG 15ss. não é convincente.

⁶⁵ *Reifner*, Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 1978, 203 (209).

⁶⁶ *Schuhmacher* em *Krejci*, Handbuch KSchG 12s., 17s.

⁶⁷ Cf. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 321.

⁶⁸ ErläutRV 744 BlgNR XIV. GP 13; mas cf. *Krejci* em *Krejci*, Handbuch KSchG 85.

⁶⁹ Sobre este critério de ligação acima de tudo *Schilcher* em *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumenten-schutzgesetz 58ss. (nomeadamente 61ss.).

⁷⁰ Cf. *Schuhmacher* em *Krejci*, Handbuch KSchG 8s.

(*Allgemeine Regeln*) combina uma série de aspectos de regime, factualmente heterogéneos: resolução na venda ao domicílio⁷¹, regras sobre orçamentos ou estimativas de custos empresariais⁷² e sobre o controlo das cláusulas contratuais gerais⁷³, direito ao controlo judicial (*Mäßigungsrecht*) em caso de acordo de resolução onerosa (*Reugeld*)⁷⁴, regras sobre a prestação de garantia nos negócios de consumo⁷⁵, sobre o âmbito da procuração e promessas informais perante os consumidores⁷⁶, sobre a subscrição de títulos de crédito (*Wechselschulden*) por consumidores⁷⁷, sobre o penhor de futuros créditos salariais do consumidor⁷⁸, sobre o acordo de uma cláusula de perda do benefício do prazo (*Terminverlustklausel*)⁷⁹ e sobre o foro territorialmente competente em litígios de consumo.⁸⁰ A secção 3 sobre “Tipos especiais de contratos” (*Besondere Vertragsarten*), diversamente, reformula principalmente a anterior Lei sobre pagamento em prestações (*Ratengesetz*) e, assim, regula totalmente uma matéria anteriormente contida numa lei especial autónoma que foi, em simultâneo, revogada.⁸¹ Isto é notável, pois o legislador tem-se pronunciado, repetidamente, contra esta abordagem em reformas subsequentes e deixou sempre aspectos específicos de negócio de consumo a serem regulamentados de novo em textos legislativos autónomos e externos ao KSchG.⁸² Actualmente, isto levou a uma sistemática muito pouco convencional e acabou por deixar um “tronco” no KSchG constituído por aquelas disposições, para as quais ainda nenhuma lei especial foi promulgada.

⁷¹ § 3 KSchG: Direito de rescisão de 7 dias; hoje substituído pela FAGG, no seu âmbito de aplicação.

⁷² § 5 KSchG: Obrigação de indicar que a estimativa de custos é gratuita (parágrafo 1) e responsabilidade pela exatidão da estimativa de custos (parágrafo 2).

⁷³ § 6 KSchG.

⁷⁴ § 7 KSchG.

⁷⁵ § 8 KSchG: Regulamento sobre o local das prestações suplementares; § 9 KSchG: Carácter extensivo e obrigatório das disposições de garantia no negócio de consumo.

⁷⁶ § 10 KSchG.

⁷⁷ § 11 KSchG.

⁷⁸ § 12 KSchG.

⁷⁹ § 13 KSchG.

⁸⁰ § 14 KSchG.

⁸¹ Cf. § 41 Abs 1 KSchG.

⁸² Para exemplos, ver abaixo.

2. Protecção dos consumidores austríaca sob influência europeia

a) *O campo de actuação do legislador nacional*

Desde a adesão da Áustria em 1995 à (actual) União Europeia, o desenvolvimento do Direito do consumidor nacional mudou significativamente. Quase todos os grandes impulsos para a criação, alteração ou revogação de normas, no domínio do Direito do consumidor, desde então, podem ser feitos remontar a iniciativas europeias. Com base na competência do mercado interno do artigo 114.º do TFUE (em conjugação com o artigo 69.º *ibid.*)⁸³, a União Europeia reivindica a competência para regular, de forma abrangente, determinados sectores da vida económica – tais como a responsabilidade por danos específicos ou o comércio sob certas formas de distribuição. O legislador austríaco estava, assim, em grande parte, adstrito à legislação da UE na configuração do conteúdo das medidas de Direito do consumidor. Dado que as medidas a implementar constituíam directivas de harmonização mínima (ou directivas que apenas harmonizavam o conteúdo, mas não o âmbito de aplicação), o próprio legislador podia determinar o âmbito de aplicação – pelo menos, “mais amplo”. Deste modo, ele foi continuamente confrontado com a escolha⁸⁴ de deixar os conteúdos normativos pré-definidos (específicos do consumidor ou de aplicação geral) para leis especiais, incorporando-os no já existente KSchG ou – se abrangessem, além dos negócios de consumo, todas as relações de direito privado – fazendo as correspondentes alterações no ABGB.

Estes impulsos sectoriais específicos, determinados pelo Direito da União, significaram frequentemente uma ruptura radical na dogmática do Direito civil nacional. O legislador austríaco foi, por um lado, sucessivamente confrontado com a tarefa de promulgar diplomas em conformidade com as Directivas, mas, por outro, mantendo, o melhor que podia, os padrões tradicionais de pensamento do direito privado austríaco.⁸⁵ O facto de, por razões políticas, terem de ser repetidamente tomadas medidas, que, só com um certo esforço, poderiam ser incorporadas na dogmática tradi-

⁸³ Cf. *Tonner* em Tamm/Tonner/Brönneke (ed.), *Verbraucherrecht*³ (2020) § 3 nt. marginal 17, 70.

⁸⁴ Pensamentos muito semelhantes já no Relatório de Herrenhaus sobre a III Alteração Parcial, *BlgHH XXI*. Sess 1912, 6s.

⁸⁵ Isto voltou a tornar-se recentemente claro, na secção geral introdutória das explicações sobre a GRUG: *ErläutRV 949 BlgNR XXVII*. GP 3s.

cional do direito privado, não é novidade enquanto tal. Assim, por exemplo, a III Alteração Parcial ao ABGB, que teve uma influência tão marcante no Direito civil austríaco, destinava-se, principalmente, a “ter em conta os casos mais urgentes dos efeitos da guerra, nos ramos individuais do direito privado”.⁸⁶ Todavia, ao mesmo tempo, tinha como objectivo preservar o “conteúdo valioso e arraigado do a. b. G. B.” e, em vez de uma reforma global, a empreender apenas uma “série de correcções individuais” e, se possível, “sem encontrar [...] obstáculos técnico-jurídicos [...]”.⁸⁷ No entanto, os legisladores nacionais tiveram de se habituar à frequência com que tiveram de agir, com base na legislação da UE:⁸⁸ o facto de o ritmo, a que os parlamentos nacionais têm de implementar os actos normativos europeus, ter aumentado significativamente desde os anos 1990 não necessita de qualquer prova especial.

Do ponto de vista do legislador nacional, o objectivo primordial da conformidade com a directiva tornou-se muitas vezes um fim em si mesmo. Em vez de agir com base na sua própria convicção, age, então, com algum cepticismo, apenas sob a pressão de estar, de outro modo, ameaçado com um processo por infracção. Os legisladores de hoje nem sempre tiveram a opção de “poupar o código antigo de intromissões impiedosas”⁸⁹, como os legisladores da III Alteração Parcial em tempos fizeram. Por vezes, ao ler os trabalhos preparatórios austríacos, fica-se com a impressão de que os legisladores envolvidos procederam à implementação com um suspiro silencioso de: “O que é isto que vem de Bruxelas outra vez?”⁹⁰ Apenas a interacção com a dogmática geral do Direito civil⁹¹ tem, gradualmente, trazido de novo uma compreensão razoavelmente consistente e coerente dos conceitos isolados. O facto de, em tais circunstâncias, a sistemática legislativa madura do direito privado do consumidor austríaco não poder ser necessariamente descrito como óptima dificilmente pode ser imputado aos intervenientes envolvidos.

⁸⁶ Justificação da III Alteração Parcial ao ABGB, JMVBl 1916, 105.

⁸⁷ Relatório da Comissão para os Assuntos Judiciários (“Relatório de Herrenhaus”) sobre a III Alteração Parcial ao ABGB, 78 BlgHH XXI. Sess 1912, 4.

⁸⁸ Cf. *Wendehorst*, em FS Canaris 685.

⁸⁹ BlgHH XXI. Sess 1912, 6.

⁹⁰ Cf. por exemplo a parte geral das explicações para a VKrG: ErläutRV 650 BlgNR XXIV. GP 2ss.

⁹¹ *Simon*, em FS Brauner 644ss.

b) Transposição em leis especiais

No que respeita à maior parte dos actos normativos europeus, o legislador austríaco optou pela transposição em leis especiais, promulgadas especificamente para o efeito.⁹² Por exemplo, foi criada uma Lei de Serviços de Pagamento (*Zahlungsdienstegesetz*) autónoma para transpor as Directivas de Serviços de Pagamento^{93/94}, uma Lei de Crédito ao Consumo (*Verbraucher kreditgesetz*)⁹⁵ e uma Lei de Crédito Hipotecário e Imobiliário (*Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz*) para transpor a Directiva de Crédito ao Consumo e a Directiva de Crédito à Habitação^{96/97}, respectivamente, e foi criada uma Lei de Contratação à Distância e Fora do Estabelecimento (*Fern- und Auswärtsgeschäftesetz*)⁹⁸, para transpor a Directiva de Direitos

⁹² *Kramer*, Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation, em Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (ed.), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 27 (33ss.) fala de uma “fuga para a legislação secundária” ou mesmo de uma “proliferação luxuriante de legislação secundária centrífuga”.

⁹³ Directiva (UE) 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, sobre a alteração das Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE e sobre a revogação da Directiva 97/5/CE, ABL L 2007/319, 1; Directiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, sobre a alteração das Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/EU e do regulamento (UE) n.º 1093/2010 e sobre a revogação da Directiva 2007/64/CE, ABL L 2015/337, 35.

⁹⁴ Lei Federal sobre a Prestação de Serviços de Pagamento, BGBl I 2009/66; Lei Federal sobre a Prestação de Serviços de Pagamento 2018, BGBl I 2018/17.

⁹⁵ Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Directiva 87/102/CEE do Conselho, ABL L 2008/133, 66.

⁹⁶ Directiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014, relativa a contratos de crédito relativos a bens imóveis residenciais para consumidores e que altera as Directivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, ABL L 2014/60, 34.

⁹⁷ Lei Federal sobre Contratos de Crédito ao Consumo e outras formas de crédito, a favor dos consumidores, BGBl I 2010/28.

⁹⁸ Lei Federal sobre contratos de crédito hipotecário e imobiliário e outros acordos de crédito, a favor dos consumidores, BGBl I 2015/135.

dos Consumidores^{99, 100}. Não é raro que o legislador tenha gradualmente externalizado em leis especiais conteúdos que eram previamente regulados no KSchG: deste modo, a antiga Directiva das Viagens Organizadas¹⁰¹ tinha inicialmente levado o legislador a complementar o KSchG com as disposições do contrato de viagem dos §§ 31b a 31s. KSchG¹⁰², ao passo que a nova Directiva de Viagens Organizadas¹⁰³ levou à revogação das referidas disposições da KSchG e à promulgação de uma Lei de Viagens Organizadas (*Pauschalreisegesetz*) autónoma.¹⁰⁴

Esta forma de transposição em leis especiais tem sido preferida pelo legislador por vários motivos. Lê-se, via de regra, nos trabalhos preparatórios que o conteúdo a ser implementado era simplesmente demasiado extenso ou complexo para ser incluído no KSchG¹⁰⁵ ou noutras leis especiais¹⁰⁶ já existentes. Da mesma forma, contudo, a transposição para o direito geral de defesa do consumidor foi evitada quando o âmbito de aplicação pessoal da

⁹⁹ Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, ABL L 2011/304, 64.

¹⁰⁰ Lei federal sobre contratos à distância e fora do estabelecimento comercial, BGBl I 2014/33. De acordo com os materiais, a Directiva devia ser implementada “de forma modular em diferentes locais regulamentares”: ErläutRV 59 BlgNR XXV. GP 1. O conteúdo da Directiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27. Novembro de 2019 que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e as Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativas a uma melhor aplicação e modernização da legislação da União, em matéria de defesa do consumidor, ABL L 2019/328, 7, em contrapartida, devem ser incorporadas na já existente FAGG e KSchG, de acordo com o presente projeto de lei federal que altera a Lei sobre a venda à distância e fora do local e a Lei de Protecção dos Consumidores (Lei de Implementação da Directiva de Modernização).

¹⁰¹ Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, ABL L 1990/158, 59.

¹⁰² BGBl 1993/247.

¹⁰³ Directiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Directiva 90/314/CEE do Conselho, JO L 2015/326, 1.

¹⁰⁴ Lei Federal sobre viagens organizadas e serviços de viagem relacionados, BGBl I 2017/50.

¹⁰⁵ ErläutRV 650 BlgNR XXIV GP 3; ErläutRV 89 BlgNR XXV. GP 4s.; ErläutRV 1513 BlgNR XXV. GP 1; ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 4.

¹⁰⁶ ErläutRV 843 BlgNR XXV. GP 1.

directiva a transpor não se limitava aos consumidores¹⁰⁷, não abrangia todos, mas apenas determinados consumidores, ou uma combinação de ambas as situações.¹⁰⁸ A afirmação de que uma transposição autónoma numa lei especial já foi, repetidamente, realizada no passado e de que a crescente segregação do Direito privado do consumidor não pode ser travada de qualquer forma lê-se mais como uma demissão da tarefa, tendo em conta o volume de diplomas a tratar, do que como um verdadeiro argumento adicional.¹⁰⁹

Deve admitir-se, no entanto, que a decisão do legislador alemão de implementar todas estas disposições no BGB não o colocou numa posição significativamente melhor, especialmente porque esta medida fez com que, por um lado, a sua codificação geral do Direito civil insuflasse consideravelmente, e, por outro, que partes individuais da mesma se tenham tornado um “estaleiro de construção permanente”¹¹⁰. Na Áustria, diversamente, é reconhecível uma certa erosão do ABGB e do KSchG, bem como uma prolixa repartição de conteúdos, dogmaticamente relacionados, ou, pelo menos, de conteúdos normativos relacionados, entre uma multiplicidade de leis diferentes.¹¹¹ Assim, por exemplo, um pequeno empresário que queira gerir uma loja na Internet tem de consultar toda uma série de diplomas diferentes apenas para descobrir a que deveres de informação está obrigado.¹¹²

c) Transposição no ABGB

Repetidamente, a aprovação de diplomas de Direito do consumidor provocou simultaneamente – em alguns casos de forma significativa – alterações no Direito privado geral.¹¹³ Isto já é claro nas disposições sobre o

¹⁰⁷ Por exemplo, na implementação da Directiva de Responsabilidade pelo Produto, cf. ErläutRV 1998 BlgNR XX. GP 15.

¹⁰⁸ JAB 1533 BlgNR XXV. GP 2; semelhante 1513 BlgNR XXV. GP 16: “A Directiva sobre viagens organizadas não está ligada ao conceito de consumidor, mas ao de viajante. Este conceito vai para além do conceito de consumidor e abrange também os empresários, sob certas condições.”

¹⁰⁹ JAB 1533 BlgNR XXV. GP 2s.

¹¹⁰ Esta é a formulação em *Wendehorst*, Dauerbaustelle Verbrauchervertrag: Wertabsatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen, NJW 2011, 2551 e outros.

¹¹¹ Cf. *Kramer* em Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011 34s.

¹¹² As obrigações de informação que podem ser relevantes, nestas circunstâncias, podem ser encontradas, por exemplo, em §§ 5s., 9 ECG; § 2 Abs 5 UWG; §§ 24s. MedienG; §§ 96 Abs 3, 107 TKG; § 8 FAGG, § 5a KSchG ou § 5 FernFinG; § 14 Abs 1 UGB ou § 63 Abs 1 GewO; Art 13 DSGVO; § 19 AStG.

¹¹³ Cf. *Krejci* em Krejci/Schilcher/Steininger, Konsumentenschutzgesetz 13.

controlo das cláusulas contratuais gerais, que o legislador – após discussão detalhada na doutrina – não verteu no KSchG, mas sim, juntamente com o § 864a ABGB e o § 879 Abs 3 ABGB, no Direito civil geral e, portanto, para todas as partes contratantes, independentemente da sua qualidade empresarial ou de consumidor. Com o § 33 Z 6 KSchG, o legislador também tornou injuntivo o poder, acima referido, de anular o contrato por motivos de *laesio enormis* nos termos do § 934 ABGB no § 935 S 1 ABGB conforme alterado.¹¹⁴ Os não-consumidores podem, assim, também invocar *laesio enormis*, independentemente de quaisquer cláusulas de exclusão. Nos termos do § 351 UGB, apenas em negócios entre empresas, a “*laesio enormis*” continua a ser concebida como norma supletiva.

Algumas reformas foram mesmo feitas predominantemente no ABGB. Por exemplo, o legislador austríaco aproveitou a implementação da Directiva sobre as Vendas ao Consumidor¹¹⁵, em 1999, como uma oportunidade para reformar, no seu conjunto, partes do Direito da prestação de garantia.¹¹⁶ Por, nessa altura, em todo o caso, “a ancoragem das preocupações de protecção dos consumidores no Direito civil geral” já ter estado na ordem do dia¹¹⁷, o legislador transpôs os requisitos da directiva para o ABGB, em larga escala, de forma exagerada. As disposições da directiva tornaram-se, desta forma, aplicáveis na Áustria, em grande medida, além do negócio de consumo, também nos negócios entre particulares ou empresários.¹¹⁸ Apenas determinados trechos, cuja inclusão no Direito civil geral foi considerada demasiado abrangente, levaram a ajustamentos correspondentes na

¹¹⁴ Finalmente – de acordo com os materiais – uma exclusão formal, não factualmente justificada, deste recurso não é, nem apropriada nem necessária: ErläutRV 744 BlgNR XIV. GP 49; cf. além disso JAB 1223 BlgNR XIV. GP 5.

¹¹⁵ Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias referentes a ela, ABl L 1999/171, 12.

¹¹⁶ Propostas doutrinárias relevantes, anteriormente encontradas, por exemplo, em *Kandut*, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf (1991); *Welser*, Entscheidung des verstärkten Senates und Reform des Gewährleistungsrechts, ÖJZ 1993, 753; *id.*, Natural- oder Geldersatz beim Werkmangel, ecolex 1993, 233; *id.*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 98s.; *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechts (1994); *Apathy*, Verbesserung oder Geldersatz, RdW 1994, 198. Cf. finalmente o projeto ministerial que não foi prosseguido, devido a desenvolvimentos a nível europeu (como explicado em ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 6) 59/ME XIX. GP; cf. também *Welser*, Der Entwurf für ein neues Gewährleistungsrecht, ecolex 1995, 11.

¹¹⁷ Assim ErläutME 59/ME XIX. GP 2.

¹¹⁸ Cf. ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 5, 10s.

KSchG.¹¹⁹ De acordo com os trabalhos preparatórios, o legislador, na altura, não considerou “sensato acrescentar outra ‘camada jurídica’ às disposições sobre prestação de garantia existentes”.¹²⁰ Ao abster-se de uma transposição isolada na KSchG, adaptando, em vez disso, algumas disposições gerais do ABGB aos requisitos da directiva, o legislador pretendia criar uma “lei de garantia que fosse tão clara, simples e uniforme quanto possível”.¹²¹

Em retrospectiva, no entanto, este cálculo não resultou. Pois, com esta medida, as disposições do ABGB que tinham sido promulgadas com base na directiva foram – pelo menos de facto – subitamente sujeitas, ao mesmo tempo, ao monopólio de interpretação do TJUE.¹²² Como é bem sabido, o TJUE interpretou subsequentemente – por exemplo, nas suas decisões nos processos *Quelle*¹²³, *Weber/Putz*¹²⁴ e *Ferenschild*¹²⁵ – a Directiva de uma forma que era dificilmente previsível para os legisladores nacionais.¹²⁶

Neste contexto, o Supremo Tribunal (OGH) optou por uma assim chamada “interpretação dividida”¹²⁷ e, no entanto, diferenciou entre negócios de consumidores e não consumidores nas disposições de transposição, que em si mesmas tinham sido inseridas no Direito civil geral e, portanto, igualmente para todos os negócios jurídicos.¹²⁸ O Supremo Tribunal austríaco

¹¹⁹ Cf. ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 8: “No Direito do consumidor, apenas devem ser transpostas as disposições da Directiva para as quais não há necessidade no Direito privado geral.” ZB § 9 KSchG.

¹²⁰ ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 8.

¹²¹ ErläutRV 422 BlgNR XXI. GP 8.

¹²² Cf. *Wendehorst*, em FS Canaris 686.

¹²³ TJUE C-404/06, *Quelle*, Slg 2008 I-02685.

¹²⁴ TJUE verb Rs C-65/09 e C-87/09, irmãos *Weber* e *Ingrid Putz*, Slg 2011 I-05257.

¹²⁵ TJUE C-133/16, *Ferenschild*, ECLI:UE:C:2017:541.

¹²⁶ Sobre a decisão do TJUE nos processos *Weber* e *Putz*, citados na nt. de rodapé 89: *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (2013) 97ss.; com ele OGH 9 Ob 64/13x SZ 2014/30 = EvBl 2014/89 (*Perner*). O OGH considerou, noutro sítio (na nt. marginal 4.9.1 do acórdão), que o resultado da interpretação do artigo 2 Abs 3 e do artigo 3 Abs 3 frase 1, da Directiva 1999/44 CE, que o TJUE considerou correta, foi “*altamente surpreendente* do ponto de vista do legislador austríaco, na altura da transposição [...]” ou (assim, noutro sítio, na nt. marginal 4.10.) “[...] *altamente surpreendente*”. Ênfase do autor.

¹²⁷ Ele conseguiu fazê-lo porque o direito da União não exige uma interpretação, em conformidade com o direito da União, na área da transposição excessiva: TJUE C-3/04, *Poseidon*, Slg 2006, I-02505; cf. *Riehm*, GPR 2007, 134 (135s.).

¹²⁸ Jurisprudência constante desde OGH 9 Ob 64/13x SZ 2014/30 = EvBl 2014/89 (*Perner*); na versão RIS-Justiz RS0129424; a seguir a *Faber*, Aus- und Einbaukosten und Unverhält-

considerou a “intenção fundamental do legislador de criar uma lei de garantia uniforme com o GewRÄG 2001 [...]” e, por conseguinte, de alargar o conteúdo regulador da Directiva, além da venda de bens de consumo, a outros contratos de venda, como sendo de menor importância¹²⁹ se o legislador não estivesse sequer consciente do problema específico de interpretação na altura da sua intervenção legislativa. Caso o legislador austríaco tivesse tido conhecimento dos requisitos do Direito da UE – a derivar, apenas mais tarde, da jurisprudência do TJUE – acerca da assunção dos custos de instalação e remoção e da relação de desproporção do cumprimento conforme à data da sua execução, deve partir-se do princípio de que não teria promulgado as disposições relevantes da Directiva no ABGB, mas apenas para os negócios de consumo.

Em parte, a jurisprudência e a doutrina austríacas, que interpretam as disposições nacionais que transpõem uma directiva de uma forma que excede o âmbito da directiva, apenas atribuem à disposição nacional um conteúdo conforme com a directiva dentro do âmbito da directiva transposta.¹³⁰ Naturalmente, isto só se aplica a grupos de casos seleccionados: por outro lado, o Supremo Tribunal preferiu interpretar o § 28 Abs 2 do KSchG, por considerações de interpretação uniforme, “de forma a cumprir os requisitos das directivas, a cuja transposição ele mesmo serve [...]”. Finalmente, o pêndulo oscilou completamente na direcção oposta numa decisão sobre o § 24 do HVertrG¹³¹, que não era específico do consumidor, mas que, no entanto, era comparável. Esta disposição prevê uma pretensão de compensação, de carácter injuntivo, em favor do agente comercial na sequência da cessação do contrato, por força do artigo 17s.¹³² da Directiva dos Agentes Comerciais.¹³³ A referida Directiva aplica-se, de acordo com o

nismäßigkeit der Nacherfüllung (2013) 97ss. e a seguir a BGH VIII ZR 226/11 BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220. Sobre o problema, por exemplo *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 124ss.; outras provas (também de opinião contrária) em *Kerschner/Kehrer* em Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang, comentário sobre o ABGB³ §§ 1-43 (2014) §§ 6, 7 nt. marginal 138.

¹²⁹ Sobre esta consideração, por exemplo, *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht 129s.

¹³⁰ *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen, JBl 2015, 2 (3, 12ss.).

¹³¹ Lei Federal sobre a Relação Jurídica dos Agentes Comerciais Autónomos, BGBl 1993/88.

¹³² Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do Direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais, ABl L 1986/382, 17.

¹³³ Cf. especialmente TJUE C-391/98, *Ingmar*, Slg 2000 I-9305; C-184/12, *Unamar*, ECLI:UE:C:2013:663.

seu artigo 1 Abs 2, apenas à mediação da compra e venda de mercadorias, ao passo que o HVertrG, de acordo com o seu § 1 Abs 1, se aplica à conclusão de todos os negócios. O Quinto Senado do OGH recusou-se a reconhecer uma cláusula de arbitragem, pela qual as partes tinham acordado a jurisdição de um tribunal arbitral de Nova Iorque e a aplicação da lei desse Estado federal, invocando a reserva de *ordre public*.¹³⁴ Aqui, as decisões judiciais consideram os valores da Directiva tão importantes que ajudam a sua aplicação (no âmbito da transposição excessiva!) a prevalecer, interferindo nos acordos de arbitragem correspondentes e nas cláusulas de escolha da lei aplicável.

A incerteza jurídica que uma tal interpretação “dividida” – que só é aplicada caso a caso – implica, dificilmente pode ser negligenciada:¹³⁵ sem que isto seja, de algum modo, aparente na lei, a mesma redação legal deve ser interpretada de forma diferente, dependendo de um consumidor e um empresário estarem, ou não, envolvidos no negócio jurídico em causa. Em circunstâncias extremas, as disposições da Directiva não se aplicam em Direito civil, embora exista uma disposição com o mesmo conteúdo que, ainda por cima, foi promulgada com o objectivo de transpor a directiva. No extremo oposto, o conteúdo da Directiva é mesmo considerado como fazendo parte da *ordre public* austríaca e, portanto, dos “valores fundamentais do sistema jurídico austríaco”¹³⁶, onde a própria Directiva não se aplica, mas foi meramente transposta de forma excessiva. Nenhuma destas duas soluções está reflectida, de forma alguma, na redação da lei e, consequentemente, não é previsível pela pessoa sujeita à lei sem o conhecimento preciso da jurisprudência relevante. A avaliação do quadro jurídico a si efectivamente aplicável torna-se, assim, um oráculo.

d) Transposição das directivas de garantia

Em contraste com a Directiva das Vendas ao Consumidor, o legislador decidiu, agora, não implementar as duas directivas no ABGB, no que diz

¹³⁴ OGH 5 Ob 72/16y SZ 2017/30 = ecolex 2017/222 (*Mankowski*) = EvBl 2017/145 (*Gottlieb*) = IHR 2017, 123 (*Eckardt*); sobre isso, reuniões em *Moritz*, ZVertriebsR 2017, 402; *ibid.*, wbl 2018, 1; *Aschauer/Klever*, JBl 2018, 406, *nos mesmos*, ERPL 2019, 975; *Thorn/Nickel*, IPRax 2018, 541.

¹³⁵ Cf. *Rebhahn* em Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang Kommentar zum ABGB³ após §§ 6, 7 nt. marginal 143; *Geroldinger*, Entscheidungsanmerkung, JBl 2015, 46 (47).

¹³⁶ Cf. apenas RIS-Justiz RS0110743; RS0058323.

respeito à Directiva das Vendas de Bens¹³⁷ e à Directiva dos Conteúdos e Serviços Digitais.¹³⁸ Da mesma forma, contudo, absteve-se de uma implementação uniforme fora do ABGB numa (única) lei especial. De facto, como resultado da implementação das duas directivas, através da GRUG¹³⁹, uma nova lei chamada Lei de Garantias ao Consumidor (VGG)¹⁴⁰ faz, igualmente, parte do corpo jurídico austríaco. Todavia, disposições de transposição podem também ser encontradas fora desta lei especial, nomeadamente no ABGB, bem como na Lei de Protecção dos Consumidores.¹⁴¹ Por um lado, o legislador quis “deixar a lei da garantia do ABGB [...] em grande parte e, sobretudo no seu núcleo, intocável”, mas, ao mesmo tempo, considerou “ajustamentos [...] para assegurar uma relação harmoniosa com a Lei da Garantia do Consumidor”, também necessária no ABGB.¹⁴² Por outro lado, plenamente implementadas no ABGB, as disposições das directivas teriam representado um “corpo estranho” ou uma “ruptura cultural”.¹⁴³ Além disso, o legislador não considerou que uma protecção tão ampla do requerente da garantia, como a prevista nas directivas, fosse adequada fora do negócio de consumo.¹⁴⁴

¹³⁷ Directiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2019, relativa a certos aspetos da venda de bens regulados pelo direito dos contratos, que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Directiva 2009/22/CE e revoga a Directiva 1999/44/CE, ABL L 2019/136, 28.

¹³⁸ Directiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2019, relativa a certos aspetos do direito dos contratos respeitantes ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais, ABL L 2019/136, 1.

¹³⁹ Lei Federal que promulga uma Lei Federal sobre a Garantia dos Contratos de Consumo de Bens ou Serviços Digitais (Lei de Garantias ao Consumidor – VGG) e que altera o ABGB e a Lei de Protecção dos Consumidores, BGBl I 2021/175.

¹⁴⁰ Lei federal sobre garantia em contratos de consumo de bens ou serviços digitais, BGBl I 2021/175.

¹⁴¹ Ver, por exemplo, sobre a aplicação do artigo 18 Abs 2 e 3 da Directiva 2011/83/UE relativa aos direitos do consumo, que agora teve lugar: *Laimer*, Der Verbraucherrücktritt bei Verzug des Unternehmers nach dem neuen § 7c KSchG, em *Laimer/Kronthaler/Koch* (ed.), *Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts* – em FS Schwartze (2021) 239ss.

¹⁴² Isto resulta dos materiais da GRUG: ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 1. A título de exemplo, são mencionados aí a reivindicação de recursos de garantia, a interacção entre o período de garantia e o prazo de prescrição, bem como a obrigação do comerciante, ao abrigo da lei de garantia, de atualizar os bens com elementos digitais e serviços digitais.

¹⁴³ ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 4.

¹⁴⁴ ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 4 por exemplo, sobre a inversão do ónus da prova ao abrigo da lei da garantia com um período de presunção de um ano (cf. §§ 11 e 19 VGG),

Pelo menos o exemplo de aplicação do livro de texto de uma interpretação “dividida” foi eliminado desde a promulgação da VGG: ao transpor a disposição sobre custos de desmantelamento e instalação do artigo 14, Abs 3 WKRL para § 13, Abs 3 VGG (e não para § 932, Abs 2 ABGB), fica claro que a atribuição destes custos ao cedente só se aplica no negócio de consumo. Deste modo, só um consumidor pode reclamar ao comerciante uma indemnização pelos custos necessários para a remoção de peças não conformes e a montagem ou instalação de peças de substituição ou de peças reparadas, após a troca da peça não conforme por uma do mesmo tipo (independentemente de culpa). O legislador seguiu o mesmo caminho no que diz respeito ao artigo 14 Abs 4 WKRL: para a utilização normal dos bens substituídos, no período anterior à sua substituição, o consumidor não deve qualquer remuneração, de acordo com o § 13 Abs 4.¹⁴⁵

Como resultado, existe ainda uma aplicação “dividida” da lei de garantia, nomeadamente, certas disposições que se aplicam a negócios de consumo e outras que se aplicam a negócios jurídicos entre empresários ou sujeitos privados. Todavia, estes resultados diferentes são agora – como deveriam ser – devidos ao facto de se aplicarem regras diferentes a negócios de consumo e não ao facto de uma e as mesmas regras serem interpretadas, de forma diferente, no negócio de consumo. A este respeito, o legislador rectificou por via legislativa a anomalia metodológica, anteriormente prevalecente, com a promulgação das normas supra mencionadas.

3. Conclusão: Direito do consumidor fragmentado

A transposição tripartida no ABGB, no KSchG e numa outra lei específica exacerbou ainda mais a fragmentação, já de largo espectro, do Direito do consumidor. Embora exista na Áustria uma lei de protecção dos con-

tem como sobre a possibilidade de se desviar dos requisitos objetivos de conformidade contratual por acordo entre as partes, em detrimento do credor (cf. § 6 Abs 1 VGG). Sobre o problema de acordos de qualidade restritivos na compra de mercadorias, ver, por exemplo, *Laimer*, *Beschränkung rechtsgeschäftlicher Erfüllungspflichten* (2020) 15ss.

¹⁴⁵ No entanto, na transposição austríaca – como na Directiva – permaneceu em aberto se o consumidor deve uma taxa de utilização em caso de rescisão do contrato. A este respeito, o legislador austríaco, “na ausência de uma exigência ao abrigo do direito da União [...], não tomou quaisquer disposições legais especiais no direito de garantia: ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 29, onde se afirma que a aplicação da lei “já encontrou soluções adequadas para isso no passado”. Os argumentos apresentados pelo TJUE, no processo *Quelle* e nos processos relacionados *Weber* e *Putz*, são, evidentemente, igualmente aplicáveis à rescisão do contrato.

sumidores específica, o Direito privado do consumidor dificilmente pode ser considerado, até hoje, sistematicamente como um ramo do Direito codificado de forma autónoma.¹⁴⁶ Em vez de ser um Direito privado especial uniforme e claramente delimitável, apresenta-se como um conglomerado de todo o tipo de regras, materialmente diferentes, que só têm em comum a sua aplicação aos contratos entre partes profissionais e não profissionais, em relações jurídicas.¹⁴⁷ Apesar da intenção do legislador, na altura, de ter realizado com o KSchG um conjunto de regras de “protecção abrangente dos consumidores”, não se trata de uma codificação uniforme, mas sim da regulamentação de seleccionadas questões específicas na relação entre consumidores e empresários.¹⁴⁸ Uma consciência do que se deve entender por uma protecção tão abrangente dos consumidores e quais os assuntos a serem atribuídos a tal área do Direito não parece ter sido reflectida, até à data, na sistemática legislativa.¹⁴⁹

Figurativamente falando, o consumidor que procura protecção deve primeiro procurar as normas que o protegem, a fim de ser informado sobre a sua posição. Qualquer pessoa que tenha adquirido uma coisa defeituosa, para uso privado, numa empresa de vendas *online* tem direito à prestação de uma garantia. Esta está disciplinada no VGG, devendo essa pessoa continuar a procurar a resposta a questões gerais de Direito contratual – tais como as de interpretação contratual segundo os §§ 914s. ABGB ou a resolução do contrato (*Rückabwicklung des Vertrages*) ao abrigo do Direito do enriquecimento (§ 1435 ABGB)¹⁵⁰ – no ABGB. Parte das disposições que a protegem, nesse caso, continuam a estar contidas nos §§ 8s. KSchG. Se essa pessoa, em vez disso, exercer o direito à resolução (*Rücktrittsrecht*), que lhe foi conferido pela Directiva dos Direitos do Consumidor (VRRL), terá de, por sua vez, fazer uso dos §§ 11, 14s. AGG (Lei da Contratação à Distância e Fora do Estabelecimento), com os quais o legislador austríaco implementou partes da Directiva dos Direitos do Consumo.

Mais difícil ainda é a situação do empresário. Aplicam-se-lhe, basicamente, em caso de garantia, as regras gerais dos §§ 922ss. ABGB. Se este

¹⁴⁶ Cf. *Krejci* em *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 12.

¹⁴⁷ *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000) 273 (361).

¹⁴⁸ *Krejci* em *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz 11s.

¹⁴⁹ Cf. ainda *Schuhmacher* em *Krejci*, Handbuch KSchG 11ss.

¹⁵⁰ *Flume*, Digitale Leistungen, ÖJZ 2022, 137 (143s.), por outro lado, classifica os novos §§ 15, 24 a 26 VGG dogmaticamente como um direito de rescisão autónomo.

tiver celebrado um contrato com um consumidor, aplicam-se as disposições do VGG e do KSchG *em vez das* do ABGB; no caso de um negócio com outro empresário, contudo, aplicam-se *também* as disposições dos §§ 373ss. UGB (em particular, os §§ 377s. UGB). Porém, de acordo com o panorama jurídico mais recente, isto não é suficiente: nos termos do § 3 Abs 1 VGG, o § 7 VGG (sobre a obrigação de actualização, ao abrigo do direito de garantia) é, igualmente, aplicável aos empresários. Com efeito, muito excepcionalmente, um empresário em negócios com outro empresário tem de observar uma lei que, de acordo com o § 1 Abs 1 VGG, se aplica “aos contratos celebrados entre empresários e consumidores (§ 1 KSchG)”. Do ponto de vista metodológico, o jurista tem de proceder aqui, dentro da mesma lei, a uma aplicação da regra *lex specialis*, para chegar à obrigação de actualização (*Update-Pflicht*) pretendida pelo legislador, também nos negócios bilateralmente celebrados entre empresas. Se tal disciplina fosse adoptada pelas partes com base em cláusulas contratuais gerais, o OGH classificá-la-ia, certamente, nesta ocasião, como «inesperada» no sentido do § 864a ABGB.¹⁵¹

Além disso, existe uma sobreposição do Direito privado austríaco com conceitos que lhe são estranhos.¹⁵² Um exemplo particularmente ilustrativo disto encontra-se no FAGG: de acordo com o § 11 da FAGG, os consumidores, nas vendas à distância, têm o direito à “resolução” (*Rücktritt*) – este é a rubrica marginal e o título da 3.^a secção do FAGG. O formulário que o empresário lhes deve fornecer para o exercício do direito à resolução, contudo, chama-se “Modelo de Formulário de Revogação” (*Muster-Widerrufsformular*), fiel à versão alemã do artigo 9 ss. em conjunto com o Anexo I Parte

¹⁵¹ Além disso, não é claro se a obrigação de actualização também pode ser dispensada, em relação aos empresários apenas nas condições mais difíceis do § 7 Abs 2 VGG: a favor (como o legista sob cuja direcção foi criada a redacção da disposição) *Stabentheiner*, Grundzüge des neuen Verbraucher-gewährleistungsrechts, ÖJZ 2022, 99 (102) com referência geral aos materiais legislativos; igualmente *Aichberger-Beig*, Gewährleistungsrecht NEU (2021) 29s. Mais perto e com razão *Kogler*, Der Ausschluss der Aktualisierungspflicht bei Waren mit digitalen Elementen und digitalen Leistungen, *ecolex* 2022 (em impressão).

¹⁵² A este respeito, a avaliação do BGB por *Wendehorst*, em FS Canaris 684s., também se aplica à lei austríaca: cf., recentemente, ErläutRV 949 BlgNR XXVII. GP 9: “Um dos desafios formais na implementação da Directiva de Conteúdo Digital e da Directiva de Venda de Mercadorias, é criar um corpo de leis razoavelmente claro e compreensível, a partir dos seus regulamentos muito densos, muitas vezes um tanto ou quanto pesados, contendo numerosas repetições de palavras e redundâncias, o que, por um lado, cumpre as normas habituais da jurisprudência de Direito civil e, por outro, incorpora plena e precisamente os requisitos da Directiva no Direito austríaco”.

B VRRL.¹⁵³ De acordo com o artigo 4 Abs 1 Z 8 FAGG, o empresário tem de informar o consumidor sobre a “existência de um direito à resolução” (*Rücktrittrecht*), “fornecendo o modelo de *formulário de resolução*” (*Muster-Widerrufsformular*).

¹⁵³ Wendehorst, em FS Canaris 694, nt. de rodapé 59.

LE DROIT DE LA CONSOMMATION EN FRANCE

NATHALIE RZEPECKI

SOMMAIRE: *I Les caractères du droit français de la consommation; A. Les sources du droit français de la consommation; B. Les finalités du droit français de la consommation; C. La transversalité du droit français de la consommation; II Les défis du droit de la consommation en France; A. Le défi du numérique; B. Le défi de la préservation du climat et de l'environnement; C. Le défi de l'effectivité du droit.*

Si l'on s'en tient à l'époque moderne¹, on peut faire remonter la naissance du droit de la consommation en France à la grande loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits et services, loi qui a eu pour fin de lutter contre les scandales de la falsification des produits alimentaires, comme le lait ou le vin. Mais à dire vrai, cette loi avait autant pour but de protéger les consommateurs, que l'on ne nommait d'ailleurs pas encore ainsi, que de protéger les marchés, les pratiques frauduleuses entraînant une distorsion de concurrence pour les professionnels². Il faut attendre le début des années soixante-dix pour que, face à l'essor de la société de consommation en France et l'éclosion de la grande distribution, les pouvoirs publics prennent conscience de la nécessité d'apporter

¹ Pour autant, les époques antérieures ne se sont pas désintéressées du sort des acheteurs. V. par exemple, J.-M. Tufféry, *Ebauche d'un droit de la consommation: La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, BDPr, t. 299, LGDJ 1998.

² A. Lecourt, *La loi du 1^{er} août 1905: protection du marché ou protection des consommateurs ?*, D. 2006, 722.

une protection particulière aux consommateurs. La première loi d'importance va en 1972 cibler les consommateurs qui contractent à la suite d'un démarchage à domicile, elle sera suivie de nombreuses autres lois qui protégeront le consommateur dans des domaines divers. Les plus marquantes sont la loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer, dont les mesures essentielles interdisent la publicité trompeuse et autorisent les associations de consommateurs à agir dans l'intérêt collectif des consommateurs, deux lois en date du 10 janvier 1978, dites loi Scrivener, qui s'intéressent pour l'une, à la protection de l'emprunteur, pour l'autre, à la lutte contre les clauses abusives présentes dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. On citera encore les lois du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier, du 6 janvier 1988 sur la vente à distance et le pouvoir des associations de consommateurs, ou encore la loi du 31 décembre 1989, dite loi Neiertz, qui entend combattre le surendettement des particuliers³... On aurait pu penser que la codification du droit de la consommation en 1993⁴ freinerait cette activité législative intense. Il n'en a rien été et ce, en raison tout la fois de la nécessité de mettre nos textes en conformité avec les directives européennes, autant celles qui concernent les relations entre professionnels et consommateurs, que celles qui visent les consommateurs par le biais d'une approche horizontale⁵, et de la volonté du législateur de répondre aux nouveaux besoins de protection suscités par les nouveaux produits, les nouvelles techniques de commercialisation ou les nouvelles pratiques consuméristes. Il y a une sorte de course en avant qui fait du droit de la consommation un droit en perpétuelle évolution. C'est dans ce double contexte qu'ont vu le jour l'ordonnance du 23 août 2001 concernant la publicité comparative et le démarchage à domicile, la loi du 1^{er} août 2003 modifiant une première fois le droit du surendettement en créant une procédure de rétablissement personnel, l'ordonnance du 17 février 2005 sur la garantie de conformité en matière de vente, l'ordonnance du 9 juillet 2004 relative à la sécurité des produits, la loi Châtel du 3 janvier 2008 réglementant les pratiques commerciales déloyales et les pouvoirs de saisine d'office du juge, la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010 réformant le crédit à la consom-

³ Pour une liste plus exhaustive, v. Dalloz Action Droit de la consommation 2021/2022, n.º 011.61.

⁴ Loi n.º 93-949 du 26 juillet 1993. La partie réglementaire ne sera codifiée qu'en 1997 par le décret n.º 97-298 du 27 mars 1997.

⁵ Approche qui contraint le législateur européen à prendre en considération la protection des consommateurs dans tous les domaines qui les touchent, même indirectement.

mation, ou encore la loi Hamon relative à l'encadrement des contrats à distance et hors établissement du 17 mars 2014 qui a donné naissance, entre autres dispositions, à l'action de groupe, mesure phare de la loi, et à Bloctel, la liste rouge pour le démarchage téléphonique. Le Code de la consommation, vite dépassé, a dû être recodifié en 2016⁶, sans que les difficultés nées d'un choix de codification à droit constant, tant pour la codification initiale que pour la recodification, ne soient résolues, si l'on excepte une définition bienvenue des acteurs du droit de la consommation que sont le consommateur, le non-professionnel et le professionnel. Pour autant, le flot législatif (et réglementaire) ne s'est pas tari, les pouvoirs publics essayant de répondre aux nouveaux défis posés par le développement du numérique, avec, dès 2015, la loi Macron du 6 août qui a introduit des règles relatives aux plateformes numériques, la loi sur la République numérique du 7 octobre 2016, la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles qui a adapté la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 au Règlement général de protection des données (RGPD). On citera encore la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte qui a créé le délit d'obsolescence programmée, la loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 pour la justice au XXIème siècle, dite loi J21, dont certaines dispositions ont pour fin, une fois encore, de réformer les procédures de surendettement...

Où en est-on en cette fin d'année 2021? La majeure partie des domaines intéressant le droit de la consommation est aujourd'hui couvert par le droit de l'Union européenne⁷ – selon M. Paisant, 70% de normes du Code de la consommation sont des normes intégrées – qui semble à son tour avoir pris à bras le corps les problèmes de notre temps, ceux liés aux dangers du numérique et du développement de l'e-commerce, comme ceux liés au changement du climat et aux dégradations environnementales. Dès lors, les marges de manœuvres des autorités françaises paraissent faibles car cantonnées aux quelques rares domaines non harmonisés par le droit de l'UE

⁶ Ord. n.º 2016-301 du 14 mars 2016, ratifiée par le loi n.º 2017-203 du 21 février 2017.

⁷ Sur les huit titres que comporte le code de la consommation, échappent à l'empreinte du droit de l'UE seulement trois titres consacrés à la réglementation des contrôles et pouvoirs d'enquête, le surendettement des particuliers, les associations de défense des consommateurs et les institutions de la consommation. En droit procédural, les sources internes sont plus nombreuses, notamment en raison du principe de l'autonomie procédurale des Etats membres, mais là encore, le droit de l'Union progresse comme en témoigne la volonté du législateur européen de légiférer sur les class actions. V. *supra*.

et, dans les domaines harmonisés, aux hypothèses dans lesquelles la transposition des directives est d'harmonisation minimale ou, du moins, d'harmonisation totale ciblée, ce dernier type d'harmonisation semblant ces derniers temps avoir la faveur du législateur européen. Le droit français de la consommation devrait, s'agissant des normes substantielles de protection, s'aligner de plus en plus sur les droits des autres pays membres de l'Union. Il reste, qu'en raison de son histoire, ce droit se détache par certains caractères (I) et, s'agissant des défis qu'il lui convient de relever, il peut, dans les interstices qui lui sont laissées, marquer son empreinte (II).

I. Les caractères du droit français de la consommation

L'étude du droit français de la consommation est particulièrement intéressante dans la mesure où le droit français a été, en la matière, un droit pionnier. Plus encore, c'est un droit modèle, en tout cas pour le législateur européen qui s'est en partie inspiré (directives sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, sur les clauses abusives, sur le crédit à la consommation et le crédit immobilier, sur les actions en cessation ...) et continue à s'inspirer de nombre règles nationales. On retrouve en effet une patte française dans la directive 2019-2161 dite directive «*Omnibus*», qui se préoccupe d'assurer la loyauté des plateformes collaboratives, directement inspirée de la loi de 1998 sur la République numérique et du décret 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques, ou dans la directive 2020/1828 du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs qui entend mettre en place une action de class européenne directement inspirée de l'action de groupe française. Finalement rares sont les dispositions protectrices françaises dont le droit de l'UE ne s'est pas emparé⁸.

Le droit français de la consommation se caractérise par ses sources, ses finalités, sa transversalité.

⁸ N. Sauphanor, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, Traité de droit civil, LGDJ, 2^{ème} éd., 2018, n.º 137s; G. Paisant, Droit de la consommation, coll. Thémis, PUF, 2019, n.º 316. Il s'agit de l'information sur la reconduction des contrats, des arrhes, des règles de prescription, du cautionnement, du droit de réflexion en matière immobilière (art. L. 271-1 du Code de la construction).

A. Les sources du droit français de la consommation

Le Droit de la consommation est constitué en France par l'ensemble des dispositions légales et réglementaires destinées à la protection du consommateur. Ses sources étaient hier internes, elles sont aujourd'hui majoritairement européennes et prennent la forme de directives ou de règlements. On ne reprendra pas la liste – à l'évidence non exhaustive – des lois citées plus haut. On se contentera de quelques précisions.

La réglementation consumériste, contrairement à ce qui se produit dans d'autres pays⁹, ne s'est pas vue reconnaître valeur constitutionnelle. La protection du consommateur n'a pas été érigée au rang de principe à valeur constitutionnelle, interdisant de fait au Conseil constitutionnel de vérifier si une atteinte éventuelle aux intérêts des consommateurs pourrait être justifiée par un objectif d'intérêt général suffisant et si l'atteinte est proportionnée à cet objectif. En revanche, les règles protectrices se doivent, en tout cas dans les domaines harmonisés par les dispositions de l'Union, d'être conformes à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article 38 exige un niveau de protection élevé des consommateurs¹⁰.

Surtout, le droit de la consommation en France est un droit codifié. On ne peut pas vraiment parler de spécificité française puisque d'autres pays, comme le Brésil en 1990 (sous l'influence de la doctrine française, tout particulièrement le Professeur Jean Calais-Auloy), la Roumanie en 2004, l'Italie en 2005 ou encore le Luxembourg en 2011 se sont dotés eux-aussi d'un code de la consommation¹¹. Néanmoins la codification du droit en 1993 et sa recodification en 2016 ont en quelque sorte consacré ce droit en France – un code, un droit, a-t-on dit¹² –, alors même que la codification ne change pas la nature et la valeur des règles codifiées. Cette consécration est d'autant plus artificielle que les codifications se sont faites en France à droit constant et que certains textes protecteurs des consumma-

⁹ G. Paisant, Défense et illustration du droit de la consommation, LexisNexis, 2015, n.º 49. On peut citer en Europe, le Portugal, l'Espagne, la Suisse, la Pologne, la Hongrie, la Serbie ou l'Ukraine. C'est le cas également de nombreux pays d'Amérique latine (v. Dalloz Action op. cit., n.º 032.30).

¹⁰ Les juges nationaux ont dès lors la faculté de saisir la Cour de justice de l'Union européenne en cas de difficulté d'interprétation d'une loi de transposition et lui demander de trancher à la lumière du droit fondamental concerné, en l'espèce le niveau de protection élevé des consommateurs.

¹¹ Y. Picod, Droit de la consommation, Sirey, 4^{ème} éd., 2018, n.º 13.

¹² J. Calais-Auloy, Un code, un droit, in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, p. 11.

teurs sont restés en dehors du code¹³, même si certaines règles ont intégré le code au moment de la recodification, à l'instar des mesures sur le courtage matrimonial, mais au contraire de la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁴, et même si le renvoi opéré par le code de la consommation aux autres codes (code des assurances, code du tourisme, code de l'éducation, code monétaire et financier....¹⁵) a tenté de remédier à l'éparpillement des normes protectrices. Inversement certaines dispositions du code paraissent usurper leur place, soit parce qu'elles s'appliquent à d'autres qu'aux consommateurs, ainsi des dispositions sur l'usure ou, jusqu'à récemment, des dispositions sur le cautionnement qui protègent toute personne physique, particulier ou commerçant, pour ne citer que les plus fameuses¹⁶, soit parce qu'elles n'ont pas véritablement pour fin la protection du consommateur, comme les règles relatives au surendettement des particuliers que la France semble être seule à avoir rattacher à son code de la consommation. Il n'empêche: malgré ses imperfections, le code n'en reste pas moins un outil précieux permettant une meilleure accessibilité des règles.

Les différentes règles consuméristes relèvent pour l'essentiel d'un ordre public de protection, nécessaire à son efficacité. Ce caractère est rappelé à diverses reprises¹⁷. Aux côtés de ce droit impératif toutefois, il existe

¹³ Exemple de la réglementation des contrats relatifs à l'enseignement à distance, régie par les articles L. 444-1s du Code de l'éducation, de celle relatives aux ventes à prix réduits codifiée aux articles L. 310-1s du Code de commerce. On citera encore l'exemple de la directive 2015/2302 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, qui cite les consommateurs dans les considérants pour ensuite utiliser le terme voyageur. Elle a été transposée dans les codes de la consommation italien et luxembourgeois, alors qu'en France, elle a trouvé place dans le code du tourisme.

¹⁴ Exclusion qui n'en est pas une selon la Cour de justice qui estime que la responsabilité du fait des produits défectueux n'est pas un texte protecteur des consommateurs (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-285/08). D'ailleurs seule l'Italie a intégré ce régime de responsabilité dans son code de la consommation. V. Dalloz Action, op. cit., n.º 032.34.

¹⁵ Les articles L. 224-1 à L. 224-108 du Code de la consommation qui régissent les contrats ayant un objet particulier renvoient ainsi fréquemment à d'autres codes. Par exemple, selon l'art. L. 224-102, «*Les règles relatives au démarchage en matière d'assurances sont fixées par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre I du code des assurances*».

¹⁶ Les dispositions protégeant la caution personne physique ont toutefois récemment réintégré le Code civil à la suite de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n.º 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

¹⁷ Certains regrettent toutefois l'absence d'une disposition générale posant que, sauf exception, les règles du code de la consommation sont des normes impératives (G. Paisant, Droit de la consommation, op. cit., n.º 314).

des règles auxquelles le consommateur peut renoncer¹⁸ et des règles non obligatoires, dont le respect est seulement recommandé aux professionnels. C'est ce que l'on appelle la *soft law*, source à laquelle les pays du nord de l'Europe recourent volontiers. Le droit français connaît lui aussi des normes de droit souple, qui émanent des professionnels eux-mêmes (codes de bonne conduite, chartes éthiques) ou de l'administration (recommandations, circulaires, avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales¹⁹ et, surtout, avis de la Commission des clauses abusives qui connaît des modèles de conventions proposés par les professionnels aux consommateurs et qui est pour l'essentiel chargée de rechercher si ces modèles contiennent des clauses susceptibles d'être déclarées abusives²⁰). Ces avis sont bien sûr dépourvus de toute portée normative²¹ mais ce serait une erreur de minimiser leur portée. L'impact des, à ce jour, quatre-vingts recommandations de la Commission des clauses abusives a ainsi été réel, tant sur la détermination par le pouvoir réglementaire des clauses présumées abusives, que sur les décisions des juges qui peuvent par ailleurs lors d'une instance saisir la commission pour avis, même si ce dernier ne les lie pas²². Cet impact se fait même sentir directement sur certains professionnels qui n'hésitent pas à modifier spontanément leurs pratiques suite à la publication d'une recommandation les concernant²³. Dans ce contexte,

¹⁸ Le consommateur peut ainsi renoncer à son droit de rétractation en matière de service numérique (C. consom. art. L. 221-25) ou renoncer à la qualification d'arrhes au profit de celle d'acompte (C. consom. art. L. 214-1).

¹⁹ Certains de ses avis peuvent intéresser les consommateurs: par exemple l'avis n.° 09-14 relatif à la publicité comparative ou l'avis n.° 15-03 relatif à une demande d'avis portant sur l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dans le cadre de contrats signés par des professionnels pour la création de site internet.

²⁰ C. consom. art. L. 822-4s.

²¹ Selon la Cour de cassation, la violation d'une recommandation de la CCA ne constitue pas un cas d'ouverture à cassation (Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, n.° 94-17369). Le Conseil d'Etat pour sa part a jugé que ces normes ne constituent pas des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 16 janvier 2006, req. n.° 274721). V. Droit de la consommation, Dalloz Action 2021-2022, n.° 023s.

²² C. consom., art. R. 822-21. Le rôle des recommandations de la commission dans les décisions rendues ces dernières années contre les géants de l'internet a ainsi été déterminant (N. Sauphanor-Brouillaud, Il faut sauver la Commission des clauses abusives, menacée de disparaître, D. 2019, 488).

²³ Après la recommandation sur les contrats relatifs aux services média audiovisuels à demande (Recomm. n.° 17-02), de très nombreux professionnels ont ainsi substitué à la clause limitant leur obligation de fourniture à une obligation de moyens, une stipulation excluant

il est heureux que la disparition de la Commission, envisagée récemment pour des raisons purement budgétaires²⁴, ne soit plus d'actualité.

B. Les finalités du droit français de la consommation

Les règles consuméristes peuvent répondre à une diversité d'approches, une approche économique qui correspond à une volonté de régulation du marché et une approche sociale, qui se manifeste par la volonté de protéger une catégorie particulière de citoyens que sont les consommateurs.

En France, les premières lois protectrices ont eu pour finalité première la protection du marché ou, du moins, l'encadrement de la consommation, la protection du consommateur n'étant envisagée que de manière secondaire, comme une conséquence de l'assainissement de pratiques condamnables²⁵. A compter des années soixante-dix, la finalité protectrice l'a emporté en France, jusqu'à ce que l'euphémisation du droit de la consommation ne brouille les cartes. Certes le droit de l'Union, depuis 1975, reconnaît des droits fondamentaux aux consommateurs, mais cette reconnaissance s'est faite sur le fondement de l'établissement et du fonctionnement du marché commun. Il s'agit de supprimer les entraves résultant de la disparité des législations nationales. De fait, l'achèvement du marché intérieur a longtemps pris le pas sur l'objectif de protection des consommateurs²⁶. La conséquence de cette différence de paradigme a été importante en France, puisqu'elle s'est traduite, au moment de la transposition de certaines directives d'harmonisation maximale, par une diminu-

leur responsabilité en cas de force majeure, en conformité avec leur obligation de résultat (N. Sauphanor-Brouillaud, *Il faut sauver la Commission des clauses abusives*, loc. cit.).

²⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *ib.*

²⁵ Dalloz Action, op. cit., n.º 012. Certains auteurs les font relever du droit de la concurrence (v. J.-D. Pelletier, *Droit de la consommation*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2021). M. Picod note que le consommateur n'est visé que de manière incidente dans la loi de 1905 et l'ordonnance de 1945 sur les prix (*Droit de la consommation*, op. cit., n.º 36).

²⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Bruneaux et L. Usunier, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n.º 117; Y. Picod, *Droit de la consommation*, op. cit., n.º 9. On peut citer l'exemple récent du règlement n.º 2018-302 du 28 février 2018, dit règlement «*Géoblocage*», qui entend lutter contre la géo-discrimination en ligne (C. consom. art. L. 121-23) en interdisant à tout professionnel de bloquer ou limiter l'accès d'un consommateur à son interface en ligne pour des motifs liés au lieu de résidence sur le territoire national de ce consommateur. La finalité de cette mesure est d'empêcher les distributeurs d'organiser territorialement la concurrence entre eux, le geoblocking étant constitutif d'une entente ne pouvant pas bénéficier d'une exemption.

tion de la protection dont bénéficiaient jusque-là les consommateurs français, s'agissant de l'instauration d'une indemnité en cas de remboursement anticipé dans certains contrats de crédit à la consommation et, surtout, de l'admission par les autorités françaises de l'exonération pour risque de développement dans la responsabilité du fait des produits défectueux²⁷.

L'objectif assumé du droit français de la consommation a toutefois trouvé à s'affirmer dans la détermination large des destinataires de la protection. Faute de pouvoir étendre la définition du consommateur, les Etats membres de l'Union européenne étant liés par les définitions données par les directives au moins dans le domaine harmonisé, le législateur français a ouvert la protection à d'autres qu'aux consommateurs *stricto sensu*. C'est ainsi que certains professionnels bénéficient, au moins en partie, des faveurs de la réglementation protectrice, à l'instar des petits entrepreneurs admis à se prévaloir des dispositions en matière de contrats conclus hors établissement²⁸. Surtout le législateur français a introduit dans la loi Scrivener n.º 78-23 sur les clauses abusives la notion de non-professionnel, notion dont s'est emparée la Cour de cassation pour étendre le bénéfice des dispositions sanctionnant lesdites clauses, d'abord au professionnel se trouvant dans un état d'ignorance comparable à celui que connaît le consommateur²⁹, puis au professionnel qui contracte dans un domaine qui ne relève pas de sa spécialité³⁰. La définition légale du non-professionnel, intégrée en 2014 dans l'article préliminaire du Code de la consommation, a mis un terme définitif à cette jurisprudence audacieuse en posant que le non-professionnel s'entend de «*toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles*» par opposition au consommateur qui est nécessairement une personne physique. Il n'en demeure pas moins que cette consécration de la notion de non-professionnel a permis au législateur français de faire bénéficier des syndicats de copropriété, des associations, voire des partis politiques de nombreuses dispositions protectrices majeures, telles le dispositif de lutte contre les clauses abusives, l'obligation d'information sur la reconduction des contrats de prestation de services certaines personnes morales,

²⁷ V. respectivement C. consom., art. L. 312-34 et C. civ., art. 1245-10. V. G. Paisant, Droit de la consommation, op. cit., n.º 316.

²⁸ Il est nécessaire de ne pas employer plus de cinq salariés et d'agir en dehors de son activité principale (C. consom., art. L. 121-3). Etonnamment, l'extension de la protection ne profite pas aux non-professionnels.

²⁹ Cass. civ. I, du 28 avril 1987, n.º 85-13.674.

³⁰ Cass. civ. Ière, 24 janvier 1995, n.º 92-18.227.

la législation sur les pratiques commerciales trompeuses, ou encore la règle de l'interprétation *in favorem* des clauses contractuelles³¹.

Cette finalité résolument protectrice du droit que retient la France impose d'avoir une vision collective et non individuelle des rapports de droit³². Ainsi le droit de la consommation s'applique-t-il à toute relation entre un consommateur et un professionnel, peu important les caractéristiques individuelles de la personne. Si, le plus souvent, le consommateur est un contractant ayant effectivement besoin de protection et le professionnel, un contractant en position de force, il y a forcément des hypothèses dans lesquelles les contractants ne se retrouveront pas dans ce moule préconçu. Il est indéniable que le droit de la consommation est parfois utilisé par des individus qui n'en ont pas besoin parce que mieux informés, donc mieux armés que la moyenne. Le privilège des règles consuméristes peut alors paraître injustifié³³ et il pourrait sembler opportun que soit substituée à la présomption d'infériorité irréfragable une présomption simple. Nous pensons au contraire, que «*c'est le prix à payer d'un droit qui entend prévenir efficacement les difficultés et appréhende les sujets de droit dans un approche collective*»³⁴.

C. La transversalité du droit français de la consommation

Le droit de la consommation est à plusieurs égards un droit transversal. D'abord, il transcende la *summa divisio* qu'opère le droit français entre droit privé et droit public, dans la mesure où, si le droit de la consommation est avant tout le droit des contrats de consommation, il comprend de nombreux éléments relevant du droit public, qui vont de la mise en place de sanctions administratives à tout ce qui concerne le fonctionnement des administrations et des organismes publics chargés de la protection des consommateurs³⁵, dont la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), chargée de contrôler l'application des règles consuméristes. On n'omettra pas de citer les organes de concertation que sont la Commission des clauses abusives, l'Agence nationale de sécurité sanitaire des produits de santé, l'Agence nationale de sécurité sanitaire des aliments, ou encore l'Institut national de

³¹ C. consom., art. L. 212-2, art. L. 215-1 et L. 215-3.

³² G. Paisant, Droit de la consommation, op. cit., n.° 314.

³³ Dalloz Action, op. cit., n.° 013.23.

³⁴ Dalloz Action, op. cit., n.° 013.24.

³⁵ G. Raymond, Droit de la consommation, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2019, n.° 33.

la consommation (INC) dont la mission est triple: servir d'appui technique aux associations de consommateurs, diffuser par le biais d'enquêtes et d'essais des informations aux consommateurs dans différentes revues, dont la célèbre revue *60 millions de consommateurs*, enfin, proposer des actions de formation et d'éducation à la consommation³⁶. Le droit de la consommation est ensuite un droit transversal ou pluridisciplinaire en ce qu'il s'est construit sur le droit des obligations, le droit pénal, le droit commercial ou encore le droit judiciaire, et qu'il se trouve à la frontière de nombreuses branches de droit spéciales au titre desquelles on trouve le droit du tourisme, le droit des transports, le droit des assurances, le droit de la santé, le droit bancaire, mais également le droit de la concurrence avec lequel les frontières sont particulièrement poreuses ou plus récemment le droit de l'environnement.... La classification du droit selon la nature de la norme a laissé place à une classification fondée sur la fonction de la norme, ici la protection du consommateur³⁷.

Cette transversalité qui participe de l'essence du droit de la consommation pose néanmoins difficulté. L'une d'entre elle est la question de son éventuelle autonomie. Cette question a animé une doctrine importante qui s'est passionnée pour la question plus large des rapports qu'entretiennent le droit de la consommation et le droit des contrats³⁸. On peut répondre facilement à cette question. Si le droit de la consommation a incontestablement acquis en France une autonomie doctrinale³⁹, il n'est pas pour autant un droit autonome⁴⁰. Il ne peut se suffire à lui-même. Il a

³⁶ V. infra.

³⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, *Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2020, n.º 16; G. Raymond, *Droit de la consommation*, op. cit., n.º 33.

³⁸ N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM, 2002; N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000; D. Mazeaud, *Droit commun du contrat et droit de la consommation*, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 697.

³⁹ Le premier manuel de Droit de la consommation, dû au Professeur Calais-Auloy date de 1980. Aujourd'hui, on compte une dizaine de manuels spécialement consacrés au droit de la consommation, sans compter de nombreuses thèses et ouvrages collectifs.

⁴⁰ Contra G. Raymond, *Droit de la consommation*, op. cit., n.º 33, pour qui l'autonomie du droit de la consommation a été atteinte en 2017 avec la recodification du code de la consommation. L'auteur distingue néanmoins autonomie et indépendance. S'il reconnaît que le droit de la consommation a besoin du droit des contrats ou des règles de procédure civile ou pénale pour vivre, il n'en affirme pas moins l'autonomie du droit de la consommation. On comprend mal dès lors quelle signification et quelles conséquences donner au concept d'autonomie.

vocation, en cas de lacunes, à chercher réponse dans la théorie générale des contrats ou dans le droit pénal. Ce n'est que l'application de la règle *specialia generalibus derogant*, sise aujourd'hui à l'article 1105 du Code civil, qui veut que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières, ce qui sous-tend qu'à défaut de règles particulières, les règles générales retrouvent naturellement leur empire. Cette absence d'autonomie est également due à la nature du droit de la consommation qui est un droit technique, concret, «sans âme»⁴¹, privé des grands principes et des lignes directrices qui soutiennent le droit des contrats, même si quelques règles générales auraient pu constituer l'amorce d'une théorie générale du droit de la consommation⁴². C'est un droit modeste dans sa conception, qui se veut au service des consommateurs et qui pose des règles techniques conçues pour être directement accessibles et applicables pour ces derniers⁴³. Le revers de la médaille de l'absence de toute théorie générale du droit de la consommation est sa dépendance aux règles générales. C'est ainsi par exemple que, confrontés à l'absence de sanctions de nombreuses règles consuméristes, les juges n'ont pas hésité à puiser dans le régime des nullités du Code civil, sans prendre – et c'est là sans doute que le bât blesse, la peine d'adapter les règles civilistes attachées à une analyse subjective individuelle à l'approche objective et collective du droit de la consommation⁴⁴. De nombreuses violations d'obligations d'information ne sont ainsi finalement pas sanctionnées, faute pour le consommateur d'avoir réussi à prouver que l'information retenue ou fautive a été déterminante de son consentement⁴⁵. M. Paisant s'oppose à ce mode de raisonnement. De la même manière que les clauses du contrat doivent être interprétées par le juge, en cas de doute, en faveur du consommateur ou du non-professionnel⁴⁶, l'auteur prescrit de toujours interpréter la norme consumériste en faveur du consommateur. La proposition est sévère pour les professionnels

⁴¹ Y. Picod, Droit de la consommation, op. cit., n.º 14.

⁴² Certaines règles valent pour tous les contrats de consommation, telle que l'obligation d'information, la réglementation sur les clauses abusives, les arrhes et acomptes, la reconduction des contrats de services, la garantie de conformité...

⁴³ J. Julien, Droit de la consommation, 2^{ème} éd., Domat, 2016, n.º 10.

⁴⁴ Dalloz Action, op.cit., n.º 013.17.

⁴⁵ Un auteur a récemment proposé de subordonner la nullité à la seule gravité objective de la violation de la loi pour l'ensemble des consommateurs (M. Leroux-Campello, Les sanctions en droit de la consommation, thèse Paris II, 2018). V. Dalloz Action, ib.

⁴⁶ C. consom., art. L. 211-1, al. 2.

et pourrait conduire à des injustices ponctuelles. Elle serait pourtant un élément fort permettant un rééquilibrage des relations entre professionnels et consommateurs et pourrait avoir une vertu dissuasive pour des professionnels tentés de remettre en cause le contenu de telle ou telle norme spéciale.

Plutôt que d'analyser les rapports entre le droit de la consommation et le droit commun des contrats en terme d'autonomie et/ou de dépendance, une partie de la doctrine préfère souligner la complémentarité qui existe entre les deux droits en France et qui se manifeste, bien sûr par le recours au droit commun dans les interstices laissées par le droit de la consommation, mais aussi, et cela est plus original, par l'attraction que suscite le droit de la consommation sur la théorie générale du contrat⁴⁷, attraction que l'on a pu mesurer au moment de la réforme du droit des contrats en 2016⁴⁸. Un rapprochement entre les deux droits s'est produit qui démontre la vitalité et l'attractivité des concepts auxquels recourt le droit de la consommation en France aujourd'hui⁴⁹.

La seconde difficulté concerne l'articulation du droit de la consommation et des autres droits particuliers, ainsi que l'illustre l'exemple récent de la question de l'application du droit de la consommation au bail d'habitation⁵⁰. Plusieurs décisions ont été rendues en 2019, dans lesquelles les juges français ont tantôt accepté de faire bénéficier le locataire de dispositions consuméristes⁵¹, tantôt s'y sont refusés⁵², au motif que «*le bail d'habita-*

⁴⁷ D. Mazeaud, «*L'attraction du droit de la consommation*», in Droit du marché et droit commun des obligations, RTD. com. 1998, p. 95.

⁴⁸ Consécration dans le Code civil de l'obligation précontractuelle d'information, du droit de repentir, de l'extension du vice de violence lorsqu'une partie abuse de l'état de dépendance dans laquelle se trouve l'autre partie, du contrat d'adhésion, de la lutte contre les clauses entraînant un déséquilibre dans les droits et obligations des parties au contrat...

⁴⁹ Y. Picod, Droit de la consommation, op. cit., n.º 8.

⁵⁰ N. Rzepecki, Bail d'habitation et droit de la consommation, Petites affiches 17 avril 2018, n.º 77, p. 6.

⁵¹ Civ. 3^{ème}, 12 janv. 2017 (n.º 16-10324, D. 2017, 430, note S. Tisseyre) qui a admis l'application de l'article L. 212-1 du Code de la consommation sur les clauses abusives; ibid., 1149, obs. N. Damas; AJDI 2017, 358, obs. Y. Rouquet; RTD civ. 2017, 129, obs. H. Barbier.

⁵² Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2017 (n.º 15-27580, 15-27688, 15-25791 et 16-10389, D. 2017, 388, note V. Pezzela; ibid., 1149, obs. N. Damas; AJDI 2017, 443, obs. N. Damas; JCP G 2017, 239, note G. Paisant; Contrats-conc.-consom. 2017, comm. 88, obs. S. Bernheim-Desvaux) qui a exclu l'application de l'article L. 218-2 du Code de la consommation au terme duquel l'action des professionnels contre les consommateurs se prescrit dans un délai de deux ans (au profit de l'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989 prévoyant une prescription de trois ans) et Paris, 9 nov.

tion régi par la loi du 6 juillet 1989 obéit à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation»⁵³, ce qui ne manque pas de faire réagir. Certes, le contrat de bail immobilier est régi par des dispositions spécifiques contenues pour l'essentiel dans la loi n.º 89-462 du 6 juillet 1989. Sa prise en charge par une réglementation spéciale l'exclut-il *ipso facto* de la protection offerte par le droit de la consommation, lorsque l'application de ce dernier est favorable au locataire? La réponse devrait *a priori* être négative, dans la mesure où le domaine d'application du droit de la consommation est circonscrit en fonction de la qualité des contractants et non de l'objet du contrat. En conséquence de quoi tout contrat, quelle que soit sa nature, conclu entre un consommateur ou un non-professionnel et un professionnel devrait avoir vocation à relever des dispositions consuméristes, sauf bien sûr exclusion expresse du droit spécial ou du droit de la consommation lui-même. Ce principe de solution ne devrait pas susciter d'opposition à partir du moment où les normes d'origine différente se cumulent harmonieusement, à tout le moins qu'elles ne s'opposent pas. Mais la situation est toute autre lorsque l'application du droit de la consommation viendrait heurter une disposition du droit spécial, entraînant un conflit de normes sur lequel le juge doit prendre parti. Plus exactement il y aurait, d'un côté, le «*droit d'un contrat spécial*» – le droit du bail immobilier ou toute autre réglementation particulière (en matière de droit des transports ou de droit du tourisme par exemple) et, de l'autre, un «*droit spécial des contrats*» – le droit de la consommation, sans que la règle de conflit légale *specialia generalibus derogant*, qui repose sur la distinction du particulier et du général, soit d'un grand secours, la question restant posée de savoir si le droit de la consommation relève de la règle particulière (puisqu'il n'envisage que la qualité des parties à l'acte aux dépens de la nature du contrat) ou de la règle générale (il dépasse la nature du contrat pour appréhender la qualité des parties)⁵⁴. La jurisprudence française semble régler le conflit de normes au cas par cas, les juges se retranchant parfois, on l'a noté, derrière une prétendue

2017 (n.º 16/05321, D. 2017, 2368) qui a déclaré irrecevable, sur le fondement de l'article L. 623-1 du même code, une action de groupe menée par une association de consommateurs contre une clause de solidarité d'un bail d'habitation.

⁵³ Paris, 9 nov. 2017, précité.

⁵⁴ M. Mekki, Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016; Propositions en droit des contrats: less is more, AJ Contrats 2017, p. 462, I.3. V. également F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives, Dalloz 2016, n.º 70.01, p. 21, n.º 21 et 32.

volonté explicite ou implicite du législateur d'imposer une norme à l'exclusion de la norme consumériste. On avoue ne pas être convaincu. Il serait sans doute judicieux de faire prévaloir une règle générale voulant que tout contractant puisse se prévaloir de sa qualité de consommateur ou de non-professionnel, s'il y va de son intérêt.

Résolument protecteur, le droit de la consommation est aujourd'hui solidement implanté en France. Il est néanmoins confronté à des défis importants.

II. Les défis du droit de la consommation en France

Il y a les défis du quotidien, qui consistent à lutter encore et toujours contre les fraudes de toute nature⁵⁵, à tenter d'améliorer l'existant⁵⁶, comme à veiller à ne pas perdre les acquis.

Dans ce contexte, on est plus que surpris par le récent projet français de décret présenté en mai dernier au Conseil national de la consommation destiné à encadrer le démarchage téléphonique en application de la loi n.º 2020-901 du 24 juillet 2020 du même nom, et qui aboutit en fait à libéraliser le démarchage téléphonique, voire à légitimer le harcèlement dont sont victimes les consommateurs, en autorisant des créneaux de plus de cinquante heures d'appel par semaine sur six jours ou en permettant à un démarcheur d'appeler jusqu'à quatre fois au cours du même mois, alors même que le démarché aurait refusé dès la première sollicitation la proposition commerciale⁵⁷. Ce projet constitue, selon les associations de consommateurs, un quasi blanc-seing aux professionnels de la fourniture d'énergie ou des travaux de la maison, qui échappent encore à tout encadrement sectoriel (à rebours désormais des professionnels des secteurs de l'assurance ou des travaux de rénovation énergétique). Certes, il est théoriquement possible depuis 2016 d'échapper au démarchage téléphonique en inscrivant son numéro au fichier Bloctel, mais le système n'est pas respecté par

⁵⁵ La DGCCRF a ainsi lancé une large enquête nationale en 2019 et 2020, reconduite en 2021, afin de lutter contre les pratiques frauduleuses concernant l'origine des denrées alimentaires et pour sanctionner les abus relatifs à la francisation des produits et aux irrégularités concernant le Made in France (v. Bilan de la DGCCRF 2020, p. 45).

⁵⁶ La directive Omnibus entend ainsi renforcer la protection des consommateurs contre les visites intempestives des professionnels à domicile.

⁵⁷ Et ce, alors même que le projet est pris en application de la loi n.º 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux.

les opérateurs malgré les importantes amendes encourues⁵⁸. Une proposition de loi a alors été déposée qui propose plus radicalement de consacrer en France le droit à la tranquillité de chacun à son domicile et à interdire le démarchage téléphonique lorsqu'il n'est pas souhaité, en lui appliquant le principe du consentement actif, dit système de l'*opt-in*, tel que prévu par le RGPD⁵⁹. Ainsi, nul ne pourrait plus faire l'objet d'aucun démarchage téléphonique s'il n'a pas donné son accord exprès, comme cela se pratique à l'heure actuelle pour les SMS ou les courriels, ou si l'appel n'entre pas dans le cadre d'une sollicitation directement liée à l'objet d'un contrat en cours. Pour l'instant les autorités françaises refusent ce système de l'*opt-in*, pourtant en vigueur chez nombre de nos voisins, au nom de la préservation des emplois, craignant une fuite des centres d'appel à l'étranger⁶⁰. Jusqu'à quand?

Les défis du quotidien, c'est aussi ceux des juges qui tentent d'apporter une solution aux consommateurs désorientés face à l'apparition de nouveaux produits dont ils ne maîtrisent pas le concept. Il en va ainsi des kits photovoltaïques producteur d'électricité que les démarcheurs de certaines sociétés réussissent à placer auprès de consommateurs en leur laissant escompter des rendements importants devant leur permettre à terme, soit de revendre l'électricité produite à EDF et de rembourser par là-même l'emprunt souscrit pour financer l'installation, soit de consommer eux-mêmes l'énergie afin de réaliser des économies substantielles, alors même que, le plus souvent, les rendements ne paient même pas les frais d'installation. Les juges ont accepté d'annuler les contrats litigieux, au motif de l'absence de mentions informatives sur le bon de commande devant être remis à l'acquéreur démarché⁶¹ ou du constat de ce que le contrat a été souscrit suite à une pratique commerciale agressive ou un abus de faiblesse⁶² voire,

⁵⁸ En 2020, la DGCCRF indique avoir contrôlé 1 503 établissements et sanctionné 108 démarcheurs. En tout, 4,3 millions d'euros d'amendes ont été infligés, soit près du double par rapport à 2019 (2,3 millions d'euros d'amendes).

⁵⁹ Ass. nat., Proposition de loi n.º 4167 du 18 mai 2021 visant à interdire le démarchage téléphonique et à garantir le droit à la tranquillité de chacune et chacun à son domicile.

⁶⁰ N. Naegelen, Rapport sur la proposition de loi visant à encadrer le démarchage téléphonique et lutter contre les appels frauduleux (n.º 1284).

⁶¹ Nullité fondée sur l'art. L. 242-1 du Code de la consommation qui renvoie aux articles L. 221-9 et L. 221-5 du même code. V. Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2018, n.º 17-20907, Contrats-conc.-consom. 2019, comm. 34, obs. S. Bernheim-Desvaux.

⁶² Nullité fondée sur les articles L. 132-10 et L. 132-13 du Code de la consommation qui renvoient respectivement aux articles L. 121-6, L. 121-7 et L. 121-8 à L. 121-10 du même code.

de façon plus critiquable sur le strict plan juridique, pour pratique commerciale trompeuse⁶³, alors même que le législateur n'a pas expressément prévu la nullité de l'acte dans une telle hypothèse⁶⁴. En revanche, la Cour de cassation a refusé l'annulation pour erreur sur la rentabilité économique, faute pour les parties d'avoir fait expressément entrer ce motif dans le champ contractuel⁶⁵. Où l'on voit qu'il est difficile pour des consommateurs facilement abusés par un professionnel habile de ne pas laisser des plumes dans ce type de litiges.

La priorité, néanmoins, est ailleurs. Le droit français de la consommation est aujourd'hui confronté à trois grands défis d'une ampleur considérable: celui du numérique, celui de la préservation de l'environnement et du climat, enfin, celui de son effectivité.

A. Le défi du numérique

Le droit de la consommation doit s'adapter aux nouvelles technologies qui génèrent de nouveaux produits et de nouveaux modes de consommation.

1° *Un besoin de protection accru face aux nouveaux produits*

Le «*New Deal for consumers*» ou «*Nouvelle donne pour les consommateurs*» annoncé en avril 2018 par la Commission européenne a donné naissance à plusieurs directives, dont deux ont déjà fait l'objet d'une transposition en France. Elles ont tenté de répondre aux problématiques générées par les nouveaux produits issus du numérique. La première, la directive 2019/771⁶⁶, concerne les contrats de vente de biens. Elle entend, non seulement renforcer les règles existantes en matière de garantie de conformité⁶⁷, mais aussi mettre en place des dispositions nouvelles pour les

⁶³ Application cumulée des articles L. 121-1 et L. 121-2, 2.°, b du Code de la consommation.

⁶⁴ S. Bernheim-Desvaux, note. sous Poitiers, 10 sept. 2019, n.° 17/00770, Contrats-conc.-consom. 2020, comm. 34.

⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 2020, n.° 18-26761, Contrats-conc.-consom. 2021, comm. 17, obs. S. Bernheim-Desvaux. V. également du même auteur, Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation, Contrats-conc.-consom. 2019, étude 1.

⁶⁶ Dir. 2019/771/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 abrogeant la directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur la garantie de conformité dans la vente.

⁶⁷ Les professionnels auront désormais l'obligation de mentionner, pour un nombre important de produits, la garantie légale sur les tickets de caisse (C. consom., art. L. 211-2). Les sites de vente en ligne échappent toutefois à cette obligation.

biens qui comportent des éléments numériques⁶⁸ (on pense aux nouveaux objets connectés que sont par exemple les montres, les tablettes ou les smartphones – on parle de l'Internet des objets). La seconde, la directive 2019/770⁶⁹ réglemente les contrats de fourniture de contenus numériques (achat de films, de DVD, de jeux vidéo en ligne, abonnement à une chaîne numérique, téléchargement, applications...) ⁷⁰ et de services numériques⁷¹ (accès à des capacités de stockage (cloud), à des partage de données, à des médias sociaux). Ces directives ont été transposées, dans le délai requis, par une ordonnance n.º 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques⁷². Les nouvelles mesures s'appliquent aux contrats conclus à partir du 1^{er} janvier 2022 ainsi qu'aux contenus et services numériques fournis à compter de cette date. Une marge de manœuvre a été offerte aux législateurs nationaux car les deux directives, d'harmonisation totale mais ciblée, contiennent quelques exceptions. En outre, les États membres sont toujours libres d'élargir le champ d'application d'une directive. Il est dès lors intéressant d'examiner les modalités de la transposition française.

L'ordonnance a repris le principe adopté par les deux directives d'un traitement différencié des contrats de vente de biens comportant des éléments numériques, d'un côté, et des contrats de fournitures de conte-

⁶⁸ C. consom., art. liminaire, 5.º: par bien comportant des éléments numériques, on entend «*tout bien meuble corporel qui intègre un contenu numérique ou un service numérique ou qui est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service, de manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions*».

⁶⁹ Dir. 2019/770/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019.

⁷⁰ C. consom., art. liminaire, 6.º: par contenu numérique, on entend «*des données produites et fournies sous forme numérique*».

⁷¹ C. consom., art. liminaire, 7.º: par service numérique, on entend «*un service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique ou d'y accéder, ou un service permettant le partage ou toute autre interaction avec des données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service*».

⁷² Ordonnance prise en application de la loi n.º 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite loi DDADUE habilitant le Gouvernement à transposer par voie d'ordonnance plusieurs directives et règlements. Pour sa part, la transposition de la directive 2019/2161 du 27 novembre 2019, dite Omnibus, devra se faire au plus tard le 3 février 2022. La loi DDADUE impose par ailleurs au Gouvernement de déposer un projet de loi de ratification devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication des ordonnances.

nus et services numériques, de l'autre, alors même qu'il peut être difficile de savoir si certains biens relèvent de l'un ou l'autre régime, le premier s'appliquant à partir du moment où l'élément numérique imbriqué dans le bien est nécessaire à sa fonctionnalité (un logiciel pour un ordinateur par exemple, des lunettes connectées), le second dans le cas contraire (un gps dans une voiture), la fonctionnalité des produits connectés pouvant être difficile à définir (la question aurait pu se poser pour les montres connectées par exemple)⁷³. Il reste que, si deux régimes distincts cohabitent, ils se retrouvent dans la mesure phare des textes européens, qui est l'extension de l'application de la garantie de conformité, jusqu'alors réservée aux seuls contrats de vente de biens meubles corporels, aux contrats de vente de biens intégrant des éléments numériques ainsi qu'aux contrats de fourniture de services et contenus numériques. L'objectif est d'offrir aux consommateurs un guichet unique pour obtenir la mise en conformité de ces biens et services, sans qu'il leur soit demandé de distinguer selon l'origine du défaut, à savoir la composante numérique ou la composante matérielle du bien. Cette simplification se révèle particulièrement bienvenue pour les objets connectés et, dans une moindre mesure, pour les biens qui sont le support d'un contenu numérique (comme les CD ou les DVD)⁷⁴. Précisons que la France a fait le choix, les Etats membres étant libres d'étendre la protection au-delà des seuls consommateurs⁷⁵, d'étendre la garantie de conformité aux non-professionnels⁷⁶, démontrant une fois encore le dynamisme de ce dernier concept.

La généralisation de la garantie de conformité au monde du numérique⁷⁷ a toutefois nécessité quelques aménagements. La notion de conformité a été tout à la fois précisée et adaptée au monde numérique: on dis-

⁷³ N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Bruneaux et L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes. Op. cit., n.º 117; C. Aubert de Vincelles, Aperçu rapide de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, JCP G 2019, 758. En cas de doute, le contenu ou le service est présumé relever du contrat de vente (C. consom. art. L. 224-25-3).

⁷⁴ S. Bernheim-Desvaux, De nouvelles règles contractuelles en matière de conformité seront applicables à compter du 1^{er} janvier 2022, Contrats-conc.-consom. 2019, n.º 7, comm. 130, *in fine*.

⁷⁵ Dir. 2019/771, cons. 21 visant spécifiquement «*les personnes morales qui ne sont pas des consommateurs au sens de la présente directive*».

⁷⁶ C. consom., art. L. 217-32 pour la vente de biens et art. L. 224-25-31 pour la fourniture de contenus numériques ou de services numériques).

⁷⁷ Pour les exclusions, v. les nouveaux art. L. 217-2 et L. 224-25-3 du Code de la consommation.

tingue aujourd'hui la conformité subjective, c'est-à-dire la conformité au contrat ⁷⁸ – qui renvoie à l'obligation de délivrance conforme du droit français –, et la conformité objective, qui suppose que le bien réponde à certains critères de conformité, au titre desquels on trouve l'usage habituellement attendu d'un bien de même type, les qualités que le vendeur a présentées au consommateur avant la conclusion du contrat⁷⁹, la qualité que le consommateur peut légitimement attendre en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité, de sécurité, ainsi que d'accessibilité et de continuité pour les contenus et services numériques, autant d'éléments qui renvoient à une garantie des vices cachés⁸⁰ qui serait appliquée au monde numérique⁸¹.... Le renvoi à la «sécurité» du bien laisse d'ailleurs entrevoir le risque d'une articulation difficile avec le régime de responsabilité du fait des produits défectueux créé par la directive 85/374 du 25 juillet 1985 et transposé aux articles 1245-1 et suivants du Code civil, le produit défectueux étant le produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut s'attendre. On sait que la Cour de cassation, sous l'impulsion de la Cour de justice des Communautés européennes⁸², a interdit aux Etats membres de garder leur législation ancienne si elle possède un fondement identique à celui de la loi de transposition, c'est-à-dire le droit à un produit sûr, ce qui a entraîné la disparition de l'obligation de sécurité dégagée à la fin des années quatre-vingt par la jurisprudence dans le contrat de vente. En conséquence de quoi les acheteurs victimes ne peuvent invoquer aujourd'hui, à la place du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, que des actions non fondées sur un défaut de sécurité des produits, comme l'action pour inexécution fautive (par ailleurs visée par l'article 1245-17, alinéa 2 du Code civil), la faute devant être distincte du défaut de sécurité

⁷⁸ C. consom., art. L. 217-4 et L. 224-25-12. La conformité des contenus et services numériques au contrat s'apprécie plus précisément au regard de la description qui est faite dans le contrat du contenu ou service, de son type, de sa quantité et de sa qualité, notamment en ce qui concerne la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité du contenu ou service (art. L. 224-25-13).

⁷⁹ Sous forme d'échantillon ou de modèle ou sous forme de version d'essai ou d'aperçu pour les contenus et services numériques.

⁸⁰ Garantie régie par le Code civil aux articles 1641s.

⁸¹ C. consom., art. L. 217-5 et L. 224-25-14. Le bien doit encore bénéficier des éléments numériques dans leur version la plus récente et de mises à jour desdits éléments.

⁸² CJCE, 25 avril 2002, (D. 2002, 2462, note Larroumet; 2458; D. 2003, somm. 463; RTD civ. 2002, 523, obs. Jourdain), au motif que la directive poursuit sur les points qu'elle règle une harmonisation totale des droits des Etats membres.

du produit, l'action en garantie des vices et, pensait-on jusqu'alors, l'action en garantie de conformité du droit de la consommation⁸³. A partir du moment toutefois où cette dernière action englobe l'hypothèse d'un défaut de sécurité du produit, la possibilité pour l'acheteur d'invoquer la garantie de conformité à la place du régime de responsabilité du fait des produits défectueux ne paraît plus envisageable, sauf à considérer que la garantie de conformité, en tant qu'action spéciale réservée aux consommateurs et non-professionnels, s'applique à la place de l'action générale du fait des produits défectueux.

Il n'y a peu d'innovation en revanche s'agissant des recours : la solution de principe reste la réparation ou le remplacement du bien ou la mise en conformité du contenu ou du service numérique et, à défaut, tout particulièrement si la mise en conformité s'avère impossible ou entraîne des coûts disproportionnés⁸⁴ ou encore si le défaut est particulièrement grave – notion qui manque de précision...⁸⁵ – ou persiste malgré l'intervention du vendeur⁸⁶, la réduction du prix ou la résolution du contrat⁸⁷. L'ordonnance a par ailleurs expressément précisé que le consommateur a le droit de faire jouer l'exception d'inexécution des articles 1219 et 1220 du code civil⁸⁸. On reste mal à l'aise vis-à-vis de cette dernière précision tant il paraît évident, le droit de la consommation n'excluant pas par principe la théorie générale du contrat, que l'acheteur victime puisse puiser dans le droit commun s'il y trouve avantage⁸⁹. Ainsi on n'imagine pas refuser au consommateur la possibilité de demander réparation du préjudice subi, alors même que cette faculté n'est pas expressément prévue par l'ordonnance⁹⁰.

⁸³ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n.º 13-18876.

⁸⁴ C. consom., art. L. 217-12 et L. 224-25-19 nouv.

⁸⁵ V. Legrand, *Que devient la garantie de conformité à l'heure du numérique?*, LPA 1^{er} juin 2021, n.º 200z0, p. 16.

⁸⁶ C. consom., art. L. 217-14 et L. 224-25-20 nouv.

⁸⁷ C. consom., art. L. 217-8 et art. L. 224-25-17 nouv. Lorsque la contrepartie offerte par le consommateur consiste en des données personnelles, la réfaction du contrat est écartée au profit de la seule résolution.

⁸⁸ C. consom., art. L. 217-8 et art. L. 224-25-17 nouv.

⁸⁹ V. supra. Il se serait agi d'éviter les débats sur son inclusion ou exclusion du fait de l'harmonisation maximale des directives (C. Aubert de Vincelles, *Aperçu rapide de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019*, op. cit.).

⁹⁰ La directive 2019/771 précise néanmoins, dans son considérant 61, qu'elle s'applique sans préjudice des règles nationales régissant l'indemnisation des consommateurs pour les préjudices subis du fait du non-respect de ces règles.

Remarquons que le législateur français a fait le choix, alors qu'il n'y était pas tenu, de décharger le professionnel de toute garantie si le consommateur a accepté de recevoir un bien, un contenu ou un service numérique, auquel manque une caractéristique attendue dudit bien, contenu ou service. C'est sans le dire admettre les clauses de responsabilité alors même que le risque est réel que le consommateur ne prête pas réellement attention à la mention litigieuse. Il s'agit là, à n'en pas douter, d'une des mesures les moins convaincantes de l'ordonnance de transposition et l'on invite le législateur français, au moment de la ratification de l'ordonnance, à réserver cette possibilité aux seuls biens d'occasion, ainsi que l'y invitait la directive sur les contrats de vente de biens⁹¹.

La durée de garantie n'a pas été modifiée: elle reste de deux ans à compter de la fourniture du bien, du contenu ou du service, alors même que la directive autorisait une durée plus importante. Quand le service est fourni de manière continue pendant une période déterminée (abonnement à un cloud), le professionnel sera tenu des défauts qui apparaissent au cours de la période de fourniture, ce qui est assez logique. On peut remarquer que le problème sera traité sous l'emprise d'un défaut de conformité, alors que l'on pourrait considérer qu'il s'agit là plutôt d'un problème d'exécution. Mais peu importe, dans la mesure où le droit européen et l'ordonnance dans son sillage ne retiennent pas la distinction française faite entre vente et prestation de service⁹². L'objet du contrat importe plus que sa nature.

Il appartient au consommateur d'apporter la preuve du défaut de conformité. La preuve est grandement facilitée par le maintien de la présomption d'antériorité du vice d'une durée de vingt-quatre mois à compter de la délivrance du bien sauf preuve contraire. La présomption passe même de six mois à un an pour les biens d'occasion, ce qui devrait inciter les consommateurs à ne plus hésiter à se fournir sur le marché de l'occasion lorsque celui-ci est dynamique, comme par exemple le marché des smartphones reconditionnés. Lorsque le contrat de vente d'un bien comportant des éléments numériques prévoit la fourniture continue d'un contenu ou d'un service numérique, la présomption d'antériorité fonctionnera pour toute la durée pendant laquelle le contenu ou service doit être fourni⁹³.

⁹¹ Dir. 2019/771, cons. 36. V. Legrand, *Que devient la garantie de conformité à l'heure du numérique ?*, LPA 1^{er} juin 2021, n.º 200z0, p. 16.

⁹² V. Legrand, *Que devient la garantie de conformité à l'heure du numérique?*, loc. cit.

⁹³ C. consom., art. L. 217-7.

En revanche, la présomption d'antériorité n'est que d'une année pour les contrats portant directement sur un contenu ou un service numérique⁹⁴, ce qui redonne de l'importance au point de savoir si le bien acquis relève du régime de la vente de biens ou du régime des contrats de fourniture de contenus ou services numériques.

Reste à dire quelques mots du délai de prescription. Dans une volonté d'harmoniser le point de départ du délai de prescription, quelle que soit l'origine de la garantie, les vices cachés du Code civil ou la garantie consommériste, le législateur français a fait le choix d'aligner le point de départ de l'action consommériste sur celui de l'action en garantie des vices cachés, au jour de la connaissance par l'acheteur du défaut. En revanche, la durée du délai n'a été pas précisée. Tout au plus est-il indiqué que le délai de garantie s'applique sans préjudice des articles 2224 et suivants du code civil⁹⁵, ce qui pourrait signifier aussi bien un délai de cinq ans avec une date butoir de vingt ans ou un délai de deux ans avec la même date butoir⁹⁶. A dire vrai, la question ne présente d'intérêt que dans l'hypothèse de la fourniture en continu d'un service ou d'un contenu numérique, puisque dans ce cas, le professionnel est tenu des défauts de conformité pendant une période qui peut être supérieure à deux ans⁹⁷. Là encore, on peut espérer un éclaircissement de la loi de ratification.

2° Un besoin de protection accru face à l'essor exceptionnel du commerce en ligne

La pandémie de Covid n'a fait qu'accentuer l'essor du e-commerce, dont l'accroissement paraît aujourd'hui inexorable⁹⁸. Certes, les autorités nationales, comme européennes, n'ont pas attendu pour légiférer sur la question. Le Code de la consommation comprend depuis 2014 des dispositions applicables aux contrats conclus à distance. Quant au Code civil, il s'est doté depuis le début des années 2000 d'une réglementation applicable aux

⁹⁴ C. consom., art. L. 225-16-1 nouv.

⁹⁵ C. consom., art. L. 217-3 et L. 224-25-12 nouv.

⁹⁶ V. Legrand, *Que devient la garantie de conformité à l'heure du numérique?*, loc. cit.

⁹⁷ V. Legrand, *Que devient la garantie de conformité à l'heure du numérique?*, loc. cit.

⁹⁸ Les ventes sur internet ont atteint en 2020 142 milliards d'euros, grâce à la digitalisation accélérée du commerce de détail, avec une augmentation des ventes de produits estimée à 32% par rapport à 2019 (Bilan du e-commerce 2020, FEVAD (www.fevad.com), 4 fév. 2021).

contrats électroniques⁹⁹. Mais ces dispositions ne suffisent plus face à des professionnels qui rivalisent d'ingéniosité et multiplient les pratiques destinées à tromper le consommateur. Le développement des plateformes en ligne et la protection des données personnelles nécessitent en outre une intervention forte du législateur.

La multiplication de pratiques déstabilisatrices. Certaines pratiques constituent de véritables arnaques. Les plus classiques sont les arnaques du type hameçonnage ou phishing, technique frauduleuse destinée à leurrer l'internaute pour l'inciter à communiquer des données personnelles (comptes d'accès, mots de passe...) et/ou bancaires en se faisant passer pour un tiers de confiance. En pratique, il peut s'agir d'un faux message, SMS ou appel téléphonique de banque, de réseau social, d'opérateur de téléphonie, de fournisseur d'énergie, de site de commerce en ligne, d'administrations. D'autres arnaques ont vu récemment le jour, comme l'arnaque à la livraison de colis¹⁰⁰. Ces pratiques tombent bien évidemment sous le coup de la loi pénale¹⁰¹. Des campagnes de sensibilisation sont également régulièrement menées par le gouvernement français aux fins de faire prendre conscience au public des risques du numérique. On prendra l'exemple de la campagne menée actuellement dans le cadre du mois européen de la cybersécurité, le site du gouvernement cybermalveillance.gouv.fr et l'Institut national de la consommation ayant réalisé une série d'émissions sur les menaces cyber qui touchent les consommateurs et les bonnes pratiques à adopter pour s'en prémunir¹⁰². Elles restent néanmoins insuf-

⁹⁹ C. civ., art. 1125 à 1127-6 pour la formation du contrat et art. 1366 et 1367 pour les questions de preuve.

¹⁰⁰ C'est une arnaque dans laquelle des escrocs contactent un consommateur par email en se faisant passer pour une entreprise de livraison comme Colissimo, UPS, DHL, Chronopost ou encore La Poste. Le mail indique qu'un colis destiné au consommateur est bloqué et qu'il suffit pour le recevoir, d'envoyer dans les 24 heures un ou deux euros correspondant à des « *frais de reprogrammation* ». Bien sûr, le colis n'existe pas. Le site ufc.quechoisir.org regorge d'exemple d'arnaques (<https://www.quechoisir.org/actualite-que-choisir-tentative-de-phishing-sur-notre-lettre-d-information-n81571>).

¹⁰¹ Elles peuvent être constitutives de l'infraction d'usurpation d'identité (C. pénal, article 226-4-1), de l'infraction de collecte de données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite (C. pénal, article 226-18), voire d'escroquerie (C. pénal, art.313-1).

¹⁰² Ces émissions ont été diffusées sur les chaînes du groupe France Télévisions du 25 octobre au 13 novembre 2021.

fisantes et l'internaute qui se laisse berner est malheureusement le plus souvent sans recours.

Une autre pratique à laquelle sont fréquemment confrontés les consommateurs en ligne est la variabilité des prix¹⁰³. Les consommateurs ont certes l'habitude de ce que les prix varient en fonction de leur statut (étudiant, senior), de la période où l'achat est fait (soldes, rabais) ou de la quantité achetée. Mais, grâce au numérique, plus précisément au traitement algorithmique des données et au profilage de l'utilisateur, les professionnels vont beaucoup plus loin dans la gestion personnalisée des prix par le biais du *Yield management*¹⁰⁴. C'est une technique managériale qui consiste à moduler le prix de vente, parfois le prix des frais de dossier, en fonction de variables, telles que la date, le taux de remplissage, l'heure à laquelle la réservation est effectuée (heure creuse ou de forte abondance de demandes)... La pratique n'est certes pas illégale, mais il importe que les consommateurs sachent qu'elle leur a été appliquée. C'est pourquoi la directive Omnibus, impose d'informer l'internaute que le prix proposé a été personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée. La notion de prix personnalisé pouvant manquer de clarté, il serait opportun que la loi de ratification impose une information plus détaillée¹⁰⁵.

Autrement plus dangereuse est la pratique de l'*IP Tracking*, qui est le fait pour les professionnels de tracer une adresse IP et par là-même de tracer l'internaute. Elle permet de suivre l'historique de navigation et ainsi de faire varier les prix en fonction de la valeur estimée que l'internaute accorde à tel ou tel produit, ou encore en fonction du nombre de visites réalisées, le prix proposé étant alors plus élevé à chaque nouvelle visite afin d'inciter l'acheteur pressenti à conclure au plus vite au risque de supporter d'autres augmentations de tarif¹⁰⁶. La pratique, utilisée en particulier

¹⁰³ Marie Malaurie-Vignal, Algorithmes et concurrence, *Contrats-conc.-consom.* 2021, n.º 6, Etude 6.

¹⁰⁴ V. C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud, La variabilité des prix: enjeux juridiques et stratégiques, rencontre de la Chaire-Master Droit de la consommation du 11 décembre 2020, *Journal Spécial des Sociétés*, 6 février 2021, n.º 10, p. 1.

¹⁰⁵ En ce sens, C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud, La variabilité des prix: enjeux juridiques et stratégiques, op. cit., p. 5.

¹⁰⁶ V. sur la question J. E. Stiglitz, *Peuple, pouvoir et profits: le capitalisme à l'heure de l'exaspération sociale*, Ed. Les liens qui libèrent, 2019, p. 161s. La pratique permet également aux sites de e-commerce de se rendre compte si un internaute est arrivé sur le site par un comparateur de prix pour, dans ce cas, proposer à cet internaute «avisé» un prix bas

par les voyagistes et autres hôteliers, induit une confusion dans l'esprit du consommateur sur la valeur du bien ou du service rendu, ce qui fausse sa prise de décision¹⁰⁷. Elle ne relève pourtant pas des pratiques commerciales trompeuses et la preuve *in concreto* de son caractère déloyal se heurte à des problèmes de preuve importants. Tout au plus est-il possible d'avancer qu'elle contrevient au principe de loyauté de la collecte des données personnelles, l'adresse IP constituant une donnée personnelle qui nécessite en théorie l'accord et le consentement du consommateur avant toute exploitation¹⁰⁸. Mais, le plus souvent, les consommateurs n'ont pas conscience que leur adresse a été collectée à leur insu et l'infraction reste lettre morte.

Enfin, les professionnels qui font du e-commerce tentent fréquemment d'attirer le consommateur en proposant les prix les plus bas possibles, parfois au moyen de prix d'appel, parfois de prix barrés, quitte à se rattraper sur les services annexes (frais de livraison, qualité du bien, garantie) ou sur des rajouts au prix de base, dans un contexte d'emprise psychologique du consommateur qui le pousse à aller au bout du processus¹⁰⁹. Pour lutter contre les hausses de prix artificielles pratiquées par certaines entreprises afin de gonfler l'attractivité apparente de leurs diverses soldes et réductions, la directive Omnibus a imposé que soit indiqué le prix avant-réduction, entendu comme le prix le plus bas appliqué au cours d'une période d'au moins un mois avant la réduction¹¹⁰. Il est intéressant de remarquer que la France connaissait cette règle avant que celle-ci soit inopportune-

susceptible de le retenir pour, ensuite, compenser l'écart de prix par des frais de dossier plus élevés.

¹⁰⁷ En outre, certains algorithmes peuvent être programmés de façon à manipuler des systèmes de notation, ou à formuler des recommandations de produits susceptibles de fausser la décision du consommateur. Il est aussi des algorithmes ayant pour objectif d'inciter le consommateur à consommer davantage (pratique du «*nudging*») ce qui peut conduire à des phénomènes d'addiction. S'ajoutent des risques liés interfaces trompeuses («*dark pattern*») de nature à influencer sur le choix du consommateur (Marie Malaurie-Vignal, Algorithmes et concurrence, op. cit., n.º 51).

¹⁰⁸ Ordonnance n.º 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de la loi n.º 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n.º 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel. L'absence de consentement est sanctionnée pénalement sur le fondement de l'article 226-16 du Code pénal.

¹⁰⁹ V. C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud, La variabilité des prix : enjeux juridiques et stratégiques, op. cit., p. 4.

¹¹⁰ Dir. , art. 6 bis.

ment condamnée par la directive 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales, au motif de la validité de principe des pratiques commerciales autres que les pratiques trompeuses et agressives. En modifiant la directive 98/6 sur l'affichage des prix, la directive Omnibus permet à la France et à de nombreux autres Etats de réintroduire cette mesure de bon sens¹¹¹.

La réglementation des plateformes en ligne. Le développement du commerce en ligne a entraîné l'apparition de places de marché qui font passer le consommateur d'une relation duale à une relation triangulaire. La directive Omnibus s'est emparée du problème et contient des dispositions qui visent à rendre l'échange plus transparent. Ainsi l'obligation d'information est-elle considérablement renforcée et la directive s'emploie à lutter contre les «*faux avis*» de consommateurs. Les pratiques contraires sont même érigées par la directive en nouvelles pratiques commerciales trompeuses *per se*. Sur tous ces points, il est remarquable de noter que la France a été à l'avant-garde puisque les plateformes sont tenues, depuis le 1^{er} janvier 2018, d'informer le consommateur bénéficiaire de la prestation de la qualité de son cocontractant, consommateur ou professionnel, afin qu'il puisse déterminer s'il sera ou non protégé par le droit de la consommation, de mentionner la date de publication des avis, leurs critères de classement ou encore l'existence ou non d'une contrepartie versées par les entreprises pour obtenir un meilleur classement de leurs produits¹¹². L'encadrement des avis postés sur les sites a de même été encadré¹¹³. La réglementation française a en outre défini largement les opérateurs de plateformes en lignes puisque sont visés les moteurs de recherche et les comparateurs de ligne (Google par exemple), en revanche exclus de la directive Omnibus applicable aux seules plateformes de mise en relation

¹¹¹ En ce sens, Dalloz Action, op. cit., n.º 031.56; contra C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud (Directive Omnibus: Quelle modernisation pour les règles de protection des consommateurs, rencontre de la Chaire-Master Droit de la consommation du 11 septembre 2020, Journal Spécial des Sociétés, 23 sept. 2020), pour qui la transposition de la mesure sera délicate.

¹¹² C. consom., art. L. 111-7-2, art. D. 111-6 à art. D. 111-9. V. G. Brunaux, Les clauses relatives au choix par le professionnel des avis publiés par les consommateurs, Contrats-conc.-consom. 2021, form. 6.

¹¹³ C. consom., art. D. 111-16 à art. D. 111-19.

en vue de la conclusion d'un contrat (Amazon, Cdiscount, par exemple)¹¹⁴. Précisons que la clause d'harmonisation minimale attachée à la directive sur cette question devrait permettre à la France de garder sa législation, globalement plus sévère pour les places de marché en ligne¹¹⁵.

Néanmoins, cela ne peut suffire. Il a été remarqué que, faute de vérification, la qualité de professionnel ne peut être assurée, excluant en cas de fausse déclaration l'application du droit de la consommation¹¹⁶. Autre difficulté, le consommateur qui conclut un contrat en ligne par le biais d'une place de marché avec un fournisseur à l'autre bout du monde aura les plus grandes difficultés à faire respecter ses obligations, qu'il s'agisse de l'exercice de son droit de rétractation ou de sa faculté à faire jouer la garantie légale de conformité par exemple. En raison du rôle fondamental que la plateforme joue dans la prise de choix de l'internaute, il conviendrait dès lors de dépasser le statut d'hébergeur revendiqué par la plateforme au sens de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹¹⁷ et de souscrire à la proposition de la directive 2019/771¹¹⁸ d'étendre la garantie légale de conformité aux fournisseurs de plateformes, alors même que sur le plan juridique, faute de transfert de propriété d'un bien, elles ne peuvent être considérés comme des vendeurs au sens de la directive¹¹⁹. Il ne s'agit pas de remettre en cause le statut d'hébergeur de la plateforme mais de permettre à l'internaute victime de s'adresser à la plateforme en cas de défaillance du vendeur. Pourtant la France n'a pas repris cette proposition dans l'ordonnance de transposition. Cela est bien dommage et l'on propose aux autorités françaises de se rattraper et de prévoir cette règle dans la loi de ratification.

La protection des données des internautes. Les données des internautes sont une véritable mine d'or pour les professionnels qui les recueillent à des fins commerciales. Elles sont constituées de toutes les

¹¹⁴ C. consom., art. L. 111-7.

¹¹⁵ Ph. Guillermin, in S. Bernheim-Desvaux, Droit de la consommation et économie numérique, Contrats-conc.consom. 2020, dossier 17, 2.^o.

¹¹⁶ N. Sauphanor, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit., n.^o 766.

¹¹⁷ Ib.

¹¹⁸ Dir. 2019/771, cons. 23.

¹¹⁹ En ce sens, v. C. Aubert de Vincelles, Aperçu rapide de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, op. cit; Ph. Guillermin, op. cit.

informations permettant l'identification d'une personne physique, telles que son nom, son numéro de téléphone, son adresse IP, son adresse physique, sa date de naissance, le numéro de sa carte bancaire, de son numéro de sécurité sociale... Les consommateurs les laissent, le plus souvent sans en avoir conscience, à la disposition des professionnels, soit quand ils surfent sur Internet, pour y faire ou non des achats, soit quand ils utilisent des objets connectés, des smartphones ou autres compteurs et montres connectés. La France a très tôt pris conscience de la nécessité de protéger les données des citoyens vivant sur son territoire et s'est dotée le 6 janvier 1978 de la loi Informatique et Libertés, qui a notamment créé la Commission Nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) pour veiller au respect des règles instaurées. Le droit de l'UE s'est ensuite emparé de la question par le Règlement 2016/679 du 27 avril 2016, plus connu sous son acronyme RGPD, entré en vigueur en mai 2018¹²⁰. La loi n.º 2016-1547 sur la justice au XXIème siècle du 18 novembre 2016 a poursuivi le chantier par la création d'une action de groupe en matière de protection des données personnelles. La dernière mesure nous vient à nouveau du droit européen, lorsque la directive 2019/770 sur les contenus et services numériques a élargi l'application de la garantie légale de conformité aux contrats dans lesquels la contrepartie versée par l'internaute réside, non pas dans le versement d'un prix, mais dans la mise à disposition de données à caractère personnel. L'ordonnance de transposition n'a toutefois pas été aussi précise, qui se contente de parler d'un «*avantage*»¹²¹ au lieu ou en complément d'un prix. Le recours à cette terminologie s'expliquerait par le malaise qu'il y a à considérer que des données personnelles ont une valeur patrimoniale, alors que la protection des données personnelles est un droit fondamental protégé par le RGPD auquel la directive renvoie¹²². Il pourrait également s'agir de viser l'hypothèse dans laquelle la contrepartie fournie réside par exemple dans le fait d'obliger le consommateur à regarder des publicités pour accéder à un service ou à un contenu numérique¹²³. Une autre particularité de l'ordonnance de transposition est qu'elle n'a pas distingué selon l'objet du contrat et a élargi la notion de prix à celle d'avantage, au-delà des contrats de fourniture de contenus et services numériques, aux contrats de

¹²⁰ La loi Informatique et Liberté a finalement été modifiée par la loi n.º 2018- du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, afin de l'adapter au RGPD.

¹²¹ C. consom. art. L. 112-4-1 qui renvoie aux art. L. 217-1 et L. 224-25-2.

¹²² V. Legrand, Que devient la garantie de conformité à l'heure du numérique?, op. cit.

¹²³ Ib.

vente relevant de la directive 2019/771, permettant ainsi l'application de la garantie de conformité lorsque l'élément numérique du bien vendu a été transféré en contrepartie de la mise à disposition de données personnelles. Cette assimilation de la mise à disposition de données personnelles au prix présente deux intérêts majeurs: elle permet d'une part au consommateur de bénéficier dans une telle hypothèse de la garantie légale de conformité et d'obtenir la restitution desdites données en cas de résolution du contrat et, d'autre part, elle devrait lui faire prendre conscience de la valeur de ses données et l'inciter à la réflexion lorsqu'il donne abusivement son consentement sans distinguer les cookies proposés.

Mais il faudrait sans doute aller plus loin et, pourquoi pas, reprendre à notre compte la proposition de J. E. Stiglitz, prix Nobel d'économie, «*de donner à chacun la propriété de ses données personnelles*»¹²⁴. Le particulier devrait pouvoir, non seulement accepter ou refuser l'usage de ses données, mais également les monnayer si une entreprise souhaite les utiliser. En d'autres termes, plutôt que de se contenter d'une autorisation explicite de l'usage de nos données (par le biais de l'acceptation de cookies), il serait judicieux de franchir le pas en exigeant en retour une rémunération correcte – avec éventuellement un prix plancher légal, eu égard à la valeur de ces données pour les entreprises du e-commerce. Notons pour finir que la France participe aux travaux en cours sur la proposition du règlement *e-privacy* concernant la protection des données personnelles dans le domaine des communications électroniques. Il s'agit de réviser la directive européenne 2002/58/CE du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Pour éviter aux utilisateurs de paramétrer leurs cookies site par site, le règlement prévoirait l'obligation pour les éditeurs de navigateur de proposer un paramétrage des cookies centralisé qui pourrait ensuite être communiqué aux sites webs visités¹²⁵. Mais les discussions sont âpres, l'équilibre entre la préservation des modèles économiques et la sécurité des Etats, d'un côté, et la protection de la vie privée, de l'autre, étant particulièrement difficile à trouver¹²⁶.

¹²⁴ Peuple, pouvoir et profits: le capitalisme à l'heure de l'exaspération sociale, Ed. Les liens qui libèrent, 2019, p. 166s.

¹²⁵ Proposition de règlement, art. 9.2.

¹²⁶ Ph. Guillermin, op. cit.

B. Le défi de la préservation du climat et de l'environnement

Le droit de la consommation ne doit pas, eu égard aux facilités qui sont offertes aux consommateurs, devenir un droit en faveur de la consommation. On sait bien que nos modes de consommation ne sont plus compatibles avec la préservation du climat, des sols, des espèces, en bref de la planète. Il ne serait pas responsable que le droit de la consommation ignore la question de la nécessaire préservation des ressources. Bien plus, il se doit d'être le réceptacle de ces nouveaux enjeux portés classiquement par d'autres branches du droit¹²⁷. Le futur droit de la consommation doit donc devenir éco-compatible ou climato-compatible. Plusieurs lois récentes en France sont le reflet de cette prise de conscience. Il en va ainsi de la loi n.º 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire, dite loi AGEC ou, plus récemment encore, de la loi n.º 2021-1104 du 22 août 2021, dite loi Climat et Résilience, qui participent toutes deux d'un nouvel ordre public environnemental et/ou climatique¹²⁸.

Une première attention est portée à la **maitrise des énergies**. Au sein des multiples dispositions de la loi Climat et résilience, en partie inspirées des propositions de la Convention citoyenne sur le climat, certaines concernent directement les consommateurs, ainsi de l'interdiction de la publicité relative à la commercialisation des énergies fossiles et à la vente de certaines voitures¹²⁹. De façon plus ambitieuse, le texte prévoit l'interdiction progressive, à échéance 2040, de la vente de certains véhicules énergivores, de camions et d'autocars utilisant majoritairement des énergies fossiles¹³⁰. Il s'agit également de rénover massivement l'habitat existant pour qu'il atteigne le niveau basse consommation d'ici 2050. De fait, les propriétaires ne pourront plus louer des logements peu performants en matière de consommation énergétique et d'émission de gaz à effet de serre,

¹²⁷ N. Sauphanor, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usunier, Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit., n.º 4.

¹²⁸ L. Leveneur, Deux variétés montantes de l'ordre public: ordre public sanitaire et ordre public climatique, Contrats-conc.-consom. 2021, n.º 8-9, Repère 8. La Commission européenne fait de ces questions un axe majeur de sa politique future (Nouvel agenda du consommateur 2020-2025 (COM (2020) 696 final), publié le 13 novembre 2020).

¹²⁹ Loi n.º 2021-1104, art. 7.

¹³⁰ Loi n.º 2021-1104, art. 103.

en fonction d'un curseur appelé à grimper progressivement¹³¹. Dans la même veine, l'Etat français se fixe pour objectif de lutter contre la vente à perte de billets d'avion, notamment par une évolution de la réglementation européenne permettant d'instaurer un prix minimal de vente des billets (il n'est pas certain que les consommateurs voient cette dernière mesure comme un progrès!)¹³².

Une autre attention est portée à l'**objectif de durabilité et de réparabilité des produits**. Nous vivons dans une économie du tout jetable qui s'explique par deux considérations. Il est d'abord avéré que, malgré les progrès constants des connaissances et de la technologie, les biens de notre génération durent moins longtemps que ceux de la génération de nos parents ou de nos grands-parents, certains fabricants n'hésitant pas à réduire la durée de vie de leurs produits par différents procédés afin de contraindre ou d'inciter les consommateurs à en acheter de nouveaux. C'est ce que l'on appelle l'obsolescence programmée, pratique érigée en délit en France depuis 2015¹³³ mais qui n'a pas pour autant disparu, la preuve du caractère intentionnel de l'infraction rendant son application sinon difficile, quasi impossible¹³⁴. Il est vrai ensuite que nos modes de consommation,

¹³¹ En 2022 seront gelés les loyers dans les «*passoires thermiques*» (classées G et F (Loi n.º 2021-1104, art. 159). Les logements classés G et F ne pourront plus être offerts à la location à compter de 2025 pour les premiers et 2028 pour les seconds...

¹³² Loi 2021-1104, art. 144.

¹³³ Loi n.º 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Le délit d'obsolescence programmée a été intégré à l'article L. 441-2 du Code de la consommation. Il a inspiré des étudiants de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke du Québec qui ont travaillé à la préparation d'un projet de loi pour contrer l'obsolescence programmée. En avril 2019, ce projet de loi a été déposé à l'Assemblée nationale par le député Guy Ouellette (3). Le projet de loi 197 n'a pas été débattu, mais l'Office de la protection du consommateur (OPC) a reçu de la ministre de la Justice le mandat de tenir une consultation donnant suite à cette initiative. Le document de consultation publié par l'OPC le 30 octobre 2019 cerne avec justesse trois enjeux essentiels qui interpellent le droit : la durabilité des biens de consommation, leur réparabilité et l'obsolescence planifiée. Le document de consultation est disponible en ligne sur <<https://www.quebeccirculaire.org/articles/h/participez-aux-consultations-sur-la-durabilite-la-reparabilite-et-l-obsolescence-des-biens-de-consommation.html>>.

¹³⁴ La démonstration de l'élément matériel du délit paraît tout aussi difficile, puisqu'elle implique de prouver l'existence de «*techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché vise à en réduire délibérément la durée de vie*» visées par l'article L. 441-2 du Code de la consommation (v. J.-D. Pellier, Droit de la consommation, op. cit., n.º 240).

nourris par la publicité, nous incitent à investir dans des produits toujours plus nouveaux plutôt que de tenter de réparer l'existant. Pour inciter les consommateurs à investir dans des biens durables, la loi AGECE a imposé une nouvelle obligation d'information à la charge des producteurs et importateurs de produits générateurs de déchets qui devront, dès le 1^{er} janvier 2022, informer les consommateurs sur les qualités et caractéristiques environnementales de ces produits, au titre desquelles on trouve la durabilité, la réparabilité ou la recyclabilité... Par ailleurs, et la France est là encore pionnière sur le plan européen, les fabricants doivent, depuis le 1^{er} janvier 2021, afficher un indice de réparabilité sur un certain nombre de produits électroménagers et électroniques (lave-linge à hublot, smartphone, ordinateur portable, téléviseur, tondeuse à gazon électrique) et ce, quel que soit le mode d'achat, en magasin ou sur internet¹³⁵. Concrètement, il s'agit d'un pictogramme uniforme coloré comportant une note de 1 à 10, selon le degré de réparabilité du bien¹³⁶. L'indice vise à inciter les fabricants à intégrer dès la conception de leurs produits des critères de réparabilité. Il constitue également un outil de lutte contre l'obsolescence – programmée ou non – pour éviter la mise au rebut trop précoce des produits et préserver les ressources naturelles nécessaires à leur production. Les consommateurs sont invités à se saisir eux-mêmes du problème de la préservation des ressources en essayant, avant d'acheter un bien nouveau, de faire réparer le bien ancien. Participe de cette même idée le nouvel article L. 217-3 du Code de la consommation, fruit de l'ordonnance de transposition de la directive 2019/771, qui prévoit une extension automatique de six mois de la garantie légale de conformité si le consommateur fait le choix de la réparation plutôt que celui du remplacement du bien défectueux. Néanmoins, à partir du moment l'indice est auto-attribué par le fabricant, des contrôles devront être opérés par la DGCCRF pour vérifier la véracité de la note affichée. L'efficacité de la règle dépendra donc de la fréquence des contrôles... Il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'une mesure forte et ce, d'autant plus que l'indice de réparabilité devrait s'étendre prochainement à d'autres catégories de produits, et à partir de 2024, évoluera vers un indice de durabilité intégrant de nouveaux critères comme la robustesse ou la fiabilité des produits.

¹³⁵ A partir du moment où le site s'adresse aux consommateurs français.

¹³⁶ C. environnement, art. R. 541-210 à R. 541-214-1.

Il a été remarqué que ces obligations d'information, sises au sein du code de l'environnement¹³⁷, auraient pu avantageusement trouver leur place au sein des articles L. 111-1 à L. 111-5 du Code de la consommation détaillant les informations mises à la charge des professionnels et ce, d'autant plus que la réparabilité a été promue par cette même loi comme une caractéristique essentielle au sens de l'article L. 111-1¹³⁸. De fait, le citoyen dont on cherche à provoquer une prise de conscience climato-environnementale est en pratique un consommateur. Le reproche est d'autant plus pertinent que la dispersion des règles ne favorise pas l'accès aux normes protectrices. Il reste qu'il convient d'être modeste vis-à-vis de l'efficacité des diverses obligations d'information mises à la charge des professionnels et ce, quel que soit le code qui leur sert de réceptacle. Le trop plein d'informations pas toujours pertinentes et lisibles nuit à leur efficacité. Certains pensent d'ailleurs que les meilleures informations relatives aux produits ne proviennent pas des professionnels, mais d'organismes tiers. Les normes techniques, tests, labels et indices proposés par diverses associations représentent ainsi une solution intéressante pour parvenir à une évaluation complète de la qualité, de la durabilité et de la réparabilité de divers biens¹³⁹. Pour que cela fonctionne toutefois, il faudrait, non seulement que les gouvernements accréditent de tels organismes et les soutiennent par des subventions, mais encore que le fruit de leur recherche soit accessible aux consommateurs¹⁴⁰.

Qui dit réparabilité dit mise à disposition de pièces détachées. D'ailleurs, l'existence de ces pièces et la durée pendant laquelle elles sont disponibles est un des critères permettant de déterminer l'indice de réparabilité¹⁴¹. La réglementation relative aux pièces détachées repose sur deux mesures: une information sur leur disponibilité et la mise à disposition des pièces. La loi Hamon avait déjà prévu que l'information éventuelle donnée par le fabricant à son vendeur sur la disponibilité de pièces détachées soit répercutée sur le consommateur. La loi AGEC a considérablement renfor-

¹³⁷ C. environnement, art. L. 541-9-1 et L. 541-9-2.

¹³⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, *Panorama de droit de la consommation*, D. 2021, 594. Toute technique, y compris logicielle, qui rend impossible la réparation est interdite (C. consom., art. L. 441-3).

¹³⁹ Anouk Paillet et Michelle Cumyn (<https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/le-droit-peut-il-rendre-les-biens-plus-durables>).

¹⁴⁰ *Ib.*

¹⁴¹ C. environnement, art. R. 541-214, I, 3.º.

cé le mécanisme, puisque désormais le fabricant a l'obligation d'indiquer si des pièces détachées sont ou non disponibles et la période pendant laquelle, le cas échéant, leur disponibilité est garantie¹⁴². L'idée qui sous-tend cette règle est que les consommateurs devraient orienter leurs comportements d'achat vers des produits plus facilement réparables. A ce propos, il est prévu, pour un nombre important de produits, puisque sont concernés les équipements électriques, électroniques et les éléments d'ameublement, qu'une absence d'information vaudra présomption d'inexistence des pièces détachées. Il serait sans nul doute opportun d'étendre cette présomption à tous les biens réparables, comme les vélos¹⁴³. Précisons que, dans l'hypothèse où leur disponibilité aurait été garantie, les pièces devront être fournies dans un délai qui a été ramené de deux mois à quinze jours, toujours dans le but d'inciter les consommateurs à faire réparer les biens défectueux plutôt que de les jeter. Pour certains biens (en matière d'électroménager, de certains petits équipements informatiques et de télécommunications...), le législateur est allé plus loin encore puisque les fabricants seront tenus, non plus seulement d'informer sur la disponibilité ou l'absence de disponibilité des pièces de rechange, mais encore de mettre à disposition des vendeurs et/ou réparateurs les pièces nécessaires pendant toute la période de commercialisation du modèle concerné ainsi que pendant une période minimale complémentaire qui ne pourra être inférieure à cinq ans¹⁴⁴.

Incontestablement importantes, ces mesures risquent néanmoins de ne pas suffire. Informer le consommateur afin de le rendre responsable de ses comportements est une mesure louable qui atteindra sans doute la cible des consommateurs sensibilisés à la question de la préservation des matières premières et de l'environnement. Pour les autres, l'information ne suffira pas. Les mesures futures doivent cibler plus directement les professionnels qui doivent avoir intérêt à proposer des biens réparables et durables. Pour ce faire, deux pistes peuvent être explorées: d'une part, rendre les fabricants, distributeurs ou détaillants responsables de la récupération et du recyclage de leurs produits de façon à les inciter à produire des biens de consommation plus durables et, d'autre part, allonger le délai de la garantie de conformité, ainsi que le suggère une proposition de loi n.º 4054

¹⁴² C. consom., art. L. 111-4.

¹⁴³ S. Castagné, *L'information sur la disponibilité des pièces détachées à nouveau sur le devant de la scène*, *Contrats-conc.-consom.* 2020, alerte 21.

¹⁴⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*

du 7 avril 2021 «visant à lutter contre l'obsolescence programmée : passer de la société du jetable à celle du durable»¹⁴⁵ qui propose, dans le respect des directives 2019/770 et 2019/771, d'étendre la durée de la garantie de conformité de deux à dix ans¹⁴⁶. En parallèle, la disponibilité des pièces détachées serait garantie *a minima* sur la durée de la garantie légale. La mesure peut paraître radicale, mais un tel délai serait certainement adapté à des biens du type chaudière, réfrigérateur, congélateur, gazinière... Une autre mesure moins radicale serait de moduler la durée de la garantie selon le type de biens, ainsi que cela existe aux Pays-Bas¹⁴⁷.

La protection du climat et de l'environnement est censée passer par la promotion d'autres mesures, d'origine française ou européenne, que l'on présentera rapidement: favoriser la production locale¹⁴⁸, inciter à la vente en vrac par le biais de la réglementation des pratiques commerciales «encouragées»¹⁴⁹, interdire de présenter une livraison comme «gratuite» sur les

¹⁴⁵ Déposée le 7 avril dernier à l'Assemblée nationale, elle a été renvoyée à la Commission des affaires économiques.

¹⁴⁶ La Suède propose une garantie d'une durée de trois ans et plusieurs pays prennent en compte la durée de vie moyenne du produit pour fixer la durée de la garantie (jusqu'à cinq ans en Islande et Norvège).

¹⁴⁷ Les Pays-Bas se basent sur la durée de vie moyenne attendue du produit, son prix, le type de magasin ou encore les informations des producteurs pour déterminer la durée de la garantie.

¹⁴⁸ S. Bernheim-Desvaux, Favoriser l'achat de produits locaux, Contrats-conc.-consom. 2021, Repère 6. Diverses obligations pèsent sur les professionnels en matière d'origine des denrées alimentaires, qui visent à permettre aux consommateurs sensibles aux questions environnementales d'acheter des produits locaux aux circuits de production courts (Loi n.º 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires (JO 11 juin 2020); v. également Bilan de la DGCCRF 2020, p. 62). De son côté, la Commission européenne s'est engagée à faire des propositions d'extension de l'indication obligatoire du pays d'origine ou de provenance dans le cadre de sa communication sur sa stratégie «De la ferme à la fourchette» (F2F)(v. Règlement (UE) 2018/775 relatif à l'indication de l'origine de l'ingrédient primaire, entré en vigueur le 1^{er} avril 2020).

¹⁴⁹ Pratique introduite par la loi AGECL et renforcée par la loi n.º 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (v C. consom., art. L. 120-1 C. consom.). V. S. Bernheim-Desvaux, Pratiques commerciales encouragées-L'incitation législative, Contrats-conc.-consom. 2020, Repère 3; X. Delpech, Le contrat dans la loi relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire, AJ Contrat 2020, p. 108; J.-D. Pelletier, L'art de légiférer en vrac: les pratiques commerciales encouragées, Contrats-conc.-consom. 2020, Alerte 16.

sites de vente en ligne¹⁵⁰, la gratuité étant on le sait bien illusoire, instaurer un prix plancher pour les livraisons de livres¹⁵¹, imposer aux fabricants de smartphones, ordinateurs, consoles, casques audio et autres enceintes la mise en place d'un chargeur universel et d'un port unique, l'USB C¹⁵².

C. Le défi de l'effectivité du droit

La doctrine française est unanime à déplorer le manque d'effectivité du droit de la consommation. Si les raisons de cette faiblesse sont nombreuses et tiennent à ce que ce droit n'est pas spontanément observé par ses destinataires et qu'il n'est pas suffisamment sanctionné par les tribunaux¹⁵³, les remèdes qu'il conviendrait d'y apporter le sont moins. On peut tenter néanmoins d'esquisser les unes et les autres.

Un droit mal appliqué par ses destinataires. Le droit de la consommation n'est pas suffisamment appliqué par les professionnels, tout simplement parce que ces derniers n'y trouvent pas intérêt, le coût des quelques actions aboutissant à une condamnation étant inférieurs aux gains réalisés du fait de la non application de la réglementation. C'est sans doute là le noeud de l'absence d'effectivité du droit de la consommation qui doit entraîner la mise en place de sanctions suffisamment dissuasives. Les risques réels que cela peut faire peser sur la compétitivité des entreprises ne sont pas un argument contraire convaincant, dans la mesure où il est aisé pour les professionnels d'échapper à ces sanctions en respectant la réglementation protectrice. Un des objectifs de la directive Omnibus est d'ailleurs d'homogénéiser et de renforcer les sanctions, mais son impact en France sera faible, le droit français étant déjà en conformité avec la majeure partie

¹⁵⁰ Proposition 35 Rapport Nicole Bonnefoy suite à une mission d'information sur le transport des marchandises et leurs nuisances.

¹⁵¹ Proposition de loi n.º 252 visant à améliorer l'économie du livre et à renforcer l'équité entre ses acteurs, adoptée par l'Assemblée nationale le 6 octobre 2021 et renvoyé(e) à la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication. La proposition concerne en premier lieu Amazon, accusé d'avoir contourné l'esprit de la loi Lang de 1981 sur le prix minimal du livre en facturant 0,01 euro la livraison.

¹⁵² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2021 modifiant la directive 2014/53/UE relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques (COM (2021) 547 final).

¹⁵³ G. Paisant, Droit de la consommation, op. cit., n.º 335.

des dispositions européennes. Il semblerait même que la France puisse se contenter de transposer la règle selon laquelle le défaut d'informations relatives au chiffre d'affaires annuel du professionnel pourra entraîner le versement d'une amende dont le montant maximal est d'au moins 2 millions d'euros.

La solution réside certainement dans les renforcements des pouvoirs de contrôle et de sanctions de la DGCCRF. La création par la loi DDADUE¹⁵⁴ d'une injonction numérique qui consiste à ordonner aux opérateurs en ligne ou autres fournisseurs d'accès à internet l'affichage d'un message d'avertissement informant les consommateurs du risque grave de préjudice que représente un contenu en ligne illicite est un premier pas¹⁵⁵. D'autres pistes ont été suggérées par la Cour de comptes¹⁵⁶. Prenant acte de ce que les consommateurs sont rarement indemnisés pour le préjudice subi, la Cour des comptes propose de prévoir la possibilité d'une indemnisation à l'occasion d'une transaction de la DGCCRF. Il serait également judicieux de présumer l'existence d'un préjudice du seul fait de la violation de la règle protectrice. Une autre proposition, partant du constat de la faiblesse du plafond des amendes en matière de clauses abusives (15 000 euros pour une personne morale (C. consom., art. L. 241-2)), consiste à rendre possibles les amendes en pourcentage du chiffre d'affaires. Faire une publicité systématique des sanctions prononcées devrait également avoir une vertu dissuasive. En définitive, la France doit décider si elle entend ou non se donner les moyens d'une véritable politique de contrôle du respect par les professionnels du droit de la consommation.

Le droit de la consommation est également mal appliqué par ses principaux destinataires, les consommateurs, alors même qu'une des finalités du droit est de faire du consommateur un contractant averti, apte à déjouer les pièges des professionnels et capable de renoncer à tout engagement si le produit ou service ne correspond pas à ses attentes ou à ses capacités finan-

¹⁵⁴ Il s'agit de tenir compte du règlement (UE) n.º 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n.º 2006/2004.

¹⁵⁵ Si cela ne suffit pas, la DGCCRF pourra ordonner le déréférencement de son auteur auprès de la plateforme concernée, voire une mesure de blocage temporaire du nom de domaine concerné.

¹⁵⁶ Rapport de la Cour des comptes sur l'action de la DGCCRF en matière de protection économique du consommateur publié le 12 mars 2018.

cières. Une des raisons de ce déficit d'application tient à l'ignorance dont font souvent preuve les consommateurs sur tout ce qui touche aux questions économiques et juridiques. Il est temps de former les consommateurs sur des sujets tels que la prévention et le traitement du surendettement, l'inclusion bancaire, les relations avec les banques et les assurances, le crédit... Depuis 2016, à l'instar d'autres pays, la France s'est dotée d'une stratégie nationale d'éducation économique, budgétaire et financière (EDUCFI), qui organise diverses manifestations à destination du grand public, de collégiens, de lycéens, ou encore de jeunes qui accomplissent leur Service National Universel. L'Etat français met en outre à la disposition des citoyens de nombreux sites informatifs¹⁵⁷. Positives, ces mesures sont néanmoins nettement insuffisantes.

Une autre raison tient au déficit d'intelligibilité du droit. De fait, souvent mal conçues, mal rédigées, les règles dégagées par les législateurs nationaux et européens manquent parfois leur cible. Comment croire que les obligations d'information, le plus souvent indigestes, peuvent être d'une quelconque utilité pour le consommateur qui ne les lit même pas, découragé par la longueur desdites mentions? Comment croire qu'un particulier se portant caution dans un crédit à la consommation ou au profit de tout créancier professionnel comprend ce que signifie pour lui le fait de mentionner de sa main qu'il renonce «*au bénéfice de discussion*»?¹⁵⁸. Comment croire que la multiplication des garanties auxquelles le consommateur peut recourir peut entraîner un surcroît de protection, le consommateur étant incapable de déterminer laquelle de ces actions lui est la plus favorable? A l'évidence, une simplification des règles serait la bienvenue. Elle est néanmoins illusoire, d'abord parce que la France est liée par des directives d'harmonisation totale dont le sens du détail n'a rien à envier à nos lois nationales, ensuite parce que s'est imposée l'idée, sans doute invérifiable, selon laquelle la précision de la règle serait un gage de son efficacité¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Service-public.fr; <https://abc-economie.banque-france.fr/>, www.citeco.fr.

¹⁵⁸ Aussi ne peut-on qu'approuver la suppression à compter du 1^{er} janvier 2022 de cette formalité par l'ordonnance n.º 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Le nouvel article 2297 du Code civil prévoit que la caution devra exprimer selon une formule choisie, mais dépourvue de toute ambiguïté, la nature et la portée de son engagement, en particulier s'il s'agit d'un cautionnement solidaire. La rédaction demeurera cependant un sujet d'une grande sensibilité et il conviendra d'y accorder le plus grand soin car la sanction demeure la nullité de l'engagement de la caution.

¹⁵⁹ Sur ces points, v. G. Paisant, *Droit de la consommation*, op. cit. n.º 336s.

Un droit difficilement sanctionné par les tribunaux. Le consommateur rechigne souvent, au vu des montants faibles en jeu, à saisir la justice. La solution réside pour le législateur français dans la promotion d'actions collectives portées par les associations de consommateurs destinées à défendre tant l'intérêt collectif des consommateurs que les intérêts individuels d'un groupe de consommateurs. C'est dans ce contexte que la loi Hamon de 2014 a doté la France de l'action de groupe sur le modèle des class actions américaines. Alors même que le bilan est modeste¹⁶⁰ et qu'une proposition pour un nouveau régime de l'action de groupe a été déposée le 15 septembre 2020, le droit de l'Union européenne a décidé, à son tour, de promouvoir les class actions à travers une directive 2020/1828 du 15 novembre de la même année¹⁶¹. Néanmoins, à l'instar de l'action de groupe à la française, la directive prévoit de réserver la qualité à agir à une «*entité qualifiée*», alors qu'il s'agit là d'un frein important au développement des actions de groupe qui a été constaté par la mission d'information, les associations de consommateurs n'ayant pas les moyens matériels et humains suffisants pour se lancer dans ces actions. En revanche, la directive et la proposition de loi se rejoignent sur l'idée que la partie gagnante doit se voir rembourser les frais engagés. La condamnation du professionnel au paiement d'une amende civile, promue par la France, est en revanche rejetée par la directive. Il n'est pas certain que la transposition de la directive suffise à redonner un souffle à l'action de groupe à la française.

A supposer la justice saisie, la partie n'est pas pour autant gagnée pour les consommateurs. Certes le juge français, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européen s'est vu reconnaître le pouvoir et, dans certains cas, le devoir de statuer d'office¹⁶². Mais le consommateur reste confronté au problème de la preuve. Imposer au consommateur la charge de la preuve revient le plus souvent à l'empêcher d'obtenir

¹⁶⁰ Un rapport d'information, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le bilan et les perspectives de l'action de groupe, a été présenté à la commission des lois le 10 juin 2020 et publié le 11 juin 2020. Une douzaine d'actions seulement ont été lancées pour des indemnisations limitées (G. Paisant, Droit de la consommation, op. cit., n.º 338).

¹⁶¹ La directive (UE) 2020/1828 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs du 25 novembre 2020 et abrogeant la directive 2009/22/CE. Les Etats membres ont jusqu'au 25 décembre 2022 pour s'y conformer. V. Ph. Métais et E. Valette, La directive actions représentatives: un nouvel élan pour les actions de groupe?, D. Actualités, 16 déc. 2020.

¹⁶² C. consom, art. R. 632-1.

gain de cause. Le législateur l'a bien compris qui impose ainsi au professionnel de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information¹⁶³, toute clause ayant pour effet d'inverser la charge de la preuve étant irrémédiablement présumée abusive¹⁶⁴. Mais, dans de nombreux autres cas, le consommateur se voit imposer une preuve bien difficile, ainsi du caractère déloyal de certaines pratiques commerciales dont la validité est présumée, ou plus généralement de la preuve de l'élément intentionnel des infractions dont se rendent coupables les professionnels. Un renversement systématique de la charge de la preuve, par son effet repoussoir, serait sans doute de nature à inciter les professionnels à respecter les règles protectrices.

A titre de conclusion, on fera valoir qu'il ne faut pas être trop exigeant vis-à-vis du droit de la consommation. Rétablir l'égalité est un mythe. Que le droit parvienne à corriger les excès du libre marché serait déjà une belle réussite. Pour ce faire, il est bien sûr nécessaire que le droit s'adapte aux nouveaux produits, aux nouvelles techniques d'échange. Mais, dans cette course en avant, le droit de la consommation sera toujours perdant. En revanche, un gage de son effectivité serait que les professionnels aient un intérêt financier à l'appliquer et que les juges disposent de principes généraux d'application et d'interprétation *in favorem* des règles protectrices.

¹⁶³ C. consom., art. L. 111-5.

¹⁶⁴ C. consom., art. R. 212-1, 12.^o.

DIRITTI DEI CONSUMATORI E MERCATO IN ITALIA

ALFREDO CALDERALE

SOMMARIO: *1. Il codice di commercio del 1882, il sistema corporativo e la protezione dei consumatori; 2. Gli interessi dei consumatori nel codice civile del 1942 e nella Costituzione del 1948; 3. La strutturazione del mercato unico europeo e i consumatori; 4. Il codice del consumo del 2006 e il sistema del diritto civile; 5. Il codice del consumo del 2006; 6. La nozione di consumatore; 7. Le nuove frontiere del diritto del consumo: il prosumerism e il consumo equo e solidale.*

1. Il codice di commercio del 1882, il sistema corporativo e la protezione dei consumatori

In Italia, il tema della protezione del consumatore nei confronti dei commercianti e delle imprese¹ fece la sua apparizione nell'ultimo scorcio

¹ Nella ricostruzione storica del diritto dei consumatori in Italia, la dottrina generalmente sottovaluta l'esperienza maturata tra la fine del XIX secolo e la caduta del fascismo e individua nel codice civile del 1942 il principio della storia del diritto del consumo. Per dar conto della nascita del diritto dei consumatori nelle società capitalistiche occidentali si prendono in considerazione la esperienza inglese e quella statunitense maturate negli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento perché all'epoca in Inghilterra e negli USA il consumo di massa era più sviluppato che altrove. Per quanto riguarda la vicenda statunitense, per molti studiosi il punto iniziale di riferimento è il messaggio inviato nel 1962 dal presidente J. F. Kennedy al congresso. In questo messaggio per la prima volta vennero enunciati i diritti dei consumatori identificati nei diritti di essere protetti dai prodotti pericolosi; di essere informati sulla natura dei prodotti; di essere difesi dalle insidie della pubblicità ingannevole; di scegliere i prodotti migliori a prezzi equi; di essere ascoltati dal governo; di risolvere

del secolo XIX in concomitanza con la crescita del settore industriale². Estremamente fragile dopo l'unità, l'industria fu favorita, a partire dagli anni Ottanta, da una politica di sostegno tradottasi, per molti settori, in protezionismo doganale³ e concessione di sussidi⁴. In questo scenario, furono gli economisti di ispirazione liberale, ostili agli indirizzi dei governi del Regno che intralciavano la libertà di commercio, a considerare la posizione del consumatore. Interrogandosi su chi ricadevano i costi di quella politica, essi affermarono che era pur sempre il sacrificio del consumatore italiano a consentire alle imprese nazionali di praticare prezzi competitivi sui mercati internazionali, come nel caso dei «filibustieri del cotone»⁵. Nella realtà, i

rapidamente le controversie con i produttori. Cfr. G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 18 s. Secondo A. SOMMA, *Dal diritto dei consumatori al reddito di cittadinanza: un percorso neoliberale*, in (a cura di) G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENKOVIC, *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, Trepress, 2018, p. 515 ss il diritto dei consumatori nasce grazie al «contributo fondamentale» del romanzo di U. Sinclair, *The Jungle*, New York, Doubleday Page & co., 1906 perché la descrizione delle miserabili condizioni dei lavoratori dei macelli di Boston indusse il governo a prendere alcune misure rilevanti, piuttosto che direttamente sul piano del diritto del lavoro, su quello del diritto dei consumatori. Infatti, il *Federal Meat Inspection Act* colpì il commercio di carne adulterata, stabilì standard sanitari per l'attività di macellazione e attribuì poteri ispettivi alle autorità amministrative. A sua volta, il *Pure Food and Inspection Act* disciplinando, in generale, il commercio di prodotti alimentari, ordinò che sulle etichette fossero indicati gli ingredienti degli alimenti e affidò alla pubblica amministrazione il compito di controllare la corretta applicazione delle disposizioni di legge. Di questa normativa l'A. individua un carattere destinato a segnare tutta l'evoluzione successiva del diritto dei consumatori, ossia che esso non era chiamato a «contrastare i fondamenti dell'ordine capitalista», ma a consolidarli.

² G. LUZZATO, *L'economia italiana dal 1861 al 1894*, Torino, Einaudi, 1968.

³ Sostenne il protezionismo considerandolo una necessità imposta dai tempi. U. RABBENO, *Il protezionismo americano*, Fratelli Dumolard Editori, 1893, p. 309 ss.

⁴ Alcuni settori ottennero protezionismo e sussidi pubblici da governi convinti che lo sviluppo, specialmente della grande industria, fosse un requisito fondamentale sia per l'assunzione di un ruolo di maggior prestigio del Regno d'Italia nel consesso europeo, sia per lo sviluppo «del lavoro nazionale» necessario alla prevenzione di conflitti sociali destinati inevitabilmente ad esplodere se non si fossero create nuove occasioni di lavoro per un paese sovrappopolato. Nel primo decennio del Novecento l'Italia entrò a far parte del ristretto numero delle nazioni industrializzate, anche se il decollo industriale sarebbe giunto a compimento alla fine della prima guerra mondiale senza tuttavia coinvolgere l'intera penisola. Sul punto, V. CASTRONUOVO, *Storia economica d'Italia Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Torino, Einaudi, 1995, p. 67 ss.

⁵ V. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, p. 138. Sulla convinzione di larghe fasce di contribuenti e consumatori che l'industrializzazione fosse un fenomeno artificioso e distorto, frutto più

consumatori oggetto delle riflessioni di quegli economisti potevano essere identificati essenzialmente negli appartenenti alla ristretta cerchia di coloro che erano in grado di acquistare non solo beni sussistenza, come la gran parte della popolazione, ma soprattutto beni voluttuari. Erano persone benestanti e dotate di cultura superiore alla media, appartenenti alla classe che, in virtù del censo, poteva esercitare il diritto di voto e avrebbe detenuto in esclusiva il potere politico fino all'introduzione delle leggi sul suffragio universale maschile del 1912 e del 1918. Erano soggetti elitari vicini al tipo ideale di consumatore rappresentato dagli esponenti della scuola classica, tra i quali Alfred Marshall e Vilfredo Pareto, come un agente economico perfettamente razionale, in possesso di complete informazioni, basi di decisioni ottimali, e isolato dagli altri sicché gli effetti connessi ai processi di interazione sociale e/o di appartenenza a gruppi o classi della società erano ininfluenti sulle sue scelte. Questi consumatori non erano considerati «deboli» e bisognosi di protezione giuridica, ma idealizzati come i «re» del mercato in grado, con le loro scelte, di decidere la sorte degli imprenditori i quali, operando in un regime disegnato come perfettamente concorrenziale, offrivano a essi merci e servizi di qualità sempre migliori e a prezzi sempre più convenienti per conquistarsene la preferenza⁶. Mentre gli economisti elaboravano le loro teorie, i consumatori appartenenti alle classi subalterne cercavano piuttosto di migliorare il proprio potere d'acquisto «associandosi in cooperative di consumo e di credito»⁷.

Abituati a leggere nelle norme giuridiche i rapporti sociali formalizzati, alcuni giuristi rifletterono sulla figura del consumatore in relazione alle concrete dinamiche di mercato innescate dal codice di commercio del

dell'intervento dello stato che dell'iniziativa privata, e fonte perciò di corruzione e privilegi V. CASTRONUOVO, *Grandi e piccoli borghesi*, Roma-Bari, Laterza, 1988, p. 8 ss.

⁶ Su Alfred Marshall e la scuola classica, A. RONCAGLIA, *Storia dell'economia mondiale. Breve storia del pensiero economico*, Bari, Laterza, 2016, p. 194 ss; F. SILVA, A. CAVALIERE, *I diritti del consumatore e l'efficienza economica in una società democratica ed evoluta*, in F. SILVA (a cura di), *I diritti del consumatore e l'efficienza economica*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 1996, p. 26. Si veda anche J. JACOBY, *Is It Rational To Assume Consumer Rationality? Some Consumer Psychological Perspectives On Rational Choice Theory*, in 6 *Roger Williams University Law Review*, 2000, p. 83 ss.

⁷ C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2012, p. 14. Si tratta della prolusione letta dal grande studioso il 12 dicembre 1898, inaugurando il suo insegnamento di diritto commerciale presso la regia Università di Roma, dove era stato chiamato per voto unanime della Facoltà giuridica. La prolusione fu pubblicata nella rivista *La riforma sociale*, 1899, p. 23 ss.

1882⁸, il quale aveva fatto ottima accoglienza agli interessi della borghesia industriale e commerciale in ascesa e aveva affiancato il codice civile del 1865, che rappresentava lo statuto della proprietà terriera e, più in generale, esprimeva i caratteri portanti dell'ideologia borghese⁹. Poiché il codice di commercio estendeva l'ambito di applicazione delle sue regole a tutti coloro che prendevano parte a un atto commerciale¹⁰ e cioè a chi trattava coi commercianti (art. 54)¹¹, ancora beneficiari di «quella posizione privilegiata che avevano saputo conquistarsi nella costituzione essenzialmente mercantile dei comuni medioevali»¹², la legge lasciava i consumatori «senza una sufficiente tutela»¹³. Perciò essi erano esposti a ogni sorta di inganni e soprusi legittimati in molti settori dagli usi, veri e propri «libri d'oro della borghesia»¹⁴, ai quali il codice lasciava grande spazio nel momento in cui, agli inizi del Novecento, cominciava ad emergere anche in Italia la diffusione di relazioni contrattuali di massa mediante il ricorso a contratti standardizzati. In un clima culturale segnato anche dalla diffusione del socialismo

⁸ Per un bilancio dell'esperienza del codice del 1882, 1882-1892. *Cento anni del codice di commercio. Atti del convegno internazionale di studi. Taormina 4-6 novembre 1982*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁹ N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, p. 4.

¹⁰ Seguendo l'impostazione del *code de commerce*, il codice di commercio italiano del 1882 aveva posto a fondamento della categoria della commercialità l'atto obiettivo di commercio (art. 3) rifiutando di dare rilievo al profilo professionale legato all'esperienza premoderna delle corporazioni che la rivoluzione francese aveva travolto. Al tempo stesso il codice del 1882 regolava l'ipotesi dell'esercizio professionale di atti di commercio prevedendo la figura del commerciante (art. 8) al quale erano destinate regole specifiche. In definitiva, il codice ruotava essenzialmente sul fenomeno del commercio occasionale, ma prendeva in considerazione anche quello esercitato in forma professionale. Nell'elenco degli atti obiettivi di commercio si trova menzionato il termine «impresa», ma con riferimento all'attuazione di una operazione economica, sia pure occasionale, realizzata attraverso una serie di atti di intermediazione. Cfr. C. VIVANTE, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, Ulrico Hoepli, 1935, XIII p. 25 ss. e F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall'«entreprise» all'«Unternehmen»*, Palermo, Carlo Saladino Editore, 2012.

¹¹ L'art. 54 disponeva che «Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge». Cfr. C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 35 s.

¹² C. VIVANTE, *I difetti sociali*, cit., p. 14.

¹³ C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 15 ss.

¹⁴ Questa è la nota affermazione di Arturo Labriola. In argomento, R. GUARIGLIA, *Il "capitalismo" di A. Labriola*, in *Rivista internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*, 1910, p. 357 ss.

giuridico e del c.d. diritto libero che conducevano una critica serrata all'ordinamento giuridico borghese e liberale¹⁵, alcuni giuristi, influenzati anche da quelle correnti di pensiero, presero sul serio la difesa del consumatore nel quadro di una riflessione più ampia sulla natura e la possibile nuova sistemazione del diritto commerciale¹⁶.

Evidenziati i difetti sociali e i limiti corporativi del codice di commercio, Cesare Vivante¹⁷ sostenne la esigenza di proteggere le classi deboli non solo all'interno della fabbrica¹⁸, ma anche sul mercato. Relativamente a questo ultimo punto auspicò l'unificazione dei due codici in un unico codice, il quale, aboliti i privilegi dei commercianti, avrebbe disciplinato la protezione dei consumatori. In una prospettiva simile si collocò Angelo Sraffa¹⁹, che, condannato «il soverchio individualismo onde è imperniata la vita mercantile»²⁰, considerava un codice unico delle obbligazioni «uno dei mezzi per raggiungere lo scopo di tutelare con criteri più obiettivi che è possibile i rapporti tra i commercianti e i consumatori»²¹. Lorenzo Mossa²² si concentrò sul tema dei contratti di adesione²³ con i quali le coalizioni e i cartelli imponevano «la loro volontà assoluta» minacciando «la libertà contrattuale» e che, in quanto tipici contratti di impresa, avrebbero meritato una disciplina speciale diversa da quella dei contratti ordinari²⁴. In alcuni scritti pubblicati tra la fine degli anni Dieci e l'inizio degli anni Venti del Novecento, Mossa, sensibile alle idee della dottrina tedesca, propugnò la necessità di assegnare la tutela del contraente debole non al legislatore, ma al giudice. Il giudice era chiamato non solo ad annullare le clausole di

¹⁵ G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 365 ss.

¹⁶ Ricostruisce il dibattito tra i commercialisti P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 247 ss.

¹⁷ Un sintetico, ma efficace ritratto della figura di VIVANTE è quello di M. LIBERTINI, *Vivante Cesare*, in (diretto da) I. BIROCCI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. N. MILETTI, *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Vol. II, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 2058 s.

¹⁸ C. VIVANTE, *I difetti sociali*, cit., p. 17 dove è sviluppata l'analisi della legislazione tedesca in tema di assicurazioni sociali dei lavoratori.

¹⁹ A. MONTI, *Angelo Sraffa*, in *Dizionario*, cit., Vol. II, p. 1908 s.

²⁰ A. SRAFFA, *La lotta commerciale*, in *Archivio giuridico italiano*, 1894, p. 20-21.

²¹ A. SRAFFA, *op. ult. cit.*, p. 20.

²² A. MATTONE, *Mossa, Lorenzo*, in *Dizionario*, cit., p. 1392; T. ASCARELLI, *Lorenzo Mossa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 738.

²³ G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 249 ss.

²⁴ L. MOSSA, *Studi sugli usi commerciali*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1922, I, p. 576.

un contratto di adesione accettate con la sottoscrizione di un documento e tuttavia non volute realmente dall'aderente²⁵, ma anche a operare la revisione del contratto²⁶, una posizione, quest'ultima che, data la sua radicalità, sarebbe stata successivamente ridimensionata²⁷. Le idee di Mossa attirarono le critiche di Alberto Asquini²⁸, studioso di scuola vivantiana e «personaggio di spicco del regime fascista»²⁹. Seguace dello «statalismo» alla Alfredo Rocco³⁰ e ostile alla incontrollabile discrezionalità del giudice³¹, Asquini affidava la tutela dei consumatori a interventi legislativi consistenti in norme inderogabili per i diversi tipi di contratto «come ne danno esempio le legislazioni straniere e il nostro progetto per il nuovo codice di commercio»³². In effetti, negli anni Trenta al tema della protezione dei consumatori impressero più intenso vigore il progetto di un nuovo codice commerciale,

²⁵ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1919, p. 414 ss. Adottando una prospettiva che si sarebbe dimostrata di grande attualità, egli distingueva le clausole essenziali, oggetto normalmente di negoziazione quali quelle riguardanti aspetti essenziali del contratto, come il prezzo, da quelle concernenti altri aspetti del rapporto, di solito ignorate dal consumatore. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. CHIODI, *Un pioniere*, cit., p. 233 s.

²⁶ L. MOSSA, *Il diritto del lavoro. Discorso inaugurale della R. Università di Sassari per l'anno accademico 1922-23*, Sassari, Stamperia della Libreria Italiana e Straniera, 1923, p. 12 s.

²⁷ L. MOSSA, *Saggio critico sul Progetto del nuovo Codice di Commercio*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1927, p. 188, dove si legge «non si ammette il potere di rivedere e modificare il contratto per parte del giudice».

²⁸ N. RONDINONE, *Asquini Alberto*, in *Dizionario*, cit., Vol. I, p. 116 ss.

²⁹ G. COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, p. 9.

³⁰ G. CHIODI, *Un pioniere*, cit., p. 264.

³¹ A. ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato?*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1927, I, p. 515: «Non occorrono commenti per intendere che questa è una formula buona solo per un codice di diritto libero. Ma noi non crediamo neppure possibile trovare un'altra formula generale da sostituire a quella proposta da Mossa».

³² A. ASQUINI, *op. loc. ult. cit.* In effetti, nel progetto del nuovo codice commerciale non mancavano norme inderogabili riferite a singole figure contrattuali. Ad esempio, nel contratto di trasporto di cose, si stabilì la inderogabilità delle norme sulla responsabilità del vettore, «salvo per i trasporti eseguiti a tariffe speciali adeguatamente inferiori alle tariffe ordinarie» (art. 448); nel contratto di assicurazione, il mancato pagamento del premio assicurativo alla scadenza non determinava la risoluzione immediata del contratto (art. 446) e la clausola di rinnovazione tacita del contratto non poteva avere effetto che di anno in anno, salva la facoltà di disdetta fino a trenta giorni prima della scadenza, nonostante qualsiasi patto contrario (art. 471).

del 1925, e la progressiva introduzione, nell'ordinamento giuridico dello Stato, del sistema corporativo³³ espresso nella Carta del lavoro del 1927. Nel nuovo scenario, infatti, si trattava di inquadrare la tutela del consumatore nella codificazione in cantiere e nei rapporti tra diritto commerciale e ordinamento corporativo³⁴. Secondo molti, nel rinnovato ordinamento giuridico l'individualismo dei codici liberali era destinato a essere superato in ragione dalla considerazione dei superiori interessi generali³⁵ e, pertanto, pur dividendosi sugli strumenti giuridici cui ricorrere, alcuni studiosi ritennero possibile limitare finalmente il potere delle grandi imprese solite angariare i consumatori mediante contratti-tipo, – cioè norme per fare un contratto, *il Normenvertrag* della pratica tedesca –, conclusi in sede di accordi economici tra produttori e commercianti e resi vincolanti secondo la legge n. 226 del 1930. Abbandonata l'idea di abrogare il codice di commercio non solo per la fiducia che vi si sarebbero apportati i necessari aggiornamenti, ma anche per salvaguardare il carattere aperto e vicino alla prassi internazionale del diritto commerciale che l'ordinamento corporativo avrebbe potuto insidiare³⁶ riducendo, al limite, anche l'autonomia delle imprese in nome di una radicale applicazione di principi corporativi³⁷ ispirata alle

³³ A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995.

³⁴ Nel ricostruire i problemi giuridici legati all'esperienza corporativa in Italia fino alla codificazione del 1942, A. JANNARELLI, *Asquini, Ascarelli e l'ordinamento corporativo*, Bari, Cacucci, 2021, p. 38 ss. osserva che le scelte del regime fascista sia per fronteggiare gli effetti della difficile coesistenza tra liberismo e democrazia, una crisi avviatasi in Europa tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, sia per promuovere la modernizzazione del paese si erano tradotte nell'eliminazione del pluralismo politico a vantaggio del partito unico e del pluralismo sindacale sostituito da sindacati unici per categorie economiche e dal loro futuro inserimento in un sistema basato sulle corporazioni. Agli inizi degli anni Trenta tali scelte sollevavano, sul piano giuridico privatistico, due questioni, ossia quella relativa alla speciale vincolatività del contratto collettivo di lavoro per tutti gli appartenenti alle categorie, una questione sulla quale era intervenuta la legge del 1926, n. 563, e quella relativa all'ambito applicativo degli accordi collettivi conclusi tra le varie categorie della produzione rappresentate da associazioni sindacali riconosciute a partire dall'art. 12 della legge 20 marzo 1930, n. 206 in riforma del Consiglio Nazionale delle corporazioni. Come si vedrà nel corso di questo lavoro ciò inciderà anche sulla specifica questione della tutela del consumatore.

³⁵ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1934, II, p. 1 ss.

³⁶ Questa fu la posizione di Cesare Vivante, espressa in contraddizione con le sue precedenti posizioni, nel saggio *I contratti-tipo nell'ordinamento fascista*, in *Commercio*, 1929, p. 4 ss.

³⁷ Suscitando le preoccupazioni degli industriali, nel convegno di Ferrara del 1932 Ugo Spirito aveva presentato le sue tesi sul protagonismo economico da assegnarsi alle istituende

tendenze anticapitalistiche presenti nella galassia fascista³⁸, alcuni giuristi aggiornarono le loro posizioni. Anche in presenza del sistema corporativo imperniato sulla rilevanza dei contratti normativi posti in essere dalle associazioni di categoria in materia di rapporti economici³⁹, Lorenzo Mossa continuò a sostenere che il giudice avrebbe potuto sindacare le clausole «dei contratti conclusi dalle imprese con il pubblico, conchiusi a mezzo di formulari»⁴⁰ i quali, «trattandosi di un fatto essenzialmente commerciale»⁴¹, avrebbero dovuto essere disciplinati come contratti di impresa dal codice di commercio riformato⁴². In questo quadro, il giudice avrebbe avuto il compito sia di risolvere il problema del rapporto tra «contratto performato e contratto individuale», sia di annullarne le clausole inique⁴³ non perché non volute dal consumatore, ma perché contrarie alla buona fede oggettiva⁴⁴, espressione dei nuovi valori⁴⁵. La buona fede oggettiva venne assunta come strumento di controllo di una operazione economica ispirato dalla considerazione non degli interessi dei singoli contraenti, ma dalla considerazione degli interessi dell'impresa, unica contraente, da un lato e

corporazioni e la legge 5 febbraio 1934, n. 163, inaugurando la c. d. fase corporativa del regime, istituì 22 corporazioni, aggregazioni di associazioni professionali per categorie o per ciclo produttivo attribuendo a esse un potere di iniziativa legislativa. Per la puntuale ricostruzione di queste vicende e del dibattito giuridico che animò quegli anni si rinvia ancora alla lucide pagine di A. JANNARELLI, *Asquini, Ascarelli*, cit., p. 78 ss.

³⁸ G. SANTOMARINO, *La terza via fascista. Il mito del corporativismo*, Roma, Carocci, 2006, p. 90 ss.

³⁹ Gli accordi sindacali di categoria potevano tradursi in contratti normativi unilaterali con cui le imprese di un determinato gruppo si obbligavano, reciprocamente, verso la propria organizzazione ad adottare un determinato contratto tipo nei confronti della rispettiva clientela oppure in contratti bilaterali, vale a dire contratti normativi adottati da due organizzazioni e obbligatori sia nei rapporti interni a ciascuna organizzazione, sia nei rapporti esterni, cioè nei confronti dell'organizzazione contrapposta in termini proprio di contratti collettivi. Così A. JANNARELLI, *Asquini, Ascarelli*, cit., p. 71.

⁴⁰ L. MOSSA, *Saggio critico*, cit., p. 187.

⁴¹ L. MOSSA, *op. loc. ult. cit.*

⁴² Per una critica, da questo punto di vista, al progetto di codice commerciale predisposto da Asquini, L. MOSSA, *Saggio critico*, cit., p. 181.

⁴³ Dopo aver annullato la clausola, il giudice avrebbe colmato la lacuna ricorrendo alle comuni fonti di integrazione del contratto, ossia al contratto stesso, alla legge, agli usi. Cfr. L. MOSSA, *Saggio critico*, cit., p. 188.

⁴⁴ G. CHIODI, *Un pioniere*, cit., p. 262 sottolinea, del tutto correttamente, che Mossa abbandonò la logica volontaristica a favore di una logica oggettiva.

⁴⁵ L. MOSSA, *Saggio critico*, cit., p. 188.

degli interessi dell'insieme dei contraenti dall'altro lato ⁴⁶. Fermo restando la centralità del giudice, magari specializzato⁴⁷ in materia commerciale, Mossa scrisse che «alla purificazione del contratto si può provvedere, in maniera preliminare col controllo pubblico dei contratti di adesione o addirittura con lo stampo corporativo e normativo dei contratti stessi»⁴⁸. Il giurista sardo individuava così nuove forme di controllo da affiancare a quello giudiziale.

Dal canto suo, Alberto Asquini continuava a sostenere il primato della legge sulle norme elaborate dalle corporazioni e, in questa prospettiva, faceva prudenti aperture di credito al sistema corporativo, realizzato compiutamente dalla legge 5 febbraio 1934, n. 164⁴⁹. Egli auspicava un controllo sui contratti-tipo ad opera degli organi corporativi ritenendoli capaci di convincere «le categorie organizzate che è nel loro stesso interesse di tenere più equo conto degli interessi dei consumatori» e di «contenere gli abusi delle imprese» inosservanti delle regole convenzionali approvate e disposte a correre il rischio di subire le sanzioni amministrative e penali che sarebbero state fissate dalla legge⁵⁰. Una più intensa fiducia nel sistema corporativo manifestarono Cesare Vivante e Tullio Ascarelli. Cesare Vivante espresse il convincimento che la contrattazione collettiva, condotta dai gruppi e dalle federazioni, esperti più dei giudici e dei professori nel campo dei rapporti commerciali, avrebbe senz'altro favorito «l'equa revisione» dei contratti-tipo elaborati in sede di accordi economici tra produttori e commercianti⁵¹. Negli ultimi anni del suo glorioso magistero, questa posizione si risolse sorprendentemente nell'abbandono del suo approccio 'consumeristico' per non intaccare le aspettative di profitto delle imprese desiderose di vendere ai consumatori le merci alle stesse condizioni alle quali le

⁴⁶ L. MOSSA, *op. loc. ult. cit.*, dove si legge che «è solamente nei confronti della generalità che può dirsi se il contratto è equo o iniquo».

⁴⁷ L. MOSSA, *Principii di diritto economico. II. Influenza del diritto dell'economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali* (1934), in ID., *L'impresa nell'ordine corporativo*, con prefazione di G. BOTTAI, Firenze, Sansoni, 1935, p. 113, dove si legge. «Quello che conta è la considerazione effettiva dell'interesse economico collettivo, che si garantisce meglio col tipo di magistratura economica arbitrale, invece che con un tipo più rigido di magistratura».

⁴⁸ L. MOSSA, *op. ult. cit.*, p. 111.

⁴⁹ Sulle riserve di Asquini verso il sistema corporativo dopo il 1934, A. JANNARELLI, *Asquini, Ascarelli*, cit., p. 79 ss.

⁵⁰ A. ASQUINI, *I contratti tipo davanti al Consiglio delle corporazioni* (1932), in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 11.

⁵¹ C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale*, cit., p. 117.

avevano acquistate⁵². Nel quadro di una raffinata e complessa ricostruzione del sistema corporativo, Tullio Ascarelli, intervenendo nel dibattito sulla riforma dei codici, ritenne che, non ai codici, ma alla disciplina dettata in via corporativa o in via di legislazione speciale sarebbe toccato il compito «di proteggere il contraente più debole con particolare riguardo ai contratti di adesione con le grandi imprese»⁵³.

Molte delle riflessioni di questo periodo sarebbero state riprese e sviluppate da giuristi impegnati nella difesa dei consumatori nella diversa cornice giuridica segnata dalla Costituzione del 1948, che avrebbe formalizzato il disegno di una nuova società da edificare sulle macerie della dittatura fascista e da sviluppare economicamente mediante una dinamica di mercato liberata dai vincoli corporativi. In questo nuovo scenario, va richiamato, per la sua intatta attualità, il pensiero di Tullio Ascarelli, espresso nei primi anni Cinquanta del Novecento, sul legame tra la posizione del consumatore e i principi della libertà di iniziativa privata e di libera competizione. In continuità con il pensiero del suo maestro Cesare Vivante, Ascarelli sostenne che è nell'interesse del consumatore il corretto funzionamento del mercato concorrenziale basato sui principi suddetti i quali, «garantiscono quel massimo benessere collettivo che vanamente sarebbe perseguito da regolamenti autoritari; i consociati vengono considerati come esseri razionali e maturi, perciò giuridicamente uguali, e non più come fanciulli da guidare dall'alto»⁵⁴.

⁵² C. VIVANTE, *Ancora del contratto-tipo o meglio delle clausole tipiche del contratto*, in *Commercio*, 1931, I, p. 147, dove si legge che i contratti-tipo adottati dalle imprese secondo la legge del 1930 «mancherebbero il loro scopo se avessero efficacia solo nella cerchia dei produttori e dei commercianti. Produzione, commercio e consumo segnano tre fasi inscindibili per cui passa la circolazione delle merci; se non incidessero di regola sui consumatori, le norme dettate dl Consiglio Nazionale (delle Corporazioni) cadrebbero in un corto circuito perché si romperebbe la catena delle operazioni che formano il mercato, con grave pregiudizio dei produttori e dei commercianti che invano attenderebbero di passarle ai consumatori alle stesse condizioni cui dovettero acquistarle».

⁵³ T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 25 e specialmente c. 34 dove egli, a rinforzo della sua posizione, cita l'esempio del contratto di assicurazione, un campo nel quale «la legislazione speciale è intervenuta, sancendo la necessità della previa approvazione delle condizioni generali di polizza e delle tariffe sulle assicurazioni vita; sottoponendo ogni impresa di assicurazione a un controllo amministrativo e così tutelando in via di diritto pubblico, e subordinatamente agli interessi superiori, l'assicurato, con una disciplina che ha particolari pregi di elasticità e aderenza alla realtà».

⁵⁴ T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1952-53, p. 47; e *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*,

2. Gli interessi dei consumatori nel codice civile del 1942 e nella Costituzione del 1948

Dal codice civile del 1942⁵⁵, che assorbì la materia del codice di commercio, la disciplina dei rapporti privati fu sistemata, uscendone «commercializzata»⁵⁶, intorno al tema dell'impresa, trattato nel libro V, il quale, per ragioni di evidente demagogia legate alla dottrina del corporativismo fascista⁵⁷, s'intitola «del lavoro» e non, appunto, «dell'impresa», come pure era stato suggerito. La nuova impostazione non rispondeva soltanto alle sollecitazioni politiche dell'epoca, ma rifletteva anche lo sviluppo della società capitalistica italiana, passata da un'economia prevalentemente agraria a una fase di industrializzazione nella quale le imprese operavano con strategie aggiornate nei confronti dei consumatori. Come centro di riferimento di specifici interessi i consumatori, però, non furono neanche menzionati⁵⁸ dal nuovo codice il quale, a significare il sostegno accordato all'offerta di

in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 873. Cfr. M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato. Rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2019, p. 184.

⁵⁵ Sulla codificazione del 1942, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, Laterza, 1991.

⁵⁶ Intorno alla c.d. commercializzazione del diritto privato, si rinvia all'agile rassegna di riflessioni organizzata da F. MACARIO e M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Bari, Cacucci, 2010, p. 74 ss.

⁵⁷ Nel codice civile del 1942 fu espressione dell'ideologia corporativa la Carta del lavoro che, dal 1927, anno in cui fu redatta, fino al 1940, aveva avuto il valore di puro e semplice programma politico. La legge 30 gennaio 1941, n. 14, riconobbe, invece, alle «dichiarazioni» della Carta il carattere «di principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» chiamati a fornire «il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge». Il decreto 16 marzo 1942, n. 262 approvò «il testo del codice civile preceduto dalle disposizioni sul valore giuridico della Carta del lavoro, dal testo della Carta del lavoro, approvato dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927, e dalle Disposizioni sulla legge in generale». Con la caduta del fascismo, abrogato l'ordinamento corporativo dal r.d. l. 9 agosto 1943, n. 721, le incrostazioni fasciste del codice civile furono eliminate dal d.r.d. l. 20 gennaio 1944, n. 25 e dal r.d. l. lgt 14 settembre 1944, n. 287. Più in generale, sul rapporto tra ideologia fascista e codificazione del 1942, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁵⁸ Del consumatore si trova traccia nella *Relazione al codice civile*, n. 1046, dove si legge «In stretta connessione con la materia della concorrenza si è voluto fissare il principio, già contenuto in leggi speciali, e cioè l'obbligo da parte di tutte le imprese, che si trovano in condizioni di monopolio legale, di contrattare con chiunque lo richieda, osservando la parità di trattamento (art. 2597). Un tal principio si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza».

beni e servizi, trattava «in modo neutrale»⁵⁹ le varie figure che agivano dal lato della domanda, come il compratore, il mutuatario, il trasportato etc. Di conseguenza, per lungo tempo, l'esito del conflitto tra imprese e consumatori sarebbe stato determinato essenzialmente dalle dinamiche di un mercato sbilanciato a favore delle imprese a causa della centralità accordata alla libertà negoziale, presto liberata dai vincoli corporativi, dall'ampia possibilità di trasferire rischi sul consumatore garantita ai produttori dagli artt. 1228 e 1229⁶⁰ e dall'imputazione all'agente dei soli danni deliberatamente voluti o cagionati per negligenza⁶¹. Inoltre, a uno dei modi di operare più consolidato delle imprese, consistente nel ricorso a contratti *standard*, il nuovo codice civile faceva buona accoglienza accordando al consumatore una tutela di carattere puramente formale mediante una disciplina che, benché abbia costituito una novità rispetto alle precedenti codificazioni, sarebbe stata presto giudicata insoddisfacente dal punto di vista della protezione del contraente debole e addirittura uno strumento di sostegno delle imprese⁶². Infatti, riconosciuta come legittima la pratica di predisporre o utilizzare, se elaborate da terzi, condizioni generali di contratto utili a regolare in modo uniforme i rapporti contrattuali con evidente e vantaggioso risparmio di costi transattivi ed, eventualmente, di quelli relativi a liti giudiziarie⁶³, gli artt. 1341 e 1342 dispongono che tali condizioni sono

⁵⁹ G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 19.

⁶⁰ Gli articoli in parola stabiliscono la nullità di qualsiasi patto che escluda la responsabilità del debitore di una prestazione per dolo o colpa grave anche in relazione ai fatti dolosi o colposi degli ausiliari, ma in riferimento al venditore di beni o servizi sono giudicati «strumenti di controllo davvero poco incisivi» da G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 78.

⁶¹ Sulla funzione ideologica del principio «nessuna responsabilità senza colpa», destinato a favorire le imprese, L. GREEN, *Traffic Victims: Tort Law and Insurance*, Evaston, III, 1958, p. 31.

⁶² M. DOSSETTO *Condizioni generali di contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. III, Torino, Utet, 1959, p. 1109 ss.

⁶³ Di questo dato era lucidamente consapevole la *Relazione al codice civile*, n. 632, dove si legge del «bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa». Preso atto che «la realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione per un acceleramento del processo produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili», ferma restando la necessità di «ovviare a ogni abuso, anzitutto dando efficienza giuridica solo alle condizioni generali che al momento del contratto il cliente aveva conosciuto o avrebbe dovuto conoscere, in secondo luogo, dichiarando nulle le clausole di particolare gravità, se sulle stesse non sia stata specificatamente richiamata la sua attenzione».

efficaci⁶⁴ se al momento della conclusione del contratto l'altro contraente le abbia conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza; impongono la doppia sottoscrizione per le clausole c.d. vessatorie e sanciscono la prevalenza, sul testo a stampa, delle clausole aggiunte al modulo o formulario. A queste norme deve aggiungersi l'art. 1370, il quale stabilisce che, in caso di dubbio, la clausola predisposta debba essere interpretata nel senso meno favorevole al predisponente, una disposizione che, in concreto, ha avuto una non soverchia rilevanza. Considerando il dettato degli artt. 1341 e 1342, sul piano sistematico si è discusso, relativamente alla conoscibilità delle condizioni generali, del «principio della volontà temperato da quello della responsabilità»⁶⁵ nella conclusione del contratto, una formula che, sul piano della logica economica, significa una divisione dei costi che le parti devono sopportare rispettivamente per rendere disponibili le informazioni e per attingerle. Con riguardo alla sottoscrizione di clausole vessatorie si è sottolineato che si tratta di «un adempimento aggiuntivo nel procedimento formativo del contratto» necessario ad attirare l'attenzione e la riflessione dell'aderente che non le abbia negoziate⁶⁶. La legittimazione legislativa dei contratti *standard* ha condizionato la giurisprudenza la quale ha deciso che l'art. 1341 doveva valutarsi restrittivamente; che l'elenco del secondo comma si doveva considerare tassativo⁶⁷ e che, per integrare la specifica approvazione, bastava un'indicazione sufficiente a suscitare attenzione, quale quella che richiama il numero o il contenuto delle singole clausole⁶⁸. Dunque, sono rimasti essenzialmente inascoltati coloro i quali

⁶⁴ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo primo, in (diretto da) R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1992, p. 290 sottolineano l'ambiguità della espressione «non hanno effetto» di cui all'art. 1341, comma 2, del codice civile che lascia aperta la questione se si tratti di nullità o di inefficacia; indicano le decisioni giurisprudenziali che hanno oscillato tra queste alternative e, «venendo alla sostanza dei problemi», ritengono che il difetto di sottoscrizione può essere fatto valere anche dal predisponente e può essere rilevato di ufficio; che la mancanza di effetti della clausola vessatoria non sottoscritta non incide sulla efficacia del contratto *standard* per la restante parte e che la lacuna aperta dalla mancata sottoscrizione della clausola vada colmata dal diritto dispositivo.

⁶⁵ L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1948, p. 198,

⁶⁶ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 292.

⁶⁷ In questa prospettiva, Cass., 29 maggio 2014, n. 12044, in *Archivio Foro it.*, ha escluso che un comune il quale, in virtù di una clausola del contratto di appalto, trasferisce all'appaltatore l'obbligo di manutenzione e sorveglianza delle strade pubbliche, realizza una limitazione della propria responsabilità per i danni subiti da terzi.

⁶⁸ Cass. 1 marzo 1998, n. 2849, in *Foro it.*, Rep., 2000, voce *Contratto in genere*, n. 162.

avevano prospettato il superamento del controllo di carattere formale *ex* art. 1341, comma 2, del codice civile. Essi operarono a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, segnati dal clima innovatore innescato anche dal c.d. uso alternativo del diritto⁶⁹, deciso a limitare il potere economico più invadente nel segno di più equi rapporti sociali. Quegli studiosi avevano proposto di interpretare il requisito della conoscibilità come ‘comprensibilità’ delle clausole vessatorie⁷⁰; di ampliarne l’elenco e di integrare il contenuto dell’ accordo sulla base del principio di buona fede e di norme, come l’art. 1183⁷¹ e 1349⁷² del codice civile, che prevedono l’ intervento del giudice nel rapporto tra le parti⁷³, e si richiamavano all’esperienza tedesca nella quale i giudici utilizzavano la clausola generale di buona fede *ex* § 242 del *BGB* per qualificare le clausole vessatorie come inique e perciò inefficaci.

Come gli altri codici europei e gli ordinamenti di *common law* fino ai primi decenni del Novecento, il codice civile italiano, probabilmente a causa della relativa novità dell’espansione della produzione dei beni di consumo, non ha preso in specifica considerazione un altro tema topico, la responsabilità del produttore per i danni causati da prodotti difettosi⁷⁴. Non sono state in grado di fondare questa responsabilità le disposizioni in tema di compravendita relative alla responsabilità del venditore per i vizi della cosa venduta (art. 1490 ss del codice civile) perché, a parte la specifica logica di quelle regole incompatibile con i moderni sistemi di produzione⁷⁵, esse risultano applicabili solo ai rapporti tra il dettagliante e l’ acquirente finale e non ai rapporti tra quest’ultimo e il produttore che li ha immessi sul mercato

⁶⁹ P. BARCELLONA, *L’uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, Bari, Laterza, 1973. Per un bilancio di quella stagione, P. COSTA, *L’alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni Settanta*, in *Democrazia e diritto*, 1987, p. 18.

⁷⁰ V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 184 ss.

⁷¹ L’art. 1183 disciplina l’intervento del giudice nella fissazione del termine per l’adempimento del debitore.

⁷² L’art. 1349 regola l’intervento del giudice nel caso in cui la determinazione della prestazione dedotta in contratto è stata deferita a un terzo.

⁷³ F. MACARIO, *L’autonomia privata*, in L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*. Milano, Giuffrè, p. 119 ss. Per un esame delle posizioni della dottrina su questo tema fino agli anni Novanta del secolo scorso, G. SMORTO, *Clausole abusive e diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2001, p. 128 ss.

⁷⁴ G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo. I profili precontrattuali*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 3 ss.

⁷⁵ G. GHIDINI, *op. ult. cit.*, p. 44 osserva che quelle regole presupponevano che il venditore fosse in grado di controllare le condizioni dei beni che offriva.

per mezzo dei distributori, benché proprio il produttore, grazie anche alla pubblicità, sia la vera controparte ‘sociale’ del consumatore. Infruttuosi sono stati anche i tentativi di certi giuristi italiani di fondare questa responsabilità sul «contatto sociale» tra produttore ed acquirente⁷⁶, figura, quella del contatto sociale, creata nell’ambiente giuridico tedesco⁷⁷ e che, nel nostro ordinamento, alcuni ritenevano di poter costruire sugli artt. 1337⁷⁸ e 1338⁷⁹ del codice civile. Di conseguenza, a partire dagli anni Sessanta del Novecento, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato strategie di protezione del consumatore fondate sulla responsabilità extracontrattuale del produttore secondo gli artt. 2043 ss del cod. civ. anche se la necessità di provare la colpa del convenuto, individuando un comportamento negligente all’interno del processo produttivo, limitava di molto la possibilità di consumatori danneggiati di ottenere un risarcimento. Per aggirare l’ostacolo, alcuni studiosi hanno preso ad invocare l’art. 2049 del codice civile sostenendo la responsabilità oggettiva dell’imprenditore per il difetto del prodotto che evidentemente derivava da una attività dei suoi dipendenti⁸⁰. Altri hanno cercato di ricorrere all’art. 2050 del codice civile, sulla responsabilità per l’esercizio di attività pericolose, in particolare per la responsabilità da prodotti farmaceutici⁸¹ e sono stati seguiti da alcuni giudici⁸². Ma la maggior parte delle corti, senza allontanarsi dallo schema della responsabilità per colpa, hanno stabilito che la colpa del fabbricante, soggetto al principio del *neminem laedere*, può essere dimostrata dall’esistenza stessa del difetto. *Leading case* di tale impostazione è stato il caso *Schettini c.*

⁷⁶ Cfr. D. CONSERVA, G. MINUNNO, G. PANZA, *Impiego del contratto e disciplina degli affari*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, Bari, Laterza, 1972, p. 265 ss, un contributo appartenente al filone dell’uso alternativo del diritto particolarmente vivace, in quegli anni, nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari per l’impegno degli allievi di Nicolò Lipari.

⁷⁷ In argomento, A. M. GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, in *Teoria e Storia del diritto privato*, 2018, p. 1 ss.

⁷⁸ L’art. 1337 dispone che le parti devono comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

⁷⁹ L’art. 1338 prevede la responsabilità del contraente che ha taciuto all’altro una causa d’invalidità del contratto.

⁸⁰ G. ALPA, *Responsabilità dell’impresa e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 394; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 164.

⁸¹ U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 268 ss.

⁸² Trib. Roma, 27 giugno 1987, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, p. 475; Trib. Forlì, 7 maggio 1976, in *Giurisprudenza italiana*, 1978, I, 2, c. 479.

*Saiwa*⁸³, segnato dalla stessa logica del caso inglese *Doneghue vs Stevenson* di quasi trent'anni precedente⁸⁴. Il caso deciso oltremania aveva consentito di superare lo schema della formale estraneità tra produttori e acquirente finale del bene garantita dalla teoria della *privacy of the contract* grazie alla quale il produttore si era sottratto alla responsabilità per i danni causati dai beni difettosi⁸⁵.

Neanche la Costituzione del 1948 ha espressamente riconosciuto i diritti dei consumatori come invece hanno fatto carte costituzionali più recenti. Per esempio, la Costituzione spagnola del 1978⁸⁶ e la Costituzione brasiliana del 1988⁸⁷ hanno impegnato il legislatore a porre in essere politiche di tutela dei consumatori. La nostra Carta contiene, però, disposizioni che, in assenza di una specifica legislazione, hanno consentito alla dottrina di teorizzare la protezione del consumatore dal punto di vista della tutela della persona (art. 2) individuando i limiti dell'iniziativa economica privata che non deve offenderne la dignità, la sicurezza e la salute e deve conformarsi all'utilità sociale (art. 41)⁸⁸.

3. La strutturazione del mercato unico europeo e i consumatori

In Italia, l'affermazione di una avanzata disciplina del consumo si deve alla progressiva strutturazione, ad opera delle istituzioni comunitarie e della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di un mercato coincidente con

⁸³ Cass., 25 maggio 1964, in *Foro it.*, 1965, I, c., 2098 relativa a un caso in cui l'attore aveva comprato una scatola sigillata di biscotti avariati e aveva sofferto di una interocolite, seguita, a distanza di anni, da Cass. 29 ottobre 1980, in 5795, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1981, p. 392.

⁸⁴ (1932), AC, 560. Peraltro, la prima sentenza sulla responsabilità civile da prodotti fu elaborata da B. N. Cardozo in *McPherson vs Winchester*, in 217 N.Y. 382, 111 NE 1050 (1916).

⁸⁵ Ripercorrono questa vicenda, P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in (diretto da) R. SACCO, *Trattato*, cit., 1998, p. 699 ss. e U. RUFFOLO, *Tutela del consumatore*, in N. IRTI, *Dizionario del diritto privato*, I. Diritto civile, Milano, Giuffrè, 1980, p. 827 ss.

⁸⁶ Nel quadro dei principi che reggono la politica sociale ed economica, l'art. 51 impegna i pubblici poteri a garantire la difesa dei consumatori e degli utenti proteggendone, mediante provvedimenti efficaci, la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici; promovendone l'educazione e l'informazione, sviluppandone e consultandone le organizzazioni.

⁸⁷ L'art. 5, XXXII prometteva che lo Stato avrebbe promosso, nella forma di legge, la difesa del consumatore e l'art. 48 delle disposizioni transitorie affermava che il Congresso avrebbe elaborato il *código de defensa do consumidor* entro centoventi giorni dalla promulgazione della Costituzione.

⁸⁸ G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 39 ss.

i confini dell'Unione europea e sempre più integrato. In questo mercato il consumatore è stato chiamato a svolgere il ruolo di arbitro della concorrenza delle imprese grazie a strumenti giuridici in parte originali, frutto anche della comparazione tra i diversi pacchetti normativi nazionali⁸⁹.

Nel primo periodo di vita della Comunità Europea, vale a dire dal 1957, anno della firma del trattato di Roma, istitutivo della Comunità, al 1986, quando fu sottoscritto l'Atto Unico, l'obiettivo degli Stati membri fu quello di dar vita a un mercato comune nel quale potessero svolgersi gli scambi tra i Paesi della Comunità. Per creare il mercato comune furono eliminate le barriere che ostacolavano la circolazione fisica delle merci, dei capitali e delle persone e furono combattute le intese anticoncorrenziali. In questa fase un ruolo decisivo fu svolto dalla Corte di Giustizia CE. Ricorrendo agli artt. 30 e 36 del Trattato, essa operò in modo da superare le difficoltà incontrate nel processo di armonizzazione delle normative nazionali, soprattutto di quelle che avrebbero dovuto individuare le caratteristiche tecniche delle merci, difficoltà causate dal monopolio legislativo di cui i singoli stati erano rimasti titolari⁹⁰. A partire dal caso *Cassis de Dijon*⁹¹ del 1979 la Corte decise che, se determinati prodotti circolavano nei paesi di origine conformemente alle norme tecniche in essi vigenti, gli altri paesi non ne potevano impedire la circolazione al loro interno per il fatto che quei prodotti erano soggetti a una disciplina domestica più rigorosa⁹². In quanto destinata a premiare i prodotti qualitativamente più scadenti, l'equivalenza delle diverse discipline tecniche in termini di «integrazione negativa» se, da un lato, disattivava le barriere tra i vari mercati nazionali, dall'altro, alterava la

⁸⁹ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 969 ss.

⁹⁰ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in (a cura di) N. LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, Cedam, 2003, p. 4; A. CALDERALE, *O mercado unico europeo e as fontes o direito privado europeu*, in *Revista da EMERJ*, 2001, p. 11 ss.

⁹¹ *Rewe Zentral AG (Cassis de Dijon) c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, causa 120/78, in *Racc.*, 1979 p. 649.

⁹² In questa prospettiva ciascuno dei paesi della Comunità conservava la propria specificità in ordine alla normativa, espressa dal diritto civile e dal diritto commerciale, relativamente ai soggetti economici, alle disposizioni sul contratto in generale e ai singoli tipi contrattuali, regole tipiche del mercato. Per tale ragione è stato correttamente affermato che il mercato «comune» si basava sull'idea della comunicazione dei mercati nazionali che rimanevano pur sempre diversi anche se condividevano un certo numero di regole aventi lo scopo di eliminare l'ostacolo alla eguale comunicazione tra di essi. Cfr. N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in (a cura di) N. LIPARI, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 70 s.

competizione tra le imprese favorendo quelle inclini a seguire parametri meno rigorosi e costosi di produzione, corrompeva gli stessi gusti dei consumatori e li dotava solo di una soglia minima e non negoziabile di tutela della salute e della sicurezza⁹³. In questo quadro segnato dalla centralità dell'attività produttiva dell'impresa, si spiega l'attenzione riservata al tema della responsabilità per prodotti difettosi, oggetto di specifiche direttive⁹⁴. Esse proteggevano l'interesse dei consumatori alla loro integrità fisica e a quella dei loro beni e perciò organizzavano una soluzione nella quale la responsabilità extracontrattuale interagiva con sistemi di regolamentazione amministrativa ed era coadiuvata, in alcuni casi, dalla disciplina penalistica⁹⁵.

A partire dall'Atto Unico è stato fissato l'obiettivo di costruire un mercato interno coincidente con l'intero territorio dell'Unione europea, o, meglio, di costruire tanti mercati unici per i singoli comparti (beni, servizi, prodotti finanziari etc.) destinati a sostituire progressivamente i vari mercati nazionali. Secondo i trattati il mercato interno è segnato non soltanto da una dimensione puramente economica, nell'ambito della quale bisogna assicurare «un livello elevato di protezione del consumatore»⁹⁶, ma anche da una dimensione sociale per cui si instaura un forte collegamento tra le libertà economiche e il catalogo dei diritti fondamentali⁹⁷ secondo i postulati della economia sociale di mercato. Stando a questa impostazione, imperniata sulla garanzia di protezione della libertà economica (e della proprietà privata) che si pone come corollario della libertà politica, il miglior funzionamento del mercato deve prevedere la protezione dei diritti

⁹³ L'art. 30 vietava le restrizioni quantitative all'importazione fra gli Stati membri nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. L'art. 36 lasciava impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione o al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico e antropologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale.

⁹⁴ Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 *relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *GUCE*, 7 agosto 1985, N L 210/29; direttiva 29/59 CEE del Consiglio del 29 giugno 1992 *relativa alla sicurezza generale dei prodotti*, in *GUCE*, 11 agosto 1992, N. L. 228/24.

⁹⁵ F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in (a cura di) N. LIPARI, *Trattato*, cit., Vol. IV, p. 515 ss. e, per i più recenti sviluppi della materia, G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 419 ss.

⁹⁶ Artt. 4, par. 2, lett. f; 12; 114, par. 3; 169 TFUE.

⁹⁷ Art. 26, par. 2 TFUE e art. 3, par. 3 TUE. Cfr S. WEATHERILL, *Law and Values in the European Union*. Oxford Scholarship Online, 2016.

fondamentali dei consumatori e degli utenti⁹⁸ non solo per tutelare la persona in se stessa, ma anche perché tali diritti, comportando l'innalzamento degli standard qualitativi dei beni e dei servizi, costituiscono un incentivo alla efficienza delle imprese⁹⁹. Il mercato, inoltre, dev'essere presidiato da un ordine statale forte, in grado di fronteggiare la pressione dei gruppi di interesse e di arginare ogni sorta di attività mirante allo sfruttamento di rendite di posizione in modo da favorire la “*vollständige Wettbewerbs*”, la concorrenza completa¹⁰⁰.

Confermato dai trattati di Maastricht del 1992, di Amsterdam del 1997 e di Lisbona del 2007, il programma di strutturare il mercato europeo ha comportato anche la modifica di alcune disposizioni fondamentali relative al funzionamento delle istituzioni dell'UE. Le nuove regole hanno cercato di rendere efficiente e il più democratica possibile la produzione normativa, consistente in direttive e regolamenti, chiamata a intaccare il precedente primato della Corte di Giustizia che era stata coadiuvata dalle corti nazionali e dalla Commissione. È stato, quindi, valorizzato, anche se in misura insufficiente, il ruolo del Parlamento, è stato assegnato un compito essenziale agli organi di governo dell'Unione¹⁰¹ ed è stata affidata al principio di sussidiarietà la funzione di raccordo tra la centralizzazione e la decentralizzazione dei processi decisionali e legislativi¹⁰².

La strutturazione di un mercato unico ha reso necessari interventi normativi molto articolati, capaci di erodere le differenze tra le diverse discipline nazionali e sostituirle con nuove regole comuni, recepite dai singoli ordinamenti. Dal lato dell'offerta, il legislatore ha avuto cura di armonizzare le discipline privatistiche riguardanti sia i protagonisti delle attività produttive¹⁰³, sia le singole operazioni negoziali. Allo scopo rendere omogenei i

⁹⁸ G. GHIDINI, *I diritti dei consumatori come civil rights del mercato*, in L. KLEISTA DOSI, *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, Cleup, 2000, p. 43 ss.

⁹⁹ S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, p. 365 ss.

¹⁰⁰ Per un esame delle leggi a tutela della concorrenza nell'ottica del *consumer welfare*, R. PARDOLESI, *(Almost) Everything you always wanted to know about the principle of consumer welfare in antitrust law*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 1 ss.

¹⁰¹ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2020, p. 143 ss.

¹⁰² Cfr l'art. 5, comma 3, TUE e il Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

¹⁰³ Si veda la raccolta di studi in (a cura di) N. LIPARI, *Trattato*, cit., Vol. *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti. I soggetti*, p. 293 ss.

costi di produzione delle imprese ha anche sostituito ai vari pacchetti nazionali di regole tecniche, a suo tempo resi equivalenti dalla Corte di giustizia, disposizioni uniformi rispondenti a standard comuni in termini di sicurezza e di qualità¹⁰⁴ e ha imposto regole sulla etichettatura e attestazioni sul luogo di origine dei prodotti dirette a rendere trasparenti, secondo canoni precisi, le differenze qualitative tra beni omogenei dal punto di vista merceologico¹⁰⁵. Dal lato della domanda¹⁰⁶, prendendo atto della assoluta centralità del consumo e delle nuove asimmetrie informative in grado di rendere opaco il mercato, dove il prezzo nominale del bene o del servizio passa in secondo piano rispetto al rilievo assunto dal contenuto giuridico del contratto, normalmente di difficile comprensione, il legislatore europeo, tenendo nel debito conto le legislazioni dei paesi più avanzati già impegnati a ridare trasparenza ai mercati nazionali, ha elaborato una originale disciplina in grado di rendere il consumatore un attore informato e, pertanto, in grado di consentire il corretto dispiegarsi della concorrenza tra le imprese con le sue scelte. La dottrina italiana si è dedicata allo studio di questa complessa e originale normativa. Coloro i quali hanno fatto propria l'idea che il mercato non è assenza di regole, come alcuni sembrano ritenere,

¹⁰⁴ Direttiva 29/59 CEE del Consiglio del 29 giugno 1992 *relativa alla sicurezza generale dei prodotti*, in *GUCE*, 11 agosto 1992, N. L. 228/24.

¹⁰⁵ A titolo di esempio si rinvia alla direttiva 89/396 CEE del Consiglio del 24 giugno 1989 *relativa alle diciture o marche che consentono di identificare la partita alla quale appartiene una derrata alimentare*, in *GUCE*, 30 giugno 1989, n. L 186.

¹⁰⁶ Dal punto di vista teorico, costruire il mercato in termini concorrenziale significa favorire l'incontro della domanda dell'offerta in modo che la contrattazione raggiunga un equilibrio oggettivo nel prezzo. Affinché ciò avvenga bisogna che siano presenti più acquirenti e venditori; che il bene offerto da un singolo venditore abbia le stesse caratteristiche di quello offerto dagli altri; che ciascuno dei venditori e degli acquirenti sia informato della presenza degli altri. È cioè necessario che il mercato sia trasparente, vale a dire che i soggetti che vi operano abbiano accesso a tutte le informazioni senza sopportare costi per procurarsele. Ora, questo modello ideale, esemplificato dall'esempio della fiera o del mercatino all'aperto, tipo *Feira da Ladra* a Lisbona, è insidiato, nella realtà odierna, essenzialmente da asimmetrie informative. Infatti, in un ambiente economico segnato dalla decisiva importanza della capacità di collocare sul mercato finale il prodotto si devono registrare la dilatazione stessa del mercato sul piano spaziale con conseguente sviluppo della pubblicità commerciale; lo sviluppo di tecniche di vendita sorprendenti o aggressive, tipo le vendite per televisione o per internet o porta a porta, che non consentono al consumatore, nonostante che in alcuni dei casi suddetti abbia l'illusione che la vendita si stia concludendo nel salotto di casa sua, di verificare la qualità della merce o tutte le condizioni giuridiche alla quale essa viene offerta. Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2004, p. 41 ss.

ma un «complesso prodotto giuridico istituzionale»¹⁰⁷ segnato da «vincoli formali» e «vincoli informali»¹⁰⁸ hanno letto le nuove disposizioni come strumenti chiamati a strutturare il mercato in chiave concorrenziale. Presso atto della originalità delle soluzioni privatistiche adottate dal legislatore europeo e transitate nel sistema giuridico italiano, altri hanno lavorato per aggiornare le tradizionali categorie giuridiche come, per esempio, quella del contratto, un tempo unitaria e ora disarticolata anche dalle norme relative al formalismo e alla nullità di protezione che hanno fatto emergere un «secondo contratto»¹⁰⁹, quello, appunto, stipulato dal consumatore, che si colloca accanto al contratto di diritto comune, e al terzo contratto, concluso tra imprese dal diseguale potere economico e negoziale¹¹⁰.

Nel quadro di una critica radicale al sistema economico neo-liberista, del quale lo stesso mercato unico sarebbe espressione¹¹¹, altri autori mettono in rilievo che il diritto del consumo si limita a abbattere «ogni barriera etica idonea ad ostacolare l'espansione dei consumi» e, trascurando «tutto quanto accompagna la fabbricazione del bene o l'erogazione del servizio», contribuisce a consolidare l'ingiusto sistema economico esistente e a ostacolare il commercio equo e solidale nonché l'economia sociale gestita

¹⁰⁷ P. SYLOS LABINI, *La crisi italiana*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 20, dove si legge che «il mercato non è un vuoto riempito solo dalle azioni dei singoli che sono mossi solo dal loro tornaconto. Il mercato è un complesso prodotto giuridico e istituzionale, frutto di una evoluzione plurisecolare: sistemi di contratti, tipi e forme di imprese pubbliche e private, di istituzioni e di organismi pubblici addetti al controllo e alla vigilanza su operazioni complesse, come quelle svolte da intermediari finanziari e da società per azioni, condizionano, racchiudono, ed anzi costituiscono il mercato».

Per una sintetica, ma lucidissima storia del mercato, F. BRAUDEL, *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*, Johns Hopkins University Press, 1977, trad. it., *La dinamica del capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 1981. Sul ruolo dello Stato svolto dallo stato nello sviluppo storico del capitalismo, A. J. AVELÃS NUNES, *O Estado capitalista e as suas máscaras*, Lisboa, 2013, di prossima pubblicazione in Italia nella traduzione di G. MIRAGLIA.

¹⁰⁸ D.C. NORTH, *Structure and Change in Economic History*, New York, W. W. Norton & Co., 1981, trad. it., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1994.

¹⁰⁹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 141 ss.

¹¹⁰ V. ROPPO, *I paradigmi del comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di) *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, Roma3-Press, 2014, p.

¹¹¹ A. J. AVELÃS NUNES, *A Constituição europeia a constitucionalização do neoliberalismo*, in *Bolletim de ciências económicas*, 2005, p. 1 ss.

dal settore *non profit*¹¹². Nell' opera di strutturazione del mercato unico una tecnica utilizzata è stata quella di rendere lo stesso contratto veicolo di informazioni attraverso il c.d. formalismo negoziale, di per sé espressione di un rigido legame tra la forma scritta dell'atto e «l'esistenza in esso di un contenuto specifico»¹¹³. Come risulta da una lettura orizzontale della normativa comunitaria, tale formalismo è chiamato a svolgere una funzione nuova rispetto a quelle tradizionali indicate nella codificazione civile¹¹⁴, ossia informare il consumatore sulle condizioni giuridiche dello scambio e consentire che si possa controllare che sia stato rispettato il contenuto informativo previsto. In questa prospettiva, è stato giustamente sottolineato che «la forma e il formalismo assumono per il contratto la medesima funzione che per i prodotti alimentari assolve l'etichettatura»¹¹⁵. Poiché la griglia di clausole da portare a conoscenza del consumatore è riempita del più diverso contenuto a cura del predisponente o in seguito a una trattativa, viene ristabilito il corretto gioco concorrenziale tra le imprese. Infatti, recuperata la parità contrattuale attraverso la rimozione dell'asimmetria informativa, il consumatore può scegliere, tra le tante, la proposta che gli sembra più conveniente, valutando in maniera adeguata l'affare nei suoi aspetti giuridici senza concentrarsi esclusivamente sul prezzo del bene o servizio in se stesso, essendo diventato, il prezzo, un indice inadeguato, da solo, a funzionare come parametro affidabile del valore complessivo dello scambio. In altri termini, queste regole, apparentemente destinate solo a proteggere la parte contrattuale più debole, sono strumentali anche alla tutela della concorrenza nel mercato e perciò, a differenza del formalismo espresso dal codice civile (si veda, per esempio, l' art. 1341), addossano alle imprese il costo necessario a eliminare la carenza di informazioni

¹¹² A. SOMMA, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Politica del diritto*, 1998, p. 679 ss.

¹¹³ S. MASUCCI, *La forma del contratto*, in (a cura di) N. LIPARI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 196 ss.

¹¹⁴ Se la forma del contratto è la modalità determinata dalla legge per la esteriorizzazione degli atti dell'autonomia privata, normalmente per rendere edotti i terzi dell'esistenza dell' accordo, il formalismo serve per tutelare i contraenti o uno solo di essi sia in relazione a determinate manifestazioni precedenti la stipulazione (cfr. ad esempio, l' art. 1341 che disciplina le condizioni generali di contratto), sia a specifiche situazioni che intervengono nel corso delle relazioni contrattuali (cfr. l' art. 1373 cod. civ. in tema di recesso dal contratto. Al primo comma questa disposizione stabilisce che, se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione).

¹¹⁵ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 50.

della contrattazione, come dire che l'atto contrattuale disciplina anche l'attività dell'impresa in ordine alla commercializzazione dei prodotti. La tutela del mercato concorrenziale spiega anche perché, nell'ipotesi di violazione del formalismo e di conseguente nullità delle clausole del contratto, la tecnica di integrazione dell'accordo prevista dal diritto europeo assume caratteri di marcata originalità. Infatti, se nel caso della disciplina tradizionale, la lacuna generata da clausole contrattuali invalide può essere colmata dal diritto dispositivo, ossia da disposizioni che hanno recepito le soluzioni affermatesi nella prassi contrattuale e che, dunque hanno ricevuto una sostanziale consacrazione da parte dell'autonomia privata operante in un mercato strutturato, nel caso della normativa comunitaria la sostituzione delle clausole invalide assume un carattere generalmente punitivo per l'impresa che si è posta al di fuori dell'ambito del mercato alla cui costruzione e funzionamento avrebbe dovuto contribuire svolgendo un'attività di negoziazione corretta¹¹⁶.

Di questa prospettiva sono espressione numerose disposizioni.

In tema di credito al consumo, disciplinato in gran parte dal Testo Unico del credito del 1993, richiamato dalle scarse disposizioni in materia del codice del consumo¹¹⁷, è stabilito che nei contratti stipulati con i consumatori, da redigersi per iscritto a pena di nullità¹¹⁸, devono essere indicati determinati elementi, tra i quali il Tasso Annuale Effettivo Globale (TAEG)¹¹⁹, che ovviamente non può superare la sempre discussa barriera dell'usura¹²⁰, la scadenza delle singole rate, etc. La sanzione per la violazione del requisito della forma e del formalismo è la nullità, invocabile esclusivamente dal consumatore destinatario della protezione. Ora, la legge dispone che, nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali, queste ultime siano sostituite di diritto secondo i seguenti criteri: il TAEG si determinerà in misura inferiore a quella fissata nel contratto¹²¹, la scadenza del credito verrà fissata

¹¹⁶ Per l'approfondimento di questi aspetti si rinvia ancora a A. JANNARELLI, *op. ult. cit.*, p. 37 ss e a N. SCANNICCHIO; *Il diritto privato europeo*, cit., p. 234.

¹¹⁷ Art. 43 del codice del consumo.

¹¹⁸ Art. 117, par. 1 del T.U. del credito, il quale dispone anche che un esemplare del contratto va consegnato al cliente.

¹¹⁹ Il Tasso Effettivo Globale (TAEG) è costituito dal «costo totale del credito a carico del consumatore, espresso in percentuale annua del credito concesso» (art. 122 del T.U. del credito).

¹²⁰ A. CALDERALE, *La determinazione dell'usura tra tutela del prestatario ed efficienza economica*, in F. MACARIO e A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 209 ss.

¹²¹ Stando all'art. 124, comma 5, lett. a) del T. U. del credito, il TAEG equivarrà al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal ministero del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto.

in trenta mesi¹²² e nessuna garanzia o copertura assicurativa sarà costituita in favore del finanziatore¹²³.

Data la sua centralità, l'obbligo di informazione può collocarsi anche al di fuori del contratto vero e proprio e segnatamente nella fase delle trattative, che, pertanto, vengono anch'esse formalizzate. Nel caso dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, disciplinati dagli artt. 49 ss. del codice del consumo, che hanno recepito le regole comunitarie e la legislazione italiana d'attuazione¹²⁴, l'acquirente viene protetto dall'aggressività della proposta con la possibilità di recedere dal contratto entro determinati termini¹²⁵ senza dover fornire alcuna giustificazione e a costi determinati dalla legge stessa¹²⁶, ma con l'obbligo di restituire la merce in una condizione che consenta al professionista di rimetterla sul mercato pressoché allo stesso prezzo¹²⁷. Il venditore è obbligato a informare il consumatore dell'esistenza di tale diritto anche nella fase prenegoziale¹²⁸. Se però tale informazione non viene fornita o viene fornita in modo incompleto, le specifiche conseguenze dell'attività precontrattuale scorretta ricadono nella regolamentazione del singolo contatto. Infatti, il termine per esercitare il diritto di recesso viene prolungato in danno dell'imprenditore¹²⁹ e su di lui incomberà anche un più alto tasso di rischio del deprezzamento del bene con la conseguenza di mettere a repentaglio il suo interesse a ricollocare sul mercato la merce restituitagli a un costo di riparazione o di sostituzione che gli consenta ancora un margine apprezzabile di profitto¹³⁰. Infine, il professionista subisce le conseguenze del suo operato

¹²² Art. 124, comma 5, lett. b) del codice del consumo.

¹²³ Art. 124, comma 5, lett. c) del codice del consumo.

¹²⁴ Per una rassegna della copiosa legislazione in materia, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 224 ss.

¹²⁵ Art. 52, comma 1 del codice del consumo.

¹²⁶ Art. 52, comma 1 del codice del consumo.

¹²⁷ Art. 57, comma 2 del codice del consumo.

¹²⁸ Art. 49. Comma 1, lett. h del codice del consumo.

¹²⁹ L'art. 53, comma 1, del codice del consumo prevede che, se il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo entro il quale si sarebbe dovuto esercitare il recesso per la prima volta.

¹³⁰ Art. 57, comma 2 del codice del consumo. Per la normativa previgente segnata dalla medesima logica, cfr. A. CALDERALE, D. VITI, *Condizioni e modalità del diritto di recesso*, in A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 159 ss.

anche sul piano della stessa attività essendo soggetto ad una sanzione amministrativa destinata a lievitare in caso di particolare gravità o recidiva¹³¹. Nel settore della multiproprietà immobiliare¹³² esistono norme di simile tenore. Infatti, prima di essere vincolato da un contratto a da una sua offerta, il consumatore ha diritto di ricevere informazioni accurate e comprensibili, contenute in un «formulario informativo»¹³³, sullo stato dell'immobile al quale è interessato e su alcuni punti importanti del contratto, ossia, sul prezzo e sulle garanzie circa il rimborso dei pagamenti già effettuati nel caso in cui l'immobile, in fase di costruzione, non venga completato, sul diritto di recesso etc.¹³⁴. Il formulario informativo deve essere consegnato al consumatore su carta o altro supporto durevole¹³⁵. Il contratto deve riportare molti di questi dati che ne sono parte integrante e sostanziale¹³⁶. Se, però, le informazioni necessarie sono state taciute o il formulario non è stato consegnato al consumatore, il termine entro il quale l'acquirente ha comunque diritto di recedere dal contratto senza spese viene prolungato in danno del venditore¹³⁷ che, per di più, viene multato e, in caso di recidiva, va incontro a un periodo di sospensione della propria attività¹³⁸.

Il mercato è segnato non solo dalla poca trasparenza dovuta alla mancanza di informazioni facilmente attingibili dal consumatore, ma anche da una frantumazione causata da un eccesso di informazione che raggiunge il consumatore sotto forma di una martellante pubblicità ormai rivolta anche

¹³¹ Art. 66 del codice del consumo.

¹³² La disciplina della multiproprietà è nel capo I (*contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio*) del titolo IV (*Disposizioni relative ai singoli contratti*) del codice del consumo. Il testo attuale è stato introdotto dal d.lgs. 23 marzo 2011, n. 79, *Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio*, in *Gazz. Uff.*, 6 giugno 2011, n. 129, *Supplemento Ordinario*, n. 139, in attuazione della direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 gennaio 2009 *sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio*, in *GUCE*, 3 febbraio 2009, L 13/10.

¹³³ Art. 71, comma 1 del codice del consumo.

¹³⁴ L'elenco completo delle informazioni è nello schema di formulario informativo contenuto nell'allegato II-bis (*Formulario informativo per i contratti di multiproprietà*) al codice del consumo.

¹³⁵ Art. 71, comma 2 del codice del consumo.

¹³⁶ Art. 72, comma 4 del codice del consumo.

¹³⁷ Art. 73, comma 2 del codice del consumo.

¹³⁸ Art. 81 del codice del consumo.

a magnificare la qualità del contratto e non soltanto quella del prodotto. Di fronte a tale situazione, si rivela palesemente inadeguata la tradizionale reazione giuridica consistente in una improbabile repressione della pubblicità c.d. ingannevole affidata all'azione risarcitoria o all'annullamento *ex post* del singolo contratto concluso in presenza di un *dolus malus*. Il necessario aggiornamento della risposta, introdotta dal diritto comunitario e recepita dal nostro ordinamento a tutela del singolo consumatore e del mercato, è consistita nel valorizzare l'attività pubblicitaria in quanto tale e nell'instaurare ancora una volta uno stretto legame tra la disciplina di tale attività e la disciplina del contratto sul solido presupposto che l'accordo che si è concluso per effetto della sollecitazione svolta dall'impresa.

Infatti, la disciplina concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso, ora dettata da uno da uno specifico codice di settore, il c.d. codice del turismo¹³⁹, nel confermare sostanzialmente l'impostazione suddetta, sia pure in termini meno espliciti rispetto alle regole precedentemente in vigore¹⁴⁰, prevede che entrino a far parte del contratto stipulato con il viaggiatore¹⁴¹ le principali informazioni che, nella fase delle trattative, l'organizzatore o il venditore sono tenuti ad inserire in un modulo standardizzato. Queste informazioni riguardano, oltre che il trattamento giuridico del rapporto e i diritti del turista, le caratteristiche del servizio, ossia, tra l'altro, i particolari del viaggio, il prezzo e le modalità di pagamento¹⁴². Ne consegue che «la non conformità» della prestazione promessa rispetto a quanto pubblicizzato e contrattualizzato innesca il regime della responsabilità del professionista¹⁴³.

Se le regole sopra richiamate tendono a rimuovere le asimmetrie informative che rendono opaco il mercato concorrenziale e ne ostacolano il fun-

¹³⁹ D. lgs. 23 marzo 2011, n. 79, cit.

¹⁴⁰ La normativa previgente disponeva che «le informazioni contenute nell'opuscolo, eventualmente messo a disposizione del consumatore, vincolano l'organizzatore e il venditore in relazione alle rispettive responsabilità (art. 88, comma 2 del codice del consumo). Pertanto, la dottrina aveva potuto affermare che le informazioni fornite erano fonte di responsabilità contrattuale, la quale sorgeva solo in occasione della stipula del contratto che aveva ignorato le condizioni pubblicizzate e quindi promesse, deludendo le aspettative del consumatore che su di esse aveva fatto affidamento. Ritiene che questa normativa può ritenersi implicita nel vigente testo almeno nei limiti in cui anche le informazioni precontrattuali vengono contrattualizzate, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 383.

¹⁴¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 623.

¹⁴² Art. 34 ss del codice del turismo

¹⁴³ Art. 42 del codice del turismo.

zionamento, ma lasciano ai contraenti la libertà di fissare il prezzo dei beni e dei servizi «oggetto del contratto»¹⁴⁴, la disciplina delle clausole c.d. vessatorie, dettata dagli artt. 33-38 del codice del consumo¹⁴⁵ fissa, al contrario, dei limiti all'autonomia privata impedendole di comprare e vendere liberamente rischi contrattuali. Infatti, la legge colpisce con la nullità (di protezione)¹⁴⁶ le clausole che, allontanandosi dal parametro della buona fede, oggettiva¹⁴⁷, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto¹⁴⁸. Indipendentemente dalla stipula di uno specifico contratto, la legge consente, inoltre, ai soggetti collettivi chiamati a tutelare l'interesse dei consumatori di domandare al giudice che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività¹⁴⁹, il che conferisce un significativo rilievo alla stessa attività prenegoziale dell'operatore economico¹⁵⁰. Detto in altre parole, il diritto definisce

¹⁴⁴ Art. 34, comma 1 del codice del consumo.

¹⁴⁵ Il codice del consumo ha sostanzialmente ripreso le normative comunitarie e le leggi italiane che vi hanno dato attuazione. Tra le prime si segnala la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 *concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *GUCE*, 21 aprile 1993, N. L. 95/29. Tra le seconde, si veda la legge 6 febbraio 1996, n. 52, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994*, in *Gazz. Uff.*, 20 febbraio 1996, n. 34, *Supplemento Ordinario* n. 24. L'art. 25 aggiungeva il capo XIV – *bis*, intitolato *Dei contratti del consumatore*, dopo il capo XIV del titolo II del libro quarto del codice civile. Questa normativa era stata spirata essenzialmente alla *Gezetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)* del 9 dicembre 1976 la quale prevedeva, tra l'altro, che facevano parte integrante del contratto per adesione le clausole anche aggiunte o richiamate che il predisponente aveva sottoposto alla controparte, anche solo mediante un pubblico avviso e che risultassero di non disagevole conoscibilità, mentre non erano considerate parte integrante del contratto le clausole a sorpresa. Come si sa, le norme sulle clausole generali sono state inserite nel BGB (§§ 305-310) e il § 308 prevede i divieti di clausole con possibilità di valutazione, mentre il § 309 prevede i divieti di clausole senza possibilità di valutazione. Secondo A. SOMMA, *Dal diritto dei consumatori*, cit., p. 527 la Germania ha imposto il suo modello agli altri Paesi europei meno sensibili alle tematiche consumeristiche per impedire che gli operatori economici operanti in questi Paesi acquisissero vantaggi competitivi grazie a una normativa meno rigorosa.

¹⁴⁶ Art. 36, comma 1 del codice del consumo.

¹⁴⁷ Art. 33, comma 1 del codice del consumo.

¹⁴⁸ Art. 33, comma 1 del codice del consumo.

¹⁴⁹ Art. 37 del codice del consumo.

¹⁵⁰ La protezione del consumatore contro le clausole vessatorie si è di recente arricchita anche della tutela amministrativa affidata all'autorità garante della concorrenza e del mercato, chiamata a dichiarare la vessatorietà delle clausole (art. 37-*bis* del codice del consumo). Contro la decisione dell'Autorità è proponibile il ricorso al giudice amministrativo. Poiché,

l'area della negoziabilità relativa al trattamento giuridico dell'operazione. A dispetto di più rigorose proposte formulate in passato, la normativa in discorso prevede la nullità delle clausole vessatorie individuate dall'art. 33 che, per essere state predisposte unilateralmente dall'operatore economico in vista del loro impiego generalizzato o per essere state da lui imposte unilateralmente secondo la tecnica del prendere o lasciare, non siano state oggetto di trattativa individuale¹⁵¹, mentre l'art. 36 fulmina con la nullità un'altra serie di clausole «quantunque oggetto di trattativa». Per essere conforme al principio di buona fede oggettiva¹⁵² e per essere in grado di salvare patti altrimenti destinati ad essere travolti, la trattativa non può ridursi a una sequenza per la quale, di fronte alla reazione del consumatore dinanzi a una clausola abusiva, l'operatore professionale alzi il prezzo del bene o del servizio si da indurre il consumatore a ritornare su suoi passi accettando la clausola standardizzata. Una trattativa risponde al criterio della buona fede se l'operatore professionale esperto del mondo degli affari e consapevole dei rischi che, mediante la clausola predisposta, intende trasferire sull'ignaro consumatore, colmi questo *gap* informativo per consentire alla controparte di decidere a ragion veduta il da farsi.

Hanno contestato l'impostazione della legge alcuni cultori dell'analisi economica del diritto che, in vista della massimizzazione dell'efficienza, sostengono, per sintetizzare posizioni molto più articolate, che l'accordo sul prezzo può rendere accettabili anche le clausole attualmente definite vessatorie nel senso che costituirebbe una razionale manifestazione dell'autonomia privata la scelta del consumatore il quale, in cambio di un prezzo del bene o del servizio più contenuto, accettasse di accollarsi anche i rischi contrattuali che la legge vigente guarda con sospetto. Affidandosi alla supposta, intrinseca razionalità del mercato, essi prevedono che, anche in assenza delle limitazioni attuali, la stessa impresa si asterrebbe dal formulare clausole particolarmente ributtanti sia per non correre il rischio che il consumatore ritiri la sua offerta rivolgendosi a operatori meno rapaci o rinunciando del tutto all'affare, sia per non perdere una quota di clienti determinati a non cedere, il che le costerebbe la riduzione del volume degli affari¹⁵³.

però, è fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario circa vessatorietà delle clausole e il risarcimento del danno, è concreto il rischio di un contrasto di giudizi. In argomento, S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., p. 233 ss.

¹⁵¹ Art. 34, comma 4 del codice del consumo.

¹⁵² Art. 33, comma 1 del codice del consumo.

¹⁵³ R. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?*, in *Foro it.*, 2014, V, p. 11.

Chi ribadisce la validità delle scelte della legge sulla base dell'idea che è il diritto a dover stabilire ciò che è negoziabile allo scopo di assicurare il rispetto di una qualità minima del contratto, osserva, del tutto correttamente, che il legislatore «non ha inteso allontanarsi dall'indirizzo principale volto essenzialmente ad assicurare innanzitutto il funzionamento del mercato»¹⁵⁴. Infatti, l'abusività della clausola non dipende né dalla diversa forza economica e contrattuale delle parti che operano sul mercato, un aspetto il cui regolamento è affidato all'art. 102 del TFUE sull'abuso della posizione dominante, né dalla congruità del corrispettivo dei beni o dei servizi, punto in se stesso insindacabile, salvo che tale elemento non sia stato individuato in modo chiaro e comprensibile¹⁵⁵. Richiamando l'art. 2, comma 2, del codice del consumo il quale, tra gli altri diritti, attribuisce al consumatore anche quello all'equità dei rapporti contrattuali¹⁵⁶, alcuni studiosi hanno inteso l'equità come equilibrio economico tra le prestazioni dedotte nel contratto. Di conseguenza essi hanno sostenuto che, dichiarata la nullità della clausola sul prezzo iniquo¹⁵⁷, il giudice «può ingerirsi nel contratto modificando gli obblighi che le parti hanno l'una verso l'altra qualora il consumatore sia danneggiato dall'assetto obbligatorio autonomamente determinato»¹⁵⁸. In definitiva, questi giuristi hanno affermato che il giudice può ridurre il corrispettivo che il consumatore si è impegnato a pagare, riportandolo a un livello, appunto, equo¹⁵⁹, un potere di intervento sull'autonomia privata costruito generalizzando la portata dell'art. 1384 del codice

¹⁵⁴ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 83 ss.

¹⁵⁵ Art. 34, comma 2 del codice del consumo. Al riguardo E. MINERVINI, *Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*, in *Rivista di diritto privato*, 2017, p. 12 ha osservato che comunque dell'adeguatezza del prezzo dei beni e dei servizi, ossia dell'equilibrio o dello squilibrio economico, l'interprete deve tener conto nella valutazione della rilevanza dello squilibrio normativo perché ciò che è abusivo ad un prezzo, può essere perfettamente equo ad un altro.

¹⁵⁶ Art. 2, comma 2, lett. e.

¹⁵⁷ Giudice di pace di Milano, 29 gennaio 2004, in *Giudice di pace*, 2004, 308 s; Giudice di pace di Sant'Anastasia, 12 settembre 2003, *ibidem*, p. 304; Giudice di pace di Roma, 24 febbraio 2004, in *Gius*, 2004, p. 2904. La nullità della clausola deriverebbe dalla sua contrarietà a una norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma primo, e dell'art. 1419, comma primo del codice civile, ovvero ai sensi dell'art. 143, comma primo, del codice del consumo, il quale, nello stabilire che «i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili», fulmina con la nullità ogni statuizione in contrasto con le disposizioni del codice.

¹⁵⁸ F. BILOTTA, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in A. A. VV. *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, Jovene, 1998, p. 67.

¹⁵⁹ E. MINERVINI, *Il diritto del consumatore*, cit., p. 18 ss.

civile in tema di riduzione della penale¹⁶⁰. Tuttavia, tali autori si sono attirati le critiche di coloro che rimangono fedeli alla logica del libero mercato e si appigliano all'art. 34, comma 2 del codice del consumo¹⁶¹.

4. Il codice del consumo del 2006 e il sistema del diritto civile

Varato in base in seguito alla delega legislativa di cui all'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229¹⁶² nel quadro del processo di semplificazione normativa voluto dalla c.d. legge Bassanini¹⁶³, il codice del consumo del 2006¹⁶⁴, aggiornato a più riprese, è essenzialmente un testo unico che «armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e di consumo al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti»¹⁶⁵. In quanto 'codice' di settore, esso si allontana dalle codificazioni civili che, negli ultimi due secoli, hanno regolato l'intera area del diritto privato¹⁶⁶.

¹⁶⁰ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 343.

¹⁶¹ Cfr. E. MINERVINI, *Il diritto del consumatore*, cit., p. 14 ss. per una puntuale esposizione delle diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza.

¹⁶² Legge 29 luglio 2003, n. 229, *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione-legge di semplificazione 2001*, in *Gazz. Uff.*, 29 agosto 2003, n. 196. A titolo di esempio si possono evidenziare le resistenze delle imprese a trasmettere al consumatore un prezzo trasparente comprensivo dell'Iva, data la nota tendenza degli operatori economici a evadere questa imposta.

¹⁶³ Legge 15 marzo 1997, n. 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, in *Gazz. Uff.*, 17 marzo 1997, n. 63, *Suppl. Ordinario*, n. 56, art. 20.

¹⁶⁴ D. lgs. 6 settembre 2005, n. 296, *Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*, in *Gazz. Uff.*, 2 febbraio 2006, n. 27.

¹⁶⁵ Art. 1. Come precisa la *Relazione* al codice del consumo le regole raccolte sono di matrice e competenza statale poiché, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, spetta, appunto, allo Stato di disciplinare tutte le materie del codice civile e tutti i settori riguardanti il diritto civile, il diritto commerciale, i diritti della persona e gli *status* e, quindi, la tutela dei consumatori che si caratterizza essenzialmente come disciplina civilistica dei rapporti tra le parti contraenti. Le regioni sono legittimate a prendere iniziative a favore delle associazioni dei consumatori e a porre in essere programmi di intervento per l'informazione e l'educazione dei consumatori ed eventualmente anche per la soluzione stragiudiziale delle loro controversie con le imprese.

¹⁶⁶ Su questo punto risulta estremamente chiaro il parere del Consiglio di Stato del 23 febbraio 2005 sul progetto di codice delle assicurazioni dove si parla di una fase «nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore. Le codificazioni incentrate sull'unità del soggetto giuridico e sulla centralità e sistematicità del diritto civile stanno, quindi, lasciando spazio

Per quanta fiducia si possa nutrire nella capacità di questo nuovo testo di riequilibrare i rapporti di consumo, con ogni probabilità sono nel vero coloro che mettono in guardia da aspettative eccessive e sottolineano che un cambiamento di tale portata implica innanzitutto il «formarsi di una cultura condivisa da società civile, istituzioni e giudici» tesa a realizzare le aspettative del consumatore con comportamenti lontani da logiche imprenditoriali pre-occupate solo di massimizzare ad ogni costo il profitto¹⁶⁷.

La scelta di redigere un codice di consumo, ispirata all'esperienza francese, distacca l'ordinamento italiano da quello tedesco. In Germania con la *Modernisierung des Schuldrechts*, le norme a tutela del consumatore sono state inserite nel *BGB*, sicché la figura del contratto stipulato da un consumatore (§13) e da un imprenditore (§ 14) ha sostituito la tradizionale categoria del contratto di stampo ottocentesco e di ispirazione liberale, indifferente alle disuguaglianze tra le parti, come nucleo centrale del diritto generale dei contratti pur senza perdere la sua specificità legata all'instaurarsi di rapporti di consumo posti in essere tra soggetti formalmente ben definiti ed individuabili¹⁶⁸. Le disposizioni consumeristiche devono raccordarsi con quelle del codice civile. In Germania la nuova *Gesetzrationalität*, cioè il superamento, almeno tendenziale, dell'incoerenza sistematica che si era determinata nel diritto civile a causa delle introduzione di regole particolari relative ai contratti dei consumatori e che reclamava una nuova integrazione tra disciplina consumeristica e normativa generale del codice civile, è stata raggiunta adottando la tecnica di forgiare nuove regole generali d'ispirazione consumeristica applicabili con alcune limitazioni o particolarità per quanto concerne specificatamente i consumatori¹⁶⁹.

a micro-sistemi ordinamentali, non fondati sull'idea della immutabilità della società civile, ma improntati a sperimentalismo e incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica». In dottrina si rinvia al classico lavoro di N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

¹⁶⁷ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 132.

¹⁶⁸ W. H. ROTH, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, in *JZ*, 2001, p. 475 ss.

¹⁶⁹ Si veda la disciplina della compravendita nella quale la nuova nozione di mancanza di conformità del bene e i nuovi termini in tema di garanzia della cosa venduta si applicano a tutti gli acquirenti e non solo al consumatore, ma le norme vengono considerate imperative se acquirente è il consumatore e dispositive negli altri casi (§ 474). La normativa sulle condizioni generali di contratto funziona come disciplina di carattere generale tesa a realizzare la giustizia contrattuale anche se con le limitazioni di cui al § 310 (1) e (2) e, stando al § 310 (3), con alcune «particolarità» per quanto riguarda i consumatori. Cfr. R. ZIMMERMANN, *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni*, in *Annuario del diritto tedesco*, 2001, p. 56 ss.

Nell'ordinamento giuridico italiano per proiettare il contratto del consumatore nella dimensione di un rinnovato diritto comune, la giurisprudenza e la legge stessa hanno ampliato la nozione di consumatore. Nel settore del turismo il legislatore ha, come si è visto, imperniato una normativa di stampo consumeristico sulla figura del «viaggiatore», che, definito come «colui che intende concludere un contratto, stipula un contratto o è autorizzato a viaggiare in base a un contratto concluso nell'ambito della presente disciplina», è privo dei soliti requisiti di persona fisica e della finalità di acquisto per scopi estranei all'attività imprenditoriale¹⁷⁰. La tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette è stata estesa alla microimpresa.

In questo scenario, il collegamento tra codice civile e codice del consumo¹⁷¹ è assicurato da due disposizioni. l'art. 1469- *bis* del codice civile e l'art. 38 del codice del consumo. L'art. 1469-*bis* regola un conflitto tra norme e stabilisce che le disposizioni sul contratto in generale si applicano ai contratti del consumatore ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore. Tale soluzione, però, è destinata ad arrestarsi in presenza di disposizioni che, dettate dagli atti comunitari e recepite nel nostro ordinamento, siano espressione di una integrazione massima chiamata a livellare i costi delle imprese operanti nel territorio dell'Unione vietando addizioni normative nazionali. L'art. 38 regola il caso delle lacune nel codice del consumo e vuole che, in questa ipotesi, si applichino le disposizioni del codice civile¹⁷². Tuttavia questa regola va intesa con molti grani del tradizionale sale per la fondamentale ragione che le regole del consumo tendono alla strutturazione e conservazione del mercato concorrenziale prendendo atto delle posizioni asimmetriche delle parti, mentre quelle del codice civile sono espressione di un mercato già strutturato nel quale i contraenti sono, in linea generale, considerati su un piano

¹⁷⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Jus*, 2016, p. 353.

¹⁷¹ Sui rapporti tra codice del consumo e codice civile si rinvia a E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 425 ss.; G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 ss.

¹⁷² Cass. civ., 30 giugno 2020, n. 13148, in *De Jure*, in relazione all'art. 135, comma 2 del codice del consumo, il quale dispone che per quanto non disposto dalla disciplina della vendita di beni di consumo, si applicano le disposizioni del diritto civile in tema di contratto di vendita.

di parità¹⁷³. Secondo alcuni studiosi e alcuni giudici¹⁷⁴ il codice del consumo non può essere considerato un codice generale rispetto agli specifici codici di settore con la conseguenza che anche la norma più favorevole al consumatore che esso contenga, una interpretazione sostenuta da una estensiva lettura dell'art. 1469-*bis*¹⁷⁵, non si sostituisce alla norma meno vantaggiosa esistente dei codici di settore. Le ragioni sono nella diversa dinamica dei mercati di riferimento che giustifica tutele differenziate del consumatore e, più in generale, nella considerazione che tutela del consumatore non è un fine in se stesso tale da determinarne la prevalenza sull'impresa, ma è solo strumentale alla tutela dell'integrità del mercato¹⁷⁶.

5. Il codice del consumo

Il codice del consumo si compone di sei parti, a loro volta divisi in titoli, capi e sezioni. Nel testo sono confluite disposizioni prima collocate nel codice civile come quelle relative alle clausole vessatorie, mentre sono state trasferite in altri testi normativi altre disposizioni, come quelle relative al credito al consumo, collocate nel Testo Unico del credito, una scelta giudicata infelice da chi ha lamentato la sottrazione di questa materia ai principi generali del codice del consumo attenti alla tutela del contraente debole.

La prima parte contiene un solo titolo, *disposizioni generali e finalità*, che conta tre articoli. Accantonando la tradizionale idea circolata in occasione

¹⁷³ La disciplina contrattuale tradizionale tratta il problema delle asimmetrie informative, ma essenzialmente si riferisce ad una situazione in cui la carenza di informazioni da parte di un contraente o lo squilibrio informativo tra le parti si colloca pur sempre in un ambiente «informato». Ciò è particolarmente evidente in materia dei vizi del consenso, in particolare in tema di errore. Stabilendo che l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale e riconoscibile dall'altro contraente, l'art. 1428 del codice civile chiaramente colpisce la devianza individuale rispetto a una situazione sociale segnata da un circuito informativo relativamente efficiente rispetto al quale la cooperazione del contraente informato si giustifica pienamente. È quindi problematica l'applicazione di questa regola quando l'asimmetria informativa dipende dalla circostanza che un contraente detiene un *surplus* di informazioni per ottenere il quale ha sopportato dei costi e non dipende, quindi, da un *deficit* di informazioni di un contraente rispetto al livello socialmente normale. Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 45.

¹⁷⁴ Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4 riportata in G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 216.

¹⁷⁵ A. BARENGHI, *Diritto del consumatore*, cit., p. 112.

¹⁷⁶ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)* in *Judicium*, 2015, p. 1 ss.

delle codificazioni civili del passato secondo cui non spetta al legislatore, ma alla dottrina di enunciare le definizioni¹⁷⁷, uno di questi articoli, il terzo, detta quelle rilevanti nei rapporti di consumo. Tra esse spiccano le definizioni di consumatore o utente e di professionista.

Riconoscendo, ma non garantendo, i diritti «fondamentali» dei consumatori, oggetto di una considerazione assai risalente nel tempo nell'ambiente giuridico europeo¹⁷⁸, e riproducendo quasi alla lettera l'art. 1 della legge 281/1988¹⁷⁹, l'art. 2 si collega chiaramente all'art. 169 del TFUE perché tali disposizioni, nella prospettiva di assicurare un livello elevato di protezione ai consumatori¹⁸⁰, creano un legame indissolubile tra ciò che è utile all'*homo oeconomicus* e quanto gli assicurano i diritti fondamentali della persona. A ragione si è sottolineato che l'elenco di diritti fondamentali compilato dal codice è eterogeneo. Alcuni di essi erano già stati riconosciuti a tutti a prescindere dalla qualifica di consumatore e vengono in rilievo quando si riceve il prodotto: il diritto alla salute è previsto dall'art. 32 della Costituzione come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»; il diritto alla sicurezza è menzionato nell'art. 41 della Costituzione, il quale dispone che esso non può essere insidiato dalla iniziativa economica privata. Nel codice del consumo il diritto alla sicurezza rinvia a una serie di altre norme: dall'art. 103, che definisce prodotto sicuro quello segnato dall'assenza di rischi o quantomeno dalla presenza di «rischi minimi», alle regole sulla sicurezza (art. 102-113), sulle garanzie della vendita (art. 128-135) e sulla responsabilità del produttore (artt. 114-127).

Riguardano la fase anteriore la istituzione di un rapporto tra consumatore e professionista altri diritti fondamentali: il diritto all'informazione che numerose altre regole esigono «adeguata» e il diritto a una «corretta» pubblicità, secondo le disposizioni della parte seconda. A volte la giurisprudenza ha richiamato espressamente i diritti suddetti per invalidare clausole

¹⁷⁷ Con riferimento al *código de defesa do consumidor*, José Geraldo BRITO FILOMENO, *Comentários sub art. 1*, in AA. VV. *Código brasileiro de defesa do consumidor*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 26 ss.

¹⁷⁸ Il punto iniziale del lungo processo di elaborazione dei diritti dei consumatori è la Carta europea dei diritti dei consumatori del 1973, approvata dal Consiglio d'Europa. In argomento, si rinvia a G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 63 ss.

¹⁷⁹ Legge 30 luglio 1998, n. 281, *Disciplina di diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Gazz. Uff.*, 14 agosto 1998, n. 189.

¹⁸⁰ Cfr. l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

contrattuali sorprendenti, come nel caso dell'adozione di una periodicità diversa dal mese nei contratti di telefonia fissa¹⁸¹.

I consumatori hanno diritto di essere raggiunti da pratiche commerciali, volte a indurli all'acquisto, poste in essere secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà menzionati dall'art. 39. I consumatori sono titolari anche dei diritti alla correttezza dei professionisti in tutte le fasi del rapporto di consumo; alla trasparenza delle informazioni di cui sono destinatari sicché in diverse disposizioni si pretende che i dati forniti siano chiari e comprensibili; all'equità dei rapporti contrattuali, equità menzionata anche da regole del codice civile (artt. 1175, 1337, 1366, 1374, 1375). Di grande importanza è pure il principio di buona fede, che ha ricevuto una particolare declinazione nella disciplina delle clausole generali; il diritto allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, che costituisce una specifica declinazione del diritto dei cittadini di associarsi liberamente per fini leciti previsto da norme italiane¹⁸² e sovranazionali¹⁸³. Il diritto di dar vita ad associazioni di consumatori è stato giustamente giudicato «fondamentale» perché si lega alla possibilità di controllare una pluralità di attività delle imprese e ricorrere a strumenti di tutela a carattere collettivo di maiuscola importanza per la ripulitura del mercato e per assicurare ai componenti di una classe omogenea di consumatori la soddisfazione dei loro interessi e il risarcimento del danno, difficilmente conseguibili con azioni individuali.

L'attribuzione all'utente del diritto all'erogazione di servizi pubblici «secondo standard di qualità ed efficienza» è legata al processo di liberalizzazione e di privatizzazione dei servizi pubblici stessi, annunciato, a partire dagli anni del Novecento, dall'Unione Europea con numerosi documenti, disciplinato in molte normative e realizzato dal legislatore italiano con alcune leggi¹⁸⁴.

¹⁸¹ Trib. Milano, 4 giugno 2018, in *De Jure*. I giudici hanno affermato che la clausola in parola, contraddicendo il fatto, notorio *ex art.* 115, comma 2, del codice di procedura civile, della periodicità mensile del canone, violava i «diritti fondamentali» dei consumatori a una adeguata informazione, a una corretta pubblicità e alla trasparenza dei rapporti contrattuali.

¹⁸² Art. 18 della Costituzione.

¹⁸³ art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea Costituzione e art. 12 della Convenzione europea dei diritti umani.

¹⁸⁴ Una rassegna di questo corposo materiale è in A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 134 ss.

Dedicata a «Educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità» la parte seconda contiene quattro titoli: *educazione del consumatore*, composto del solo articolo 4; *informazione ai consumatori; pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali; particolari modalità della comunicazione commerciale*.

L'art. 4 tratta del «fondamentale»¹⁸⁵ diritto del consumatore all'educazione collocandolo in una dimensione programmatica e promozionale, la cui concreta attuazione dipende dallo stanziamento di fondi pubblici, sicché si può discorrere di un interesse diffuso dei consumatori a essere preparati per agire al meglio sul mercato¹⁸⁶. È stabilito, però, che le attività poste in essere non debbano tradursi in una surrettizia promozione pubblicitaria di alcuni prodotti in grado di alterare le corrette dinamiche del mercato¹⁸⁷. Alla informazione dei consumatori il titolo secondo dedica gli artt. 5-17 ripartiti in tre capi dedicati *alle disposizioni generali* (art. 5), *all'indicazione dei prodotti* (artt. 6-12) e *a particolari modalità di informazioni* (artt. 13-17). Esiste una stretta relazione tra diritto all'educazione e diritto all'informazione dei consumatori nel senso che è necessario «educare» i consumatori stessi alla conoscenza dei loro interessi e diritti affinché siano in grado di farli valere in via negoziale, conciliativa o giurisdizionale¹⁸⁸.

Con riguardo alle informazioni precontrattuali, relative a singole operazioni commerciali, la legge dispone che esse, in linea generale, devono essere chiare e comprensibili in modo da assicurare la «consapevolezza» del consumatore¹⁸⁹. Relativamente ai prodotti commercializzati in Italia, il codice precisa il contenuto minimo delle indicazioni da riportare in italiano, chiaramente leggibili e visibili, sulle etichette o sulle confezioni¹⁹⁰. Si ritiene che i dati concernenti i materiali impiegati, ove questi risultino determinanti per la qualità e le caratteristiche merceologiche, non siano coperti dal segreto industriale a causa della prevalenza del diritto alla salute del consumatore rispetto a quello della riservatezza del produttore¹⁹¹. I prodotti privi

¹⁸⁵ Art. 2, comma 2, lett. c del codice del consumo.

¹⁸⁶ Art. 4 del codice del consumo.

¹⁸⁷ Cfr. art. 4, comma 2 del codice del consumo.

¹⁸⁸ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di) *Diritto dei consumatori*, cit., p. 180.

¹⁸⁹ Art. 5, comma 3 del codice del consumo.

¹⁹⁰ Art. 9 del codice del consumo.

¹⁹¹ G. ALPA, *Il ruolo dell'informazione nella tutela del consumatore*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 828, il quale ritiene, invece, che la divulgazione d'informazioni relative al processo produttivo, alle tecniche di produzione o a particolari formule di trattamento, dati che

delle indicazioni minime non sono commercializzabili¹⁹² e i produttori, i quali hanno omesso di fornirle, possono essere colpiti con sanzioni penali ed amministrative¹⁹³. Nel silenzio della legge sulle conseguenze di natura privatistica dell'assenza delle informazioni minime, la dottrina suggerisce che il contratto stipulato dal dettagliante con il consumatore vada dichiarato nullo e che il soggetto diverso della catena distributiva sia ritenuto oggettivamente responsabile per il danno arrecato dal prodotto al consumatore disinformato¹⁹⁴. Gli artt. 13-17 contengono disposizioni assai dettagliate circa il modo di indicare il prezzo dei beni o servizi in quanto il prezzo è un elemento necessario anche per agevolare il confronto tra le offerte dei vari operatori sicché chi di essi si comporti in modo opaco è soggetto a specifiche sanzioni di natura amministrativa¹⁹⁵. Il titolo III sulle *politiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali* codifica il divieto di pratiche scorrette introdotto nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146¹⁹⁶ il quale, modificando gli artt. 18-29 del codice del consumo, aveva attuato la direttiva 2005/29/CE¹⁹⁷. Imponendo una armonizzazione piena tra le normative nazionali, questa direttiva aveva inteso eliminare le sensibili differenze esistenti tra le diverse legislazioni nazionali che, nel reprimere le pratiche commerciali insidiose delle imprese, erano causa di notevoli distorsioni della concorrenza e, quindi, aveva introdotto a livello comunitario norme uniformi in grado di proteggere i consumatori e, al tempo stesso, ripristinare il corretto gioco concorrenziale. A sua volta, il d. lgs. 2007, n. 145¹⁹⁸, in armonia con la direttiva in parola, ha tutelato le imprese dalla

possono essere riferiti ai «metodi di lavorazione» di cui all'art. 6, sia in grado di pregiudicare l'individualità del prodotto e la competitività dell'impresa produttrice.

¹⁹² Art. 11 del codice del consumo.

¹⁹³ Art. 9 del codice del consumo.

¹⁹⁴ L. MEZZASOMA, *Commentario all'art. 5 del codice del consumo*, in (a cura di), V. CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 42 ss.

¹⁹⁵ Art. 17 del codice del consumo.

¹⁹⁶ *Attuazione della direttiva 2005/29 CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450 CEE, 97/CE, 98/27CE, 2002/65/CE e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*, in *Gazz. Uff.*, 6 settembre 2007, n. 207.

¹⁹⁷ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 *relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE e 2002/63 CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»)* in *GUCE*, 11 giugno 2005 L 149/22.

¹⁹⁸ Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, *Attuazione dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450 CEE sulla pubblicità ingannevole*, in *Gazz. Uff.*, 6 settembre 2007, n. 207.

pubblicità ingannevole e comparativa. Infine, ha colmato le lacune della normativa del 2007¹⁹⁹ la legge 2012/27²⁰⁰ che, integrando l'art. 19 del codice del consumo, ha esteso la protezione contro le pratiche commerciali scorrette, tranne la pubblicità²⁰¹, anche alle relazioni tra professionisti e «microimprese», riconoscibili in qualunque operatore economico, compreso il professionista intellettuale²⁰², che abbia un fatturato non superiore a due milioni di euro e un massimo di dieci dipendenti²⁰³. Nel complesso, la disciplina del titolo III è stata giudicata «inutilmente barocca»²⁰⁴, a volte segnata dalla presenza di «elementi del tutto irrazionali»²⁰⁵ e caratterizzata da un unico dato certamente positivo, ossia la riunione delle competenze in materia di pubblicità ingannevole a danno delle imprese e di pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Rilevante in ogni fase del rapporto

¹⁹⁹ In precedenza la legislazione italiana non aveva regolato l'area del mercato che non ricadeva né nella disciplina antitrust sui comportamenti abusivi, né nella disciplina sulla pubblicità ingannevole. Cfr. G. ALPA e A. Di CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 197.

²⁰⁰ Art. 7 del decreto legge 24 gennaio, n. 1 convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, in *Gazz. Uff.*, 24 marzo 2012, n. 71, *Suppl. Ord.*, n. 53.

²⁰¹ L'art. 19, comma primo, del codice del consumo afferma espressamente che la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal d. lgs. 2 agosto 2007/145.

²⁰² A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 199.

²⁰³ Art. 18, lett. d- bis del codice del consumo.

²⁰⁴ G. ALPA e A. Di CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 196 sottolineano il dato che, relativamente alle fattispecie di pubblicità ingannevole, i due decreti legislativi si distinguono perché sono diversi i soggetti tutelati, mentre sono sovrapponibili i comportamenti considerati illeciti. Tuttavia anche l'individuazione dei comportamenti illeciti è alquanto macchinosa. Infatti, mentre le disposizioni del d. lgs n. 145/2007 definiscono chiaramente le fattispecie di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, per identificare le condotte illecite perpetrate in danno dei consumatori occorre, ai sensi del d.lgs. n. 146/2007, riferirsi alla più ampia nozione di pratica commerciale scorretta delineata dagli artt. 21, 22 e 23 del codice del consumo: come conseguenza, questa più ampia nozione è stata definita più precisamente ricorrendo ai contenuti del d.lgs 145/2007.

²⁰⁵ G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *op. loc. ult. cit.* ritengono, appunto, irrazionale che, in tema di pubblicità ingannevole, la tutela rafforzata dei bambini sia stata inserita nel decreto legislativo sulla tutela dei professionisti.

di consumo, la pratica commerciale scorretta²⁰⁶ si sostanzia in ogni azione, omissione, condotta o dichiarazione e comunicazione commerciale, compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, la quale, posta in essere da un professionista in violazione della diligenza professionale²⁰⁷, sia idonea in se stessa a falsare le decisioni del «consumatore medio»²⁰⁸ e della microimpresa. In altri termini, la scorrettezza della pratica commerciale proprio perché può condurre a un'alterazione della concorrenza e al tempo stesso incidere pregiudizialmente sul comportamento economico dei consumatori, viene presa in considerazione a prescindere dalla circostanza di aver concretamente influito sulla decisione di questi soggetti di acquistare, pagare, utilizzare, restituire un prodotto o esercitare un diritto previsto nel contratto di acquisto. L'ampiezza della definizione di pratica commerciale scorretta, specialmente con riguardo alla nozione di consumatore medio e di diligenza professionale, ha lasciato notevoli margini di discrezionalità ai giudici e all' AGCM. Pur nel bilanciamento tra libertà d'impresa e il diritto del consumatore a scelte consapevoli, le corti e l'Autorità hanno elaborato, nel corso del tempo, un orientamento tendente alla piena tutela dei consumatori e specialmente di quelli vulnerabili, oggetto di speciale considerazione²⁰⁹, e hanno richiesto alle imprese standard elevati di diligenza profes-

²⁰⁶ La normativa prevede un sistema organizzato in una norma generale (art. 20 del codice del consumo), due macrocategorie di pratiche commerciali scorrette, cioè quelle ingannevoli (artt. 21-23) e quelle aggressive (artt. 24-26) e due liste nere di pratiche ingannevoli (art. 23) e aggressive (art. 26).

²⁰⁷ L' art. 18, lett. *h* del codice del consumo definisce la «diligenza professionale» come il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista. Di questa definizione a maglie larghe L. PONTIROLI, *la disciplina delle pratiche commerciali sleali: questioni e tendenze evolutive recenti, con particolare riguardo al settore del credito*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, p. 383 ha giustamente sottolineato che il riferimento alle pratiche correnti implica il rischio di trasformarle in criterio della loro stessa correttezza con il risultato di irrigidire il parametro della diligenza professionale nella sua dimensione corrente.

²⁰⁸ Art. 20, comma 2 del codice del consumo. Il concetto di consumatore medio deriva dalla giurisprudenza comunitaria ed è contenuto nel *considerando* 18 della direttiva 2005/29/CE cit. Riferendosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la direttiva in parola definisce il consumatore medio come il consumatore che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici.

²⁰⁹ Cfr. l' art. 20, comma 3, che parla di consumatori particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità. In questi casi, secondo l'art. 27, comma 5 del codice del consumo, incombe al professionista l'onere di provare, con alle-

sionale²¹⁰. All' AGCM sono stati attribuiti poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori che definiscono un intervento di tipo amministrativo (c. d. *public enforcement*). La procedura presso l'AGCM, legittimata ad agire d'ufficio o a richiesta di qualsiasi interessato, incluse le associazioni dei consumatori, può concludersi con una decisione che riconosca il carattere ingannevole o di illecito del messaggio pubblicitario ovvero la scorrettezza della pratica commerciale. In tal caso l'Autorità, ne vieta la continuazione e ne elimina gli effetti, se necessario previa la loro sospensione provvisoria²¹¹; ordina, a spese del professionista, la pubblicazione del provvedimento; commina, con finalità educative ed afflittive, una sanzione pecuniaria, allo stato compresa tra 5.000 e 5.000.000 di euro. Il provvedimento finale, comunicato alle parti e ai soggetti intervenuti nel procedimento, è pubblicato entro venti giorni dalla sua emissione nel bollettino settimanale che si trova sul sito istituzionale dell'Autorità. Contro tale provvedimento è ammessa impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, ossia, in primo grado, dinanzi al Tribunale Amministrativo del Lazio (TAR) e, in appello, dinanzi al Consiglio di Stato. Tranne nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale²¹², il professionista può evitare l'accertamento dell'infrazione impegnandosi a porre fine alla pratica scorretta o a modificarla opportunamente. L'accordo può essere reso pubblico. Poiché il *public enforcement* non pregiudica né limita il ricorso a qualsiasi altra azione civile cui gli interessati siano legittimati si introduce il tema del rapporto tra tutela amministrativa e tutela civile²¹³. Questo tema è fondato sulla considerazione che mentre l'intervento amministrativo sanziona le pratiche astrattamente idonee a incidere sulla decisione di un ipotetico consumatore medio, il procedimento civile tende a tutelare il soggetto leso dalla distorsione effettiva della sua volontà. Poiché il nostro legislatore non ha individuato specifiche soluzioni e ha lasciato intendere la necessità di riferirsi alle tradizionali regole del codice civile, spetta all' interprete verificare, nel caso concreto,

gazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale su questa categoria di consumatori.

²¹⁰ Per un'analisi delle decisioni prese dall'AGCM e dai giudici amministrativi si rinvia a G. ALPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 207 ss.

²¹¹ Art. 27, commi secondo e terzo del codice del consumo.

²¹² Art. 27, comma primo del codice del consumo.

²¹³ Art. 19, comma 2 del codice del consumo.

l'applicabilità dei rimedi risarcitori²¹⁴ o annullatori del contratto previsti dal codice civile e invocati in giudizio dal singolo consumatore in giudizio. Le disposizioni del codice civile invocabili sono l'art. 1337 cod. civ. sulla responsabilità precontrattuale, l'art. 1418 sulla nullità del contratto; l'art. 1427 sull'annullamento del contratto per errore, violenza o dolo, l'art. 2043 sulla responsabilità extracontrattuale²¹⁵. Tuttavia questa gamma di rimedi viene giudicata inefficiente perché, a parte i dubbi sulla giuridica praticabilità di qualcuno di essi²¹⁶, attivarla è legato a una iniziativa giudiziale del consumatore, normalmente restio a imbarcarsi in una avventura dai tempi quasi biblici e dagli alti costi. Sicché, nel quadro di una riflessione complessiva sui rimedi destinati a proteggere il singolo consumatore, è stata suggerita la risoluzione unilaterale stragiudiziale almeno nel caso in cui la pratica commerciale scorretta ha indotto il consumatore all'acquisto di un prodotto o di un servizio non voluto²¹⁷.

La parte terza è intitolata al *rapporto di consumo* e si articola in cinque titoli²¹⁸. Essa contiene la disciplina delle clausole vessatorie; dei diritti dei

²¹⁴ Cass., 12 gennaio 2021, n.291 in *De Jure* ha stabilito che il consumatore non deve alcun corrispettivo in caso di fornitura di energia elettrica non richiesta né il fornitore può agire per indebito o arricchimento senza causa.

²¹⁵ A. P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I contratti*, 2018, p. 689 ss per l'esposizione puntuale di questa problematica. Sui rapporti tra codice del consumo e codice civile si rinvia a E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 425 ss. e G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 ss. A questo riguardo si deve sottolineare che, in linea generale, le regole del codice civile sono di non facile adattamento alle vicende patologiche del rapporto di consumo per la fondamentale ragione che, come si è visto, le regole del consumo tendono alla strutturazione e conservazione del mercato concorrenziale prendendo atto delle posizioni asimmetriche delle parti, mentre quelle del codice civile sono espressione di un mercato già strutturato nel quale i contraenti sono, in linea generale, considerati su un piano di parità. Cfr. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 45.

²¹⁶ Relativamente all'annullabilità, Cass., sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e responsabilità civile*, 2008, p. 525 ha stabilito che non può esserci interferenza tra le regole di comportamento e regole di validità. Ne consegue che la violazione di una regola di condotta può dar luogo a responsabilità e non a nullità a meno che la nullità stessa non sia stata espressamente prevista dal legislatore.

²¹⁷ C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/UE*, in *Rivista di diritto industriale*, 2020, p. 331 ss.

²¹⁸ Il primo di essi tratta *Dei contratti del consumatore in generale* (artt. 33-38) ed espone la disciplina delle clausole vessatorie già considerata nel presente lavoro. Il Titolo II è dedicato

consumatori nei contratti; dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza; del diritto di recesso; dei contratti finanziari negoziati a distanza; della trasparenza in alcune operazioni, ossia nei contratti di multiproprietà e nei contratti di viaggio. Nelle pagine precedenti molte di queste regole sono state esposte nell'ottica della strutturazione del mercato unico. Relativamente agli artt. 60-65, che riguardano alcuni aspetti del contratto di vendita di beni mobili e riprendono alcuni punti della direttiva 2011/83²¹⁹ e si può osservare un esempio della frequente sciattezza sistematica del legislatore che ha omesso di collocare queste regole nel Titolo III della parte IV, ove sono disciplinati alcuni aspetti della nella vendita dei beni di mobili. Quindi, se ne dirà a suo luogo.

Nella parte terza del codice del consumo è disciplinato il fondamentale obbligo del professionista di fornire informazioni al consumatore in vista della stipulazione del contratto. L'elenco delle informazioni è differente per i diversi tipi contrattuali in relazione al tasso rischio che il consumatore è chiamato a sopportare a causa delle modalità dell'offerta o del tipo di contratto. L'art. 48 indica le informazioni che il professionista deve comunicare

all'*Esercizio dell'attività commerciale*. Esso si divide in due capi. Il Capo I, *Disposizioni generali*, esibisce un solo articolo, l'art. 39, il quale, riferendosi ai principi di buona fede, correttezza e lealtà cui devono essere improntate «le attività commerciali», enuncia una regola generale ripresa in dettaglio in più punti. Il Capo II, *Promozione delle vendite*, riferendosi al credito al consumo, rinvia al testo unico bancario. Il Titolo III, sulle *Modalità contrattuali*, è diviso in più capi. Il Capo I tratta dei *Diritti dei consumatori nei contratti* e contiene cinque sezioni su *Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali* (art. 48); su *Informazioni precontrattuali per il consumatore e diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali* (artt. 49- 59); su *Altri diritti del consumatore* (art. 60-65); sulle *Disposizioni generali* (art. 66-67) e la sezione aggiunta in occasione del consolidamento del d. lgs. 190/95 nel codice del consumo; su *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori* (art. 67-bis- 67-vicies-bis). Segue un Capo II sul *Commercio elettronico* di puro e semplice rinvio al d. lgs. 70/2003 (art. 68). Il Titolo IV reca *Disposizioni relative ai singoli contratti* (art. 69-101) e al suo interno si trovano le regole sui contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, dei contratti di rivendita e di scambio (artt. 69-81 bis). Infine il Titolo V tratta l'*Erogazione di servizi pubblici* (art. 101) che rinvia alla disciplina speciale ripetendone alcune direttive generali.

²¹⁹ Direttiva 2011/83 UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in GUCÉ, 22 novembre 2011, L 304/64.

prima di perfezionare contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali²²⁰ e i contratti indicati nel secondo comma²²¹. I professionisti non sono, però, tenuti a dare queste informazioni nei contratti a esecuzione immediata, tipici degli affari della vita quotidiana, all'evidente e ragionevole scopo di non intralciare il commercio al minuto²²². L'art. 49 enumera le informazioni, più dettagliate, destinate a formare parte integrante del contratto e immodificabili, salvo accordo espresso tra le parti²²³, che devono essere fornite in vista della conclusione dei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali. Stando al comma dieci dello stesso art. 49, sta sul professionista l'onere di provare di aver adempiuto gli obblighi di informazione. Anche se una disposizione del medesimo tenore non è stata scritta relativamente ai contratti di cui all'art. 48 e quindi si può dedurre che spetti, invece, al consumatore provare l'adempimento del professionista, una parte della dottrina contrasta questa conclusione sostenendo essere regola generale che, se il consumatore nega di aver ricevuto i dati, è il professionista a dover provare di averglieli trasmessi²²⁴. La violazione degli obblighi di informazione è considerata una pratica commerciale scorretta²²⁵ e colpita con le stesse sanzioni. Il codice del consumo, però, tace sulle conseguenze di questa violazione sul singolo contratto e perciò dottrina e giurisprudenza hanno avanzato diverse ipotesi²²⁶. Tra esse sembra prevalente quella che, sulla base dell'idea secondo cui gli obblighi legali di

²²⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., p. 256 giustamente giudica «infelice» la formula che introduce la categoria generale dell'art. 48 costruendola in negativo sulla base della categoria speciale dell'art. 49.

²²¹ Si tratta dei contratti di fornitura di acqua, gas, elettricità quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinate, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale.

²²² Art. 48, comma 3.

²²³ Art. 49, comma 5.

²²⁴ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 231 s., il quale cita la sentenza della Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2004, causa C-449/13 che, con riferimento alla direttiva 2008/48 sul credito al consumo, priva di una specifica previsione sull'onere della prova circa l'adempimento degli obblighi informativi gravanti sul professionista, li ha addossati a quest'ultimo in nome del principio di effettività.

²²⁵ Art. 66.

²²⁶ Alcuni hanno invocato l'art. 1337 del codice civile e quindi la responsabilità extracontrattuale; altri hanno sostenuto la nullità del contratto successivamente concluso perché le disposizioni sugli obblighi informativi sono inderogabili, una tesi fatta propria da Cass., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giustizia civile*, 2000, I, p. 135; altri la annullabilità del contratto per vizio della volontà del consumatore disinformato. Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., p. 254.

informazione costituiscono regole di condotta destinate a orientare il comportamento del professionista nel corso del rapporto²²⁷, indica nella risoluzione del contratto per inadempimento o nel risarcimento del danno la soluzione più appropriata. L'alternativa è sciolta dal consumatore. Se egli vuole trattenere la prestazione ricevuta, può chiedere solo il risarcimento del danno dal cui ammontare sarà defalcato il valore di quanto egli ha conseguito²²⁸.

Gli artt. 67-*bis*- 67 *vicies bis* trattano la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, ossia la vendita di un servizio finanziario, nozione a maglie assai larghe, ad opera di un fornitore²²⁹ che agisca esclusivamente mediante un sistema di comunicazione organizzato, il che esclude l'applicabilità di queste regole al contratto concluso occasionalmente o in seguito a trattative svolte anche di persona²³⁰. Di questa disciplina, da coordinare con le numerosissime altre regole relative ai mercati finanziari²³¹, si deve sottolineare il maggior rilievo attribuito al diritto di informazione del consumatore. Tale rilievo è pienamente giustificato dalla rischiosità e dalla importanza degli affari trattati ed infatti la dottrina, pur nel silenzio del codice del consumo, sostiene che il fornitore debba fornire dati anche durante lo svolgimento del rapporto perché, stando alla regola generale del codice civile, chiamato a colmare le lacune della disciplina consumeristica²³², egli, come parte del contratto, è tenuto a comportarsi secondo buona fede²³³. Le informazioni precontrattuali, da fornire durante le trattative e comunque prima che il contratto sia concluso, devono, in primo luogo, avvertire il consumatore dei costi e della rischiosità della operazione specialmente se essa è tra le più azzardate²³⁴. Che queste informazioni siano state spesso omesse oppure opacizzate da operatori desiderosi di accaparrarsi il cliente è dimostrato dalla copiosa giurisprudenza che

²²⁷ Art. 49, comma 5.

²²⁸ S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., p. 254.

²²⁹ L'art. 67- *ter*, lett. c) definisce «fornitore» qualunque persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi finanziari oggetto di contratti a distanza».

²³⁰ V. SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, p. 400.

²³¹ F. CAPRIGLIONE, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, Wolters Kluwer, Cedam, 2015.

²³² Art. 38.

²³³ Art. 1337 del codice civile.

²³⁴ V. SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore*, cit., p. 405.

in numerosi casi, per esempio, Argentina, Cirio, Parmalat, ha dichiarato la responsabilità dell'intermediario e l'annullamento del contratto per vizio del consenso del consumatore²³⁵. La legge ha creato, in capo al fornitore, un forte incentivo alla trasmissione delle informazioni nella fase della trattativa perché, in mancanza, il consumatore può sempre recedere dal contratto²³⁶, a differenza di quanto stabilito per gli altri contratti a distanza nei quali il diritto di recesso è comunque soggetto a un termine di decadenza per quanto lungo esso sia. Anche il diritto di recesso ha una maiuscola importanza in quanto consente al consumatore informato di riflettere con maggior ponderazione sulle conseguenze della sua scelta. In generale, il termine per recedere è di quattordici giorni²³⁷ a far data dalla conclusione del contratto, che secondo i più coincide con il momento in cui il fornitore riceve l'ordine del consumatore²³⁸ o dalla data posteriore nella quale il consumatore ha ricevuto le informazioni e le condizioni contrattuali previste della legge. Il termine per recedere è esteso a trenta giorni per i contratti di assicurazione sulla vita e per gli schemi pensionistici individuali²³⁹ a causa della maggiore complessità tecnica di queste operazioni da scrutinare con una più occhiuta attenzione. Questo termine più ampio viene giudicato compatibile anche con l'interesse dell'intermediario che può contare, dopo i canonici trenta giorni, sulla stabilità del contratto particolarmente complesso che è stato concluso. In alcuni casi il diritto di recesso è escluso per evitare comportamenti opportunistici del consumatore in alcune operazioni: servizi finanziari il cui prezzo dipende da fluttuazioni di mercato che il fornitore non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il periodo di recesso²⁴⁰; polizze

²³⁵ Cass., 19 dicembre 2007, n. 26765, in *I Contratti*, 2008, p. 221 ss. In dottrina, M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, Cedam, 2007.

²³⁶ V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *I Contratti*, 2009, p. 414.

²³⁷ Art. 67-*duodecies*, comma 1.

²³⁸ V. SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore*, cit., p. 402.

²³⁹ Art. 67-*duodecies*, comma 2.

²⁴⁰ Art. 67-*duodecies*, comma 5, lett. a). Questa disposizione elenca a titolo esemplificativo i servizi riguardanti le operazioni di cambio; gli strumenti del mercato monetario; i valori mobiliari; le quote di un organismo di investimento collettivo; i contratti a termine fermo (*futures*) su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; i contratti a termine su tassi di interesse; i contratti *swaps* su tassi d'interesse, su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o indici azionari (*equity swaps*) opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento previsto dalla presente lettera, compresi gli strumenti

di assicurazione viaggi e bagagli e le analoghe polizze assicurative di durata inferiore a un mese²⁴¹. Inoltre, il diritto di recesso è escluso quando il consumatore, debitamente informato, mostra di avervi rinunciato avendo esplicitamente richiesto, per iscritto e prima di aver esercitato il diritto di recedere, che il contratto venga interamente eseguito²⁴².

Il titolo V tratta dell'erogazione dei servizi pubblici riferendosi essenzialmente ai servizi di pubblica utilità liberalizzati e privatizzati. A partire dagli anni Novanta dello scorso secolo in Italia ne sono stati collocati sul mercato diversi, prima gestiti direttamente dallo Stato: trasporti, poste, erogazione di energia elettrica e del gas, telecomunicazioni. Più a rilento procede la liberalizzazione dei servizi pubblici locali a causa di forti resistenze di vario genere tanto che il tema è stato rilanciato di recente dal governo mediante un apposito disegno di legge²⁴³. Varie leggi²⁴⁴ hanno istituito «Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità» dotate di poteri non di gestione, ma precettivi, di soluzioni di conflitti tra gestore ed utenti, di verifica e di controllo sull'attività dei gestori²⁴⁵. Secondo la normativa in vigore gli utenti hanno diritto di accedere ai servizi secondo stan-

equivalenti che si regolano in contanti. Sono comprese in particolare in questa categoria le opzioni su valute e su tassi d'interesse. Dunque, la disposizione in parola si riferisce anche ai contratti derivati. Poiché le operazioni suddette, altamente speculative, sono esposte a fluttuazioni sul mercato finanziario, se al consumatore fosse riconosciuto il diritto di recedere, egli avrebbe la possibilità di liberarsi dal contratto se l'operazione, in questo lasso di tempo, si fosse dimostrata svantaggiosa, e mantenerla se si fosse rivelata profittevole, come dire che egli si troverebbe in condizione di far propri i vantaggi del contratto senza accollarsene i rischi.

²⁴¹ Art. 67-*duodecies*, comma 5, lett. b). Se il consumatore potesse recedere, eserciterebbe tale diritto quando il rischio fosse venuto meno lasciando i potenziali oneri sulla controparte. Sulla decisione di privare il consumatore del diritto di recesso sembra aver pesato anche il dato che il costo di queste operazioni è normalmente contenuto.

²⁴² Art. 67-*duodecies*, comma 5, lett. c).

²⁴³ *Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99)*.

²⁴⁴ Tra di esse, la legge 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Gazz. Uff.*, 18 novembre 1995, *Suppl. Ord.* n. 136.

²⁴⁵ In Italia operano L'Autorità di regolazione dei trasporti (ART); l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM); l'Autorità di regolazione energia, reti, ambiente (ARERA). Per ulteriori dettagli e l'indicazione delle leggi istitutive, cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 138 e G. ALPPA e A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit., p. 89 ss.

dard di qualità ed efficienza²⁴⁶. Questi standard sono chiamati a giustificare l'imposizione di certi obblighi sul soggetto erogatore, obblighi teoricamente capaci di sottrarre la fornitura del servizio a una logica di puro profitto privato e di renderla, come suole dirsi, universale, ossia, accessibile a tutte le persone all'interno dell'UE, di buona qualità, dal prezzo abbordabile. Qualità ed efficienza vengono poi elaborate e specificate dai singoli gestori in contraddittorio con gli utenti legittimati ad intervenire nelle procedure in base al «principio partecipativo», che giustifica, appunto, la partecipazione dei cittadini alla formazione dei provvedimenti amministrativi. Gli standard confluiscono poi nella Carta dei servizi nelle quali, sull'esempio delle *Citizen's Charter* inglesi, ogni gestore, in termini chiari e concreti, deve indicare i diritti degli utenti e i propri obblighi; i propri obiettivi di qualità; le caratteristiche e le modalità di svolgimento del servizio da erogare affinché ogni utente e l'Autorità possano conoscere tutti questi dati in anticipo, verificarne l'attuazione ed esigerne il rispetto²⁴⁷. In seguito al processo di liberalizzazione e privatizzazione ogni utente è diventato in realtà un consumatore, come risulta dalla stessa totale sovrapposizione delle due nozioni nel codice del consumo²⁴⁸. Ne consegue che il rapporto tra utente e gestore è un rapporto contrattuale di diritto privato, il cui contenuto è integrato con quanto previsto dalla Carta dei servizi, che è fonte di diritti soggettivi tutelabili davanti al giudice ordinario²⁴⁹ anche con l'azione di classe ora prevista dall'art. 840-*bis*, comma terzo, del codice di procedura civile²⁵⁰, mentre con una particolare *class action* pubblica, da proporsi con ricorso dinanzi al giudice amministrativo, si può chiedere di «ripristinare il corretto svolgimento

²⁴⁶ Cfr. art. 101 del codice del consumo.

²⁴⁷ La Carta dei servizi è diventata obbligatoria per i soggetti erogatori di servizi pubblici con decreto legge 12 maggio 1995, n. 163 recante *Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Gazz. Uff.*, 12 maggio 1995, n. 109, convertito con modificazioni dalla legge 11 luglio 1995, n. 273, in *Gazz. Uff.*, 11 luglio 1995, n. 160.

²⁴⁸ Cfr. art. 3, comma 1, lett. a) del codice del consumo.

²⁴⁹ Cass. civ., sezioni unite, 30 settembre 2014, ord. n. 19454 in *De Jure*.

²⁵⁰ Stando alla norma citata nel testo «l'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni dei concessionari di servizi pubblici».

della funzione o la corretta erogazione di un servizio»²⁵¹, ma non il risarcimento del danno²⁵².

In tre titoli la parte IV, intitolata *sicurezza e qualità dei prodotti*, disciplina la *sicurezza dei prodotti*, la *responsabilità per danno da prodotti difettosi*, la *garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo*.

Le regole sulla sicurezza dei prodotti e sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi²⁵³ hanno a che fare con la gestione dei rischi inevitabilmente correlati alla produzione di massa²⁵⁴. Nel settore dei beni mobili di consumo ai controlli amministrativi e al sistema della responsabilità civile si è andato da tempo affiancando, con una rilevanza sempre maggiore, un altro sistema di controlli basato sulla certificazione dei prodotti, il quale, attestando che il prodotto è conforme alle disposizioni CE, consente di realizzare un'informazione più completa destinata a valorizzare gli stessi controlli amministrativi²⁵⁵. Il produttore²⁵⁶ ha l'obbligo di immettere sul mercato solo prodotti sicuri²⁵⁷ e, quello, accessorio, di fornire tutte le notizie utili alla prevenzione dei rischi derivanti dall'uso del prodotto²⁵⁸. Le pubbliche amministrazioni elencate nell'art. 106 sono legittimate a disporre adeguate verifiche e, nel caso in cui esse abbiano avuto esito negativo,

²⁵¹ Art. 1 del d. lgs 20 dicembre 2009, n. 198, *Attuazione dell'art.4 della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi*, in *Gazz. Uff.*, 31 dicembre 2009, n. 303.

²⁵² Cass. civ., sezioni unite, 30 settembre 2015, ord. n. 19453, in *De Jure*, ha affermato che la *class action* pubblica è funzionale al conseguimento di un risultato utile, del tutto indistintamente, a tutti i contitolari dell'interesse diffuso, mentre la *class action* del codice al consumo postula necessariamente l'esercizio di un diritto individuale, oggetto di trasposizione in capo a ciascun titolare singolarmente identificato.

²⁵³ Le disposizioni del codice del consumo ripetono le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica n. 224 del 24 maggio 1988, *Attuazione della direttiva CEE n. 85/374 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*, ai sensi dell'art. 5 della legge 16 aprile 1987, n. 183, in *Gazz. Uff.*, 23 giugno 1988, n. 146, *Suppl. Ord.*, n. 56.

²⁵⁴ Art. 115, comma 1.

²⁵⁵ A. LUMINOSO, *Certificazione di qualità dei prodotti e tutela del consumatore-acquirente*, in *Europa e diritto e diritto privato*, 2000, p. 27 ss.

²⁵⁶ Secondo l'art. 115, comma 2 *bis* sono assoggettati al medesimo regime di responsabilità del produttore di beni mobili anche coloro che producono prodotti agricoli del suolo e prodotti dell'allevamento della pesca e della caccia, ossia l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore e il cacciatore.

²⁵⁷ L'art. 112, comma 2 considera «prodotto» anche l'energia elettrica.

²⁵⁸ Art. 104, comma 2. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 maggio 2021, n. 122225, in *De Jure*.

vietare l'immissione sul mercato dei prodotti o disporne il ritiro presso i consumatori o l'adeguamento agli obblighi di sicurezza stabiliti entro un termine perentorio²⁵⁹. Le scelte di cosa e come comunicare ai consumatori e quelle relative alla progettazione e alla distribuzione del prodotto devono tenere conto «della valutazione di impatto sociale del rischio generato sulle diverse categorie di potenziali consumatori»²⁶⁰. Pertanto, è corretto sostenere che la struttura della responsabilità del produttore si differenzia dalla struttura della responsabilità aquilana tradizionale perché in quest'ultima si considerano coinvolti un solo danneggiante e un solo danneggiato. In questa cornice, secondo alcuni autori, la principale novità del sistema della responsabilità per prodotti difettosi consiste nella «doppia valenza della condotta del consumatore», ossia ai fini della definizione del difetto²⁶¹ e ai fini del regime di responsabilità complessivamente considerato²⁶². Benché questi profili siano formalmente separati, esiste una precisa relazione tra decisioni del produttore circa la struttura del prodotto e comportamento del danneggiato²⁶³ sicché emerge un principio di affidamento reciproco che configura «un'ipotesi relazionale della regola di responsabilità»²⁶⁴. Rispon-

²⁵⁹ Art. 107.

²⁶⁰ Si veda il considerando n. 8 della direttiva 2001/95 dove si legge che «la sicurezza dei prodotti deve essere valutata tenendo conto delle categorie dei consumatori che possono essere particolarmente vulnerabili ai rischi presenti dai prodotti in esame, in particolare i bambini e le persone anziane».

²⁶¹ Secondo l'art. 117, comma 1, infatti, un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze.

²⁶² Si veda l'art. 112, intitolato *colpa del danneggiato*, il quale stabilisce, al primo comma, che, in caso di fatto colposo del danneggiato, il risarcimento si valuta secondo le disposizioni dell'art. 1227 del codice civile che, a sua volta, prevede il concorso di colpa del creditore nella produzione del danno e ne diminuisce o azzerà il risarcimento. Il secondo comma dell'art. 112 dispone che il risarcimento non è dovuto quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo e vi si sia volontariamente esposto.

²⁶³ Si tratta di una relazione reciproca perché il produttore definisce il livello del rischio generato dal prodotto considerando la condotta diligente delle varie categorie di potenziali danneggiati e costoro saranno tenuti a conformare la loro condotta sulla base di una legittima aspettativa di assenza di difetto. Pertanto si afferma un principio di affidamento reciproco del produttore sulla condotta diligente del potenziale danneggiato e di questi sulla sicurezza del prodotto. Era ricorso a questa impostazione già Cass., 29 settembre 1995, n. 10274, in *Foro it.*, 1996, c. 954.

²⁶⁴ F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa*, cit., p. 518 ss. al cui studio si rinvia per gli interessanti sviluppi di questa impostazione.

dono dei danni, nei limiti di cui all'art. 123²⁶⁵, il produttore senza che abbiano rilevanza la dimensione, la forma dell'impresa e la natura del mercato, monopolistico, oligopolistico o concorrenziale, in cui essa opera. La ragione, discutibile, è che ogni differenziazione è sembrata attentare al corretto funzionamento del mercato. La responsabilità del distributore è, in linea di massima, esclusa²⁶⁶, il che a molti appare insoddisfacente in quanto produce una distinzione artificiale nella definizione dei regimi di responsabilità. Nel giudizio individuale per danni promosso dal consumatore, il danneggiato deve provare il danno subito, l'uso del prodotto e il nesso causale, mentre sta al produttore, per sottrarsi alla responsabilità, provare l'inesistenza del difetto quando ha messo il prodotto in circolazione²⁶⁷. Diversamente da quanto stabilito in tema di responsabilità extracontrattuale dal codice civile, le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità del produttore sono nulle²⁶⁸. In forza della legge 281/1998 le associazioni dei consumatori possono agire in giudizio per la tutela della salute, ma anche della sicurezza e della qualità dei prodotti chiedendo provvedimenti di tipo inibitorio o restitutorio, nonché la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani²⁶⁹.

In tema di vendita di beni di consumo l'art. 129 impone al venditore l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita²⁷⁰. A questo scopo il secondo comma di tale articolo prevede un

²⁶⁵ Sono risarcibili il danno da morte e da lesioni personali e quello a cose diverse dal prodotto, purché si tratti di cose destinate all'uso o al consumo privato.

²⁶⁶ Cfr l'art. 116, primo comma, stando al quale, quando il produttore non è stato individuato, viene sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che ha distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale se ha ommesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto.

²⁶⁷ Cass., 15 febbraio 2018, n. 20985, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, p. 277 con nota di MONTINARO. Per le altre cause di esonero della responsabilità del produttore, cfr. l'art. 118. Tra esse spicca il c.d. rischio di sviluppo per cui il produttore non risponde del difetto del prodotto destinato ad emergere solo in virtù di successive evoluzioni delle conoscenze scientifiche o tecniche

²⁶⁸ Art. 124.

²⁶⁹ Art. 3 della legge 281/1998 lett. c).

²⁷⁰ Secondo l'art. 128 la garanzia di conformità si applica anche ai contratti di somministrazione (eccetto i contratti di somministrazione di acqua, gas ed energia elettrica), la permuta, l'appalto, il contratto d'opera e tutti gli altri contratti finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o da produrre.

presunzione *iuris tantum* di conformità dei beni al contratto in presenza di certe circostanze sicché, in definitiva, il venditore è tenuto a consegnare il bene immune da vizi e dotato di quelle qualità che il singolo acquirente può legittimamente attendersi non solo sulla base delle aspettative della generalità dei consumatori, ma anche sulla scorta delle informazioni che i consumatori abbiano ricevuto dal produttore tramite dichiarazioni pubbliche o l'etichettatura²⁷¹. Dura due anni la garanzia di conformità, nozione non nuova perché già prevista dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale. È degno di rilievo che la direttiva 2019/777/UE²⁷² ha incluso la durabilità tra i criteri oggettivi di valutazione della conformità dei beni allo scopo di contrastare la prassi della obsolescenza programmata sovente adottata dai produttori. Se il bene è difforme dagli standard di qualità attesi, il consumatore dispone una serie di rimedi da esperire secondo una precisa scansione. In prima battuta, egli può pretendere, a sua scelta, la riparazione o la sostituzione gratuita del bene, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro. Solo in seconda battuta il consumatore può pretendere i tradizionali rimedi della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto²⁷³, segno di una tendenza ad incentivare un mercato interno che non tollera «fallimenti»²⁷⁴. La normativa del codice del consumo affonda le sue radici nella direttiva 99/44 CE²⁷⁵, tesa a favorire lo sviluppo delle relazioni

²⁷¹ Cass., 30 giugno 2020, n. 13148 in *De Jure* ha presunto che i difetti manifestatisi entro sei mesi dalla consegna del bene siano sussistenti già a tale data, sicché è onere del consumatore allegare la sussistenza del vizio, gravando sulla controparte l'onere di provare la conformità del bene consegnato rispetto al contratto di vendita. Trascorso questo termine, trova applicazione la disciplina generale del codice civile in materia di onere della prova secondo quanto disposto dall'art. 2697 del codice civile.

²⁷² Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE e che abroga la direttiva 1999/44/CE, in *GUCE*, 22 maggio 2019, L 136/28.

²⁷³ Corte di Appello di Potenza, 7 giugno 2021, n. 385 in *De Jure*. Si vedano sul punto le osservazioni di T. DELLA MASSARA, *La «maggior tutela del consumatore» ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo per l'attuazione della direttiva 2011/21*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 761 ss.

²⁷⁴ V. ZENO-ZENCOVICH- A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, in (a cura di) F. MACARIO e M. N. MILETTI, *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche prospettive della parte generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 598.

²⁷⁵ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, in *GUCE*, 7 luglio 1999, L 171/12

commerciali transfrontaliere all'interno del mercato unico eliminando, a vantaggio delle imprese, la diversità delle regole nazionali su «alcuni aspetti della vendita» e dotando i consumatori di un omogeneo livello di protezione su questi stessi punti immutabili dalle legislazioni nazionali. In Italia, tali regole furono inserite nel codice civile mediante l'aggiunta degli artt. 1519-*bis* ss a significare che esse imprimevano una «caratterizzazione moderna» al codice stesso, come, del resto, le disposizioni in materia di clausole abusive²⁷⁶. Applicandosi al contratto tra venditore professionale e consumatore, le norme in esame individuano un tipo di vendita che si affianca alle vendite tra imprenditori o tra privati ancora regolate dagli artt. 1470 ss del codice civile, una disciplina diversa sotto diversi profili da quella del codice del consumo²⁷⁷; alle vendite speciali regolate da particolari disposizioni interne e alle vendite internazionali trattate da alcune convenzioni.

Gli artt. 61-e 62 regolano il termine di consegna dei beni venduti e il passaggio del rischio nei casi in cui è stato previsto che il professionista spedisca il bene al consumatore. Relativamente al termine di consegna l'art. 61 stabilisce che, salvo diverso accordo delle parti, la consegna deve essere effettuata senza ritardo ingiustificato e, al più tardi, entro trenta giorni a far data dalla conclusione del contratto. Il consumatore può reagire al mancato rispetto del termine legale o convenzionale assegnando all'altra parte un tempo supplementare di consegna adeguato alle circostanze. Se anche il termine di grazia spira inutilmente, il consumatore può invocare la risoluzione del contratto. Al consumatore si apre immediatamente la strada della risoluzione se è essenziale il termine fissato per la consegna oppure se il professionista ha rifiutato espressamente di effettuarla. L'art. 62 fissa il momento del passaggio in capo al consumatore del rischio del danneggiamento e della perdita dei beni che il professionista deve spedirgli. Il momento è quello in cui il consumatore o un suo incaricato entrano in possesso del bene. Se, invece, il trasporto non è stato organizzato dal venditore perché il vettore è stato indicato dallo stesso consumatore, il rischio si trasferisce su di lui nel momento in cui il venditore consegna il bene al trasportatore.

attuata dal d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, *Attuazione della direttiva 1999/24/CE su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Gazz. Uff.*, 8 marzo 2002, n. 57, *Suppl. Ord.* n. 40.

²⁷⁶ G. ALPA e A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 274.

²⁷⁷ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 351 indica le differenze tra la normativa consumeristica e quella del codice civile.

La parte quinta concerne *le associazioni dei consumatori e l'accesso alla giustizia*²⁷⁸ e si articola in due titoli. Il primo sulle *associazioni rappresentative a livello nazionale*²⁷⁹ regola anche il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti. Il secondo titolo è dedicato all' *accesso alla giustizia*. Le disposizioni sull'azione collettiva inibitoria e sull'azione di classe risarcitoria²⁸⁰ sono state abrogate dall' art. 5 della legge 12 aprile 2019, n. 31²⁸¹. Questa legge ha introdotto nel libro IV del codice di procedura civile il titolo VIII-*bis* dedicato ai processi collettivi. Tali nuove disposizioni sono entrate in vigore il 18 novembre 2020 e sanzionano le condotte illecite delle imprese commesse a partire da questa data. La nuova disciplina estende il campo di applicazione dell'azione di classe e amplia sia le categorie di soggetti che possono farvi ricorso, sia le situazioni giuridiche tutelate²⁸². Il titolo II-*bis* disciplina la *risoluzione extragiudiziale delle controversie*, che, a parte alcuni casi, sembra indicare una sorta di corsia preferenziale per la risoluzione extragiudiziale disegnata sulla preminenza dei codici di condotta e sulla riconduzione della lite a modelli di comportamento volontariamente prefigurati dalle parti²⁸³. Esiste uno stretto collegamento tra la risoluzione extragiudiziale e le esperienze di *soft law*, che ha ricondotto la *adjudication* all'interno dei quadri di autodisciplina e autotutela caratteristici dei codici di condotta dei quali le imprese possono dotarsi²⁸⁴.

La parte sesta contiene le *disposizioni finali*²⁸⁵, tra le quali spicca quella che dichiara irrinunciabili i diritti attribuiti al consumatore e fulmina con

²⁷⁸ Artt. 136- 141 *decies*.

²⁷⁹ Artt. 136-138.

²⁸⁰ Artt. 139-140 *bis*.

²⁸¹ *Disposizioni in materia di azioni di classe*, in *Gazz. Uff.*, 18 aprile 2019, n. 92.

²⁸² La titolarità dell'azione è riconosciuta non più soltanto ai consumatori per i casi di responsabilità contrattuale delle imprese, ma anche a tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie anche di natura extracontrattuale in relazione alla lesione di diritti individuali omogenei. In particolare, potrà agire in giudizio non soltanto qualsiasi componente della classe, sia pure singolarmente, ma anche un'organizzazione o un'associazione senza scopi di lucro i cui obblighi statutari comprendano la tutela dei diritti individuali. Un' altra rilevante modifica riguarda la possibilità per tali soggetti di stare autonomamente in giudizio non quali rappresentanti nel processo del componente della classe resasi per suo tramite attrice. In argomento F. TEDOLI, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium iuris*, 2019, p. 1413 ss.

²⁸³ Art. 141, comma 4.

²⁸⁴ Artt. 27 *bis* e 27 *ter*.

²⁸⁵ Artt. 141-146. In argomento (a cura di) N. SCANNICCHIO, *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, Bari, Cacucci Editore, 2007.

la nullità ogni patto in contrasto con le disposizioni del codice. Seguono alcuni allegati aventi a oggetto i testi inerenti alle informazioni da fornire ai consumatori in materia di recesso e alle procedure per l'applicazione delle linee guida per le notifiche del sistema rapido di comunicazione dei rischi derivanti dai prodotti difettosi non alimentari.

6. La nozione di consumatore

Secondo l'art. 3, comma primo, lett. a) del codice di consumo è consumatore la persona che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale svolta, ossia consumatore è l'acquirente non professionale di beni e servizi. Individuando nell'atto di consumo il punto di riferimento per l'applicazione della disciplina consumeristica, la disposizione in parola rinvia all'esperienza dell'atto di commercio, perno del codice del 1882, la cui regole si applicavano tanto ai rapporti interni al ceto mercantile sia a quelli tra commercianti e consumatori. Ora, si deve osservare che come le norme del codice commerciale sono diventate in buona misura diritto privato comune con la codificazione del 1942, la disciplina del consumo «sembra destinata a svolgere un ruolo trainante nel rinnovamento del diritto privato», perché tende ad investire anche le relazioni contrattuali tra imprese separate da un'asimmetria informativa simile a quella che segna i rapporti tra professionista e consumatore²⁸⁶.

²⁸⁶ La direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 *relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE*, in *GUCE* 23 dicembre 2015, L 337/35, recepita in Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, in *Gazz. Uff.*, 13 gennaio 2018, n. 10, ha consentito ai singoli Paesi di equiparare le microimprese ai consumatori relativamente alle misure di trasparenza delle condizioni contrattuali, ai requisiti informativi e ai diritti e agli obblighi concernenti la prestazione e l'uso dei servizi di pagamento. La direttiva (UE) 2018/172 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 *che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche*, in *GUCE* del 17 dicembre 2018, L 321/36, di imminente attuazione in Italia, ha disposto che gli obblighi informativi precontrattuali stabiliti a favore del consumatore persona fisica si applichino in larga parte alle microimprese, alle piccole imprese e alle organizzazioni senza scopo di lucro. Alla base di questa regola c'è la considerazione che tali enti «hanno una posizione contrattuale comparabile a quella dei consumatori e dovrebbero pertanto godere dello stesso livello di tutela, a meno che rinuncino espressamente a tali diritti». Si consideri, infine, per il caso dei rapporti tra intermediari finanziari e le micro, piccole e medie imprese alle quali intende assicurare condizioni di accesso al credito *informato*, corretto e non vessatorio l'art. 11 della legge 11 novembre 2011 n. 180 *Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese*, in *Gazz. Uff.*, 14 novembre 2011, n. 265.

Va sottolineato che il processo di espansione del diritto commerciale, un evento ormai alle nostre spalle, e l'attuale processo di espansione delle vigenti norme consumeristiche presentano significative differenze.

Mentre le regole dettate per i soli commercianti sono, per così dire, scese verso il basso, finendo con il penetrare in modo significativo nel regolamento dei rapporti tra privati, l'odierno processo di rinnovamento del diritto privato segue il cammino inverso in quanto le regole a tutela del consumatore risalgono alle relazioni tra le imprese. Inoltre, mentre la c.d. commercializzazione del diritto privato è avvenuta mediante la perdita di rilevanza della qualità dei contraenti e l'emersione di un soggetto unico di diritto, attualmente si assiste alla rivalutazione della appartenenza dei contraenti a diverse categorie, ossia a quella degli imprenditori grandi e piccoli e a quella dei consumatori com'è proprio di una normativa *market oriented*²⁸⁷.

Veicolata dal diritto comunitario la definizione di consumatore ha lasciato poco spazio alle interpretazioni estensive delle corti. Dopo che la Corte costituzionale ha legittimato la scelta del legislatore²⁸⁸, non si mette più in discussione che la qualifica di consumatore spetti solo alla persona fisica e non alla persona giuridica, come invece avviene, per esempio, nel sistema giuridico brasiliano²⁸⁹. Dopo aver sostenuto che consumatori e imprese possono accusare lo stesso *gap* informativo nei confronti del professionista e che, in tal caso, meriterebbero lo stesso trattamento, la dottrina si è dovuta rassegnare al fatto che il legislatore comunitario ha ritenuto che l'ente, personificato o non, è legittimato ad agire solo in funzione del perseguimento dei fini sociali e quindi non gode, come la persona fisica, della libertà di scegliere se agire nei limiti della propria attività professionale o imprenditoriale o se superare tali limiti²⁹⁰. Pertanto, quando alcune corti, in linea con la posizione dei giudici del Lussemburgo²⁹¹, hanno esteso la tutela del consumatore al condomino, hanno avuto cura di qualificare l'amministratore come rappresentante dei singoli condomini, persone fisiche da considerare consumatori in quanto utilizzino i loro immobili per scopi

²⁸⁷ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 67 ss.

²⁸⁸ Corte cost., 22 novembre 2003, n. 469, in *Foro it.*, 2003, c. 332.

²⁸⁹ *Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990, Código brasileiro de defesa do consumidor*, art. 22. «Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto o serviço como destinatário final».

²⁹⁰ G. CHINÈ, *Il consumatore*, in (a cura di) N. LIPARI, *Trattato*, cit., Vol. I, Padova, Cedam, 2003, p. 435 ss.

²⁹¹ Corte di Giustizia UE, 2 aprile 2020, causa C-329/19.

estranei a ogni attività professionale²⁹². Alla medesima logica si sono ispirate i giudici che hanno applicato norme consumeristiche a un'associazione sportiva perché essi hanno verificato che gli effetti del contratto stipulato con un professionista, nella fattispecie, un contratto di assicurazione, produceva i suoi effetti sugli associati che, singolarmente considerati, potevano ritenersi consumatori²⁹³. Una vicenda particolare ha riguardato il fideiussore che garantiva l'adempimento della obbligazione di un professionista. A causa di una singolare lettura dell'accessorietà della garanzia i giudici, in un primo momento, hanno qualificato, sulla scia della Corte di giustizia dell'Unione Europea²⁹⁴ il fideiussore, persona fisica, un «professionista di riflesso»²⁹⁵. Poi la giurisprudenza, come la stessa Corte di giustizia²⁹⁶, ha cambiato orientamento affermando che il fideiussore può considerarsi a pieno titolo un consumatore se ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale²⁹⁷ e se non ha alcun collegamento di natura funzionale con la società debitrice e magari è stato spinto al doloroso passo da motivi di natura familiare o dal legame personale col debitore principale²⁹⁸. Poiché l'art. 3 del codice del consumo, nel definire il consumatore, ha riguardo allo scopo dell'atto, è stato legittimo considerare consumatore anche l'imprenditore individuale o il professionista che stipuli un contratto per appagare un bisogno di consumo²⁹⁹. La dottrina, però, suggerisce un allargamento della tutela consumeristica al professionista che compia «atti relativi alla professione», cioè atti che «si pongano in un rapporto di strumentalità indiretta ovvero di occasionalità con l'esercizio della professione», come, per esempio, l'atto di acquisto di un autoveicolo da parte di un rappresentante di commercio che utilizzerà il mezzo anche nei suoi viaggi di lavoro³⁰⁰.

²⁹² Cass. civ., 23 luglio 2019, n. 19832, in *Diritto e giustizia* 2019, p. 181; 13 agosto 2016, n. 16321, in *De Jure*; 22 maggio 2015, n. 10679, in *Giustizia civile*, *Massimario*.

²⁹³ Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 369, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1778.

²⁹⁴ Corte di Giustizia UE, 17 marzo 1998, causa C-45/96, in *Corriere giuridico*, 1998, p. 769.

²⁹⁵ Cass. civ., 5 dicembre 2016, n. 248246, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, I, p. 270.

²⁹⁶ Corte di Giustizia UE, 14 settembre 2016, causa C-534/15, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, II, p. 269.

²⁹⁷ Cass. civ. 19 luglio 2021, n. 20633, in *De Jure*.

²⁹⁸ Cass. civ., 24 gennaio 2020, n. 1666, in *De Jure*. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Nuoro, 14 settembre 2020 n. 296, in *Guida al diritto*, 2021, p. 34.

²⁹⁹ Corte di Giustizia UE, 3 settembre 2015, causa C-110/14.

³⁰⁰ F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *I contratti*, 2021, p. 69 ss.

Essendo la definizione di consumatore individuata in negativo, a molti è parso evidente che «su una negazione non si costituisce uno *status*, né si delinea una classe sociale»³⁰¹. Formalmente a perfetta tenuta, questa osservazione è destinata a coloro che hanno ritenuto di equiparare i consumatori ai lavoratori dipendenti considerandoli come una classe sociale omogenea dotata degli strumenti di lotta tipici dei lavoratori. A parte il rilievo che consumatori possono essere sia i lavoratori, sia i capitalisti, una realtà ben presente alla stessa giurisprudenza e che avrebbe potuto indurre il legislatore a differenziare gli strumenti di tutela³⁰², e dato per scontato che il diritto del consumo ha, nel corso del tempo, avuto effetti positivi anche sui consumatori appartenenti alle classi collocate alla base della piramide sociale, bisogna sottolineare ancora una volta che la disciplina consumeristica è stata concepita essenzialmente come uno strumento necessario al corretto funzionamento del mercato concorrenziale³⁰³. Legittimano ulteriormente questa impostazione le idee neolibériste secondo le quali il mercato costituisce il miglior strumento di redistribuzione delle risorse tanto che l'inclusione sociale deve coincidere con l'inclusione nel mercato. Ciò finisce con l'esaltare l'impresa come istituzione tecnocratica nella quale «si fonderebbero gli interessi degli azionisti con quelli della collettività dei consumatori e dei lavoratori indipendenti»; tende a occultare i conflitti di classe che vengono ricomposti in una finta dimensione egualitaria consistente nella misurabile appagamento indotto dal consumo di tutti; sceglie di non sacrificare gli interessi dei detentori dei mezzi di produzione

³⁰¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., p. 172.

³⁰² G. ALPA, *Tutela del consumatore*, cit., p. 22 ss. Nella suddetta prospettiva l'autore proponeva che alcuni rimedi fossero azionabili da tutti gli appartenenti alla categoria dei consumatori sostanziosi in forme di protezione collettiva, altri fossero pensati per specifiche situazioni di debolezza, come quella dei c.d. consumatori del ghetto.

³⁰³ È stato interpretato in questa chiave anche quello che viene ritenuto il primo provvedimento antidiscriminatorio ossia l'*Executive Order* 8802 del 25 giugno 1941, noto come *Fair Employment Act*, emanato negli Stati Uniti durante la seconda guerra mondiale. Esso intendeva promuovere «la piena partecipazione di tutti i cittadini statunitensi al programma di difesa nazionale» e, pertanto vietava «ogni discriminazione tra i lavoratori dell'industria bellica a causa della razza, del credo, del colore o dell'origine nazionale». Benché possa essere riconosciuto che questa misura ha contribuito all'emancipazione dei neri, bisogna sottolineare che la sua finalità essenziale era impedire che imprenditori razzisti svilissero il «lavoro negro» e inceppassero il funzionamento del mercato riducendo l'offerta di un bene richiesto in forma sostenuta. Cfr. E. B. DICKINSON, *The Participation of Negro Labor in Our War Effort*, in 2 *Layers Guild Review*, 1942, p. 24 s.

in caso di conflitto con gli interessi dei lavoratori in veste di consumatori preferendo adottare soluzioni non sgradite alle imprese. In questo scenario, ciò che conta è che al consumatore sia assicurata, con varie tecniche giuridiche, la consapevolezza delle sue scelte in modo da essere capace di innescare la competizione tra le imprese³⁰⁴. Alcuni sociologi hanno sottolineato però che, per quanto informato possa essere, raramente un consumatore si comporta con razionalità soppesando costi e benefici delle sue scelte perché egli è tendenzialmente un conformista disponibile ad accogliere le sollecitazioni della società per guadagnarsene l'approvazione e schivarne la 'condanna'³⁰⁵. Non a caso se il consumatore non resiste alla frenesia degli acquisti e si indebita in modo rovinoso, il legislatore italiano, sulla scorta dell'esperienza francese, ha introdotto una procedura di risanamento della situazione debitoria articolata in due fasi: la prima «amichevole», ossia convenzionale, a istanza del debitore; l'altra giudiziale che può sfociare in provvedimenti tesi a protrarre la scadenza dei rimborsi, consolidare i debiti, ridurre gli interessi allo scopo di rendere meno gravosa la situazione del debitore senza pregiudicare eccessivamente gli interessi del creditore³⁰⁶.

7. Le nuove frontiere del diritto del consumo: il *prosumerism* e il consumo equo e solidale

Il consumatore usa la rete³⁰⁷. Egli confronta le varie offerte su numerosi siti; conclude contratti on line sicché il contratto informatico è diventato oggetto di interventi legislativi e di riflessione dei giuristi teorici; pubblica la propria valutazione circa la qualità dei beni e dei prodotti acquistati contribuendo a orientare le scelte dei futuri consumatori; mette in rete le proprie pratiche di consumo diffondendo la produzione dei significati ad esse collegate³⁰⁸; si trasforma in *prosumer* manifestando le sue esigenze e

³⁰⁴ A. SOMMA, *Dal diritto dei consumatori*, cit., p. 516 ss.

³⁰⁵ A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 1105 ss.

³⁰⁶ Legge 2012 n. 3, *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi di sovraindebitamento*, in *Gazz. Uff.* 30 gennaio 2012, n. 24, sulla quale sono intervenuti il d. lgs. n. 147/ 20 e il d.l. n. 137/2020. Cfr. C. TRENTINI, *Le procedure da sovraindebitamento nella legge 3/2012 e nel codice della crisi*, Milano, Giuffrè, 2021.

³⁰⁷ S. PASSINHAS, *A proteção do consumidor no mercado em linha*, in *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, 2021, n. 1, Tomo 2, p. 871 ss.

³⁰⁸ R. BARTOLETTI, *Il lato B della Barbie: la rivincita dei consumatori nel social web*, in (a cura di) L. MAZZOLI, *Network effect. Quando la rete diventa pop*, Torino, Codice edizioni, 2009.

partecipando alla creazione e all'aggiornamento dei prodotti. Svolgendo queste attività gratuitamente, il consumatore crea un valore di cui si appropriano gli imprenditori che sono presenti in rete. Per questo è stato affermato che il tempo del lavoro produttivo sfruttato dal capitalista comprende, da una parte, il tempo lavorativo dei salariati e, dall'altra, il tempo trascorso *on line* dagli utenti³⁰⁹. In tale scenario è stato sostenuto che «il reddito di cittadinanza» si giustifica anche per essere una forma di remunerazione del 'lavoro' svolto gratuitamente *on line* dai consumatori³¹⁰.

Dal momento che, a partire dal 2015³¹¹, l'Unione Europea è determinata a incrementare il mercato digitale in quanto esso è ritenuto capace di giocare un ruolo fondamentale nello sviluppo dell'economia dei Paesi membri e poiché questa convinzione si è consolidata in occasione dell'epidemia da covid-19, le nuove regole dovrebbero tener conto che, negli ultimi tempi, lo stesso commercio elettronico ha subito una significativa evoluzione³¹².

Il commercio elettronico è transitato da una fase in cui il rapporto di consumo vedeva fronteggiarsi imprenditori e consumatori impegnati a trattare per via digitale secondo apposite regole destinate a garantire la trasparenza della contrattazione e il corretto formarsi della volontà del consumatore, alla fase attuale nella quale, nel rapporto tra venditore e acquirente, si è inserito un terzo soggetto. Costui è un imprenditore, titolare di una piattaforma capace di rastrellare, mediante un sofisticato sistema di algoritmi operanti in modo più o meno occulto, informazioni sulle preferenze del consumatore che naviga in rete acquistando beni e servizi o visitando siti nella prospettiva di soddisfare, prima o poi, i suoi desideri. Venuto in possesso di un accuratissimo profilo del consumatore, il titolare delle piat-

³⁰⁹ C. FUCHS, *Social Media and Capitalism*, in (Edited by) T. OLSON, *Producing the Internet. Critical Perspectives of Social Media*, University of Gothenburg, Nordicom, 2013, p. 25.

³¹⁰ A. SOMMA, *Dal diritto dei consumatori*, cit., p. 531 s.

³¹¹ Questa scelta si basa sull'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che legittima il Parlamento ed il Consiglio ad adottare le misure relative al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'istituzione e il funzionamento del mercato interno.

³¹² Nel giugno 2020 la Commissione ha pubblicato la comunicazione dal titolo «*Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*» nella quale i settori identificati per il rilancio post- Covid saranno incentrati sui seguenti elementi: 1) Investimenti in una migliore connettività; 2) una maggiore presenza industriale e tecnologica in comparti strategici della catena di approvvigionamento (ad esempio IA, cybersicurezza, 5 G, infrastrutture *cloud*); 3) un'economia basata su dati reali e spazi comuni europei di dati; 4) un ambiente imprenditoriale agevolato e più equo.

teforme vende la profilazione a un altro imprenditore attivo in rete come venditore. Perciò, il consumatore produce, più o meno inconsapevolmente, un valore di cui beneficiano il terzo che incassa il prezzo di quelle informazioni e il venditore che, grazie all'acquisto dei dati, può rivolgersi in maniera efficace al suo potenziale cliente offrendogli il bene che sa essere di suo gradimento a un prezzo che non è sempre quello di mercato, ma quello di solito più alto che il consumatore, stando al suo profilo, ha rivelato di essere disposto a pagare. Anche il consumatore «algoritmico» che, per essere dotato di non comuni conoscenze informatiche, sospetti questa dinamica distorta, sembra avere poche frecce nel suo arco. Se infatti egli moltiplica le sue ricerche allo scopo di trovare offerte più convenienti, è possibile che l'algoritmo, avendolo immediatamente riconosciuto grazie al suo *id*, ne contrasti efficacemente le mosse riproponendogli «i prezzi di riserva». Si verifica dunque una inedita forma di asimmetria contrattuale: da un lato, il venditore conosce il prezzo massimo che la controparte è disposta a sborsare, dall'altro, l'acquirente dispone di poche informazioni sull'altra parte e soprattutto ignora qual è il prezzo minimo che egli accetterebbe di ricevere. La risposta del diritto è insoddisfacente. L'art. 6 della direttiva 2019/2161 si è limitato a stabilire che, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza, il professionista debba informarlo se il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato, una regola che, come è stato giustamente sottolineato, non prevede nulla di più di una informazione «disarmata», «non utile», «un gesto vuoto»³¹³.

Il consumatore può favorire la sua stessa profilazione se non resiste all'offerta di cedere i suoi dati in cambio di certi servizi 'gratuiti', un classico esempio di remunerazione in uso nell'economia della piattaforma. Anche in questo caso si verifica un significativo squilibrio a danno del consumatore che la normativa attuale non è in grado di correggere in modo soddisfacente, favorendo così l'impresa. Quando il consumatore, nonostante l'apparente gratuità dell'operazione, in realtà remunera il venditore con la cessione dei suoi dati personali, si mette in una posizione davvero svantaggiosa anche quando il venditore, allo scopo di non essere accusato di pratica commerciale scorretta, lo avverte, per sommi capi, dell'uso che farà di tali informazioni. Infatti, l'acquirente non è in grado di calcolare il valore delle informazioni che ha ceduto perché, ignorando quale uso se ne farà

³¹³ R. PETRUSO, *Osservazioni sui contratti algoritmici e tutela del consumatore nell' economia della piattaforma*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, p. 139 ss.

esattamente, ossia in quale momento e a chi esse saranno trasferite, non può rapportarlo al valore di quanto ha acquistato perché, di solito, il professionista, data la particolare struttura dell'operazione, non gliene comunica il prezzo. Se poi il consumatore decide di recedere dal contratto, una mossa che di solito egli è riluttante a compiere per non perdere quanto di gratuito ha conseguito, il professionista non è tenuto ad astenersi dall'utilizzo dei contenuti forniti o creati dal consumatore nel caso, assai frequente, in cui questi dati siano stati aggregati ad altri e disaggregarli risulta impossibile o eccessivamente oneroso³¹⁴.

Sul versante dei contratti, un rilievo particolare ha assunto lo *smart contract*, che essenzialmente è un software che si esegue automaticamente senza poter essere, di norma, interrotto. In Italia, dello *smart contract* esiste una definizione normativa³¹⁵. Se lo *smart contract* ha già mostrato la sua utilità per i consumatori quando consente l'erogazione automatica di alcune prestazioni processate sulla rete *blockchain*, come nel caso in cui una compagnia aerea o ferroviaria rimborsi automaticamente al passeggero il prezzo del biglietto a causa di un ritardo o dell'annullamento del viaggio, è più controversa la piena cittadinanza di un vero e proprio contratto *smart* inserito in rete da chi lo ha predisposto unilateralmente. Alcuni sottolineano che si sarebbe di fronte ad «una delle forme più estreme di standardizzazione contrattuale»³¹⁶ con la conseguenza che i consumatori perderebbero i loro diritti di partecipare alla formazione ed incorporazione di clausole comprensibili nell'accordo³¹⁷ e pronosticano che lo *smart contract* difficilmente sarà accolto nel diritto europeo. Al contrario, altri studiosi, sulla scia

³¹⁴ Art. 13, comma 5, lett. c) della direttiva 2011/83.

³¹⁵ Il decreto legge 135/2018, convertito nella legge 11 febbraio 2019, n. 12, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e la pubblica amministrazione*, in *Gazz. Uff.*, 12 dicembre 2019, n. 36, all'art. 8 *ter* recita: «Si definisce smart contract un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

³¹⁶ C. PONCIBÒ, *Smart contract: un breve viaggio nel futuro del diritto dei consumatori*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, p. 213 ss.

³¹⁷ C. F. GRIFFIN, *Standard Form Contracts*, in *North Carolina Central Law Journal*, 1978, p. 158 ss.

delle riflessioni più aperte alle novità dell'ambiente giuridico statunitense, svalutano la portata eversiva di questa nuovissima esperienza sostenendo che, in fondo, lo *smart contact* rappresenterebbe soltanto l'esito finale di un processo nel quale la libertà e il consenso sono già stati abbondantemente sacrificati sull'altare del consumo di massa. Essi esaltano piuttosto i vantaggi che tale prassi arrecherebbe ai consumatori in termini di risparmio dei costi legati all'intervento degli operatori giuridici, ossia di avvocati, notai e persino giudici e sottolineano con compiacimento che ci si potrebbe evolvere verso un diritto contrattuale capace di essere «personalizzato» in base alle situazioni e ai soggetti destinatari³¹⁸. A conferma di tanto ottimismo, in Germania il governo sembra voler favorire il ricorso allo *smart contract* attraverso la raccolta e la standardizzazione di modelli contrattuali per singoli comparti produttivi. In prima battuta, pare che le applicazioni di questo sistema riguarderanno i servizi finanziari, i servizi di investimento e alcuni servizi pubblici destinati ai cittadini³¹⁹.

Attiene al filone del c.d. consumerismo critico la rilevanza attribuita al rispetto della dignità del lavoratore nei processi di produzione delle merci e il favore manifestato verso il commercio equo e solidale come alternativa al c. d consumo edonistico indifferente ai valori sociali.

Il ricorso sempre più massiccio e frequente al *forced labour* nell'attività d'impresa, ossia l'impiego di manodopera sfruttata tanto brutalmente da configurare una forma di moderna schiavitù o costretta a lavorare in violazione delle misure di sicurezza, ha attirato l'attenzione anche dei consumatori. Per un mutamento di prospettiva culturale, essi, in numero sempre crescente, sono interessati a contribuire al contrasto di questi fenomeni ributtanti. Dal punto di vista giuridico, ci si chiede come il *forced labour*, già rilevante nei rapporti tra imprese concorrenti in termini di concorrenza sleale, possa incidere anche nei rapporti tra imprese e consumatori. La dottrina italiana³²⁰ imposta questo tema dal punto di vista delle pratiche

³¹⁸ C. BUSH, A. DE FRANCESCHI, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, in (Edited by) W. MAK, E. TJONG, A. BERLEE, *Research Handbook on Data Science and Law*, Cheltenham, 2018, p. 408 ss.

³¹⁹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Bundesministerium der Finanzen, *Blockchain Strategy of the Federal Government*.

³²⁰ P. CASSINIS, *Prime considerazioni sulla rilevanza del fenomeno del forced labour in relazione alle norme a tutela dei consumatori*, in (a cura di) F. BUCCELLATO e M. RESCIGNO, *Impresa e «forced labour» strumenti di contrasto*, Bologna, Il Mulino, 2015; A. ADDANTE e G. TUCCI, *Forced Labour e pratiche commerciali scorrette nel rapporto di consumo*, *ivi*, p. 205 ss.

commerciali scorrette. Essa sostiene che, tra le informazioni fornite dalle imprese per orientare le scelte del consumatore, dovrebbero essere comprese quelle relative ai modi di produzione dei beni collocati sul mercato. Se, dunque, il professionista afferma falsamente di essere stato firmatario di un codice di condotta³²¹ che lo ha impegnato a un corretto impiego della manodopera oppure afferma falsamente che il codice di condotta ha ottenuto l'approvazione di un organo pubblico o di altra natura³²², egli di certo pone in essere una pratica commerciale rientrante nella *black list* di quelle assolutamente ingannevoli perché lede l'affidamento riposto dal pubblico dei consumatori e ne altera la volontà di stipulare il contratto³²³.

Se il professionista ha sottoscritto un codice di condotta assumendo un impegno fermo e verificabile e abbia indicato in una pratica commerciale di esserne vincolato e magari abbia esibito un marchio del c.d. *fair trade*, ma poi viola regole che si era impegnato a rispettare, pone in essere ancora una volta una pratica ingannevole³²⁴. Al professionista va imputata la pratica ingannevole anche se il *forced labour* non è stato direttamente sfruttato direttamente da lui, ma da una delle sue controllate, da subfornitori o da imprese collegate da contratto di subappalto di servizi. La ragione è che l'imprenditore che si è assunto impegno e lo ha comunicato al pubblico al fine di accaparrarsi una clientela attenta ai profili etici della sua attività, deve adoperarsi per rispettarlo allo scopo di non vulnerare il corretto e leale svolgimento dei rapporti commerciali³²⁵. A differenza delle ipotesi precedenti, però, l'onere probatorio che incombe sull'attore è molto complesso perché bisogna provare che l'imprenditore ha tenuto un comportamento contrario alla diligenza professionale e che tale comportamento è stato in grado di incidere sulle scelte del consumatore. Se queste difficoltà fossero superate, il consumatore potrebbe attivare i rimedi previsti dalla legge, e magari accordarsi con il professionista per adire previamente il responsabile del codice³²⁶.

Il caso di più difficile soluzione è quello dell'impresa che ha impiegato il *forced labour* senza aver aderito ad alcun codice di condotta che lo avrebbe vincolato a non utilizzarlo. Qui il problema è se questa la condotta dell'im-

³²¹ Art. 23, comma 1, lett. a) del codice del consumo.

³²² Art. 23, comma 1, lett. d) del codice del consumo.

³²³ Art. 23 del codice del consumo.

³²⁴ Art. 21, comma 2 lett. b) del codice del consumo.

³²⁵ Art. 39 del codice del consumo.

³²⁶ Art. 27 *ter* del codice del consumo.

prenditore costituisca una omissione ingannevole qualificabile come pratica commerciale scorretta in danno del consumatore. Il terremoto è davvero accidentato perché, allo stato della legislazione, l'omissione ingannevole deve riguardare le qualità essenziali e di facile percezione per l'uso o il funzionamento del prodotto stesso. In definitiva, solo incorporando standard lavorativi minimi tra le «caratteristiche principali del prodotto» si modificherebbe l'art. 22 del codice del consumo in modo da tutelare, in termini di responsabilità precontrattuale, il diritto del consumatore ad una adeguata informazione³²⁷.

Nato come reazione alle politiche del commercio internazionale di stampo liberista che hanno ispirato l'attuale globalizzazione, il consumo equo e solidale tende ad agevolare l'accesso al mercato dei piccoli produttori dei Paesi in via di sviluppo, ossia essenzialmente dei contadini e degli artigiani, altrimenti schiacciati dalla imbattibile concorrenza delle multinazionali dei Paesi altamente industrializzati³²⁸. Nel 1997 la *Fairtrade Labelling Organizations International* ha creato il marchio *Fairtrade* che, individuando le caratteristiche salienti dei prodotti equo-solidali, consente ai consumatori di distinguerli da quelli tradizionali. Tali standard fanno riferimento non tanto alla qualità del prodotto quanto alla natura e alle caratteristiche del processo produttivo. Infatti, il marchio certifica che al piccolo imprenditore è stato riconosciuto un prezzo minimo garantito, stabile, ossia insensibile alle oscillazioni del mercato, ed equo, capace cioè di consentirgli una vita dignitosa e qualche margine di investimento per lo sviluppo dell'attività; che è stata rispettata l'eguaglianza di genere nella retribuzione del lavoro e nella partecipazione alle decisioni relative allo svolgimento dell'attività; che è stato tutelato il lavoro dei minori avendo assicurato loro il benessere, la salute, la sicurezza, l'educazione e il diritto al gioco; che sono stati adottati sistemi di produzioni ecosostenibili; che i prezzi, normalmente superiori a quelli dei prodotti tradizionali spuntati risparmiando sulla tutela del lavoro e dell'ambiente, sono assolutamente trasparenti e indicano dettagliatamente i costi che hanno contribuito alla loro lievitazione.

³²⁷ E' la proposta di A. ADDANTE e G. TUCCI; *Forced Labour*, cit., p. 224 ss.

³²⁸ Un sostanziale riconoscimento del commercio equo e solidale è stato individuato nell'art. 23, comma 3, della Dichiarazione universale dei diritti umani che recita «ogni individuo che lavora ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale».

A più riprese la Commissione europea ha preso in considerazione il commercio equo e solidale³²⁹, riconoscendo che i consumatori possono contribuire con le loro decisioni d'acquisto al raggiungimento dell'obiettivo di sviluppo sostenibile. Tuttavia la Commissione stessa ha affermato che la gestione del commercio equo deve rimanere nelle mani di iniziative private, per incentivare le quali la stessa Ue ha concesso alcuni finanziamenti. La ragione di tale prospettiva limitata sta nel fatto che l'Unione Europea in quanto tale è membro originario dell'Organizzazione mondiale del Commercio, il cui diritto impedisce in buona misura che gli Stati riservino ai prodotti del commercio equo e solidale un trattamento più favorevole rispetto a «prodotti similari» nazionale o stranieri. Pertanto, la Commissione, in una comunicazione del 1999³³⁰ ha ribadito questo punto fermo, precisando che qualsiasi intervento governativo o meccanismo normativo deve tener conto degli obblighi imposti dall' OMC, in particolare per garantire un funzionamento trasparente e non discriminatorio del settore commerciale. Tale presa di posizione ha rafforzato la convinzione di alcuni studiosi che il diritto del consumo, dietro lo schermo degli interessi della collettività, continuerà a presidiare un ordine economico concepito per alimentare «la ricerca del profitto» quale «principale interesse perseguito dall'impresa»³³¹.

³²⁹ M. MARININI, *Il diritto comunitario e il consumo equo e solidale* in (a cura di) A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Quali norme per il commercio solidale*, Milano, 2006.

³³⁰ Comunicazione del 5 maggio 2009 *Contribuire allo sviluppo sostenibile: il ruolo del commercio equo e solidale e dei programmi non governativi in ambito commerciale a garanzia della sostenibilità*.

³³¹ A. SOMMA, *Dal diritto dei consumatori*, cit., p. 529 s.

DERECHO DE CONSUMO EN ESPAÑA

MIGUEL ÁNGEL SERRANO RUIZ

SUMARIO: *I. Origen del actual Derecho de consumo en España. Artículo 51 de la Constitución Española de 1978; II. Marco normativo actual; 1. Planteamiento; 2. Normativa básica estatal: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 2.1. Ámbito de actuación: consumidor y empresario; 2.2. Últimas reformas; 2.2.1 Personas consumidoras vulnerables: Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; 2.2.2 Incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771: Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril; 2.2.3 Incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019: Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre; 3. Normativa autonómica: competencias sancionadoras; III. Ejecución de derechos por los consumidores y usuarios: El arbitraje de consumo y otros métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. Una perspectiva práctica; IV. Conclusiones.*

I. Origen del actual Derecho de consumo en España. Artículo 51 de la Constitución Española de 1978

Con el inicio en España de la democracia posfranquista, el poder constituyente designado para la redacción de la Constitución de 1978 decidió otorgar un reconocimiento a la protección de los consumidores y usuarios en su artículo 51¹.

¹ Art. 51 CE: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los

El artículo 51 CE, que en el Anteproyecto del texto constitucional correspondía al artículo número 47, fue aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados con 31 votos a favor y ninguno en contra, siendo una de sus últimas modificaciones el segundo apartado del precepto referido a las asociaciones de consumidores y usuarios².

Sin embargo, la aprobación de este artículo resultó más polémica en su paso por el Senado, donde diferentes grupos políticos presentaron distintas enmiendas al artículo 47 del Anteproyecto³.

El artículo 51 CE tiene su origen claro y directo en el artículo 81 de la Constitución de Portugal de 1976, que se caracterizó por recoger un catálogo de derechos más amplio que la mayoría de las constituciones de posguerra. Por otro lado, de las enmiendas que fueron presentadas en el Senado sobre el contenido del artículo 47 del Anteproyecto, así como de su

mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertad Públicas, Sesión 11, celebrada el martes 23 de mayo de 1978, pp. 2626 y 2627.

³ Este artículo fue objeto de 5 enmiendas. El Partido Aragonés Regionalista propuso un texto alternativo del apartado primero donde se recogiera una mención específica al “control de la calidad de los alimentos”, al considerar que no se citaba en el texto constitucional el papel primordial que debe suponer para los ciudadanos el control de los alimentos; el Grupo Parlamentario Independiente defendió que la redacción de este artículo podía dar lugar a una excesiva restricción del comercio interior, por lo que proponían la supresión del tercer apartado; el Grupo Parlamentario Agrupación Independiente entendió que el enfoque dado a este artículo no era el adecuado, ya que sólo se recogen aspectos parciales de los consumidores, debiendo optarse por un enfoque moderno a través de la fijación de una política global, para lo que este grupo parlamentario proponía la refundición de los tres apartados del artículo en sólo dos puntos. Asimismo, este partido político también propuso incluir a continuación de dicho artículo que el Estado proteja y estimule la acción privada y la aportación de recursos privados para satisfacer estas necesidades públicas pues, según este grupo, la prestación de servicios de interés general supone que la Administración necesite de colaboradores de carácter privado para atender estos fines; y el Grupo de Unión de Centro Democrático defendió que este artículo debería poseer una redacción alternativa ya que predicaba la socialización del comercio inspirándose erróneamente en la Constitución de Portugal, pretendiéndose con este Texto el control de los precios y la supresión de los intermediarios: Enmiendas al Proyecto de Constitución en el Senado, enmiendas 276, 366, 681, 682, y 721, p. 123; p. 160; pp. 293 y 294; p. 294; pp. 313 y 314 (<https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf>, enlace consultado el 28 de julio de 2021).

autoría, se desprende que fueron las fuerzas políticas de carácter progresista quienes realmente apostaron por que la protección de los consumidores tuviera un lugar en la Constitución de 1978.

Así, algunos autores sostienen que, a pesar de las discrepancias de los grupos más conservadores, la incorporación del artículo 51 fue posible gracias al consenso constituyente que estuvo basado en la inclusión de afirmaciones contradictorias, ausencias deliberadas y en posponer la regulación de determinados aspectos y elementos a desarrollos normativos posteriores⁴.

En esta línea de pensamiento se encontró DE CASTRO, quien sostuvo que el artículo 51 CE dejaba sin contestar dos preguntas inevitables para poder determinar cuándo nos encontramos ante la protección de los consumidores, “¿a qué materias se extiende la protección? ¿qué significado tiene el término de consumidor?”⁵. Tales interrogantes han tenido que ser respondidos con el paso del tiempo por el legislador, siendo cuestiones que hoy por hoy siguen siendo objeto de debate. Baste señalar que la última reforma sobre el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, destinado a definir el concepto de consumidor y usuario, data del pasado mes de enero de 2021, a través del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica⁶.

La inclusión del artículo 51 CE supuso que la protección al consumidor se configurase como un principio rector de la política social y económica de España. La Constitución termina imponiendo a los poderes públicos la protección de los consumidores y usuarios residentes en España, pero no llega a detallar cómo llevar a cabo dicha protección⁷. En este sentido, debe-

⁴ RUIZ-RICO, J. J., CONTRERAS, M. (1996), “Comentario al art. 51 CE”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IV*, EDESA, Madrid, p. 394.

⁵ DE CASTRO, F. (1982), “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, n.º 4, p. 1070.

⁶ Norma derogada. Real Decreto-ley convalidado por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Téngase presente esta anotación para todas las ocasiones en las que este Real Decreto-ley sea citado a lo largo de este trabajo.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1984), “Ámbito de aplicación y derecho de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en BERCOVITZ

mos traer a colación el apartado tercero del artículo 53 CE, donde se señala que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser sólo alegados ante la jurisdicción ordinaria según dispongan las leyes que los desarrollen.

Sin embargo, el primer apartado del artículo 51 CE no concreta qué poderes públicos serán los que posean la potestad para defender los intereses de los consumidores⁸. Con el paso del tiempo y con el desarrollo de las diferentes disposiciones normativas que regulan la materia, se ha podido constatar cómo dicha protección ha sido asumida, con mayor o menor acierto, tanto por el Gobierno central como por las comunidades autónomas⁹. Sin lugar a duda, estas competencias fueron facilitadas por el Tribunal Constitucional, al sostenerse desde este Órgano que, si bien el artículo 51 CE no es una norma de carácter competencial, dada la singularidad del Derecho de consumo, las comunidades autónomas tienen una evidente incidencia en la protección de los consumidores y usuarios¹⁰.

RODRÍGUEZ-CANO, A. (coordinador), *Comentarios a la ley general sobre consumidores y usuarios*, Estudios sobre consumo, número 3, diciembre 1984, Servicio de Publicaciones Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, p. 11; IZQUIERDO-CARRASCO, M., REBOLLO PUIG, M. (2018), “Comentario al art. 51 CE”, en PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I. (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 1436 y 1437.

⁸ Criticando la distribución de competencias, encontramos a SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984), “La regulación normativa de la distribución competencial”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coordinador), *Comentarios a la ley general sobre consumidores y usuarios*, Estudios sobre consumo, número 3, diciembre 1984, Servicio de Publicaciones Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, p. 164.

⁹ CAZORLA PRIETO, L. M., CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2018), “Comentario al art. 51 CE”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coordinador), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (<https://proview.thomsonreuters.com>), pp. 4 y 5.

¹⁰ Por todas, STC núm. 15/1989, de 26 de enero, FJ. 1.º (RTC 1989/15), “*aun cuando resulta indiscutible que el art. 51 de la C. E. no es conceptuable como norma competencial, no puede dejarse de reconocer que, dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone a priori de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas –y aquí sin excepción– las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y del usuario. Conviene recordar, en este sentido, que, como ya se dijo en la STC 71/1982, de 30 de noviembre, la defensa del consumidor es un «concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificador de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias» (fundamento jurídico 1.º), lo que significa, en otras palabras, que esta materia se caracteriza ante todo por su contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el*

Igualmente, otro aspecto del texto del artículo 51 sobre el que es preciso que nos detengamos es su referencia específica a que los consumidores sean protegidos “*mediante procedimientos eficaces*”. Parece que nos encontremos ante una expresión intencionadamente genérica, probablemente derivada de ese consenso constituyente al que antes hacíamos referencia.

Sin embargo, hay autores que entienden que esta mención no resulta baladí, sino que, al contrario, posee una intencionalidad clara por parte del poder constituyente de dotar al consumidor de unos procedimientos específicos para defender sus derechos e intereses¹¹. Otro asunto es el éxito de estos procedimientos, su eficiencia, coste y eficacia, el conocimiento de su existencia por los consumidores (especialmente en lo que respecta a los procedimientos extrajudiciales), su más que deseable mejora y/o creación (según qué casos) y la intencionalidad política/legislativa que pueda existir por parte de los distintos poderes públicos para su impulso.

Finalmente, debemos destacar, siquiera de forma sucinta, la mención específica que el apartado segundo del artículo 51 CE realiza a las asociaciones de consumidores y usuarios y, más concretamente, su fomento por parte de los poderes públicos, optando el poder constituyente por incentivar

art. 149.1 C. E. a los efectos de concretar las competencias del Estado. Ello mismo evidencia que, si bien en el art. 149.1 C. E. no se ha mencionado expresamente la rúbrica «defensa de los consumidores y usuarios», abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos Estatutos de Autonomía hayan asumido la competencia «exclusiva» sobre la misma (art. 149.3 C. E.), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre «defensa del consumidor y del usuario» corresponden a determinadas Comunidades Autónomas -entre ellas las ahora impugnantes-, las cuales, en ese caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales. La defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (art. 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 C. E., principalmente); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía”.

¹¹ Por todos, REBOLLO PUIG, M. (2018), “Comentario al art. 51 CE”, en MONTESINOS PADILLA, C. (coordinadora), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018, Tomo I (preámbulo a artículo 96), libro-homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo Blanch, Valencia*, p. 920.

la defensa colectiva de estos intereses¹². Este reconocimiento constitucional parece haber favorecido que el legislador haya otorgado a estas organizaciones la representación tanto de sus asociados¹³ como de los intereses generales de los consumidores y usuarios, que podrán abarcar una mayor o menor región según el ámbito territorial de dichas organizaciones¹⁴ y la legislación autonómica de consumo que resulte de aplicación¹⁵, así como otra clase de potestades que les faciliten el ejercicio de esta defensa. Por ejemplo, la posibilidad de participar en órganos consultivos o la legitimidad para el inicio de acciones judiciales para la defensa de intereses colectivos (art. 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Aunque, en este último caso, podemos manifestar que queda un largo camino por recorrer. Nos encontramos ante procesos de difícil inicio y desarrollo por estas asociaciones, sobre todo en el ejercicio de determinados tipos de acciones, siendo una clara muestra de ello la obligación contenida en el artículo 15 de la Ley 1/2000 de realizar una comunicación previa a todos y cada uno de los posibles interesados cuando se trate de procedimientos en los que los perjudicados se encuentren determinados o sean fácilmente determinables, con independencia del número y del coste y dificultad que esta comunicación pueda implicar, y siempre y cuando se trate de un procedimiento colectivo distinto a la acción de cesación¹⁶.

¹² BERMEJO VERA, J. (1978), “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, *Revista de Administración pública*, n.º 87, p. 262.

¹³ CARRANCHO HERRERO, M. T. (2005), “Comentario al art. 20 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en LLAMAS POMBO, E. (coordinador), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid, p. 597.

¹⁴ Véase art. 24 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹⁵ A modo de ejemplo: Art. 52, letra d), Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura; art. 31.1 Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; art. 22.1 Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

¹⁶ Justificando la exclusión de la acción de cesación del régimen de llamada obligatoria a los afectados con el argumento de que con esta acción no existen “*derechos individuales de titularidad privativa de concretos perjudicados*”, encontramos a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2011), “Comentario al art. 53 del TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, pp. 427 y 428; Sobre los requisitos para que una asociación de consumidores pueda iniciar una acción de cesación, BUSTO

En cualquier caso, parece indiscutible que, con independencia de lo mejorable que resulte la literalidad de su texto, el artículo 51 CE ha sido el origen en España del Derecho de consumo tal y como lo conocemos hoy. Ha sido uno de los elementos claves para que los poderes públicos puedan intentar equilibrar la posición de desprotección y desventaja en la que el consumidor y usuario se encuentra en el mercado. Cuestión distinta es la intencionalidad real por parte de las Administraciones públicas de proteger al consumidor, de lograr “equilibrar la balanza”.

II. Marco normativo actual

1. Planteamiento

El Derecho de consumo en España presenta una extensión superior a lo que en un principio podría parecer.

Por un lado, debe tenerse en consideración lo que ya adelantamos al analizar el artículo 51 CE, y es que las competencias en materia de defensa de los consumidores y usuarios son tanto del Gobierno central como de las 17 comunidades autónomas que, junto a las dos ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, forman el país.

Esto supone que en España exista un Real Decreto Legislativo nacional, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que podríamos calificar como norma principal en materia de consumo, que resulta aplicable a todo el Estado y a toda relación entre un consumidor y un empresario. Pero, además de este Real Decreto Legislativo, es necesario tener presente que existen 17 normas autonómicas de consumo (cada una con sus propias características e idiosincrasias) que resultan de aplicación en su ámbito territorial concreto, es decir, en el territorio de la comunidad autónoma donde fueron aprobadas. Asimismo, no puede obviarse que en algunos sectores también será preciso acudir a la normativa de ámbito municipal, pues en esta se pueden desarrollar aspectos directamente vinculados con los consumidores y usuarios.

LAGO, J. M. (2015), “Comentario al art. 54 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 693 y 694.

Por otro lado, determinados sectores del Derecho de consumo, bien por su complejidad, o bien por interés del legislador, poseen una normativa específica. Ejemplos de ello son el sector de las telecomunicaciones (Ley 11/2002, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones; Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas; etc.), el sector eléctrico (Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica; etc.), o el sector bancario (Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera; Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; etc.). En estas situaciones, tanto el Real Decreto Legislativo 1/2007 como la ley autonómica de consumo correspondiente, se aplicarán en aquellos aspectos que no se encontrasen regulados por la normativa especial.

Además, junto a todo lo señalado debe tenerse en consideración que resultará de aplicación lo recogido en el Código Civil (en aquellos puntos no desarrollados por norma especial) y en la normativa de origen comunitario que, como es sobradamente conocido, tiene una incidencia directa en el Derecho de consumo de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Y por si todo lo indicado no fuera suficiente, también es necesario tener presente que los organismos públicos que en España vigilan las conductas empresariales (las vulneraciones a los intereses legítimos de los consumidores y usuarios y, en según qué casos, la resolución extrajudicial de conflictos) son Administraciones públicas que se ven condicionadas por la normativa general del procedimiento administrativo (principalmente por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), por la norma que pueda regular su funcionamiento interno concreto como organismo público, y por otras disposiciones normativas que se pronuncien sobre sus competencias concretas. Y todo esto sin entrar a valorar aquellas circunstancias en las que el conflicto vivido por el consumidor es judicializado donde, lógicamente, entrarán en funcionamiento las leyes procesales.

Como puede observarse, la regulación de las relaciones de consumo en España es compleja, lo que dificulta en muchas ocasiones que el consumi-

dor pueda conocer realmente cuáles son sus derechos y cómo y ante quién ejercitarlos, y ello sin mencionar las dificultades añadidas que padecerá si la controversia sufrida es con una empresa extranjera (especialmente si se encuentra fuera de la Unión Europea), o si finalmente tiene que hacer valer sus derechos a través de un procedimiento judicial.

Nos encontramos ante un sistema en el que las partes están obligadas a interactuar con normativas de Derecho privado y de Derecho público cuya aplicación dependerá de las circunstancias y características de cada caso concreto.

2. Normativa básica estatal: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

En el año 2007, el legislador optó por refundir en un solo texto las distintas normas que hasta ese momento suponían la regulación principal en las relaciones de consumo en España. Entre ellas se encontraban la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la transposición de directivas europeas sobre diferentes materias (siendo una de las más relevantes la relativa a viajes combinados, en su momento con la incorporación de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990 y, actualmente, con la tardía incorporación de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015¹⁷), leyes que regulaban los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, normas sobre la regulación de contratos celebrados con consumidores fuera de establecimiento mercantil, disposiciones sobre garantías en la venta de bienes de consumo, y la normativa que se centraba en la regulación del régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos¹⁸.

¹⁷ Sobre el retraso de la incorporación de la Directiva (UE) 2015/2302 al Derecho español a través de la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, por todos: ZUBIRI DE SALINAS, M. (2020), “Capítulo I. La reforma de la LGDCU para adaptar el Derecho español a la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados”, en ZUBIRI DE SALINAS, M., MARCO ALCALÁ, L. A., JARNE MUÑOZ, P. (autores), *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 26 y 27.

¹⁸ Valorando la creación del Texto Refundido como una acción positiva, por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2007), “El texto refundido sobre legislación de

Este Texto Refundido comienza recogiendo en su artículo 1 como principios generales su vinculación directa con la Constitución española y, más concretamente, con su artículo 51¹⁹, señalando literalmente que *“esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado”*. Actualmente se encuentra formado por cuatro libros, divididos de la siguiente forma: libro primero, disposiciones generales; libro segundo, contratos y garantías; libro tercero, responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos; y libro cuarto, viajes combinados y servicios de viajes vinculados.

Sin lugar a duda, podemos afirmar que uno de los libros que posee mayor importancia para el día a día de un consumidor es el libro segundo, destinado a la regulación de contratos y garantías, donde encontramos las disposiciones generales aplicables a los contratos mantenidos entre consumidores y empresarios (arts. 59 a 67); la regulación para el derecho de desistimiento en ámbitos ajenos a la contratación a distancia (arts. 68 a 79); la regulación sobre cláusulas abusivas (arts. 80 a 91); la regulación sobre contratación a distancia (arts. 92 a 113); y el régimen de garantías y servicios posventa (arts. 114 a 127 bis).

2.1. **Ámbito de actuación: consumidor y empresario**

Antes de que continuemos abordando otras cuestiones relativas al Texto Refundido, resulta imperativo que nos detengamos en determinar un aspecto muy básico, pero del todo esencial: cuándo podrá ser de aplicación el contenido del Real Decreto Legislativo 1/2007 o, dicho sea de otro modo, cuándo se considera que nos encontramos ante una relación de consumo.

En este sentido, su artículo 3 recoge que *“sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*.

consumo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 18/2007 (BIB 2007/3039) (aranzadidigital.es), p. 3.

¹⁹ BOTANA GARCÍA, G. A. (2008), “La refundición de la legislación de consumo en España”, *Práctica derecho daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 58 (<https://diariolaleylaleynext.es/>), pp. 8 y 9.

Es decir, salvo lo dispuesto en el mismo Real Decreto Legislativo 1/2007 para lo referente a los viajes combinados y la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos, un consumidor podría ser una persona física que actuase en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o laboral y una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica sin ánimo de lucro que también actuara en un ámbito ajeno a una actividad comercial.

Como puede apreciarse, la definición de consumidor contenida en la normativa española es más extensa que la que generalmente suele recogerse en las diferentes Directivas comunitarias, siendo un claro ejemplo de ello la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE, cuyo artículo segundo limita la definición del concepto de consumidor a “*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”²⁰.

Dicho sea de otro modo, el Real Decreto Legislativo 1/2007 presenta la particularidad de admitir en el concepto consumidor a las personas jurídicas, siempre que actúen en un ámbito ajeno a su actividad empresarial y siempre que actúen sin ánimo de lucro. Lo controvertido será analizar caso a caso el cumplimiento de ambos requisitos²¹.

Algunos autores han entendido que debe distinguirse entre un concepto genérico y otro más específico o restringido de consumidor. Por un lado, estaríamos ante la utilización del término consumidor como equivalente al concepto “ciudadano”, especialmente cuando el Real Decreto Legislativo 1/2007 hace referencia a toda una serie de derechos generales. Por otro lado, hablaríamos de un consumidor contratante²².

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, S. (2011), “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 3, n.º 1, pp. 88 y 89.

²¹ Sobre los requisitos de actuar en un ámbito ajeno a la actividad comercial y sin ánimo de lucro encontramos a: MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014), “El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n.º 9, pp. 13, 14 y 15.

²² En esta línea de pensamiento encontramos a ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015), *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, pp. 25 y 26.

En cualquier caso, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²³ se desprende que el elemento principal a tener en consideración para valorar si realmente estamos o no ante un consumidor es que no nos encontremos ante contratos cuyo objeto sea una actividad profesional²⁴.

Asimismo, junto a la definición de consumidor es esencial conocer cuál es la definición de empresario, pues el Real Decreto Legislativo exige que nos hallemos ante una interacción entre consumidor y empresario²⁵. El artículo 4 de este Real Decreto indica que *“se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*²⁶. Nos encontramos ante

²³ A modo de ejemplo, punto 30 de la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14): *“Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete”*.

²⁴ Así, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo número 436/2021, de 22 de junio (RJ 2021\2962), recoge en su Fundamento Jurídico quinto que *“1.- [e]l art. 3 TRLCU reconoce la condición legal de consumidores a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Va así más allá de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, que es una Directiva de mínimos y permite a los Estados miembros un nivel de protección más elevado (STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19). 2.- La antes citada STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17, además de resaltar el carácter objetivo del concepto de consumidor en el párrafo antes transcrito, añadió: “[s]olo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, apartado 30 y jurisprudencia citada)”*.

²⁵ BOTANA GARCÍA, G. A. (2008), “El nuevo texto refundido de consumidores y usuarios”, *Diario la Ley*, n.º 6990, sección doctrina, 16 de julio de 2008 (<https://diariolaley.laleynext.es/>), p. 6.

²⁶ De la opinión que empresario puede ser una persona física o jurídica, una persona pública o privada, e incluso las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, encontramos a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015), “Comentario al art. 4 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del texto*

una definición de empresario en la que tiene cabida el responsable de la organización profesional con independencia de quién pudiera haber atendido al consumidor²⁷ y, a diferencia de lo que ocurría con la definición de consumidor, en este caso no se aporta por la normativa española ningún elemento adicional a la definición contenida en el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE sobre el concepto “comerciante”.

Asimismo, en lo que respecta a la interpretación del concepto “comerciante”, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que la “*práctica comercial*” engloba las actividades del comerciante dirigidas a una transacción comercial en relación con cualquier bien o servicio, resultando irrelevante que la actuación del comerciante fuera circunstancial, pues en las definiciones contenidas en la Directiva no existen elementos que permitan afirmar que la actividad comercial debe poseer un carácter repetido o que deba afectar a más de un consumidor²⁸.

Como puede apreciarse de la definición contenida en el artículo 4, es imprescindible que quien actúe en la posición de empresario lo haga en un propósito relacionado con su actividad comercial o empresarial. Será necesario determinar en cada caso concreto si la transacción practicada se enmarca en dicho propósito para poder determinar si nos encontramos o no ante una relación de consumo.

refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 72.

²⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2016), “Lección 2. Consumidor y comerciante”, en DÍAZ ALABART, S. (coordinadora), *Manual de Derecho de consumo*, Reus, Madrid, p. 40.

²⁸ STJUE de 16 de abril de 2015 (asunto C-388/13), apartados 36, 41, 42: “36. En segundo lugar, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, en relación con el artículo 2, letra c), de ésta, el concepto de «práctica comercial» al que se refiere esta Directiva engloba las actividades del comerciante consecutivas a una transacción comercial en relación con cualquier bien o servicio. Del mismo modo, del considerando 13 de dicha Directiva se desprende que ésta se aplica a las prácticas comerciales que se produzcan en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, tras la celebración de un contrato y durante la ejecución de éste. 41. A este respecto, debe precisarse que la circunstancia de que la actuación del comerciante de que se trata sólo se produjese una única vez y afectase a un solo consumidor carece de toda pertinencia en este contexto. 42. En realidad, ni las definiciones dadas en el artículo 2, letras c) y d), en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales ni la propia Directiva considerada en su conjunto contienen indicios que apunten a que la acción u omisión por parte del comerciante haya de revestir un carácter repetido o deba afectar a más de un consumidor”.

2.2. Últimas reformas²⁹

A fecha de la redacción de estas páginas, las últimas reformas que han sido realizadas en el articulado del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores tienen su origen en el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; en el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores³⁰; y en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes³¹.

Como puede apreciarse, las tres reformas más recientes del Real Decreto Legislativo 1/2007 han sido llevadas a cabo a través de tres Reales Decretos Ley, cuando el mecanismo del real decreto ley debe reservarse única y exclusivamente para casos “*de extraordinaria y urgente necesidad*” (art. 86 CE). Resulta muy cuestionable que las últimas reformas de la que podemos calificar como la norma base del Derecho de consumo español, se hayan llevado a cabo a través de esta vía.

No podemos evitar preguntarnos hasta qué punto puede justificarse el empleo del real decreto ley para estas modificaciones del Texto Refun-

²⁹ Con posterioridad a la redacción de este apartado, parte de los artículos aquí analizados del RDL 1/2007 se han visto afectados por las siguientes disposiciones normativas: Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

³⁰ Real Decreto-ley convalidado mediante Resolución de 13 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados.

³¹ Real Decreto-ley convalidado mediante Resolución de 2 de diciembre de 2021, del Congreso de los Diputados.

dido, si estas tendrían que haberse realizado a través del trámite parlamentario ordinario.

2.2.1 Personas consumidoras vulnerables: Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica

Las principales modificaciones que introduce el Real Decreto-Ley 1/2021 en el Real Decreto Legislativo 1/2007 se encuentran dirigidas a la regulación del concepto de “*personas consumidoras vulnerables*”. Hasta este momento, el Real Decreto Legislativo 1/2007 no realizaba alusiones a los consumidores vulnerables³² (sólo se efectuaba una breve referencia a los “*colectivos especialmente vulnerables*” en su artículo 43, en alusión a la realización de campañas o actuaciones de control del mercado).

Así, este Real Decreto Ley lleva a cabo modificaciones en los artículos 3 (definición de consumidor y usuario), 8 (derechos básicos de los consumidores y usuarios), 17 (obligación de informar y formar a los consumidores), 18 (etiquetado y presentación de los bienes y servicios), 19 (principio general y prácticas comerciales), 20 (información necesaria en la oferta de bienes y servicios), 43 (cooperación en materia de control de la calidad) y 60 (información previa al contrato) del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Todas estas modificaciones se inclinan por recoger una serie de menciones generales a la necesaria protección de las personas consumidoras vulnerables. Si bien el reconocimiento del consumidor vulnerable de forma expresa en el Real Decreto Legislativo 1/2007 es un hecho positivo, pues es evidente que existen consumidores que se encuentran en una situación (temporal o prolongada) de especial desprotección lo que, como señala la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2021, se ha visto acentuado durante la pandemia del COVID-19, debemos cuestionarnos hasta qué punto estas referencias genéricas a la protección del consumidor vulnerable realmente presentarán en el día a día de este colectivo un aumento en la salvaguarda de sus derechos y de sus legítimos intereses económicos y sociales.

Es cierto que una regulación genérica (sin delimitar conceptos y requisitos) facilita que se puedan analizar las circunstancias del consumidor caso por caso para determinar si se encuentra en una situación de vulnerabilidad

³² HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2015), *Consumidor vulnerable*, Reus, Madrid, pp. 58 y 59.

y, además, evita contradicciones con otras definiciones y regulaciones de consumidor vulnerable que se desarrollan en otras normativas de sectores específicos directamente relacionados con los consumidores y usuarios³³, pero también es cierto que existe el riesgo de que esta clase de redacción pueda suponer que la modificación de todos estos artículos quede relegada en la práctica a una mera declaración de intenciones que nada o muy poco aporten en la protección del consumidor vulnerable.

Un claro ejemplo de lo aquí señalado lo encontramos en la modificación del artículo 3 del Texto Refundido, donde el legislador opta por recoger una definición amplia de consumidor vulnerable, asociando esta característica a conceptos tales como “*circunstancias personales*”, “*económicas*”, “*educativas o sociales*”, sin desarrollar mínimamente estos requisitos para evaluar si nos encontramos o no ante un consumidor vulnerable³⁴.

La ambigüedad de tales términos puede llevarnos a plantear los siguientes interrogantes, ¿cuándo debe entenderse que las circunstancias educativas pueden hacer de un consumidor una persona vulnerable: cuando no sabe leer y escribir, cuando no posee la titulación correspondiente al periodo formativo obligatorio, cuando no ha cursado un ciclo de formación profesional o una carrera universitaria? ¿qué circunstancias económicas son las que implican que el consumidor sufra una situación de inferioridad: cuando no alcance el salario mínimo interprofesional, o habrá que poner en contexto el nivel de ingresos con las personas dependientes (por edad u otras circunstancias) que posea a su cargo? Habrá que esperar a que el paso del tiempo y el día a día de las relaciones de los consumidores y usuarios en el mercado respondan a estas cuestiones.

Como manifestábamos, el reconocimiento a la protección de la persona consumidora vulnerable en la que podríamos calificar como la norma base en el Derecho de consumo en España es una buena noticia, pero para que realmente podamos asistir ante un aumento de la protección efectiva de este colectivo es preciso que por parte del legislador se

³³ Véase, a modo de ejemplo: Art. 3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

³⁴ Criticando la definición del art. 3 TRLGDCU: GARCÍA HERNANDO, J. A. (2021), “La falta de concreción y determinación del concepto de consumidor vulnerable en el RDL 1/2021”, *Diario la Ley*, n.º 9858, sección tribuna, 26 de mayo de 2021 (<https://diariolaley.laleynext.es/>), p. 7.

continúe regulando de forma detallada la protección de los derechos e intereses de estos consumidores y que este desarrollo no se demore en el tiempo. Asimismo, el papel de las Administraciones públicas como garantes de los derechos de los consumidores y usuarios será determinante para comprobar si finalmente estas modificaciones tendrán alguna clase de utilidad práctica en el día a día de las personas consumidoras vulnerables.

2.2.2 Incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771: Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril

El origen del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, tiene su origen en la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español diferentes directivas comunitarias, reconociéndose en su exposición de motivos *“la acumulación de retrasos en la transposición de algunas directivas”*.

En lo que a este trabajo interesa, el Real Decreto-Ley 7/2021 recoge en su Título VIII, que comprende el artículo decimosexto, toda una serie de modificaciones sobre más de 20 artículos del Real Decreto Legislativo 1/2007, todo ello con el propósito de incorporar la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) número 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Es decir, asistimos a una incorporación conjunta de ambas directivas comunitarias al ordenamiento jurídico español (probablemente por motivos de “economía legislativa”) a través de la modificación del articulado del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Así, de forma muy somera, sin la intención de realizar un estudio en profundidad sobre la incorporación de estas dos Directivas que excedería del propósito de este trabajo, podemos citar, siquiera brevemente, las principales modificaciones introducidas en el articulado del Texto Refundido

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por el Real Decreto-ley 7/2021:

- Eliminación del último párrafo del art. 53: se elimina la referencia expresa a la posible acumulación de la acción de cesación con otras acciones cuando sea interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios.
- Inclusión de un apartado 4 en el art. 59: se amplía el ámbito de aplicación del libro de contratos y garantías a aquellos contratos en los que el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor a cambio de que este facilite datos personales, salvo cuando tales datos personales hayan sido cedidos por el consumidor para que sean utilizados exclusivamente con el fin de suministrar contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios, o para permitir que el empresario cumpla con los requisitos legales a los que está sujeto y este no trate esos datos para ningún otro fin.
- Modificación de las definiciones contenidas en el art. 59 bis: se incluyen definiciones de conceptos antes no recogidos en esta norma como, por ejemplo, “[b]ienes con elementos digitales”.
- Inclusión de un apartado 5 en el art. 62, por el que se afirma que, ante un incumplimiento de un compromiso de permanencia por parte del consumidor, la penalización resultante tendrá que ser proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado.

La inclusión de este apartado 5, que aborda una controversia que en un pasado reciente resultaba muy común entre consumidores y empresas de telecomunicaciones (ya que estas últimas solían exigir penalizaciones por tramos de tiempo, llegándose al absurdo de que se exigía al consumidor la misma penalización por resolver su contrato a un mes de finalizar la permanencia que a un día de que esta terminase) no supone novedad alguna para el articulado del Real Decreto Legislativo 1/2007, pues la necesidad de prorratear estas penalizaciones ya se contemplaba desde 2014 en el apartado 4 de su art. 74, dirigido a regular las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento. Ahora simplemente se ha suprimido el apartado mencionado, trasladándose este precepto al nuevo apartado 5 del artículo 62 que versa sobre elementos básicos en la contratación por consumidores

y usuarios³⁵. Y, si bien consideramos que resulta más adecuado técnicamente trasladar esta cuestión al artículo 62, podemos concluir que no supone una novedad en el día a día del ciudadano.

- Cambio en la redacción del art. 66 bis: se amplía la explicación sobre cuándo se entenderá cumplida la obligación de suministro por el empresario; se contempla una mención expresa al incumplimiento por el empresario de la obligación de suministro de contenidos o servicios digitales; se citan dos situaciones que de ocurrir facultarían al consumidor a resolver el contrato, que el empresario haya rechazado entregar los bienes o haya declarado que no suministrará los contenidos o servicios digitales y que las partes hayan acordado, o que así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor es esencial que la entrega se produzca en una fecha determinada o anterior a esta.
- Se desarrolla en el nuevo art. 114 un mayor ámbito de aplicación del título correspondiente a garantías y servicios.
- El art. 115 amplía el concepto de conformidad de los bienes con el contrato, haciendo referencia a requisitos subjetivos y objetivos (desarrollados en los nuevos artículos 115 bis y 115 ter, respectivamente) y a la correcta instalación o integración (que se desarrolla a su vez en el nuevo art. 115 quarter).
- El nuevo artículo 116 opta por aclarar que las acciones desarrolladas en el título de garantías y servicios posventa son incompatibles con el ejercicio de las acciones de saneamiento previstas en el Código Civil, teniendo en todo caso el consumidor el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo con la legislación civil y mercantil.

Realmente este precepto no constituye una novedad relevante, pues esta incompatibilidad ya se recogía en el artículo 117 del Texto Refundido. Al igual que con el nuevo apartado 5 del artículo 62, el legislador simplemente se ha limitado a cambiar de ubicación este mandato.

³⁵ Defendiendo esta modificación bajo el argumento de que con este cambio se termina con la confusión entre derecho de desistimiento y derecho del consumidor a poner fin al contrato en estos supuestos, encontramos a MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2021), “Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril”, *Centro de Estudios de Consumo, publicaciones jurídicas* (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>), p. 3.

- En los nuevos arts. 117, 118, 119, 119 bis, 119 ter, 119 quarter, 120, 121, 122, 123, 124 y 125, se lleva a cabo un desarrollo de la falta de conformidad de los bienes adquiridos, las acciones de las que dispone el consumidor y los plazos para su ejercicio.

Si bien las acciones de las que dispone el consumidor ante la falta de conformidad son las mismas que ya se señalaban en el Real Decreto 1/2007, sí que es cierto que se opta por un mayor desarrollo del ejercicio de dichas medidas, siendo un claro ejemplo de ello la nueva regulación sobre la resolución del contrato. También se incluye como novedad el derecho del consumidor a suspender el pago de cualquier parte del bien o de contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con sus obligaciones, aunque nada se dice sobre la compatibilidad de esta opción con el resto de los remedios.

Indiscutiblemente, parte de las principales novedades que se incluyen en la reforma de estos artículos que incidirán en el día a día de los consumidores son los plazos. Así, encontramos que se ha optado por incluir un plazo máximo de 14 días para que el empresario reembolse las cantidades debidas al consumidor por reducción del precio o por resolución del contrato; un plazo de 3 años para la manifestación de la falta de conformidad en los bienes (que puede ser reducido a 1 año en los bienes de segunda mano) y de 2 años en los contenidos o servicios digitales; una presunción de falta de conformidad existente en el producto en los 2 años siguientes a la entrega del bien o al año siguiente al suministro del contenido o servicio digital, pudiendo ser este plazo reducido en los productos de segunda mano a no menos de 1 año; tras la aplicación de medidas correctoras ante la falta de conformidad, se contempla el plazo de 1 año en el que se presumirá que los defectos tienen el mismo origen que los inicialmente manifestados; y como plazo de prescripción para el ejercicio de lo previsto en el capítulo II, un plazo de 5 años.

- En los nuevos artículos 126 y 126 bis se contempla la modificación de los contenidos o servicios digitales, la opción de que el empresario pueda llevar a cabo modificaciones para mantener la *“conformidad de los contenidos o servicios digitales”* y la posibilidad de que el consumidor pueda resolver el contrato *“si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales”*.
- Los artículos 127 y 127 bis se encuentran dirigidos a las garantías comerciales y a la reparación y servicios posventa, respectivamente.

En este último caso, en la reparación y servicios posventa, se opta por ampliar el plazo mínimo de la existencia de repuestos por el productor a 10 años.

- Por último, se modifica el apartado 1, a), 8.º del artículo 153 relativo a la información sobre la idoneidad del viaje combinado a personas con discapacidad en función de sus necesidades.

Está previsto que todas estas modificaciones entren en vigor el 1 de enero del año 2022, salvo los artículos 126 y 126 bis, que únicamente se aplicarán a contratos celebrados a partir de esa fecha (Disposición final octava, letra d), del Real Decreto-Ley 7/2021). Este dilatado plazo de entrada en vigor parece tener su origen en el artículo 24 tanto de la Directiva (UE) 2019/770, como de la Directiva (UE) 2019/771. Por un lado, la Directiva 2019/770 señala que “[l]o dispuesto en la presente Directiva se aplicará al suministro de contenidos o servicios digitales que tenga lugar a partir del 1 de enero de 2022, con excepción de los artículos 19 y 20, que solo se aplicarán a los contratos celebrados a partir de esa fecha”.

Sin embargo, el art. 24 de la Directiva 2019/771 recoge que “[l]o dispuesto en la presente Directiva no se aplicará a los contratos celebrados antes del 1 de enero de 2022”, detectándose en este caso una clara intención del legislador comunitario de evitar efectos retroactivos en la transposición.

Todo parece indicar que el legislador español al transponer a la vez ambos textos comunitarios sólo ha tenido en consideración el art. 24 de la Directiva 2019/770, ignorando la intencionalidad de la Directiva 2019/771 de que no se lleve a cabo una aplicación retroactiva de la norma sobre los contratos suscritos con anterioridad al 1 de enero de 2022.

Si bien estos párrafos no poseen la intención de hacer un estudio en profundidad de la incorporación de las directivas 2019/770 y 2019/771 en el Derecho español, sí que podemos sumarnos a las afirmaciones de CÁMARA LAPUENTE, quien sostiene que la labor del legislador nacional ha respetado los límites de la armonización máxima y ha elevado el nivel de protección del consumidor contenidos en ambas Directivas en bastantes aspectos, aunque también se han desaprovechado oportunidades para aclarar numerosas cuestiones que los considerandos de las Directivas dejan al arbitrio de los Estados miembros³⁶.

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, S. (2021), “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios

2.2.3 Incorporación de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019: Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre

Al igual que ocurre con el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, incluye una reforma de distintas normas que tratan materias totalmente dispares entre sí.

En lo que se refiere al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, empleando la “excusa” de trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, el Real Decreto-ley 24/2021 incluye en sus artículos 82 y 83 (Libro VI) la modificación de más de 17 preceptos del Texto Refundido.

Según señala su disposición adicional décima, estas modificaciones entrarán en vigor el 28 de mayo de 2022, con la excepción de la reforma del apartado quinto del art. 107 del Texto Refundido, que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 en lo referente a la resolución del contrato prevista en el apartado 5 del artículo 119 ter del mismo Texto Refundido.

Y si bien tampoco corresponde en esta ocasión realizar un análisis exhaustivo de estas nuevas modificaciones y, más concretamente, de la transposición que estas suponen del articulado de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sí que podemos realizar un breve recorrido sobre los principales aspectos que, en nuestra opinión, recoge este Real Decreto-ley:

- Incorporación de un nuevo punto en el art. 19 por el que se señala que la Administración pública competente podrá restringir *“determinados aspectos de las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor y usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios”, “sin que en ningún caso pueda implicar la prohibición de los citados canales de venta”*.³⁷

digitales. La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771”, *Diario la Ley*, sección tribuna, n.º 9881, 29 de junio de 2021 (<https://diariolaley.laleynext.es/>), pp. 26 y 27.

³⁷ La nueva versión del artículo 19 recogida en la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica,

Nos encontramos ante una potestad que se otorga a la Administración para que, “según su buen criterio”, pueda decidir en algún caso concreto limitar prácticas comerciales como la venta a “puerta fría” o “puerta a puerta”, que puede ser especialmente perjudicial para determinados colectivos de consumidores (por ejemplo, personas de la tercera edad) y especialmente preocupante en determinados sectores esenciales para los consumidores y usuarios.

Sin embargo, esta medida no resulta una novedad para el ordenamiento español, pues podemos señalar que en determinados sectores productivos la desprotección que el consumidor sufre con estas prácticas ya ha tenido que ser abordada por el legislador. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la comercialización de tarifas eléctricas, donde en España era más que habitual que el consumidor fuera cambiado por estos comerciales a tarifas más gravosas de la que poseía, contratando estas tarifas por engaño o por ofertas en las que no se le proporcionaba toda la información necesaria³⁸.

- Art. 20: Este artículo, que como hemos señalado con anterioridad, ya fue modificado por el Real Decreto-ley 1/2021, vuelve a ser objeto de modificación a través de la norma aquí analizada. En esta ocasión la reforma no se limita al consumidor vulnerable, sino que se opta incorporar un texto más extenso donde se añaden nuevos elementos.
- Redacción de un nuevo artículo 20 bis destinado a Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales, indicándose que para determinadas acciones contempladas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, salvo prueba en contrario, quedará acreditada la existencia de prácticas comerciales desleales contra los consumidores cuando estas hayan sido reconocidas en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano judicial. Además, se fija la solidaridad en el resarcimiento de daños y perjuicios y que en ningún caso la existencia de una práctica comer-

omite el apartado 7. Cabe preguntarse qué ha llevado al legislador poco meses después de su aprobación a eliminar este contenido del RDL 1/2007.

³⁸ Art. 12 del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, por el que se modifica el art. 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, prohibiéndose a las comercializadoras eléctricas la realización de publicidad no solicitada sobre sus productos en visitas domiciliarias y llevar a cabo prácticas de contratación en domicilios de clientes de forma directa, salvo que exista petición expresa del usuario para establecer la cita correspondiente.

cial desleal pueda ser utilizada en contra de los intereses de los consumidores.

- Modificación de los arts. 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52, todos ellos dirigidos a la tipificación de infracciones y a la fijación de las posibles sanciones a imponer por el organismo público competente en estas situaciones.

La modificación de estos preceptos (con independencia de las conclusiones que pudieran llevarnos a alcanzar un análisis exhaustivo de sus nuevas redacciones) nos lleva a preguntarnos inevitablemente la utilidad práctica de estas nuevas redacciones.

Este planteamiento que exponemos tiene su origen en un aspecto del Derecho de consumo que analizaremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado, y es que las competencias sancionadoras en materia de consumo hoy por hoy recaen principalmente en los diferentes Gobiernos autonómicos de las distintas comunidades autónomas que conforman el Estado español.

Dicho sea de otro modo, en principio, estos artículos sólo resultarían de aplicación en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, pues estas regiones son las únicas que no se encuentran afectadas por una ley autonómica de consumo y, probablemente, cuando las competencias sancionadoras sean ejercitadas por la Administración General del Estado conforme a la redacción del nuevo art. 52 bis que expondremos más adelante y que también se incluye en el Texto Refundido a través del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre.

Por ello, en la práctica los aspectos más interesantes se encuentran en la nueva redacción del art. 46, donde se contienen principios generales. Entre estos principios, podemos detenernos en algunos puntos como, por ejemplo, en su apartado quinto, donde se expone que cuando el hecho investigado se encuentre tipificado como posible infracción en dos o más preceptos de esta Ley o en otras normas sancionadoras, se aplicará el que prevea más específicamente la conducta realizada y, si ambos lo recogen, el que señale mayor sanción. O su apartado noveno, donde se indica expresamente que, cuando se encuentren afectados los intereses generales de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores tendrán la consideración de parte interesada en el procedimiento.

En este último punto podemos afirmar que, hasta la fecha, gran parte de las Administraciones con competencias en materia de consumo en España

negaban la condición de interesado de las asociaciones de consumidores, incluso en aquellos casos que hubieran sido iniciados gracias a la interposición de una denuncia administrativa por la asociación que, posteriormente, pedía ser reconocida como parte en el procedimiento iniciado a raíz de su denuncia³⁹, simplemente con el propósito de poder conocer qué resultado había terminado obteniendo su actuación.

Así, parece que el legislador ha querido poner fin a esta petición de las asociaciones de consumidores y usuarios reconociéndoles expresamente su posición de interesado en estos procedimientos.

Tendremos que esperar para poder observar si asistimos en la práctica a una aplicación real y efectiva de estos principios por parte de las autoridades públicas que inicien alguna clase de investigación en situaciones vinculadas con los intereses de los consumidores y usuarios.

- Nuevo art. 52 bis: a nuestro parecer, la principal novedad que recoge este artículo se encuentra en su apartado sexto, donde se señala que cuando la infracción produzca lesiones o riesgos para los consumidores en más de una comunidad autónoma, de tal forma que pudiera verse afectada la unidad de mercado nacional y la competencia en este, la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado será competente para investigar estas situaciones cuando la sanción impuesta no supere los 100.000 euros ni implique el cierre provisional del establecimiento, instalación o servicio. En el resto de supuestos, la competencia recaerá en la Secretaría General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado. En todo caso, corresponderá a esta Secretaría General las infracciones generalizadas o generalizadas con dimensión en la Unión Europea previstas en el Reglamento (UE) 2017/2394, de 12 de diciembre de 2017, y las cometidas a través de internet cuando la residencia o domicilio del responsable, siempre que

³⁹ El Defensor del Pueblo nacional ya recomendó que a las asociaciones de consumidores y usuarios denunciante legalmente constituidas e inscritas, se les reconociera la condición de interesado legítimo en los procedimientos sancionadores (<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/reconocimiento-de-condicion-de-interesado-a-asociaciones-de-consumidores-y-usuarios/>, enlace consultado el 12/11/2021). Esta misma conclusión ha sido defendida por defensores del pueblo de ámbito autonómico como, por ejemplo, el Defensor del Pueblo Andaluz (<https://www.defensordelpuebloandaluz.es/recordamos-a-la-direccion-general-de-consumo-su-deber-de-resolver-y-le-recomendamos-que-se-reconozca>, enlace consultado el 12/11/2021).

coincida con el lugar en que se realice la gestión administrativa y dirección del negocio, esté fuera de la Unión Europea. Asimismo, este apartado continúa indicando que para considerar que la unidad del mercado nacional y la competencia se verán afectadas se tendrán en consideración el número de consumidores, la dimensión de mercado donde opere la compañía infractora, la cuota de mercado o los efectos de la conducta sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios.

El principal problema con la redacción de este nuevo artículo lo encontramos en la falta de concreción sobre conceptos que parecen clave, como son el número de consumidores, la dimensión del mercado, la cuota del mercado o los efectos sobre la competencia.

Es cierto que la falta de concreción permite analizar cada caso de forma individualizada. Pero también es cierto que puede originar una inseguridad a la hora de resolver un posible conflicto entre distintas Administraciones con competencia en la misma materia que, a su vez, podrían derivar en un posible incumplimiento del principio *non bis in idem* en aquellas situaciones en las que distintas Administraciones pudieran sancionar de forma simultánea una misma conducta.

Será necesario ir analizando con el paso del tiempo qué criterios son realmente los empleados para concretar estos aspectos.

- A través del nuevo art. 52 ter se establece que la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado será la oficina única de enlace a efectos del Reglamento (UE) 2017/2394, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2017.
- Se incluye un nuevo apartado 3 en el art. 59 y un nuevo apartado 4 del art. 60 y se modifican las letras e), i) y j) de su apartado 2, todo ello con referencias al mercado en línea, contenido digital, servicios digitales, y bienes con elementos digitales.
- Se modifica la redacción del art. 97, dirigido a la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y se añade un nuevo art. 97 bis sobre requisitos específicos para contratos celebrados en mercados en línea.
- Se cambian los apartados 2, 4 y 8 del art. 98, dirigidos a contratación a distancia y, más concretamente, a la información recibida por el usuario en el caso de que existan obligaciones de pago para el consumidor.

Además, se establece la obligación de entregar al usuario en soporte físico la información precontractual en caso de que el contrato se celebre a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar información sean limitados.

- En relación con el derecho de desistimiento en la contratación a distancia, se modifican los arts. 99.3, 102.1, 103, 104, 105, 107, 108, y el anexo de información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento.

Entre estas modificaciones resalta, a nuestro parecer, un nuevo plazo para el ejercicio de este derecho en los contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o en excursiones organizadas con propósito de promocionar o vender el bien o servicio. En tales situaciones, el plazo se amplía a treinta días naturales.

- Modificaciones menores: por un lado, se añade una nueva excepción en el art. 93 sobre la aplicación del Título III, de contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, *“los contratos de bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento”*. Por otro lado, se modifican “pequeños aspectos” de las disposiciones finales primera y segunda.

3. Normativa autonómica: competencias sancionadoras

Todas y cada una de las 17 comunidades autónomas que conforman el Estado español poseen una norma con rango de ley de consumo propia que resulta de aplicación en su territorio. Si bien es cierto que estas normas autonómicas, en su gran mayoría, suelen presentar una regulación que viene a reproducir gran parte del contenido del articulado del Real Decreto Legislativo 1/2007, también es cierto que en determinados aspectos (especialmente en aquellas normas autonómicas que han sido modificadas recientemente) poseen una regulación que supera el contenido del articulado del Real Decreto Legislativo nacional⁴⁰.

⁴⁰ En el momento de redacción de estas líneas, las normas autonómicas generales en materia de consumo vigentes son: Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura; Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia; Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha; Decreto Legislativo 1/2019, de 13

Uno de los aspectos más característicos de estas normas autonómicas, y donde más diferencias podemos encontrar entre las distintas normas territoriales, es la tipificación de infracciones en materia de consumo y la cuantificación de las sanciones que podrían corresponder en cada caso, pues como ya hemos mencionado en páginas anteriores, las competencias sancionadoras en materia de consumo recaen, principalmente, sobre las distintas Administraciones autonómicas⁴¹. Esto implica que los artículos 46 a 52 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (que versan sobre la potestad sancionadora) queden relegados en la práctica a “un segundo plano” en todos los territorios, a excepción de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, al no poseer estas regiones una norma propia general de consumo con una tipificación de infracciones similar al Real Decreto Legislativo nacional o a las normas autonómicas de consumo mencionadas.

En este sentido, es conveniente tener presente que el principio de tipificación también existe en el ámbito del Derecho administrativo o, lo que es lo mismo, si no se tipifican convenientemente las infracciones en materia

de diciembre, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley del Estatuto de las personas consumidoras y usuarias de la Comunitat Valenciana; Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid; Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León; Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón; Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña; Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias; Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios; Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias; Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears; Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁴¹ Recordando que desde la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy derogada), los tribunales comenzaron a reconocer un mayor margen de actuación a la Administración autonómica, en lo que a sanciones en materia de consumo se refiere: VELASCO CABALLERO, F., RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., DÍEZ SASTRE, S. (2015), “Comentario al art. 47 TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, p. 593.

de consumo, la Administración pública no puede sancionar aquellas prácticas empresariales que vayan en contra de la normativa vigente⁴².

Este sistema conlleva la particularidad de que determinadas conductas empresariales sean sancionadas en unas comunidades autónomas y en otras no, o que en función de la comunidad autónoma se impongan unas sanciones de mayor o menor cuantía, a lo que debe sumarse el hecho de que lo habitual es que una misma conducta empresarial se reproduzca en más de una comunidad autónoma, pues cada vez es más usual que todo comercio, inclusive las pequeñas y medianas empresas, interactúen con consumidores que residan en territorios que pertenezcan a más de una comunidad autónoma.

Y a estas dificultades debemos sumar que junto a las competencias sancionadoras que poseen estos órganos autonómicos, es preciso tener en consideración aquella normativa que afecta a materias y/o sectores directamente relacionados con los intereses de los consumidores y usuarios (normativa tanto de ámbito estatal, autonómico, como local) y, más concretamente, si en dicha normativa se recoge una tipificación de infracciones y qué organismos públicos concretos (estatales, autonómicos o locales) serían los competentes en estos casos⁴³.

Es decir, según la tipificación que recoja cada norma autonómica y la interpretación jurídica/voluntad política de cada Gobierno regional, una actividad empresarial que vulnere los derechos de los consumidores y usuarios tendrá distintos resultados.

⁴² Una clara muestra de lo indicado lo encontramos en el art. 50.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que fue declarado por el Tribunal Constitucional nulo e inconstitucional al no garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 10/2015, de 2 de febrero, FJ. 3.º (ECLI:ES:TC:2015:10): “*el derecho a la legalidad sancionadora “comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término ‘legislación vigente’ contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora” (entre muchas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2)*”.

⁴³ Resaltando la dispersión normativa en materia de consumo, tanto por sectores productivos/económicos (normativa especializada), como por territorio (nacional, autonómico, local): ALENZA GARCÍA, J. F. (2011), “comentario al art. 46 del TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, pp. 376 y 377.

Todas estas cuestiones propiciaron que el Ministerio de Consumo del Gobierno central redactase un anteproyecto de ley con el propósito de atribuir competencias sancionadoras a la Administración central cuando por parte de las comunidades autónomas afectadas no se estuviese tramitando expediente sancionador y cuando la infracción provocase lesiones o riesgos para los consumidores en el territorio de varias comunidades autónomas, de forma que pudiera verse afectada la unidad de mercado nacional y la competencia⁴⁴.

Finalmente, esta cuestión ha sido objeto del Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre, con la incorporación del nuevo art. 52 bis en el Real Decreto Legislativo 1/2007, tal y como hemos señalado en las páginas anteriores.

Será necesario esperar a que este nuevo artículo entre en vigor para observar en qué supuestos realmente se intervendrá por parte de la Administración central⁴⁵, cómo se llevará a cabo la coordinación entre los distintos organismos públicos para evitar un conflicto de competencias y si, finalmente, esta medida podrá suponer una solución real y efectiva a los problemas que señalábamos con anterioridad.

En este sentido, puede que los artículos 46 a 52 del Real Decreto Legislativo 1/2007 sí posean en un futuro reciente una mayor relevancia práctica, cuando la Dirección General o la Secretaría General correspondiente, según qué casos, pudieran intervenir.

Igualmente, deberemos esperar a que entre en vigor el nuevo texto del art. 46, y si los principios generales que este recoge puedan armonizar siquiera

⁴⁴ Anteproyecto de ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea y del régimen sancionador en materia de consumo (https://www.mscbs.gob.es/normativa/audiencia/docs/APRL_defensa_consumidores_usuarios.pdf, enlace consultado el 14 de septiembre de 2021).

⁴⁵ Actualmente, el Real Decreto 495/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Consumo y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, atribuye a la Dirección General de Consumo, en su art. 3.2, letra g), la siguiente competencia: “*g) La cooperación y apoyo técnico a los servicios de consumo de las Comunidades Autónomas y otras Administraciones Públicas, en relación con el control oficial o la vigilancia en el mercado de bienes y servicios, para luchar contra el fraude, proteger la salud y seguridad y los intereses económicos de los consumidores*”.

mínimamente de alguna forma la aplicación de parte de todo este complejo sistema de tipificación de infracciones y competencias sancionadoras.

Entre las conductas que pueden llegar a ser objeto de sanción por los servicios autonómicos de consumo debemos detenernos en las cláusulas abusivas. Sobre la posible sanción administrativa de estas cláusulas, la Sala tercera del Tribunal Supremo ha establecido que los servicios de consumo pueden sancionar a una empresa por imponer una cláusula abusiva al consumidor sin que para ello sea necesario que exista una declaración previa de la jurisdicción civil que declare como abusiva dicha cláusula, pues tal interpretación sería gravemente dañosa, ya que bloquearía el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia⁴⁶.

⁴⁶ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo número 155/2017, de 16 de septiembre (RJ 2017/4672), que se pronuncia sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad financiera UNICAJA BANCO S.A. contra la Resolución de la Secretaría General de Consumo de la Junta de Andalucía, de 15 de mayo de 2014, que impuso a la recurrente cuatro sanciones que sumaban 81.000 euros, por cuatro infracciones administrativas, una muy grave y tres graves, previstas en la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, por imponer a los consumidores cláusulas abusivas en diferentes tipos de contratos (entre ellos, contratos de préstamos hipotecarios), afirma en su Fundamento Jurídico sexto que *“cuando se trata de sancionar por la introducción de cláusulas abusivas, y se impone esa declaración previa de la jurisdicción civil que declare, es de suponer que por sentencia firme, el carácter abusivo de la cláusula, no sólo retrasa el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que lo impide, si tenemos en cuenta que la Administración carece de acción para acudir a dicha jurisdicción, postulando la nulidad de una cláusula puesta de un contrato privado entre una entidad bancaria y el usuario de sus servicios. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, no impone esa suerte de perjudicialidad civil que se infiere de la sentencia recurrida, para el ejercicio de la potestad sancionadora, toda vez que el ilícito administrativo que castiga, la introducción de cláusulas abusivas, es título suficiente para ejercer la potestad sancionadora. Sin perjuicio, naturalmente, de que la sanción impuesta sea luego impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, que será en el que se pronuncie sobre la legalidad de la sanción administrativa impuesta, y por ello sobre el carácter abusivo de la cláusula, exclusivamente a esos efectos sancionadores. Téngase en cuenta que el citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se ha tomado la molestia de establecer el concepto de cláusula abusiva y catalogar los distintos tipos de abusos en los que pueden incurrir. Sin que el artículo 82 del expresado Texto Refundido, que cita la sentencia recurrida, imponga ese pronunciamiento previo de los jueces civiles, pues dicho precepto se refiere a la eventual subsistencia del contrato cuando ya ha habido una declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva. Conviene precisar, en este sentido, que en el ejercicio de la potestad sancionadora lo que se ventila es si, con arreglo al indicado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se han incorporado o introducido en el contrato determinadas cláusulas que son abusivas, por reunir las exigencias y estar en las modalidades que describe el propio Texto Refundido, a los efectos de imponer la correspondiente sanción. Ese es el ámbito acotado para su ejercicio.*

A modo de conclusión, nos encontramos en disposición de sostener que a pesar de las dificultades que para la defensa del consumidor puede suponer la falta de armonización en la tipificación y sanción de las conductas infractoras, las competencias de vigilancia y sanción de los servicios autonómicos de consumo resultan esenciales para garantizar una mínima protección de los intereses de estos ciudadanos, para intentar “equilibrar la balanza” en un mercado cada vez más agresivo con los intereses de los consumidores y usuarios.

III. Ejecución de derechos por los consumidores y usuarios: El arbitraje de consumo y otros métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. Una perspectiva práctica

El reconocimiento de toda una serie de derechos a los consumidores y usuarios no presenta una utilidad práctica si al consumidor no se le facilita una serie de acciones que pueda emprender con cierta facilidad para, precisamente, exigir el cumplimiento de sus derechos por parte del sector empresarial.

En este sentido, uno de los principales problemas con los que se encuentran los consumidores residentes en España, y que claramente acentúa la falta desigualdad entre consumidor y empresario, es el coste, tiempo y esfuerzo de diferente índole que puede suponerles tener que iniciar un procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de sus derechos, lo que puede acentuarse en aquellas situaciones en las que la discrepancia con el empresario versa sobre cuestiones de baja cuantía (facturación de cantidades indebidas, el no cumplimiento de la garantía legal de un producto cuyo coste no sea significativo, etc.), pues si al consumidor le va a resultar un mayor coste y/o esfuerzo reclamar sus derechos que el beneficio que podría obtener de una victoria frente al empresario, lógicamente no iniciará ninguna clase de acción, o al menos se lo pensará dos veces⁴⁷.

Esto nos lleva a afirmar algo que consideramos básico y esencial en la práctica del Derecho del consumo, y es que no sólo es necesario que la

No parece que tenga sentido que la Ley estatal detalle qué ha de entenderse, en qué consiste, y qué tipos de cláusulas abusivas hay, si no puede ejercer la potestad sancionadora cuando se acredite la trasgresión que señala la Ley”; en un sentido similar: STS número 849/2019, de 18 de junio (RJ 2019/2583), FJS. 3.º Y 5.º.

⁴⁷ Sobre la dificultad de los consumidores residentes en España para el inicio de acciones judiciales individuales: CATALÁN CHAMORRO, M. J. (2019), *El acceso a la justicia de consumidores: Los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 82.

autoridad pública vigile y sancione de forma efectiva aquellas conductas empresariales que puedan atentar contra los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, también es preciso que el consumidor pueda obtener una satisfacción sobre el fondo de su controversia.

En España, si bien cabe la posibilidad de acudir a diferentes sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, puede diferenciarse entre dos grupos principales, especialmente si en el desarrollo de estos interviene algún órgano público. Por un lado, encontraríamos el arbitraje de consumo que, indiscutiblemente, es el método extrajudicial de resolución de conflictos por excelencia, el más implantando en todo el país. Por otro lado, estarían aquellos procedimientos extrajudiciales que van a depender del sector concreto de actividad donde el consumidor haya interactuado.

Comenzando por el arbitraje de consumo, podemos mencionar brevemente que tiene su principal regulación en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, siendo un sistema totalmente gratuito⁴⁸ y vinculante para las partes⁴⁹, siendo objeto de este tipo de arbitraje los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor⁵⁰.

Si bien el Real Decreto 231/2008 presenta una extensión considerable que desbordaría el propósito de este apartado, pues recoge todos los matices necesarios tanto para su implantación territorial (que es realmente extensa), el funcionamiento de los órganos que intervienen en su ejecución, así como todos los elementos que deben darse para su correcto desarrollo, sí que podemos señalar que en la práctica este método alternativo de resolución de conflictos funciona de la siguiente forma: el consumidor solicita el arbitraje

⁴⁸ Recordando que la gratuidad total del arbitraje no se garantiza actualmente, ya que el coste de las pruebas recae sobre quien las hubiese propuesto, encontramos a: MARCOS FRANCISCO, D. (2010), *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 173.

⁴⁹ Sobre las principales características del arbitraje de consumo, de forma resumida: MALUQUER DE MOTES, P. (2005), “Comentario al art. 31 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en LLAMAS POMBO, E. (coordinador), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid, pp. 853 y 854.

⁵⁰ IBOLEÓN SALMERÓN, B. (2012), *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Dykinson, Madrid, pp. 34 y 35.

de consumo (generalmente suelen existir unos formularios puestos a disposición del consumidor por la junta arbitral correspondiente). Esta solicitud, siempre que verse sobre un asunto que, conforme a la normativa en vigor pueda ser tratado en arbitraje de consumo, se traslada a la empresa con la que existe el conflicto, pudiendo a su vez darse dos circunstancias (art. 37 RD 231/2008):

1. Que la empresa se encuentre adherida previamente al arbitraje de consumo o que, estando adherida parcialmente, el objeto del arbitraje pueda ser incluido dentro de esa adhesión parcial, procediéndose en tal caso al inicio del procedimiento. En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda y el traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presente los documentos que estime pertinentes o proponga las pruebas de que intente valerse.

Mención especial merecen aquellas empresas que llevan a cabo una adhesión parcial al arbitraje de consumo. No son extraños los casos, especialmente entre las grandes corporaciones, en los que las adhesiones parciales son tan limitadas que en la práctica implica que sea prácticamente imposible que el consumidor pueda elevar el conflicto a la junta arbitral correspondiente. Al final, nos encontramos ante la tesitura de que estos empresarios se valen de dicha adhesión parcial simplemente como un elemento publicitario diferenciador frente a la competencia, cuando realmente no están ofreciendo al consumidor un acceso real al arbitraje de consumo, valiéndose para ello de que los elementos publicitarios de adhesión al arbitraje de consumo recogidos en la norma, tanto para la adhesión total como para la adhesión parcial, son prácticamente idénticos (anexos I y II del RD 231/2008).

2. Que la empresa no se encuentre adherida. La junta arbitral traslada la petición de arbitraje al empresario y este puede, o bien aceptar dicho arbitraje (en cuyo caso comenzarían a tramitarse las gestiones oportunas), o bien rechazar someterse a este método, o directamente no responder a la junta arbitral, no celebrándose arbitraje alguno en estos dos últimos casos. En el plazo más breve posible se dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado, concediéndosele

un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje y de la mediación previa en los supuestos en que proceda, así como para, en su caso, contestar a la solicitud formulando las alegaciones que estime oportunas. Transcurrido dicho plazo sin que conste la aceptación del arbitraje por el reclamado, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de la solicitud, notificándoselo a las partes.

Según las características de cada situación y la voluntad de las partes, el arbitraje se desarrollará en Derecho o en equidad, y será tramitado por un órgano arbitral colegiado o por un órgano arbitral unipersonal, obteniéndose finalmente un laudo vinculante para las partes, siendo además un título ejecutable (art. 517 LEC) y no recurrible (el laudo sólo podrá ser objeto de revisión o anulación, art. 43 Ley 60/2003).

La audiencia a las partes podrá ser escrita, utilizando la firma convencional o electrónica, u oral, ya sea presencialmente o a través de videoconferencias u otros medios técnicos que permitan la identificación y comunicación directa de los comparecientes (lo que se ha potenciado durante los pasados meses de confinamiento por causa del COVID-19). La no comparecencia del consumidor o del empresario no impedirá que se dicte laudo (arts. 44 y 46 RD 231/2008)⁵¹. Tanto el consumidor como el empresario serán citados a las audiencias con suficiente antelación y con advertencia expresa de que en ella podrán presentar las alegaciones y pruebas que estimen precisas para hacer valer su derecho.

¿Y puede un empresario imponer esta vía alternativa al consumidor antes de que surja el conflicto? Afortunadamente, en 2014 el legislador modificó el Real Decreto Legislativo 1/2007 y, más concretamente, el apartado 4 de su artículo 57, estableciendo que “[n]o serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto”⁵².

⁵¹ Señalando que, aunque toda inactividad no puede tener igual valor o trascendencia jurídica, el art. 46 otorga el mismo valor a cualquier inactividad, con independencia de la fase del procedimiento en que se produzca: HUALDE MANSO, M. T. (2011), “Comentario al art. 46 del RD 231/2008, de 15 de febrero”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, p. 2197.

⁵² Recordando que el origen de esta reforma se encuentra en el art. 10 de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, por todos: MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015), “Comentario al art. 57 del TRLGDCU”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 749, 750 y 751.

A su vez, el artículo 90 de este mismo Real Decreto señala desde el año de su publicación que serán abusivas las cláusulas que impliquen la sumisión del consumidor a “*arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o su puesto específico*”⁵³.

Por otro lado, como mencionábamos en los párrafos anteriores, en parte de los sectores empresariales se han establecido mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en los que interviene alguna Administración pública y, a diferencia del arbitraje de consumo, no se requiere del sometimiento voluntario del empresario para que la Administración se pronuncie sobre el conflicto que le traslada el consumidor. A su vez, entre estos sistemas podemos diferenciar dos grupos, aquellos en los que la resolución que se dicta por el órgano público es vinculante para las partes (susceptible de recurso en vía administrativa y en vía contencioso-administrativa⁵⁴) y aquellos casos en los que el pronunciamiento del órgano público no es vinculante ni para el consumidor ni para el empresario⁵⁵, por lo que el consumidor en caso de obtener un informe favorable a sus intereses únicamente podrá confiar en que el empresario cumpla voluntariamente dicho informe o, en

⁵³ OROZCO PARDO, G. (2010), “Condiciones generales de los contratos, cláusulas abusivas y arbitraje de consumo”, en GARRIDO CARRILLO, F. (coordinador), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 58 y 59; es fácil localizar sentencias de distintas audiencias provinciales anteriores a la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, por las que se consideraban abusivas las cláusulas que impusieran arbitrajes distintos a los de consumo en contratos de adhesión, en virtud del artículo 10 bis y de la disposición final primera de la hoy derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fueron incorporados a su texto tras la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. A modo de ejemplo, podemos citar: SAP Madrid núm. 237/2006, de 1 de junio (AC 2006/1917), FJ. 4.º.

⁵⁴ Como ejemplos podemos citar: los órganos de energía de las distintas comunidades autónomas que resuelven sobre controversias del consumidor con las empresas eléctricas o de gas; la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, con potestad para resolver en problemas del consumidor con su compañía de telefonía e internet; y en ocasiones mecanismos para reclamar en materia de suministro de agua, que dependerán, en la mayoría de los casos, de la norma propia de cada municipio, de cada localidad.

⁵⁵ A modo de ejemplo: el Banco de España, en conflictos con entidades bancarias o la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en controversias con compañías aseguradoras, ambos procedimientos regulados por la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

caso de que no cumpla este, podrá utilizar su contenido como un medio de prueba más si finalmente decide acudir a los juzgados para dirimir su controversia.

De entre estos mecanismos de resolución de conflictos debemos detenernos en el desarrollado por el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, debido a que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre parte de su articulado. Este Real Decreto-ley fue resultado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)⁵⁶, en el que el Tribunal europeo estableció que los argumentos recogidos en la Sentencia del Tribunal Supremo número 139/2015, de 25 de marzo (RJ 2015/735) no eran correctos⁵⁷. En esta ocasión, el Tribunal Supremo afirmó que la anulación de una cláusula suelo (cláusula dirigida a limitar la variación a la baja del tipo de interés en un préstamo hipotecario de tipo de interés variable) por ser abusiva no podía afectar a periodos de tiempo anteriores al 9 de mayo de 2013, fecha en la dictó su Sentencia número 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013/3088)⁵⁸, en la que admitió la posibilidad

⁵⁶ Entre los distintos comentarios a esta Sentencia, encontramos: BLAZQUEZ PEINADO, M. D. (2017), “Cláusulas suelo, Tribunal Supremo español y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: en torno a la sentencia del TJ de 21 de diciembre de 2016”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 42, págs. 142-159; FERRER TAPIA, B. (2017), “Tratamiento de las cláusulas suelo a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (gran sala) de 21 de diciembre de 2016”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 43, 2017, págs. 163-184.

⁵⁷ STS núm. 139/2015, de 25 de marzo (RJ 2015/735), FJ. 10.º: “Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada”.

⁵⁸ Sentencia comentada, entre otros, en: CORDERO LOBATO, E. (2013), “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Diario la ley*, n.º 8098 (<https://diariolaley.laleynext.es/>); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”, *Diario*

de que estas cláusulas pudieran ser abusivas. Por su parte, el Alto Tribunal comunitario afirma en el punto 75 de esta Sentencia que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*.

Ante el dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Gobierno decidió publicar el Real Decreto-ley 1/2017, con el propósito de intentar crear un sistema alternativo de resolución de conflictos ante la previsible “avalancha” de reclamaciones/demandas de consumidores exigiendo la devolución total de las cantidades que le fueron cargadas por su entidad financiera en virtud de la cláusula suelo que le habían impuesto en su préstamo hipotecario. Sin embargo, este Real Decreto-ley simplemente se limitó a crear un sistema alternativo voluntario donde la decisión final de aceptar o no las pretensiones del consumidor dependía de la entidad financiera, quien decidía si admitir tales peticiones, rechazarlas, o directamente no contestar a la reclamación del usuario (art. 3)⁵⁹. Eso sí, este Real Decreto-ley sí que se preocupa de pronunciarse sobre las posibles condenas en costas judiciales en caso de que finalmente el usuario tenga que acudir a los juzgados. En su artículo 4 se recoge, por un lado, que sólo si el consumidor rechaza el cálculo de la cantidad a devolver o declina, por cualquier motivo la devolución del efectivo e interpusiera posteriormente demanda judicial en la que obtuviese una sentencia más favorable a la oferta recibida de la entidad, se impondrá condena en costas a esta. Por otro lado, se indica en el apartado segundo de este artículo que, si el consumidor interpusiera una

la ley, n.º 8115 (<https://diariolaley.laleynext.es/>); MATEOS FERRES, M. (2013), “Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5 (septiembre 2013), págs. 163-169.

⁵⁹ De la opinión de que un sistema obligatorio y vinculante para las entidades financieras hubiera sido contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, encontramos a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017), *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 272 y 273.

demanda sin haber acudido previamente a este sistema extrajudicial, registrarán las siguientes reglas: “a) *En caso de allanamiento de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, se considerará que no concurre mala fe procesal, a efectos de lo previsto en el artículo 395.1 segundo párrafo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.* b) *En el caso de allanamiento parcial de la entidad de crédito antes de la contestación a la demanda, siempre que consigne la cantidad a cuyo abono se comprometa, solo se le podrá imponer la condena en costas si el consumidor obtuviera una sentencia cuyo resultado económico fuera más favorable que la cantidad consignada*”⁶⁰.

Es precisamente sobre este agasajo por parte del Gobierno central a las entidades financieras en relación con las costas judiciales, sobre lo que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 156/2021, de 16 de septiembre (JUR\2021\307881), declarando inconstitucional y nulo el apartado dos del artículo 4 de este Real Decreto-ley, afirmando que desde la perspectiva constitucional no se puede entender que los derechos del consumidor se vean relativizados en el caso de acudir a la vía judicial para reclamar lo indebidamente abonado⁶¹.

En resumidas cuentas, el Real Decreto-ley 1/2017 es una muestra del recorrido que aún queda por realizar en España sobre las vías extrajudiciales en materia de consumo. Ante una cantidad inmensa de consumidores que se han podido ver afectados por cláusulas abusivas y ante una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncia a favor de los intereses de los consumidores y usuarios, dando un duro golpe al Tribunal

⁶⁰ Sobre este procedimiento, DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2018), *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 432 y 433.

⁶¹ STC núm. 156/2021, de 16 de septiembre (JUR\2021\307881), FJ. 11: “no se puede entender, desde la perspectiva constitucional, que tales derechos se vean relativizados en el caso de que el consumidor acuda a la vía judicial para reclamar lo indebidamente abonado, sin haber intentado antes la reclamación previa del art. 3 del Real Decreto-ley 1/2017, ya que se va a encontrar en la más que probable tesitura de tener que hacer frente a los gastos de su representación y defensa, puesto que a la entidad bancaria le bastará con allanarse a la demanda, sin que en tal caso pueda el órgano judicial apreciar la existencia de mala fe e imponerle las costas. En suma, el art. 4.2 del Real Decreto-ley favorece de manera notoria a quien impuso unilateralmente la cláusula abusiva y perjudica a quien sufrió tal imposición y debe reclamar lo indebidamente abonado para obtener su restitución, consecuencia que no sólo se manifiesta carente de toda razonabilidad, sino que, además, supone una traba excesiva y desproporcionada para los consumidores”.

Supremo⁶², la única respuesta por parte del Gobierno central es crear un sistema que termina dependiendo en todos sus aspectos de la voluntad de la entidad financiera que impuso la cláusula objeto de controversia.

No sólo se deja en manos de la voluntad de la entidad bancaria lo que respecta al sometimiento a este sistema, sino que también se ignora la posibilidad de que intervenga un tercero en su desarrollo, ni siquiera se contempla la opción de que un tercero dicte una resolución no vinculante como sí ocurre ante el resto de reclamaciones en materia bancaria, donde esta potestad se delega en el Banco de España (art. 12 Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones)⁶³, sino que se opta por convertir a dicha mercantil en “juez y parte”, mientras que a la vez el legislador se preocupa por intentar que estas entidades no se vean perjudicadas por una condena en costas en el supuesto de que el usuario terminase judicializando el conflicto.

Como veníamos comentando al comienzo de este epígrafe, las preguntas a plantear según nuestro punto de vista parecen claras, ¿qué ocurre en aquellas situaciones en las que el asunto no puede resolverse por arbitraje de consumo? ¿qué sucede cuando el único método extrajudicial de resolución de conflictos al que puede aspirar el usuario consiste en la obtención de un informe no vinculante para las partes?

La respuesta parece sencilla, el consumidor tendrá que judicializar su conflicto, con todo lo que ello puede suponer, o tendrá que resignarse a no hacer valer sus derechos, o únicamente a denunciar ante la Administración

⁶² En los últimos años no han sido pocas las situaciones en las que el TJUE ha corregido el posicionamiento del TS español en las relaciones entre las entidades financieras y los consumidores. Uno de los últimos ejemplos lo encontramos en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18), sobre el índice de referencia IRPH recogido en parte de los préstamos hipotecarios de tipo variable comercializados en España. Podemos comentar, de forma extremadamente resumida, que esta resolución corrigió el posicionamiento de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre (RJ 2017\5167), donde se afirmaba que este índice no podía ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, pues se trataba de una condición general fijada en una disposición legal.

⁶³ Respecto al sistema de reclamaciones ante el Banco de España, DÍAZ-AMBRONA HERNÁNDEZ, M. D. (2017), “Organismos de supervisión y reclamación”, en FUENTESECA DEGENEFTE, C. (coordinadora), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) n.º 524/2013)*, Reus, Madrid, pp. 47 a 49.

lo ocurrido y confiar en que, aunque no obtenga una solución sobre el fondo del asunto, al menos sí que pudiera existir la posibilidad de que se iniciase un expediente sancionador contra la empresa.

Todo esto nos lleva a volver a plantear la idea con la que comenzábamos la redacción de este punto, y es que los derechos recogidos en la normativa serán difícilmente exigibles en la práctica por el consumidor si este no dispone realmente de un sistema eficaz para exigir su cumplimiento.

Por ello, es necesario que las instituciones públicas continúen incentivando y promocionando los sistemas alternativos de resolución de conflictos y, entre ellos, el arbitraje de consumo, evitando que el consumidor se termine viendo obligado a judicializar sus controversias o a renunciar al ejercicio de sus derechos. Debiéndose en este último caso garantizar que se dota del personal necesario a las distintas juntas arbitrales, incentivando que las empresas se adhieran a este sistema sin reservas, no permitiendo adhesiones parciales que en la práctica impliquen que sea prácticamente imposible que el consumidor acuda a este sistema y que las empresas utilicen dicha adhesión como un falso elemento diferenciador frente a su competencia. Y en aquellos sectores productivos donde se haya considerado necesario crear órganos públicos concretos que resuelvan sobre los conflictos entre consumidor y empresa, que los dictámenes de dichos órganos sean vinculantes para las partes, pues de poco valdrá para el consumidor aguantar una larga espera para obtener un informe no vinculante de una Administración pública si finalmente se termina viendo obligado a acudir a la jurisdicción ordinaria.

IV. Conclusiones

I.- El Derecho de consumo en España desde la promulgación de la Constitución de 1978 ha evolucionado notablemente. Es evidente que el Derecho comunitario ha jugado un papel esencial en este desarrollo. Igual que también es innegable que en ocasiones el legislador nacional ha decidido dar un paso más en la incorporación de algunas directivas a la normativa nacional, al no limitarse simplemente a recoger los límites mínimos contenidos en los preceptos de estos textos.

Así, es posible encontrar fácilmente distintos ejemplos de lo aquí señalado, como la definición de consumidor y usuario desarrollada en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (que resulta más amplia que la contenida en el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE), o el nuevo plazo de garantía de 3 años, (que resulta más garantista que el plazo de dos años

recogido en el artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/771). Sin embargo, también debemos indicar que resultan del todo inadmisibles los retrasos que se padecen en España en la incorporación de las directivas comunitarias, no siendo el Derecho de consumo, lamentablemente, una excepción.

II.- A pesar de la evolución de los últimos años, aún queda un largo camino por recorrer. Una clara muestra de ello son las dificultades con las que el consumidor se encuentra para exigir el cumplimiento de los derechos que el ordenamiento le reconoce.

No sólo nos encontramos ante un elenco de sistemas de resolución alternativa de conflictos algo caótico (que varía según el sector productivo y, en ocasiones, según el territorio), sino que las acciones colectivas existentes en la actualidad presentan toda una serie de dificultades que pueden obstaculizar seriamente su ejercicio.

III.- La protección de los consumidores y usuarios necesita de unas Administraciones públicas con personal y recursos suficientes y voluntad política para vigilar y sancionar aquellas conductas empresariales que puedan atentar contra los derechos e intereses de estos ciudadanos.

La descentralización en las competencias de consumo, sumada a las competencias sancionadoras concretas que se otorgan a determinados organismos en sectores productivos específicos, puede dificultar todo este proceso. Si a ello le añadimos la globalización del mercado, que conlleva que sea habitual que un pequeño consumidor pueda interactuar con una empresa con domicilio social no sólo fuera de España, sino fuera de las fronteras de la Unión Europea, nos encontramos con que estas funciones de vigilancia y control por los poderes públicos se dificultan considerablemente.

A nuestro entender, el legislador debe intentar solucionar todos estos inconvenientes. Ahora bien, desconocemos si el nuevo artículo 52 bis del Real Decreto Legislativo 1/2007, al que hacíamos referencia en páginas anteriores, realmente solventará parte de estas situaciones.

IV.- El mercado actual es muy agresivo con los ciudadanos residentes en España. Una clara muestra de ello la encontramos en los meses pasados con la pandemia del COVID-19, donde los intereses y derechos de los consumidores (aún afectados por las consecuencias de la crisis económica de 2008) se vieron perjudicados por la actitud de aerolíneas, establecimientos turísticos y otros prestadores de servicios.

Y aunque en la redacción de estas páginas no nos hemos podido detener a analizar con la profundidad necesaria cómo se vieron afectados los intere-

ses de los consumidores en estos últimos meses, sí que podemos señalar de forma breve y concisa, que el Gobierno central aprobó de manera urgente distintas normas, entre las que destacó el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y, más concretamente, en lo que a la contratación de servicios por los consumidores se refiere, su artículo 36. Y aunque este artículo ha tenido hasta 4 versiones en un plazo inferior a un año, y a pesar de que su redacción es muy mejorable (habiendo sido criticado por gran parte de la doctrina, a nuestro parecer, con toda la razón), causando incluso dudas desde el tenor literal de su primera frase en lo que respecta a la propia vigencia del precepto, podemos manifestar que su creación denota una intencionalidad de proteger los intereses de los consumidores y usuarios ante una situación excepcional.

Y parece ser que de momento continúa esta intencionalidad, con mayor o menor acierto, de solucionar posibles dificultades que el consumidor puede sufrir en situaciones extraordinarias donde parte del sector empresarial no vele por los intereses de sus clientes. De esta forma, durante la redacción del presente trabajo, hemos asistido a la aprobación del Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma. En esta norma, su artículo 12 señala un aplazamiento de tres meses de los plazos para el ejercicio por los consumidores del derecho de desistimiento y de los plazos para el ejercicio de derechos adicionales establecidos contractualmente. Y su artículo 13 recoge, entre otras medidas que afectan directamente a los consumidores, que en los contratos de transporte perfeccionados antes del 13 de septiembre de 2021 que tengan como destino la isla de La Palma, el usuario tendrá derecho a resolver el contrato antes de su inicio sin pagar ninguna penalización, teniendo derecho al reembolso de cualquier pago realizado, aunque no a una compensación adicional.

V.- Sin embargo, a pesar de la intención de los poderes públicos de intentar reforzar la protección de los consumidores residentes en España en los pasados meses, nos encontramos en la obligación de manifestar que es muy criticable cómo se han abordado las últimas reformas sobre el articulado del Real Decreto Legislativo 1/2007. Resulta muy complicado poder justificar que dichas reformas se hayan practicado a través de un mecanismo pensado para supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, el real decreto ley. Y ello sin señalar que se han sucedido reformas de múltiples

artículos en un periodo muy corto de tiempo, con distintos plazos de entrada en vigor y a la vez que se modificaban en estos mismos textos otros preceptos de normativas que nada o muy poco tienen que ver con el Derecho de consumo.

Esta forma de legislar nos hace dudar de que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no vaya a ser nuevamente modificado en un futuro próximo de forma totalmente “atropellada”.

CONSUMER LAW IN THE NETHERLANDS

EWOUDE HONDIUS

SUMMARY: 1. *Gaius, Magna carta and the Discours préliminaire*; 2. Oral history; 3. Big bang or creeping consumerization; 4. The oral method further explained; 5. Some methodological drawbacks; 6. Content of consumer law; 7. The future of consumer law; 8. Dutch consumer law; 9. Bibliography.

1. Gaius, Magna carta and the *Discours préliminaire*

In 150 a C, the Roman jurist Gaius published his *Institutiones*. Never again has this book been surpassed as a commentary of private law. Every author of a treatise on private law is indebted to the structure of this book which was written nearly two millennia ago. England may not have a written constitution, it does have *Magna carta*, ‘the greatest constitutional document of all time’, as Lord Denning has described it. Not everyone is fully in agreement with this praise. As Lord Dyson, a successor of Lord Denning as Master of the Rolles, reminds us, we should not praise the Charter for creating trial by jury. It did not. Nor should we think of Magna Carta as the basis of the great writ of habeas corpus. It was not. But Magna Carta did require justice to be local; that judges should know the law and that only judges sit in judgment.

Finally, in 1801, Portalis, wrote the famous *discours préliminaire* to the Code Napoléon. One of his best known quotes runs as follows:

‘Un code, quelque complet qu’il puisse paraître, n’est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s’offrir aux magistrats. Car les lois

une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau'.

2. Oral history

How did Gaius arrive at his *Institutiones*: was he assisted by slaves or by a good library? How did Magna Carta achieve its fame as the Constitution of England? And to what extent did Portalis make use of the *droit commun* and the *droit écrit* in writing his *Discours préliminaire*? How we would love to find the answers to these and other questions concerning the coming about of famous historical documents. For the time being, it is unlikely that we shall invent new methods to find out about legal history: a DNA for historical facts is not in the making. But for some areas of the law, there may be a partial solution to the lack of historical data. For those domains of the law which only originated half a century ago, it should still be possible to find out the details of their coming into existence.

The methodology to be used is that of oral history: invite the authors involved to tell from memory how their domain developed. This technique should be used in due time, or else the pioneers concerned will have passed away. In a recent volume of essays, edited by Hans Micklitz, Ewoud Hondius, Thom van Mierlo and Thomas Roethe, *The fathers and mothers of consumer law and policy in Europe/The foundational years 1950-1980*, Firenze: European University, 2019¹, it is precisely the oral method which has been used to elicit commentaries as to the coming into existence of consumer law. Already some of the founding fathers and mothers of con-

¹ The book – available on <<http://hdl.handle.net/1814/63766>> – consists of a Preface by Ewoud Hondius, University of Utrecht, the Letter of invitation, the Programme, a Welcome speech by Hans-W. Micklitz, and Contributions by Ludwig Krämer, European Commission, Thierry Bourgoignie, Belgium/European Union, Benedicte Federspiel, Denmark, Maria Reiffenstein, Austria, Jules Stuyck, Belgium, Luboš Tichý, Czech Republic, Børge Dahl, Denmark, Thomas Wilhelmsson, Finland, Henri Temple, France, Klaus Tonner, Germany, Elisa Alexandridou, Greece, Alex Schuster, Ireland, Guido Alpa, Italy, Bob Schmitz, Luxembourg, Ewa Łętowska & Aneta Wiewiórowska-Domagalska, Poland, Iain Ramsay, United Kingdom, Hans-W. Micklitz, Niklas Olsen, Thomas Roethe, Claudius Torp and Thom van Mierlo: Roundtable, Biographies. After this book was published, a new edition was edited by Hans Micklitz.

sumer law – Kjersti Graver, Norbert Reich, Bernd Stauder – have passed away. Therefore, the time has come to apply the oral method now. By the late twentieth-century, it is likely that none of the pioneers will be around.

3. Big bang or creeping consumerization

When did consumer law begin: with a big bang or has there been creeping consumerization? There is a widespread assumption that consumer law all started on 15 March 1962. On that day President John Fitzgerald Kennedy famously delivered his special message to the congress of the USA. ‘Consumers, by definition, include us all’, are the well-known opening words. Four basic rights were enumerated by Kennedy: the right to safety, the right to be informed, the right to choose, and the right to be heard. The ensuing history is well known. Not in America but in Europe did Kennedy meet with success. First it was the Council of Europe which did the groundwork, as Ludwig Krämer *reminds us in the book mentioned above*. And then – when that organization, for budgetary reasons, had to withdraw from the area of consumer protection – the European Union took over and arrived at a Preliminary program. This resulted in a large number of directives and some regulations of the European Union. By the end of the twentieth century, nobody could deny that a full-fledged consumer law – albeit in a haphazard way – had come into existence.

Was President Kennedy the real inventor of consumer law? Among legal historians there has always been a difference of opinion. One may argue that Kennedy’s speech did not come out of the blue: it was preceded by much earlier legislation as *this book will show*. Government agencies had been set up before and books had been written. However, no one will express a doubt that the special message provided the impetus for the rapid growth of consumer law in the later part of the twentieth century.

4. The oral method further explained

When an oral method is used, various more refined methodologies may be utilised. The most common one will be for a researcher to conduct interviews with the pioneers concerned. Another method, used in the case of consumer law, is to bring pioneers together and hope that out of the community the truth will emanate. Recollection by some will bring out memories of others. It is this technique which is *at the basis of the volume mentioned before*. The founding fathers and mothers, carefully selected in advance,

were invited to a two-day conference at the European University Institute in Fiesole. The speeches by the pioneers were taken down and *have been presented in a recent volume*.

5. Some methodological drawbacks

The oral method does not only offer advantages to the historian. At least two disadvantages may be discerned. First, the recollection of a pioneer may over the years have become somewhat misty. We must not forget that we request people to go back fifty years or more in time. Not only will their recollection not always be fully 100%, present-day tools such as the internet, e-mails and even photocopies will be absent for this era. In the second place, pioneers may willfully or unwilfully give a wrong impression of their own role. The reader may think that I am accusing some pioneers about over-emphasizing their own role, but actually the example which springs to my mind is that of a European Commission official who was instrumental in setting up the European Consumer Law Group but in this volume downplays his role therein. Fortunately, other pioneers are there to correct the picture. These drawbacks must be acknowledged, but a partial remedy is available by looking into supplementary written data, when available.

6. Content of consumer law

Any present-day commentary of consumer law will deal with general issues, such as the definition of the consumer notion, the purpose of their protection, its main technique, its purposes. It will also take into account the most important substantive notions, such as consumer sales, services, misleading advertising, product liability, comparative testing, etc. Administrative law is increasingly playing a role, as of course are constitutional and procedural issues as well as infrastructural notions. This rather prosaic approach of consumer law has also elicited criticism. Some early-day consumer law activists have even switched to environmental law, which in their view was in a better position to improve the situation of mankind. Meanwhile, whereas consumer law admittedly still is mainly geared to improving the economic position of the individual consumer, the notion of consumer concerns has gained popularity. This among others raises the question to what extent consumers of garments should focus on the ways these garments are produced in dangerous circumstances by underage workers in third world countries. And are consumer strikes allowed to achieve a

change of position by traders? Of quite a different nature is the question what should be considered consumer law. Should transactions as between small and big traders be so considered? And what about medical law? And rent of dwellings?

7. The future of consumer law

By the end of the 2010s, the government of one of the EU Member States declared consumer law to be ready. All major bottlenecks to a fair deal for consumers allegedly had been taken care of by the legislature. Likewise, a German author declared that consumer protection could be considered a temporary emancipatory move, which by now can gradually be withdrawn. The sheer number of European directives and regulations makes it highly unlikely that a dismantlement of consumer law is close. Whatever may happen, the future of consumer law, as was remarked by one of the pioneers, *is not the subject-matter of the book mentioned above, but – who knows? – of a sequel (?)*.

8. Dutch consumer law

Consumer law basically is very European in outlook. As was mentioned before much legislation is based on directives and regulations. This chapter will conclude with some references to specifically Dutch consumer law. First, there are not very many but at least some specifically Dutch rules. An example is Article 2 Book 7 Civil Code:

“1. The sale of an immovable thing or part thereof which is destined as residential accommodation shall be entered into in writing, if the buyer is a natural person who does not act in the conduct of a profession or business.

2. The instrument drawn up between the parties, or a true copy thereof, must be delivered on demand to the buyer against delivery to the seller of a dated receipt. Within three days of this having been delivered to him, the buyer has the right to cancel the sale. Where, after the buyer has exercised this right, a new sale occurs within six months between the same parties with respect to the same thing or part thereof, the right does not arise anew.

3. (...).”

Second, institutionally, what is of interest is that in the Netherlands there has always been a fair measure of cooperation between organizations of consumers and enterprises. This cooperation has been promoted by the

Dutch Consumer Council. A description of this development is given – in Dutch – by Thom van Mierlo, Kroonjuwelen voor consumenten in het BW: geschiedenis van het Nederlandse consumentenrecht, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2018, p. 244-251.

Third, even apart from European impact, comparative law has always been of importance in the development of Dutch consumer law.

Fourth, the obligation under European law to apply the unfair contract terms directive *ex officio* has resulted in a major shift in Dutch procedural law.

9. Bibliography

There is an overwhelming bibliography on consumer law – see for example Loos², Mak³, Van Mierlo⁴, Pavillon⁵. The literature on oral history is slightly less encompassing. This paper refrains from engaging in a race to find as many references as possible. Instead, readers are referred to the other chapters in this book.

² Loos: M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 3d ed., The Hague: Boom, 2018, 493 p.

³ Mak: E.H. Hondius, V. Mak (eds.), *Consumentenrecht*, 5th ed., Zutphen: Paris 2020, 710 p.

⁴ Van Mierlo: Thom van Mierlo, *Vijftig jaar SER consumentenoverleg: het smaakt naar meer*, Zutphen: Paris, 2015, 55 p.

⁵ Pavillon: C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht/De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Deventer: Kluwer, 2011, 609 p.

THE EVOLUTION OF IRISH CONSUMER LAW: PAST, PRESENT AND FUTURE

FIDELMA WHITE*

SUMMARY: *1. Introduction; 2. The Genesis of Irish Consumer Law and Policy – Stage 1 (1970-1980); 3. Deferring to the EC/EU Agenda – Stage 2 (1980-2003); 4. Re-Asserting a Domestic Agenda – Stage 3 (2003 to date); 5. A Couple of Concluding Remarks – The Future.*

1. Introduction

Irish consumer law as a distinct discipline has evolved over a period of fifty years, since its genesis in the 1970s. During this period, developments were driven by an internal dynamic reflecting the unique circumstances of the domestic economy and society, as well as an external dynamic reflecting two dominant forces: first, a long established and close relationship with our nearest neighbour and trading partner, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (hereinafter the UK) and second, a newer regional relationship with the European (Economic) Community / Union (hereinafter, and for ease, the EC/EU). At different times, the impact of each of these different dynamics or forces has ebbed and flowed. In this chapter, the evolution of Irish consumer law will be mapped with reference to three distinct stages and reflecting these changing patterns of

* Senior Lecturer in Law, School of Law, University College Cork, Ireland.

influence and at times, dominance, with particular reference to contracts for the sale of goods. The first stage in the 1970s (1970-1980) witnessed a nascent interest in the development of a national consumer protection policy when, influenced by developments in the UK in particular, the beginnings of a legal framework were laid. During the second stage, covering the 1980s and the 1990s, the national policy agenda appeared to recede somewhat, and much of the focus was on the transposition of EC/EU measures into Irish law, with minimal engagement at the national level with a consumer protection agenda. Finally, a third stage can be identified as starting shortly after the millennium. This third stage reflects a renewed interest in the development of a domestic consumer protection agenda, (both in terms of the institutional architecture and the substantive legal framework,) in close co-operation with the EU. This more collaborative approach to consumer protection which reflects both internal and external dynamics persists and is most recently evidenced in the publication in May 2021 of proposed legislation in the form of a Consumer Rights Bill 2021 which seeks to consolidate and update various core aspects of consumer law, as well as transpose a number of EU measures into Irish law. Arguably, the publication and in due course enactment of this legislation will mark a coming of age for Irish consumer law.

Before turning to examine each of these stages in more detail below, it is useful to set-out briefly the political, and socio-economic context in which Irish consumer policy initially developed in the 1970s. It is insightful to consider this with reference to developments in Great Britain, which is our closest neighbour geographically, and was for centuries our main trading partner and our former colonial masters. The rise of the consumer society in Great Britain from 1870-1970 has been linked to the Industrial Revolution of the 19th century.¹ Developments in new technologies led to mass production of a whole new range of consumer products which were promoted using new marketing techniques. When this supply-side was coupled with surplus income as a result of increased wages and increased holidays and leisure time, the result was the development of a modern consumer society. Although Ireland was part of Great Britain up to the date of

¹ See Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Clarendon Press, 1979), at pp. 572-581; and Benson *The Rise of Consumer Society in Britain, 1880-1980* (Longman, 1994).

Irish Independence in 1921², Ireland did not experience a similar Industrial Revolution and instead its economy remained largely dependent on agriculture. The newly independent Irish state pursued an economic policy of protectionism until the 1960s, characterised by economic depression, high levels of unemployment and emigration, with a low standard of living.³ It was not until the publication of a seminal economic report to Government, the Whitaker Report on “Economic Development” (1958) which recommended a move away from protectionism and towards internationalisation, (leading in time to our entry into the European Economy Community in 1973) that we begin to see an improvement in the standard of living and the belated beginnings of a modern consumer society develop in Ireland. Even as Irish society became more affluent, mechanisms to take account of the consumer voice remained relatively under-developed to the extent that, in 2001, an OECD review of regulation in Ireland noted a poorly developed consumer culture and a policy bias in favour of producer interests.⁴

2. The Genesis of Irish Consumer Law and Policy – Stage 1 (1970-1980)

The 1970s saw, for the first time, a flurry of policy activity and reports which led to a number of legislative measures directed at protecting the consumer interest in Ireland.⁵ The first of these measures was the Consu-

² The Anglo-Normans first invaded Ireland in the 12th Century and over a period of centuries imposed their political rule and common law legal system through-out the island of Ireland. Following the Union of Ireland Act 1800 and the Act of Union (Ireland) 1800, a United Kingdom of Great Britain and Ireland was created, subject to a single legislature based in Westminster, London. The War of Independence (1919-1921) ended with the Anglo-Irish Treaty 1921 which partitioned the island into what is today Northern Ireland (comprising six counties in the north-east corner of the island) which is part of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and an independent Republic of Ireland (comprising the remaining 26 counties), commonly known as ‘Ireland’.

³ Blackwell “Government, Economy and Society”, in Litton ed., *Unequal Achievement, The Irish Experience 1957-1982*, (1982) p.43.

⁴ See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Regulatory Reform in Ireland* (2001) available at www.oecd.org/dataoecd/48/35/2475450.pdf (last accessed 29 November 2021); see also Consumer Strategy Group, *Make Consumers Count: a New Direction for Irish Consumers* (April 2005).

⁵ See e.g. Whincup, *Consumer Protection Law in America, Canada and Europe* (Dublin, National Prices Commission, Occasional Paper No. 9, 1973); and National Consumer Advisory Council, Submission to the Minister for Industry and Commerce on Proposals for Legislation to Assure the Consumers’ Interests (Dublin, Stationary Office, December 10, 1974).

mer Information Act 1978, which was notable for establishing the office of the Director of Consumer Affairs, the first publicly funded office with a remit to protect the consumer interest in relation to advertising and the provision of information to 'members of the public', and to promote consumer protection legislation to the public.⁶ Other legislative measures that sought to address particular issues in Irish consumer society at that time included the Trading Stamps Act 1980 which sought to regulate (rather than prohibit) the once popular use of 'trading stamps' whereby goods or services could be exchanged for trading stamps issued by the promoter of a trading stamp scheme⁷; and the Pyramid Selling Act 1980 which sought to prohibit and penalise the promotion of 'pyramid schemes' in Ireland. But perhaps the most significant consumer protection measure from this period remains the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980.

Contracts for the sale of goods and supply of services are undoubtedly of primary importance in protecting the consumer interest. And, at the heart of consumer protection as regards the sale of goods and supply of services are a series of statutory implied terms, and associated rules and remedies, found in the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980. But prior to 1980, there was no dedicated consumer protection legislation in relation to the sale of goods and supply of services in Ireland. Ironically, these statutory implied terms derived originally from English commercial law, in the form of the Sale of Goods Act 1893, a statute passed at Westminster, London, which applied throughout the United Kingdom of Great Britain and Ireland, at that time, and was subsequently carried-over into Irish law with the foundation of the Irish Free State (and later the Republic of Ireland⁸) in 1922.⁹ This Act was one of a series of statutes which sought

⁶ Consumer Information Act 1978, s.9.

⁷ Trading stamp schemes originated in the US and later the UK. Typically, retailers bought trading stamps from the promoter of a trading stamp scheme (such as Green Shield Stamps) and gave them to consumers as bonuses with every purchase (e.g. of petrol or groceries) based on the amount purchased. When the consumer had collected sufficient stamps in a collectors' books, the consumer could claim merchandise from a catalogue or stamp shop.

⁸ See Republic of Ireland Act 1948.

⁹ See Art. 72 of the 1922 Constitution in the First Schedule to the Constitution of the Irish Free State (Saorstát Éireann) Act 1922. See now Art. 50 of the Constitution, Bunreacht na hÉireann, 1937 which provides that 'Subject to this Constitution and to the extent to which they are not inconsistent therewith, the laws in force in Saorstát Éireann immediately prior

to consolidate a number of important areas of commercial law around the same time.¹⁰ However, although conceived and designed with merchants in mind, the Sale of Goods Act 1893 makes no reference to the status of the buyer and so applies to commercial and consumer buyers alike. An early illustration of its application to a consumer buyer is the Irish case of *Wallis v Russell*¹¹, a case which made its way ultimately to the Court of Appeal in London. In that case, the plaintiff sought to purchase two ‘nice fresh crabs’ for her tea from the defendant fishmonger. The defendant had no live crabs but offered boiled crabs instead. The plaintiff asked whether they were nice and fresh and the defendant assured her that they were. Having purchased the crabs, the plaintiff and others ate some that evening and subsequently became seriously ill. In an action for breach of the implied term as to quality in section 14(1) of the Sale of Goods Act 1893 the Court of Appeal, affirming the earlier decision, found that the crabs had been bought for a particular purpose made known to the seller (i.e. to eat), and that the buyer had relied on the seller’s skill and judgment, and hence there was a breach of section 14(1) because the crabs were not fit for their purpose and hence the defendant was liable for damages. There are other examples of early cases where consumers utilised the Sale of Goods Act 1893 to their advantage.¹² However, it was not until the 1970s, that concerns were raised about the suitability of the 1893 Act to a modern consumer society.¹³

In response to these concerns, but while working within the general principles and framework of the 1893 Act, the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980 made a number of important changes to the law, with consumer buyers in mind. First, the original statutory implied terms were recast and modernised. Accordingly, and in broad terms,

- in every contract for the sale of goods there are implied undertakings as to the title or ownership of the seller, including for example that the seller has “the right to sell” the goods; that the goods sold are

to the coming into force of this Constitution shall continue to be of full force and effect until the same or any of them shall have been repealed or amended by the Oireachtas.’

¹⁰ See also the Bills of Sale (Ireland) Acts 1879 and 1883; the Bills of Exchange Act 1882; the Factors Act 1889; the Partnership Act 1890; and lastly, the Marine Insurance Act 1906. All this legislation continues in force in Ireland, and indeed in England (as is or in its equivalent form), today.

¹¹ [1902] 2 IR 585.

¹² See e.g. *Priest v Last* [1903] 2 KB 148; *Grant v Australian Knitting Mills Ltd* [1936] AC 85.

¹³ See e.g. *Dáil Éireann Debates*, Vol. 309, No. 7, Cols 1100–1106 (16 November, 1978).

and will remain free from any charges or encumbrances not disclosed to the buyer; and that the buyer will enjoy quiet possession of the goods;¹⁴

- where goods are sold by description, there is an implied condition that the goods will correspond with that description. In addition, the 1980 Act clarifies that self-service sales can be sales by description and any reference to goods on a label or other descriptive matter can constitute part of the contractual description;¹⁵
- where goods are sold in the course of a business, there is an implied condition that the goods will be of merchantable quality, and “merchantable quality” was defined for the first time in the 1980 Act as requiring goods to be “fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought and as durable as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances;¹⁶
- where goods are sold in the course of a business, and the buyer makes known a particular purpose for the goods, there is an implied condition that the goods will be reasonably fit for that particular purpose except where the buyer did not rely or it is unreasonable to rely on the seller’s skill and judgment;¹⁷
- where goods are sold by sample, the goods will correspond with the sample in quality.¹⁸

Second, a couple of new implied terms were introduced by the 1980 Act, namely

- there is an implied warranty that spare-parts and after-sales service will be available in such circumstances and for such time as stated in any offer or advertisement by the seller;¹⁹ and
- in the sale of a motor vehicle to a consumer, there is an implied condition that the vehicle will be free from any defects which would render it a danger to the public including anyone travelling in the vehicle.²⁰

¹⁴ 1893 Act, s.12, as substituted by s.10 of the 1980 Act.

¹⁵ 1893 Act, s.13, as substituted by s.10 of the 1980 Act.

¹⁶ 1893 Act, s.14(2) and (3), as substituted by s.10 of the 1980 Act.

¹⁷ 1893 Act, s.14(4), as substituted by s.10 of the 1980 Act.

¹⁸ 1893 Act, s.15, as substituted by s.10 of the 1980 Act.

¹⁹ 1980 Act, s.12.

²⁰ 1980 Act, s.13.

Third, where the buyer is “dealing as a consumer”²¹, the above statutory implied terms can never be limited or excluded, because any term of the contract which seeks to exclude or limit the liability of sellers for breach of the statutory implied terms is void against a consumer, with the effect that the title and quality standards imposed by the statutory implied terms are mandatory.²²

Fourth, as well as existing remedies which allow a consumer to terminate the contract, reject the goods, seek a refund of any price paid, and sue for any damages following a breach of condition of the contract, the 1980 Act introduced a new right for the consumer to request the seller to remedy the breach or replace the goods, following the breach of an implied condition of the contract.²³ And rules on the exercise of the right to reject the goods, which is lost where the buyer is deemed to have accepted the goods, were reformed with a view to bringing greater clarity to the law.²⁴

In addition, the 1980 Act, for the first time, regulated the use of voluntary product guarantees provided by manufacturers and others, such that any product guarantee has to comply with certain requirements as to information and form, and the guarantee is directly enforceable by the consumer or other recipient of the goods, against the manufacturer providing the guarantee and the retailer selling the goods with a guarantee.²⁵

And lastly, the 1980 Act also introduced, again for the first time, comparable regulation for contracts for the supply of services, with statutory implied terms that:

- the supplier has the necessary skill to render the service;
- the supplier will supply the service with due skill, care and diligence;
- where materials are used, they will be sound and reasonably fit for the purpose for which they are required; and
- where goods are supplied under the contract, they will be of merchantable quality.²⁶

However, unlike with sale of goods contracts, a “fair and reasonable” exclusion or limitation of liability for breach of the above statutory implied

²¹ 1980 Act, s.3.

²² 1980 Act, s.22 which substitutes a re-drafted s.55(2) into the 1893 Act.

²³ 1980 Act, s.21 which substitutes a re-drafted s.53 into the 1893 Act.

²⁴ 1980 Act, s.20 which substitutes a re-drafted ss.34-35 into the 1893 Act.

²⁵ 1980 Act, ss.15-19.

²⁶ 1980 Act, Part IV.

terms is allowed where the buyer is dealing as a consumer, and there is no statutory scheme of remedies, leaving the consumer to fall back on the less certain common law rules for remedies.²⁷

These changes, in the form of the Sale of Goods Acts 1893 – 1980, were inspired in part by developments in the UK,²⁸ and further afield including Canada,²⁹ while at the same time they were driven by a nascent Irish policy which recognised the need for consumer protection and law reform. The legislation was arguably overdue and clearly to be welcomed. Indeed, the European Commission noted in its Green Paper on *Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services* that the Irish legislation, in the form of the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980 was one of the most “forward-looking text in this domain”.³⁰ However, following this very promising start, the consumer protection agenda in Ireland stalled somewhat in subsequent years. The focus seems to have shifted from a policy characterised by a dynamic domestic agenda to one which concentrated on the implementation of EC/EU measures, in a manner that could be characterised (perhaps a little harshly) as a “box-ticking” exercise which sought to ensure compliance with our European obligations but without any in-depth engagement in advancing the consumer protection agenda.

3. Deferring to the EC/EU Agenda – Stage 2 (1980-2003)

As noted elsewhere, the original Treaty of Rome, 1957, which established the European Economic Community, contained only five express references to consumers, all of which were largely incidental in nature.³¹ As a result of this “barren Treaty background”,³² European consumer policy was slow to develop. It was not until the mid-1970s that a European consumer protection agenda began to take shape with the introduction of a

²⁷ The 1980 Act also updated the rules on hire-purchase in line with the statutory implied terms in relation to contracts for the sale of goods: see Part III, 1980 Act.

²⁸ See e.g. the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973; the Unfair Contract Terms Act 1977 and the Sale of Goods Act 1979.

²⁹ See Ontario Law Commission, *Report on Sale of Goods*, Vol. 1 & 2 (1979).

³⁰ Commission of the European Communities, *Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services*, COM (93)509 final, p. 96.

³¹ Consumers were mentioned in relation to agricultural policy twice (art 39 and art 40); competition policy twice (art 85 and 86); and state aid once (art 92). See further Weatherill, *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2014), p. 3.

³² Weatherill, *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2014), p. 4.

Council Resolution establishing a preliminary programme for a European consumer protection and information policy.³³ In time, other programmes, action plans and agendas followed.³⁴ It was the mid-1980s before an active legislative agenda became evident, with the introduction of a number of consumer directives during this period, including in relation to misleading and comparative advertising³⁵; liability for defective products³⁶; door-step selling³⁷, consumer credit³⁸ and package travel.³⁹ These measures were introduced in the context of harmonisation and market integration pursuant to Article 100 of the Treaty of Rome (later Art 95 TEC and now Art 114 TFEU), and were a reaction to the divergences in national legal systems which were seen as barriers to trade and contrary to the perfection of the internal market. A specific consumer protection competence was introduced in the Maastricht Treaty in 1992 in Article 153(1) EC (now Art. 169 TFEU):

“In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interest.”

Despite this specific consumer protection competence, consumer protection measures continued to be adopted pursuant to Article 100a (or Art 95 TEC, now Art 114 TFEU) on the approximation of laws and the internal

³³ Council Resolution [1975] C92/1. Chronologically, this mirrors the emerging Irish interest in this regard and as a new member state of the EEC, since 1 January 1973, it seems likely that this was not a coincidence.

³⁴ See e.g. the second programme for a European consumer protection and information policy [1981] OJ C 133/1; see now European Commission, *New Consumer Agenda: Strengthening Consumer Resilience for sustainable recovery*, COM(2020) 696.

³⁵ Council Directive 84/450 on misleading and comparative advertising [1984] OJ L 250/17; see now Directive 2006/114, [2006] OJ L376/21.

³⁶ Council Directive 85/374 concerning liability for defective products [1985] OJ L 210/29.

³⁷ Council Directive 85/577 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises [1985] OJ L 372/31; see now Directive 2011/83, [2011] OJ L304/64.

³⁸ Council Directives 87/102 and 90/88 concerning consumer credit [1987] OJ L 42/48 and [1990] OJ L 61/14; see now Directive 2008/48, [2008] OJ L133/66.

³⁹ Council Directive 90/314 on package travel, package holidays and package tours [1990] OJ L 158/59; see now Directive 2015/2302, [2015] OJ L326/1.

market agenda. More directives followed post 1992 – including in relation to unfair terms in consumer contracts⁴⁰; distant contracts⁴¹; injunctions for the protection of consumer interests⁴²; price indications⁴³; and consumer sales and associated guarantees⁴⁴ – resulting in an ad hoc and wide ranging consumer *acquis* by the turn of the century.

A couple of features are notable in relation to this early consumer *acquis*. First, all the consumer protection measures adopted at this time were Directives, as opposed to Regulations. Importantly, a regulation has general application; it is binding in its entirety and directly applicable in all Member States. In contrast, directives are binding as to the result to be achieved on member states, but leave to the national authorities the choice of form and methods.⁴⁵ Therefore, member states have a degree of discretion or flexibility when transposing directives. Second, all of these early directives, bar one, were expressed to be minimum harmonisation directives, that is member states were free to adopt or maintain in force more stringent provisions to ensure a higher level of consumer protection but member states could not fall below the minimum level of protection prescribed in the directives. Directive 85/374 concerning liability for defective products was silent on this point,⁴⁶ and subsequently was interpreted as a maximum harmonising directive by the Court of Justice.⁴⁷ In time there would be a shift away from minimum harmonisation to maximum, or full targeted, harmo-

⁴⁰ Council Directive 93/13, [1993] OJ L95/29.

⁴¹ Council Directive 97/7, [1997] OJ L144/19; see now Directive 2011/83, [2011] OJ L304/64.

⁴² Council Directive 98/27, [1998] OJ L166/51; see now Directive 2009/22, [2009] OJ L110/30.

⁴³ Council Directive 98/6, [1998] OJ L80/27.

⁴⁴ Council Directive 99/44, [1999] OJ L171/12; see now Directive 2019/770, [2019] OJ L136/1 and Directive 2019/771, [2019] OJ L136/28.

⁴⁵ See now Art 288 (TFEU).

⁴⁶ Council Directive 85/374 concerning liability for defective products [1985] OJ L210/29.

⁴⁷ The nature of the harmonisation in Directive 85/374 remained unsettled until the matter was resolved by the Court of Justice in a series of cases dating from 2002: see *Commission v France* Case C-52/00 [2002] ECR I-3827; Case C-154/00 *Commission v Greece* [2002] ECR I-3879; Case C-183/00 *Gonzalez Sanchez v Medicina Asturia SA* [2001] ECR I-3901; Case C-177/04 *Commission v France* [2006] ECR I-2461; Case C-402/03 *Skov Egv Bilka Lavprisvarehus A/S* [2006] ECR I-199; Case C-310/13 *Novo Nordisk Pharma GmbH v S* ECLI:EU:C:2014:2385. See further White, “Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products: in the name of harmonisation, the internal market and consumer protection,” in Giliker ed., *Research Handbook on EU Law*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2017) pp. 128-153.

nisation as the norm but initially at least, minimum harmonisation provided member states with further discretion or latitude as to the upper level of consumer protection.

The impact of this European agenda on consumer protection in Ireland was in many respects positive. Some directives overlapped with pre-existing national rules but in doing so added extra features and enhanced levels of consumer protection. For example, in Irish tort law, manufacturers and producers of products are liable to users and consumers in negligence for any loss or damage caused by a defective product⁴⁸; in addition, Directive 85/374 concerning liability for defective products when transposed in the form of the Liability for Defective Products Act 1991 provides a form of 'strict liability' for defective products, removing the need to prove negligence. As in many member states, both these liability regimes (that is, fault based liability at common law, and 'strict' liability under the 1991 Act) sit side-by-side offering an injured consumer different options for redress.⁴⁹ Many other directives from this period were novel from an Irish perspective (such as the directives on misleading advertising, package holidays, and unfair terms) and provided Irish consumers with new levels of protection. In sum, by the end of this period, and as a result of the transposition of the various EC/EU measures outlined above, the corpus of Irish consumer protection legislation had grown significantly, resulting in a more wide-ranging, albeit ad hoc, legal framework. However, at the same time, there is also evidence of a disengagement with the national agenda, with the Irish authorities deferring to the European agenda and, in relation to the European agenda, there is also evidence of a 'minimal' engagement with EU measures.

Evidence of a disengagement with the national agenda can be found in the period immediately following the enactment of the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980. The Sale of Goods and Supply of Services Act 1980, as well as regulating contracts for the sale of goods and supply of services as outlined above⁵⁰, also included in Part VI a number of novel

⁴⁸ *Donoghue v Stevenson* [1932] A.C. 562; *Kirby v. Burke and Holloway* [1944] I.R. 207; see further Quill, *Torts in Ireland*, 4th edn (Dublin: Gill & Macmillan, 2014), pp. 140-150; McMahon & Binchy, *Law of Torts*, 4th edn (Dublin: Butterworths, 2013) Ch.11.

⁴⁹ Donnelly & White, *Consumer Law: Rights and Regulation* (Dublin: Roundhall Thompson Reuters, 2014) Ch.4.

⁵⁰ In Parts II and IV respectively, while Part III regulated and modernised the rules on hire-purchase contracts.

enabling provisions concerning a right to withdraw from or cancel certain contracts; the provision of particulars or information to consumers; and rules around the use of standard form contracts. In particular, pursuant to section 50 of the 1980 Act, the relevant Minister was empowered to introduce new rules in relation to contracts for the sale of goods, hire or hire-purchase of goods, as well as contracts for the supply of services entered into "by a person in the course of a business elsewhere than at his place of business" (that is, off-premises), or in other specified circumstances, which would allow the consumer to withdraw from the contract. Another novel provision, at that time, was section 51 of the 1980 Act which empowered the relevant Minister, following consultation, to introduce new rules requiring a seller of a specified class of goods or a supplier of a specified class of services to include certain particulars or information in any specified class of contract, guarantee, notice or other writing in relation to a contract. In addition, sections 52-54 addressed the use of standard form contracts and contracts in writing. Accordingly, section 52 enabled the relevant Minister to introduce new rules, in relation to any person acting in the course of a business who makes use of a standard form of contract (being a contract for the sale of goods, the hire or hire-purchase of goods or the supply of a service), that he must give such notice to the public as specified by Ministerial order as to his use of such standard form and as to whether he is or is not willing to contract on any other terms. In addition, pursuant to section 53, the relevant Minister was empowered to introduce new rules which prohibited any seller of such goods or supplier of services in the course of a business from making use of any printed contract, guarantee or other specified class of document unless it was printed in type of at least such size as prescribed by Ministerial order. Lastly, section 54 provided that the relevant Minister was empowered to introduce new rules in relation to goods or services of a class described in the order, that a contract (being a contract for the sale of goods, the hire or hire-purchase of goods, or the supply of a service) with a consumer must be in writing and any such contract not in writing would not be enforceable against the consumer. Significantly, although Parliament legislated for these Ministerial powers to enable the introduction of further consumer protection measures, none of these provisions were ever acted upon and brought into effect. In time, some of these measures would be superseded by various EC/EU directives in relation to the form of certain contracts and the right of withdrawal. Hence, it would appear that domestic consumer protection provisions were put

to one side, while national authorities focussed on transposing the various EC/EU measures. It could be argued that the subsequent EC/EU measures offered greater levels of consumer protection around information requirements; formal obligations and the right of withdrawal and hence were superior, although we had to wait until 1985 for door-step selling to be regulated in terms of information provision and a right of withdrawal, and 1997 for distance selling to be similarly regulated. However, the same cannot be argued in relation to section 53 (on a minimum font size for printed contracts, guarantees or other documents) which has no equivalent in EC/EU law and was also never brought into effect by the Minister.

Moreover, as noted above, in transposing the various EC/EU measures, the Irish authorities took a 'minimal' approach to transposition and in doing so missed the opportunity to lead and advance a public debate about the nature of consumer protection, to fully engage with and integrate EC/EU measures into Irish law and to enhance levels of consumer protection. The Irish approach to transposition can be described as 'minimal' for a number of reasons. First, the majority of directives (7 out of 10) were transposed not by primary legislation in the form of Acts of Parliament (known as the *Oireachtas*, in Irish) but rather by secondary or delegated legislation in the form of ministerial regulations.⁵¹ While Acts of the *Oireachtas* are required to go through a lengthy process involving 5 stages in the first house of the *Oireachtas* in which the legislation is introduced and then a further four stages in the second house of the *Oireachtas*⁵², involving debate and the opportunity to propose amendments, in contrast, ministerial regulations are drafted within the relevant ministry, laid before the Houses of the *Oireachtas* and are typically approved using a negative resolution process, that is, if no one objects within 21 days, the regulations are adopted. In fact, for the purpose of transposing EC/EU measures, in general, ministerial regulations are commonly used pursuant to the European Communities Act 1972, due to the sheer volume of EC/EU legislation which has to be transposed and the time-constraints on the Parliamentary legislative process. Nevertheless, the opportunity for political and public

⁵¹ The exceptions were the Liability for Defective Products Act 1991; the Package Holidays and Travel Trade Act 1995 and the Consumer Credit Act 1995.

⁵² The Irish Parliament or *Oireachtas* comprises two houses, an Upper House or Senate (known as the *Seanad*, in Irish) and a Lower democratically elected House, a House of Representatives (known as the *Dáil*) and the President: Art 15 of *Bunreacht na hÉireann* 1937 (the Constitution of Ireland).

debate about the scope and substance of the consumer protection measures being proposed was greatly limited because ministerial regulations were utilised in this regard. Second, when transposing many of the various EC/EU measures, a 'copy and paste' approach was taken, in the sense that large parts of the Directives were 'copied' word-for-word from the Directive and 'pasted' into the Irish ministerial regulations with little or no attempt to explain the meaning of unfamiliar civilian concepts (such as *good faith*), or to adapt the wording to its new common law context. This 'copy and paste' approach was largely designed to ensure that the transposing measures were in compliance with our EC/EU law obligations, but it also meant that opportunities to integrate the Directives into domestic Irish law were not taken. Third, as noted above, all bar one of the Directives were minimum harmonising measures, harmonising consumer laws in member states to a designated minimum level, leaving member states the freedom to pursue a higher level of consumer protection in keeping with their particular socio-economic and legal circumstances. In general, however, the Irish approach was to harmonise to the minimum level only⁵³ and not to enhance consumer protection beyond that afforded at a European level.⁵⁴ This approach can be contrasted with that taken by many other member states, at that time, which were prepared to expand, sometimes significantly, the protections afforded to consumers at transposition stage.⁵⁵ Thus, the opportunity to enhance the levels of consumer protection in Ireland was typically not seized and acted upon.

The regulation of consumer sale of goods in Ireland following the transposition of Directive 1999/44 on consumer sales exemplifies some of the negative consequences of this minimal approach, in particular in relation to the use of ministerial regulations as a means of transposition, the copy and paste technique, and the resulting lack of integration with exis-

⁵³ One notable exception to this was the Consumer Credit Act 1995 which, in addition to transposing Directives 87/102 and 90/88, introduced further consumer protection measures in relation to housing loans and updated the rules in respect of consumer hire and hire-purchase, thereby expanding significantly on the minimum standards set by European legislation. The other notable exception related to sale of consumer goods, considered further below.

⁵⁴ See Schulte-Nölke et al eds, *Consumer Law Compendium: the consumer acquis and its transposition in the member states* (Sellier, 2008) p. 42.

⁵⁵ For a state-by-state overview, see Schulte-Nölke et al eds, *Consumer Law Compendium: the consumer acquis and its transposition in the member states* (Sellier, 2008).

ting rules. As noted at Stage 1 above, contracts for the sale of goods were regulated and the rules modernised by the Sale of Goods Acts 1893 and 1980, offering a high level of consumer protection. Subsequently, Directive 1999/44 was adopted and it sought to harmonise certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees with a view to providing European consumers with a *minimum* standard of protection throughout the EC/EU.⁵⁶

In brief, the Directive applied to the sale of “consumer goods”, between “sellers” and “consumers”, as defined.⁵⁷ But the application of Directive 1999/44 was broadened further by two provisions which resulted in the inclusion of some service elements. First, contracts for the supply of consumer goods to be manufactured or produced were to be regarded as contracts of sale for the purpose of the Directive.⁵⁸ Second, any lack of conformity resulting from incorrect installation of the consumer goods was to be deemed to be equivalent to lack of conformity of the goods if installation formed part of the contract of sale of the goods and the goods were installed by the seller or under his or her responsibility.⁵⁹

The main obligation pursuant to Directive 1999/44 was that the goods delivered under a contract of sale to the consumer must be “in conformity with that contract”.⁶⁰ And, consumer goods were presumed to be in conformity with the contract of sale if they:

- (a) comply with the description given by the seller and possess the qualities of the goods which the seller has held out to the consumer as a sample or model;
- (b) are fit for any particular purpose for which the consumer requires them and which he made known to the seller at the time of conclusion of the contract and which the seller has accepted;
- (c) are fit for the purposes for which goods of the same type are normally used;
- (d) show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods and taking into account any public state-

⁵⁶ Council Directive 99/44, [1999] OJ L171/12; see Recitals 1–5.

⁵⁷ Directive 1999/44/EC art.1.

⁵⁸ Directive 1999/44/EC art.1(4).

⁵⁹ Directive 1999/44/EC art.2(5).

⁶⁰ Directive 1999/44/EC art.2(1).

ments on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling.⁶¹

Where goods were not in conformity, the seller was liable to the consumer for the lack of conformity for a minimum 2 year liability period,⁶² and there was a six month reverse burden of proof such that any lack of conformity which became apparent within six months from the date of delivery of the goods was presumed to have existed at the time of delivery.⁶³ A hierarchy of remedies was provided with the consumer first being entitled to repair or replacement of the goods; and secondly being entitled to a reduction in the price or rescission of the contract.⁶⁴ The Directive also contained rules on commercial guarantees in relation to their enforceability, content and form.⁶⁵ Importantly, the Directive provided that the rights resulting from the Directive were without prejudice to other rights which the consumer may have under national law, and moreover, Member States were free to maintain higher levels of consumer protection.⁶⁶

Clearly, both the Sale of Goods Acts 1893 and 1980, and Directive 1999/44 covered similar ground (that is, consumer rights and remedies regarding the sale of defective goods) but in different ways. The two regimes (domestic and EC/EU) each had a slightly different application with Directive 1999/44 being both broader and narrower than the Sale of Goods Act 1893 and 1980. Directive 1999/44 was broader in its application by drawing in service elements into the Directive in relation to goods to be manufactured and installed. At the same time, Directive 1999/44 had a narrower application in that it applied only to consumers defined as “natural persons”, whereas the Sale of Goods Acts 1893 and 1980 definition of “dealing as a consumer” was not expressly limited to natural persons,⁶⁷ and had been interpreted in the UK to encompass an SME in the form of a husband and wife company.⁶⁸ In relation to the standard of quality or conformity of

⁶¹ Directive 1999/44/EC art.2(2).

⁶² Directive 1999/44/EC art.3.

⁶³ Directive 1999/44/EC art 5(3).

⁶⁴ Directive 1999/44/EC art.3.

⁶⁵ Directive 1999/44/EC art.6.

⁶⁶ Directive 1999/44/EC art.8.

⁶⁷ Sale of Goods Act Supply of Services Act 1980, s.3.

⁶⁸ *R & B Customs Brokers Ltd v United Dominions Trust Co* [1988] 1 All E.R. 847.

the goods being sold, again there were similarities and differences. While the Sale of Goods Acts 1893 and 1980 spoke of “implied terms”; Directive 1999/44 was couched in the language of “presumptions of conformity”. Nevertheless, many of the aspects of conformity would have sounded familiar to an Irish lawyer: with para (a) above reflecting section 13 of the 1893 Act on sale by description, and section 15 of the 1893 Act on sale by sample; paras (c) and (d) reflecting s.14(2) of the 1893 Act on merchantable quality; and para (b) reflecting s.14(4) of the 1893 Act on fitness for particular purpose. Indeed, in the United Kingdom, the decision was initially taken to transpose the conformity obligations via the statutory implied terms of the UK Sale of Goods Act 1979, with some minor consequential amendments, in light of the view that, in substance, there was little difference between the two regimes.⁶⁹ The greatest difference was perhaps most apparent in relation to seller’s liability and consumer remedies. Directive 1999/44 provided for a minimum liability period of two years; whereas Irish law does not utilise the concept of a liability period and instead it operates on the basis of a six year limitation period whereby a consumer has 6 years from the time the cause of action accrues (that is, delivery of the defective goods) to commence legal proceedings. Directive 1999/44 provided for a 6 month reversal of the burden of proof; whereas under Irish law the burden to prove that the goods delivered are in breach of a statutory implied term or terms rests with the consumer. Lastly, the primary remedies under Directive 1999/44 are repair and replacement, with reduction in the price and rescission being remedies of last resort; whereas under the Sale of Goods Acts 1893 and 1980 the consumer’s primary remedy is to reject the goods and terminate the contract.

When faced with the task of transposing Directive 1999/44, Ireland had 2 main options: (i) integrate Directive 1999/44 into the Sale of Goods Acts legislation, via a new Act of the Oireachtas, providing a single source of rights and remedies, to the highest level of consumer protection permissible or (ii) follow the existing pattern of transposition by using a copy and paste technique, via freestanding ministerial regulations. Unfortunately, Ireland chose the latter option. The decision to enact freestanding Regulations was partly to do with timing: Directive 1999/44/EC should have

⁶⁹ See the UK Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 (S.I. No. 3045 of 2002). These Regulations have since been revoked and replaced by the UK Consumer Rights Act 2015.

been transposed by 1 January 2002.⁷⁰ The 2003 Regulations were made on 22 January 2003. However, it also reflects a lack of willingness to engage in the challenging process of integrating the new EC/EU rules with existing rules. Accordingly, Directive 1999/44 was transposed into Irish law by the European Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003.⁷¹ The 2003 Regulations expressly addressed their relationship with other consumer protection enactments in a series of complicated and inter-related provisions. First, the Regulations stated that they are in addition to, and not in substitution for, any other enactment relating to the sale of goods (such as the Sale of Goods Act 1893 and the Sale of Goods and Supply of Services Act 1980)⁷² Further, the Regulations provide that consumers are entitled to invoke either provisions of the Regulations or, for example, provisions of the Sale of Goods Acts 1893 and 1980, whichever will afford them the greater protection.⁷³ This sort of “pick and mix” approach sought to give consumers the best of both worlds, but in practice can be criticised for being overly complex. Consumers were left in the unenviable position of having to choose, typically without legal advice. Given the apparent similarities and differences between the two regimes, a consumer, let alone a lawyer, would be hard pressed to decide which regime would best suit their particular needs. The practical reality of getting Directive 1999/44 transposed and as soon as possible, seems to have given way to the challenge of integrating EC/EU law into the pre-existing rules with a view to enhancing consumer protection.

4. Re-Asserting a Domestic Agenda – Stage 3 (2003 to date)

A number of disparate domestic events and initiatives which occurred shortly after the turn of the millennium, marked a reactivation of the domestic consumer protection agenda. This reactivation or re-assertation of a domestic agenda can be identified, and its development traced, in particular in relation to financial services regulation, institutional developments, and further developments in the law of sale of goods and related transactions.⁷⁴

⁷⁰ Directive 1999/44/EC art 11.

⁷¹ S.I. No. 11 of 2003.

⁷² S.I. No. 11 of 2003 reg.3(1).

⁷³ S.I. No. 11 of 2003 reg.3(2)–(4).

⁷⁴ Other examples of an active domestic consumer protection agenda can be found in more recent legislation such as the Consumer Protection (Gift Vouchers) Act 2019 pursuant to

The reactivation of the Irish consumer protection agenda came first in the context of financial services regulation following a series of consumer-related scandals in the late 1990s.⁷⁵ These scandals served to highlight gaps in consumer protection at that time. Other than Directives 87/102 and 90/88 on consumer credit, there had been limited European initiatives in the broader financial services field, at that time. Moreover, this gap in European regulation had not been filled at a domestic level. Accordingly, the task of consumer protection fell somewhere between the Central Bank (which was responsible for prudential regulation) and the Office of the Director of Consumer Affairs (which had a limited role and expertise in relation to financial services). Acknowledging the regulatory gap, the then Governor of the Central Bank noted that “[t]here is, somewhere, a cross-over point where prudential supervision ends and what I might describe as consumer protection begins. I have to admit this is a grey area”.⁷⁶

The legislative response to the gap involved the establishment of the Central Bank and Financial Services Regulatory Authority of Ireland,⁷⁷ which had a strong consumer protection agenda, and included the creation of the statutory position of Consumer Director,⁷⁸ the establishment of a Financial Services Consumer Consultative Panel⁷⁹ and a statutory Financial Services Ombudsman to provide consumer redress. One of the most sig-

which consumers are offered various protections including that gift vouchers cannot have an expiry date less than five years from the day they are bought; and the Sale of Tickets (Cultural, Entertainment, Recreational and Sporting Events) Act 2021 which seeks to regulate the secondary ticket market, including by banning the resale of tickets at a price above face value where the venue or the event has been designated under the legislation.

⁷⁵ One of the more prominent scandals involved the deliberate over-charging of customers at National Irish Bank (NIB). Following a journalistic investigation, inspectors were appointed (under s. 8(1) of the Companies Act 1990) to investigate the way in which NIB had conducted its business. The investigation concluded that NIB had “loaded” certain accounts of more troublesome customers in relation both to interest and bank charges: see *Report on the Investigations into the Affairs of National Irish Bank Ltd and National Irish Bank Financial Services Ltd by High Court Inspectors Mr Justice Blayney and Tom Grace FCA* (Dublin: Office of Director of Corporate Enforcement, 2004).

⁷⁶ Speech by the Governor of the Central Bank, Mr Maurice O Connell, to the *Joint Oireachtas Committee on Finance and the Public Service*.

⁷⁷ Established by the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2003.

⁷⁸ Central Bank Act 1942, s 33S(1)(b) inserted by the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2003, s 26.

⁷⁹ Central Bank Act 1942, s. 57CW, inserted by the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004, s 17.

nificant innovations of the Consumer Director was the introduction of an enforceable Consumer Protection Code with a statutory basis.⁸⁰ Although a number of aspects of this regime are now defunct,⁸¹ both the Consumer Protection Code and the Financial Services and Pensions Ombudsman⁸² continue in operation, with the Code having been substantially expanded in 2012,⁸³ and revised in 2015.⁸⁴

Changes were afoot at an institutional level also. As noted at Stage 1 above, the office of the Director of Consumer Affairs, was established pursuant to the Consumer Information Act 1978 and in subsequent years the functions of the Director were expanded, including to cover practices in relation to the sale of goods and consumer credit.⁸⁵ The Office was renamed the Office of the Director of Consumer Affairs and Free Trade.⁸⁶ However, the Office of Director was not an independent office; rather the Office of Director was a civil service position⁸⁷ appointable by and subject to removal by the relevant Minister.⁸⁸ This weak institutional framework fed into a finding in 2001 by an OECD review of regulation in Ireland that there existed a poorly developed consumer culture and a policy bias in favour of producer interests.⁸⁹ The various banking scandals of the 1990s referred

⁸⁰ On the innovative nature of the Code, see Donnelly, “The Consumer Protection Code: A New Departure in the Regulation of Irish Financial Services Providers” (2006) 13 *Commercial Law Practitioner* p.271; “The Consumer Protection Code: Regulatory Innovation from the Irish Financial Regulator” in Deborah Parry et al eds, *Yearbook of Consumer Law 2009* (Ashgate, 2008).

⁸¹ The Office of Consumer Director (together with the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland) and the Financial Services Consumer Consultative Panel were abolished by the Central Bank Reform Act 2010 and responsibility for aspects of consumer protection in financial services was transferred to the National Consumer Agency and subsequently to the Competition and Consumer Protection Commission: see further below.

⁸² See <https://www.fspo.ie/> (last accessed 29th November 2021).

⁸³ See Donnelly, “Revisions to the Consumer Protection Code: Expanding the Scope of Financial Services Regulation” (2012) 19 *Commercial Law Practitioner* p.3.

⁸⁴ See <https://www.centralbank.ie/docs/default-source/regulation/consumer-protection/other-codes-of-conduct/4-gns-4-2-7-cp-code-2012.pdf> (last accessed 29th November 2021).

⁸⁵ See Sale of Goods and Supply of Services Act 1980; Restrictive Practices (Amendment) Act 1987 and the Consumer Credit Act 1995.

⁸⁶ Restrictive Practices (Amendment) Act 1987, s. 5(2).

⁸⁷ Consumer Information Act 1978, s. 9(2).

⁸⁸ Consumer Information Act 1978, s. 9(3) and (4).

⁸⁹ See Organisation for Economic Co-operation and Development, *Regulatory Reform in Ireland* (2001) available at www.oecd.org/dataoecd/48/35/2475450.pdf (last accessed 29

to above supported this narrative. Thus in 2004, the Government established a Consumer Strategy Group to make proposals for the development of a national consumer strategy. In its 2005 Report, *Make Consumers Count: a New Direction for Irish Consumers*, the Group recommended major institutional change which resulted in the establishment of an independent National Consumer Agency (NCA), on an interim basis, to replace the Office of Director of Consumer Affairs.⁹⁰ Underlying the recommendation of the Group was a recognition that “[i]nformed and empowered consumers are a powerful social and economic force”.⁹¹ The NCA was put on a statutory basis in the Consumer Protection Act 2007,⁹² with direct responsibility for consumer research, advocacy, information, enforcement, and education and awareness.⁹³

Subsequently, as part of a broader government rationalisation project, it was announced in 2008 that the NCA would be merged with the Competition Authority. Progress on this merger was relatively slow and it was not until 2014, with the enactment of the Competition and Consumer Protection Act 2014 that a new agency, the Competition and Consumer Protection Commission (CCPC) was established, replacing the NCA and the Competition Authority. The functions of the CCPC are set out in the Competition and Consumer Protection Act 2014 and include:

- To promote and protect the interests and welfare of consumers;
- To carry out an investigation, either on its own initiative, or in response to a complaint made to it by any person, into any suspected breach of the relevant statutory provisions;
- To enforce the relevant statutory provisions;

November 2021); see also Consumer Strategy Group, *Make Consumers Count: a New Direction for Irish Consumers* (2005).

⁹⁰ Available at <https://www.enterprise.gov.ie/en/Publications/Publication-files/Consumer-Strategy-Group-Report-Make-Consumers-Count-A-New-Direction-for-Irish-Consumers-2005.pdf> (last accessed 29 November 2021).

⁹¹ See Consumer Strategy Group, *Make Consumers Count: a New Direction for Irish Consumers* (2005) viii.

⁹² Part 2. The 2007 Act also transposed Directive 2005/29/EC on unfair business-to-consumer commercial practices into Irish law: see further Reilly, “The Consumer Protection Act 2007: Rationalising the regulation of misleading commercial practices in Ireland” (2008) 6 *Commercial Law Practitioner* p. 127 and p. 157.

⁹³ See further Consumer Protection Act 2007, s 8.

- To encourage compliance with the relevant statutory provisions, which may include the publication of notices containing practical guidance as to how these provisions may be complied with;
- To set the strategic objectives for the Commission; and,
- To ensure that appropriate systems and procedures are in place to achieve the Commission's strategic objectives and to take all reasonable steps available to it to achieve these objectives.⁹⁴

While this institutional merger was put forward in a time of economic crisis, the merger was not simply a cost-cutting exercise. Speaking at the second stage reading of the Competition and Consumer Protection Bill, the relevant Minister proposed that the merger would lead to a “new body with stronger powers and more resources to deal with competition and consumer issues”. Indeed, since its establishment, staffing levels have increased from 86 staff at the end of 2015 to 115 staff at the end of 2020.⁹⁵ The Minister further noted that the shared aim of both competition and consumer policy is “competitive markets with better services and lower prices for the consumer”. The merger was presented as benefitting consumers by creating an “effective and integrated organisation.”⁹⁶ It is notable that similar moves have taken place in Australia⁹⁷ and in the UK.⁹⁸

The re-assertion of a domestic consumer protection agenda is further evidenced by the establishment of a Government appointed expert group, the Sales Law Review Group (SLRG), in 2008. The Group's focus was on both commercial and consumer sales law and its remit included both domestic and European agendas. The SLRG's remit included requests:

- To review the general sales law provisions of the Sale of Goods Acts 1893 and 1980 and to make recommendations for a scheme of legislation capable of providing a statutory sales law framework appropriate to modern-day conditions and needs;

⁹⁴ Competition and Consumer Protection Act 2014, s.10.

⁹⁵ See CCPC Annual Reports 2016 and 2020 available at www.ccpc.ie (last accessed 29 November 2021).

⁹⁶ *Dáil Debates*, 16 April 2014.

⁹⁷ The Australia Competition and Consumer Commission (ACCC) enforces the Competition and Consumer Act 2010.

⁹⁸ The UK's Competition and Markets Authority (CMA) which effectively merged the former consumer protection body, the Office of Fair Trading, and the Competition Commission under the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013.

- To examine the provisions of the proposed EU Directive on consumer contractual rights in the light of existing Irish consumer law and assess its implications for Irish consumer rights and law; to contribute to the development of the Irish response to the proposed Directive; ...

Initially, the Group focussed on the second aspect of its remit: the proposed Directive on consumer rights.⁹⁹ This proposed directive arose out of concerns about the fragmented nature of European consumer law. In response, the European Commission instigated a number of reviews and consultations. For example, in 2001, the European Commission published a *Green Paper on European Contract Law*, which largely comprised a number of consumer protection measures.¹⁰⁰ Four options for the convergence of European contract law were set out: (i) take no action, leaving the market to resolve any problems; (ii) promote the development of a common contract law; (iii) improve the quality of existing legislation; and (iv) promote new legislation in the form of regulations and directives.¹⁰¹ Importantly, it was also proposed at this time to review the consumer *acquis*.¹⁰² This Review involved examining eight consumer law directives and their transposition in member states. The Review was seen, by the Commission, as an opportunity to simplify and modernise the regulatory environment for consumers and business.

One of the main issues identified by the Review was that the consumer protection rules were fragmented in two ways. First, the existing directives under review were minimum harmonisation directives and therefore member states were allowed to adopt or maintain more stringent consumer protection rules in their national legal system. Many states made use of this possibility.¹⁰³ Second, the Review found that many issues were regulated

⁹⁹ COM(2008) 614 final.

¹⁰⁰ COM(2001) 398 final. See further e.g. Clark, "Irish Contract Law Reform and the European Commission's Agenda", (2001) 7 *Bar Review* 126.

¹⁰¹ See also in 2003, the Commission's *Action Plan* proposing to improve the quality and coherence of European contract law by establishing a Common Frame of Reference to act as a 'toolbox' or handbook containing common principles, terminology and model rules to be used by the Union legislator when making or amending legislation. In 2009, the Draft Common Frame of Reference was published. It contains rules on contract and tort law, a covers both commercial and consumer contracts.

¹⁰² COM(2004) 651 final; COM(2005) 456 final; COM(2006) 744 final.

¹⁰³ Schulte-Nölke, et al, *EC Consumer Law Compendium: the consumer acquis and its transposition in the Member States* (Munich: Sellier, 2008).

inconsistently between directives, or were left unregulated at European level. The outcome of this fragmented regulatory framework was significant compliance costs for business wishing to trade cross-border and a lack of consumer confidence in cross-border shopping. As a result of the Review of the consumer *acquis*, in 2008, the Commission proposed a directive on consumer rights which sought to merge four directives (the Door-step Selling Directive, the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive, the Distance Selling Directive, and the Consumer Sales Directive) into a single horizontal instrument regulating common aspects in a systematic fashion, simplifying and updating existing rules, removing inconsistencies and closing gaps.¹⁰⁴ Notably, this new measure moved away from the usual minimum harmonisation to embrace full or maximum harmonisation.¹⁰⁵

In May 2009, the SLRG issued a *Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights* which identified full harmonisation in relation to the sale of consumer goods as particularly problematic.¹⁰⁶ In an Irish context, full harmonisation in relation to consumer sales would mean that the long-standing and familiar primary right of Irish consumers to reject defective goods which do not conform with the terms of the contract and to obtain a refund, would have to be demoted to secondary status, behind the rights of repair and replacement. Therefore, the SLRG advised the Irish government that the proposed Directive on consumer rights would lead to a diminution in the protections afforded to Irish consumers. This was not an option for the Irish government and with the support of a number of other member states (including the UK and France), the main provisions on consumer sales were dropped from the consumer rights directive. Other member states had similar problems with full harmonisation in relation to the unfair terms in consumer contracts provisions which were also jettisoned

¹⁰⁴ COM(2008) 614 final.

¹⁰⁵ See e.g. Mak, "Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation" (2009) 17 *European Review of Private Law* p.55; Duterque, "Do we really want a *ius commune* for EU consumer protection?", (2012) 35 *Dublin University Law Journal* p. 72.

¹⁰⁶ There were other issues identified in relation to the proposed directive: see further Sales Law Review Group, *Position Paper on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer Rights* (May 2009) available at <https://enterprise.gov.ie/en/Publications/Publication-files/Sales-Law-Review-Group-Position-Paper-on-the-proposal-for-a-Directive-of-the-European-Parliament-and-of-the-Council-on-Consumer-Rights-2009.pdf> (last accessed 29 November 2021).

from the directive during negotiations. Thus, a much slimmed down Directive on consumer rights was finally adopted in 2011.¹⁰⁷

Returning to the first aspect of the SLRG's remit, the Group issued its Final Report in 2011 with 124 recommendations for reform of the law of sale of goods and related transactions.¹⁰⁸ The majority of recommendations were focussed on commercial sales, but the Group also made a number of important findings and recommendations in relation to consumer sales. In particular, with reference to Directive 1999/44 on the sale of consumer goods the Report noted:

“Though the Directive overlaps substantially with the consumer sales provisions of the 1893 and the 1980 Acts, it was transposed into Irish law by a stand-alone statutory instrument, resulting in a confusing, and in some respects, contradictory legislative framework.”¹⁰⁹

In recognition of these and other deficiencies in the law, the SLRG stated that:

“[t]here is a need ... to integrate the provisions of domestic and EU legislation in a more coherent and accessible way than has been done to date.”¹¹⁰

The Group went on to recommend:

“[a] separate Consumer Contract Rights Act should be enacted that would incorporate the main statutory provisions applicable to consumer contracts ...”¹¹¹

¹⁰⁷ Directive 2011/83, [2011] OJ L 304/64.

¹⁰⁸ Sales Law Review Group, *Report on the Legislation Governing Sale of Goods and Supply of Services* (2011), available at <https://enterprise.gov.ie/en/What-We-Do/Consumer-Competition/Sales-Law-Review-Group/Report-on-the-Legislation-Governing-the-Sale-of-Goods-and-Supply-of-Services.pdf> (last accessed 29 November 2021).

¹⁰⁹ Sales Law Review Group, *Report on the Legislation Governing Sale of Goods and Supply of Services* (2011), p. 7.

¹¹⁰ Sales Law Review Group, *Report on the Legislation Governing Sale of Goods and Supply of Services* (2011), p. 7.

¹¹¹ Sales Law Review Group, *Report on the Legislation Governing Sale of Goods and Supply of Services* (2011), p. 422.

Work on this new consolidated consumer legislation led to the publication of a Consultation Document in 2014,¹¹² and a Scheme of a Consumer Rights Bill in 2015.¹¹³ However, before these proposed reforms could be progressed further, the European Commission published its plans for two new Directives: one on online sales,¹¹⁴ and a second on digital content.¹¹⁵ This had the immediate impact of pausing the domestic reform agenda and the focus switched to the EU proposals. During the course of the EU legislative process, the online sales proposal expanded to incorporate all sales,¹¹⁶ and following a long gestation period, both Directives – Directive 2019/771 on sale of goods¹¹⁷ and Directive 2019/770 on digital content and services¹¹⁸ – were finally adopted in 2019.

In May 2021, the Department of Enterprise, Trade and Employment published a further Consultation Document and a new Scheme of a Consumer Rights Bill 2021.¹¹⁹ This Scheme of a Consumer Rights Bill seeks to transpose both Directive 2019/771 on the sale of goods and Directive 2019/770 on digital content and services,¹²⁰ as well as to consolidate and update the rules on non-digital services,¹²¹ information and cancellation rights in relation to on-premises, off-premises and distance contracts,¹²² and unfair terms,¹²³ and to strengthen enforcement powers of the CCPC.¹²⁴

In relation to the sale of goods in particular, the intention is that Part 2 of this new legislation will replace fully existing measures in the

¹¹² Department of Jobs, Enterprise and Innovation, *Consultation Paper on Reform of the Law on Consumer Contract Rights* (August 2014), available at: <https://enterprise.gov.ie/en/Consultations/Consultations-files/Consultation-Paper-Reform-of-the-Law-on-Consumer-Contract-Rights.pdf> (last accessed 29 November 2021).

¹¹³ Department of Jobs, Enterprise and Innovation, *Scheme of Consumer Rights Bill* (May 2015), available at: <https://enterprise.gov.ie/en/Consultations/Consultations-files/Scheme-of-a-proposed-Consumer-Rights-Bill-May-2015.pdf> (last accessed 29 November 2021).

¹¹⁴ COM(2015) 635 final.

¹¹⁵ COM (2015) 634 final.

¹¹⁶ COM(2017) 637.

¹¹⁷ [2019] OJ L 136/28.

¹¹⁸ [2019] OJ L 136/1.

¹¹⁹ Available at: <https://enterprise.gov.ie/en/Consultations/Consultation-on-Scheme-of-Consumer-Rights-Bill-2021.html> (last accessed 29 November 2021).

¹²⁰ See Pts 2 and 3, respectively.

¹²¹ See Pt 4.

¹²² See Pt 5; other consumer rights are covered in Pt 6.

¹²³ See Pt 7

¹²⁴ See Pt 8.

form of the Sale of Goods Acts 1893 and 1980, as well as the 2003 Regulations, providing a consolidated and integrated set of rules for consumer sales. Directive 2019/771 is a maximum harmonising measure,¹²⁵ and so Part 2 of the 2021 Bill adopts closely the framework and much of the language of the Directive, but the Bill also makes room for a number of distinctly Irish features. For example, the maximum harmonisation nature of the Directive only applies to those aspects covered by the Directive (namely issues of subjective and objective conformity, liability and remedies for non-conformity, and commercial guarantee), leaving other aspects of sale of goods law, such as claims to damages for personal injury or damage to property unaffected.¹²⁶ Moreover, even within those areas covered by Directive 2019/771, Member States are afforded a degree of flexibility in the form of exclusions and options, thereby softening the impact of maximum harmonisation and allowing a degree of national divergence, albeit in clearly defined circumstances. In this regard, the 2021 Bill maintains a short term right to terminate the contract (thereby rejecting the goods and getting a reimbursement of the price) in relation to non-conforming goods regardless of whether the lack of conformity is minor or not, which runs for a default period of 30 days from delivery, as a primary remedy along with the right to repair or replacement of the goods, at the consumer's option.¹²⁷ In a similar vein, the Bill maintains our 6-year limitation period¹²⁸ and existing provisions on spare-parts and after sales services.¹²⁹ In addition, new provisions on third party rights have been introduced, including that the recipient of goods as a gift is afforded the same rights and remedies as the consumer buyer.¹³⁰

5. A Couple of Concluding Remarks – The Future

Clearly, the evolution of Irish consumer law is a live and ongoing process. At the time of writing, the Consumer Rights Bill 2021 remains to be finalised and approved by Government, so that it can be published and introduced to Parliament. All indications are that the Bill is due to be

¹²⁵ Art. 4.

¹²⁶ See art. 3(6) and Recitals 18–21 and Head 12(8) of the 2021 Bill.

¹²⁷ See art. 3(7) and Heads 23 and 24 of the Consumer Rights Bill 2021.

¹²⁸ See art.10(4) and (5) and Head 21(8) of the 2021 Bill.

¹²⁹ See Recital 33 and Head 16(3) of the 2021 Bill.

¹³⁰ See Head 14. A similar provision can be found at section 266 of Schedule 2 of the Australian Competition and Consumer Act 2010.

published in December 2021 and it is hoped that it will be enacted early in 2022.¹³¹ When enacted, this legislation will provide a mini-codification of key aspects of consumer law and arguably will represent the most significant development in Irish consumer law in decades.

There are a number of good reasons to look forward to the transposition of Directive 2019/771 and the enactment of the Consumer Rights Bill in 2022. It brings with it the prospect of a consolidated and more coherent consumer sales law, delivering on a long-overdue reform agenda. The transposition of Directive 2019/771 also marks the further “Europeanisation” of consumer law in Ireland. This trend, coupled with Brexit, means that we will have to look more to the Court of Justice of the European Union, in the context of its preliminary reference procedure, and the decisions of other Member States, rather than to the UK and the courts of justice in London, for guidance on the future interpretation and application of consumer sale of goods law. At the same time, and despite the maximum harmonising nature of Directive 2019/771, there is room left to member states to cater to their particular domestic agendas, to experiment and innovate, with a view to maintaining higher levels of consumer protection.

¹³¹ Directive 2019/771 provides that, by 1 July 2021, Member States shall adopt and publish the measures necessary to comply with the Directive, and they shall apply those measures from 1 January 2022: art. 24.

O DIREITO DO CONSUMO NO BRASIL: A CODIFICAÇÃO E OS SERVIÇOS

CLAUDIA LIMA MARQUES¹

SUMÁRIO: *Introdução. I. A decisão constitucional de realizar uma Codificação protetiva do consumidor e as decisões sistemáticas do CDC que garantiram seu sucesso; A) Codificação e proteção constitucional do consumidor: um microssistema aberto; B) Decisões de forma do Código de Defesa do Consumidor que asseguram eficácia e sucesso nestes primeiros 30 anos; II. Noções abertas de consumidor e serviços: sucesso das normas e definições amplas no Código de Defesa do Consumidor; A) Uma noção plural e complexa de consumidor: as 4 definições de consumidor; B) Noção ampla de serviços: Um Código aplicável aos serviços do mundo digital; Considerações finais*

“A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico.(...) a Assembleia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição

¹ Professora Titular e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora iuris utriusque (Heidelberg), L.L.M. (Tübingen). Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon. Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores da International Law Association-ILA (Londres) e Diretora do Centro de Estudos Europeus e Alemães – CDEA (UFRGS-PUCRS-DAAD). Pesquisadora 1 A do CNPq, Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS e da UNINOVE. E-mail: dirinter@ufrgs.br

eminente de direito fundamental (art. 5.º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V)” (trecho do voto do Min. Celso de Mello, ADI 2591, Supremo Tribunal Federal)

Introdução

É um prazer poder apresentar as perspectivas nacionais do direito do consumo e o direito do consumidor brasileiro para esta obra da Associação para o Estudo do Direito do Consumidor da Universidade de Lisboa, que faço através da reunião de alguns textos recentemente publicados.²

Erik Jayme, em seus estudos sobre o direito comparado pós-moderno, frisa que hoje devemos destacar mais o que distingue (o diferente) do que o que une (o igual) entre as ordens jurídicas, procurando sempre a diversidade cultural que aflora nas regras jurídicas de cada país.³ Assim, nesta monumental obra comparatista mundial gostaria de destacar dois temas que me parecem *sui generis* no direito do consumo no Brasil: o primeiro é a origem constitucional de uma codificação, a primeira no mundo na temática, recentemente atualizada, em 1º de julho de 2021, e que em mais de 30 anos não modificou seus conceitos de consumidor e fornecedor; e o segundo, é a aproximação principiológica do regime dos serviços e produtos que assegura atualidade para um Código que sequer menciona a Internet ou contratos do mundo digital, mas que continua aplicado a todos estes fenômenos e

² Agradecendo o convite do Prof. Dr. Rui Ataíde, reunirei neste texto observações e extratos de 4 textos de minha autoria: MARQUES, Claudia Lima. Revisitando a teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor em tempos digitais, in MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de Serviços em tempos digitais*, São Paulo: Ed. RT, 2021, p. 63-142; MARQUES, Claudia Lima. Um código para todos ou 30 anos de Código de Defesa do Consumidor, in BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coordenadores). *O Direito do Consumidor no mundo em transformação*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 35-67; MARQUES, Claudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor, in BENJAMIN, Antônio Herman. MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 9 ed., p. 65-104; São Paulo: Ed. RT, 2020, MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de Proteção dos Consumidores para a atualização, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 103/2016, p. 55 – 100, Jan – Fev / 2016.

³ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, in *Revista dos Tribunais*, vol. 759, Jan 1999, p. 24-40.

principalmente, permitindo a aplicação de leis mais favoráveis existentes no sistema, se assegurem direitos dos consumidores.

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (aqui simplificaremos com a abreviatura, CDC) completou, em 2021, trinta anos de vigência.⁴ O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma lei civilizatória, de ordem pública e função social, que estabeleceu e consolidou no Brasil, em seus 30 anos de promulgação, standards de lealdade, de boa-fé, de transparência, de equilíbrio e harmonia nas relações entre experts (os fornecedores de produtos e serviços) e leigos (os consumidores e consumidores equiparados),⁵ standards que mudaram nosso mercado e evoluíram a sociedade de consumo⁶ e as expectativas de consumo das famílias.⁷ Apesar do movimento consumerista existir desde os anos 70 no Brasil,⁸ foi a Constituição Federal de 1988 que mandou elaborar um Código de Defesa do Consumidor no Brasil (Art. 48 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias da CF 1988).⁹

⁴ Veja MARQUES, Claudia Lima. Um código para todos, in BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coordenadores). O Direito do Consumidor no mundo em transformação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 35-67.

⁵ Sobre estes standards internacionais, veja BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos – A experiência da América Latina, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 8, out-dez 1993, p. 200 e seg.

⁶ Veja o Índice de Bem-estar Econômico – iCapH (do Instituto do Capitalismo Humanista), 2019, o fator de maior efetividade na ordem econômica constitucional do Art. 170 é a Defesa do consumidor (p. 4 da pesquisa). Já em 2020, o índice caiu 5 pontos, veja in SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner, Nota ao Índice do Capitalismo Humanista (iCapH) – Capitalismo humanista, premissa do desenvolvimento econômico, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 132/2020, p. 395 – 403, Nov – Dez / 2020.

⁷ Veja <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/consumo-das-familias-e-grande-motor-da-economia-diz-ibge> (Acesso 17.07.2020).

⁸ Segundo SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 131, quanto à legislação o autor adverte às p. 37 e seg., que os primórdios da defesa do consumidor em direito penal existiam desde a década de 1930, mas as leis administrativas vieram a partir de 1965 até a primeira processual, em 1985, destacando a importância da redemocratização do país.

⁹ Desde a redemocratização do Brasil em 1985, havia sido criado um Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC junto ao Ministério da Justiça (criado em 24 de julho de 1985, junto com a aprovação da importante lei da ação civil pública, Lei 7.347/1985, a qual de forma pioneira fornece a primeira base legal para ações civis coletivas de defesa dos consumidores). E será justamente este Conselho que reunirá o grupo de especialistas que serão os autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor. Estes especialistas tinham recebido a sua formação acadêmica na Itália, Bélgica, Alemanha, França, Estados Unidos e

Como escrevi,¹⁰ há trinta anos esta lei 8.078,1990, lei de ‘ordem pública e interesse social’ (Art. 1.º do CDC)¹¹ renovadora das bases do direito civil brasileiro, foi inovadora ao regular a publicidade, o regime dos contratos de serviços e ainda iniciar o ‘diálogo das fontes’¹² no Brasil; foi decisiva ao regular a qualidade dos produtos, os contratos de adesão, a cobrança de dívidas e consolidar o princípio da boa-fé nas relações entre fornecedores-experts e consumidores-leigos; foi revolucionária ao harmonizar a atuação dos bancos de dados negativos, dos prestadores privatizados de serviços públicos e dos fornecedores de produtos e serviços em geral e agora atualizada pela Lei 14.181/2021 para introduzir a prevenção e o tratamento do superendividamento e reforçar as bases da concessão responsável de crédito.¹³

México, e, em seu livro de comentários, expressamente agradecem a colaboração de professores estrangeiros que contribuíram para a crítica do anteprojeto, dentre eles: Thierry Bourgoignie (Bélgica), Ewoud Hondius (Países Baixos), Eike von Hippel e Norbert Reich (Alemanha) e Mário Frota (Portugal), bem denotando a importância dessas fontes e consultas para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC). MARQUES, Claudia Lima, in BENJAMIN, Antonio H. de V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 9 ed., São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 70.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização, publicado in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 103/2016, p. 55-100, Jan – Fev / 2016.

¹¹ O texto legal do Art. 1.º do CDC é: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5.º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

¹² Diálogo das fontes é expressão criada pelo autor alemão, Erik Jayme, para indicar a aplicação simultânea e coerente de mais de uma fonte jurídica no tempo, que não mais ‘excluem’, ao contrário, ‘dialogam’ sob a guia da Constituição. “Diálogo” das leis/fontes” (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada em seu curso de Haia (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais, de forma que não há ‘conflito’ de leis e sim, conflito aparente, que se resolve pelos diálogos entre os valores constitucionais e presentes nestas normas. Veja MARQUES, Claudia Lima, O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme, in MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das Fontes – do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 18 e seg.

¹³ Veja as novas normas e capítulos introduzidos no CDC, in MARQUES, Claudia Lima, Cap. 1-Breve introdução, in BENJAMIN, Antonio H.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, LIMA, Clarissa Costa de; VIAL Sophia Martini. Comentários à Lei 14.181/2021: a atualização do

Quando o CDC completava 25 anos de promulgação, escrevi um texto sobre os motivos do sucesso do CDC,¹⁴ que em minha opinião são, além de sua origem constitucional e dos princípios do art. 4.º do CDC, que aproximam o regime dos produtos e dos serviços, que aqui farei menção, principalmente:

- a) **as amplas definições de consumidor** (incluindo quem adquire, mas também aquele que só utiliza, uma definição positiva do destinatário final no caput do Art. 2.º e uma visão coletiva, dos ‘*bystanders*’ do parágrafo único do Art. 2.º, do Art. 29 e as vítimas dos acidentes de consumo do Art. 17 do CDC, enfim uma visão ampla de fornecedor de serviços, incluindo os serviços gratuitos, mas remunerados indiretamente, os serviços bancários, de crédito, financeiros e securitários);¹⁵
- b) **a teoria da qualidade**, adaptada da *common law* por Antônio Herman Benjamin¹⁶ (a qualidade-segurança dos Art. 8.º e seguintes do CDC, que impõe um dever absoluto de só colocar no mercado produtos e serviços seguros, de fazer recall de boa-fé – o que deveria ser estimulado no Brasil para evitar os danos de massa – e informar de desenvolvimentos e riscos antes não conhecidos, assim como a responsabilidade não culposa nos acidentes de consumo dos Art. 12 a 17 do CDC e a qualidade-adequação e a solidariedade de toda a cadeia de fornecimento, dos Art. 18 a 27 do CDC);¹⁷

CDC em matéria de superendividamento. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 56 e seg.

¹⁴ Veja MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de Proteção dos Consumidores para a atualização, in MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Org.). 25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 395-438.

¹⁵ Veja a atualidade desta definição na decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1787318/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/06/2020, DJe 18/06/2020: “A incidência do microsistema normativo do CDC exige apenas a existência de uma relação de consumo sendo prestada no momento do evento danoso contra terceiro (*bystander*).”

¹⁶ Veja BENJAMIN, Antonio Herman V., Notas sobre a teoria da qualidade no Código de Defesa do Consumidor: uma homenagem a Ada Pellegrini Grinover, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 131/2020, p. 21-44, Set – Out / 2020.

¹⁷ Veja a evolução da qualidade dos produtos na decisão do STJ: “7. O Código de Defesa do Consumidor é enfático ao estabelecer que os produtos e serviços colocados no mercado de

- c) **a nova teoria contratual**, com forte influência da AGB de 1976, mas uma visão diferente da publicidade já como oferta vinculante¹⁸ (impondo os paradigmas da boa-fé (*bona fides*), com seus deveres anexos de conduta dos fornecedores – de informação, cuidado e cooperação com o consumidor – e da confiança (*fides*), visando o resultado na sociedade de massa, com uma nova oferta – à pessoa indeterminada – incluindo a publicidade e todas as informações dos artigos 30 a 34 do CDC, inclusive as dos intermediários, agentes e prepostos, e a proteção das expectativas legítimas da coletividade de consumidores, valorizando as fases pré-contratuais e na cobrança de dívidas e nos bancos de dados negativos dos artigos 42 a 44 do CDC, as pós-eficácias da obrigação.¹⁹

Assim, gostaria em uma primeira parte de frisar dois fatores de sucesso do direito do consumidor no Brasil, a origem constitucional da codificação de proteção do consumidor e as suas decisões de forma que asseguraram solidez e continuidade de eficiência do código. Para em uma segunda parte, as decisões de fundo, analisar os princípios abertos desta codificação e sua

consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, obrigando os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (art. 8.º). 8. Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa. 9. O consumidor que se dirige ao supermercado tem a justa e natural expectativa de encontrar à disposição produtos alimentícios livres de vícios de qualidade que coloquem sua saúde em risco. Presume-se socialmente que o produto é considerado próprio ao consumo, levando em consideração a qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos expostos à venda. ... 12. Está evidenciada a total quebra de confiança na relação com o consumidor, porque a sobreposição de etiquetas, para falsamente postergar data de vencimento de produtos, e a exposição a venda de alimentos sabidamente deteriorados constituem grave e odiosa ofensa à garantia da segurança alimentar de todos que confiaram na qualidade da comida que compraram. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ, REsp 1799346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 13/12/2019).

¹⁸ Veja sobre a renovação da teoria contratual, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 255 e seg.

¹⁹ Veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 47 ss.

norma ‘narrativa’ (expressão de Erik Jayme),²⁰ noção plural e coletiva de consumidor e fornecedor seu art. 4.º do CDC, que permitem atualização e aplicação constante, inclusive aos serviços e fenômenos atuais da economia das plataformas e mundo digital.

I. A decisão constitucional de realizar uma Codificação protetiva do consumidor e as decisões sistemáticas do CDC que garantiram seu sucesso

No Brasil, o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, e art. 170, V, da CF/1988; art. 48 do ADCT-CF/1988). A Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, e o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, que ganha sua denominação justamente do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, recebe assim uma garantia constitucional (hierarquia superior e de ordem pública), construindo um direito privado brasileiro que inclui a defesa do consumidor como um de seus valores, e não só a livre iniciativa (ou autonomia privada, ou autonomia da vontade das partes e liberdade de contratar).²¹

Em direito comparado, observa-se um destaque especial do direito do consumo no Brasil ter uma codificação, o Código de Defesa do Consumidor desde 1990,²² e de sua grande utilização na prática.²³

²⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995, p. 259.

²¹ Assim Bruno MIRAGEM ensina que este *status* constitucional dos sujeitos de direito consumidores tem como consequência, “no *mínimo*, estabelecendo-os como *preferenciais* em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No *máximo*, determinando providências concretas para sua *realização*”. E resume: “O *direito do consumidor*, enquanto direito subjetivo, (...) caracteriza-se ontologicamente como *direito humano fundamental*” (MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 111-133)

²² PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du Droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p. 136: “La France n’est pas le seul pays à avoir codifié sa législation de protection des consommateurs. Elle a été la deuxième à le faire en 1993, après le Brésil en 1990. D’autres États ont suivi cette voie: la Roumanie en 2004, l’Italie en 2005 le Pérou en 2010 et le Luxembourg en 2011”. Uma crítica à codificação parece existir na obra SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr, 2009.

²³ FONSECA, Patrícia Galindo da. *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, Montréal: Editions IEIM, 2016, p. 203 e seg. E também TEPEDINO, Gustavo. *Les contrats de*

A) Codificação e proteção constitucional do consumidor: um microsistema aberto

Permitam-me iniciar homenageando os autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor,²⁴ que sob a coordenação segura da Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover (USP), conseguiram há mais de 30 anos atrás, em 1990, a aprovação de uma lei renovadora e ousada, de forte base comparatista,²⁵ mas cujo sucesso na prática se deve muito a suas sólidas ideias e a um esforço excelente de adaptação do direito comparado à realidade brasileira.²⁶ Importante também foi a obra de Antônio Herman Benjamin, não só como Presidente da Comissão de Juristas de atualização do CDC, mas por aproximar e sensibilizar todas as carreiras jurídicas para a importância desta lei protetiva, em especial através da criação por,²⁷ do

consommation au Brésil. In: WALD, A.; JAUFFRET-SPINOSI. *Le droit Brésilien : hier, aujourd'hui et demain*. Paris : SLC, Paris, 2005, p. 433 e seg.

²⁴ A Comissão que redigiu o Anteprojeto de Lei teve os seguintes membros: Ada Pellegrini Grinover (Coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Zelmo Denari, Antonio Herman V. Benjamin, Nelson Nery Junior, Marcelo Gomes Sodré e Mariângela Sarrubbo.

²⁵ Afirma GRINOVER: “O Código, como não poderia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. Os seus redatores, contudo, tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas... a maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de Code de la Consommation*, redigido sob a presidência do Professor Jean Calais-Auloy” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 7-8.

²⁶ Segundo os autores do Anteprojeto, a legislação estrangeira que serviu de inspiração principal para o CDC brasileiro foi o Projeto Calais-Auloy de Código do Consumo (*Projet de Code de la Consommation*). O sistema do CDC funda-se ainda na influência das leis gerais de proteção ao consumidor da Espanha (Lei 26/84), de Portugal (Lei 19/81, de 22 de agosto de 1981), do México (5 de fevereiro de 1976) e do Québec (1979), além das diretivas europeias sobre publicidade (Diretiva 84/540), sobre fato do produto e vendas à distância, e da legislação norte americana, em especial, o *Federal Trade Commission Act*, *Consumer Product Safety Act*, *Truth in Lending Act*, *Fair Credit Reporting Act* e *Fair Debt Collection Practices Act*. Na parte referente ao combate às cláusulas (e práticas) abusivas, arts. 29 a 54 do CDC, os autores admitem a forte influência do direito alemão (AGB-Gesetz, de 9 de dezembro de 1976) e do direito português (Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro de 1985). GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 7-8.

²⁷ O autor assim descreve a situação antes do CDC: “Antes do CDC, o consumidor brasileiro não tinha a sua disposição qualquer lei geral que o defendesse na sua condição especial de sujeito vulnerável no mercado de consumo. Sua proteção, no plano civil, fazia-se, com

BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), em 1991 e da Revista de Direito do Consumidor, em 1992, um importante veículo para divulgar a reflexão teórica, acadêmica e jurisprudencial, sobre o direito do consumidor.²⁸

Em um balanço dos 30 anos de CDC, podemos afirmar que o primeiro sucesso foi o mandamento constitucional de elaborar um ‘código’, um conjunto sistematizado e organizado de normas com a finalidade de proteção do sujeito consumidor. Esta sistematização das normas facilitou o conhecimento das novas normas, em um microssistema (expressão de Natalino Irti)²⁹, que deu força e valorizou a micro codificação.

Destaque-se a importância da Constituição brasileira de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo, e assegurado sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental no art. 5.º, XXXII, como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/1988.³⁰ Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social (expressão de Gierke).³¹

Como mencionamos, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, pois no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra-se o mandamento (*Gebot*) para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa e

enormes dificuldades, com a utilização das regras ultrapassadas do Código Civil. Não existia nenhuma lei (ou dispositivo legal) que cuidasse, adequadamente, por exemplo, da publicidade, das condições gerais dos contratos ou da responsabilidade civil do fornecedor. Assim, o consumidor no Brasil encontrava-se, de fato, totalmente desamparado para enfrentar os abusos do mercado de consumo.” (BENJAMIN, Antônio Herman, O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7/1993, p. 269-292).

²⁸ Veja o editorial de MIRAGEM, Bruno, MARQUES, Claudia Lima e LIMA, Clarissa Costa de. O volume 100 da Revista de Direito do Consumidor – Passado, Presente e Futuro, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 100, jul.-ago. 2015, p. 13 a 15.

²⁹ Veja a obra de IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

³⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, RT: São Paulo, 2009, p. 7.

³¹ GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889) (republicação organizada por Erik Wolf). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940, p. 12.

Proteção do Consumidor, o que aconteceu em 1990. É a Lei 8.078, de 1990, que aqui será chamada de Código de Defesa do Consumidor e abreviada por CDC.

Ser Código significa ser um sistema, um todo construído e lógico, um conjunto de normas ordenado segundo princípios, não deve surpreender o fato de a própria lei indicar ou narrar (normas narrativas) em seu texto os objetivos por ela perseguidos (art. 4.º do CDC), facilitando, em muito, a interpretação de suas normas e esclarecendo os princípios fundamentais que a conduzem. Também a divisão em parte geral e parte especial facilita muito sua aplicação pelo intérprete, assim como sua divisão em títulos, capítulos e seções. Afirma-se que, quando se aplica um artigo, se aplica toda a lei, e em um sistema espacial e bem estruturado como o CDC, esta é uma verdade muito importante e que pode ser decisiva para alcançar a efetividade desta lei tutelar.

Mister é, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente, utilizaremos aqui a expressão de Natalino Irti, microsistema, para o descrever.³²

O direito do consumo seria no Brasil, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” (art. 170 da Constituição Federal de 1988: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)*”; e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infra-constitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Consti-

³² MARQUES, Claudia Lima; PAISANT, Gilles. Rapport introductif, in CLARET, H.; JOYE, J.; MARQUES, C.L.; PAISANT, G. (Org.) . *Les rapports entre le droit de la protection des consommateurs et les autres branches du droit*. 1. ed. Université de Savoie, 2020, p. 16-17.

tuição Federal de 1988: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Em resumo, é de suma importância, no sistema constitucional brasileiro (art. 60, § 4.º, IV – cláusula pétrea), um direito estar incluído no rol dos direitos fundamentais e expresso em norma (não apenas implícito) na Constituição, como um direito e garantia individual. A defesa do consumidor é um direito e garantia individual no Brasil (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), é um direito fundamental (direito humano de nova geração ou dimensão positivado na Constituição). Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).³³

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, efeito dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*).³⁴ Em outras palavras, o direito fundamental deve ser respeitado, respeitado de acordo e em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois

³³ Assim ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996, p. 174-179.

³⁴ Veja MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas, *RT-Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27, p. 33 e seg. Segundo SCHWABE, *Drittwirkung* é a denominação do efeito (*Wirkung*) dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) sobre o direito privado e as relações jurídicas privadas, SCHWABE, Dieter. Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrechte, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 100, p. 443.

através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC) e as exigências da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas).

A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional deste ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor. É a chamada “força normativa” da Constituição (expressão de Konrad Hesse),³⁵ que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar este novo direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V, CF/1988, garantido e consubstanciado como valor a tutelar incluído na lista de direitos fundamentais, no art. 5.º, XXXII, da CF/1988). Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil.³⁶ Em outras palavras, a Constituição seria *a garantia* (de existência e de proibição de retrocesso) e *o limite* (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores³⁷ e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral!

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (*força normativa da Constituição*), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado *coerente*, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/2002), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850.

³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 5 e ss.

³⁶ É o que Dürig denominou de básico caráter institucional de garantia do direito privado (seinen Charakter als Rechtsinstitutsgarantie – DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (Hrsg.). *Festschrift für Hans Nawiasky*. Munique, 1956, p. 171. Veja no Brasil, DUQUE, Marcelo Schenk. Direito Privado e Constituição: “Drittwirkung” dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Ed. RT, 2013.

³⁷ Assim ensinava já Orlando GOMES, é a chamada constitucionalização do direito privado, A Constituição e seus reflexos no direito das obrigações, in GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 64-75.

Esta força normativa foi reiterada pelo guardião da constituição, o Supremo Tribunal Federal-STF na decisão da ADIn 2.591, cuja ementa ensina:

“Art. 3.º, § 2.º, Código de Defesa do Consumidor – Art. 5.º, XXXII, da CF/1988 – Art. 170, V, da CF/1988 – Ação direta julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira, de crédito e securitária. 3. O preceito veiculado pelo art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição”.

Em resumo, a decisão na ADI 2.591, a chamada ‘ADIN dos Bancos’,³⁸ além de considerar plenamente constitucional o CDC, consolidou três importantes posições: Em primeiro lugar, a decisão consolida a aplicação ampla do CDC a todos os serviços prestados no mercado de consumo, inclusive os de crédito, securitários, financeiro, previdenciário e bancário, desde que remunerados (direta ou indiretamente), sendo a única exceção a relação de ‘caráter trabalhista’ (Art. 3º, parágrafo segundo *in fine* do CDC).

Em segundo lugar, consolidou o direito fundamental do consumidor à *Drittwirkung* (eficácia horizontal frente aos Bancos e outros fornecedores de produtos e serviços),³⁹ ao mesmo tempo em que fixou o dever do Estado de proteção ativa dos consumidores,⁴⁰ assim pelo quórum da decisão, permite reclamações constitucionais sempre que o CDC não é aplicado a uma relação de consumo, o que pode muito bem servir hoje, caso se procure afastar o CDC para utilizar apenas o Código Civil modificado pela Declaração de Liberdade Econômica.⁴¹ A mudança da LINDB também veio

³⁸ Claudia Lima MARQUES, João Batista de ALMEIDA, Roberto A. Castellanos PFEIFFER, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos – ADIn 2.591*, p. 11 e ss.

³⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 92ss.

⁴⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. *A eficácia dos direitos fundamentais nos contratos de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 102.

⁴¹ Veja a decisão do STJ quando se tenta afastar o CDC em gera de relações de consumo: “No Código de Defesa do Consumidor, a regra geral é a da responsabilidade civil objetiva e solidária. Não se sustenta, pois, a tese da recorrente, rechaçada pelo Tribunal a quo, de que o art. 265 do Código Civil, em casos de incidência das teorias da aparência e da confiança,

em sentido liberal e é importante frisar que a Lei da Liberdade Econômica, ela mesma ressalva os direitos dos consumidores e uma aplicação restrita do direito econômico. E se o parágrafo único do Art. 421 menciona as ‘relações privadas’, o art. 421-A bem menciona que se aplica às relações civis e empresariais e não as de consumo.⁴²

E, em terceiro lugar, aceitou, na jurisprudência brasileira, o diálogo das fontes, na passagem do voto do e. Min. Joaquim Barbosa, como método da teoria do direito para a aplicação simultânea, harmônica e coordenada pelos valores constitucionais (de proteção e de direitos fundamentais) de duas ou mais leis ao mesmo tempo, como o CDC, o CC e as leis especiais bancárias, que são leis complementares de organização do sistema financeiro. O Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da ADIn 2.591, que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC a todas atividades bancárias, reconheceu a necessidade atual do *diálogo das fontes*. Do voto do Min. Joaquim Barbosa extrai-se a seguinte passagem: “Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis”. Em relação ao alegado confronto entre lei complementar disciplinadora da estrutura do sistema financeiro e CDC, o Min. Joaquim Barbosa, referindo-se à técnica do *diálogo das fontes*, observa: “Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em

afastaria a solidariedade do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. É exatamente por conta da teoria da aparência e da teoria da confiança que os fabricantes de marcas globalizadas, por meio de seus representantes no Brasil, “respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade” (art. 18) que se apresentem nos bens de consumo ofertados. Não custa lembrar que, no microssistema do CDC, existe inafastável obrigação de assistência técnica, associada não só ao vendedor direto, como também ao fabricante e ao titular da marca global, em nome próprio ou por meio de seu representante legal no país.” (REsp 1709539/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 05/12/2018).

⁴² Veja a divisão agora em simétricos e partários e outros contratos, RODRIGUES, Otavio Luiz Jr.; XAVIER LEONARDO, Rodrigo; PRADO, Augusto César L. A liberdade contratual e a função social do contrato – Alteração do Art. 421-A do Código Civil – Art. 7.º, in RODRIGUES, Otavio Luiz Jr.; XAVIER LEONARDO, Rodrigo. *Comentários à Lei da Liberdade econômica – Lei 13.874/2019*, São Paulo: RT, 2019, p. 317-318.

‘influências recíprocas’, em ‘aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente’”.⁴³

O Art. 7.º do CDC já prevê, desde 1990, que as fontes devem ser aplicadas em conjunto, a favor dos consumidores, podendo o direito do consumidor estar em outras leis, que o CDC. Como esclarece o STJ: “o art. 7.º da Lei n.º 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.” (REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). Trata-se, pois, de um microsistema aberto.⁴⁴ Vejamos então outras decisões de forma do legislador do CDC, que tem ajudado a manter seu sucesso na prática.

B) Decisões de forma do Código de Defesa do Consumidor que asseguraram eficácia e sucesso nestes primeiros 30 anos

Destaque-se que o CDC apresenta uma obra comparatista, atualizada para o século XXI, com permeabilidade e criatividade.⁴⁵ Adaptou conceitos indeterminados, incluiu normas narrativas e cláusulas gerais, e assim permitiu um desenvolvimento jurídico original (*Rechtsfortbildung*) do direito privado brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que entrou em vigor em 11 de março de 1991, representa um dos esforços comparatistas de maior sucesso, tornando-se modelo na América Latina. No início de 2011, iniciou-se um processo de atualização do CDC por iniciativa da Presidência do Senado Federal, mas tal Comissão, coordenada pelo e. Min. Antonio Herman Benjamin, já se manifestou pela manutenção do sistema do CDC e optou por focar as suas propostas em temas novos, como o comércio eletrônico (Projeto de Lei 3514/2015), e de importância

⁴³ MARQUES, Claudia Lima. A teoria do Diálogo das Fontes hoje no Brasil e seus novos desafios, in MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, *Diálogo das fontes: Novos Estudos sobre a coordenação das fontes*, São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 28.

⁴⁴ ____; PAISANT, Gilles. Rapport introductif, in CLARET, H.; JOYE, J.; MARQUES, C.L.; PAISANT, G. (Org.). *Les rapports entre le droit de la protection des consommateurs et les autres branches du droit*. 1. ed. Université de Savoie, 2020, p. 13 e seg.

⁴⁵ FONSECA, Patricia Galindo da. *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, Montréal: Editions IEIM, 2016, p. 255 e seg. .

crescente, como o crédito e o superendividamento do consumidor (antigo projeto de lei 3515/2015 aprovado pela Lei 14.181/2021).

Vejamos as decisões de forma mais importantes do CDC. Considerado como um pequeno sistema ou microssistema, o CDC vem dividido em 6 Títulos (I – Dos direitos do consumidor; II – Das infrações penais; III – Da defesa do consumidor em juízo; IV – Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; V – Da convenção coletiva de consumo; e VI – Disposições finais). O primeiro título contém informalmente a parte geral, nos arts. 1.º a 7.º (Capítulos I a III), isto é, as definições, conceitos, princípios, objetivos, direitos e normas que devem ser aplicados quando se aplica qualquer outra norma do CDC, da parte especial, seja de natureza civil, administrativa, penal ou processual.

Em outras palavras, a divisão sistemática das normas no CDC tem certo destaque, pois narra a sua importância no sistema como um todo. Isto é especialmente verdade para as definições (arts. 2.º e 3.º), os princípios (art. 4.º) e os direitos (art. 6.º). Assim, se o art. 2.º do CDC encontra-se nesta parte geral do CDC e define consumidor, esta definição de consumidor é, pois, a principal. Se o princípio da vulnerabilidade encontra-se no art. 4.º, I, do CDC, é porque este princípio é básico e deve ser usado inclusive para definir quem é consumidor, segundo o art. 29 do CDC. Se a boa-fé objetiva encontra-se no art. 4.º, III, do CDC, isto significa que este é um princípio imanente e deve ser usado também no direito administrativo, e aplica-se como princípio tanto nas regras sobre responsabilidade extracontratual quanto contratual (onde é novamente mencionada – veja art. 51, IV), na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual. Isto é, é princípio iluminador de todas as normas do CDC! Se o consumidor tem direito à informação (art. 6.º, III, do CDC), este direito básico influencia assim a aplicação de todas as regras do CDC, sejam elas sobre responsabilidade extracontratual (art. 12) ou contratual (art. 18), na fase pré-contratual (art. 46), contratual (art. 52) e pós-contratual (art. 44).⁴⁶

O que aqui estamos chamando de parte geral do CDC não é idêntico ao Título I (Dos direitos do consumidor – arts. 1.º a 54 –, pois este inclui todo o direito material civil do CDC), mas sim é ela menor e composta por 3 Capítulos, o primeiro de definições (Disposições gerais – arts. 1.º a 3.º), o segundo sobre os princípios, intitulado Da Política Nacional das Relações

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima, Cap. 2, in BENJAMIN et alii, *Manual*, p. 72.

de Consumo (arts. 4.^o e 5.^o) e o terceiro intitulado Dos direitos básicos do consumidor (arts. 6.^o e 7.^o).

No Capítulo I (Disposições gerais) o intérprete encontrará a hierarquia das normas do CDC, que são de ordem pública (logo, indisponíveis por contrato ou por vontade das partes) e de interesse social, isto é, com função social, tendo em vista sua origem constitucional (art. 1.^o). Da mesma forma as definições de consumidor (art. 2.^o) e de fornecedor, produto e serviço (art. 3.^o).

No Capítulo II (Da Política Nacional de Relações de Consumo) estão os princípios que orientam o CDC e a política (art. 4.^o) que está por trás deste corpo de normas. São normas que narram estes objetivos do legislador infraconstitucional (também denominadas por Erik Jayme de normas narrativas) e os instrumentos que o Executivo deve criar para efetivar estes objetivos (art. 5.^o).

No Capítulo III (Dos direitos básicos do consumidor) estão listados os direitos básicos assegurados aos consumidores no Brasil (art. 6.^o), tendo em vista o mandamento constitucional do art. 5.^o, XXXII, da CF/1988, e está expressa a possibilidade de os direitos dos consumidores estarem localizados em outras leis ou fontes (diálogo das fontes), sejam tratados, sejam leis ordinárias, como o Código Civil, sejam administrativas (portarias da ANS etc.), autorizado também o uso da equidade em casos de direito do consumidor, assim como da analogia, princípios gerais de direito e todo o instrumental de preenchimento das lacunas no Brasil (art. 7.^o). Esta é a “parte geral” do CDC.

Dentre as opções de forma legislativa destaque-se que o CDC inicia estabelecendo uma política nacional para as relações de consumo (Capítulo II), onde vai consolidar (e esclarecer ou narrar) seus objetivos (art. 4.^o), impondo justamente princípios (normas superiores e abertas,) que devem ser obedecidos no mercado de consumo. O art. 4.^o do CDC esclarece que esta “Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

Este artigo do CDC impõe atendimento dos seguintes princípios: *princípio da vulnerabilidade* (art. 4.^o, I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo); *princípio da defesa do consumidor pelo Estado* (art. 4.^o, II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente

o consumidor – e VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo); *princípio da boa-fé objetiva e princípio do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores* (art. 4.º, III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica – art. 170 da Constituição Federal –, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores); *princípio da informação e educação* (art. 4.º, IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo art. 4.º, IX, o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental, art. 4.º, VIII prevê o estudo constante das modificações do mercado de consumo); *princípio da confiança ou princípio da segurança e qualidade* (art. 4.º, V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo – e VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos); *princípio do combate ao abuso* (art. 4.º, VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores), *princípio da prevenção e tratamento do superendividamento* (novo princípio do art. 4.º, X) e o novo *princípio do combate à exclusão social do consumidor* (art. 4.º, X).⁴⁷

O art. 4.º do CDC é uma norma narrativa, expressão criada por Erik Jayme⁴⁸ para descrever as normas renovadoras e abertas que trazem objetivos e princípios, para evitar chamá-las de normas-programa ou normas programáticas, que não tinham eficácia prática e por isso não eram usadas. Note-se que o art. 4.º do CDC é um dos artigos mais citados deste Código, justamente porque resume todos os direitos do consumidor e sua principiologia em um só artigo valorativo e que traz os objetivos do CDC. As “normas narrativas”, como o art. 4.º, são usadas para interpretar e guiar, melhor dizendo, “iluminar” todas as outras normas do microsistema.

⁴⁷ Veja MARQUES, Claudia Lima, Cap. 4, in BENJAMIN et alii, *Comentários à Lei 14.181/2021*, p. 183ss.

⁴⁸ JAYME, *Recueil des Cours*, 1995, p. 236.

Elas aplicam-se como inspiração, guia, teleologia, indicando o caminho, o objetivo. Daí a importância do art. 4.º do CDC.

Resumindo, o *sui generis* do CDC aqui não é só o sistema, mas a complexidade e a ordem de seu sistema se comparado com o Código do Consumo francês e italiano. A primeira diferença é filosófica, pois o CDC é voltado para a proteção do consumidor, enquanto os outros dois sistemas regulam mais o consumo e a posição jurídica do consumidor nestas relações. O CDC é um conjunto, um todo organizado de normas, enquanto o Código francês parecia mais uma consolidação de vários temas,⁴⁹ agora atualizado por uma *Ordonnance*, que sistematizou melhor as normas e incluiu a definição de consumidor, profissional-fornecedor e não-profissional.⁵⁰

O CDC é um todo sistemático e exaustivo em relação ao Código Civil, enquanto o Código italiano faz várias remissões ao Código Civil italiano de 1942, que, modificado, inclui capítulo sobre contratos de consumo.⁵¹ O CDC Brasileiro, nosso microcódigo, e sua relação com o Código Civil, é de cooperação e de diálogo, sem submissão, seja pelo Art. 7.º, seja pelos princípios do Art. 4.º. O Art. 4.º do CDC e seus princípios é a base para analisar todas as normas do CDC e chega mesmo à atualização, a economia

⁴⁹ O Código de Consumo francês (*Code de la Consommation*) foi estabelecido pela Lei 93.949, de 26 de julho de 1993, foi criado como uma consolidação de normas de proteção dos consumidores (incluindo a proteção do consumidor, normas de processo, administrativas, de direito penal econômico e sobre superendividamento), possuindo uma parte legislativa (artigos L, que foi agora atualizada pela *Ordonnance* 2016-301, de 14.03.2016) e uma parte regulamentar (em vigor pelo Decreto 97.293, de 27 de março de 1997, artigos R) e remissões à Lei 95.125, de 8 de fevereiro de 1995, relativa à organização das jurisdições de processo civil, penal e administrativo. MARQUES, Claudia Lima. Cap. 2, in BENJAMIN, Antonio H. de V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 9 ed., São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 75.

⁵⁰ Veja AUBRY, Hélène; POILLON, Élise; SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. *Droit de la consommation* -janvier 2017 – décembre 2017, in *Recueil Dalloz* 2018, p. 583 e seg.

⁵¹ As seis partes do *Codice del Consumo* são as seguintes: a Parte I (arts.1 a 3) contém normas gerais e definições; a Parte II (arts. 4 a 32) regula a educação do consumidor, a informação e a publicidade, disciplinando a fase pré-contratual; a Parte III (arts. 33 a 101) é dedicada aos contratos e relações de consumo; a Parte IV (arts. 102 a 135) é dedicada à segurança e qualidade dos produtos e serviços; a Parte V (arts. 136 a 141) é relativa às associações de consumidores e ao acesso à justiça, regulando a parte processual e os interesses coletivos dos consumidores; a Parte VI (arts. 142 a 146) contém disposições finais e de reenvio a outras leis, normas de “*coordinamento, abrogative e sull’aggiornamento normativo*” (BARBA, Angelo; BARENCHI, Andrea. *Codice del Consumo*. In: CUFFARO, Vincenzo (org.). *Le fonti del diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 3-6).

das plataformas, o combate à exclusão social e à discriminação, ao assédio de consumo nas relações de consumo atuais e futuras. Este caráter principiológico faz desta norma a mais citada pela jurisprudência e ao mesmo tempo âncora da atualidade do próprio Código de Defesa do Consumidor.

II. Noções abertas de consumidor e serviços: sucesso das normas e definições amplas no Código de Defesa do Consumidor

A minha hipótese de trabalho, nesta segunda parte, é que estas noções abertas e definições amplas asseguraram o sucesso do CDC até agora. Vejamos.

A) Uma noção plural e complexa de consumidor: as 4 definições de consumidor

A primeira decisão que assegurou sucesso e muita repercussão prática ao CDC foi a de visualizar o consumidor de forma plural, individual, individual homogênea, coletiva e difusa (veja os interesses do consumidor no Art. 81, parágrafo único do CDC), ao trazer 4 definições diferentes de consumidor.⁵² Seja como destinatário final de produtos e serviços (*ex vi* Art. 2 caput do CDC), isto é, não só o agente econômico que contrata ou adquire, mas também como aquele que o usa como destinatário final, seja como coletividade, coletividade que intervem na relação de consumo (*ex vi* Parágrafo único do Art. 2 do CDC), ou grupo de pessoas, determinável ou não (expostas às práticas comerciais, aos contratos de adesão de consumo, às práticas contratuais, às cobranças de dívidas, aos bancos de dados negativos (*ex vi* art. 29 do CDC) ou mesmo os consumidores das futuras gerações e dadas atuais, vítimas de acidentes de consumo, fatos do produto ou do serviço (*ex vi* Art. 17 do CDC).⁵³

Destaque-se também a evolução no tempo, antes do Código Civil de 2002, uma visão mais maximalista de consumidor, depois uma visão finalista,⁵⁴ mas humanizada pelo teste da vulnerabilidade, no finalismo

⁵² MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium Generale sobre o consumidor como homo novus. *Revista de Direito do Consumidor* 85, p. 25 e seg.

⁵³ Veja sobre o tema BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de Consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, RT: São Paulo, 2009, p. 55 e seg.

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 9. Ed., São Paulo: RT, 2019, p. 302 e seg.

aprofundado do Superior Tribunal de Justiça que beneficia ‘bordadeiras’, agricultores, caminioreiros e taxistas, pequenas e micro empresas se fora de sua atividade profissional ou provada a vulnerabilidade técnica, jurídica, informacional ou fática frente ao fornecedor de serviços ou produtos.⁵⁵ As dúvidas iniciais sobre se não seria melhor uma definição negativa (o não profissional) foram superadas,⁵⁶ assim como as críticas sobre a inclusão das pessoas jurídicas na definição principal de consumidor, no art. 2 caput do CDC.⁵⁷

No processo de atualização do CDC, nenhuma definição foi modificada, ao contrário, foram todas mantidas, a comprovar o sucesso desta decisão dos autores do Anteprojeto. A pedra de toque do CDC, a vulnerabilidade, foi até estendida e nuanciada, seja através do finalismo aprofundado,⁵⁸ seja através da teoria da hipervulnerabilidade de Antônio Herman Benjamin, ou das decisões sobre vulnerabilidade agravada de alguns consumidores (crianças, doentes, analfabetos, idosos,⁵⁹ pessoas com deficiências etc).⁶⁰ *Vulnus, vulnerare* a origem da expressão vulnerabilidade significa ferida.⁶¹ Vulnerável é aquele que pode ser ou foi ferido.⁶² A vulnerabilidade tem

⁵⁵ Veja os leading cases citados, in BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 119ss. Veja também MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa jurídica consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

⁵⁶ Veja BENJAMIN, Antônio Herman. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 7, p. 269 e seg.

⁵⁷ Veja MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. Ed., RT: São Paulo, 2019, p. 143 e seg.

⁵⁸ Esta terminologia foi bem aceita nopaís, veja as ideias iniciais in MARQUES, Contratos, p. 342 e seg. Veja também, defendendo fortemente sua extensão aos micro e pequenos empresários, OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor-Empresário – A defesa do finalismo aprofundado*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁵⁹ Veja sobre o tema do consumidor idoso a bela obra de SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis – A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁰ Veja sobre o tema, defendendo que os hipervulneráveis são os mencionados na Constituição Federal, NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 229 e seg.

⁶¹ Assim ensina Fiechter-Boulvard, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: Cohet-Cordey, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 14, nota 5.

⁶² LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnérabilité*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007, p. 28.

graus e o direito deve reconhecer a necessidade de proteger de forma eficaz os mais vulneráveis.⁶³

Dois avanços quanto à noção de consumidor já se encontram nos projetos de atualização. O primeiro é o aprofundamento da noção de consumidor [mais] ‘vulnerável’ (*vulnerable consumer or disadvantage consumer*)⁶⁴ ou com vulnerabilidade agravada, o hipervulnerável (expressão de Antonio Herman Benjamin, agora aceita na Res. 11/2021 do Mercosul). A Diretriz da ONU em sua revisão de 2015 frisa bem a importância dos países reconhecerem que existem consumidores que são mais vulneráveis,⁶⁵ o analfabeto, por exemplo não tem como ler uma informação, o surdo-mudo, que não pode telefonar para reclamar, o doente que não pode se locomover de casa, o cego que não consegue ‘ler’ um contrato que não seja em braile e prepara suas normas (e jurisprudência) para este grupo.⁶⁶

⁶³ MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo: RT, 2014, p. 17 e seg.

⁶⁴ A obra inspiradora é a de ANDREASEN, A. R., *The disadvantaged consumer*, New York: The free Press, 1975 e é uma expressão muito usada por Iain Ramsay, para consumidores jovens ou idosos superendividados, RAMSAY, Iain. *The alternative consumer credit market and financial sector: regulatory issues and approaches*, in *The Canadian Business Law Journal*, vol. 35, nr. 3, October 2001, p. 328 e seg. Também na Europa a expressão é bem conhecida, veja DOMONT-NAERT, F. *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement – Contribution à l’étude de l’efficacité du droit de la consommation*, Centre de Droit de la Consommation/Kluwer Story Scienza: Bruxelles, 1992, p. 1 e seg.

⁶⁵ Veja os princípios de boas práticas no consumo online e offline da UNGCP: “11. The principles that establish benchmarks for good business practice for conducting online and off-line commercial activities with consumers are as follows: (a) Fair and equitable treatment- Businesses should deal fairly and honestly with consumers at all stages of their relationship, so that it is an integral part of the business culture. Businesses should avoid practices that harm consumers, particularly with respect to vulnerable and disadvantaged consumers.”

⁶⁶ Belo exemplo é a decisão do e. STJ: “Recurso especial. Ação civil pública. Ação destinada a impor à instituição financeira demandada a obrigação de adotar o método braille nos contratos bancários de adesão celebrados com pessoa portadora de deficiência visual. ...2. Dever legal consistente na utilização do método braille nas relações contratuais bancárias estabelecidas com consumidores portadores de deficiência visual. Existência. Normatividade com assento constitucional e legal. Observância. Necessidade... 2.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impôs aos Estados signatários a obrigação de assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas portadoras de deficiência, conferindo-lhes tratamento materialmente igualitário (diferenciado na proporção de sua desigualdade) e, portanto, não discriminatório, acessibilidade física e de comunicação e informação, inclusão social, autonomia e inde-

Se o CDC já mencionava as crianças (no Art. 37 da publicidade)⁶⁷ e o grau de conhecimento e idade no Art. 39, agora a atualização do CDC menciona, ao proibir o assédio de consumo, os idosos, doentes, analfabetos de forma especial. A norma do Projeto de Lei 3514,2015, ainda não aprovado, traz um novo direito básico de proteção contra o assédio e a aprovada Lei 14.181/2021 incluiu no CDC uma tipificação de assédio de consumo como gênero de prática comercial abusiva no crédito, mencionando:

pendência (na medida do possível, naturalmente), e liberdade para fazer suas próprias escolhas, tudo a viabilizar a consecução do princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana... 2.3 A adoção do método braille nos ajustes bancários com pessoas portadoras de deficiência visual encontra lastro, ainda, indiscutivelmente, na legislação consumerista, que preconiza ser direito básico do consumidor o fornecimento de informação suficientemente adequada e clara do produto ou serviço oferecido, encargo, é certo, a ser observado não apenas por ocasião da celebração do ajuste, mas também durante toda a contratação. No caso do consumidor deficiente visual, a consecução deste direito, no bojo de um contrato bancário de adesão, somente é alcançada (de modo pleno, ressalta-se), por meio da utilização do método braille, a facilitar, e mesmo a viabilizar, a integral compreensão e reflexão acerca das cláusulas contratuais submetidas a sua apreciação, especialmente aquelas que impliquem limitações de direito, assim como dos extratos mensais, dando conta dos serviços prestados, taxas cobradas, etc. ... 6. A sentença prolatada no bojo da presente ação coletiva destinada a tutelar direitos coletivos *stricto sensu* – considerada a indivisibilidade destes – produz efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litigue ou venha a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. Precedente da Turma. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1315822/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 16/04/2015).

⁶⁷ Veja decisões sobre publicidade infantil: “Processual civil. Consumidor. Auto de infração e multa do procon. Publicidade destinada às crianças. Gêneros alimentícios de baixa qualidade nutricional. Publicidade abusiva...2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças. Isso porque a decisão de comprar gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em época de altos e preocupantes índices de obesidade infantil, um grave problema nacional de saúde pública. Diante disso, consoante o art. 37, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, estão vedadas campanhas publicitárias que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil. Na ótica do Direito do Consumidor, publicidade é oferta e, como tal, ato precursor da celebração de contrato de consumo, negócio jurídico cuja validade depende da existência de sujeito capaz (art. 104, I, do Código Civil). Em outras palavras, se criança, no mercado de consumo, não exerce atos jurídicos em seu nome e por vontade própria, por lhe faltar poder de consentimento, tampouco deve ser destinatária de publicidade que, fazendo tábula rasa da realidade notória, a incita a agir como se plenamente capaz fosse. Precedente do STJ...” (STJ, REsp 1613561/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 01/09/2020). Veja também REsp 1558086/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016.

“[Art. 54-C] É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito, publicitária ou não: [...]”

IV– assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;”

No relatório-geral da atualização do CDC, ponderamos que estas normas fazem parte de um reforço na dimensão ético-inclusiva e solidarista do CDC.⁶⁸ Esta *diretriz de inclusão social* procura adaptar o CDC aos desafios do Brasil de hoje, onde a democratização e massificação do crédito ao consumidor, em especial o crédito consignado, tem como alvo principal o grupo de idosos, muitos analfabetos ou analfabetos funcionais com apenas até 4 anos de escolaridade.

Uma segunda é a distinção entre pessoas físicas consumidoras e pessoas jurídicas, que se aprofunda com o processo de Atualização. Na Lei 14.181/2021 que atualiza o CDC com foco no superendividamento dos consumidores, uma menção ao consumidor pessoa natural (pessoa física) se impôs, pois para as pessoas jurídicas já há o privilégio da falência e seu regime especial. Assim o novo artigo 5, VI do CDC traz a necessidade de prever mecanismos de proteção especial da pessoa natural. Note-se também que na revisão das Diretrizes da ONU, a definição de consumidor (nr. 3) não foi modificada, mas a autorização que a legislação nacional de cada país estenda a definição para consumidores pessoas jurídicas, foi mantida, não sendo, porém, a regra e sim a exceção.⁶⁹

Note-se que o conceito de consumidor continua a evoluir no Brasil e no mundo. Na França foi incluída a figura do não-profissional (*non-professionnel*),⁷⁰ o consumidor que não é destinatário final, mas é vulnerável e merece proteção.⁷¹ No Brasil, a teoria finalista aprofundada protege

⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman, MARQUES, Claudia Lima. *Relatório-Geral da Comissão de Juristas – Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Presidência do Senado Federal, 2012, p. 23 e 24.

⁶⁹ O texto da UNGCP revisada é: “3. For the purpose of these Guidelines, the term “consumer” generally refers to a natural person, regardless of nationality, acting primarily for personal, family or household purposes, while recognizing that Member States may adopt differing definitions to address specific domestic needs.”

⁷⁰ Veja MARQUES, Claudia Lima. Nota à reforma no Code de la Consommation, in *Revista de Direito do Consumidor*, 105, p. 525 e seg.

⁷¹ Note-se que, em 2016, o *Code de la Consommation* de 1993 foi reformado pela Ordonnance n.º 2016-301 e passou a incluir definições, e além do consumidor pessoa física e do profissio-

este sujeito ‘pessoa jurídica’, mas que comprova a vulnerabilidade in concreto no caso. A tendência evidenciada na Declaração de Liberdade Econômica, que modificou o Art. 421-A do CC/2002 e durante a pandemia é de exclusão deste ‘consumidor’ se está em uma relação interempresarial, como nos artigos do Regime Emergencial (Lei 14.010, 2020, Art. 7.^o).⁷²

B) Noção ampla de serviços: Um Código aplicável aos serviços do mundo digital

Apesar de sequer fazer menção à internet, o CDC é visionário por ter aproximado o regime do fornecimento de produtos (dares) e serviços (Fazeres) e assim preparado o mercado de consumo brasileiro para a nova riqueza do século XXI: os serviços, dados e outros ‘bens imateriais’. Segundo o Art. 3.^o, § 2.^o do CDC, serviço “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

O CDC está em fase de atualização, seja com a já aprovada Lei 14.181/2021 sobre o crédito ao consumidor, como com o Projeto de Lei 3514,2015 justamente face ao mundo digital e a massificação dos serviços.⁷³

nal ou fornecedor, criou a figura híbrida do ‘não-profissional’ (Artigo ‘liminar’), uma pessoa jurídica atuando fora de sua especialidade.

⁷² Veja o artigo promulgado: “Art. 7.^o Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário. § 1.^o As regras sobre revisão contratual previstas na Lei n.^o 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e na Lei n.^o 8.245, de 18 de outubro de 1991, não se sujeitam ao disposto no caput deste artigo. § 2.^o Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários.”

⁷³ Assim explica Antônio Herman Benjamin o processo de atualização do CDC: “... o CDC não deixa, como qualquer lei, de ser prisioneiro de seu tempo. Apesar de normas visionárias, não havia como prever em 1990 o crescimento exponencial das técnicas de contratação à distância, as transformações tecnológicas e o crescente comércio eletrônico de consumo, assim como imaginar a verdadeira democratização do crédito, fenômeno que amplia as facilidades de acesso a produtos e serviços, superando esquemas elitistas e popularizando sofisticados contratos financeiros e de crédito. Esta nova realidade brasileira coloca a necessidade de aperfeiçoar os mecanismos existentes de apoio aos consumidores...” (BENJAMIN, Antonio Herman, Palavras do Presidente da Comissão de Juristas, in SENADO FEDERAL, *Atualização do Código de Defesa do Consumidor – Anteprojetos -Relatório*, Presidência do Senado Federal, 2012, p. 9).

Como afirma Günther Teubner,⁷⁴ somos hoje ‘sujeitos digitais’, virtualizados e conectados, usando plataformas e ‘apps’, que coletam nossos dados e perfis em ‘big data’, e optando por um consumo compartilhado e à distância, sempre com alguma fase digital, ou mesmo ‘inteligente’.

Se a riqueza do século XXI são os ‘fazeres’ globalizados, dos serviços clássicos, aos produtos imateriais e inteligentes, os ‘serviços digitais’, aos dados dos consumidores,⁷⁵ temos de estar atentos para as mudanças na forma de fornecimento de produtos e serviços e preparar o mercado de consumo brasileiro para todos os tipos de serviços, dados e outros ‘bens imateriais’ a serem comercializados, coletados e oferecidos no mercado de consumo.

O que caracteriza o mundo digital de consumo é sua onipresença⁷⁶ e envolvimento como uma ‘medusa’⁷⁷ na vida das pessoas comuns: vinte e quatro horas conectadas, sem barreiras entre a mídia, a mídia social e o mercado de consumo. Se é verdade que tudo passa a ser (ou é) consumo no meio digital, até mesmos as chamadas mídias sociais hoje já são instrumentos de consumo, é preciso concluir que há uma expansão da noção de fornecedor (de busca, de pesquisa, de conteúdo, de fornecimento em si offline e online, de entretenimento, de intermediação, de pagamento, de garantia etc.) e há um novo ‘consumidor 4.0/5.0’ no mercado.

Como antes afirmamos, o CDC mudou o paradigma dos contratos e da responsabilidade civil no Brasil.⁷⁸ As duas maiores mudanças dogmáticas

⁷⁴ TEUBNER, Gunther. Digitale Rechtssubjekte, in *Archiv des Civilistische Praxis – AcP* 218 (2018), p. 155 e seg.

⁷⁵ Veja a Lei geral de Proteção de Dados no Brasil, SCHERTEL MENDES, Laura; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120/2018, p. 469 – 483, Nov – Dez / 2018.

⁷⁶ Assim BAUDRILLARD, Jean. *Tela total*. Trad. Juremir Machado da Silva, 5. Ed., Porto Alegre: Ed. Sulina, 2011 (1997), especialmente, p. 45 e seg.

⁷⁷ A figura de linguagem é de Baudrillard: “Il y a aujourd’hui tout autour de nous une espèce d’évidence fantastique de la consommation et de l’abondance, constituée par la multiplication des objets, des services, des biens matériels, et qui constitue une sorte mutation fondamentale dans l’écologie de l’espèce humaine...[...]...sous le regard muet d’objets...de notre puissance médusée, de notre abondance virtuelle, de notre absence les uns aux autres.” (BAUDRILLARD, Jean. *La société de consommation*. Paris: Denoël, 1970. p. 17-18.).

⁷⁸ Veja a possibilidade de extrair do CDC uma teoria dos serviços, MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor – A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor* 33, p. 79-122, 2000.

realizada no Direito Civil brasileiro têm origem no CDC: a teoria da qualidade, que aproximou a responsabilidade extracontratual da contratual e pragmaticamente estabeleceu uma cadeia de responsáveis pela qualidade-adequação (vício do produto ou do serviço, nos art. 18 e seg.) e imputou a responsabilidade nominal pela qualidade segurança (defeito do produto ou do serviço, nos art. 12 a 17), reforçando o dever de informar, de prevenir e ressarcir os danos individuais, homogêneos, coletivos e difusos, morais ou patrimoniais; e a nova teoria contratual, que aproximou o regime dos contratos de dar (fornecimento de produtos) e de fazer (fornecimento de serviços), preparando o Brasil para a nova economia dos serviços,⁷⁹ da tecnologia e da informação, valorizou a boa-fé em todo o *iter* contratual e a proteção da confiança do consumidor, inovando a regular a publicidade e seus efeitos obrigacionais.⁸⁰

Quanto ao conceito de fornecedor, o Art. 3.º do CDC fornece uma base excelente para a economia das plataformas. A teoria de Leonardo Bessa do ‘fornecedor equiparado’,⁸¹ que focava inicialmente os fornecedores mencionados no CDC ‘bancos de dados’ e ‘publicitários/agências de publicidade’, a análise dos ‘não-profissionais’ e do ‘prosumer’ ganha importância na prática dos tribunais. É o espírito do século XXI, que consumidores sejam ‘ativos’, que não mais se limitem a seu status de ‘receberem’, coisas e serviços ‘prontos’ e o mundo digital em especial permite que ‘transformem’ os objetos, que avaliem os serviços que se unam para peticionar ou mesmo para criticar.⁸²

Outro tema importante do CDC é a visão de gratuidade dos serviços (Art. 3, §2.º do CDC). A falácia da gratuidade, por exemplo, na poupança popular não resiste ao menor exame da estrutura contratual, pois mesmo se estes contratos de poupança fossem “gratuitos”, não seriam nunca sem “remuneração” indireta. Isto é, “gratuito” aqui significa apenas dizer que não há (por enquanto) remuneração aparente e sim, remuneração causal-

⁷⁹ Veja MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor* 35, p. 61-96, 2000.

⁸⁰ Veja PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 10 e seg.

⁸¹ Veja BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. *Revista de Direito do Consumidor* 61, p. 127 e seg.

⁸² Veja Revista IT de 20.02.2018, Definition Was ist ein Prosumer?, autores Laimigas/Heidemarie Schuster, in <https://www.it-business.de/was-ist-ein-prosumer-a-740881/>.

-implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante, tanto que, se não existisse, haveria enriquecimento ilícito dos Bancos (*condictio indebiti*).

Como afirmei,⁸³ juridicamente, a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. Também economicamente essa denominada “gratuidade” é ilusória. É o justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia “econômica” dos chamados “serviços”, “utilidades” ou promessas “gratuitas”, o que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito,⁸⁴ é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestaes futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. O tema da gratuidade foi decidido nas causas sobre a poupança popular e hoje está consolidado, inclusive no tema dos buscadores na Internet, como ensina o Superior Tribunal de Justiça: “1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n.º 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.” (STJ, REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

Se a relação de consumo tem como finalidade algum tipo de remuneração, mesmo que indireta do fornecedor está ela incluída no regime do CDC, como comprova até mesmo o art. 39, III e § único, que visam regular relações “gratuitas”, mas claramente de consumo. Em resumo, quanto as relação de consumo, as definições amplas do CDC (Art. 3 § 1 e §2 do CDC) permitem incluir esses dares com fazeres, ou produtos com serviços anexos (como os smartphones, TVs inteligentes), mas o interessante aqui são as consequências: o inadimplemento contratual pode estar na própria simbiose mal feita ou na possibilidade de terceiro (app) causar danos e não só em problemas do produto em si, mas em outras coisas do consumidor. Assim como na internet das coisas – quando todos os produtos de sua casa

⁸³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 410 e seg.

⁸⁴ POSNER, Richard A. *Gratuitous Promises in Economic and Law*. In: KRONMAN, Anthony; POSNER, Richard A. *The Economics of Contract Law*. Boston: LB, 1979, p. 46 e seg.

estão conectados e podem ser “dirigidos” externamente, mas há um terceiro que, necessariamente, está recebendo todos os dados e atividades dos produtos –, os danos podem ser muito maiores que o valor de todos os produtos e serviços unidos.⁸⁵

Outro tema do momento é transparência, combate à discriminação e o assédio possível com a perfilização, o ‘*big data*’ e as técnicas de publicidade ‘*adressable*’ ou ‘*sur mesure*’.⁸⁶ Aqui o diálogo entre as fontes forte no Art. 7 do CDC é importantíssimo. Note-se que o Marco Civil da Internet, quando determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de *agir com transparência e informar de modo transparente* (art. 9.º, § 2.º, II), claro e descritivo sobre práticas relacionadas ao gerenciamento, à mitigação de tráfego e à segurança da rede (art. 9.º, § 2.º, II). O Art. 4.º do CDC e seu mandamento de transparência é a base para analisar a economia das plataformas e seus efeitos na discriminação, assédio de consumo e s relações de consumo.

Quanto ao conceito amplo e visionário de consumidor, mister concluir que o CDC e suas quatro definições de consumidor estão aptos a enfrentar os desafios do presente e do futuro, em diálogo com outras leis, como a LGPD e o Marco Civil da Internet. Com a LGPD fica claro o fato do titular de dados pessoais também ser um consumidor, e assim merecer proteção de ambas as leis (Art. 2.º e 64 da LGPD c/c Art. 2.º, caput e par. Único, 17 e 29 e 7.º do CDC), especialmente frente ao big data, ao marketing *sur mesure* e a inteligência artificial. Assim, mesmo antes da atualização do Projeto de Lei 3515/2015 ser aprovado, o CDC resiste e aplica-se com honras a estes novos fenômenos do mundo digital.

Considerações finais

Como vimos, o CDC é um Código de origem constitucional (Art. 5, XX-XII, Art. 170, V e Art. 48 ADCT da Constituição Federal de 1988), um todo-construído com uma lógica de ordem pública de proteção no mercado, um microsistema aberto aos direitos dos consumidores que podem estar em outras leis e tratados, e que aproximou de forma brilhante o regime do

⁸⁵ Veja MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. ‘Serviços simbióticos’ do consumidor digital e o PL 3514/2015 de atualização do DC: primeiras reflexões in MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; Carvalho, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de Serviços em tempos digitais*, São Paulo: Ed. RT, 2021, p 391 e seg.

⁸⁶ DUQUE, Marcelo Schenck; Harff, Graziela. Publicidade digital *sur mesure* e proteção de dados, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 132 (2020), p. 237-267.

fornecimento de produtos e serviços, preparando assim o mercado de consumo brasileiro para o futuro. Em outras palavras, o CDC tem instrumentos e standards de transparência importantíssimos para lidar com a nova riqueza do século XXI (os serviços, os dados e outros ‘bens imateriais’ ou ‘inteligentes’ possibilitados pelo mundo digital), ainda mais com seu renovador Art. 7.^o, que abriu as portas para a prática do Diálogo das Fontes, a aplicação simultânea e coerente de várias normas iluminada pelos direitos fundamentais e valores da Constituição, sempre com a finalidade de proteção dos consumidores.

Efetivamente uma das maiores contribuições do CDC ao direito privado atual reside justamente na superação do conceito de sujeito individual, o que – na prática – altera todas as nossas definições de terceiro.⁸⁷ O sujeito da relação de consumo juridicamente relevante pode ser individual, coletivo ou difuso, pode ser além do contratante e da vítima-contratante também o “*bystander*”, vítima terceira em relação ao contrato, o filho e a vizinha em caso de transporte, o “participante indireto da relação”, o beneficiado em contrato de seguro, o dependente da relação principal de seguro ou plano de saúde, aquele exposto à prática comercial, como à publicidade, que nunca sequer adquiriu o serviço ofertado. Assim, se no sistema do CDC todos estes “terceiros” hoje se incluem como “consumidores, consumidores *stricto sensu* do art. 2.^o (quem “utiliza um serviço”), consumidores equiparados do parágrafo único do art. 2.^o (coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço), do art. 17 (todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço) e do art. 29 (todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, contratos de adesão, publicidade, cobrança de dívidas, bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*), isso assegura um campo de aplicação muito mais amplo e uma importante utilização jurisprudencial.⁸⁸

Efetivamente, o CDC, além de ter introduzido a teoria da qualidade e consolidado também uma nova teoria contratual, deve ser celebrado especialmente pelo seu presente de efetividade no mercado brasileiro e a prática generalizada do princípio da boa-fé objetiva em nosso país, pela atua-

⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73 e seg.

⁸⁸ Sobre a tutela e legitimação dos terceiros, veja LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1997, p. 186 e ss.

lidade de seus princípios (Art. 4.º do CDC) e noções abertas (Art. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 6.º e 7.º). Se sua atualização através do PL 3514/2015 seria pedagogicamente interessante a verdade é que seus princípios e noções abertas já garante sua utilização ao mundo digital no Brasil. Foram estas opções, junto com a garantia que a origem constitucional, que asseguraram seu sucesso até nossos dias.

O DIREITO DO CONSUMIDOR DE MACAU: RUMO À MODERNIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

WEI DAN* / ÂNGELO P. RAFAEL**

RESUMO: *Em 2021 foi aprovada a uma nova lei de proteção dos direitos e interesses do consumidor em Macau – a Lei n.º 9/2021, de 12 de julho. A nova lei vem, de certo modo, revolucionar o regime de defesa do consumidor em Macau, preenchendo importantes lacunas no regime jurídico e dando passos significativos para a modernização das relações de consumo na Região. O presente artigo analisa a regulação das relações de consumo à luz do regime anteriormente vigente e introduz as principais alterações trazidas pela nova lei. A análise trazida por este artigo mostra que o antigo regime era extremamente fragmentado, composto por uma lei de defesa do consumidor (a Lei n.º 12/88/M, de 13 de julho) bastante incompleta, uma gama de leis avulsas tratando de algumas questões específicas como a rotulagem de produtos alimentícios e um regime geral do Código Civil inadequado para proteger adequadamente os direitos e interesses do consumidor. A nova lei vem colmatar muitas das insuficiências estruturais e substantivas do antigo regime, embora algumas soluções adotadas fiquem aquém do ideal.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito do Consumidor; Macau; relações de consumo; Lei n.º 12/88/M; Lei n.º 9/2021.*

* Professora Titular e Subdiretora da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

** Instrutor Sénior, Faculdade de Business and Law da Universidade de São José, Macau; Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

SUMÁRIO: 1. *Introdução*; 2. *Direito à informação e direito de livre resolução*; 3. *Defesa do consumidor na venda de bens e na prestação de serviços. Os padrões de não conformidade*; 4. *Práticas comerciais desleais*; 5. *Resolução de litígios*; 6. *Notas conclusivas*

1. Introdução

A Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (Macau)¹ é um território de 32,9 quilómetros quadrados localizado a oeste do Delta do Rio das Pérolas.² que esteve sob administração portuguesa desde o século XVI até a China retomar a soberania sobre o Território em 1999 (Lei Básica de Macau, Preâmbulo). Hoje, Macau goza de um alto grau de autonomia e possui poderes executivo e legislativo, além de poder judicial independente, incluindo o de julgamento até a última instância de recurso (Lei Básica de Macau, art. 2). Após a transição, a maioria das leis aprovadas sob a administração portuguesa, refletindo o sistema jurídico português, continuaram em vigor e muitas continuam, hoje, ainda em vigor. Por exemplo, a Lei n.º 12/88/M, de 13 de junho (doravante Lei 12/88/M ou “lei antiga”) continuou em vigor até muito recentemente, tendo sido substituída pela Lei n.º 9/2021, de 12 de julho (doravante Lei 9/2021 ou “lei nova”).

Macau tem uma população de cerca de 683.100 habitantes e um Produto Interno Bruto per capita a preços correntes de 285.314 patacas (cerca de 35.536 dólares americanos).³ A economia de Macau gira em grande

¹ Sobre o estatuto de macau, ver o art. 31 da Constituição da República Popular da China (http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/node_2825.htm. Último acesso em 20 de setembro 2021), a Lei Básica de Macau de 1993 (<https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>. Último acesso em 20 de setembro 2019) e a Declaração Conjunta sobre Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a Questão de Macau 1987 (<https://bo.io.gov.mo/bo/i/88/23/out01.asp>. Último acesso em 20 de setembro 2019).

² Direcção dos Serviços de Estatística e Censos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, ‘Macau em Números 2018’ (<https://www.dsec.gov.mo/pt-PT/Home/Publication/MacaoInFigures>. Último acesso em 20 de outubro de 2021).

³ Direcção dos Serviços de Estatística e Censos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, Base de Dados Estatísticos, 2021 <https://www.dsec.gov.mo/TimeSeriesData/base.aspx>. Último acesso em 23 de novembro de 2021. Note-se, porém que os dados do Produto Interno Bruto per capita a preços correntes citados refletem a situação extraordinária provocada pela pandemia da COVID-19. Uma simples comparação com os dados de 2018, por exemplo, ilustra melhor o que dizemos. Neste ano, o Produto Interno Bruto per capita a preços correntes da Região foi de 666.893 patacas (cerca de 82.700 dólares americanos).

parte em torno da indústria do jogo e respetivos serviços de apoio, como a hotelaria, a restauração e o turismo. Desde 2001, Macau tem registado, anualmente, uma balança comercial negativa, o que significa que importa mais mercadorias do que exporta. Por exemplo, em 2018, antes da pandemia da COVID-19, a Região exportou mercadorias avaliadas em cerca de 12 bilhões de patacas (cerca de USD 1,5 bilhão), contra importações avaliadas em cerca de 90 bilhões de patacas (cerca de USD 11 bilhões), o que significa um déficit comercial de quase 78 bilhões de Patacas (cerca de USD 9,6 bilhões).⁴ Este cenário se explica, em grande parte, pelo fato de o Território possuir um setor manufatureiro insignificante devido à escassez de terra e devido ao seu foco no seu desenvolvimento como um centro internacional de entretenimento e serviços. Dos 90 bilhões de patacas (cerca de USD 11 bilhões) em importações registadas em 2018, mais de 58 bilhões de patacas (cerca de USD 7 bilhões) foram gastos na importação de bens de consumo, ou seja, em cerca de 64% dos bens importados.⁵ A maioria dos produtos é importada – em ordem de importância – da China continental, da União Europeia (especialmente da Alemanha e França), de Hong Kong e da Suíça.⁶

A indústria do turismo é um dos principais pilares do setor económico e de consumo de Macau. Apenas em 2018, a Região recebeu aproximadamente 36 milhões de turistas, a grande maioria dos quais (quase 70%) veio da China continental (cerca de 25 milhões), seguida pelos de Hong Kong (cerca de seis milhões) e dos de Taiwan (cerca de um milhão).⁷ Em média, cada turista gastou aproximadamente duas mil Patacas (cerca de USD 241) para uma estadia média de um dia e duas horas na Região.⁸

A estrutura económica e os padrões de consumo de Macau evoluíram muito desde os primeiros esforços legislativos que visavam especificamente proteger os direitos e interesses dos consumidores nos anos 80 do século passado, especialmente devido a mudanças estruturais e ao desenvolvimento significativo da indústria do jogo na década de 2000. No entanto, durante muito tempo a maior parte da legislação de Direito do Consumidor não mudou e só muito recentemente a lei especial de defesa do consumidor foi

⁴ Direcção dos Serviços de Estatística e Censos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, 'Macau em Números 2018' (<https://www.dsec.gov.mo/pt-PT/Home/Publication/MacaoInFigures>). Último acesso em 20 de outubro de 2021).

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

revista. Com a entrada em vigor desta nova lei, é oportuno analisar o cenário de proteção antes da sua entrada em vigor e as inovações por ela trazidas.

O artigo desenvolve-se em volta da análise dos seguintes aspetos específicos: direito à informação e direito de livre resolução (2); defesa do consumidor na venda de bens e na prestação de serviços e os padrões de não conformidade (3); práticas comerciais desleais (4); e resolução de litígios (5).

2. Direito à informação e direito de livre resolução

O direito à informação aparece previsto em quase todos os principais diplomas legais de Direito do Consumidor, incluindo a Lei 12/88/M, a Lei n.º 17/92/M (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais), o Regulamento Administrativo n.º 17/2008, de 7 de julho (que institui o regime geral de segurança dos produtos) e o Decreto-Lei n.º 50/92/M, de 17 de agosto (relativo à rotulagem dos géneros alimentícios – com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento Administrativo n.º 7/2004, de 1 de março).

Na Lei 12/88/M, o direito à informação do consumidor estava legalmente protegido nos arts. 3, b) e 9. Enquanto o art. 3, b) anunciava o direito, o art. 9 detalhava seu conteúdo, o seu objetivo e os sujeitos passivos das obrigações. O objetivo deste direito, conforme definido por lei, era permitir ao consumidor fazer uma escolha consciente e racional entre bens e serviços concorrentes e usar, nas melhores condições, esses bens e serviços (art. 9, número 1, parte inicial e parte final). Nos termos ainda da lei antiga, o conteúdo do direito consistia em informações sobre as características essenciais dos bens ou serviços a serem fornecidos (art. 9, número 1, parte intermediária), que deviam ser verdadeiras e claras (art. 9, número 2) e não podiam ser limitadas sob pretensão de segredo de fabrico não protegido por lei (art. 9, número 4). A obrigação era, ao abrigo da lei antiga, imposta ao produtor, ao fabricante, ao importador, ao distribuidor, ao embalador, ao vendedor do armazém e ao revendedor ou ao prestador de serviços (art. 9, número 3). A lei nova é mais aberta na sua formulação ao adotar a expressão “e demais fornecedores ou prestadores do bem ou serviço” depois de exemplificar os sujeitos passivos da obrigação (art. 12).

Curiosamente, num teste ao regime anterior à Lei 9/2021, no caso *Relógio de Ouro 18 Quilates* decidido pelo Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Macau (doravante, Centro de Arbitragem), o árbitro decidiu a favor do vendedor de um relógio, considerando que o fato de o vendedor ter dito ao comprador que o produto era um “relógio de ouro rosa de 18 quilates” não deveria ter levado o comprador a acreditar que “todo o

relógio era composto de ouro de 18 quilates”, porque “é do senso comum que um relógio de ouro de 18 quilates não seja composto apenas de [ouro]” e, portanto, não se pode dizer que o vendedor induziu o comprador em erro.⁹ O caso envolveu um consumidor que adquiriu um relógio de ouro de 18 quilates, de acordo com as informações fornecidas pelo vendedor, mas que, de acordo com a reclamação do consumidor, ficou descolorido na coroa, levando-o a considerá-lo um produto não conforme com o contrato. Aparentemente, o árbitro considerou como limites ao dever de informação o “senso comum” ou as “normas da experiência”, os quais não estão tipificados na lei. A decisão parece ignorar a disposição acima mencionada sobre o direito à informação, que prevê que as informações sobre as características essenciais dos produtos devem ser verdadeiras e claras.

Adotando uma abordagem um pouco diferente, o árbitro do caso *Tapete Danificado* – cujo litígio teve origem nos danos provocados num tapete após a prestação de serviços de lavandaria – considerou que o operador comercial violou o dever de informação, apesar de este ter argumentado que o “encolhimento e deformação” não eram ocorrências atípicas considerando o material de que o tapete era feito. O árbitro considerou que, tendo conhecimento profissional sobre o assunto, era responsabilidade do operador comercial fornecer essas informações específicas ao consumidor antes da prestação dos serviços, para permitir que este tomasse uma decisão racional e informada sobre se, apesar disso, ainda queria celebrar o contrato.¹⁰

A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais de 1992 também prevê o direito de informação da parte receptora (geralmente um consumidor), impondo à parte que oferece as cláusulas não apenas o dever de uma comunicação adequada com antecedência à outra parte, sempre que esta se limite a subcrevê-las ou aceitá-las (art. 5 números 1 e 2), mas também impõe o dever de informar a esta sobre o conteúdo das cláusulas e fornecer esclarecimentos quando solicitados (art. 6). Outra legislação do Direito do Consumidor que prevê o direito à informação ou o dever correspondente inclui, por exem-

⁹ Um sumário do caso está disponível em Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2016) 278 (26) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021. O processo completo dos casos tratados pelo Conselho de Consumidores não é publicado e os nomes das partes não são divulgados.

¹⁰ Um sumário do caso está disponível em Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2017) 287 (25) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

plo, o Regulamento Administrativo n.º 17/2008, de 7 de julho – o Regime Geral de Segurança dos Produtos – (art. 5, número 1, (1)) e o Decreto-Lei n.º 50/92/M, de 17 de agosto – relativo à rotulagem dos géneros alimentícios – com a redação que lhe foi dada por legislação posterior. Estes últimos diplomas legais forem inspirados no Direito português e, por extensão, no direito da União Europeia.¹¹ As disposições destes instrumentos legais especiais estão alinhadas com o princípio geral da boa fé na formação de contratos, previsto no art. 219 do Código Civil de 1999, que normalmente é interpretado como compreendendo também o dever de informação.

Porém, a principal lacuna no tratamento do direito à informação antes da entrada em vigor da Lei 9/2021 prendia-se com a ausência um regime especial de responsabilidade civil que protegesse adequadamente o consumidor. Nenhuma das leis acima citadas dispunha de normas especiais sobre indemnização por danos causados pela violação do direito à informação, o que obrigava ao recurso à solução geral do Código Civil, que impõe como um dos requisitos de responsabilidade civil a existência de culpa por parte do agente (art. 477) e impõe o ónus da prova ao lesado (art. 480). Ora, devido à já mencionada assimetria de informação entre o consumidor e o provedor de bens ou serviços o consumidor, seria muito difícil para aquele provar a culpa deste. Portanto, esta solução legal era claramente inadequada para a proteção dos direitos e interesses daquele. As únicas sanções de nível especial eram de natureza administrativa, previstas pelo Regulamento Administrativo n.º 17/2008 (sobre segurança dos produtos) e pelo Decreto-Lei n.º 50/92/M (sobre rotulagem de géneros alimentícios).

É interessante notar que, no caso *Imagens Digitais Não Editadas* decidido pelo Centro de Arbitragem, o árbitro, apesar de decidir que o provedor de serviços de fotografia violou o dever de informação, por não ter informado o consumidor de que as imagens digitais a serem fornecidas para além das fotografias impressas não seriam editadas, ordenou apenas que o provedor de serviços fizesse correções e fornecesse imagens digitais editadas.¹² No caso

¹¹ Ver o Decreto-Lei 383/89, de 6 de novembro (alterado pelo Decreto-Lei 131/2001, de 24 de abril de 2001), que por sua vez seguiu a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das leis, regulamentos e procedimentos administrativos dos Estados-Membros relativas à responsabilidade por produtos defeituosos [1985] JO L 210 (alterada pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 1999 [1999] JO L 141).

¹² Um sumário do caso está disponível em Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2015) 259 (25) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

Telemóvel Japonês, um árbitro da mesma instituição reconheceu o direito do comprador de resolver o contrato entre ela e o vendedor do telemóvel, com o fundamento de que a compradora foi induzida em erro pelas informações fornecidas pelo vendedor, fazendo-a acreditar que o telemóvel por ela comprada era de uma “marca japonesa” e “fabricado no Japão”, quando, na verdade, havia sido produzido na China por uma sociedade comercial de propriedade conjunta chinesa e japonesa.¹³ O árbitro baseou a decisão no art. 240 do Código Civil de 1999, que prevê o direito de anular uma declaração negocial permeada por um erro essencial do declarante, desde que o erro fosse cognoscível pelo declaratário ou tenha sido causado por informações por este fornecidas. Nos dois casos aqui apresentados, não houve discussão sobre o aspeto da indemnização e sobre a existência ou não de culpa pelo prestador de serviços ou pelo vendedor. Tal pode ter sido devido ao fato de os reclamantes terem solicitado outros remédios e não a indemnização. A questão da indemnização foi discutida no caso *Tapete Danificado* discutido acima, sendo que o árbitro ordenou que o operador comercial pagasse uma indemnização ao consumidor pelo tapete danificado. No entanto, não houve necessidade de o consumidor provar a culpa do operador comercial, pois o árbitro aplicou as normas sobre o não cumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações, que impõem o ónus de provar a ausência de culpa ao devedor (art. 788 Código Civil), sendo, este regime, especial em relação às regras gerais de indemnização (art. 480 do Código Civil).

A Lei n.º 9/2021 desenvolve a regulação do direito à informação, apresentando uma disposição mais detalhada quanto às obrigações específicas do operador comercial aquando da prestação de bens ou serviços (art. 11), assim como normas sobre como o direito à informação deve ser satisfeito nos casos que envolvam bens cuja utilização, manuseamento ou consumo exijam particulares cuidados ou recomendações ou obedeçam a determinado procedimento ou modo específico de utilização (art. 13) e normas sobre a apresentação de preços (art. 14). No entanto, as lacunas relativas à inexistência de uma disposição especial sobre responsabilidade civil, concretamente sobre a alocação do ónus da prova da culpa, por violação do direito à informação prevalecem. Esta questão será retomada mais adiante,

¹³ Um sumário do caso está disponível em Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2016) 273 (22) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

a introdução de um período de reflexão de sete dias (art. 51) durante o qual o consumidor pode, às suas custas, resolver livremente o contrato sem a necessidade de fornecer qualquer justificação. Nos contratos celebrados à distância, nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e nos contratos em forma de pré-pagamento, esse período de reflexão de sete dias poderá ser estendido por um período adicional de 30 dias, em caso de violação do dever de informação (art. 51, número 3).

Uma questão de certo modo relacionada ao direito à informação é o direito de livre resolução do contrato por parte do consumidor. Este direito consiste essencialmente na retratação, pelo consumidor, da decisão de celebrar um contrato anteriormente concluído, dentro de um determinado prazo (período de reflexão) sem consequências jurídicas negativas. Antes da Lei 9/2021, nenhuma legislação de Direito do Consumidor em vigor em Macau previa o direito de livre resolução do consumidor, diferente da solução adotada por muitas legislações modernas de Direito do Consumidor no mundo e privando o consumidor de mais uma oportunidade de acesso à justiça material nas relações de consumo. A nova lei reverte este cenário, com a introdução de um período de reflexão de sete dias durante o qual o consumidor pode, resolver livremente o contrato sem a necessidade de fornecer qualquer justificação (art. 57). Nos contratos celebrados à distância, nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e nos contratos em forma de pré-pagamento, esse período de reflexão de sete dias poderá ser estendido por um período adicional de 30 dias, em caso de violação do dever de informação pré-contratual (art. 57, número 2).

3. Defesa do consumidor na venda de bens e na prestação de serviços. Os padrões de não conformidade

O antigo regime também não Macau não regulava de forma especial a venda de bens de consumo, não obstante a maior parte do comércio na Região envolver bens de consumo.¹⁴ Também não havia um regime especial relativo à prestação de serviços aos consumidores. Na ausência de um regime especial, aplicavam-se as disposições gerais do Código Civil, com as necessárias adaptações. Vejamos então como era a regulação nos termos do Código Civil, antes de analisarmos o que muda com a entrada em vigor da nova lei.

¹⁴ Ver os dados de comércio na introdução deste artigo.

Em relação ao contrato de compra e venda, o Código Civil contém dois regimes para bens defeituosos: para vendas não sujeitas a um prazo de garantia e para vendas sujeitas a um prazo de garantia. Nos dois casos, existem três tipos de remédios para o comprador: reparação, substituição e pedido de anulação do contrato e indemnização.

Para vendas não sujeitas a um prazo de garantia, o comprador tem o direito de exigir a reparação da coisa, como já foi dito (art. 906). No entanto, o direito alternativo – exigir a substituição da coisa – está sujeito a duas condições: ser “necessária” e a coisa em questão ser “fungível” (art. 907). Embora a segunda condição possa ser facilmente avaliada, a determinação da satisfação da primeira condição pode certamente gerar litígios. Não obstante, é razoável considerar a condição de necessidade satisfeita nos casos em que a reparação seja totalmente impossível ou não possa ser feita sem reduzir o valor ou a funcionalidade da coisa, ou se o processo de reparação for a levar um tempo excessivamente longo. Em todo caso, terá que ser feita uma análise casuística para a verificação do preenchimento ou não do requisito.

Se o vendedor agiu sem culpa, comprador não tem direito à reparação nem à substituição. No entanto, o ónus da prova da culpa do vendedor pela venda de bens defeituosos recai sobre o vendedor, à luz do art. 788 do Código Civil de 1999 (que rege sobre o ónus da prova pelo não cumprimento/cumprimento defeituoso de uma obrigação cível). Quando relacionada a um pedido de indemnização, esta é uma disposição especial em relação à disposição geral do art. 480 do Código Civil de 1999, que impõe o ónus da prova à parte que pede indemnização. O consumidor apenas assumia o ónus de provar a natureza defeituosa do bem, pois no antigo regime havia uma presunção de conformidade a todo tempo.

No caso *Armação da Cama Riscada*, um consumidor requereu a anulação de um contrato de compra e venda de uma cama e o reembolso do preço pago por ela, alegando que o bem entregue não estava em conformidade com o contrato.¹⁵ O defeito na cama que foi entregue consistia em arranhões na sua estrutura.¹⁶ O árbitro rejeitou o pedido do consumidor por considerar que o defeito afetava apenas a aparência estética do produto, mas não afetava a sua funcionalidade e ordenou que o vendedor efetuasse

¹⁵ Um sumário do caso está disponível em Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2017) 284 (20) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

¹⁶ Ibid.

a reparação, com base no art. 914 do Código Civil que rege sobre a garantia de bom funcionamento.¹⁷

Sendo aplicável um prazo de garantia, por força de contrato ou usos, a culpa do vendedor é irrelevante para o exercício pelo comprador do direito de reparação ou substituição (art. 914). No entanto, para a substituição, as condições de “necessidade” e “fungibilidade” da coisa também se aplicam. O defeito deve ser denunciado dentro do prazo de garantia e no prazo de 30 dias após a descoberta do defeito, salvo acordo em contrário entre as partes (art. 914, número 3). O direito de intentar uma ação pedindo a anulação do contrato e indenização também só pode ser exercido dentro do prazo de seis meses após a denúncia do defeito ao vendedor e está sujeito à condição de que essa denúncia seja feita dentro do período legalmente estabelecido ou acordado pelas partes, conforme descrito acima. Neste caso, não há diferença entre os prazos aplicáveis aos casos em que há dolo e os casos em que há simples erro.

Quanto aos contratos de prestação de serviço tipificados (contratos de mandato, de depósito e de empreitada), apenas o contrato de empreitada contém disposições sobre a prestação de serviços com defeito (defeitos da obra). Como no contrato de compra e venda, os defeitos devem ser denunciados dentro do prazo de 30 dias contados a partir da data do seu conhecimento (art. 1146) e o direito de iniciar um processo de arbitragem ou uma ação judicial expira no prazo de um ano após a rejeição da empreitada defeituosa ou da sua aceitação com reservas (art. 1150). Como no contrato de compra e venda, com as devidas adaptações, o dono da obra tem o direito de exigir a eliminação dos defeitos, se possível, ou de exigir uma nova construção se os defeitos não puderem ser eliminados (art. 1147, número 1). Contudo, os direitos à reparação e à reconstrução cessa se as despesas forem desproporcionais ao preço (art. 1147, número 2), disposição sem paralelo no regime do contrato de compra e venda.¹⁸ A alternativa para o dono da

¹⁷ Ibid. Nos termos do número 1 do referido artigo, “Se o vendedor estiver obrigado, por convenção das partes ou por força dos usos, a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, cabe-lhe *repará-la*, ou substituí-la quando a substituição for necessária e a coisa tiver natureza fungível, independentemente de culpa sua ou de erro do comprador”. O itálico é nosso.

¹⁸ No entanto, a Proposta de Lei de Proteção do Consumidor de 2019 propõe uma solução semelhante em relação aos contratos de consumo que envolvam o fornecimento de bens e serviços (art. 34, números 3 e 4 e art. 40, número 3).

obra é exigir a redução do preço ou resolução do contrato (art. 1148) e indemnização em termos gerais (art. 1149).

O caso *Azulejos para Cozinha Não Uniformes* decidido pelo Centro de Arbitragem envolveu uma suposta não conformidade com o contrato de um serviço de empreitada, pelo fato de o empreiteiro ter colocado numa das paredes da cozinha azulejos com desenhos diferentes dos constantes nos azulejos colocados nas três paredes restantes.¹⁹ Na decisão em que indeferiu o pedido do consumidor, o árbitro concentrou-se no prazo de denúncia dos defeitos e de submissão do pedido de arbitragem ou de proposição da ação judicial.²⁰ Tendo o consumidor denunciado os defeitos após mais de um ano, o árbitro negou provimento ao pedido com fundamento na violação do prazo para o efeito.²¹

A disposição do artigo 788 do Código Civil também era aplicável aos casos de cumprimento defeituoso da prestação de serviços, ou seja, havia uma presunção de culpa do operador comercial por esse cumprimento defeituoso.

Com a entrada em vigor da Lei 9/2021, foram introduzidas normas especiais sobre o fornecimento de bens e serviços de consumo. O consumidor, está, nos termos desta lei, isento do ónus de provar a culpa do operador comercial pelo fornecimento de bens ou serviços defeituosos (arts. 37, número 2 e 44, número 2). Esta solução jurídica não é nova, uma vez que, mesmo à luz do antigo regime, conforme vimos, o ónus da prova da ausência de culpa pelo cumprimento defeituoso da prestação de bens ou serviços cabia ao operador comercial (art. 788). Não obstante, a inclusão de normas especiais para as relações de consumo, ainda que com a mesma solução que para o geral das relações cíveis, é louvável e de bom método uma vez se ter regulado especialmente e a prestação de bens e serviços de consumo.

Porém, entendemos que o ideal seria que houvesse uma norma geral, mais abrangente, invertendo o ónus de prova da culpa nas relações de consumo. A solução adotada, ainda que cobrindo um grande número de potenciais situações de conflitos de consumo envolvendo pedidos de indemnização, deixa de fora outros casos que podem não se enquadrar na prestação de bens ou serviços defeituosos. Por exemplo, danos emergentes da vio-

¹⁹ Um sumário do caso está disponível em Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2018) 303 (23) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

lação do direito à informação, nas suas diversas vertentes, parece ainda estar sujeito às normas gerais de responsabilidade civil Código Civil – que, reitera-se, colocam o ónus de provar a culpa do agente pela prática do facto danoso no lesado (art. 480) – uma vez não haver disposição especial que trata da questão. Mesmo nos casos de violação do dever de prestar informação pré-contratual nos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial e nos contratos em forma de pré-pagamento, coloca-se apenas, sobre o operador comercial, o ónus da prova do cumprimento do dever de informação (arts. 51, número 4 e 54, número 4). No entanto, não se atende à questão da alocação do ónus da prova da culpa pelo não cumprimento desse dever, que é um dos requisitos para que haja responsabilidade civil. A redação dessas disposições abre espaço para situações em que, mesmo que o operador comercial não possa provar que cumpriu o dever de informação, o consumidor ainda tenha uma tarefa mais difícil: provar que o operador comercial agiu com culpa em não cumprir esse dever.

A nova lei introduz uma presunção ilidível de que o defeito detetado dentro de seis meses após a entrega do bem já existia no momento da sua entrega (art. 36, número 2), o que aumentaria significativamente a proteção ao consumidor. Após seis meses, existe uma presunção de conformidade e, portanto, o consumidor precisa de provar qualquer alegada não conformidade. Esta solução representa uma reversão parcial do regime anterior, pois, de acordo com as disposições do Código Civil, conforme já vimos, existe sempre uma presunção geral implícita de conformidade, pois o ónus da prova de não conformidade com o contrato recai inteiramente sobre o consumidor. É evidente que a nova lei inspirou-se na Diretiva da União Europeia 1999/44/EC sobre a venda de bens de consumo, no que diz respeito à presunção de não conformidade nos primeiros seis meses após a entrega do bem. No entanto, a nova lei mantém o período de um ano já presente no Código Civil, dentro do qual o operador comercial é responsável por qualquer não conformidade dos bens com o contrato (art. 36, número 1), diferentemente dos dois anos estabelecidos na Diretiva 1999/44/CE (art. 5, número 1). Além disso, a nova lei mantém a limitação do prazo de 30 dias para o consumidor informar o vendedor sobre a não conformidade (art. 38, número 2), o que também representa um padrão mais baixo do que o usado na União Europeia, de acordo com a Diretiva 1999/44/CE, que estabelece um prazo de pelo menos dois meses (art. 5, número 2).

4. Práticas comerciais desleais

A Lei 12/88/M já declarava o direito do consumidor à proteção da saúde e à segurança contra as práticas desleais ou irregulares de publicitação ou fornecimento de bens ou serviços (art. 3, al. a)). Como parte do direito do consumidor à igualdade e lealdade, esta Lei indicava, *inter alia*, a proteção contra abusos resultantes da adoção de contratos-tipo e métodos agressivos de promoção de vendas, que prejudicassem a avaliação consciente das cláusulas contratuais (art. 7, al. a)) e a inexigibilidade do pagamento de bens ou serviços cuja prestação não tenha sido expressamente solicitada (art. 7.º, al. c)).

A Lei 9/2021 vem introduzir disposições detalhadas sobre práticas comerciais desleais, que incluem “práticas comerciais enganosas” (art. 27) e “práticas comerciais agressivas” (art. 28). As mesmas disposições que contêm longas listas de ações consideradas práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas. Nos casos considerados violações graves, além de multas que variam de 20.000 Patacas (cerca de USD 2.478) a 60.000 Patacas (USD 7.434), a Proposta de Lei de Proteção do Consumidor de 2019 propõe a aplicação das sanções de encerramento do estabelecimento comercial e/ou interdição do exercício da atividade comercial relevante (art. 63). Não sendo claros os critérios de avaliação da gravidade da infração ou da culpa do infrator, a determinação fica ao critério da Administração Pública. A possibilidade de aplicação desse conjunto mais severo de sanções seria, pelo menos formalmente, um grande dissuasor para possíveis infratores, embora o seu impacto real dependeria de como a Administração Pública exerceria seu poder discricionário.

Não obstante o fato de práticas comerciais desleais parecerem ser um dos principais focos do Projeto de Lei de Proteção ao Consumidor de 2019, nenhum caso importante envolvendo o problema foi reportado em Macau. Isto não significa que o problema seja inexistente, mas a ausência de legislação listando práticas consideradas injustas, como as existentes na Proposta de Lei de Proteção do Consumidor de 2019, pode ser um obstáculo prático para que os consumidores as identifiquem nas suas relações de consumo.

A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais de 1992 também impõe algumas barreiras à adoção de cláusulas que podem dar origem a práticas comerciais desleais, impondo proibições absolutas e proibições relativas, bem como estabelecendo mecanismos de controlo, como já descrito acima.

Outra legislação relevante para a proteção do consumidor contra práticas comerciais desleais é a Lei n.º 7/89/M, de 4 de setembro – a Lei das

Atividades Publicitárias. Há uma declaração interessante no preâmbulo, indicando esta lei inspira-se em leis portuguesas sobre atividades publicitárias, nomeadamente, o Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de junho e a Lei n.º 96/88, de 17 de agosto,²² “por sua vez, acolheram de perto soluções adoptadas em países onde se encontra já enraizada uma forte consciência de defesa dos consumidores”.²³ Assim, fica claro que, como a maior parte da legislação contemporânea de Macau, a Lei das Atividades Publicitárias foi diretamente inspirada por soluções adotadas no Direito português e, por extensão, pelo Direito europeu.

Como princípios gerais, a Lei estabelece que as mensagens publicitárias devem ser lícitas, identificáveis (como publicidade) e verdadeiras, e devem respeitar os princípios de concorrência livre e justa e proteção do consumidor (art. 3). A mesma lei lista uma série de formas proibidas de publicidade (arts. 7 e 8) e formas de publicidade sujeitas a condições (art. 9). Estabelece também que as mensagens publicitárias não devem induzir o consumidor em erro quanto às condições de aquisição de bens e serviços.

Vale ressaltar, ainda, que a Lei das Atividades Publicitárias contém normas destinadas a regulamentar a publicidade imobiliária (art. 17) e de viagens e turismo (art. 18).

Ao contrário da Lei de Defesa do Consumidor de 1988 e da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais de 1992, que são omissas quanto à responsabilidade do infrator pela violação dos direitos do consumidor, a Lei das Atividades Publicitárias contém uma disposição de responsabilidade (art. 25), a qual declara a responsabilidade solidária dos proprietários dos suportes publicitários e do agente de publicidade com o anunciante por danos causados a terceiros como resultado da disseminação de mensagens publicitárias ilegais (número 1). A mesma lei também contém uma disposição sobre responsabilidade criminal (art. 26), declarando que os crimes cometidos

²² O Decreto-Lei n.º 303/83 foi posteriormente revogado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, que, entre outras coisas, harmonizou a legislação portuguesa com a legislação da União Europeia (Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa [1984] JO L 250 (revogada) e a Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva [1989] OJ L 298 (revogada) e a Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras [1989] ETS n.º 132).

²³ A Lei n.º 12/88/M de 13 de junho aprovou a Lei de Proteção do Consumidor de 1988.

por meio da disseminação de mensagens publicitárias estão sujeitos às disposições da lei criminal (número 1) e definindo os termos de participação de cada agente (números 2 e 3). Também vale mencionar a possibilidade de imposição de sanções administrativas (multas) por violação das disposições sobre publicidade previstas na lei (art. 27).

Outra lei importante, especialmente para a componente da responsabilidade penal (e administrativa) por práticas comerciais desleais é a Lei 6/96/M, de 15 de julho, que introduz o regime jurídico infrações contra a saúde pública e contra a economia (tomando em consideração alterações posteriores). ²⁴Esta Lei declara, por exemplo, a cobrança de preços mais altos do que os permitidos pelos regimes legais ou mais altos do que os mostrados nos rótulos, placas ou listas preparadas pela própria entidade vendedora é ilegal e punível com uma pena de seis meses a três anos de prisão (art. 23). A mesma pena é aplicável a casos de açambarcamento, que consiste essencialmente na prática de reter produtos e não colocá-los à venda em casos de escassez ou para afetar negativamente o suprimento normal de bens de primeira necessidade (art. 24).

O próprio Código Penal especifica diversos crimes que podem ser cometidos por práticas comerciais desleais, como o de fraude (art. 211), de extorsão (art. 215 e 216) e de usura (art. 219). Estes crimes são em geral e normalmente puníveis com penas de até 3 anos ou multa, exceto o crime de extorsão que é punível, como regra, com uma pena de 2 a 8 anos, ou até 2 anos ou multa até 240 dias quando o objeto de extorsão for um documento.

5. Resolução de litígios

Em Macau, o Conselho de Consumidores tem como uma das suas atribuições “ajudar as partes a resolver os conflitos de de consumo através da mediação e arbitragem institucionalizadas” (art. 7, número 2 da Lei 9/2021). Logo aqui nota-se uma importante inovação, relativamente ao regime anteriormente vigente, estabelecido pela Lei 4/95/M de 12 de junho (que reestruturava o Conselho de Consumidores), designadamente a eliminação da limitação, na lei, do âmbito de litígios que podem ser tratados pela instituição. No regime anterior, as competências do Conselho de Consumidores limitavam-se a “pequenos litígios” de consumo (art. 2, alínea g) da Lei 4/95/M). No entanto, o Regulamento do Centro de Arbitragem de

²⁴ Para os crimes tipificados por esta Lei e as respetivas penas aplicáveis, ver o Capítulo II, Seção I da mesma.

Conflitos de Consumidores de Macau (Regulamento) ainda contém uma importante limitação: apenas litígios de valor inferior a 50.000 patacas podem ser sujeitos à conciliação, mediação ou arbitragem do Centro de Arbitragem (art. 1). Porém, a nova formulação legal abre espaço para uma possível reavaliação do âmbito da competência em razão do valor do Centro de Arbitragem.

A nova lei também traz como novidade a previsão de arbitragem necessária para o operador comercial quando estejam em causa conflitos de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais, sempre que o consumidor opte expressamente por submeter o litígio à arbitragem do Centro de Arbitragem.

Os operadores comerciais podem aderir antecipadamente ao regime de regulamentação do Centro para a arbitragem de litígios de consumo em que venham a se envolver, devendo fazê-lo por escrito (art. 7 do Regulamento).

O processo começa com uma reclamação da parte que considera que seus direitos foram violados, sendo que a mesma deve ser feita de acordo com o art. 8 do Regulamento. Note-se que, além da reclamação presencial, o Centro de Arbitragem possui um mecanismo de reclamações online e um serviço de gravação de chamadas fora do horário de expediente.²⁵ As partes são então notificadas para uma tentativa de conciliação ou, se esta tentativa fracassar, um julgamento (art. 9 do Regulamento). Se as partes chegarem a um acordo no processo de conciliação, esse acordo será homologado e terá o mesmo valor que uma decisão proferida em sentença arbitral (art. 14 do Regulamento), que, por sua vez, possui a mesma força de execução que uma sentença de um tribunal judicial (art. 17, número 2 do Regulamento).

A existência de uma convenção de arbitragem é um impedimento para as partes submeterem o litígio aos tribunais judiciais, mas se for intentada uma ação num tribunal judicial em violação da referida convenção, a incompetência deste tribunal deve ser arguida no prazo estabelecido para o primeiro articulado de defesa (art. 31 do Código de Processo Civil de 1999). As partes estão vinculadas à decisão arbitral do Centro de Arbitragem, embora possam contestar sua validade junto aos tribunais judiciais nos

²⁵ Para mais detalhes, incluindo os formulários para reclamações, para informações e para sugestões, visitar: Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, 'Reclamação e pedido de informação sobre o consumo' <https://www.consumer.gov.mo/ocs/Default.aspx?lang=pt>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

mesmos termos que outras decisões arbitrais (artigos 37 a 39 do Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho).

Parece surpreendente que, embora a mediação seja uma das funções do Centro de Arbitragem (art. 2, al. g) da Lei 4/95/M, de 12 de junho, conjugado com o art. 1 do Regulamento), o mesmo não disponha de nenhuma norma sobre o processo de mediação, exceto o art. 1, que define o seu objeto.²⁶ A Proposta de Lei de Proteção do Consumidor (2019) sugeria a remissão da questão à regulamentação por uma lei especial. A Nota Justificativa sugere que a referida lei especial tomaria em consideração as experiências de Hong Kong e Taiwan sobre a matéria.²⁷ No entanto, essa menção a uma lei especial não se encontra na versão aprovada da Lei 9/2021.

Várias ideias que foram inicialmente avançadas e discutidas durante a preparação da Proposta de Lei de Proteção do Consumidor de 2019, não se encontram na versão enviada à Assembleia Legislativa, nem na versão aprovada da Lei 9/2021. Por exemplo, em relação à arbitragem, inicialmente havia sido proposto que o atual procedimento de arbitragem fosse simplificado, embora não houvesse sido indicado como essa simplificação poderia ser feita.²⁸ Inicialmente, também havia sido proposto que as qualificações exigidas para os árbitros fossem relaxadas, deixando-se de considerar apenas magistrados judiciais para incluir também aqueles “com diploma em Direito ou profissionais qualificados”.²⁹ No entanto, após um retorno negativo do público, o grupo de trabalho responsável pela organização da revisão voltou à sua proposta inicial.³⁰

O Conselho de Consumidores estabeleceu em março de 2018 um sistema online de resolução de litígios, que visa especialmente lidar com litígios

²⁶ No entanto, o formulário online para reclamações contém a seguinte observação: “É aconselhável o consumidor negociar primeiro com a empresa para resolver o litígio. Se a negociação não resultar em sucesso, o consumidor pode apresentar queixa junto ao Conselho de Consumidores. *Este Conselho tenta resolver litígios entre consumidores e comerciantes através de mediação.*”. O itálico é nosso.

²⁷ Nota Justificativa da Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Consumidor 2019. <http://www.al.gov.mo/pt/law/lawcase/374>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

²⁸ Conselho de Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, ‘Revisão da Legislação Relativa à Protecção dos Direitos e Interesses dos Consumidores: Relatório Final da Consulta Pública’ (9 de fevereiro de 2015) <http://www.consumer.gov.mo/Advert/cps.aspx?lang=pt>. Último acesso em 20 de setembro de 2019

²⁹ Ibid 19.

³⁰ Ibid 22.

de consumo transfronteiriços.³¹ Para viabilizar o seu funcionamento, o Conselho de Consumidores celebrou acordos de cooperação com as congêneres da Área da Grande Baía, que inclui cidades da província de Guangdong, na China continental e Hong Kong.³² Em novembro de 2018, o sistema foi utilizado para realizar uma conciliação bem-sucedida entre um consumidor de Macau e um agente imobiliário do distrito de Hengqin, na cidade vizinha de Zhuhai (China continental).³³ O plano é estender gradualmente o uso desse sistema de resolução de litígios online para litígios transfronteiriços envolvendo casos não apenas com ligação à China continental, mas também de outras partes do mundo.³⁴

As partes podem, se assim o desejarem, e se o valor da causa não exceder 100.000 Patacas (cerca de USD 12.400) – que é o valor até ao qual os tribunais de primeira instância podem decidir sem a possibilidade de recurso (art. 18, número 1 da Lei 9/99 de 20 de dezembro, a Lei de Bases da Organização Judiciária de 1999) – e desde que não exista convenção de arbitragem, submeter o seu litígio ao Tribunal Judicial de Base. O mesmo será ouvido num Juízo de Pequenas Causas Cíveis, em processo especial – “o processo referente a pequenas causas” – (ver as disposições combinadas do art. 10, número 2, art. 27, número 1 e art. 29-A da Lei de Bases da Organização Judiciária de 1999 e do artigo 1285, número 1, alínea b) do Código de Processo Civil de 1999). Se o valor da causa exceder 100.000 Patacas, a ação deverá, não obstante, ser intentada junto do Tribunal de Base Judicial, mas desta feita será ouvida por uma Seção Cível, nos termos do processo comum (ver as disposições combinadas do art. 10, número 2, art. 27, número 1, e artigo 28 da Lei de Bases da Organização Judiciária de 1999, e artigo 369, número 2, última parte, do Código de Processo Civil de 1999). Nos casos em que o valor da causa não exceda 250.000 Patacas (cerca de USD 31.000), o mesmo será tratado nos termos do processo sumário e, se o valor da causa exceder esse limite, seguirá os termos do processo ordinário (art. 371 de Código de Processo Civil de 1999).

No entanto, das sentenças proferidas pelo Tribunal da Base Judicial, publicadas na página dos tribunais da RAEM de Macau até a data da redação,

³¹ Conselho de Consumidores do Governo da Região Administrativa Especial de Macau (2018) 304 (18) O Consumidor <http://www.consumer.gov.mo>. Último acesso em 20 de outubro de 2021.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

nenhum deles lida com litígios de consumo. Obviamente, isto não significa que não haja litígios de consumo que possam ter sido submetidas à apreciação dos tribunais judiciais, uma vez que a maioria das decisões do Tribunal Judicial de Base não é publicada.

Os tribunais de Macau têm, em geral, competência sobre litígios inter-regionais de consumidores envolvendo um elemento da China continental, Hong Kong ou Taiwan, ou mesmo litígios transnacionais que envolvam um elemento pessoal ou patrimonial em Macau e um elemento de outras jurisdições estrangeiras. Como princípio, Macau tem jurisdição sobre todos os litígios (de consumo) no Território (art. 19 da Lei Básica de Macau; art. 1 da Lei de Bases da Organização Judiciária de 1999). O Código de Processo Civil de 1999 contém disposições mais detalhadas sobre a competência dos tribunais de Macau. Se o fato que deu origem ao litígio ocorreu em Macau, ou se houver uma conexão pessoal ou patrimonial do litígio com Macau, os tribunais de Macau têm competência sobre o caso (art. 15 do Código de Processo Civil de 1999).

As litígios inter-regionais, especialmente os que envolvem partes de Macau e da China continental, são cada vez mais comuns, especialmente os que envolvem turistas que visitam Macau e, até certo ponto, residentes de Macau que compram produtos do continente através da internet. Conforme mencionado acima, por enquanto, Macau não possui legislação que lide especificamente com litígios de comércio eletrónico ou mesmo normas substantivas sobre transações eletrónicas. Assim, os litígios de comércio eletrónico são tratados de acordo com as disposições gerais do Código de Processo Civil de 1999 e as disposições relevantes da legislação especial de Direito do Consumidor.

6. Notas conclusivas

Antes da aprovação da Lei 9/2021, a regulação das relações de consumo era caracterizada pela ausência de uma lei de defesa do consumidor abrangente que garantisse a proteção adequada dos direitos e interesses dos consumidores. Apesar de, nominalmente, existir uma lei especial de defesa do consumidor (a Lei 12/88/M), a mesma era largamente incompleta, limitando-se essencialmente à enunciação de princípios e direitos relativos à proteção do consumidor, sem prever soluções para a maior parte dos problemas típicos das relações de consumo.

O tratamento de problemas específicos relacionados com o fornecimento de bens e serviços ao consumidor encontrava-se fragmentado pelo sistema

jurídico. Com a exceção de algumas questões tratadas por via de legislação avulsa como, por exemplo, as relativas às cláusulas contratuais gerais, a maior parte dos problemas jurídicos inerentes às relações de consumo não se beneficiavam de tratamento especial, vigorando o mesmo regime geral aplicável às relações cíveis, nos termos do Código Civil ou do Código Comercial. Por exemplo, não havendo regulamentação especial dos contratos sobre a compra e venda de bens de consumo ou prestação de serviços ao consumidor, as normas aplicáveis eram as normas gerais sobre contratos de compra e venda estabelecidas no Código Civil, incluindo para o tratamento de situações de não-conformidade e de indemnização por danos.

Considerando que a razão de ser do Direito do Consumidor é, *inter alia*, a necessidade restabelecer a igualdade material e garantir a justiça nas relações jurídicas de consumo, pode-se dizer que o regime anterior à Lei n.º 9/2021 não conseguia alcançar esses fins. Na verdade, sendo amplamente aceite que as relações jurídicas de consumo envolvem duas partes em situação de desigualdade material, em razão da assimetria de informação entre o operador comercial e o consumidor, em desfavor deste, e, consequentemente, em razão do relativo menor poder negocial do consumidor, a ausência de uma lei especial abrangente deixava o consumidor numa situação de vulnerabilidade.

A nova lei vem colmatar grande parte destes problemas, marcando passos significativos no esforço de restabelecimento da igualdade e justiça materiais nas relações de consumo. Ela moderniza significativamente o Direito do Consumidor de Macau, contendo um regime muito mais desenvolvido e claro e introduzindo soluções que há muito faziam falta, como o direito de livre resolução do consumidor. Também há outros pontos de avanço que não forma objeto de análise neste artigo, como, por exemplo, a regulação dos contratos celebrados à distância, contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e contratos em forma de pré-pagamento.

Outra questão que merece menção, apesar de não tratada ao longo do artigo, é a introdução de sanções administrativas para uma gama de infrações: violação do direito à informação, aquisição forçada de bens ou serviços, não emissão de recibo ou não emissão de recibo nos termos estabelecidos, não prestação de informações requeridas ao Conselho de Consumidores, violação dos direitos do consumidor no âmbito do direito de livre resolução do contrato e a adoção de práticas comerciais desleais, enganosas ou agressivas, nos termos do art. 68. As multas variam entre 5.000 a 60.000 patacas, aproximadamente 623 a 7.477 dólares americanos. Para casos especial-

mente graves de práticas comerciais agressivas e enganosas, por exemplo, o Conselho de Consumidores pode decidir pelo encerramento do estabelecimento comercial e/ou interdição do exercício da atividade comercial em causa.

Por fim, vale mencionar o facto de os poderes do Conselho de Consumidores terem sido significativamente ampliados para incluir poderes de fiscalização, incluindo o poder de exigir informações dos operadores comerciais, podendo recorrer ao auxílio das autoridades policiais em caso de oposição ou resistência (art. 66). A nova lei também concede ao Conselho de Consumidores poderes para conduzir o processo de apuração da ocorrência ou não de uma infração (art. 72) e, em caso afirmativo, de aplicar as sanções administrativas necessárias (art. 68). Em geral, pode-se dizer que o Conselho de Consumidores é, com o novo regime, uma entidade reguladora das relações de consumo, desempenhando um papel mais ativo na elaboração, divulgação e promoção de políticas, bem assim na fiscalização do cumprimento da lei e na resolução de litígios (art. 7). Estes desenvolvimentos têm obviamente o potencial de melhorar a qualidade das políticas de proteção de direitos e interesses do consumidor e a eficácia da proteção substantiva prevista nas leis.

CONSUMER LAW IN THE UNITED KINGDOM

CHRISTINE RIEFA¹

SUMMARY: *1. Legislative framework; 2. Enforcement framework; 2.1. Institutional framework of public enforcement; 2.1.1. Institutions overseeing consumer law enforcement; 2.1.2 Enforcement powers and sanctions; 2.2 Courts, ADR and the Private Enforcement of Consumer Law; 2.3 Role of Consumer Bodies in Enforcement; 3. Future Direction in Consumer Protection; 3.1. Key legislative changes following Brexit; 3.2. Enhancement of CMA's Enforcement Capability in the Digital Environment; Conclusion.*

The birth of modern consumer law often coincides with the famous Kennedy Speech to Congress in the USA in 1962, which recognized 4 main rights of consumers: the right to safety, the right to be informed, the right to choose and the right to be heard.² However, in the UK, the Molony report played an important role in shaping consumer law, when it reported on the findings of the Committee on Consumer Protection regarding measures desirable for the further protection of the consuming public, the same year. The Molony Committee recognized the consumer as a weaker party in its interaction with businesses but was reluctant to offer him or her too much protection. It focused on the modernization of a few already

¹ University of Reading. Thanks to Nadia Musa for assistance in research and writing this piece, notably on the Brexit overview.

² Gerhard Peters and John T. Woolley, 'John F. Kennedy, Special Message to Congress on Protecting the Consumer Interest' (The American Presidency Project, 15 March 1962) <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9108>> accessed 12 August 2021.

existing rules, rather than the definition of a set of consumer rights. Consumer protection in the UK nonetheless developed from the mid-20th century, particularly with two important pieces of statutes, namely the Unfair Contract Terms Act 1977 and the Sale of Goods Act 1979.³ The Sale of Goods Act has longer roots, dating as far back as the Sale of Goods Act 1893, which codified the common law of sales.

Consumer protection policy in the UK is openly linked to competition law. It ‘has long been recognised that competition law and consumer protection are mutually reinforcing disciplines’⁴, but in the UK, the prevalent ordering of enforcement mechanisms has seen consumer protection as ‘subservient’ to competition law according to Siciliani, Riefa and Gamper.⁵ Indeed, from the outset, in the work of the Molony Committee on Consumer Protection back in 1959, the philosophy was that competition and market forces were the best protections for consumers’ interest.⁶ The trend continues to today. For example, the CMA’s Digital Market Strategy from July 2019 highlights that the ‘CMA works to promote competition for the benefit of consumers, both within and outside the UK, to make mar-

³ Gordon Borrie, *The Development of Consumer Law and Policy – Bold Spirits and Timorous Souls* (The Hamlyn Lectures:, 36th Series, Stevens 1984) 2.

⁴ John Vickers, ‘Keynes Lecture in Economics: Economics for Consumer Policy’ (2004) 125 Proceedings of the British Academy <www.thebritishacademy.ac.uk/sites/default/files/pba125p287.pdf> accessed 20 August 2021; KJ Cseres, *Competition Law and Consumer Protection* (Kluwer Law International 2005) 1.

⁵ For more on the relationship between consumer and competition law and policy, see Paolo Siciliani, Christine Riefa and Harriet Gamper, *Consumer Theories of Harm – An Economic Approach to Consumer Law Enforcement and Policy Making* (Hart Publishing 2019). The authors advocate that consumer and competition law enforcement should work on an equal partnership rather than consumer law remaining subservient to competition law. The authors propose to introduce a more economic approach to consumer law enforcement (akin to the approach in competition law, through the application of theories of harm). This would indeed empower enforcers to act in areas where detriment for consumers derives from a lack of professional diligence. Economic models can be used to identify detriment and best allocate resources. Consumer law enforcement can be much prompter than competition law enforcement and thus prevent the issue from deteriorating to the point where not even competition enforcement would suffice to restore a fair market outcome. In turn, more reliable consumer enforcement ought to help develop a general and positive duty to trade fairly, shaping markets for the future and lessening the need for competition enforcement, thanks to the fact that the presence of more confident and assertive consumers empowers competition on the merits (see p.9).

⁶ Iain Ramsay, *Consumer Law and Policy – Text and materials on regulating consumer markets* (3rd ed, Hart Publishing 2012) 3.

kets work well for consumers, businesses, and the economy.⁷ Competition therefore remains a driver and primary tool. One of the reasons for such focus (which is not unusual in the EU and further afield) is that competition law enforcement has traditionally been more centred on public enforcement whereas consumer law tends to focus on private actions (which places the burden of enforcement on consumers). However, the UK has changed position somewhat in recent years, with a strengthening of public enforcement (so far not based on administrative powers for the enforcement of consumer law) and some on-going reforms in this direction.

The UK is a common law jurisdiction with some differences in the law governing its different nations. The United Kingdom is composed of England, Wales, Scotland and Northern Ireland. Notably, Scotland has a different legal system (largely influenced by civil law), whereas the rest of the UK's system is based on common law. Therefore, when discussing consumer law in the UK, a distinction ought to be made between the law in Scotland (not included in this chapter) and the law normally applicable to England, Wales and Northern Ireland (although some variations may also exist across those nations, notably concerning enforcement). The consumer protection policy in the UK has heavily been influenced by EU consumer law and is likely to remain so, although some changes are to be expected post-Brexit.

This chapter charts the current legislative (1) and enforcement (2) frameworks in place in the UK and assesses the future direction of consumer protection (3) and notably the impact of Brexit.

1. Legislative framework

The legislative framework for consumer law itself is made up of several statutes and statutory instruments and rules of common law, some of which have been consolidated. The influence of European consumer law on UK law is well documented and was enabled by the application of the European Communities Act 1972 which enabled the direct application of

⁷ Competition & Markets Authority, 'The CMA's Digital Markets Strategy' (GOV.UK July 2019) 6 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/814709/cma_digital_strategy_2019.pdf> Accessed 15 August 2021.

EU law such as Regulations and the implementation of Directives via statutory instruments.⁸

Overall, the law is an intricate patchwork and can be difficult to navigate. The law in the UK is not codified and it is not always obvious what a particular instrument does contain or cover. For example, the Consumer Rights Act 2015 (CRA 2015) which may be understood as the main piece of legislation governing consumer protection because of its name, in fact only covers a limited number of aspects, namely sales and unfair terms. It also dealt with a large amount of enforcement matters, some beyond the remit of consumer law. The CRA 2015 consolidates the rules of:

- the Sale of Goods Act 1979⁹ (regarding implied terms in consumer contracts),
- the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 and the Supply of Goods and Services Act 1982 (concerning implied terms in contracts for hire, hire purchase, work and materials and terms based on care and skill in relation to the service element in contracts for the supply of services, work and materials).¹⁰
- the Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 which provided for various remedies such as repair of goods, replacement of goods, price reduction or rescission.¹¹

In addition, the CRA does consolidate rules concerning unfair terms. This includes the Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) and the Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 (UCTCCR, which implemented EU legislation) that governed the area with significant overlaps. The UCTA covers business to business contracts and this part of the Act subsists. Any situations that would fall outside of the scope of the above statutes are governed by various common law rules. The CRA 2015 also covered some elements of collective actions (follow-up and stand-

⁸ See sections 2(1) and (2) respectively. For more on the application of those section, see Christian Twigg-Flesner, UK Consumer Law after withdrawal from the European Union (Brexit) Working paper 5/2021, Jean Monet Chair of EU Private Law, 4-7.

⁹ Note that the Sale of Goods Act is a general sales code, which covers not only the terms on quality, fitness etc (which now only apply to B2B contracts), but also rules on passing of property and title, delivery, acceptance etc, all of which still both apply to B2B, B2C and C2C.

¹⁰ Christine Riefa, 'Codification: The Future of English Consumer Law?' [2015] EUCML 1, 10.

¹¹ Ibid 11.

alone) in front of competition law tribunals for violation of competition law, that while connected, are in fact beyond the remit of consumer law.

Other legislation relevant to consumer protection is contained in a wide variety of statutes too numerous to cite them all, but which includes: The Consumer Credit Act 1974 and The Consumer Credit Act 2006 (all on consumer credit in various forms), The Enterprise Act 2002 (which focusses on institutional powers), The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (dealing with unfair commercial practices), The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014 (dealing with on- off- premises sales as well as distance sales), The General Product Safety Regulations 2005, The Toys (Safety) Regulations 1995, The Cosmetic Products (Safety) Regulations 2008, the Consumer Protection Act 1987 Part II (on product liability), The UK Food Labelling Regulations 1996, The Food Safety Act 1990, The General Food Regulations 2004, The Food Hygiene (England) Regulations 2006.

All statutory instruments are searchable online via the government website: legislation.gov.uk. However, reforms to texts are rarely consolidated rapidly and when they are, the changes are not always made plain. As a result, it may be difficult to navigate legal texts in the UK.

2. Enforcement framework

Enforcement is split between a mix of public and private enforcement. Public enforcement is rather disjointed and has been designed in an ad hoc manner, explaining its fairly complicated architecture. Some rationalization took place with the adoption of the Consumer Rights Act 2015 which consolidated over 60 pieces of statutes. Private enforcement has tended to be preferred, but has been eroded, notably with the removal of any legal aid for consumer cases and this despite successive Governments pushing for alternative dispute resolution. More recent years have seen a strengthening of public intervention, notably in response to unfair trading activity in digital markets, but cross-border enforcement remains problematic, notably post-Brexit.

2.1. Institutional framework of public enforcement

There are many enforcement authorities in the UK with a range of powers, with some in need of consolidation and/or further reform to meet contemporary needs.

2.1.1. Institutions overseeing consumer law enforcement

The Competition and Markets Authority is the main body. The CMA was created by statute (section 25(1) Enterprise and Regulatory Reform Act 2013) and it replaces the Office of Fair Trading. The CMA is primarily based in London although it does have representatives in the devolved nations of Scotland, Wales and Northern Ireland. The CMA deal with law areas outside of consumer law, particularly in relation to competition law. The CMA is indeed responsible for investigating mergers, conduct studies into market where there could be competition or consumer problems, investigate companies that may breach anti-competitive agreements or abused their dominant position, bring criminal proceedings against individuals who commit cartel offences, enforce consumer protection legislation and conduct regulatory appeals.¹²

Trading Standards is also an important element of the enforcement infrastructure. Trading Standards (also known as Weights and Measures¹³) deal with market surveillance at local level as part of local government. Together local trading standards deal with the bulk of consumer law enforcement notably under the Consumer Rights Act 2015, Sch 5. They also normally deal with criminal enforcement. Alongside, the National Trading Standards carries out high priority targeted action funded by government grants by coordinating the action of local and regional Trading Standards units.¹⁴

In addition, there are a large number of sectoral institutions in operation. They include notably:

- The Financial Conduct Authority (FCA), which was established by section 1A (1) Financial Services and Markets Act 2000 (as amended by section 6(1) Financial Services Act 2012) and replacing what was known as the Financial Services Authority.

¹² Competition and Markets Authority, 'Towards the CMA – CMA Guidance' (GOV.UK, 15 July 2013) 11 <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/212285/CMA1_-_Towards_the_CMA.pdf> accessed 24th August 2021.

¹³ Because, according to Claire Andrews, *Enforcement of Consumer Rights and Protections* (Lexis Nexis 2015) 530, it originally referred to the inspectors of weights and measures carried out early trading standards work by ensuring that consumers were not short-changed by dishonestly calibrated scales.

¹⁴ National Trading Standards, 'About National Trading Standards' (National Trading Standards 2021). <<https://www.nationaltradingstandards.uk/>> accessed 25th August 2021.

- The Gas and Electric Markets Authority (GEMA) which protects energy consumers through notably the promotion of effective competition in the sector and acts as the governing body for OFGEM (the Office of Gas and Electricity Markets) charged with promoting value for consumers, supervising and regulating the energy industry.
- The Office of Communications (OFCOM) which has a broad portfolio in the communications industries (which includes telecoms and television). The authority is charged with the promotion of a range of high-quality communication services, the promotion of competition, and ensuring that consumers are protected from offensive or harmful material. They also have some obligations regarding the universal postal service and the regulation and use of the radio spectrum.
- The Food Standards Agency, which is responsible for food safety and hygiene.
- The Water Services Regulation Authority (OFWAT). It promotes competition in the water industry, and ensures that regular supply of water is secured.
- The Office of Rail and Road (ORR) regulates National Rail and railway operators.
- The Civil Aviation Authority (CAA) is the regulator for the aviation sector. It has duties to ensure high standards, the effective operation of competition that allows consumer choice and value, and improvements in airlines and airports alongside managing security risks.
- The Medicines and Health products Regulation Agency (MHRA). This is the government agency responsible for ensuring that medical and medical equipment functions correctly.

Amidst this fairly complex enforcement landscape, cross-agency collaboration has traditionally been good. Under the Enterprise Act 2002, s 214 requires designated enforcers to notify the CMA of their intention to take certain enforcement action, and of the outcome of any action taken enabling a level of coordination and the avoidance of duplication. However, to remain effective enforcement can no longer occur in silos. Concerning the protection of personal data for example, which has become increasingly important in recent years, the Information Commissioner's Office (ICO) is responsible for the application of the Data Protection Act 2018 and the GDPR. The ICO have a Memorandum of Understanding with the CMA establishing a framework to coordinate concurrent powers under Part 8, EA

2002 (where ICO is a designated enforcer) and on co-operation to share intelligence so far as permitted by relevant legislation.¹⁵

2.1.2. Enforcement powers and sanctions

The enforcement authorities have a mix of administrative powers (notably concerning competition matters or data protection matters) and powers that will require the intervention of the courts for their enforcement. Enforcement powers primarily derive from the Enterprise Act 2002 and the Consumer Rights Act 2015.

Under the Enterprise Act 2002, the main powers are contained in Part 8. There are two types of enforcers under the legislation: the general enforcers, which are the CMA, Trading Standards and the Department of Enterprise, Trade and Investment in Northern Ireland (DETINI) and the designated enforcers that inherit some punctual powers and include other sectoral enforcement bodies as well as consumer organisations. Section 229(1A) EA 2002 requires the CMA to publish advice and information explaining the provisions of Pt 8 and to explain how the CMA expects such provisions to operate. There is therefore a broad educational and transparency remit built into the enforcement mechanisms. Part 8 of the EA 2002 (which was amended by the Consumer Rights Act 2015) gives a legal basis for action to be taken by specific enforcers against ‘domestic’ or ‘Community’ infringements that harm the collective interests of consumers. Note that post-Brexit, The Consumer Protection (Enforcement) (Amendments, etc.) (EU Exit) Regulations 2019 (EU Exit Regulations 2019 thereafter) removes references to ‘community infringements’ to substitute for Schedule 13 infringements. Notably, Schedule 13 was amended by the EU Exit Regulations 2019 to remove references to EU law and include UK law instruments save for a few EU Regulations, such as Article 10(4) of Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions, or the Air Passenger Regulation 261/2004.

The Consumer Rights Act 2015 provide a basis for enforcement actions notably concerning unfair terms, under Schedule 3 but action against

¹⁵ Competition and Markets Authority, ‘Memorandum of understanding between the Competition and Markets Authority and the Information Commissioner’s Office’ (GOV.UK, 7 May 2015) <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-and-ico-memorandum-of-understanding>> accessed 18 August 2021.

unfair terms is also possible under the EA 2002 and in many ways is recommended because the EA 2002 enables of a wider range of investigative powers available for EA actions and because a single action can enable dealing with multiple infringements which is not possible under the CRA 2015. The Consumer Rights Act also brought in some amendments to the EA 2002, part 8, notably the Enhanced Consumer Measures (ECMs) contained in Schedule 7 CRA 2015. ECMs permit the court to determine the best way of dealing with a breach and gives them a wider range of solutions.¹⁶ A court can make an enforcement order or accepts an undertaking under part 8, and it can also attach ECMs. This is also possible for an enforcer obtaining an undertaking via administrative powers (sections 217-219).¹⁷ There are 3 categories of ECMs: One called 'redress', facilitates redress for consumers who suffer loss as a result of breaches of consumer law (e.g. compensation, a refund, or other remedies such as repair or replacement, or payment made to a charity if consumers could not be identified or only at disproportionate costs); Another called 'compliance', concerned with measures to prevent or reduce the risk of traders committing future breaches of the law (could include giving a member of staff responsibility for supervising particular matters or improve staff training, etc).¹⁸ The last category is 'choice' which includes measures to help consumers to make more effective choices.

Criminal enforcement is also available notably under the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations (CPUTR) 2008 which is concerned with misleading and aggressive practices. Criminal sanctions are an important part of enforcement in the UK. It tends to be down to local authority trading standards to enforce general consumer protection law by criminal law means; local authority Environmental Health departments in the case of food; the CMA; and sectoral bodies such as the FCA in other cases.¹⁹

¹⁶ For a full discussion see Bryan Lewin and Jonathan Kirk, *Consumer and Trading Standards: Law and Practice* 2017 (Lexis Nexis 2017) 172.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Department for Business Innovation and Skills, 'Enhanced Consumer Measures: Guidance for Enforcers of Consumer Law' (GOV.UK, May 2015) 24.

¹⁹ For more on criminal enforcement generally, see Jonathan Spicer, 'Criminal Enforcement' in Bryan Lewin and Jonathan Kirk, *Consumer and Trading Standards Law and Practice* 2019 (Lexis Nexis 2018) ch 3.

2.2. Courts, ADR and the Private Enforcement of Consumer Law

The civil court structure differs in Scotland to the rest of the UK. In England and Wales claims originates in the County Court, and appeals are directed first to the High Court and then to the Court of Appeal and the Supreme Court. The UK uses a track system for the handling of claims, that is based on their financial value and legal complexity and nature. The small claims track is reserved to claims below £10,000.²⁰ The County Court procedure is adapted to accommodate small claims. Claims of a higher value or regarding complex issues are normally dealt with by the high court, under the fast-track²¹ and the multi-track procedures.²² For those the procedural rules are different with the need for legal representation for example, and no caps on some expenses and trials expected to last longer. It is also possible to proceed with claims that do not require presence of the parties in the court room. Notably, money claims worth less than £100,000 can be filed on an online portal managed by Her Majesty's Courts and Tribunal Service. The small claims and the online money claims are the main routes for consumer disputes to be dealt with.

In the UK, consumer disputes can also be resolved outside of courts with the use of ADR solutions. There is some debate as to how efficient the recourse to ADR is to consumers (notably vulnerable consumers).²³ However, in the UK, the direction of travel has been a withdrawal by the State of funding for civil courts.²⁴ The last 10 years in England have seen dramatic changes to the civil justice landscape. There is no legal aid now available for small claims and consumer matters. The ADR landscape is developed but remains fragmented with some gaps in coverage. Overall there are concerns at the state of private redress in the UK, because the ADR

²⁰ Ministry of Justice, 'Civil Procedure Rules: Rules and Directions, PART 27 – THE SMALL CLAIMS' TRACK (GOV.UK, 1 June 2021) <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part27>> accessed 23 August 2021.

²¹ Ministry of Justice, 'Civil Procedure Rules: Rules and Directions, PART 28 – THE FAST TRACK' (GOV.UK, 30th January 2017) <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part28>> accessed 23 August 2021.

²² Ministry of Justice, 'Civil Procedure Rules: Rules and Directions, PART 29 – THE MULTI-TRACK' (GOV.UK, 30th January 2017) <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part29>> accessed 23 August 2021.

²³ Christine Riefa and Severine Saintier, *Vulnerable Consumers and the Law: Consumer Protection and Access to Justice* (Routledge 2020)

²⁴ Hazel Genn, 'What Is Civil Justice For? Reform, ADR And Access to Justice' (2012) 24 *Yale Journal of Law & Humanities* 397.

landscape and the courts are, in any event, only used by a narrow pull of users, notably white male, well-educated, middle-class and middle aged.²⁵ Besides, while courts are able to offer a fairly wide range of remedies (eg damages, injunctions, price reductions and replacement of goods) ADR solutions do not always offer the same ability and can be limited to the point that their substantive fairness can be questioned.²⁶

There are some fairly successful and high-profile ADR schemes in the UK, notably the Financial Ombudsman Service (FOS) which offers a scheme funded by industry that finds its basis in statute. Its operation is overseen by the Financial Conduct Authority (FCA). FOS offers a scheme which combines elements of mediation, adjudication by an adjudicator, and a final decision by the Ombudsman. The service is free to access for consumers and if the dispute reaches the Ombudsman (and was not resolved prior), the decision will be binding on the business. There is a fairly high upper limit for compensation.²⁷ There are other ombudsman schemes in the UK, including some of a private nature that cover a range of sectors. Notably the Ombudsman Services²⁸ is set up to resolve disputes between consumers and companies that are signed up to the scheme in a number of sectors (energy, communications, and parking on private land. This service is free to consumers.

Alongside Ombudsmen, many other ADR solutions exist. There are many providers in the UK, especially because of a withdrawal of funding of courts in the areas of small claims. The Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015²⁹ sets the standards for the provision of all ADR mechanisms. It derives from the implementation of the ADR Directive and concerns the process for establishing and certifying ADR schemes in the UK. Much of

²⁵ Department of Business, Energy and Industrial Strategy, 'Resolving Consumer Disputes: Alternative Resolution and the Court System, Final Report' (GOV.UK, April 2018) 4.

²⁶ Riefa and Saintier (n 23)

²⁷ Financial Ombudsman Service, 'Compensation' (*Financial-Ombudsman*, 28 January 2021) <<https://www.financial-ombudsman.org.uk/consumers/expect/compensation>> accessed 6th September 2021. The limits for compensation were amended in 2019, see: <<https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-confirms-increase-financial-ombudsman-service-award-limit>> accessed 6th September 2021.

²⁸ Financial Ombudsman Service, 'Who we are' (*Financial-Ombudsman* 2021) <https://www.financial-ombudsman.org.uk/who-we-are> accessed 12th August 2021.

²⁹ The Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Amendment) (No. 2) Regulations 2015, SI 2015/542.

this work is undertaken by the Chartered Institute of Trading Standards,³⁰ alongside the regulators in the regulated sectors.³¹

In general participation in ADR is not mandatory for businesses in the UK but there is an obligation to inform consumers about the schemes in existence. There are gaps in the provisions of ADR and some have been filled with “residual bodies” such as the Retail Ombudsman which deals with disputes with retailers (physical or online trading), supermarkets, garden centres, restaurants, takeaway operations, hotels and generally leisure providers, boiler installation, repair providers and airlines.³² Consumers also had access to the EU ODR platform to claim online but access to the ADR and the ODR platform for UK consumers has been impacted by Brexit. Indeed, with the effect from 1 January 2021, there is no longer a requirement for UK-based ADR entities to offer cross-border services to consumers residing in EU member states.³³ Online traders are no longer required to provide a link to the ODR platform to consumers neither can they offer consumers EU alternatives to ADR alternatives based in the UK. In addition, the UK Secretary of State now has the responsibility to publish the list of ADR entities and is no longer obligated to send this list and report to the European Commission.³⁴

There is a strong tradition of self-regulation in the UK applying in addition and sometimes in parallel to the enforcement framework in place. Many codes of practice are in operation and they provide for not only substantive rules (often modelled on pre-existing legislation) but also for redress mechanisms, such as ADR. Many codes are linked to trade associations and when it is the case, the trade association may be able to impose sanctions on members that do not adhere to the codes. Local trading standard authorities assist in enforcement in this area as they run the Consum-

³⁰ Chartered Trading Standards Institute, ‘Approval and Accreditation: ADR approval’ (*Trading Standards* 2021) <<https://www.tradingstandards.uk/commercial-services/approval-and-accreditation/adr-approval>> accessed 13th August 2021.

³¹ Christine Riefa and Chris Willet ‘Enforcement and Effectiveness of Consumer Law in the UK’, in H Micklitz and G Saumier (eds), *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law* (Springer 2018).

³² RetailADR, ‘What is Alternative Dispute Resolution’ (Retail ADR 2021) <<https://www.retailadr.org.uk/what-is-alternative-dispute-resolution/>> accessed 13th August 2021.

³³ Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015, SI 2015/542, reg 14A.

³⁴ Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015, SI 2015/542, reg 14.

er Codes Approval Scheme (CCAS) which is charged with the approval and promotion of codes of practice and setting out principle for effective customer service and a CTSI approved code logo to recognise traders that are part of the scheme.³⁵ One of the most noteworthy scheme in place in the UK is the one run by the Advertising Standards Authority (ASA), through the *UK Code of Non-Broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing* and the *UK Code of Broadcast advertising*.³⁶ The ASA adjudicates on complaints received, and when their intervention fails, the CMA can be asked to take over and proceed with formal enforcement by seeking enforcement orders under the Enterprise Act 2002. It is also possible for consumers to undertake private action under the available consumer legislation.

2.3. Role of Consumer Bodies in Enforcement

Consumer organizations can also contribute to enforcement in the UK. There are 2 main bodies: Which?³⁷ and the Citizens Advice Bureaux (CAB).³⁸ Their work is complemented by specialist organisations targeting particular consumer problems; this includes for example, the Financial Services Consumer Panel,³⁹ Energy Watch,⁴⁰ Transport Focus⁴¹ and many more.

Which? (but not the CAB or the other consumer bodies) along with the Financial Conduct Authority, the Competition and Markets Authority, local Trading Standards Authorities and the regulatory bodies for the various industries⁴² have powers to seek assurances from, and ultimately to seek

³⁵ Chartered Trading Standards Institute, 'Approval and Accreditation: The Consumer Codes Approval Scheme' (*Trading Standards* 2021)

<<https://www.tradingstandards.uk/commercial-services/approval-and-accreditation/the-consumer-codes-approval-scheme>> accessed 26th August 2021.

³⁶ Advertising Standards Authority, 'Advertising Codes' (ASA 2021) <<https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings/advertising-codes.html>> accessed 24th August 2021.

³⁷ Which? 'About Which?: Who We Are' (Which? 2021) <<https://www.which.co.uk/about-which/who-we-are>> accessed 23rd August 2021.

³⁸ Citizens Advice, 'Learn more about Citizens Advice' (Citizens Advice 2021) <<https://www.citizensadvice.org.uk/about-us>> accessed 23rd August 2021.

³⁹ What is the Panel (FS-CP 2021) <<https://www.fs-cp.org.uk/>> accessed 23rd August 2021.

⁴⁰ <<https://ukenergywatch.co.uk/>> accessed 23rd August 2021.

⁴¹ Transport Focus, 'History of Transport Focus' (Transport Focus 2021) <<http://www.transportfocus.org.uk/about/history/>> accessed 23rd August 2021.

⁴² This includes for eg, the Office of Communications (<http://www.ofcom.org.uk/>), the Information Commissioner (<https://ico.org.uk/>), the Gas and Electricity Markets Authority (<https://www.ofgem.gov.uk/>), the Water Services Regulation Authority (<http://www.ofwat.gov.uk/>).

court actions to prevent continued use of unfair contract terms (Consumer Rights Act, Sch. 3) in consumer contracts. Which? is also a designated enforcer capable of initiating a ‘super-complaint’. Super-complaints is a process whereby Which? Can initiate action by the regulatory enforcers by addressing a complaint to the CMA where it can show that ‘any feature, or combination of features, of a market in the United Kingdom for goods or services is or appears to be significantly harming the interests of consumers’.⁴³ The use of ECMs (above) is open to public enforcers under Part 8 EA 2002 but there is scope for future provision to be made to extend the use of the ECMs to Which?.⁴⁴

3. Future Direction in Consumer Protection

The immediate direction in consumer protection in the UK is affected by Brexit and the legislative changes it has brought. Further down the line, the proximity to the EU may continue to dictate the direction of travel but may also affranchise the UK leading to an opportunity to raise the level of protection (although the current political landscape would suggest otherwise and points towards a potential erosion). In any event, the legal framework and enforcement framework in place will likely be shaped by the impact of digital markets and reforms are underway in this area.

3.1. Key legislative changes following Brexit

Following Brexit, and from 1st January 2021, any future EU law reforms will no longer have to be incorporated into UK law and EU law (that has not been ‘retained’ into UK law) ceases to apply to- and in the UK. Most of the EU legislation in place concerning consumer rights have been retained into the UK law. The UK indeed did choose to incorporate the entire body of EU law into national law prior to exit and this is now used as a base line (but there were some omissions). This was done by the adoption

ofwat.gov.uk/), the Office of Rail Regulation (<http://orr.gov.uk/>), and the Northern Ireland Authority for Utility Regulation (<http://www.uregni.gov.uk/>).

⁴³ Enterprise Act 2002, s 11.

⁴⁴ For useful guidance on the ECMs, in this case aimed generally at enforcers, mainly Trading Standards Authorities, but also dealing with the general position, see Department for Business Innovation and Skills, ‘Enhanced Consumer Measures’ (n 18).

of the European Union (Withdrawal) Act 2018.⁴⁵ Although Brexit has not resulted in immediate changes to the consumer protection law in the UK, it is likely that the law may diverge more significantly in the coming years. Greater uncertainty⁴⁶ is likely to arise as the UK rules are set to fall out of step with the applicable standards across EU's internal market. The degree of harmonization of the UK consumer law with EU directives may depend on how necessary it is for UK businesses to comply with European standards. Several more recent directives were not implemented into UK law pending Brexit. This is for example the case of Directive 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of Digital Content and Digital Services, which entered into force in 2021 and Regulation 2017/2394 (CPC) on Consumer Protection Cooperation which replaces, from 17 January 2020, Regulation 2006/2004.

A number of statutory instruments have also been adopted to enable changes to specific areas of legislation and have either amended or repealed the retained EU law in order to reflect that the UK is no longer a part of the EU. This for example, includes the Consumer Protection (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations⁴⁷ and the Consumer Protection (Enforcement) (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations.⁴⁸ The purpose of the first Regulations is to remove or amend references to EU law from consumer legislation, to ensure that it continues to operate efficiently in the UK after Brexit⁴⁹ and make additional amendments to clarify that consumer contracts relating to imports from EU member states will be treated in the same manner as contracts dealing with imports from non-EU member states. The latter Regulations seek to either amend or remove references to EU legislation concerning the enforcement of different consumer protection laws. Therefore, both of these statutory instruments primarily

⁴⁵ With some amendments made in 2020. For details of the complex operation of this Act see, Simon Whittaker, *Retaining European Union Law in the United Kingdom* (2021) 137 *Law Quarterly Review* 477.

⁴⁶ Susanne Augenhöfer, 'Brexit – Marriage 'With' Divorce – The Legal Consequences for Consumer Law' (2017) 40 *Fordham Int'l LJ* 1475, 1478.

⁴⁷ The Consumer Protection (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2018/1326.

⁴⁸ The Consumer Protection (Enforcement) (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019/203.

⁴⁹ For instance, EU-derived regulations dealing with EU-based online dispute resolution and cooperation in enforcement have been repealed because they relied wholly on reciprocity between EU member states.

focus on the enforcement of consumer rights both in the EU and in the UK following Brexit.

Other pieces exist, such as the Consumer Credit (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018 that deals with changes to the Consumer Credit Act 1974 and the removal of references to the EU framework.⁵⁰

As a result of this tidying up of retained legislation to make references to the EU and EU instruments disappear, a number of substantive changes may have an impact (at least indirect) on consumer protection. This is for example the case with some changes to the Consumer Rights Act 2015⁵¹ notably concerning provisions that apply to all contracts with a 'close connection' to the UK.⁵² Only public statements made by an importer into the UK will be relevant to the implied term of satisfactory quality under sections 9 and 15 of CRA, as opposed to statements made by an importer into the EEA.⁵³ Further, the fairness test which applies to unfair terms under Part 2 of the CRA 2015 is exempted and no longer applies to contract terms which reflect mandatory provisions of international conventions to which the EU is a party.⁵⁴ Concerning the application of the Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, which introduced a general prohibition on traders engaging in unfair commercial practices the trader's liability for the misleading or aggressive practices of importers of goods is also restricted to importers into the UK rather than importers into the EU.⁵⁵ For the application of the Consumer Right (Payment Surcharges) Regulations 2012⁵⁶ which prohibits payment surcharges being imposed on consumers where the surcharge exceeds the cost to the trader of using that means of payment, a key change to the Regulations is that the restrictions only apply if at least one of the payment service providers is UK based, rather than EU based.

Where the impact of Brexit may be felt more acutely is in the area of dispute resolution and enforcement. For example, there is no automatic recognition in EU Member States of UK Judgment and vice versa. What

⁵⁰ S.I. 2018/1038.

⁵¹ Consumer Protection (Amendment etc.) (n 47).

⁵² Consumer Rights Act 2015, s 32(1)(b).

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Consumer Rights Act 2015, s 73(1)(b).

⁵⁵ Consumer Protection (Amendment etc.) (n 47).

⁵⁶ The Consumer Rights (Payment Surcharges) Regulations 2012, SI 2012/3110.

this means is twofold. On the one hand, an enforcement authority or consumers will be able to take legal action against foreign traders who direct their activities to the UK. The UK courts will give benefits of any rights and protections that the concerned parties cannot contract out of under UK consumer law, but courts will no longer seek to apply EU law as a default. For instance, future construction and application of legal concepts such as the notion of ‘consumer’ which is used as a benchmark for the application of legislation are likely to return back to the being purely national concepts.⁵⁷ On the other hand, UK judgment will not be automatically recognized in EU member states (the same is true for EU judgments to the benefit of a UK party). Even if a court in the UK gives judgment in favor of a UK consumer, he or she may find it expensive and difficult to enforce that judgment against an EU trader.⁵⁸ Also, if an EU business is successful in taking legal action against a UK consumer in its home country, the judgment will not be automatically recognized by the courts in UK. It can be argued that UK consumers may be exposed to lower standards of protection compared to EU states. This means that UK consumers should carefully check the terms and conditions to see what governing laws apply when they place an order online to purchase goods, services or digital content from traders based in the EU. As a result, it is likely that they may be more inclined to seek redress through the courts of the state in which the trader is based rather than the UK courts, but again this would require quite a high cost. From a trader’s standpoint, it may be more difficult to resolve a dispute. Businesses who supply goods/services to EU consumers

⁵⁷ Augenhöfer (n 46) 1486. This is likely to play in consumers’ disfavor. For an interesting example of how a return to national interpretation may play out, see Augenhöfer (n46) 1488 discussing *British Airways v. Ryanair* 2001 FLR 541. In this case, focussed on comparative advertisements between airlines. Ryanair ran a campaign describing British Airways as ‘expensive bastards’ but failed to note that the airport at which BA planes and Ryanair planes landed were different. BA tended to use main airports, whereas Ryanair used smaller regional airports. The High Court in Britain held that the reasonable and average consumer could be expected to be well informed this situation and therefore would not be misled by the comparison of prices regarding the two different airports. In contrast, the German Higher Regional Courts accorded significantly more protection to the rational consumer and ruled that rational consumers were misled and could not reasonably be expected to know the examine the difference between two airports that were similarly named and promoted.

⁵⁸ Lorraine Conway, ‘Brexit: UK Consumer Protection Law’ (House of Commons Library, Number 9126, 21 May 2021) <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9126/CBP-9126.pdf>> accessed 3rd September 2021.

may face local enforcement if they fail to conform to local consumer protection laws.⁵⁹

With judicial routes being complex and costly, ADR might prove more effective. However, the Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015 which implemented in the UK the provisions of EU Directive 2013/11/EU on ADR were amended by the Consumer Protection (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2018,⁶⁰ with the effect that as from 1 January 2021, there is no longer a requirement for UK-based ADR entities to offer cross-border services to consumers residing in EU member states. Traders are no longer required to offer consumers EU alternatives to UK-based ADR entities. Therefore, the consumers in the UK have lost their rights to use EU-based ADR mechanisms. Although the consumers in the UK can still obtain redress through alternative ADR platforms in the UK, these are unlikely to be suitable to resolve cross-border disputes effectively and can largely be ignored by foreign traders.⁶¹

In addition, the ODR platform which was created by the European Commission to resolve cross-border disputes established under the EU Regulation on Online Dispute Resolution (Regulation (EU) 524/2013) was revoked by The Consumer Protection (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2018. As a result, consumers in the UK cannot submit a new complaint on the ODR platform. The revocation of the EU Online Dispute Resolution Regulation may arguably have little practical effect as it was not frequently relied on.⁶² This was due to key problems that exist in the UK consumer and ADR landscape such as the lack of take-up in non-regulated sectors where ADR is not mandatory, low levels of consumer awareness and difficulties in making complaints.⁶³ While, it is unlikely that lack of access to the ODR system will have a significant impact on trade, as there

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Section 9(16)(h) of the Consumer Protection (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2018 omits Schedule 3, paragraph 18 from the Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015.

⁶¹ Conway (n 80) 13.

⁶² Debbie Heywood, 'Developments in UK and EU consumer protection in 2020' (Taylor Wessing, 14 December 2020) <<https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2020/12/developments-in-uk-and-eu-consumer-protection-in-2020>> accessed 3rd September 2021.

⁶³ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 'Modernising Consumer Markets: Green Paper' (GOV.UK, April 2018) paras 144-152.

has not been a high volume of consumer claims using the system, this curtailment nevertheless weakens the protection of consumers in the UK buying within the EU. This change will benefit sellers by removing the burden to have to link to the ODR system on their platforms.

Where the effect of Brexit is likely to be most acutely felt in the short term is regarding public enforcement of consumer law. The UK consumer protection regime was supported by a reciprocal cross-border consumer enforcement framework before Brexit. This ensured cooperation between EU member state consumer enforcement authorities and provided consumers access to redress in their national courts when their rights were breached. The EU Consumer Protection Cooperation Regulation⁶⁴ came into force on January 2020 and was implemented by the UK in June as the Consumer Protection (Enforcement) (Amendment etc.) Regulations 2020.⁶⁵ These Regulations notably gave the CMA new powers to seek Online Interface Orders (OIOs) from the High Court.⁶⁶ “Online Interface” means any software, including a website, part of a website or an application, that is operated by or on behalf of a trader, and which serves to give consumers access to the trader’s goods and services.⁶⁷ This Regulation empowers the CMA to ask a court to order certain steps to be taken in relation to any online interface, for example an app or a website. These orders can force companies operating ‘online interfaces’ to take down content that harms the collective interests of consumers.⁶⁸ The CMA does not need to consult with the online interface before seeking the order. It does, however, need to demonstrate to the court’s satisfaction that there is a risk of serious harm to consumers’ collective interests and that no other order would be “wholly effective”.⁶⁹ This means the CMA cannot use online interface orders as a replacement for other enforcement mechanisms that it may

⁶⁴ Regulation (EU) 2017/2394 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC) No 2006/2004, OJ L 345, 27.12.2017, p 1.

⁶⁵ The Consumer Protection (Enforcement) (Amendment etc.) Regulations 2020, SI 2020/482.

⁶⁶ Ibid reg 2, s 218ZB.

⁶⁷ Ibid reg 2, s 218ZD.

⁶⁸ Ibid reg 2, s 218ZC.

⁶⁹ Explanatory Notes to the Consumer Protection (Enforcement) (Amendment etc.) Regulations 2020.

currently have to avoid the mandatory consultation other forms of intervention require.⁷⁰

However, the UK has now revoked the entire Consumer Protection Co-operation Regulation⁷¹ which is particularly problematic regarding cross-border matters in particular. As a result of a loss of co-operation with the consumer authorities with member states when dealing with cross border consumer issues, consumers in the UK may experience reduced protection.

It remains to be seen whether consumer confidence in cross border purchases will suffer post-Brexit and whether there will be a dip in trade on the basis that consumers are deterred from making cross-border purchases with limited protections. In this vein, the Trade and Cooperation Agreement signed by the UK and EU does make provisions to thrive for a high level of consumer protection and contains an article 208 devoted to digital trade which may help in maintaining a conducive environment to online trade.⁷²

However, for the UK, the revocation of the Consumer Protection Co-operation Regulation means that the CMA is no longer a part of the EU cooperative enforcement network.⁷³ Consequently, the CMA is not obligated to investigate consumer law breaches or to bring about cross-border enforcement actions, although the CMA still has the same enforcement powers concerning domestic breaches of consumer rights.⁷⁴ Since the online interface orders have only been available to the CMA since 2 June 2020, we do not have any examples yet of how the CMA has used them. However, these powers could mark a significant increase in the regulator's enforcement powers to protect consumers in the digital environment. Despite the revocation of the CPC Regulation, the CMA is considering ways to establish continued cooperation with EU consumer enforcement bodies as far as is practicable, whilst also developing relationships with International Consumer Protection Enforcement Network (ICPEN).⁷⁵ The CMA is also

⁷⁰ Such as an enforcement order under Part 8 of the Enterprise Act 2002.

⁷¹ Heywood (n 84).

⁷² For a commentary of this provision, see Twigg-Flesner (n 8), 11-14.

⁷³ Conway (n 80) 12.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Competition and Markets Authority, 'Guidance on the functions of the CMA after the End of the Transition Period' (GOV.UK, 1 December 2020)

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/940943/Guidance_Document_for_End_of_Transition_Period_-.pdf> accessed 14th August 2021.

involved in an international cooperation project at UNCTAD within the framework of the expert group.⁷⁶

3.2. Enhancement of CMA's Enforcement Capability in the Digital Environment

Many challenges are raised by the digital economy. They are acutely felt in the UK in the same way that they are felt in the EU or further afield. As the UK exited the EU, the Digital Market Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) will not apply in the UK once adopted at EU level. However, the UK is also undergoing a programme of reforms in order to bridge the gaps identified notably in the Furman report.

The Furman report highlighted the fact that competition required a new approach alongside the conventional competition law tools of merger control and antitrust enforcement⁷⁷ because the network-based and data-driven platforms business models, that are the archetype of the digital economy, tend to tip markets towards a single winner. The Furman report recommended the creation of a 'pro-competition' digital market unit to secure competition, innovation and beneficial outcomes for consumers and businesses. The report also advocated for stronger enforcement powers and closer scrutiny of the competitors holding enduring market power. The Furman report also focussed more directly on consumer protection. For example, it recommended continuing to prioritise consumer enforcement work in digital markets and alert government of any areas where the law is insufficiently robust (in recommendation 16). The report encouraged monitoring the use of machine learning algorithms and artificial intelligence to avoid consumer detriment, in particular for vulnerable consumers.

The Government published its 'Modernising Consumer Markets – Consumer Green Paper'⁷⁸ in April 2018 engaging in a process of reform which stalled amidst Brexit. Government also invited John Penrose MP to conduct an independent review of UK competition policy in September 2020 to see how it could be reformed as the country began life as an independent

⁷⁶ see toolkit, https://unctad.org/system/files/official-document/cicplp_Toolkit.pdf.

⁷⁷ Jason Furman, 'Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel' (GOV.UK, March 2019) 8

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf> accessed 3rd September 2021.

⁷⁸ Department for Business Energy and Industrial Strategy (n 84).

trading nation.⁷⁹ A final report, “Power to the People” was published on 16 February 2021 which contained a number of recommendations, including measures to strengthen and speed up the enforcement of consumer and competition law, measures to protect consumers from online scams, and measures to ensure they are treated fairly in all online transactions.⁸⁰ The Government also announced the formation of a new Digital Market Unit within the CMA on 27 November 2020⁸¹ with the remit to oversee a new regulatory regime for digital firms, promoting greater competition and innovation in these markets and protecting consumers and businesses from unfair practices.⁸² The DMU is now operational and is focused on work to prevent regulatory creep in digital markets. The key focus however is not consumer protection but the Unit is primarily focused on tackling digital firms with substantial and entrenched market power which will inevitably be of benefit to consumers.⁸³

While the current work demonstrates some ambition to give effective powers to the enforcer, the changes have been viewed with some scepticism. Notably, the Penrose report warned that giving this unit’s strong powers, which may be faster and easier than normal competition and consumer laws, is a “*headily-addictive drug for regulators*.”⁸⁴ Therefore, the Penrose report made the following proposals to limit wide ranging enforcement powers:

- The DMU should only apply to individual firms that own and run new network and data monopolies rather than apply to the digital sector as a whole;⁸⁵

⁷⁹ HM Treasury, ‘John Penrose MP to lead review exploring how to bolster UK competition policy’ (GOV.UK, 14 September 2020) <<https://www.gov.uk/government/news/john-penrose-mp-to-lead-review-exploring-how-to-bolster-uk-competition-policy>> accessed 3rd August 2021.

⁸⁰ John Penrose, ‘Power to the People: Independent Report on Competition Policy’ (GOV.UK, 16 February 2021) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/961665/penrose-report-final.pdf> accessed 3rd August 2021.

⁸¹ Department for Business, Energy & Industrial Strategy; and Department for Digital, Culture, Media & Sport, ‘New Competition Regime for Tech Giants to Give Consumers More Choice and Control over their Data, and Ensure Businesses are Fairly Treated’ (Press Release, GOV.UK, 27 November 2020).

⁸² Ibid.

⁸³ Penrose (n 105).

⁸⁴ Ibid para 4.2.

⁸⁵ Ibid 29.

- The DMU should be a ring-fenced addition to the CMA's current powers, so that the unit "doesn't hollow out the CMA";⁸⁶
- The DMU should only apply its sectoral powers to problems that the CMA's existing powers are inadequate to solve;⁸⁷ and
- The DMU should only have its powers extended to apply to new network or data monopolies following a market study, and with Parliament's consent.⁸⁸

This might have some effect on the ability of this unit to effect monitoring and enforcement that can benefit consumers before harm is experienced.

The UK government has now published non-statutory terms of reference which lay down the interim objectives, governance, structure of the DMU until its objectives are finalized in forthcoming legislation.⁸⁹ Therefore, until then the non-statutory DMU will work in 'shadow form'⁹⁰ and will focus on the following:

- It will carry out preliminary work to implement the statutory regime. The DMU will work to improve its operational readiness before the legislation is implemented. This includes team building with the concerned capabilities and preparing draft guidance documents.⁹¹

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid 30.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Competition and Markets Authority; Department for Business, Energy & Industrial Strategy; and Department for Digital, Culture, Media & Sport, 'Digital Markets Taskforce: Terms of Reference' (GOV.UK, 11th March 2020)

<<https://www.gov.uk/government/publications/digital-markets-taskforce-terms-of-reference/digital-markets-taskforce-terms-of-reference--3>> accessed 22ND August 2021.

⁹⁰ Ashurst, 'CMA's Digital Markets Unit launches in 'shadow form'' (Ashurst, 6th May 2021). <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/competition-law-newsletter-may-2021/cn17---cmas-digital-markets-unit-launches-in-shadow-form>> accessed 18th August 2021; Jonathan Peters, 'UK Government Consults on Pro-Competition Regime for Digital Markets' (Field Fisher, 10th September 2021) <<https://www.fieldfisher.com/en/insights/uk-government-consults-on-pro-competition-regime-for-digital-markets>> accessed 18th August 2021; and Clifford Chance, 'Launch of the UK Digital Markets Unit – Predictions for the New Regime' (Clifford Chance, April 2021) <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/04/briefing_launch_of_the_uk_digital_markets_unit.pdf> accessed 18th August 2021.

⁹¹ Competition and Markets Authority, 'Digital Markets Unit' (GOV.UK, 7th April 2021) <<https://www.gov.uk/government/collections/digital-markets-unit>> accessed 18th August 2021.

- It will assist and guide the government on establishing the statutory regime. The DMU will closely work with the government to provide vital insights that will inform decisions about the structure of the new pro-competition regime by building on the advice of the Digital Markets Taskforce.⁹²
- It will gather evidence on digital markets. The CMA will continue to have its existing powers and it will investigate harm to competition where relevant. Ultimately, this will inform the basis of the work of the DMU when it becomes a fully-fledged statutory body.⁹³
- It will work to build and foster close relationships different stakeholders across academia, industry, regulators and the government to ensure a diversity in the insights that will underpin the new regime. Specifically, the DMU will closely work with regulators, through the Digital Regulation Cooperation Forum domestically, and bolster the cooperation and promote improved coherence across regulatory approaches internationally.⁹⁴

The most recent wave of reform is the consultation launched by BEIS, on *Reforming Competition and Consumer Policy: Driving growth and delivering competitive markets that work for consumer*.⁹⁵ At the time of writing the consultation period has closed and the Department is now analyzing responses before making further announcements on policy choices and forthcoming legislative changes. On the consumer front, the consultation sought views on a number of changes to consumer rights themselves and on enforcement powers, including redress options for consumers. The overall remit of the changes to consumer rights discussed in the consultation is in fact fairly limited. It focusses on fixing a few known areas where problems have developed (subscription traps, fake reviews, non-compliance on refunds for cancellations due to Covid, pre-payment protections) rather than looking at a more sustainable and effective overhaul of the legislation. It also is very much in line with the EU reform agenda, although no mention is made of the correlation with EU changes.⁹⁶ Regarding enforcement, Andrew Tyrie

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ BEIS, *Reforming Competition and Consumer Policy: Driving growth and delivering competitive markets that work for consumers* (CP 488, July 2021).

⁹⁶ On this aspect, see also Twigg-Flesner (n 8) 18.

had made clear the need to enable the CMA to ‘intervene earlier and more robustly to tackle consumer detriment, and to penalise and deter wrongdoing when it occurs’.⁹⁷ Tyrie made a number of proposals to bring consumer law tools in line with competition law enforcement, with notably more administrative powers being granted.⁹⁸ The consultation put forward proposal whereby the CMA would be allowed to decide for itself where a breach of consumer law has occurred rather than continue to rely on courts to enable the CMA to take real action. The other proposed changes (fines up to 10% and sanctions for traders who ‘drag their feet’) should they be adopted ought to signal a change in gear with regards to expectations placed on businesses that flout consumer law. Some questions in the consultation were also devoted to private enforcement, floating ideas around pushing towards consumers and traders to resolve disputes more independently (and proposing arbitration as a method) and tailored support to litigants notably through signposting. The consultation also discusses collective actions as means to enable consumers to get redress. Currently in England, there are 2 main ways for consumers to act together in seeking redress (Group litigation orders and stand-alone or follow-on actions in front of the Competition Appeals Tribunal). Both types have strong limitations. The CAT hears cases where the harm to consumers come from an anti-competitive practice while group litigation orders require passing a threshold that is often too high for consumers’ actions to be considered together. There are also many sectors where actions are not possible (eg: housing). Some changes in this area could be useful especially since the UK is lagging behind in this respect as the departure from the EU will bar UK consumers from the benefits of the proposed EU Collective action.⁹⁹

Conclusion

UK consumer law has by and large been shaped and influenced by the legal provisions of the EU during the UK’s membership. Legislation on the books at today’s date and following BREXIT maintains this tie, at least

⁹⁷ Andrew Tyrie, ‘Letter from Andrew Tyrie to the Secretary of State BEIS’ (21 February 2019) 7 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/781151/Letter_from_Andrew_Tyrie_to_the_Secretary_of_State_BEIS.pdf>.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Proposal for an EU Collective Redress Directive COM (2018) 184 final.

for the time being, as a result of the arrangements made to retain EU rules into UK law. However, this was paired with a necessary process to remove from UK legislation references to EU instruments that would render rules inoperable. In the sphere of consumer rights the divorce from the EU also comes with some important losses for consumers, notably a weakened enforcement cooperation mechanism and depleted chances to resolve dispute with traders not established in the UK. Consumers in the UK will also miss out on a programme of reforms that the EU has undertaken. For example, granting rights to consumers who may obtain digital goods or services in exchange for data and thus not for money consideration; or the EU collective action. It also means that unless further reforms are shortly announced, UK consumers may not see an update of product liability rules or consumer safety rules that are now underway at EU level. Indeed, the latest reform consultation does not make any mention of such changes. Not falling in line with the EU may bring benefits also and some may be more hopeful than others in this respect. However, judging by recent announcements, and by the latest consultation, it seems that instead of a change in gear some of the reforms consulted on simply seek to continue with the already established and debunked ‘information paradigm’¹⁰⁰ and the much criticized standard of the average consumer. While the erosion of right may not come as a big bang, there are some signs that high levels of protection may not be a key priority moving forward and thus divergence in the legal framework will necessarily emerge overtime.

¹⁰⁰ Paolo Siciliani, Christine Riefa, Harriet Gamper, *Consumer Theories of Harm, an economic approach to consumer law enforcement and policy making* (Hart 2019) 18.

Módulo II

**Direito do Consumo na Constituição
e no Direito da União Europeia**

A CARTA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DO CONSELHO DA EUROPA

ANA RITA GIL¹

SUMÁRIO: 1. O contexto histórico do surgimento da Carta; 2. Enquadramento nos fins do Conselho da Europa; 3. Iniciativas antecedentes e trabalhos preparatórios; 4. Os princípios proclamados; 4.1. O direito à proteção e assistência; 4.2. O direito à reparação de danos; 4.3. O direito à informação; 4.4. O direito à educação; 4.5. O direito a consulta e representação; 5. Atividade posterior do Conselho da Europa em matéria de consumo; 6. Influência da Carta na emergente política comunitária de consumo; 7. Conclusão: uma pioneira visão holística da proteção do consumidor a nível europeu

1. O contexto histórico do surgimento da Carta

A 17 de maio de 1973, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa adotou um documento, a Resolução 543/1973, onde afirmava um conjunto de princípios destinados a proteger os consumidores europeus: a “Carta de Proteção do Consumidor”. A época era a do desenvolvimento do industrialismo empresarial, da expansão dos mercados e do aumento do poder de compra, e cresciam já os movimentos de cidadãos a reclamar mecanismos que responsabilizassem os produtores perante os consumidores².

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação em Direito Público.

² J.E. FREY, F.J. WARRIN, “European Consumer Protection – The Council of Europe Charter Initiative”, in *Law and Policy in International Business*, vol. 6, issue 4, 1974, pp. 1107-1131.

Algumas organizações mundiais saídas do pós-Guerra desenvolviam já algumas iniciativas na matéria da proteção dos consumidores. Era o caso da Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO) e da Organização Mundial de Saúde, que havia criado a Comissão “*Codex Alimentarius*”, destinada não só a garantir práticas justas na comercialização de alimentos, mas também a proteger os consumidores. A Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento (OCDE), por seu turno, já havia criado um Comité de Política do Consumidor, que se dedicou à segurança, rotulagem e embalagem de produtos, e planeava concentrar-se nas matérias relativas ao crédito ao consumo³. Por outro lado, surgiam já algumas iniciativas de cooperação intergovernamental na matéria, destinadas primordialmente a facilitar o comércio, e que versavam sobretudo sobre matéria de uniformização de requisitos dos produtos. Tais expedientes acabavam por proporcionar também, indiretamente, alguma proteção aos consumidores. Foi o caso da *International Organization on Standardization*, criada em 1947⁴. Também a nível regional europeu começavam a despontar algumas iniciativas destinadas à segurança dos produtos. A então Comunidade Económica Europeia (CEE) já havia emanado – embora de forma esparsa – várias Diretivas sobre segurança alimentar, rotulagem, entre outras matérias relevantes. No entanto, na Europa da reconstrução do final da Guerra, as principais organizações regionais encontravam-se mais preocupadas em promover a expansão económica, pelo que os seus interesses se focavam sobretudo no fortalecimento dos produtores⁵.

Foi neste contexto que teve lugar a iniciativa do Conselho da Europa. Face à rápida evolução da “economia de consumo”, esta organização decidiu avançar com uma resposta transnacional, através de um documento destinado a responder de forma holística aos novos desafios em matéria de proteção do consumidor europeu do pós-Guerra. Pretendia-se uma base de princípios gerais centrados na pessoa do consumidor, aplicáveis a todos os produtos e serviços. O objetivo era, pois, bem mais ambicioso do que os instrumentos anteriormente adotados pelas demais organizações.

³ O Comité em causa analisava anualmente medidas estaduais e emanava guias de referência plurianuais. Esta organização contribuiu para uma convergência nas políticas de consumo ao longo dos tempos. Sobre este ponto, v. MATTHEW HILTON, “Consumers and the State since the Second World War”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, May, 2007, p. 77.

⁴ Sobre este ponto, v. MATTHEW HILTON, op. cit., p. 77.

⁵ J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1108.

Mas a Carta de Proteção do Consumidor do Conselho da Europa (doravante, “Carta”) não se pretendia constituir apenas como uma mera declaração solene sobre reconhecimento e apoio formal de um conjunto de princípios em matéria de proteção do consumidor. Com a sua aprovação, a organização visava instar os Estados-Membros a *plasmar nos seus ordenamentos jurídicos* os princípios afirmados. Neste contexto, importa referir que a Carta foi acompanhada pela Recomendação 705(1973) do Comité de Ministros, em que se exortou os Estados-Membros a implementarem os princípios daquela. E, de facto, apesar de o documento não possuir natureza vinculativa – já que assumia a forma de uma resolução da Assembleia Consultiva –, a mesma acabou por contribuir para que vários Estados-Membros do Conselho da Europa, para quem a regulação do consumo era ainda inexistente ou muito rudimentar, comessem a desenvolver legislação destinada à proteção dos consumidores⁶.

2. Enquadramento nos fins do Conselho da Europa

A Carta de Proteção do Consumidor encontra a sua inspiração no Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa. Fundado em 1949, esta organização visa alcançar uma maior unidade entre os seus membros, com objetivo de preservar e realizar os seus ideais e princípios, que são a sua “herança comum”, bem como facilitar o seu progresso social e económico⁷. A Carta foi encarada como um instrumento destinado a prosseguir esta dupla finalidade.

No que toca à preservação dos ideais e princípios dos Estados europeus, o documento insere-se nos fins de “proteção do indivíduo” e na defesa dos direitos “das camadas mais vulneráveis da sociedade”. Neste ponto, ele situa-se naquilo que, à data, era tido como um dos “temas centrais” do trabalho do Conselho da Europa: “o Homem na Sociedade Europeia” – tema que remetia para a proteção da qualidade de vida em todos os sentidos. A literatura da época referia, de facto, que a proteção do consumidor era um assunto relativamente novo na agenda da cooperação na Europa, fazendo

⁶ IRIS BENÖR, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford University Press, 2013, p. 14.

⁷ Sobre as origens do Conselho da Europa, v. AA.VV., *Manuel du Conseil de l'Europe – structure, fonctionnement, réalisations*, Paris, Éditions Pedone, 1970 e, entre nós, MARIA LUÍSA DUARTE, “O Conselho da Europa”, in AA.VV., *Organizações Internacionais*, João Mota de Campos (coord.), Almedina, 2019, pp. 571-586.

parte das preocupações com a “qualidade de vida” dos indivíduos, e não apenas com o desempenho económico⁸.

Mas, como se referiu, a Carta pretendia ainda contribuir para o desenvolvimento económico dos Estados-Membros. Tal desiderato tinha também um fundamento direto no Preâmbulo que, como se viu, estabelecia o “progresso social e económico” como base de uma unidade mais próxima dos países da Europa⁹. Neste contexto, o documento visava promover alguma harmonia regulatória na matéria, perante o aumento do comércio interestadual dentro do Conselho da Europa. Outros autores indicam que a Carta pretendia ainda demonstrar a vontade de cooperação dos Estados-Membros do Conselho da Europa com a então CEE¹⁰. Pode dizer-se, aliás, que neste último ponto a Carta teve mais sucesso do que as primeiras iniciativas das Comunidades, que se encontravam limitadas devido aos interesses concorrentes dos Estados-Membros e à suprarreferida prioridade de atuação no apoio ao produtor.

3. Iniciativas antecedentes e trabalhos preparatórios

À data da proclamação da Carta, o Conselho da Europa era formado por 17 Estados-Membros¹¹. A sua estrutura consistia em três órgãos: a Assembleia Consultiva, o Comité de Ministros e o Secretariado. Este último era concebido como um órgão administrativo de assistência aos outros dois, tidos como os “órgãos principais”¹². A representação dos Estados-Membros nestes era feita da seguinte forma: o Comité de Ministros era formado pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros de cada Estado-Membro. Os Estados-Membros encontravam-se todos representados também na Assembleia Consultiva, que era um órgão de tipo parlamentar. No entanto, aí, o número de representantes de cada Estado diferia em função da respetiva população, e a composição das delegações regionais devia refletir proporcional-

⁸ PETER HODGENS, “Consumer Protection in the Council of Europe”, *European Yearbook*, Martinus Nijhoff, 1974, p. 99 e ss.

⁹ O “favorecimento” desse progresso consta também do artigo 1.º, alínea a) do Estatuto.

¹⁰ GEOFFREY GILBERT, “Council of Europe”, in Kenneth Robert Reden (ed.), *Modern Legal Systems Encyclopaedia*, vol. 3A, PART II – General Studies, William S. Hein & Co. Law Publisher, 1990, p. 3A-10-17.

¹¹ Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, República Federal da Alemanha, França, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Noruega, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido.

¹² MARIA LUÍSA DUARTE, op. cit., p. 582.

mente a representação partidária das forças políticas internas. Tratava-se, assim, de um órgão que visava representar os cidadãos da Grande Europa, na sua pluralidade nacional e ideológica. A Assembleia Consultiva recebia e discutia recomendações de uma vasta rede de comités, que se reuniam durante o ano, podendo emanar declarações ou resoluções sobre as diversas matérias de competência do Conselho da Europa. A principal competência do Comité de Ministros consistia na discussão de recomendações submetidas pela Assembleia Consultiva ou propostas pelos Estados-Membros.

A Carta não constituiu a primeira iniciativa do Conselho da Europa destinada à proteção dos consumidores. Logo em 1955, um grupo de Membros da Assembleia Consultiva havia apresentado ao Conselho de Ministros uma moção para uma Recomendação destinada a instar os Estados a estabelecerem organismos nacionais dedicados a testar e rotular os produtos, bem como a promover informação sobre os preços. Para além disso, instava-se o Secretariado a criar pontes de comunicação entre vários grupos de consumidores dos Estados-Membros, a fim de se discutirem medidas de proteção, bem como a criação de um possível “Instituto Europeu do Consumo”¹³.

Estas medidas não tiveram efeitos práticos. Sensivelmente só uma década depois se decidiu dar um novo impulso à matéria da defesa dos consumidores, com a inscrição do assunto na agenda do Programa Intergovernamental para 1966-67. Este documento determinava que o Secretariado deveria proceder a um estudo sobre as regras e princípios em matéria de proteção do consumidor. Ora, em resultado do trabalho levado a cabo nesse contexto, o Programa seguinte, para o biénio de 1967-68, já pôde ser mais específico, prevendo a preparação de recomendações ou convenções em matéria de educação do consumidor e publicidade enganosa¹⁴. Como resultado deste último programa, foi criado um comité de peritos na matéria, que se dividiu em dois grupos de trabalho destinados a trabalhar as duas matérias indicadas.

Com base no trabalho desenvolvido pelo grupo em matéria de educação, o Conselho de Ministros emanou a Resolução (71)29, que recomendava aos Estados-Membros a inclusão, nos programas de ensino, de matérias destinadas a preparar os cidadãos para realizarem “escolhas inteligentes” entre os vários bens e serviços disponíveis no mercado, e a educarem-nos para

¹³ Sobre estas iniciativas, v. ANDREW EVANS, “Council of Europe: Consumer Protection Initiatives”, *Journal of World Trade*, Volume 14, Issue 5 (1980) pp. 454–461.

¹⁴ ANDREW EVANS, op. cit., p. 455.

os seus direitos enquanto consumidores¹⁵. Esta foi a primeira medida do Conselho da Europa que produziu resultados tangentes na matéria, demonstrando o reconhecimento de que o primeiro passo na proteção dos consumidores passaria por dotar os mesmos da informação necessária para prevenir e reparar violações dos seus direitos.

O trabalho do grupo em matéria de publicidade enganosa, por seu turno, desenvolveu uma análise detalhada da legislação existente nos vários Estados-Membros. Vários países haviam adotado o *Código Internacional de Publicidade* da Câmara de Internacional Comércio para uso doméstico, enquanto outros dispunham de códigos nacionais próprios¹⁶. Com base neste levantamento, o Conselho de Ministros adotou a Resolução (72)8, que exortava os Estados-Membros a dotarem-se de legislação destinada a combater as referidas práticas publicitárias. Tal legislação deveria impor requisitos à publicidade de produtos, a qual deveria informar de forma transparente a natureza dos mesmos, a sua composição, qualidade e data de produção, o preço total e a identidade e qualificações dos produtores. A Resolução sublinhava ainda o especial cuidado em relação aos anúncios na rádio e televisão, por força do maior volume das audiências e do seu “poder de penetração”¹⁷. Para além da necessidade de regulação estadual na matéria, a Resolução clamava ainda pelo aumento da autorregulação entre os publicitários, bem como pelo envolvimento de grupos de consumidores. Os Estados eram convidados a informar o Secretário-Geral sobre as medidas adotadas.

Estas primeiras iniciativas do Conselho da Europa foram importantes para se inscrever na agenda na agenda da Organização alguns aspetos centrais da proteção do consumidor. Mas o ímpeto para a realização de um instrumento mais completo surgiu também da iniciativa dos próprios Estados. Logo em 1970 vários membros da Assembleia Consultiva fizeram uma moção para que o Conselho de Ministros instasse o Comité Europeu para a Cooperação Legal a estudar de forma sistemática a política de proteção do consumidor de vários Estados-Membros. Foi então estabelecido um subcomité, que se concentrou em três matérias: vendas ao domicílio, meios judiciais e não judiciais de proteção do consumidor e cláusulas contratuais abusivas. Um outro subcomité foi criado para o estudo da responsabilidade por

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ URSULA WASSERMANN, “Council of Europe – Consumer Protection”, *Journal of World Trade Law*, Volume 8, Issue 1, Feb. 1974, p. 117.

¹⁷ ANDREW EVANS, op. cit., p. 456.

produtos defeituosos. O Comité para os Assuntos Económicos e Desenvolvimento foi, por seu turno, mandatado em 1972 pela Assembleia Consultiva para definir princípios mínimos comuns de proteção e assistência dos consumidores.

Reunindo todos os contributos mencionados, a Carta viria a ser declarada em 1973. As soluções dos ordenamentos jurídicos de Estados-Membros tidos como consagrando as disposições “mais efetivas” na matéria foram umas das principais fontes dos princípios aí consagrados¹⁸. De facto, algumas obras dão conta do entusiasmo crescente de vários Estados-Membros no desenvolvimento de medidas destinadas à proteção dos consumidores, que em muito se distanciavam das primeiras “medidas rudimentares”¹⁹. O Reino Unido e os países nórdicos foram considerados, de entre os países europeus, os mais avançados em matéria de proteção do consumidor, pelo que as soluções da Carta foram fortemente inspiradas nestes ordenamentos. No Reino Unido, as principais leis, emanadas na década de 1960, versavam sobre a segurança dos consumidores, locação, revenda, manutenção de preços e descrições comerciais. A seguir a esta primeira vaga legislativa, o país começou a desenvolver soluções legislativas mais vastas sobre comércio justo, crédito, ou bens e serviços não solicitados. A Carta teve ainda em conta algumas soluções legislativas em vigor em França e na República Federal da Alemanha, países que começavam a assistir a um verdadeiro “boom” legislativo na matéria²⁰.

4. Os princípios proclamados

A Carta de Proteção do Consumidor encontra-se estruturada por várias “temáticas principais”, que são trabalhadas quer através de princípios gerais, quer de disposições muito detalhadas. Algumas visam responder a desafios particulares, enquanto outras visam incentivar reformas gerais. Com o seu pioneirismo, a Carta trata da proteção do consumidor de forma holística, assente na tríplice abordagem “informação, proteção e reparação”. A Assembleia Consultiva procurou logo, pois, forjar um sistema

¹⁸ J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1107.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ De 1945 a 1970, apenas tinham sido adotadas na Alemanha 25 leis na matéria, mas, posteriormente, foram desenvolvidas centenas de novas leis (338 até 1978). A França testemunhou uma evolução semelhante: até 1970 existiam 37 leis e decretos ministeriais em matéria de proteção do consumidor, número que passou a 94 em 1978.

complexo de proteção do consumidor, demonstrando que este fito se alcançaria apenas com um conjunto de princípios que envolveriam todos os atores, e que se estenderia dos domínios substantivo ao processual.

A Carta define consumidor como uma “pessoa física ou jurídica a quem são fornecidos bens e serviços prestados para uso privado”. De uma forma geral, a Carta reconhece cinco direitos aos consumidores: (1) proteção dos interesses económicos, bem como da integridade pessoal face produtos não seguros; (2) direito à reparação através de meios judiciais ou *quasi-judiciais*, simples e acessíveis; (3) informação detalhada sobre os produtos à venda ou vendidos; (4) educação em matéria de consumo; (5) envolvimento dos consumidores nos organismos nacionais.

Importa de seguida expor os princípios fundamentais em que se alicerça a Carta, bem como algumas soluções mais detalhadas avançadas pela mesma. Seguir-se-á a estrutura do documento, de forma que se possa apreender mais fielmente a filosofia subjacente ao mesmo.

4.1. O direito à proteção e assistência

A Carta começa com uma disposição geral, destinada a consagrar um *dever positivo dos Estados* de “dar aos consumidores uma proteção legal completa” e uma “assistência ativa”. Apesar de tal dever se apresentar como abrangendo “todas as camadas da sociedade”, sublinha-se que tal assistência deve recair de forma mais profunda sobre as camadas mais pobres e menos privilegiadas.

Prevía-se já que a proteção em causa deveria abranger, pelo menos, dois pontos: a proteção contra danos físicos à pessoa do consumidor e a proteção dos seus interesses económicos. A proteção do consumidor nesta dupla dimensão refletia os desenvolvimentos do ordenamento jurídico francês, onde se distinguia *préjudice matériel* e *préjudice économique*.

a) Proteção contra danos físicos devido a produtos não seguros

O primeiro conjunto de disposições da Carta diz respeito à proteção da integridade física dos consumidores. Com esse objetivo, os Estados são exortados a proteger os cidadãos contra danos físicos decorrentes de alimentos, embalagens ou outros produtos não seguros.

Nesta matéria, as disposições tradicionais já existentes decorriam de legislação em matéria de saúde pública ou regulações em matéria de alimentação e produtos farmacêuticos, que proibiam a comercialização de

bens que não cumprissem determinadas exigências²¹. A Carta mantém essa vertente, instando os Estados a fixarem requisitos mínimos destinados a eliminar ou reduzir, na maior medida do possível, qualquer perigo proveniente não só do próprio conteúdo dos bens, mas também do seu acondicionamento, manuseamento e uso. No entanto, aponta ainda para uma proibição de *distribuição* de bens ou serviços danosos. A proteção contra produtos danosos passa a incluir, pois, medidas de controlo da *distribuição*. Este ponto não é despidendo: ao Estado incumbiria agora, também, um dever de controlar produtos produzidos noutros países. Este novo dever seria particularmente importante para os Estados-Membros da CEE, face ao desenvolvimento do mercado comum.

b) Proteção contra danos aos interesses económicos dos consumidores

Em segundo lugar, a Assembleia Consultiva pretendia proteger os interesses económicos dos indivíduos, sobretudo contra o abuso de poder dos fornecedores de bens e serviços. À data, a maior parte dos Estados-Membros apenas protegia os interesses em presença de forma indireta, por exemplo, através de regulações de preços ou da previsão de disposições penais destinadas à punição da fraude no comércio²². A Carta mudou o epicentro desta matéria, abandonando a perspetiva eminentemente punitiva e focando-se principalmente na dimensão protetiva do consumidor.

O documento prevê várias matérias em que tal proteção se fazia sentir com especial premência. Desde logo, sublinha a necessidade de combater o comércio “injusto”: os Estados tinham o dever de prevenir práticas comerciais “impróprias, tendenciosas ou indesejáveis”, procedendo, se necessário, a alterações legislativas destinadas a torná-las ilegais. Neste ponto, o documento reconhece que os contratos “padronizados e unilateralmente redigidos” poderiam ser meios especialmente permeáveis ao abuso de poder dos produtores ou distribuidores de bens e serviços. A Carta sublinha a especial vigilância que deveria recair sobre estes contratos, nomeadamente no que toca à possível exclusão de direitos essenciais ou à exigência de pagamento de bens não requeridos.

Em segundo lugar, o documento insta os poderes públicos a prever medidas destinadas a garantir que o consumidor esteja plenamente ciente das condições dos contratos e das qualidades dos produtos e serviços

²¹ J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1114.

²² *Idem*, p. 1107.

adquiridos. Desde logo, caberia aos Estados combater os métodos de venda *agressivos*. Tais métodos são definidos, precisamente, como aqueles que não dão condições para que os consumidores procedam a uma ponderação adequada sobre os termos e condições da venda. Interligada a esta preocupação está também a proibição de “publicidade enganosa”. Refere a Carta que a promoção de bens e serviços – incluindo serviços financeiros – não pode ser feita de modo a induzir em erro a pessoa a quem estão a ser oferecidos ou que os possa ter solicitado. Para o efeito, os fornecedores poderiam ser obrigados a comprovar a validade das informações publicitadas em qualquer meio de comunicação. Aqueles que não produzissem a prova requerida deveriam emitir, a suas expensas, uma publicidade equivalente com as correções necessárias.

Como forma de prevenir as aquisições pouco esclarecidas, a Carta sublinha ainda a necessidade de informação sobre a qualidade do produto: tal informação teria de conter dados sobre a natureza, composição, quantidade, desempenho, disponibilidade, qualidade, preço e características dos bens ou serviços, e deveria ser feita de forma detalhada no próprio produto (embalagem, rótulo) ou no local da venda. Para garantir a continuidade da qualidade ou das características dos produtos, o documento preocupa-se ainda com a proteção do consumidor após a venda: o consumidor deveria beneficiar de serviços de pós-venda “razoáveis”, no que toca aos bens de consumo duradouros.

Finalmente, a Assembleia Consultiva considerava que uma proteção completa dos interesses económicos dos indivíduos exigiria também o controlo de práticas comerciais restritivas. Este ponto foi particularmente sublinhado nos trabalhos preparatórios pelo Comité de Assuntos Económicos e Desenvolvimento, que insistiu na necessidade de intervenção dos Governos para assegurar a existência de um mercado competitivo²³. Subjacente a este ponto, estava já o entendimento de que o consumidor poderia aceder a melhores produtos e serviços a um custo mais baixo se atuasse num contexto de livre concorrência.

²³ Referia-se em particular o ainda muito incipiente sistema de proteção da liberdade de concorrência nos Estados europeus, em comparação com o sistema norte-americano. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. Cf. J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1123 e ss.

4.2. O direito à reparação de danos

O segundo grupo de princípios plasmados na Carta dirige-se à garantia de reparação de danos por parte dos fornecedores de bens e serviços, em caso de perda ou prejuízo decorrente de má descrição, defeito ou não funcionamento de produtos. O primeiro princípio é o de que o lesado tem o *direito de procurar reparação*. Para tal, deveria ser garantido um acesso fácil e barato à arbitragem ou ao sistema judicial do país para a resolução de eventual conflito. Os Estados eram instados a estabelecer instituições especialmente vocacionadas para tratar das queixas de consumidores. Um exemplo, avançado por FREY & WARRIN seria o da Suécia, que havia estabelecido o *Ombudsman* do consumidor²⁴.

No que toca às garantias no processo, a Carta concretiza algumas regras que deveriam ser aplicadas: nos casos em que existiria uma descrição inadequada do produto ou do serviço em prejuízo do consumidor, *o ónus da prova deveria pertencer ao fornecedor*. Não obstante, as legislações deveriam acauteelar os interesses do produtor ou fornecedor em caso de erros inadvertidos, bem como nos casos em que o produto ou serviço contivesse informações pelas quais o fornecedor não poderia ser responsabilizado.

4.3. O direito à informação

Em complemento dos princípios já mencionados no contexto da proteção económica do consumidor, a Carta optou ainda por dedicar uma secção específica ao direito de informação – demonstrando, pois, a especial premissa deste direito, como acessório para a efetivação de outros direitos, e como fim em si mesmo. Esta secção já assenta na perspectiva de que o consumidor deve ser, ele próprio, o principal ator na defesa dos seus interesses – seja individual, seja coletivamente, pelo que deverá ter ao seu dispor os meios para levar a cabo, ele próprio, tal defesa. Neste ponto, o direito à informação é visto como forma de garantir que o consumidor possa proceder a uma escolha racional entre produtos e serviços concorrentes, mas também que use do serviço ou produto de forma segura e que o satisfaça plenamente.

O documento insta os Estados a estabelecerem uma regulamentação sobre o conteúdo obrigatório da informação a ser prestada aos consumidores: os produtores deveriam, no mínimo, ser obrigados a declarar pesos e

²⁴ *Idem*, p. 1130.

medidas, qualidade, ingredientes, dados de produção e tempo de conservação, instruções de uso ou cuidados. No caso de serviços, tal dever estender-se-ia ainda aos termos do contrato, em especial taxas de juro.

4.4. O direito à educação

A quarta parte do documento, subordinada ao título “direito à educação do consumidor” destina-se também ao *empoderamento* dos indivíduos na matéria. A Carta adota a perspetiva de que a educação do consumidor deve começar o mais cedo possível. Assim, defende-se que as crianças em idade escolar deveriam receber educação que as permitisse atuar como consumidores informados durante toda a vida. Tal direito à educação é, também, naturalmente, estendido aos adultos – e, neste último ponto, eram já vários os programas existentes nos Estados-Membros²⁵. No que toca à educação das crianças, apenas a França e a Itália dispunham de programas semelhantes, pelo que a disposição se afigurava particularmente inovadora. Ela mantém muita atualidade, já que muitos Estados-Membros do Conselho da Europa continuam a não prever quaisquer medidas destinada à educação dos consumidores menores de idade.

4.5. O direito a consulta e representação

Na quinta parte da Carta, é afirmado o direito à consulta e representação do consumidor através do reconhecimento do papel de dois tipos de organizações: as próprias associações de consumidores (e também de produtores e comerciantes), e as autoridades centrais dos Estados.

4.5.1. O papel das associações de consumidores

Neste ponto, o Conselho da Europa preocupa-se agora com a representação coletiva dos consumidores, exortando os Estados a adotar um conjunto diversificado de medidas neste contexto. Desde logo, deveriam reconhecer as organizações voluntárias de consumidores, que começavam já a proliferar. De facto, durante os anos 70 começavam a multiplicar-se, sobretudo nos países escandinavos, alguns grupos de representação dos interesses dos consumidores que reclamavam um espaço de participação ativa na criação de políticas públicas em matéria de consumo. Os modelos de composição e organização destas associações ou de outros grupos legí-

²⁵ Cf. J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1130.

timos de representação dos interesses dos consumidores era diversificado. Nos modelos nórdicos predominavam grupos mistos: considerava-se que consumidores e produtores partilhavam interesses comuns, pelo que seria importante promover a negociação das intervenções em pé de igualdade. Em resultado, a experiência escandinava era frequentemente invocada como exemplo a seguir, por contraposição a outros países em que predominavam as estruturas mais corporativistas.

Para o Conselho da Europa seria crucial que tais estruturas fossem *não só reconhecidas* pelos governos, mas também *consultadas* sobre leis, regulamentos, administração e serviços de consultoria para consumidores. A Carta sublinha que os serviços públicos e estaduais “devem ter plenamente em conta os interesses e direitos dos consumidores”, devendo prever a nomeação, em número considerado adequado, de representantes dos consumidores nos seus conselhos de administração. Alguns Estados-Membros já reconheciam tal papel às organizações de consumidores, nomeadamente através da prestação de consultadoria aos governos. Por exemplo, na República Federal da Alemanha, existia um Conselho de Consumo, composto por representantes de organizações de consumo e também de cidadãos independentes, destinado a prestar aconselhamento ao Ministro da Economia e das Finanças²⁶. O estudo de FREY & WARRIN referia haver outros Estados que previam um sistema alicerçado em agências *quasi*-governamentais. No entender dos autores, porém, estas não garantiam a necessária independência garantida pela Carta²⁷.

A Carta não se limita a reconhecer o direito das associações na participação e representação dos indivíduos nas políticas públicas, atribuindo às mesmas ainda *deveres* destinados a promover os direitos dos consumidores. O seu papel neste contexto consistiria sobretudo na prestação de informação e aconselhamento do público. As associações dos próprios fabricantes e comerciantes teriam, também elas, um papel nesta matéria. Estas associações deveriam ser instadas a formular os seus próprios códigos de práticas comerciais, destinados, em conformidade com as leis nacionais, a promover padrões mais elevados de qualidade dos produtos e serviços. Tais códigos deveriam ser apresentados às autoridades nacionais de consumidores, para aprovação.

²⁶ Cf. J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1128.

²⁷ Idem, p. 1129.

4.5.2. Autoridades estaduais próprias

A Carta determina que cada país deveria estabelecer, de acordo com as suas próprias tradições, uma “autoridade forte, independente e eficaz” destinada a controlar o respeito pela legislação em matéria de consumo e a aconselhar os parlamentos e governos nacionais sobre todos os aspetos referentes à proteção do consumidor. Tal entidade deveria ainda garantir o acesso dos consumidores a informação e consultoria adequadas. No que toca à prestação de informação, a Carta sublinhava que os governos tinham o dever de realizar pesquisas e publicar informações sobre a composição e o desempenho dos produtos ou eficiência dos serviços. A consultoria era também perspetivada como um dever do Estado, não cabendo apenas às associações de consumidores. Neste ponto, a Carta sublinha a importância de os serviços de consultadoria serem prestados no nível mais próximo possível do consumidor, de preferência a nível local.

O estudo de FREY & WARRIN já dava conta da existência de tais organismos governamentais em vários Estados-Membros²⁸. A estrutura destes era variável de país para país, apesar de alguns partilharem traços comuns. A Noruega, por exemplo, centralizara o sistema de proteção do consumidor num gabinete ministerial sobre família e consumo. Já a República Federal da Alemanha havia optado pelo modelo de comité interministerial em matéria de consumo, destinado a coordenar as atividades dos vários ministérios. Este modelo foi seguido por outros Estados-Membros, como a Áustria e a França. Outros Estados, porém, mantiveram as competências mencionadas em estruturas do tipo Inspeções Gerais ou em mecanismos de certificação de qualidade. MATTHEW HILTON sublinha ainda que algumas agências estaduais lidavam com queixas dos cidadãos²⁹.

5. Atividade posterior do Conselho da Europa em matéria de consumo

A Carta foi uma iniciativa pioneira a nível internacional, afastando-se dos atos até então existentes, centrados sobretudo nas especificações dos produtos e serviços. Este documento mudou o foco mais limitado do controlo das qualidades dos bens de consumo, para se centrar na pessoa do consumidor, preocupando-se em promover as condições necessárias para que o mesmo pudesse atuar no mercado fazendo as escolhas de forma livre e esclarecida.

²⁸ Idem, p. 1126.

²⁹ Op. cit., p. 72.

Após a aprovação da Carta, o Conselho da Europa prosseguiu uma profícua atividade destinada a desenvolver os princípios enunciados no documento. Assim, em novembro de 1976, o Comité de Ministros adotou a Resolução (76)47, destinada a proteger os consumidores de forma mais efetiva contra cláusulas contratuais injustas, *i.e.*, tendentes a prejudicar o equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, em prejuízo do consumidor. A Resolução apelava ainda à criação de procedimentos extrajudiciais destinados a encorajar uma composição amigável dos litígios. Um ano depois, era assinada a Convenção sobre responsabilidade por produtos em caso de ferimentos ou morte. De acordo com esta Convenção, o produtor ficaria responsável por danos físicos ao consumidor provocados por defeito nos produtos, independentemente de os mesmos terem resultado de atuação negligente do primeiro. Em 1978, o Conselho de Ministros voltou a adotar resoluções destinadas a desenvolver e complementar os princípios afirmados na Carta: a Resolução (78)38, sobre serviços pós-venda e garantia dos produtos, a Resolução 79(1), destinada a aprofundar a promoção da educação em matéria de direitos do consumidor e a Resolução 79(2), referente à consulta e representação dos consumidores no processo legislativo e regulamentar, bem como nos organismos estaduais atuantes na matéria. Estes atos tiveram um efeito direto na então Comunidade Económica Europeia, bem como nas ordens jurídicas nacionais³⁰.

6. Influência da Carta na emergente política comunitária de consumo

A Carta não representou apenas um primeiro impulso na matéria da proteção do consumidor no contexto do Conselho da Europa, acabando por estimular posteriormente, também, o desenvolvimento da proteção dos consumidores no âmbito das Comunidades Europeias³¹. De facto, como se referiu supra, o nível de proteção conferido por estas últimas era bastante inferior ao consagrado no documento do Conselho da Europa. Inspirado nos princípios enunciados na Carta, o Conselho de Ministros das Comunidades viria a aprovar, em 14 de abril de 1975, uma resolução formal que adotou um “Programa preliminar para uma política de proteção e infor-

³⁰ IRIS BENÖR, *op. cit.*, p.14

³¹ Sobre este ponto, v. PETER SCHLECHTRIEM “Towards a European Law – The Contribution of Law Faculties to Reform and Unification of Private Law”, *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, Issues 1/2 (1999), pp. 31-58.

mação do consumidor”³². Fortemente influenciado pelo instrumento anterior, o Programa reconhecia cinco direitos básicos dos consumidores, para os quais se reclamavam medidas legais: (1) o direito à proteção da saúde e segurança; (2) o direito à proteção de interesses económicos; (3) o direito a reparação; (4) o direito à informação e educação e (5) o direito a representação e audição. Eram notórias, pois, as profundas influências do instrumento do Conselho da Europa sobre esta iniciativa comunitária.

O programa de 1975 dirigiu a política de consumo das Comunidades nas décadas seguintes, e as alterações que o mesmo sofreu ao longo do tempo – nomeadamente com o Ato Único Europeu³³ – não se afastaram dos princípios que haviam sido afirmados na Carta³⁴.

Mas importa sublinhar que a influência da Carta nas políticas de proteção do consumidor nas Comunidades foi muito importante ainda numa outra perspetiva: uma vez que a proteção do consumidor no âmbito da CEE se fazia sobretudo através de atos jurídicos vinculativos, os princípios afirmados na Carta encontravam, assim, um meio indireto de se impor às ordens jurídicas dos Estados-Membros daquela Comunidade, através de instrumentos mais eficazes que o da Resolução³⁵. Alguns Estados, pois, viriam a plasmar os princípios da Carta por via indireta, através da transposição de Diretivas comunitárias ou da aplicação de Regulamentos que concretizavam os princípios desenvolvidos no Programa comunitário de consumo.

7. Conclusão: uma pioneira visão holística da proteção do consumidor a nível europeu

A Carta de Proteção do Consumidor do Conselho da Europa representou a primeira iniciativa europeia destinada à proteção geral do consumidor. O facto de o instrumento consistir numa Resolução da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, carecendo de força jurídica vinculativa, não lhe retirou importância. Desde logo, porque apesar de não ter poderes de decisão vinculativos, a Assembleia Consultiva, como órgão “quase parlamentar”, simbolizava já um fórum de compromisso de vários e plurais países europeus. Depois, pela abordagem inovadora adotada pelo instrumento:

³² EC.O.J., 1975, n.º C 92/1.

³³ O Ato Único Europeu foi adotado em 28 de fevereiro de 1986, e consistiu na primeira revisão aos Tratados institutivos das Comunidades Europeias.

³⁴ MATTHEW HILTON, op. cit., p. 78.

³⁵ URSULA WASSERMANN, op. cit., p. 460.

ele contribuiu decisivamente para uma alteração do núcleo das políticas de índole comercial da época, focadas primordialmente na produção e incentivo aos produtores e empresários, para a proteção e “empoderamento” da pessoa do consumidor³⁶. Por fim, esta foi também uma das primeiras iniciativas internacionais destinadas à disciplina do consumo numa dimensão completa e transversal, incluindo todas as atividades de produção, distribuição e comercialização de qualquer bem ou serviço.

Ainda assim, a doutrina da época teceu algumas críticas à Carta, sobretudo devido ao uso de algumas expressões que enfraqueceriam a sua força, por remeterem para uma maior margem de liberdade dos Estados. Considerou-se, em particular, que a referência à “tradição” dos Estados-Membros, enquanto “limite geral” da imposição dos princípios, poderia reforçar ainda mais o caráter não vinculativo da Carta³⁷. FREY & WARIN, por seu turno, referiam que a então persistente resistência corporativa e a permanência de muitas políticas de “*laissez-faire*” nos Estados-Membros, contribuíram para uma fraca efetividade da Carta nos sistemas nacionais³⁸.

No entanto, a Carta contribuiu de forma inegável para que os Estados-Membros do Conselho da Europa passassem a adotar algum tipo de medidas de proteção dos consumidores. Permitiu, assim, uma diminuição das clivagens pré-existentes entre os Estados na matéria, em que uns dispunham já de sistemas muito avançados, enquanto outros praticamente careciam de instrumentos normativos de regulação do consumo. Alguns autores referem que, aos Estados em que as políticas de proteção do consumidor eram fracas ou “subdesenvolvidas” – como a Grécia, Espanha, Itália e Portugal –, a Carta forneceu um modelo “pronto a aplicar” nos seus territórios³⁹. Por outro lado, o instrumento contribuiu para uma evolução na forma de se perspetivar a proteção do consumidor. A política europeia de consumo, então incipiente, surgia agora com a filosofia de que a proteção do consumidor teria de ser feita através da informação, educação e auto-representação do indivíduo. A mesma passava a estar direcionada à

³⁶ J.E. FREY, F.J. WARRIN, op. cit., p. 1131.

³⁷ Sobre a referência às “tradições nacionais”, v. VITO RUBINO, “The Emerging Interests of Consumers:

Answers from the Agri-Food Regulation”, in AA.VV., *Agricultural Law*, Springer, 2017, p. 155.

³⁸ Op. cit., p. 1131.

³⁹ MATTHEW HILTON, op. cit., p. 78. Portugal tornou-se o 19.º Estado-Membro do Conselho da Europa em 22 de setembro de 1976.

criação de condições que permitissem ao consumidor fazer escolhas de forma mais eficiente e racional, abandonando-se a perspectiva de que o seu melhor interesse estaria ligado com o aumento da *quantidade* de bens de consumo⁴⁰.

⁴⁰ *Ibidem*.

O DIREITO DO CONSUMO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

JORGE MIRANDA*

1. O tratamento jurídico dominante do consumo e dos consumidores situava-se até há cerca de cinquenta anos, e continua a situar-se predominantemente no âmbito do Direito privado. Basta pensar, entre nós, nos regimes dos vícios da vontade no negócio jurídico (arts. 240.^o e segs.), do cumprimento ou não cumprimento das obrigações (arts. 762.^o e segs.), do negócio usurário (arts. 282.^o e 283.^o), da venda de coisas defeituosas (arts. 913.^o e segs., todos do Código Civil) ou das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.^o 446/85, de 25 de outubro e suas alterações).

É relativamente recente um tratamento específico nominativo (Base III da Lei n.^o 1/72, de 24 de março, a primeira lei portuguesa de defesa da concorrência já não em vigor) e é ainda mais recente um tratamento específico a nível da Constituição.

Isso não significa que, alguma vez, a proteção dos consumidores tenha estado arredada do sistema constitucional, porque a Constituição, na fórmula bem conhecida de SANTI ROMANO, é o tronco da ordem jurídica estatal, donde arrancam os ramos da grande árvore em que se desenvolve essa ordem jurídica; correspondentes, na expressão de PELLEGRINO ROSSI, às respetivas *têtes de chapitre*¹.

* Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito constitucional*, I, 1, 10.^a ed., Coimbra, 2014, págs. 17 e segs.

Para além disso, a chamada sociedade de consumo, com as suas vicissitudes muito variáveis, obriga a estabelecer ou a repor condições de liberdade e igualdade e a prescrever direitos dos consumidores, como cidadãos, a par da preocupação com a proteção do meio ambiente e da qualidade de vida.

2. Porventura, terá sido a Constituição portuguesa de 1976 a primeira a conferir relevância à proteção dos consumidores, ao fixar, entre as incumbências prioritárias do Estado no domínio económico-social *proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores* [art. 81.º, alínea m)]².

Outras Constituições são a espanhola, de 1978 (art. 51.º), a brasileira, de 1988 (arts. 170.º-V, 150.º, § 5.º e 178.º, § único-II), a cabo-verdiana, de 1992 (art. 82.º), a peruana, de 1993 (art. 65.º), a polaca, de 1997 (art. 76.º), a suíça, de 1999 (art. 97.º), a timorense, de 1992 (art. 53.º), a angolana, de 2010 (art. 78.º).

Merece realce a Constituição brasileira, referindo-se à defesa do consumidor numa ordem económica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170.º).

3. Há numerosas diretivas europeias, em sintonia com o art. 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de harmonia com o qual “as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

4. Em 1982, na primeira revisão constitucional, foi acrescentado ao art. 110.º um n.º 1, dizendo *Os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos*.

A revisão de 1989 transferiu a matéria do art. 110.º para o art. 60.º, substituiu a epígrafe *proteção dos consumidores* por *direitos dos consumidores*, e refor-

² Fonte: Projeto de Constituição do Partido Popular Democrático (art. 67.º). E no nosso *Um projecto de Constituição* (Braga, 1975), prevíamos, sob a epígrafe de *Democratização da economia*, a incumbência do Estado de *salvaguardar a liberdade do consumidor* [art. 93.º, alínea e)].

Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.ºs 70, 71, 80 e 131, reuniões de 24 e 28 de outubro e 2 de novembro de 1975 e de 1 de abril de 1976, págs. 223, 225, 2267 e segs., 2678 e segs. e 4372.

mulou o n.º 1, passando ele a dizer 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.*

Dessa revisão de 1989 resultou a redação do n.º 2: *A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.*

O n.º 3 resulta das revisões de 1982, 1989 e 1997: *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*^{3 4}.

5. O art. 60.º situa-se no título dos direitos económicos, sociais e culturais da Parte I da Constituição, respeitante a direitos e deveres fundamentais. Isto não significa, porém, que os direitos aí expostos se reconduzam, ou se reconduzam todos, a direitos fundamentais no sentido rigoroso do

³ Cfr. *Diário da Assembleia da República*, 2.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 2.ª série, suplemento ao n.º 19, págs. 432-(12) e segs., e suplemento ao n.º 87, págs. 1618-(3) e 1.ª série, n.º 114, de 7 de julho de 1982, págs. 4728 e segs.

Ibidem, 5.ª legislatura, 1.ª sessão legislativa, 2.ª série, n.ºs 22-RC, 35-RC, 75-RC e 84-RC, págs. 642 e segs., 2270 e segs. e 2508-2509, e 1.ª série, 2.ª sessão legislativa, n.º 75, de 4 de maio de 1989, págs. 3589, 3590 e 3621.

Ibidem, 7.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 96, de 17 de julho de 1997, págs. 3510 e segs.

⁴ Cfr. na doutrina jurídico-constitucional, JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A Constituição da República e os consumidores*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 44, 1990, págs. 161 e segs.; CARLA AMADO GOMES, *O direito à privacidade dos consumidores*, *ibidem*, 1999, págs. 89 e segs., e os *Novos trabalhos do Estado: a Administração Pública e a defesa do consumidor*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, págs. 621 e segs.; PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, 2001, págs. 23 e segs.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição de 1976*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2002, págs. 13 e segs.; ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Aspectos jurídico-públicos da protecção do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, págs. 23 e segs.; DIOVANA BARBIERI, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 8, 2006-2007, págs. 299 e segs.; JOSÉ CASALTA NABAIS, *O estatuto constitucional dos consumidores*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3954, janeiro-fevereiro de 2009, págs. 137 e segs.

Ainda, as anotações ao artigo 60.º de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, 2004, págs. 760 e segs., e de JORGE MIRANDA, in *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., Lisboa, 2017, págs. 487 e segs.

termo – os direitos fundamentais como direitos da pessoa frente ao poder público. Se alguns direitos se reconduzem a direitos económicos, sociais e culturais, há também os que possuem estrutura de direitos, liberdades e garantias⁵.

Pelo contrário, neles avultam as pessoas dentro da sociedade civil, como acontece também no âmbito da família (arts. 36.º e 67.º), em órgãos de comunicação social (art. 38.º, n.º 2), no interior de associações (arts. 46.º, 51.º, 55.º e 63.º, n.º 5), nas relações de trabalho nas empresas (art. 59.º), no ensino particular e cooperativo (art. 75.º), nas universidades (art. 76.º), na fruição e criação cultural (art. 77.º).

Os direitos fundamentais são, essencialmente, direitos perante o Estado ou perante outras formas de poder político. Ora, os direitos dos consumidores aparecem numa economia de mercado, para além da sua conexão com interesses difusos, como direitos em face de privados, enquanto tais ou (no caso de serviços públicos concessionados) investidos de prerrogativas de autoridade. Não é agora tanto o poder político quanto o poder económico que pode ameaçar a realização da pessoa humana.

Nem por isso deixa de se justificar o elenco de direitos que constam do art. 60.º. Do que se trata é de o Estado agir, por lei ou pelas funções administrativas e jurisdicionais⁶ de modo a que os consumidores usufruam dos direitos aqui enunciados. Do que se trata é de verdadeiros deveres de protecção do Estado, análogos a outros que aparecem na Lei Fundamental (v.g., a respeito de saúde ou do ambiente) e a que corresponde um direito geral de protecção dos cidadãos.

O n.º 1 abrange quer projecções de direitos fundamentais consagrados noutros lugares do texto constitucional, quer direitos que se reconduzem a interesses difusos (como os direitos à protecção da segurança, à qualidade e à protecção dos interesses económicos). E há um direito, o mais importante de todos, que apenas está implícito: a liberdade de consumo como liberdade de escolha (ou de não escolha) deste ou daquele bem ou serviço, e que pode, porventura, ver-se ainda como corolário do direito ao desenvolvimento da personalidade.

⁵ Sobre a distinção, sem a acentuar demasiado, v. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, 2020, págs. 120 e segs. Pondo-a em causa, cfr., nomeadamente, JORGE REIS NOVAIS, *Uma Constituição – Dois sistemas? – Direitos de liberdade e direitos sociais*,

⁶ Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, págs. 94 e segs.

6. A Lei n.º 24/96, de 31 de julho (dita lei de defesa do consumidor)⁷ considera consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados a *uso não profissional* por pessoa que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica que vise a obtenção de um benefício (art. 2.º, n.º 1); e idêntico conceito aparece no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, sobre práticas comerciais desleais [art. 3.º, alínea a)].

Mas não se vê por que razão não deva merecer protecção como consumidor quem adquira bens ou serviços para *uso profissional* (v.g., por que distinguir quem compra um romance de quem compra um livro científico ou por que distinguir quem faz uma viagem turística de quem faz uma viagem por motivos profissionais). De resto, a Lei n.º 24/96, de 21 de julho, ao definir utente de serviços públicos essenciais não faz tal distinção e, por certo, este utente é ainda um consumidor⁸.

7. O modo como, salvo quanto ao direito à reparação de danos, a Lei n.º 24/96, configura os direitos contemplados no n.º 1 traduz bem a mediação do Estado:

- Direito à qualidade dos bens e serviços – Os bens e serviços destinados ao consumo deve ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas ou, na falta delas, de modo a corresponder às legítimas expectativas do consumidor (art. 4.º, n.º 1);
- Direito à formação – Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como, nas acções de educação permanente de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, designadamente os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação (art. 6.º, n.º 1);
- Direito à informação – Incumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral dos consumidores (arts. 7.º e 8.º); e a informação

⁷ Com as alterações das Leis n.ºs 85/98, de 16 de dezembro; 67/2003, de 8 de abril; 10/2013, de 28 de janeiro; 47/2014, de 28 de julho; e 63/2019, de 16 de agosto.

⁸ A título comparativo, note-se que, no Brasil, o correspondente Código (Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990) define, simplesmente, consumidor como “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

- ao consumidor deve ser prestada em língua portuguesa (art. 8.º, n.º 3); o dever de informação não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não titulado por lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável ao consumidor (art. 8.º, n.º 6);
- Direito à protecção da saúde e da segurança – É proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, implique riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas (art. 5.º, n.º 1); os riscos para a saúde e a segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ou potencial consumidor (art. 8.º, n.º 3);
 - Direito à protecção dos interesses económicos – Nas relações jurídicas de consumo impõem-se a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé nos preliminares, na formação e na vigência dos contratos (art. 9.º, n.º 1); o fornecedor de bens ou o prestador de serviços estão obrigados à redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares, e à não inclusão de cláusulas ou contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor (art. 9.º, n.º 2; o consumidor tem direito a assistência após a venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios, pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos (art. 9.º, n.º 5);
 - Direito à reparação de danos – o consumidor tem direito à indemnização de danos patrimoniais e não patrimoniais respeitantes ao fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, independentemente da culpa do produtor (art. 12.º).

No domínio dos serviços públicos essenciais (água, energia eléctrica, gás, comunicações electrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais, gestão de recursos sólidos urbanos), alguns destes direitos exigem desenvolvimentos específicos.

8. A respeito do direito à informação acrescente-se:

- Direito à reparação de danos – o consumidor tem direito à indemnização de bens ou prestação de serviços defeituosos, independentemente da culpa do produtor (art. 12.^o)
- Que este direito é crucial nas situações caracterizadas pela profunda “assimetria” de informação entre fornecedores e consumidores, como sucede, por exemplo, nos cuidados de saúde e nos serviços financeiros⁹ ou nos contratos à distância (Decretos-Leis n.ºs 143/2001 e 95/2006, de 26 de abril e de 29 de maio, respectivamente);
- Que ele é tanto um direito positivo (o direito a receber informação) como um direito negativo, numa dupla dimensão (o direito a ninguém impedir o consumidor de acesso à informação e o de ele recusar, designadamente, certo tipo de informação como a publicidade domiciliária por via postal ou telefónica, conforme a Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro).

9. No que se refere à reparação de prejuízos causados pelo deficiente ou anormal funcionamento de serviços, aplicam-se as regras gerais de responsabilidade, sendo de admitir, cláusulas de exclusão, quando não estejam em causa casos de dolo ou de culpa grave do devedor, mas não quando razões de protecção social justifiquem uma proibição absoluta dessas cláusulas.

Ainda que a falta ou o atraso no cumprimento da obrigação envolva tão só lucro cessante, não fica o utente privado do direito à reparação do dano sofrido¹⁰.

Ao legislador ordinário não está vedado efetuar modelações, por sorte a que a reparação não tenha de ser, inelutavelmente, integral, embora não ao ponto de a menor qualidade dos bens e serviços ficar desprovida de qualquer ressarcimento. A jurisprudência constitucional reconhece assim que “o legislador ordinário tem ampla liberdade de conformar mais ou menos limitativamente o direito à reparação dos danos, seja definindo condições para a constituição de uma obrigação de indemnização, seja limitando os danos ressarcíveis. Necessário é, que, no estabelecimento dessas condições e limites, não se venha a tornar desprovido de significado o ‘núcleo’ desse

⁹ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada* cit., pág. 781.

¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 153/90, de 3 de maio (*Diário da República*, 2.ª série, de 7 de setembro de 1990).

direito, ou seja, que o direito à reparação dos danos, na prática, não venha a ser impossibilitado de operar, ou que dos limites fixados não resulte um ressarcimento dos danos irrisórios ou desprezível, devendo essas condições e limites serem justificados pelos interesses em jogo”¹¹.

10. A não efectivação dos deveres de protecção por parte do Estado pode envolver:

- Inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º da Constituição), em caso de omissão de lei que dê exequibilidade aos direitos carecidos de concretização legislativa, como o da protecção da saúde e da segurança;
- Responsabilidade civil, eventualmente, na hipótese tanto de inconstitucionalidade por acção como de inconstitucionalidade por omissão (art. 21.º).

11. Para além do direito ao apoio do Estado – fórmula demasiado genérica – os direitos das associações de consumidores do n.º 3 traduzem duas das ideias básicas da Constituição: a democracia participativa [arts. 2.º e 9.º, alínea c)] e a protecção dos interesses difusos (art. 52.º, n.º 3 e Lei n.º 83/85, de 31 de agosto).

A Constituição não prevê a representação dos consumidores no Conselho Económico e Social (art. 92.º). Ela resulta da Lei n.º 108/91, de 17 de agosto (art. 2.º, n.º 1).

A audição das associações de consumidores, de interesse genérico e de interesse específico e a das cooperativas acha-se institucionalizada através do Conselho Nacional de Consumo (hoje, Decreto-Lei n.º 5/2013, de 16 de janeiro)¹². Por seu turno, a audição das organizações representativas de utentes de serviços públicos essenciais tem regulamentação reforçada (art. 2.º da Lei n.º 23/96).

Questões que digam respeito à defesa dos consumidores, para efeito do n.º 3, são, naturalmente, as que afectem os seus direitos constitucional e legalmente consagrados ou, numa fórmula mais ampla, as que afectem interesses predominantemente deles.

¹¹ Assim, entre outros, Acórdão n.º 444/2008, de 23 de setembro (*Diário da República*, 2.ª série, de 28 de outubro de 2008) – cfr. ainda os Acórdãos n.ºs 153/90, 650/2004 e 117/2008.

¹² Assim como a audição de associações empresariais, de confederações sindicais e da Associação Nacional dos Municípios (art. 4.º).

São diversas, porém, as figuras da audição [cfr. também art. 67.º, n.º 2, alínea g), da Constituição] e as de participação [cfr. arts. 54.º, n.º 5, alínea d), 56.º, n.º 2, alínea a), 63.º, n.º 2, 77.º, n.º 2, 98.º e 267.º, n.º 2].

Por outro lado, a Lei n.º 24/96 prevê a existência de conselhos municipais de consumo [art. 7.º, n.º 1, alínea c)], o que se mostra bem conforme com o princípio da descentralização democrática da Administração Pública (arts. 6.º, n.º 1 e 235.º e segs. da Constituição).

12. Voltando à contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, sem dúvida pertencem à primeira categoria a liberdade de consumo, os direitos à informação e à reparação de danos quando dirigidos contra o Estado, a iniciativa de constituição de associações e o direito da sua livre constituição e gestão.

Ao lado dos princípios gerais sobre direitos fundamentais (como os da universalidade, da igualdade e da proteção da confiança), aplicam-se-lhe os princípios específicos do regime dos direitos, liberdades e garantias¹³.

13. Os consumidores não têm propriamente deveres fundamentais na acepção rigorosa do termo. O que existe são deveres ligados a outros direitos – o dever de defender e promover a saúde (art. 64.º, n.º 1, 2.ª parte, da Constituição) e o dever de defender o ambiente (art. 66.º, n.º 1, 2.ª parte).

No dever de defender e promover a saúde se esteiam as limitações ou proibições do consumo de tabaco, de bebidas alcoólicas, de estupefacientes. No dever de defender o ambiente entra a racionalização do consumo de bens essenciais, como a água ou a energia. O princípio da solidariedade entre as gerações [art. 66.º, n.º 2, alínea d), *in fine*] manifesta-se flagrantemente aqui.

Com objectivos semelhantes e de desenvolvimento económico e de justiça social existem formas variadas de intervenção do Estado, como a tributação do consumo, em especial o de luxo (art. 104.º) e a fixação dos preços dos serviços públicos essenciais.

14. Distinto, se bem que próximo, do direito e do dever de informar dos produtores, intermediários e prestadores de serviços é o seu direito à promoção dos respectivos bens e serviços, uma das vertentes, por seu turno, do direito de iniciativa económica (art. 61.º).

¹³ V. *Direitos fundamentais*, cit., págs. 291 e segs. e 473 e segs.

A relevância constitucional da publicidade explica-se, antes de mais, para garantia da liberdade de consumo e dos demais direitos dos consumidores; decorre da necessidade de concordância prática daquele direito com os direitos dos consumidores (cfr. art. 18.º, n.º 2); e vincula-se à incumbência do Estado de assegurar o eficiente funcionamento dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e a repressão de práticas lesivas do interesse geral [art. 81.º, alínea i)].

A intervenção do Estado tem, portanto, que ver com a protecção daqueles direitos e com as suas incumbências prioritárias no domínio económico e social.

15. A Constituição não se circunscreve a estabelecer uma reserva de lei. Vai mais longe, em norma directamente aplicável, proibindo todas as formas de publicidade oculta, indirecta e dolosa¹⁴:

- publicidade *oculta*, a que não está identificada como tal (art. 8.º do Código da Publicidade) ou que se faz através de imagens subliminares ou de outros meios dissimuladores, sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem (art. 9.º, n.º 1);
- publicidade *indirecta*, a que se faz através da desvalorização de outros bens, serviços ou empresas – e daí os limites à publicidade comparativa (art. 6.º);
- publicidade *dolosa* ou *enganosa* (art. 11.º, após o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março), a que decorre de práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Esta última fórmula corresponde à publicidade *fraudulenta*, prevista e punida pelo atrás citado Decreto-Lei n.º 28/84 (art. 40.º).

16. Afora isto, é proibida a actividade publicitária que se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas; estimule ou faça apelo à violência ou a qualquer actividade ilegal ou criminosa; apele a quaisquer discriminações das pessoas; utilize, sem autorização do próprio, a sua imagem ou a sua palavra; utilize linguagem obscena; encoraje comportamentos prejudiciais ao meio ambiente; em geral, atente contra a dignidade da pessoa humana (art. 7.º, n.º 2 do Código da Publicidade). E ainda restrições de publicidade dirigida a menores ou

¹⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 633/2006, de 21 de novembro (*Diário da República*, 2.ª série, de 3 de janeiro de 2007).

a de certos bens ou serviços (v.g., tabaco, tratamentos médicos, produtos e serviços milagrosos).

Há quem sustente que, do ponto de vista do *mercado livre das ideias*, a publicidade serve uma função de interesse público, contribuindo para a divulgação de ideias e opiniões alternativas, relevantes no plano das preferências, escolhas e decisões individuais e colectivas, pelo que não poderia subtrair-se ao âmbito de protecção da liberdade de expressão ou, quando muito, teria uma dupla natureza, expressiva e económica¹⁵.

Sem negar essa dupla vertente, parece, no entanto, ter de se reconhecer um relevo muito inferior do direito de expressão e de informação no confronto do direito de iniciativa económica, o que explica estar ela sujeita a uma disciplina legal muito intensa, pois este direito (como lembrou o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 348/2003) exerce-se “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” (art. 61.º).

Tal como, por outro lado, quando acções publicitárias utilizem formas semelhantes às de manifestações, não podem elas beneficiar do regime do direito de manifestação¹⁶.

¹⁵ JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, 2002, págs. 435 e segs., *maxime* 450 e 451.

¹⁶ Neste sentido, cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, Coimbra, 2006, pág. 77.

POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA E DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES DA UNCTAD

TERESA MOREIRA¹

SUMÁRIO: *1.Introdução – a UNCTAD; 1.1. A relação das políticas de concorrência e de proteção dos consumidores com o comércio internacional; 2. O papel da UNCTAD em sede das Políticas de Concorrência e de Proteção dos Consumidores; 2.1. O Conjunto de Princípios e Regras de Concorrência das Nações Unidas; 2.2. Outros instrumentos da UNCTAD em sede de Concorrência; 2.3. As Linhas Diretrizes das Nações Unidas sobre a Proteção dos Consumidores; 2.3.1. Introdução; 2.3.2. O teor das Diretrizes revistas² e as principais modificações introduzidas em 2015³; 2.4. Principais resultados alcançados de 2016 a 2021; 3. Desafios atuais e perspectivas futuras*

¹ Mestre em Direito Europeu. Chefe do Serviço de Políticas de Concorrência e de Proteção dos Consumidores da “Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento” – UNCTAD. As opiniões expressas neste texto são da exclusiva responsabilidade da autora e não vinculam a UNCTAD.

² Disponíveis em https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_en.pdf.

³ Para uma análise aprofundada, ver os dois estudos elaborados pela UNCTAD acerca das Diretrizes revistas, “Manual on Consumer Protection” (UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1, 23 Feb 2018, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_en.pdf) e “Achieving the Sustainable Development Goals through Consumer Protection” (UNCTAD/DITC/CPLP/2017/2, 23 Feb 2018, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d2_en.pdf). E ainda “25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização”, de Cláudia Lima Marques, in Revista de Direito do Consumidor | vol. 103/2016 | p. 55 – 100 | Jan – Fev / 2016DTR\2016\656; “Consumer

1. Introdução – a UNCTAD

A Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD-*United Nations Conference on Trade and Development*) foi estabelecida em 1964 para dar voz aos países em desenvolvimento em matérias relacionadas com o comércio internacional e o desenvolvimento no quadro dominado pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Acordo GATT – *General Agreement on Trade and Tariffs*), de 1947, que tendia a privilegiar os interesses dos países desenvolvidos.

A UNCTAD tem hoje 195 membros, tendo por isso uma representatividade quase universal, e dedica-se a todas as questões relacionadas com o comércio internacional e o desenvolvimento, abrangendo nomeadamente os temas das negociações multilaterais e dos acordos regionais e preferenciais, dos produtos de base, do investimento, da dívida externa, da tecnologia, dos transportes, do ambiente, do género, da concorrência e da proteção dos consumidores, com o objetivo de apoiar os países em desenvolvimento a melhor se inserirem no sistema económico internacional.⁴

Integrando o secretariado das Nações Unidas, a UNCTAD tem natureza intergovernamental e reporta à Assembleia Geral das Nações Unidas, recebendo diretrizes e novos mandatos deste órgão.

A UNCTAD presta assessoria aos seus membros em sede das políticas abrangidas, analisando novos temas para que os seus membros possam melhor compreendê-los e identificar os seus interesses e proporciona um espaço para deliberações intergovernamentais sob a forma de criação de consensos (“consensus building”). Com vista a apoiar a capacitação institucional e o reforço dos conhecimentos nas diferentes temáticas em causa a nível nacional e/ou regional, a UNCTAD presta cooperação para o desenvolvimento através de assistência técnica, formação e assessoria jurídica e económica.⁵

Law and Socioeconomic Development – National and International Dimension”, Claudia Lima Marques e Dan Wei (Eds.), 2017, Springer; “International Consumer Protection at the United Nations: Towards Global Governance?,” Journal of Consumer Policy, de Arnau Izaguerri Vila, , Springer, vol. 43(1), pages 91-103, March 2020, acessível em https://ideas.repec.org/a/kap/jcopol/v43y2020i1d10.1007_s10603-019-09424-1.html; “Consumer Law and Sustainability: the work of the United Nations” de Ana Cândida Muniz Cipriano, in “Sustainable Consumption: the right to a healthy environment” Alberto do Amaral Júnior, Lucila de Almeida; Luciane Klein Vieira (Eds), Springer, 2020. p. 153-165.

⁴ Ver <https://unctad.org/about>.

⁵ Ver https://unctad.org/system/files/official-document/UNCTAD-at-a-glance_en.pdf.

As políticas de concorrência e de proteção dos consumidores surgem neste domínio, a par de outras políticas públicas, tais como a do empreendedorismo, da inovação e da igualdade de género, como instrumentos à disposição dos membros para prosseguirem as suas estratégias de crescimento económico e de desenvolvimento económico inclusivo e sustentável.

A UNCTAD tem por mandato analisar as questões suscitadas pelo comércio internacional numa aceção ampla e na perspetiva do desenvolvimento, partilhando as suas análises e conclusões e propondo opções de política que cabe aos seus membros avaliar e adotar de acordo com as suas especificidades. Nesse sentido, é uma organização que privilegia um conhecimento profundo das temáticas partilhando informação e experiências, disseminando as melhores práticas internacionais, e propondo soluções adequadas aos países em desenvolvimento, respeitando em absoluto as suas escolhas como decorre da sua natureza intergovernamental. Não impõe nem negocia, apenas aconselha, apoia e ajuda na implementação das medidas e iniciativas escolhidas.

1.1. A relação das políticas de concorrência e de proteção dos consumidores com o comércio internacional

O estabelecimento da ordem económica internacional após a II guerra mundial assentou na instituição do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial como garantes do sistema monetário internacional e do padrão dólar-ouro, estando ainda prevista a criação da Organização Internacional do Comércio, apoiada na Carta de Havana (1947), para promover o comércio internacional. Apesar deste enfoque, a Carta de Havana abrangia um capítulo relativo às práticas empresariais restritivas (“Chapter V – Restrictive Business Practices”⁶), correspondentes às atuais práticas restritivas da concorrência, ilustrando a ligação entre a política de concorrência e a política comercial, e que haveria de inspirar futuros trabalhos internacionais, dado que apenas o capítulo IV da Carta de Havana sobreviveu, dando origem ao Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, a referência do sistema comercial multilateral desde o final dos anos 40.

O processo de liberalização dos fluxos comerciais internacionais graças à redução dos direitos aduaneiros e à eliminação das medidas não tarifárias acordadas aquando das sucessivas rondas negociais realizadas sob a égide do Acordo GATT fez sobressair a relação complementar entre comércio e

⁶ Ver https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf.

concorrência: o desaparecimento dos entraves de origem pública não deveria dar lugar a barreiras de natureza privada traduzidas em acordos entre concorrentes e a abusos do poder de mercado de empresas dominantes.

Ademais, como o acesso aos mercados é determinante para o comércio internacional, um mercado concorrencial – porque oferece oportunidades a todos os potenciais operadores económicos, designadamente os estrangeiros –, serve o mesmo desígnio. O direito e a política de concorrência asseguram a existência e o bom funcionamento de mercados abertos e acessíveis, incentivando o investimento e a inovação para um funcionamento dinâmico e no final um maior bem estar geral.

Apesar dessa complementaridade, a relação entre a política comercial e a política de concorrência só voltaria a ser discutida no âmbito do sistema comercial multilateral depois da criação e início de atividade da Organização Mundial do Comércio (1995), na sequência da Conferência Ministerial de Singapura (1997 – constituindo um dos quatro “temas de Singapura” relacionados com o comércio), que viria a ser abandonado em 2004⁷.

Se entre o comércio internacional e a concorrência existe uma ligação intrínseca devido ao foco nos mercados e nas empresas, a relação com a proteção dos consumidores pode parecer menos evidente: no entanto, os consumidores desempenham um papel importante como actores nos mercados, influenciando os produtores de bens e os prestadores de serviços com as suas escolhas, as suas preferências, as suas reações, e contribuindo decisivamente para o investimento, a inovação e a concorrência entre as empresas.

Tal não impede que o sistema comercial multilateral consubstanciado nos Acordos da Organização Mundial do Comércio privilegie a ótica dos operadores económicos, dos fabricantes, importadores, distribuidores, prestadores de serviços, enfim, o lado da oferta, e tenda a desvalorizar a perspectiva dos consumidores e dos utilizadores de produtos e serviços, o lado da procura: contudo, a participação acrescida de organizações não governamentais e de outros representantes da sociedade civil de países de todo o mundo no seio das discussões internacionais tem chamado a atenção para esse desequilíbrio e para a necessidade de uma abordagem abrangente e completa do impacto da medidas legislativas e regulatórias nos cidadãos, nas micro e pequenas empresas, nas sociedades.

⁷ Ver www.wto.org – understanding the WTO: cross-cutting and new issues, Investment and Competition; and Trade tppics – Competition policy.

Nesse sentido, o comércio internacional, a concorrência e a proteção dos consumidores encontram-se relacionados, justificando-se que sejam objeto de estudo, de reflexão e de discussão pela UNCTAD, sobretudo no contexto dos países em desenvolvimento e das suas necessidades e desafios.

2. O papel da UNCTAD em sede das Políticas de Concorrência e de Proteção dos Consumidores

2.1. O Conjunto de Princípios e Regras de Concorrência das Nações Unidas

Em 1980, na sequência de discussões internacionais realizadas desde o final de 1978⁸, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou por consenso o Conjunto de Princípios e Regras Equitativas acordadas multilateralmente para o Controlo das Práticas Empresariais Restritivas (“United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices”, mais conhecido sob a designação de “o Set de Concorrência da Nações Unidas”), mediante a sua resolução 35/63 de 5 de dezembro⁹.

O *Set* abrange recomendações, estabelecendo um quadro para a cooperação internacional e a disseminação das melhores práticas¹⁰. Diversos elementos do Set demonstram a sua pertinência e a sua atualidade, mais de 40 anos após a sua adoção, designadamente:

⁸ A Conferência das Nações Unidas sobre as Práticas Empresariais Restritivas foi determinada pela Assembleia Geral mediante a sua resolução 33/153 de 20 dezembro 1978, devendo realizar-se sob a égide da UNCTAD entre novembro-dezembro de 1979. No final dos seus trabalhos a Conferência adotou uma resolução aprovando o Conjunto de Princípios e Regras Equitativas acordadas multilateralmente para o Controlo das Práticas Empresariais Restritivas, que foi transmitida à Assembleia Geral que o adotaria em 1980.

⁹ Ver <https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf10r2.en.pdf#:~:text=Accordingly%2Cthe%20General%20Assembly%2Cat%20its%20thirty-fifth%20session%20in%20itsresolution,by%20the%20United%20Nations%20Conference%20onRestrictive-%20Business%20Practices.>

¹⁰ Ver <https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf10r2.en.pdf>. Ver, entre outros, “The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project”, de Eleanor M. Fox e Michael J. Trebilcock, (eds.), NYU Law and Economics Research Paper No. 12-20, August 16, 2012; “International and Comparative Competition Law”, de Maher M. Dabbah, 2010, Cambridge University Press; “Cooperation, Comity, and Competition Policy”, de Andrew T. Guzman, 2010, Oxford University Press

- os seus objetivos (seção A), que elencam a estreita relação entre o impacto negativo das barreiras alfandegárias e não tarifárias às trocas comerciais e das práticas restritivas da concorrência sobretudo para os países em desenvolvimento; a importância de promover a eficiência no comércio internacional e desenvolvimento, em especial para os países em desenvolvimento de acordo com os seus objetivos nacionais e estruturas existentes, mediante a promoção e a proteção da concorrência, o controlo da concentração económica e o incentivo da inovação; a defesa e a promoção do bem-estar geral e dos interesses dos consumidores tanto nos países desenvolvidos como em desenvolvimento; a necessidade de eliminar as desvantagens resultantes de práticas anticoncorrenciais de empresas multinacionais na ótica dos países em desenvolvimento; o papel do Set como referência internacional para a adopção e o reforço de regras de concorrência nos planos nacional e regional.
- as suas definições e campo de aplicação (seção B), bem como os seus princípios e regras concretas (seção D) que, entre outros, se referem as categorias de práticas restritivas da concorrência (acordos e abusos de poder de mercado), exemplificando-nas com pormenor (seção D, pontos 3 e 4, respectivamente); oferecem um conceito amplo de “empresa”, focalizando-se no exercício de atividades económicas independentemente da forma de criação, controlo e/ou propriedade, abrangendo também entidades públicas; estabelecem a aplicação destes princípios e regras a todas as atividades económicas e a todas as empresas, países e organizações regionais (seção B-ii).
- o encorajamento da cooperação internacional nesta matéria para uma atuação mais eficaz contra as práticas restritivas da concorrência, incluindo de empresas multinacionais, que afetam negativamente o comércio internacional e os países em desenvolvimento em particular (C – *Multilaterally agreed equitable principles for the control of restrictive business practices*).
- o estabelecimento do tratamento preferencial ou diferenciado dos países em desenvolvimento (C- (iii) *Preferential or differential treatment for developing countries*, ponto 7¹¹) neste domínio, isto é, o reconhe-

¹¹ “In order to ensure the equitable application of the Set of Principles and Rules, States, particularly developed countries, should take into account in their control of restrictive business practices the development, financial and trade needs of developing countries, in particular of the least developed countries,

cimento da legitimidade de os países em desenvolvimento adotarem regras de concorrência de acordo com as suas especificidades no plano económico, nomeadamente excepcionando empresas ou sectores de atividade deste regime a título temporário.

- a definição de um quadro internacional para o desenvolvimento da cooperação internacional e intergovernamental nesta matéria (F. *International measures* e G. *International Institutional Machinery*), colocando a UNCTAD no seu centro.

Com efeito, a Assembleia Geral cometeu à UNCTAD a responsabilidade de guardiã do *Set* das Nações Unidas, cabendo-lhe seguir a implementação destas recomendações pelos seus membros; organizar reuniões anuais de peritos para propiciar a troca de informações e de experiências e a adoção de deliberações sendo caso disso; preparar cada 5 anos a realização de Conferências da ONU para rever o *Set* e discutir o mandato da UNCTAD nesta sede; realizar estudos e investigação relacionados com o teor das recomendações nele abrangidas; coligir e disseminar informação relevante sobre a aplicação do *Set* e prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento neste domínio, designadamente através de atividades de formação e de elaboração de materiais de apoio. Como tal, influenciou a adoção e a plena aplicação das regras de concorrência de muitos países, em particular de países em desenvolvimento, os quais puderam ser apoiados pela assistência técnica e pela capacitação institucional prestadas pela UNCTAD ao longo das últimas quatro décadas¹².

Até hoje o *Set* das Nações Unidas mantém-se como o único instrumento internacional adotado por consenso nesta matéria, continuando relevante por reconhecer o contributo do direito e da política de concorrência para

for the purposes especially of developing countries in: (a) Promoting the establishment or development of domestic industries and the economic development of other sectors of the economy, and (b) Encouraging their economic development through regional or global arrangements among developing countries.”

¹² Tal como o documentam os últimos estudos relativos à aplicação do *Set* elaborados pelo secretariado da UNCTAD para a Oitava e a Sétima Conferências: “Implementation of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices – Note by the UNCTAD secretariat” (TD/RBP/CONF.9/3, 8 July 2020), disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf9d3_en.pdf e “Assessment of the application and implementation of the Set – Note by the UNCTAD secretariat” (TD/RBP/CONF.8/2, 27 April 2015), disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf8d2_en.pdf.

o desenvolvimento económico dos países pela sua ligação com a liberalização do comércio internacional e a promoção do bem-estar geral, e por contemplar a dimensão do desenvolvimento que permite acomodar as circunstâncias específicas dos países em desenvolvimento, assegurando o tratamento diferente de situações distintas.

Apesar dos diversos instrumentos bilaterais de cooperação existentes, a troca de informação e a assistência entre autoridades de concorrência com diferentes níveis de experiência continua a enfrentar dificuldades decorrentes de obstáculos legais e dos distintos modelos adoptados, da prática reduzida e recursos limitados, sobretudo de autoridades mais recentes e mais pequenas.¹³

Com vista a facilitar no âmbito da seção F do *Set* a cooperação internacional relativa à aplicação das regras de concorrência a práticas restritivas transfronteiriças, naturalmente generalizadas com os processos de globalização económica e de digitalização da economia, entre 2017 e 2019 decorreram na UNCTAD discussões que conduziram à elaboração do documento intitulado “Guiding policies and procedures under section F of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices”¹⁴, aprovado em outubro de 2020. Este conjunto de orientações aborda os princípios básicos da cooperação internacional nesta área (confiança mútua, colaboração voluntária, flexibilidade), indica os passos a seguir pelas autoridades de concorrência (“toolkit”) e prevê um papel mais importante do secretariado da UNCTAD na assistência e mediação entre as partes se tal o solicitarem (III). Reúne ainda a principal informação internacional disponível neste domínio para referência.

Ainda que este instrumento tenha carácter não vinculativo, a sua aprovação por consenso no termo de um processo informal mas muito participado – tanto por representantes de autoridades de concorrência de países

¹³ Tal como analisado pela UNCTAD no recente “research paper” “International cooperation in competition law enforcement – challenges for developing countries and best practices” (UNCTAD Research Paper No. 59, UNCTAD/SER.RP/2021/2, 19 Feb 2021), disponível em <https://unctad.org/webflyer/international-cooperation-competition-law-enforcement-challenges-developing-countries-and>.

¹⁴ UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2021/2, 19 Feb 2021, disponível em <https://unctad.org/webflyer/guiding-policies-and-procedures-under-section-f-set-multilaterally-agreed-equitable>. Ver ainda “International Co-operation on Competition Law Enforcement: A Breakthrough?” de Rajan Dhanjee, in *World Competition* 44, no. 4 (2021), Kluwer Law International BV, The Netherlands, pag. 455–486.

desenvolvidos como de países em desenvolvimento –, foi muito significativa: sublinhou o aspecto crucial da cooperação internacional e a necessidade de apoio específico em prole dos países em desenvolvimento menos experientes neste domínio, assim como a importância do *Set* como o marco global destas discussões e o papel da UNCTAD enquanto facilitador, aproximando países em desenvolvimento e países desenvolvidos.

2.2. Outros instrumentos da UNCTAD em sede de Concorrência

Dois outros instrumentos da UNCTAD merecem destaque dada a influência que vêm a exercer na disseminação do direito e da política de concorrência no plano internacional: por um lado, a lei-modelo de concorrência (“UNCTAD Model Law on Competition”¹⁵) que foi elaborada no início dos anos 90 no seio das reuniões intergovernamentais anuais de peritos de concorrência da UNCTAD. Abrange treze dispositivos que constituem “possíveis elementos substantivos para uma lei da concorrência” (*Substantive Possible Elements for a Competition Law*) na sua parte I, e uma parte II dedicada a comentários, referências jurisprudenciais de diferentes jurisdições, novas legislações e revisões legislativas e institucionais, recolhendo informações dos Estados membros e sendo, como tal, atualizada periodicamente. As suas disposições referem-se aos conceitos e elementos essenciais deste enquadramento legislativo e institucional, tanto do ponto de vista substantivo (objectivos; definições e campo de aplicação; acordos restritivos; abusos de poder de mercado; notificação e controlo das concentrações económicas; isenções; sanções) como processual e institucional (funções e poderes da autoridade da concorrência; relacionamento com reguladores sectoriais), continuando importantes como referência aquando da preparação de uma lei de concorrência porque representam as melhores práticas internacionais e beneficiam dos comentários atualizados que integram a sua parte II. E, por outro lado, os exames voluntários pelos pares (“Voluntary Peer Reviews on Competition law and policy”¹⁶), exercícios realizados desde 2005 para os países em desenvolvimento, que visam proporcionar a troca de experiências entre autoridades mais avançadas e mais recentes e proceder à identificação das melhores práticas internacionais, mediante a

¹⁵ Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d8_exerpt_en.pdf).

¹⁶ Acessíveis em <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/voluntary-peer-review-of-competition-law-and-policy>.

análise dos pontos fortes e dos pontos que podem ser melhorados do sistema em causa e da aplicação das regras de concorrência pelas jurisdições que se propõem submeter a este processo¹⁷: a UNCTAD conduziu até à data 27 exames voluntários pelos pares, relativos a 27 Estados membros e a uma organização regional económica (União Económica e Monetária da África Ocidental – *WAEMU-West African Economic and Monetary Union*, analisada duas vezes, em 2007e 2020¹⁸) e incluindo um exercício tripartido (Zambia-Zimbabwe-Tanzania, 2012¹⁹) e um bipartido (Fiji-Papua New Guinea, 2015).

Os exames voluntários pelos pares são realizados por peritos independentes que consultam todas as partes interessadas naqueles países para reunirem a informação necessária para efetuarem uma análise objetiva e pormenorizada do quadro jurídico e institucional da concorrência e da aplicação concreta da lei nas jurisdições em questão. A apresentação das conclusões e recomendações dos relatórios elaborados nas reuniões intergovernamentais de peritos de concorrência da UNCTAD e, mais tarde, perante as diferentes partes interessadas no país examinado (incluindo representantes do Governo, Parlamento, Administração Pública, reguladores sectoriais, universidades, organizações empresariais e associações não governamentais) constituem duas etapas essenciais para a conclusão deste processo.

A implementação das recomendações efetuadas pelas autoridades nacionais, frequentemente através da modificação de algumas normas e de ajustamentos institucionais, é igualmente apoiada e enquadrada pela UNCTAD que assiste à sua realização visando o reforço do regime da concorrência e a disseminação de uma cultura da concorrência.

A cooperação internacional prestada pela UNCTAD, que depende dos pedidos apresentados pelos Estados membros e se ajusta integralmente

¹⁷ Os exames voluntários pelos pares tanto em sede de concorrência como de proteção dos consumidores correspondem ainda a um produtos-chave da cooperação técnica da UNCTAD, integrando o referencial da UNCTAD neste domínio consubstanciado no *UNCTAD Toolbox: Delivering Results – 2020 Edition* (disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tc2015dlrev2_en.pdf) – *VOLUNTARY PEER REVIEWS OF COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION LAW AND POLICY – Sharing best practices for developing countries*, capítulo “FOSTERING ECONOMIC EFFICIENCY, IMPROVING GOVERNANCE”.

¹⁸ Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp20071_en.pdf e em https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2020d2_en.pdf.

¹⁹ Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2012d1_Comparative_Report_en.pdf.

às necessidades dos beneficiários, foi decisiva no apoio a dezenas de países em desenvolvimento que pretenderam adotar, modificar, melhor aplicar as regras de concorrência no plano nacional e/ou formar as equipas da autoridade da concorrência, mas também sensibilizar outros quadros de entidades públicas, decisores políticos, magistrados judiciais e do Ministério Público, associações de consumidores e de empresas, e média para esta temática, no decurso das últimas quatro décadas.

A natureza intergovernamental da UNCTAD constitui o seu principal ponto forte porque a UNCTAD serve os seus membros, desenvolvendo as suas atividades à medida dos seus interesses e necessidades, nunca impondo soluções ou escolhas. Além disso, é a guardiã do único instrumento internacional aprovado por consenso em matéria de concorrência, o *Set* das Nações Unidas, e tem ampla representatividade, estando empenhada em aproximar países desenvolvidos e países em desenvolvimento mas também organizações internacionais e regionais, redes, e todas as partes interessadas ativas nesta área, de forma aberta e inclusiva, para trabalhos construtivos em prole dos países em desenvolvimento. Por esta razão, a UNCTAD tem um lugar único na comunidade internacional da concorrência, que nenhuma outra organização ou rede pode assumir.

2.3. As Linhas Diretrizes das Nações Unidas sobre a Proteção dos Consumidores

2.3.1. Introdução

Este conjunto de recomendações de natureza substantiva e institucional foi igualmente adotado por consenso pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1985 (resolução 39/248 de 16 de abril) em virtude da pressão exercida por associações de consumidores, em especial, da hoje conhecida como *Consumers International*, a federação mundial de associações dos consumidores, e inspirando-se noutros instrumentos internacionais (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico) e nacionais (legislação de alguns Estados membros)²⁰, tendo sido modificado pela primeira vez em 1999 para introduzir o tema do consumo sustentável (secção H da versão atual, de 2015).

²⁰ Ver a história breve das Diretrizes em <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/un-guidelines-for-consumer-protection>.

Sendo o âmbito das Diretrizes transversal e abrangente, a implementação de algumas das suas recomendações pode ser acompanhada por diferentes organizações das Nações Unidas, como é o caso do Programa do Ambiente das Nações Unidas (UNEP²¹) que lançou em 2014 o Programa de Informação dos Consumidores integrado no Enquadramento a 10 anos dos Programas de Consumo e Produção Sustentáveis mandatado pela Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável²² (Conferência Rio+20); ou dos trabalhos desenvolvidos pela União Internacional das Telecomunicações, a agência especializada das Nações Unidas em matéria de tecnologias de informação e de comunicação²³, no seio de grupos de estudo do sector de desenvolvimento das telecomunicações²⁴, que analisaram a temática da informação, proteção e direitos dos consumidores neste sector de atividade, entre outros assuntos.

No entanto, a segunda e mais recente modificação das Diretrizes foi desencadeada no quadro da UNCTAD por deliberação de uma reunião “ad hoc” de peritos em matéria de proteção dos consumidores realizada em 2012²⁵. Os trabalhos de revisão das Diretrizes decorreram entre 2013 e 2015, tendo beneficiado do interesse que esta matéria vinha a suscitar por todo o mundo, tal como o confirma o relatório elaborado pela UNCTAD relativamente à implementação das Diretrizes desde a sua adoção até 2013²⁶. Contaram com a intensa participação de peritos de países desenvolvidos e de países em desenvolvimento e ainda de académicos especialistas e representantes de associações de consumidores, culminando no alargamento significativo dos temas abordados, na modernização das recomendações abrangidas, melhor ajustadas aos desafios enfrentados pelos

²¹ Ver <https://www.unep.org>.

²² Ver <http://sdg.iisd.org/news/unep-launches-10yfp-consumer-information-programme>. E <https://www.unep.org/explore-topics/resource-efficiency/what-we-do/sustainable-lifestyles/consumer-information-including>.

²³ Ver <https://www.itu.int/en/about/Pages/default.aspx>.

²⁴ *ITU-D STUDY GROUPS 1 AND 2 – Question 6/1: Consumer information, protection and rights: Laws, regulation, economic bases, consumer networks countries* – <https://wwwqqa.itu.int/en/ITU-D/Study-Groups/2018-2021/Pages/OngoingWork.aspx>.

²⁵ Segundo as Conclusões acordadas, tal como consta do Relatório da referida reunião, (“Report on the Ad Hoc Expert Meeting on Consumer Protection”, TD/B/C.I/EM/3, 23 October 2012), disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tdbciemd3_en.pdf.

²⁶ Ver o documento TD/B/C.I/CLP/23, de 29 abril 2013, disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd23_en.pdf.

consumidores no século XXI, e cometendo à UNCTAD a responsabilidade de acompanhar a aplicação das Diretrizes e de coordenar, no plano internacional, os trabalhos de discussão de todas as questões por elas suscitadas²⁷.

Em dezembro de 2015 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotaria uma resolução sobre a proteção dos consumidores (resolução 70/186, de 22 de dezembro²⁸), aprovando a revisão das Diretrizes e conferindo à UNCTAD um novo papel, o de guardião das Diretrizes, atribuindo-lhe a função de ponto de contacto para a temática da proteção dos consumidores no seio do sistema das Nações Unidas.

2.3.2. O teor das Diretrizes revistas²⁹ e as principais modificações introduzidas em 2015³⁰

As Diretrizes abordam desde logo os seus objetivos e o seu campo de aplicação, passando aos princípios gerais e aos princípios para boas práticas

²⁷ A resolução da Sétima Conferência das Nações Unidas para rever todos os aspectos do Conjunto de Princípios e Regras de Concorrência (*Seventh United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, Geneva, 6–10 July 2015, *Resolution of the Conference*), aprovou por consenso a revisão das Diretrizes (pontos 13 a 15). Está disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf8_resolution_en.pdf.

²⁸ Ver https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d186_en.pdf.

²⁹ Disponíveis em https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_en.pdf.

³⁰ Para uma análise aprofundada, ver os dois estudos elaborados pela UNCTAD acerca das Diretrizes revistas, “Manual on Consumer Protection” (UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1, 23 Feb 2018, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_en.pdf) e “Achieving the Sustainable Development Goals through Consumer Protection” (UNCTAD/DITC/CPLP/2017/2, 23 Feb 2018, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d2_en.pdf). E ainda “25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização”, de Cláudia Lima Marques, in *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 103/2016 | p. 55 – 100 | Jan – Feb / 2016DTR\2016\656; “Consumer Law and Socioeconomic Development – National and International Dimension”, Claudia Lima Marques e Dan Wei (Eds.), 2017, Springer; “International Consumer Protection at the United Nations: Towards Global Governance?,” *Journal of Consumer Policy*, de Arnau Izaguerri Vila, Springer, vol. 43(1), pages 91-103, March 2020, acessível em https://ideas.repec.org/a/kap/jcopol/v43y2020i1d10.1007_s10603-019-09424-1.html; “Consumer Law and Sustainability: the work of the United Nations” de Ana Cândida Muniz Cipriano, in “Sustainable Consumption: the right to a healthy environment” Alberto do Amaral Júnior, Lucila de Almeida; Luciane Klein Vieira (Eds), Springer, 2020. p. 153-165.

empresariais, antes de se dedicarem a recomendações concretas de natureza diversa e à cooperação internacional.

Os objetivos escolhidos e os princípios gerais identificados marcam o tom deste importante conjunto de recomendações: com efeito, as Diretrizes pretendem apoiar os países na concretização de um nível adequado de proteção dos consumidores e no combate as práticas comerciais abusivas incluindo as transfronteiriças; encorajam comportamentos de elevado nível ético por parte dos produtores de bens e prestadores de serviços; e promovem o consumo sustentável (I, ponto 1).

Reconhecem a legitimidade de os Estados membros definirem as suas prioridades em sede de proteção dos consumidores de acordo com as suas circunstâncias económicas, sociais e ambientais e as necessidades da sua população (III, ponto 4), tal como no quadro do *Set* de Concorrência das Nações Unidas.

Elencam como “necessidades legítimas” às quais as Diretrizes pretendem responder, o acesso dos consumidores a bens e serviços essenciais: a proteção dos consumidores vulneráveis e em desvantagem; a proteção dos consumidores dos riscos contra a sua saúde e segurança; a promoção e proteção dos interesses económicos dos consumidores; o acesso dos consumidores à informação para escolhas adequadas as suas necessidades e desejos; a educação dos consumidores, incluindo sobre as consequências ambientais, sociais e económicas das suas escolhas; a disponibilidade de mecanismos efetivos de resolução de litígios e de reparação; a liberdade de constituição de associações ou organizações de consumidores e a possibilidade de participarem no processo legislativo e regulamentar quando respeite aos consumidores; a promoção de padrões de consumo sustentável; um nível de proteção dos consumidores que utilizam o comércio eletrónico que não seja inferior ao de outras formas de comércio; a proteção da privacidade dos consumidores e dos livres fluxos globais de informação (III, ponto 5).

Uma das novidades introduzidas pela última revisão são os princípios para boas práticas empresariais – tratamento justo e equitativo; comportamento comercial; prestação de informação e transparência; educação e sensibilização; proteção da privacidade; reclamações e litígios (IV, ponto 11): pela primeira vez, as Diretrizes dirigem-se diretamente às empresas, incentivando condutas éticas, responsáveis e conformes aos direitos dos consumidores, demonstrando que a mobilização dos produtores e distribuidores de bens e os prestadores de serviços, designadamente através de iniciativas de auto-regulação e “standards” (V. Seções C. *Promotion and protection*

of the economic interests of consumers e D. *Standards for the safety and quality of consumer goods and services*, diretrizes 31 e 33 a 35) é fundamental para uma proteção acrescida dos consumidores, e que não cabe apenas aos Governos assegurar o respeito pelos direitos dos consumidores.

A parte V das Diretrizes debruça-se concretamente sobre diversos temas-chave da proteção dos consumidores, começando pelas Políticas Nacionais de Proteção dos Consumidores (A, diretrizes 14 e 15); Segurança Física (B, diretrizes 16 a 19); Promoção e Proteção dos Interesses Económicos dos Consumidores (C, diretrizes 20 a 32, ilustrando a importância deste tema no plano global); “Standards” para a segurança e qualidade dos produtos e serviços de consumo (D, diretrizes 33 a 35); Sistemas de distribuição para bens e serviços de consumo essenciais (E, diretriz 36); Resolução de Litígios e Reparação (F, diretrizes 37 a 41, temática igualmente em crescendo); Programas de Educação e Informação (G, diretrizes 41 a 48); Promoção do Consumo Sustentável (H, diretrizes 49 a 62); Comércio Eletrónico (I, diretrizes 63 a 65, matéria nova); Serviços Financeiros (J, diretrizes 66 a 68, outra nova matéria); Medidas relativas a áreas específicas, incluindo a alimentação, a água, os produtos farmacêuticos, a energia, os serviços públicos (“public utilities”), o turismo (K, diretrizes 69 a 78), incluindo alguns temas novos.

A parte VI é dedicada à cooperação internacional (diretrizes 79 a 94), outra novidade trazida por esta revisão, a qual é tratada com pormenor a propósito de temas específicos como a segurança de produtos, a promoção do consumo sustentável, a educação e a informação, e a colaboração no combate das práticas fraudulentas e enganosas transfronteiriças, dado o seu carácter instrumental no plano mundial.

Por último, a parte VII aborda o enquadramento institucional internacional (diretrizes 95 a 99), outro elemento novo e determinante, descrevendo as funções do Grupo Intergovernamental de Peritos em Direito e Política de Proteção dos Consumidores (GIE) estabelecido no seio da UNCTAD (diretriz 97), que constitui um fórum anual para consultas, discussões e trocas de opiniões entre os Estados membros, cabendo-lhe efetuar estudos e análises sobre questões do interesse dos membros para debate, reunir e disseminar informação sobre a implementação das Diretrizes a nível nacional e regional e preparar relatórios e recomendações sobre as suas políticas de proteção dos consumidores. Cabe ainda ao GIE conduzir exames voluntários pelos pares das políticas nacionais de proteção dos consumidores, exercício pioneiro e sem paralelo nesta área no plano inter-

nacional, e prestar capacitação institucional e assistência técnica aos países em desenvolvimento na elaboração e aplicação das suas legislações, atividades que se encontram no cerne das responsabilidades atribuídas à UNCTAD nas suas diversas vertentes.

2.4. Principais resultados alcançados de 2016 a 2021

Em outubro de 2021 a UNCTAD assinalou cinco anos de execução do mandato recebido em matéria de proteção dos consumidores^{31 32}. Neste período vários instrumentos e iniciativas desenvolvidos com o apoio dos Estados membros merecem referência por serem inovadores e pelo interesse e adesão que suscitaram, tais como:

- os exames voluntários pelos pares do direito e política de proteção dos consumidores dos Estados membros: os quatro exercícios realizados (Marrocos, Indonésia, Peru, Tailândia³³) seguem um enquadramento pré-definido e acordado³⁴, constituindo um exclusivo da UNCTAD, e têm proporcionado uma ampla troca de informação, de conhecimento e de experiências entre os países examinados e os países examinadores e um debate ativo com todos os participantes;
- a recomendação sobre a prevenção da distribuição transfronteiriça de produtos de consumo não seguros conhecidos (“Recommendation on preventing cross-border distribution of known unsafe consumer products”³⁵), aprovada por consenso pela Oitava Conferência das Nações Unidas para Rever o Conjunto de Princípios e Regras da Concorrência (“Eighth United Nations Conference to Review the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices”), em outubro de 2020: esta é a primeira recomendação adotada pelas Nações Unidas sobre a segurança de produtos na perspectiva dos consumidores, reconhecendo a

³¹ A primeira reunião do recém-criado GIE sobre o Direito e Política de Proteção dos Consumidores teve lugar em 17 e 18 de outubro de 2016.

³² A apresentação do balanço dos 5 anos de mandato da UNCTAD em sede de Proteção dos Consumidores está disponível em <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection> – “Consumer Protection at UNCTAD 2016-2021”.

³³ Disponíveis em <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/voluntary-peer-review-of-consumer-protection-law-and-policy>.

³⁴ Ver https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd6_en.pdf.

³⁵ Documento UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2021/1, 19 Feb 2021, disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2021d1_en.pdf.

- importância da proteção da saúde e da segurança dos consumidores e alertando para a necessidade dessa proteção ser efetiva também nos países em desenvolvimento;
- o Mapa Mundial da Proteção dos Consumidores da UNCTAD³⁶, instrumento interativo que reúne informação dos Estados membros sobre o sistema jurídico e institucional nacional, dispondo atualmente de dados relativos a 104 países membros. O mapa permite uma visão global sobre os principais aspetos da legislação existente e das estruturas de proteção dos consumidores, com vista a permitir análises comparadas e a identificar as melhores práticas internacionais;
 - os grupos de trabalho informais estabelecidos por vontade dos Estados membros para prosseguirem discussões técnicas sobre temas emergentes mantendo um diálogo mais regular entre peritos e um conhecimento mais aprofundado dos pontos críticos no tocante à proteção dos consumidores no comércio eletrónico³⁷, à proteção dos consumidores vulneráveis e em desvantagem³⁸, à segurança de produtos e à proteção dos consumidores e género³⁹. Estes grupos são abertos à participação de académicos e de outras partes interessadas como as associações de consumidores e outras organizações internacionais e regionais e proporcionam debates sobre questões de substância e de forma, podendo conduzir a propostas formais: tal foi o caso da recomendação sobre a prevenção da distribuição transfronteiriça de produtos de consumo não seguros conhecidos, cuja proposta foi lançada no seio do grupo de trabalho sobre a segurança de produtos, acabando por ser submetida à consideração da Oitava Conferência das Nações Unidas e ser por ela aprovada.
 - dois recentes projetos de cooperação internacional dedicados a assuntos prementes e de grande atualidade: o primeiro aborda a resolução de litígios de consumo em linha, tema importante devido à necessidade de criar um ambiente de confiança para os consumidores que

³⁶ Disponível em <https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection/consumer-protection-map>.

³⁷ Disponível em <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection/working-group-on-consumer-protection-in-e-commerce>.

³⁸ Disponível em <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection/Working-group-on-protection-of-vulnerable-consumers>.

³⁹ Disponível em <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection/Working-group-on-consumer-product-safety>

efetuam compras em linha de forma crescente e beneficiando igualmente os profissionais (“Delivering digital trading infrastructure and online dispute resolution for consumers as means to improve international trade and electronic commerce”⁴⁰), visando definir e estabelecer sistemas piloto de resolução de litígios em linha na Indonésia e na Tailândia, utilizando novas tecnologias; o segundo trata do contributo da proteção dos consumidores na prestação dos serviços de saúde no quadro do contexto global do COVID-19 (abordando os serviços em linha e as questões suscitadas pelos mecanismos de identidade e de elegibilidade, entre outras), sendo por isso atual e inovador pela reduzida interação existente entre peritos de ambas matérias. Este projeto é um componente de um dos projetos lançados pelas Nações Unidas em 2020 para responder aos desafios gerados pela pandemia⁴¹, relativo ao reforço da proteção social na resposta a pandemias (“Strengthening Social Protection for Pandemic Response (Project 2023Y)”⁴², e é implementado em estreita colaboração com as Comissões Regionais Económicas das Nações Unidas⁴³.

Desde 2016, os trabalhos da UNCTAD em sede de proteção dos consumidores têm atraído grande interesse e elevada participação de todos os seus membros assim como de muitas partes interessadas, com destaque para os académicos, as associações de consumidores e as associações de empresas de dimensão internacional, outras organizações internacionais e regionais, como a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, a Organização dos Estados Americanos (OAS), a Comissão Europeia, a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), a União da Eurásia (*Eurasian Union*), o Mercado Comum da África do Leste e do Sul (COMESA), a Comunidade Económica e Monetária da África Central (CEMAC), e de redes e *fora* como a Rede Internacional de Aplicação do Direito dos Consumidores (ICPEN – *International Consumer Protection*

⁴⁰ Ver <https://unctad.org/project/delivering-digital-trading-infrastructure-and-online-dispute-resolution-consumers-means>.

⁴¹ Ver <https://www.un.org/development/desa/da/da-response-to-covid-19>.

⁴² Ver os pormenores do projeto financiado pela “United Nations Development Account” em <https://www.un.org/development/desa/da/strengthening-social-protection-for-pandemic-response>.

⁴³ Para a África, América Latina e Caraíbas, Ásia e Pacífico, Ásia Ocidental e Europa. Ver pormenores em <https://www.regionalcommissions.org/about/the-regional-commissions>.

Enforcement Network), o Fórum Ibero-Americano de Agências Governamentais de Proteção dos Consumidores (*FIAGC*), o Fórum Africano sobre os Consumidores (*African Consumer Dialogue*), o G20.

O número e a diversidade dos participantes nas reuniões, encontros e iniciativas promovidos pela UNCTAD nesta matéria confirmam a importância do trabalho realizado em conjunto e do lugar central desta organização no âmbito internacional.

3. Desafios atuais e perspectivas futuras

No domínio da concorrência, graças aos trabalhos desenvolvidos pela UNCTAD nos seus três pilares de atividade, em particular na vertente de assistência técnica e capacitação institucional, assim como por outras organizações internacionais como a OCDE e a *International Competition Network* (desde 2001) nos últimos 30 anos, a maior parte dos países em desenvolvimento adotou leis da concorrência e instituiu entidades encarregues da sua aplicação: atualmente, mais de 140 países de todos os continentes dispõem de legislação de concorrência, incluindo quase todos os países em desenvolvimento e alguns países menos avançados (como Angola, Bangladesh, Etiópia, Malawi, Zâmbia).

Se tal demonstra que o contributo do direito e da política de concorrência para o crescimento económico e o desenvolvimento sustentável é objeto de consenso internacional, muitos são ainda os desafios enfrentados por diversos países em desenvolvimento no tocante à aplicação efetiva da lei da concorrência. Com efeito, a frequente escassez de recursos humanos qualificados e dos meios financeiros indispensáveis limitam consideravelmente a capacidade das autoridades de concorrência para afirmar estas regras e princípios no mercado e na sociedade no plano nacional e exigem esforços contínuos junto de todas as partes interessadas (Governo, Administração Pública, poder judicial, empresas) e intensa cooperação nacional, regional e internacional.

A difusão de uma cultura da concorrência é uma atividade essencial em todas as jurisdições, sendo sempre necessário promover uma participação ativa das autoridades de concorrência no processo legislativo e regulatório para uma melhor compreensão dos benefícios da concorrência, mas também para expor as autoridades de concorrência a outras prioridades de políticas públicas, aos diferentes interesses públicos e aos compromissos que implicam.

No caso dos países em desenvolvimento menos experientes e dotados de autoridades jovens e por vezes pequenas, a cooperação regional, tendência crescente neste domínio, oferece uma oportunidade excelente para o reforço da capacidade destas entidades e dos recursos disponíveis. Com efeito, diversas organizações económicas regionais cujos membros são países em desenvolvimento têm vindo a adotar regras de concorrência ou a comprometer-se a cooperar no âmbito regional: tal é o caso da Comunidade Andina⁴⁴; da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)⁴⁵; da Comunidade e Mercado Comum das Caraíbas (CARICOM)⁴⁶; da Comunidade Económica e Monetária da África Central (CEMAC)⁴⁷; do Mercado Comum da África do Leste e do Sul (COMESA)⁴⁸; da Comunidade da África de Leste (EAC)⁴⁹; da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO)⁵⁰; da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC)⁵¹; do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)⁵²; da União Económica e Monetária Ocidental Africana (UEMOA)⁵³; da União da Eurásia (*Eurasian Union*)⁵⁴; do Sistema de Integração Económica da América Central (SIECA)⁵⁵; da Zona de Comércio Livre Continental Africana (AfCFTA)⁵⁶, bem como da recente Parceria Económica Regional (RCEP)⁵⁷ na Ásia e Pacífico.

Apesar de a sobreposição de algumas organizações regionais no continente africano, em particular considerando o ambicioso projeto da Zona de Comércio Livre Continental Africana (AfCFTA), suscitar questões que terão de ser resolvidas entre os Estados membros partes contratantes no que respeita às competências regionais *versus* nacionais nesta matéria, a coope-

⁴⁴ Ver <https://www.comunidadandina.org/temas/dgl/competencia-y-defensa-comercial>.

⁴⁵ Ver <https://www.asean-competition.org>.

⁴⁶ Ver <https://www.caricomcompetitioncommission.com/en>.

⁴⁷ Ver <https://www.cemac.int>.

⁴⁸ Ver <https://www.comesacompetition.org/rules-and-guidelines>.

⁴⁹ Ver <https://www.eacompetition.org/laws/category/regulations-and-rules>.

⁵⁰ Ver <http://www.comm.ecowas.int>.

⁵¹ Ver <https://www.sadc.int/themes/economic-development/trade/competition-policy>.

⁵² Ver <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/objetivos-do-mercosul>.

⁵³ Ver <http://www.uemoa.int/fr/harmonisation-du-cadre-communautaire-de-la-concurrence-les-commissions-de-la-cedeao-et-de-l-uemoa-se>.

⁵⁴ Ver <http://www.eurasiancommission.org/en/act/caa/Pages/default.aspx>.

⁵⁵ Ver <https://www.sieca.int/index.php/competencia>.

⁵⁶ Ver <https://afcfta.au.int/en/protocols-afcfta-agreement>.

⁵⁷ Ver <https://rcepsec.org/wp-content/uploads/2020/11/Chapter-13.pdf>.

ração regional pode promover a convergência das normas e a harmonização de procedimentos, agregar recursos e aumentar a capacidade das autoridades nacionais, definir limiares ou condições para a intervenção no plano regional, potenciar a posição negocial dos membros no diálogo com empresas multinacionais, pode, enfim, colmatar a inexperiência e a insuficiência de meios e assumir um papel acrescido porque mais representativo.

O pleno desenvolvimento da cooperação regional nesta área pode ainda facilitar e contribuir para uma cooperação internacional mais efetiva, e propiciar uma melhor coordenação entre diferentes organizações internacionais e regionais para uma melhor utilização de recursos e para maiores sinergias.⁵⁸

No entanto, para muitos países em desenvolvimento subsistem ademais outros obstáculos à cooperação internacional no tocante a aplicação das regras de concorrência, quer relativamente a empresas globais sedeadas noutras jurisdições, quer relativamente a práticas restritivas da concorrência transfronteiriças. Os instrumentos existentes, formais e informais, mesmo os internacionais como as “Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition” da UNCTAD, incentivam a colaboração entre autoridades da concorrência mas enfrentam limitações legais à troca de informação confidencial ou reservada e, por vezes, à interpelação de empresas sem sede ou presença estável nas jurisdições dos países em desenvolvimento, frustrando os seus esforços.

O poder persuasivo das recomendações das Nações Unidas e de outros instrumentos internacionais e as atividades de promoção da cooperação internacional em matéria de “enforcement” serão sempre relevantes e necessários mas é tempo de explorar outras soluções que permitam atuar com eficácia contra práticas abusivas de empresas globais, designadamente nos mercados digitais, onde quer que se encontrem sedeadas e/ou estabelecidas e quaisquer que sejam os mercados em que produzem efeitos. De novo, cabe às organizações internacionais com o concurso dos países mais avançados neste domínio liderar esta discussão com vista a encontrar opções que sirvam os interesses de todos, por exemplo, considerando os efeitos extra-territoriais de decisões condenatórias, possíveis compromissos impostos às empresas infractoras, ou o reconhecimento dos efeitos de decisões condenatórias noutras jurisdições de acordo com condições pré-definidas em

⁵⁸ Ver “International cooperation in competition law enforcement: Is regional cooperation the best option for developing countries?” Foreword de Teresa Moreira in *Concurrences* N.º 3-2021, www.concurrences.com.

instrumentos internacionais, apoiando dessa forma os países em desenvolvimento menos experientes.

Em matéria de proteção dos consumidores, também a cooperação internacional na aplicação de regras contra práticas abusivas transfronteiriças enfrenta limitações semelhantes, não obstante o debate na UNCTAD, os trabalhos desenvolvidos pela OCDE⁵⁹, pela ICPEN⁶⁰ e perante a experiência desenvolvida pela Comissão Europeia, que dispõe do mecanismo melhor estruturado, a rede de cooperação de proteção dos consumidores⁶¹, que assenta no acervo da legislação europeia comum a todos os Estados-Membros da União Europeia.

Estas dificuldades são agravadas pela importância crescente do comércio eletrónico e dos mercados digitais para os consumidores a nível mundial, exacerbada com a pandemia⁶², que apesar do seu grande sucesso geram desconfiança e insegurança relativamente a pontos importantes como a resolução de litígios, a proteção de dados pessoais, a segurança dos produtos comprados em linha e dos pagamentos eletrónicos: estes temas vêm a ser objeto de pesquisa e análise, de troca de informações e de debate no âmbito da UNCTAD (nos citados grupos de trabalhos sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrónico e sobre a segurança de produtos⁶³; do recente estudo “Consumer trust in the digital economy: The case for online dispute resolution”⁶⁴, elaborado sob a égide do projeto de coope-

⁵⁹ A OCDE foi pioneira na análise da proteção dos consumidores no comércio eletrónico e na economia digital, ver designadamente <https://www.oecd.org/sti/consumer/consumer-sinthedigitaleconomy.htm>.

⁶⁰ Ver <https://icpen.org>.

⁶¹ Ver https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/consumer-protection-cooperation-network_en.

⁶² De acordo com dados da UNCTAD “Estimates of global e-commerce 2019 and preliminary assessment of covid-19 impact on online retail 2020” (*UNCTAD Technical Notes on ICT for Development No. 18, TN/UNCTAD/ICT4D/18, 3 May 2021*), acessível em https://unctad.org/system/files/official-document/tn_unctad_ict4d18_en.pdf. Ver ainda “Impacts of the covid-19 pandemic on trade in the digital economy” (*UNCTAD Technical Notes on ICT for Development No. 19, TN/UNCTAD/ICT4D/19, 21 Oct 2021*), acessível em https://unctad.org/system/files/official-document/tn_unctad_ict4d19_en.pdf.

⁶³ Ver <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection/working-group-on-consumer-protection-in-e-commerce> e <https://unctad.org/Topic/Competition-and-Consumer-Protection/Working-group-on-consumer-product-safety>,

⁶⁴ “Consumer trust in the digital economy: The case for online dispute resolution” (UNCTAD Research Paper No. 72 – UNCTAD/SER.RP/2021/15, 08 Nov 2021), acessível em https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15_en.pdf.

ração internacional “Delivering digital trading infrastructure and online dispute resolution for consumers as means to improve international trade and electronic commerce”⁶⁵, já mencionado; e do *webinar* realizado sobre a proteção de dados, a concorrência e a proteção dos consumidores intitulado “Making Digital Markets Work for Consumers: Competition, Consumer Protection and Data”⁶⁶), com vista à identificação das melhores práticas, e, em caso de consenso, podendo dar azo à elaboração de recomendações internacionais⁶⁷.

Também a fragmentação que tende a caracterizar a proteção dos consumidores na maior parte das jurisdições, repartida entre agências específicas de proteção dos consumidores, entidades de fiscalização económica e entidades reguladoras sectoriais no plano nacional mas cometida igualmente a outras entidades de nível estadual ou regional, incluindo municípios e entidades locais, gera alguma dispersão e pode afetar a coerência e a articulação das ações e iniciativas desenvolvidas, exigindo uma forte coordenação no plano central e a estreita colaboração com as organizações representativas dos consumidores que desempenham um papel importante no contacto com os consumidores no terreno.

Os principais desafios – tanto no domínio da concorrência como no da proteção dos consumidores – relativamente à aplicação de regras contra práticas restritivas e abusivas transfronteiriças e desenvolvidas por empresas globais (“cross-border enforcement”) em diferentes sectores de atividade económica mas com destaque para as plataformas digitais, a proteção dos consumidores no comércio eletrónico nas suas diferentes vertentes

⁶⁵ Ver <https://unctad.org/project/delivering-digital-trading-infrastructure-and-online-dispute-resolution-consumers-means>

⁶⁶ Ver <https://unctad.org/meeting/making-digital-markets-work-consumers-competition-consumer-protection-and-data>, que proporcionou, entre outros, a apresentação do *Digital Economy Report 2021* da UNCTAD, dedicado aos fluxos de dados transfronteiriços na ótica dos países em desenvolvimento, acessível em https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf.1.

⁶⁷ Em dezembro de 2021, a *Consumers International* apresentou um conjunto de recomendações relativas à segurança de produtos adquiridos em linha (“online-product-safety-guidelines-report_final.pdf”), que constitui igualmente um documento de grande acuidade e de referência nesta matéria: acessível em https://www.consumersinternational.org/media/368991/online-product-safety-guidelines-report_final.pdf#:~:text=The%20Consumers%20International%20Guidelines%20for%20Online%20Product%20Safety%E2%80%94developed,sold%20through%20online%20marketplaces%20and%20wider%20digital%20markets.

(publicidade enganosa, resolução de litígios, segurança de produtos, proteção de dados, segurança de pagamentos) e o desenvolvimento da cooperação regional em matéria de “enforcement” vão certamente manter-se no futuro próximo.

Em termos de perspectivas futuras, a dimensão preocupante das alterações climáticas e o seu impacto negativo no ambiente, a par da intervenção significativa dos Estados na economia dos países em virtude da pandemia, deram origem a novas prioridades.

É o caso do consumo sustentável⁶⁸, abrangido nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas⁶⁹ (12 – Produção e Consumo Sustentáveis⁷⁰), para o qual os consumidores são instrumentais desde que informados, educados e sensibilizados para escolhas mais amigas do ambiente (reduzindo, reutilizando e reciclando) pelos Governos e organizações da sociedade civil, assim como as empresas, que devem continuar a ser incentivadas a desenvolver novas tecnologias e métodos de produção para uma oferta mais adequada.

E também da promoção da sustentabilidade no âmbito do direito e da política de concorrência, na possível isenção de acordos de colaboração horizontal ou vertical entre empresas, sejam de pesquisa e desenvolvimento ou de distribuição, que para tal contribuam, bem como da consideração deste factor em termos de eficiência no quadro do controlo de operações de concentrações de empresas. Este tema vem a ser tratado por alguns países desenvolvidos como é o caso da União Europeia e de alguns dos seus Estados-Membros, mas há seguramente condições para poder vir a ser igualmente considerado pelos países em desenvolvimento dada a presença significativa de empresas multinacionais nesses mercados e a oportunidade de se utilizar esta política para promover uma proteção acrescida do ambiente.

Por outro lado, a intervenção dos Estados em consequência do impacto negativo da pandemia nas atividades económicas suscitou a necessidade do envolvimento e participação das autoridades da concorrência no desenho,

⁶⁸ Já desenvolvido com pormenor nas Diretrizes das Nações Unidas desde 1999 (Seção H), conforme atrás referido.

⁶⁹ A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, adotado por todos os Estados Membros das Nações Unidas em 2015. Abrange 17 objetivos que serão alcançados por todos os países e todas as partes interessadas, atuando em parceria colaborativa. Ver <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>.

⁷⁰ <https://sdgs.un.org/goals/goal12>.

na implementação e na monitorização dos “pacotes” de recuperação económica associados a consideráveis envelopes financeiros de origem pública, para assegurar condições de acesso transparentes e não discriminatórias a todas as empresas e a imposição de condições para manter a concorrência nos mercados, na medida do possível. A defesa da concorrência no decurso desta longa fase de recuperação económica e no período pós-COVID-19 veio realçar o relevo do direito e da política da concorrência e oferecer às autoridades de concorrência uma excelente oportunidade para colaborar com os Governos e entidades públicas de forma ativa durante todo este processo⁷¹.

Todos estes assuntos continuarão a ser estudados e discutidos no seio da UNCTAD, que dispõe do mais amplo fórum intergovernamental de diálogo e cooperação internacional nas áreas das políticas de concorrência e de proteção dos consumidores, envolvendo nesses trabalhos todos os seus membros e partes interessadas, e prosseguindo a partilha de informação e de conhecimento e a identificação das melhores práticas internacionais na busca de soluções globais que sirvam plenamente os interesses dos países em desenvolvimento e dos países menos avançados como lhe cabe assegurar.

⁷¹ Ver o editorial “Competition policy’s role in the economic recovery process from the Covid-19 pandemic crisis – insight from UNCTAD”, de Teresa Moreira, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2021, 00, 1–6 (doi: 10.1093/jaenfo/jnab013).

Módulo III

Situações jurídicas do consumo em geral

O CONCEITO DE CONSUMIDOR¹

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. O conceito de consumidor do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Comparação com os arts. 10.º-12.º do anteprojecto de Código do Consumidor. 2. Os elementos do conceito de consumidor do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. I. – O elemento subjectivo (“todo aquele”): a) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo às pessoas colectivas? b) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo às associações e comissões, desde que sem personalidade jurídicas, e ao condomínio? 3. (Cont.) II. – O elemento objectivo (“... a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos...”): a) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos contactos pré-negociais? b) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos contratos de garantia? 4. (Cont.) III. – O elemento teleológico (“... destinados a uso não profissional...”): a) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos casos de uso dual (profissional e não-profissional)? b) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos casos de uso profissional atípico? 5. (Cont.) IV. – O elemento relacional (“... por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios...”)

¹ O presente texto corresponde, em substância, a uma *actualização* e a uma *síntese* daquilo que dizemos em *Contrato de compra e venda*, vol. I — *Introdução. Formação do contrato*, Gestlegal, Coimbra, 2021, págs.120-210.

1. O conceito de consumidor do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho. Comparação com os arts. 10.º-12.º do anteprojecto de Código do Consumidor

a) O art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, define *consumidor* como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Embora corresponda a uma definição genérica, em princípio aplicável em *todo* o direito do consumo, o conceito do art. 2.º da Lei n.º 24/96 é derogado por definições específicas, como, p. ex., pelas definições do art. 3.º, alínea c), da Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro², ou do art. 2.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

aa) Carlos Ferreira de Almeida propôs que o conceito de consumidor da Lei n.º 24/96 fosse decomposto em quatro elementos³ – *elemento subjectivo*, *elemento objectivo*, *elemento teleológico* e *elemento relacional*. Os três primeiros, os *elementos subjectivo*, *objectivo* e *teleológico*, referir-se-iam ao consumidor. O *elemento subjectivo*⁴ encontrar-se-ia nas palavras “todo aquele”; o *elemento objectivo*, nas palavras “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos” e o *elemento teleológico*, nas palavras “destinados a uso não profissional”. O quarto, o *elemento relacional*⁵, referir-se-ia à contraparte do consumidor; encontrar-se-ia nas palavras “por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Com o *elemento relacional*, exigir-se-ia que a contraparte fosse uma pessoa, física ou jurídica, que exercesse uma *actividade*

² Entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 7872018, de 15 de Outubro, e pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro.

³ Cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do consumo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 29 – com a concordância de Jorge Morais Carvalho, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo* (dissertação de doutoramento), Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2011, págs. 22 ss., ou de Teresa Estévez Abeleira, “Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 10 – 2016, págs. 31-69.

⁴ Engrácia Antunes chama-lhe *elemento subjectivo activo* – “O conceito jurídico de consumidor”, in: *Revista de direito civil*, ano 3 (2018), págs. 771-796 (773).

⁵ Engrácia Antunes chama-lhe *elemento subjectivo passivo* – “O conceito jurídico de consumidor”, cit., pág. 773.

*económica, que a exercesse com carácter profissional e que a exercesse com um particular fim – obtenção de benefícios*⁶.

bb) Os arts. 10.º a 12.º do anteprojecto de Código do Consumidor de 2006⁷ reformulavam cada um dos quatro elementos da definição do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Em primeiro lugar, e em relação ao *elemento subjectivo (activo)*, distinguíam entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas; em segundo lugar, e em relação ao *elemento objectivo*, substituíam a fórmula “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos” por “[aquele] que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem [...] se apresenta como profissional”; em terceiro lugar, e em relação ao *elemento teleológico*, substituíam a remissão exclusiva, simples, para o critério do fim ou da função económica e social do acto por uma remissão cumulativa, complexa, para dois critérios – para o critério do fim e para o critério da situação do consumidor (da competência específica para a transacção em causa); em quarto e último lugar, e a propósito do *elemento relacional* ou *elemento subjectivo passivo*, substituíam a fórmula “pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios” por “quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional”:

Artigo 10.º (Consumidor) – 1. Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional.

2. Não obsta à qualificação nos termos do número anterior o facto de essa relação ser estabelecida com organismos da Administração Pública, com pessoas colectivas públicas, com empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, com as Regiões Autónomas ou com as autarquias locais e com empresas concessionárias de serviços públicos.

⁶ Cf. Jorge Morais Carvalho, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, cit., pág. 26.

⁷ O anteprojecto de código foi preparado por uma Comissão presidida pelo Professor Doutor António Pinto Monteiro e publicado pela Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor do Ministério da Economia e da Inovação em Março de 2006.

Artigo 11.º (Extensão do regime) – 1. As pessoas colectivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade.

2. O disposto no número anterior aplica-se também às pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional.

Artigo 12.º (Restrições) – 1. O disposto neste diploma não afasta a aplicação dos princípios fundamentais acolhidos pela ordem jurídica, designadamente no tocante à proibição do abuso do direito.

2. Em conformidade com o disposto no número anterior, o tribunal ponderará, na situação concreta, de acordo com a equidade, se e em que medida deve ser aplicado o regime mais favorável ao consumidor, quando este, apesar de abrangido pelo artigo 10.º, disponha ou deva dispor, em virtude da sua actividade e experiência profissional, de competência específica para a transacção em causa.

Os três artigos distinguiam duas coisas – a atribuição da qualidade de consumidor e a aplicação do regime em princípio reservado para as pessoas a quem houvesse sido atribuída a qualidade de consumidor. A atribuição da qualidade de consumidor estaria reservada para as pessoas físicas (para as pessoas singulares); a aplicação do regime em princípio reservado para os consumidores, para as pessoas a quem houvesse sido atribuída a qualidade de consumidor, estaria sujeita a *extensões* e a *restrições*. Em primeiro lugar, estaria sujeita a *extensões*. Estender-se-ia, ou poderia estender-se, por forma a abranger *pessoas colectivas* e ou *pessoas singulares que não fossem consumidores* por actuarem no quadro da sua actividade profissional⁸. Em segundo lugar, a aplicação do regime em princípio reservado para os consumidores estaria sujeita a *restrições* – restringir-se-ia, ou poderia restringir-se, por forma a não abranger pessoas singulares que fossem consumidores e, ainda que fossem consumidores, tivessem competência específica para a transacção:

“nos casos em que alguém é considerado *consumidor*, em face do disposto no art. 10.º, mas disponha ou deva dispor, em virtude da sua actividade e experiência

⁸ Cf. António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 7 – 2005, págs. 245-262 (254).

profissional, de competência específica para a transacção em causa, o *Anteprojecto* permit[iria] que o tribunal pondere, de acordo com a equidade, se ser[ia] de aplicar, em tal situação, o regime mais favorável de defesa do consumidor”⁹.

O comportamento da pessoa singular que concluísse um negócio jurídico para o qual tinha competência específica e que, não obstante a sua competência específica, quisesse prevalecer-se da sua qualidade de consumidor seria um comportamento abusivo ou, pelo menos, um comportamento suspeito. Em tais situações, “em que se afigur[asse] abusivo o recurso a estas medidas, apesar de, formalmente, alguém preencher os requisitos que o definem como ‘consumidor’”¹⁰, as razões justificativas da *extensão do regime* às pessoas colectivas e às pessoas singulares que actuam no quadro da sua actividade profissional seriam, simultaneamente, as razões justificativas da sua *restrição*:

“tanto a *extensão* do regime como as *restrições* que o Anteprojecto prevê têm subjacente o respeito pelo *princípio da igualdade*. Ou seja,” – continuava – “só se justifica que haja medidas *diferenciadoras* quando houver *razões* para tal, e essas razões têm de ser *materiais*, efectivas e não meramente formais”¹¹.

b) Entre as duas definições, entre as definições do anteprojecto do Código do Consumidor e da Lei de Defesa do Consumidor, só há uma diferença fundamental. O art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor selecciona as relações assimétricas ou desequilibradas e, dentro das relações desequilibradas, as partes expostas ao perigo de uma perturbação significativa da sua autonomia privada recorrendo sobretudo a um critério finalístico: “Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, *destinados a uso não profissional*...”¹².

⁹ Cf. António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor”, cit., pág. 255.

¹⁰ Cf. António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor”, cit., pág. 255.

¹¹ Cf. António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor”, cit., pág. 255.

¹² Como se afirma, p. ex., nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 2011, relatado pelo Conselheiro Moreira Alves, e de 14 de Fevereiro de 2017, relatado pelo Conselheiro João Camilo, “[é] a finalidade do acto de consumo que determina, essencialmente, a qualificação do consumidor como sujeito do regime de benefício que [os] diplomas legais regulamentam”. O acórdão de 20 de Outubro de 2011 continuava com as seguintes

Os arts. 10.º, 11.º e 12.º do anteprojecto de Código do Consumidor seleccionavam-nas recorrendo a três critérios: o primeiro constava do art. 10.º e era designado pelas palavras “prosecução de fins alheios ao âmbito da [...] actividade profissional”; o segundo constava dos arts. 11.º e 12.º e era designado pelas palavras “não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa” do art. 11.º e pelas palavras “disponha ou deva dispor, em virtude da sua actividade e experiência profissional, de competência específica para a transacção” do art. 12.º; o terceiro constava dos arts. 11.º e 12.º e era designado por uma única palavra – *equidade*. O primeiro, o critério do fim, seria, tão-só, um critério provisório: – poderia ser corrigido, *para mais*, no sentido de que uma pessoa colectiva ou uma pessoa singular que actuasse para fins empresariais ou profissionais poderia ser tratada como um consumidor, desde que não tivesse competência específica para a transacção em causa; – poderia ser corrigido, *para menos*, no sentido de que uma pessoa singular que actuasse para fins privado, não empresariais e não profissionais, poderia não ser tratada como consumidor, desde que tivesse competência específica para a transacção em causa. O segundo e o terceiro critérios, os critérios da *competência* e da *equidade*, esses seriam definitivos. Caso apontassem no mesmo sentido, da *necessidade* de protecção, a pessoa, singular ou colectiva, deveria ser tratada como consumidor; caso apontassem no mesmo sentido, da *desnecessidade* de protecção, a pessoa não deveria ser tratada como consumidor. Caso não apontassem no mesmo sentido, não haveria nem extensão nem restrição – o direito do consumo ficaria reservado para as pessoas singulares, e para as pessoas singulares que actuassem para fins privados (para fins não empresariais e não profissionais).

Em relação à possibilidade de se aplicar o art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor em termos consonantes com o art. 11.º do anteprojecto de Código do Consumidor, estamos convencido de que, para se conseguir um *igual tratamento daquilo que é igual*, não é necessário fazer-se uma alteração da lei actual – é suficiente fazer-se uma analogia ou uma extensão teleológica, para integrar uma *lacuna patente*. Em relação à possibilidade de se aplicar o art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor em termos consonantes com o art. 12.º do anteprojecto de Código do Consumidor, estamos convencido de que, para se conseguir um *desigual tratamento daquilo que é igual*, não

palavras: “...partindo da presunção de que se trata da parte mais fraca, menos preparada tecnicamente, em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do negócio que exercita”.

seria necessário fazer-se uma alteração da lei actual – seria suficiente fazer-se uma redução teleológica, para integrar uma *lacuna oculta*. Confirmando-o, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017¹³, admite a restrição do regime específico de protecção do consumidor para não o aplicar às pessoas que não se encontrem, em concreto, numa situação de inferioridade^{14 15}.

O facto de o direito do consumo estar entre as competências do direito da União Europeia e dos Estados-Membros força-nos a perguntar pela compatibilidade da *extensão* e da *restrição* com as directivas e com os regulamentos e, sobretudo, com a *interpretação* das directivas e dos regulamentos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Em tema de *extensão*, estamos seguro, estamos razoavelmente seguro de que os critérios propostos são compatíveis com o direito da União Europeia – a *extensão*, pelo legislador ou pelo juiz, do conceito ou do regime dos *consumidores* corresponderá a um

¹³ Relatado pelo Conselheiro Pinto de Almeida.

¹⁴ O sumário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017 é elucidativo, ao dizer que “[...] O conceito [de consumidor] tem [...] subjacente a necessidade de protecção da parte débil economicamente ou menos preparada tecnicamente” e que, “[t]endo em atenção esse fim, não deve ser considerado consumidor aquele que, sendo comerciante de ourivesaria, promete comprar três apartamentos, que vem a dar de arrendamento (depois de adquirir um outro para habitação própria).” – “[a] capacidade económica assim revelada, evidencia que esse promitente comprador não se encontrava perante a contraparte dos negócios numa situação de fraqueza ou vulnerabilidade”. Caso o sumário deixasse alguma dúvida, o relatório do acórdão esclarecê-la-ia: “Afigura-se-nos [...] que não estamos perante ‘consumidores’, entendido o conceito no sentido de parte contratual mais fraca ou menos preparada que carece efectivamente de protecção. [...] Não ter em conta o [...] circunstancialismo concreto significaria subverter a *ratio* subjacente ao direito do consumo”.

¹⁵ Em sentido contrário, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2017, relatado pelo Conselheiro Júlio Gomes, contrapõe o *consumidor absoluto* e o *consumidor relativo*, para definir o primeiro, o *consumidor absoluto*, como aquele que “contrata para satisfazer as suas necessidades pessoais, pouco importando o objecto do contrato, o seu grau real de competência, já que, em todo o caso, está a consumir” e para definir o segundo, o *consumidor relativo*, como aquele que contrata em situação de inferioridade. O *consumidor relativo* só seria consumidor por efeito da comparação entre a sua situação e a do seu parceiro contratual: é consumidor relativo quem que não tem o mesmo grau de competência do seu contraente”. Enquanto o acórdão de 13 de Julho de 2017 considerava que o conceito relevante no direito português era o *consumidor relativo*, dizendo que “[o] conceito tem [...] subjacente a necessidade de protecção da parte débil economicamente ou menos preparada tecnicamente”, o acórdão de 3 de Outubro de 2017 sugere que o conceito relevante no direito português é só o de *consumidor absoluto*.

desenvolvimento do direito num domínio não abrangido pela directiva¹⁶. Em tema de *restrição*, não estamos tão seguro da sua compatibilidade. O Tribunal de Justiça afirmou em 2015¹⁷ e reafirmou em 2018¹⁸, em 2019¹⁹, em 2020²⁰ e, em alguma medida, em 2021²¹ que a atribuição da qualidade de consumidor a uma pessoa singular era independente dos conhecimentos e das informações que concretamente tivesse²². O facto de uma pessoa dispor “de um nível elevado de competências técnicas”, por ser, p. ex., um advogado, “não permitiria presumir que ele não é uma parte fraca em relação com um profissional”²³. Em todo o caso, sempre deverá fazer-se um controlo *mínimo*, da adequação sistemática, teleológica e valorativa dos resultados – e sempre poderá fazer-se um *controlo mínimo* dos resultados através do *abuso do direito*.

c) Embora seja corrente, a afirmação de que o *consumidor* tem o ónus da alegação e da prova da qualidade de *consumidor*²⁴ deve de alguma forma

¹⁶ O acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 2020, no processo n.º C-329/19 (*Condominio di Milano, via Meda*), confirma-o, a propósito do *condomínio*: “O artigo 1.º, n.º 1, e o artigo 2.º, alínea b), da Directiva 93/13/CEE [...], de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, devem ser interpretados no sentido de que *não se opõem a uma jurisprudência nacional que interpreta a legislação que transpõe essa directiva para o direito interno de forma que as normas de proteção dos consumidores nela previstas se apliquem também a um contrato celebrado com um profissional por um sujeito de direito como o condomínio no direito italiano*, apesar de esse sujeito de direito não estar abrangido pelo âmbito de aplicação da referida directiva”.

¹⁷ No acórdão de 3 de Setembro de 2015, no processo C-110/14 (*Costea*), em especial nos considerandos 14-30.

¹⁸ No acórdão de 25 de Janeiro de 2018, no processo C-498/16 (*Schrems*), em especial nos considerandos 25-41.

¹⁹ No acórdão de 3 de Outubro de 2019, no processo C-208/18 (*Petruchová*), em especial nos considerandos 48-79.

²⁰ No acórdão de 2 de Abril de 2020, no processo C-500/18 (*AU*), em especial nos considerandos 52-57.

²¹ No despacho de 10 de Junho de 2021, no processo C-198/20 (*MN*).

²² Cf. acórdão de 25 de Janeiro de 2018, no processo C-498/16 (*Schrems*) – considerando n.º 39.

²³ Cf. acórdão de 3 de Setembro de 2015, no processo C-110/14 (*Costea*) – considerando n.º 27.

²⁴ *Vide*, na doutrina, por todos, José Augusto Engrácia Antunes, “O conceito jurídico de consumidor”, cit., págs. 776-777 – ainda que distinguindo o ónus da prova de que o sujeito activo da relação é um *consumidor*, que seria do consumidor, e o ónus da prova de que o sujeito passivo não é um *comerciante*, um *empresário* ou um *profissional*, que seria do *comerciante*,

relativizar-se, atendendo ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de Junho de 2015, no processo C-497/13 (Faber):

“A Directiva 1999/44/CE [...], de 25 de Maio de 1999, [...] deve ser interpretada no sentido de que o órgão jurisdicional nacional chamado a pronunciar-se sobre um litígio relativo a um contrato susceptível de ser abrangido pelo âmbito de aplicação desta directiva *está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor na aceção da mesma diretiva, ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade*”²⁵.

Em consequência, o consumidor não terá de alegar a sua *qualidade*²⁶; *em princípio*, terá o ónus da alegação e o ónus da prova, em sentido objectivo, dos factos de que decorra o preenchimento dos elementos *subjectivo*, *objectivo* e *teleológico*²⁷; não obstante, *em princípio*, não terá o ónus da alegação ou da prova dos factos de que decorra o preenchimento do elemento *relacional*²⁸.

do *empresário* ou do *profissional* – e, na jurisprudência, por todos, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 2015, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos, e de 14 de Fevereiro de 2017, relatado pelo Conselheiro João Camilo – em que se diz expressamente que “sendo a qualidade de consumidor um elemento constitutivo do direito [...] reclamado pelos recorrentes, tal como decidiram as instâncias, sem impugnação dos recorrentes, a estes pertence o ónus de prova de que beneficiam dessa qualidade, tal como exige a regra geral do art. 342.º, n.º 1 do Código Civil”.

²⁵ Sobre o alcance dos ónus da alegação e da prova da qualidade de consumidor depois do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 4 de Junho de 2015, *vide* por todos Jorge Morais Carvalho, “O conceito de consumidor no direito português”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 14 – 2018, págs. 185-232 (213-217).

²⁶ Cf. Jorge Morais Carvalho, “O conceito de consumidor no direito português”, cit., pág. 213: “A qualificação como consumidor é matéria de direito, pelo que não tem de ser alegada (nem, muito menos, provada, por- que não é matéria de facto)”.

²⁷ Cf. Jorge Morais Carvalho, “O conceito de consumidor no direito português”, cit., pág. 213.

²⁸ Cf. Jorge Morais Carvalho, “O conceito de consumidor no direito português”, cit., págs. 214-215; ou José Augusto Engrácia Antunes, “O conceito jurídico de consumidor”, cit., pág. 777: “... não repugna, de acordo com o princípio geral da proximidade probatória fazer recair sobre o réu-fornecedor do bem ou prestador do serviço o encargo de demonstrar que não reveste a natureza de empresário ou profissional”.

2. Os elementos do conceito de consumidor do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho

I. – O elemento subjectivo (“todo aquele”)

a) *Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo às pessoas colectivas*

As palavras “aquele” ou “todo aquele” são compatíveis com uma interpretação declarativa, por que se abranja as pessoas singulares e as pessoas colectivas, ou com uma interpretação restritiva, por que só se abranja as pessoas singulares²⁹. Embora maioritária na doutrina, a primeira tese é minoritária na jurisprudência e, embora minoritária na doutrina, a segunda tese é maioritária na jurisprudência. Em favor de uma extensão ou da possibilidade de uma extensão do direito do consumo às pessoas colectivas, pronunciaram-se, p. ex., os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Maio de 2014, relatado pelo Conselheiro João Bernardo³⁰, de 30 de Abril

²⁹ Em favor de uma interpretação declarativa do art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor, ou, em todo o caso, em favor da possibilidade de uma extensão do direito do consumo às pessoas colectivas, pronunciaram-se, p. ex., António Menezes Cordeiro, “Da natureza civil do direito do consumo”, in: *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, págs. 675-711 (710); António Pinto Monteiro “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 7 – 2005, págs. 245-262 (254); Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do consumo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, esp. nas págs. 50-53; Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 2 – 2000, págs. 197-331 (214 – nota n.º 45); Jorge Morais Carvalho, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, cit., pág. 22; Jorge Morais Carvalho, *Manual de direito do consumo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013, pág. 13; ou Paulo Duarte, “O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor”, in: *Boletim da Faculdade de Direito [da Universidade de Coimbra]*, vol. 75 (1999), págs. 643-703 (661-665). Em favor de uma interpretação restritiva do art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor e da impossibilidade de extensão do direito do consumo às pessoas colectivas, pronunciaram-se, p. ex., João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 122; ou Mafalda Miranda Barbosa, “Os contratos de adesão no cerne da protecção do consumidor”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 3 – 2001, págs. 389-424 (398-399); e “Acerca do âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: taxatividade ou carácter exemplificativo do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º 6 – 2004, págs. 401-434 (412-413 – em especial, na nota n.º 25).

³⁰ Em cuja fundamentação se escreve, em aparente adesão aos critérios enunciados no anteprojecto de Código do Consumidor: “Podendo estender-se o conceito às pessoas coletivas,

de 2015, relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes³¹, e de 14 de Outubro de 2021, relatado pela Conselheira Catarina Serra. Em favor da impossibilidade de uma extensão, pronunciaram-se, p. ex., os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2010, relatado pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues³², de 20 de Outubro de 2011, relatado pelo Conselheiro Moreira Alves³³, de 11 de Setembro de 2014, relatado pelo Conselheiro Tavares de Paiva³⁴, de 13 de Novembro de 2014, relatado pelo Conselheiro João Camilo³⁵, de 25 de Novembro de 2014, relatado pelo Conselheiro Fernandes do Vale³⁶, de 17 de Novembro de 2015, relatado pelo Con-

se provarem que não dispõem nem deveriam dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade”.

³¹ Em cuja fundamentação se escreve: “O que aqui se poderia discutir seria o alcance a dar ao conceito de consumidor para efeitos de aplicação daquela orientação jurisprudencial, mais precisamente: se deverá ser considerado um conceito restrito, em conformidade com a definição dada no art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96 (Lei da Defesa do Consumidor), de 31/07, com as alterações subsequentes e republicado pela Lei n.º 47/2014, de 28-07, ou mesmo com a definição dada na alínea c) do artigo 3.º do Dec.-Lei n.º 24/2014, de 14/02, que estabelece o regime legal aplicável aos contratos celebrados à distância; ou se, porventura, se deverá adoptar ainda um conceito de consumidor mais alargado no sentido de compreender entes colectivos que não disponham de competência específica para o negócio em causa e, portanto, nessa medida, equiparáveis a pessoas singulares, como o assumido nos artigos 10.º, n.º 1, e 11, n.º 1 e 2, do anteprojecto do Código do Consumidor”.

³² Em que se acolhe a tese de Calvão da Silva para se sustentar que a A. não era consumidora, por “[ser] uma sociedade comercial (não pessoa singular) e [por] se dedica[r] à actividade imobiliária (como se colhe da sua denominação social), não sendo nem se presumindo ser parte mais débil da relação contratual de consumo”.

³³ Em cujo sumário se escreve: “O conceito de consumidor, constante da Lei n.º 29/81, de 22-08, da Lei n.º 24/96, de 31-07, do DL n.º 359/91, de 21-09, da Directiva 1999/44/CE, de 25-05, e do DL n.º 67/2003, de 08-04 (entretanto reformulado pelo DL n.º 84/2008, de 21-05) tem um sentido restrito, mas coincidente, em todos esse diplomas: consumidor é a pessoa singular a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados exclusivamente a uso não profissional [...]”.

³⁴ Em cujo sumário se escreve: “Um ‘consumidor’, para efeitos da Lei n.º 24/96, de 31-07, é sempre uma pessoa singular, uma vez que as pessoas colectivas só existem em função da prossecução de um determinado objectivo, seja ele económico, político, social, filantrópico ou recreativo, não tendo outra finalidade para além daquela que é a razão da sua existência (...)”.

³⁵ Em cujo sumário se escreve: “A qualidade de consumidor está definida no art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, de 31-07, tratando-se da pessoa singular a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados exclusivamente ao uso não profissional [...]”.

³⁶ Em cujo relatório se acolhe a tese de Calvão da Silva, para se sustentar que “[a qualidade de consumidor] deve ser entendida no seu sentido estrito, correspondente à pessoa que

selheiro Fonseca Ramos³⁷, e de 16 de Junho de 2016, relatado pelo Conselheiro Tavares de Paiva^{38 39}.

aa) O argumento central dos adeptos de uma interpretação restritiva do art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor é o princípio da especialidade do fim.

A definição do consumidor como “todo aquele que adquire bens ou serviços destinados a uso não profissional” adaptar-se-ia às pessoas singulares e não se adaptaria às pessoas colectivas: adaptar-se-ia às pessoas singulares, porque as pessoas singulares podem prosseguir fins privados; porque as pessoas singulares podem adquirir bens ou serviços destinados “ao seu uso privado, pessoal, familiar ou doméstico, [...] por oposição a uso profissional”⁴⁰; e não se adaptaria às pessoas colectivas, porque as pessoas colectivas não podem prosseguir fins privados – porque as pessoas colectivas só podem adquirir bens ou serviços “no âmbito da sua capacidade, segundo o princípio da especialidade do fim, para a prossecução das suas

adquire um bem ou um serviço para uso privado, de modo a satisfazer as necessidades pessoais e familiares, não abrangendo quem obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou empresa

³⁷ Em cujo sumário se escreve: “O conceito de *consumidor* que o referido [acórdão de uniformização de jurisprudência] acolheu foi o conceito restrito, funcional, segundo o qual consumidor é a pessoa singular, destinatário final do bem transaccionado, ou do serviço adquirido, sendo-lhe alheio qualquer propósito de revenda lucrativa”.

³⁸ Em cujo relatório se cita o sumário do acórdão de 11 de Setembro de 2014, subscrevendo-o.

³⁹ Embora o sumário do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 2019, relatado pelo Conselheiro José Manso Rainho, sugira a impossibilidade de extensão do regime do direito do consumo às pessoas colectivas (ao dizer que “[a]penas as pessoas singulares, e não também as pessoas coletivas, poderão ser havidas, pelo menos em princípio, como consumidores, pelo que os créditos destas últimas não podem beneficiar, em sede de graduação de créditos em processo de insolvência, do direito de retenção previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 755.º do Código Civil”), a fundamentação sugere a possibilidade de extensão, desde que a pessoa colectiva prove que não tinha nem devia ter competência específica para a transacção e sustenta que o argumento decisivo, no sentido da improcedência da pretensão deduzida, é o de que “... não há (na matéria de facto provada) o menor indício que leve a supor que a Recorrente, que é uma sociedade da mesma natureza (sociedade por quotas) da sociedade Insolvente, funcionou como parte fraca, leiga, profana, débil economicamente ou menos preparada tecnicamente na relação que estabeleceu com a promitente-vendedora. Ou seja, que lhe faltou competência específica para a transacção em causa”.

⁴⁰ João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, cit., pág. 122.

actividades ou objectos profissionais (art. 160.º do Código Civil e art. 6.º do Código das Sociedades Comerciais)”⁴¹.

Os argumentos complementares, *periféricos*, são sobretudo de direito da União Europeia ⁴² e de direito comparado dos Estados Membros da União Europeia. O § 13 do Código Civil alemão fala em *pessoa natural* – em *natiürliche Person* –, para dizer que o art. 3.º do *Codice del consumo* e o artigo preliminar do *Code de la consommation* falam em *pessoa física* – em *persona física* e em *personne physique* –, e para dizer que todos falam só de *pessoas singulares*.

bb) Contestando o argumento central, Menezes Cordeiro põe em causa o princípio da especialidade do fim e Paulo Mota Pinto, a relevância do princípio da especialidade do fim para a resolução do problema da qualificação como consumidor. Menezes Cordeiro escreve que a exclusão das pessoas colectivas “equivaleria a um ressuscitar do princípio da especialidade”⁴³, e o ressuscitar do princípio da especialidade equivaleria a um “retrocesso conceitual de todo impensável”⁴⁴. Mota Pinto, que o princípio da especialidade é inadequado ou insuficiente para excluir a classificação ou a qualificação como consumidor das pessoas colectivas, incluindo as pessoas colectivas cujo objecto consistisse exclusivamente no exercício de uma actividade económica⁴⁵.

O art. 160.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, como o art. 6.º, n.ºs 1 a 3, do Código das Sociedades Comerciais, deveriam ser interpretados em termos amplos, “bastante amplo[s]”⁴⁶, e, ainda que não devessem ser interpretado em termos amplos, sempre o problema da qualificação e o problema da validade ou da validade dos actos praticados por uma pessoa qualificada como consumidor seriam distintos. O princípio da especialidade do fim não prejudicaria a qualificação – só prejudicaria, só poderia prejudicar, a validade dos actos praticados por uma pessoa qualificada como consumidor:

⁴¹ João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, cit., pág. 122.

⁴² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2001, nos processos C-541 (Cape) e C-542/99 (Idealservice).

⁴³ António Menezes Cordeiro, “Da natureza civil do direito do consumo”, cit., pág. 710.

⁴⁴ António Menezes Cordeiro, “Da natureza civil do direito do consumo”, cit., pág. 710.

⁴⁵ Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., pág. 214 (nota n.º 45).

⁴⁶ Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., pág. 214 (nota n.º 45).

“a ser [...] afectado [o princípio da especialidade do fim, apenas estaria em causa a validade dos actos, alheia à qualificação como consumidor”⁴⁷.

Contestando agora os argumentos periféricos, chama-se (deverá chamar-se) a atenção para duas coisas. Em primeiro lugar, para a circunstância de a Directiva 2011/83/UE, de 25 de Outubro de 2011, de a Directiva 2019/770/UE e de a Directiva 2019/771/UE, ambas de 20 de Maio de 2019, prever expressamente a possibilidade de os Estados membros ampliarem o conceito de consumidor, e de o ampliarem de forma abranger algumas pessoas colectivas, “como, p. ex., as organizações não-governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas”⁴⁸. Em segundo lugar, para a circunstância de o direito francês e de o direito espanhol darem um tratamento diferenciado às pessoas colectivas que não actuem para fins profissionais. Em França, o artigo preliminar do *Code de la consommation* distingue três categorias de sujeitos – o consumidor, o não profissional e o profissional – e a categoria (intermédia) do não profissional designa exclusivamente pessoas colectivas⁴⁹. Em Espanha, ainda que se distinga tão-só duas categorias, o consumidor e o profissional, o art. 3.º da *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* permite uma aplicação – e, tendencialmente,

⁴⁷ Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., pág. 214 (nota n.º 45).

⁴⁸ Cf. considerando n.º 13 da Directiva 2011/83/UE, considerando n.º 16 da Directiva 2019/770/UE e considerando n.º 21 da Directiva 2019/771/UE, em que se diz, em termos em quase tudo semelhantes, que “[o]s Estados-Membros... deverão continuar a ser livres de alargar a aplicação das regras da presente directiva aos contratos excluídos do âmbito de aplicação da mesma, ou de regular de outro modo tais contratos. Por exemplo, os Estados-Membros deverão continuar a ter a faculdade de alargar a protecção concedida aos consumidores ao abrigo da presente directiva por forma a abranger pessoas singulares ou colectivas que não sejam consumidores na acepção da presente directiva, como, por exemplo, as organizações não-governamentais, as empresas em fase de arranque (*start-ups*) ou as PME”.

⁴⁹ O antigo texto do artigo preliminar, em vigor entre 1 de Julho de 2016 e 22 de Fevereiro de 2017, definia o *non professionnel* como “toda a pessoa moral que age para fins que não entram no quadro da sua actividade comercial, industrial, artesanal, liberal ou agrícola”. O novo texto do artigo preliminar, em vigor desde 23 de Fevereiro de 2017, define-o como “toda a pessoa moral que age para fins não profissionais”. Em consequência da distinção entre as três categorias de sujeitos, o artigo preliminar do *Code de la consommation* permite uma aplicação parcial, restrita, do direito do consumo às pessoas colectivas que agem para fins não profissionais.

permite uma aplicação total, irrestrita – do direito do consumo às pessoas colectivas que agem para fins não profissionais^{50 51}.

cc) Entre os pontos consensuais ou quase consensuais está (deverá estar) a de que o direito do consumo pode aplicar-se a pessoas que não sejam consumidores⁵²; a de que, na aplicação do direito do consumo, deverá dar-se um tratamento diferenciado às pessoas singulares e às pessoas colectivas; e a de que, entre as consequências do tratamento diferenciado entre as pessoas singulares e as pessoas colectivas, está a de que só poderá aplicar-se o direito do consumo às pessoas colectivas a partir de uma ponderação dos fins, dos princípios e dos valores relevantes⁵³.

⁵⁰ O antigo texto do art. 3.º, em vigor entre 1 de Dezembro de 2007 e 28 de Março de 2014, definia *consumidores* ou *utentes* como todas as pessoas físicas ou jurídicas que actuem num âmbito ou num quadro alheio à sua actividade empresarial ou profissional. O novo texto do art. 3.º, em vigor desde 29 de Março de 2014, divide-se em dois parágrafos. O primeiro parágrafo refere-se às pessoas singulares; diz que são *consumidores* ou *utentes* desde que “actuem com um propósito alheio à sua actividade comercial ou empresarial, como ao seu ofício ou profissão”; o segundo parágrafo refere-se às pessoas colectivas; diz que são *consumidores* ou *utentes* desde que “actuem sem ânimo de lucro num quadro alheio a uma actividade comercial ou empresarial”.

⁵¹ O art. 1.º do Real Decreto-Lei n.º 1/2021, de 21 de Janeiro, coloca ao lado do *consumidor* o *consumidor vulnerável*: “... são consideradas pessoas consumidoras vulneráveis a respeito de relações concretas de consumo aquelas pessoas físicas que, de forma individual ou colectiva, pelas suas características, necessidades ou circunstâncias pessoais, económicas, educativas e sociais se encontram... numa especial situação de subordinação ou desprotecção (*especial situación de subordinación, indefensión o desprotección*) que impede o exercício dos seus direitos como pessoas consumidores em condições de igualdade” [sobre a coordenação entre os conceitos de *consumidor* e de *consumidor vulnerável*, vide por todos Manuel Jesús Marín López, “El concepto de consumidor vulnerable en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, in: *Revista CESCO de derecho de consumo*, n.º 37 – 2021, págs. 111-120].

⁵² Cf. António Menezes Cordeiro, “Da natureza civil do direito do consumo”, cit., págs. 709-710: “Perante uma regra de direito do consumo, dever[íamos] ponderar [...] quais os valores envolvidos e qual o escopo do legislador” e, da ponderação, poderá resultar uma de duas coisas: “... uma limitação a pessoas singulares ou, pelo contrário, uma tutela das pessoas colectivas”.

⁵³ Em relação à lei alemã, cujo texto é muito mais claro no sentido da restrição do alcance do direito do consumo às pessoas singulares, pôde sustentar-se que, “do ponto de vista metodológico, não parece *a priori* de excluir [...] um desenvolvimento do direito para além do sentido literal do texto” [vide [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10.ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pág. 142]; em relação à lei italiana, vide Sabina Kirschen, anotação ao art. 3.º – *definizioni* –, n.º 1, alínea a) – *consumatore o utente*,

Os critérios enunciados nos arts. 10.º e 11.º do anteprojecto de Código do Consumidor correspondem a uma adequada interpretação e/ou a uma adequada integração do actual art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor. O critério da *competência específica* designará uma *condição necessária* da aplicação do direito do consumo às pessoas colectivas – o direito do consumo só pode aplicar-se desde que a pessoa colectiva não tenha competência específica para o negócio em causa. Embora seja uma *condição necessária*, o critério da *competência específica* não designa uma *condição suficiente*. O facto de a pessoa colectiva não ter competência específica é um *ponto de partida* para uma *ponderação* – o direito do consumo só pode aplicar-se desde que a protecção de uma pessoa colectiva sem competência específica esteja de acordo com a *equidade*:

“as pessoas colectivas *não são consumidores*, mas, em certos casos, se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e que a solução está de acordo com a equidade, podem beneficiar do *regime* que a lei reserva ao consumidor”⁵⁴.

Entre os critérios relevantes para a *ponderação* encontram-se, p. ex., a dimensão e o fim da pessoa colectiva, ou o fim da disposição legal em causa: será mais fácil aplicar o direito do consumo às pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública que às pessoas colectivas de direito privado e utilidade particular⁵⁵; dentro das pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública, será mais fácil aplicá-lo às pessoas colectivas de fim desinteressado ou altruístico que às pessoas colectivas de fim interessado ou egoístico^{56 57}; e, dentro das pessoas colectivas de direito privado e utilidade

in: Guido Alpa / Liliana Rossi Carleo (coord.), *Codice del consumo. Commentario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, págs. 46-63 (58-63)].

⁵⁴ António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor”, cit., pág. 254.

⁵⁵ Para a distinção entre as *personas colectivas de direito privado e utilidade pública* e as *personas colectivas de direito privado e utilidade particular*, vide Manuel de Andrade, *Teoria geral do direito civil*, vol. I – *Sujeitos e objecto*, Livraria Almedina, Coimbra, 1964, págs. 77 e 79.

⁵⁶ Para a distinção entre as *personas colectivas de de fim desinteressado ou altruístico* e as *personas colectivas de fim interessado ou egoístico*, vide Manuel de Andrade, *Teoria geral do direito civil*, vol. I – *Sujeitos e objecto*, cit., págs. 77-79.

⁵⁷ Cf. José Augusto Engrácia Antunes, “O conceito jurídico de consumidor”, cit., pág. 779 – admitindo, em geral, a extensão da qualidade de consumidor “a determinadas pessoas colectivas ... quando estas revistam a natureza de entes morais de fim ideal e altruístico (que pros-

particular, será mais fácil aplicá-lo às de menor dimensão⁵⁸ que às de maior dimensão:

“[O] profissional cuja actividade seja modesta (pequena empresa, pequeno comércio, pequena exploração agrícola) e aja fora da sua competência específica apresenta[]-se no contrato concreto realmente tão leigo e profano perante a alta tecnicidade do produto adquirido como qualquer consumidor”^{59 60}.

b) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo às associações e comissões, desde que sem personalidade jurídicas, e ao condomínio

Esclarecido o caso das pessoas colectivas, põe-se o problema da aplicação do direito do consumo às associações ou comissões, desde que sem personalidade jurídica⁶¹, e em especial ao condomínio.

Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2013⁶² de 31 de Maio de 2016⁶³, de 17 de Outubro de 2019⁶⁴ ou de 19 de Dezembro de 2019 dizem expressamente que o direito do consumo pode aplicar-se ao condomínio⁶⁵; o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 2

seguem interesses não económicos em benefício da comunidade geral: v.g. associações de beneficência, associações humanitárias”.

⁵⁸ Cf. João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, cit., pág. 125: “pequena empresa, pequeno comércio, pequena exploração agrícola”.

⁵⁹ Cf. João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, cit., pág. 126.

⁶⁰ Como que comprovando que o direito do consumo se aplicará mais facilmente às pessoas colectivas de utilidade pública, o considerando n.º 13 do preâmbulo da Directiva 2011/83/UE, de 25 de Outubro de 2011, o considerando n.º 16 da Directiva n.º 2019/770/UE e o considerando n.º 21 da Directiva 2019/771/UE referem-se expressamente à possibilidade de os Estados-membros ampliarem o alcance das disposições de transposição, em termos de abranger as organizações não governamentais e, como que comprovando que o direito do consumo se aplicará mais facilmente às pessoas colectivas de mera utilidade particular de pequena dimensão, referem-se expressamente à possibilidade de os Estados-membros ampliarem o alcance das disposições de transposição, em termos de abranger as novas empresas (*start ups*) ou as pequenas e médias empresas.

⁶¹ Cf. arts. 195.º a 201.º-A do Código Civil.

⁶² Relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca.

⁶³ Relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

⁶⁴ Relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu.

⁶⁵ Cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2013, relatado pelo Conselheiro Granja da Fonseca; de 31 de Maio de 2016, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor; de 17 de Outubro de 2019, relatado pelo Conselheiro Oliveira Abreu; ou de 10 de Dezembro de 2019, de que fomos relator.

de Abril de 2020, no processo C-329/19, confirma que aquilo que dizem os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça é compatível com o direito europeu: a extensão do direito do consumo ao condomínio tem como objectivo “proteger melhor o consumidor, alargando o âmbito de aplicação da protecção [das directivas] a um sujeito de direito... que não é uma pessoa singular nos termos do direito nacional” – daí que, “apesar de um sujeito de direito como o condomínio... não estar abrangido pelo conceito de ‘consumidor’..., os Estados-Membros [possam] aplicar disposições [das directivas] a domínios não pertencentes ao seu âmbito de aplicação [...], desde que essa interpretação por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais assegure um nível mais elevado de protecção dos consumidores e não afete as disposições dos Tratados”⁶⁶.

O critério da aplicação do direito do consumo é em todo o caso controverso: Será porventura necessário que todas as fracções do condomínio sejam destinadas a um uso privado, não profissional, para que o condomínio seja considerado como um consumidor? Será necessário que a maioria das fracções seja destinada a uso não profissional⁶⁷, ou será suficiente que uma minoria das fracções o seja? Será porventura suficiente que uma das fracções seja destinada a uso privado, não profissional, para que todo o condomínio seja qualificado como consumidor⁶⁸?

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 2016 subcreve ou dá a impressão de subscrever o segundo critério, ao dizer que “[a] ... classificação [do condomínio] como consumidor... depende do tipo de utilização a que se destinam as fracções que compõem [o] edifício” e que, “[s]e [as fracções que compõem o edifício] têm maioritariamente um destino não profissional (v.g. a habitação), o contrato relativo à realização de obras nas partes comuns deve ser qualificado como empreitada de consumo”. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de

⁶⁶ Cf. acórdão de 2 de Abril de 2020, no processo C-329/19, especialmente nos considerandos 35-37.

⁶⁷ Como sugere, p. ex., João Cura Mariano, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 7.^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2020, págs. 264-265 – só deveria considerar-se como consumidor desde que a maioria das fracções tivesse um destino não profissional (p. ex., a habitação).

⁶⁸ Como sugere p. ex., Jorge Morais Carvalho, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, cit., pág. 22 (nota n.º 38) – o condomínio “deve[ria] ser considerado consumidor sempre que, numa perspectiva objectiva, o bem ou serviço p[udesse] ser considerado um bem ou serviço de consumo para uma das pessoas que o condomínio representa”.

2019, de que fomos relator⁶⁹, subscreve o terceiro critério – se, pelo menos, uma das fracções ue compõem o edifício tem um destino não profissional, o contrato relativo à realização de obras nas partes comuns deve ser qualificado como empreitada de consumo.

O art. 1420.º, n.º 1, do Código Civil, esclarece que “cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício”.

Em relação às partes comuns, o condomínio representa os interesses dos condóminos⁷⁰.

Os negócios jurídicos – p. ex., os contratos de compra e venda ou de empreitada – relacionados com as partes comuns do edifício devem ser considerados como negócios jurídicos de consumo desde que algum dos proprietários das partes comuns deva ser qualificado como consumidor.

Ora, o *fim de protecção* das disposições do direito do consumo ficaria comprometido, ou em perigo, se o representante de um consumidor deixasse de ser qualificado como consumidor, “independentemente do reconhecimento de personalidade ou de capacidade jurídica”⁷¹.

Embora o critério da *representação de um consumidor* esteja em geral certo, os resultados da aplicação de disposições do direito do consumo a casos em que a maioria dos condóminos *não* sejam consumidores causam (podem causar) algumas reservas. Em relação ao condomínio, como em relação a todas as pessoas, singulares e colectivas, deverá fazer-se um controlo, pelo menos um *controlo mínimo*, da adequação sistemática, teleológica e valorativa dos resultados. Se só uma minoria dos condóminos devem ser considerados como consumidores, ou só um condómino deve ser considerado como consumidor, deverá apreciar-se, com particular prudência, se os resultados da aplicação do direito do consumo são sustentáveis – se a actuação ou exercício do direito alegado ou invocado pelo condomínio não será um exercício ilegítimo (*abusivo*).

⁶⁹ Com anotação de José Filipe Ferreira, com o título “Condomínio-consumidor”, in: WWW: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/stj_condominio-consumidor/> (19 de Abril de 2020).

⁷⁰ Cf. Jorge Morais Carvalho, *Manual de direito do consumo*, cit., págs. 13-14: “[O] condomínio poderá representar os interesses relativos a essas partes em representação do (ou dos) condómino(s)”.

⁷¹ Cf. [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 142.

3. (Cont.) II. – O elemento objectivo (“... a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos...”)

a) *Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos contactos pré-negociais*

O art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor deverá interpretar-se e/ou integrar-se em termos de se considerar como consumidor (i) aquele que adquire, ou que pretende adquirir, um bem, um serviço ou um direito a um profissional⁷² e (ii) aquele que aliena, ou que pretende alienar, um bem, um serviço ou um direito a um profissional, em qualquer dos casos para fins privados^{73 74}, (iii) em geral, aquele que assuma um *contacto negocial* com um profissional para *fins privados*⁷⁵.

O caso paradigmático de assunção de uma relação constituída através de *contacto negocial* é a relação de *negociações para a conclusão de um contrato* – e, entre as disposições do direito do consumo aplicáveis à relação de *negociações para a conclusão de um contrato* encontram-se, p. ex., os arts. 8.º e 9.º da Lei de Defesa do Consumidor⁷⁶; o art. 1.º, em ligação com os arts. 5.º e 6.º,

⁷² Isto é, em termos económicos, aquele que está do lado da *procura*.

⁷³ Isto é, em termos económicos, aquele que está do lado da *oferta*.

⁷⁴ O art. 3.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, define decisão de transacção em termos de incluir toda a “decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições [...] *alienar um produto* ou *exercer outro direito contratual em relação ao produto* [...]”, e ao definir decisão de transacção em termos de incluir a decisão sobre *alienar um produto* confirma que deve estender-se o direito do consumo aquele que aliena, ou que pretende alienar um bem ou um serviço. Entre os casos em que deve considerar-se como consumidor aquele que aliena, ou que pretende alienar, um bem, um serviço ou um direito estão, p. ex., aqueles em que alguém arrenda um imóvel a um comerciante ou a um empresário, para fins privados [cf. [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 143].

⁷⁵ Caroline Meller-Hannich fala precisamente de um *contacto negocial* para designar o “encontro” (*Begegnung*) juridicamente relevante com o comerciante, com o empresário ou com o profissional (cf. *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und staatliche Ordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005pág. 125).

⁷⁶ O art. 8.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor consagra o princípio geral de 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, objectiva e adequada [...]”, e o art. 9.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor o princípio geral de que “[o] consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, *nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos*”.

7.º-10.º e 11.º-12.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março⁷⁷, por que se estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores⁷⁸; ou os arts. 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro⁷⁹, por que se estabelece o regime aplicável contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial⁸⁰. Embora a relação de *negociações* seja o caso paradigmático, o art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, e os arts. 7.º, 9.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, depõem em favor da aplicação do direito do consumo ainda que não haja *negociações*.

⁷⁷ Entretanto alterado pela Lei n.º 205/2015, de 23 de Setembro.

⁷⁸ O art. 1.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, diz que “[o] presente decreto-lei estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, *ocorridas antes, durante ou após uma transacção comercial relativa a um bem ou serviço [...]*”; o art. 5.º define *prática comercial desleal* como “qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço” e o art. 6.º concretiza a definição do art. 5.º distinguindo as chamadas *práticas comerciais enganosas*, por acção ou por omissão, e as *práticas comerciais agressivas*. Os arts. 7.º a 10.º referem-se às práticas comerciais enganosas e os arts. 11.º e 12.º referem-se às práticas comerciais agressivas, em qualquer dos casos relacionando a fórmula “distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor” do art. 5.º com a fórmula “conduz[a] ou [seja] susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo” dos arts. 7.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, e 11.º, n.º 1 – *distorcer de maneira substancial o comportamento do consumidor*, no sentido do art. 5.º, é sobretudo *conduzi-lo a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo*. Ora, como o termo *decisão de transacção* designa a “decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto [...]”, a decisão de transacção *típica* será provavelmente a de *concluir* ou de *não concluir* um negócio jurídico – e, como a decisão de transacção típica será provavelmente a de *concluir* ou de *não concluir um negócio jurídico*, as práticas comerciais desleais *típicas* serão presumivelmente práticas *pré-negociais*.

⁷⁹ Entretanto alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho.

⁸⁰ Os arts. 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro enunciam deveres *pré-contratuais* de esclarecimento e/ou de informação: o art. 4.º, n.º 1, diz que, “[a]ntes de o consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou por uma proposta correspondente, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, as seguintes informações: [...]” e o art. 5.º, n.º 1, que “[a]s informações a que se refere o n.º 1 do artigo anterior, devem ser prestadas de forma clara e compreensível por meio adequado à técnica de comunicação à distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transacções comerciais e da protecção das pessoas incapazes [...]”.

O art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, refere-se a preliminares, distinguindo a formação e os preliminares do contrato; ora, o sentido do termo *preliminares* parece ser mais amplo que o sentido do termo *negociações*, os arts. 7.º, 9.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, referem-se a *decisões de transacção*, e o sentido do termo *decisão de transacção* parece ser mais amplo que o sentido do termo *decisão de assumir negociações* ou *de entrar em negociações para a conclusão de um negócio jurídico*. O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou, p. ex., que o conceito de decisão de transacção da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, deve ser interpretado “de maneira ampla”, i.e., deve ser interpretado em termos de “abrange[r] qualquer decisão directamente relacionada com a decisão de adquirir ou não um produto”.

Interpretá-lo “de maneira ampla” significará, p. ex., coordenar ao conceito de decisão de transacção a decisão final, de adquirir ou não adquirir um produto, e todas as decisões preliminares, directamente relacionadas com a decisão final, desde as decisões intermédias, de aceitar ou de não aceitar uma proposta, de fazer ou de não fazer uma contraproposta, até à decisão inicial de entrar em contacto ou em ligação com o profissional, “nomeadamente a de entrar n[uma] loja”⁸¹.

O art. 2.º da Lei de Defesa do Consumidor carece de uma correcção, para que os termos “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos” não façam com que não sejam considerados como consumidores aqueles que não concluíram nenhum negócio jurídico, ou que não assumiram negociações para a conclusão de nenhum negócio jurídico e, não obstante, agiram para fins privados. O art. 10.º do anteprojecto de Código do Consumidor propunha-se fazê-la, substituindo a fórmula “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos” por aquele que actue “através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional”; ainda que o anteprojecto não se tenha transformado em código, – ainda que a correcção do art. 2.º da Lei n.º 24/96 não tenha sido feita por via legislativa –, o art. 2.º poderá e deverá interpretar-se e/ou integrar-se em termos em tudo semelhantes ao art. 10.º do anteprojecto de Código do Consumidor.

⁸¹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de Dezembro de 2013, no processo C-281/12 (Trento Sviluppo) – parágrafo n.º 36.

b) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos contratos de garantia

Entre as consequências da extensão do direito do consumo aos casos em que uma pessoa actua para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional *através do estabelecimento de relações jurídicas* está a inclusão dos negócios de garantia, como, p. ex., da fiança⁸².

O acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 17 de Março de 1998, no processo C-45/96, di-lo de forma expressa, em tema de interpretação da Directiva 1985/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985:

“19. [...] nada no texto da directiva exige que a pessoa que celebrou o contrato, em virtude do qual os bens devem ser fornecidos ou prestados os serviços, seja o destinatário desses bens ou serviços. Com efeito, a Directiva 87/577 tem por objectivo proteger os consumidores permitindo-lhes rescindir o contrato celebrado não por iniciativa do cliente mas pela do comerciante, quando esse cliente está na impossibilidade de apreciar todas as implicações do seu acto. Assim, não se pode excluir do seu domínio de aplicação um contrato que beneficia um terceiro, apenas pela razão de que os bens ou serviços comprados foram destinados à utilização dessa outra pessoa, estranha à relação contratual em questão.

20. Tendo em conta o estreito vínculo entre o contrato de crédito e a fiança que garante a sua execução, bem como o facto de a pessoa que se compromete a garantir o reembolso de uma dívida poder ter a qualidade de co-devedor solidário ou de fiador, não se pode excluir que a fiança seja abrangida pela directiva”.

O Tribunal de Justiça enunciou dois princípios gerais – o primeiro é o de que a qualificação como consumidor de alguma das partes do negócio principal é independente do negócio de garantia (p. ex., de uma fiança ou de uma hipoteca) e o segundo é o de que a qualificação como consumidor de alguma das partes do negócio de garantia não é independente do negócio principal^{83 84}.

⁸² Cf. o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 17 de Março de 1998, no processo C-45/96 (Dietzinger) e o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de Setembro de 2015, no processo C-110/14 (Costea), em especial nos parágrafos n.º 28 e n.º 30.

⁸³ Cf. o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 17 de Março de 1998, no processo C-45/96 (Dietzinger), em especial nos parágrafos n.º 22 e n.º 23.

⁸⁴ Sobre a extensão do conceito de *consumidor* aos *garantes*, vide, p. ex., Mathias Habersack / Reinhard Zimmermann, “Legal Change in a Codified System: Recent Developments in

Com o primeiro princípio, com o princípio de que a qualificação como consumidor de alguma das partes do negócio principal é independente do negócio de garantia, pretende-se significar duas coisas: que o facto de o negócio principal ser um negócio de consumo não faz com que o negócio de garantia passe a ser um negócio de consumo e que o facto de o negócio de garantia não ser um negócio de consumo não impede que o negócio principal deixe de ser um negócio de consumo⁸⁵ ⁸⁶. Com o segundo princípio, i.e., com o princípio de que a qualificação como consumidor de alguma das partes do negócio de garantia não é independente do negócio principal, pretende-se significar uma coisa: – que a circunstância de o negócio principal *não ser* um negócio de consumo faz com que o negócio de garantia *não seja* (não possa ser) um negócio de consumo⁸⁷.

German Security Law”, in: *Edinburgh Law Review*, vol. 3 (1999), págs. 272-293 (esp. págs. 275-280); Aurelia Colombi-Ciachi, “Non-Legislative Harmonization: Protection from Unfair Suretyships”, in: Stefan Vogenauer / Stephen Weatherill (coord.), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, págs. 197-205; Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, G. J. Wiarda Institute / Utrecht University Institute for Legal Studies, Utrecht, 2007, págs. 188-190.

⁸⁵ Se, p. ex., um mútuo bancário contraído por uma pessoa singular para fins privados for garantido por uma hipoteca prestada por uma pessoa colectiva, (i) o facto de o negócio principal – de o mútuo bancário – ser um negócio de consumo não faz com que o negócio de garantia – não faz com que a hipoteca – passe a sê-lo e (ii) o facto de o negócio de garantia não ser um negócio de consumo não faz com que o negócio principal – não faz com que o mútuo bancário – deixe de o ser.

⁸⁶ Os termos em que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronuncia sobre o problema no acórdão *Costea* são esclarecedores: “Quanto à circunstância de o crédito que teve origem no contrato em questão ser garantido por uma hipoteca constituída por um advogado na qualidade de representante do seu escritório de advogados e tendo por objeto bens destinados ao exercício da atividade profissional desse advogado, como um imóvel pertencente a esse escritório, importa observar que [...] tal circunstância é irrelevante para a apreciação [da qualidade de consumidor] evocada nos n.ºs 22 e 23 do presente acórdão” (n.º 28). O parágrafo n.º 30 repete o parágrafo n.º 28, só substituindo a expressão “é irrelevante” por “não é pertinente a este respeito”.

⁸⁷ Se, p. ex., um mútuo bancário contraído por uma pessoa singular para fins comerciais ou empresariais, ou contraído por uma pessoa colectiva, for garantido por uma fiança ou por uma hipoteca prestada por uma pessoa singular, que seja familiar daquele comerciante ou empresário, o facto de o negócio principal – de o mútuo bancário – não ser um negócio de consumo faz com que o negócio de garantia – com que a fiança ou a hipoteca – não possa sê-lo.

Em consonância com os dois princípios, o garante deverá ser considerado como consumidor desde que estejam preenchidos dois requisitos (cumulativos): em primeiro lugar, desde que o *garante* seja uma “pessoa [...] que [...] age com fins que podem ser considerados como alheios à sua actividade profissional” e, em segundo lugar, desde que a *garantia* seja “acessória a um contrato pelo qual um consumidor se comprometeu [...] em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços”⁸⁸.

O pai ou a mãe que garantem as dívidas contraídas pelo filho para a compra uma casa para habitação devem ser considerados como consumidores; a sociedade que garante as dívidas contraídas por um dos sócios não deve ser considerada como consumidora, por o *garante* não ser uma pessoa que age com fins que possam ser considerados como alheios à sua actividade empresarial⁸⁹; o sócio que garante as dívidas contraídas por uma sociedade não deve ser considerado como consumidor, por a *garantia* não ser acessória a um contrato “pelo qual um consumidor se comprometeu [...] em relação a um comerciante para dele obter bens ou serviços”⁹⁰.

O Supremo Tribunal de Justiça, ainda que com algumas dúvidas iniciais⁹¹, admite hoje que um fiador, “poderá ser considerado... consumidor, pelo menos quando o devedor principal é, ele próprio um consumidor e o fiador presta a fiança fora de qualquer actividade profissional”⁹².

⁸⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 17 de Março de 1998, no processo C-45/96 (*Dietzinger*), cujos argumentos foram de alguma forma confirmados pelo acórdão de 14 de Março de 2013, no processo C-419/11 (*Česká spořitelna*), proferido a propósito do Regulamento (CE) n.º 44/2001.

⁸⁹ Como acontecia na situação de facto subjacente ao acórdão Costea de 3 de Setembro de 2015.

⁹⁰ Como acontecia na situação de facto subjacente ao acórdão Česká spořitelna, a.s., de 14 de Março de 2013.

⁹¹ Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015, relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot – em que se dizia que “a Recorrida é fiadora do devedor e por isso participou no contrato numa qualidade diversa da de consumidora” e que, “de facto, a Recorrida não é consumidora, na verdadeira asserção do termo, por isso não lhe sendo aplicável, quer aquela específica legislação [*scl.*, o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho], porquanto a mesma afasta expressamente a compra e venda de imóveis, nem tão pouco lhe são aplicáveis as normas decorrentes da Lei de Defesa do Consumidor, [*scl.*, da] Lei 24/96, de 31 de Julho”.

⁹² Cf. declaração de voto do Conselheiro Júlio Gomes no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 2015.

Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2016⁹³, de 19 de Dezembro de 2018⁹⁴ ou de 6 de Junho de 2019⁹⁵ dizem expressamente que os bancos têm o dever de comunicação do conteúdo das cláusulas contratuais gerais aos fiadores, ainda que sem distinguirem consoante os fiadores sejam ou não consumidores.⁹⁶ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 2020⁹⁷ distingue, ou dá a impressão de distinguir, entre consumidores e não consumidores, para explicar / para justificar deveres de comunicação, de esclarecimento e de informação mais intensos – a constatação de que “[a] lei exige... ao profissional deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros quantitativos e qualitativos capazes de afixarem a integralidade, a exactidão e a eficácia de comunicação, a fim de melhorar a qualidade do consentimento do consumidor-aderente e a justiça interna do contrato” determina que

“[e]stando em causa cláusulas contratuais gerais de complexidade técnico-jurídica, para pessoas não juristas, segundo as quais ‘os fiadores se responsabilizam solidariamente como fiadores e principais pagadores de todas e quaisquer garantias que sejam ou venham a ser devidas à Caixa pela cliente’ [...], e ‘renunciam ao benefício do prazo estipulado no artigo 782.º do Código Civil, e ao exercício das execuções previstas no artigo 642.º do mesmo Código’, o dever de atempada comunicação do predisponente não fica preenchido com a declaração constante na escritura de que, no dia da sua celebração, esta foi lida aos outorgantes e feita, pelo Notário, a explicação do seu conteúdo”.

4. (Cont.) III. – O elemento teleológico (“... destinados a uso não profissional...”)

O Supremo Tribunal de Justiça, admitindo que o elemento teleológico é quase sempre o elemento decisivo⁹⁸, toma o *uso não profissional* do art. 2.º

⁹³ Relatado pelo Conselheiro Alexandre Reis.

⁹⁴ Relatado pela Conselheira Maria do Rosário Morgado.

⁹⁵ Relatado pelo Conselheiro António Joaquim Piçarra.

⁹⁶ Cf. designadamente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2019, relatado pelo Conselheiro António Joaquim Piçarra: “[a]o garante, [enquanto] parte acessória ou secundária de um outro contrato, nomeadamente ao fiador de um contrato de mútuo celebrado com um terceiro, é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais”.

⁹⁷ Relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor.

⁹⁸ Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 2011, relatado pelo Conselheiro Moreira Alves: “É a finalidade do acto de consumo que determina, essencialmente, a qualificação do consumidor como sujeito do regime de benefício que aqueles di-

da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, como um *uso particular*⁹⁹ ou um como *uso privado* – “uso pessoal, familiar ou doméstico”¹⁰⁰.

Os bens ou serviços são adquiridos para um uso não profissional desde que se destinem a satisfazer as necessidades pessoais e familiares do adquirente¹⁰¹, ficando de fora os casos em que se destinem a uma actividade lucrativa¹⁰², como, p. ex., à revenda, ou em que se integrem numa actividade económica levada a cabo de forma continuada, estável e regular^{103 104}.

plomas legais regulamentam, partindo da presunção de que se trata da parte mais fraca, menos preparada tecnicamente, em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do negócio que exercita”.

⁹⁹ Expressão do acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2019, relatado pela Conselheira Mariaa Olinda Garcia.

¹⁰⁰ Expressão do art. 2.º, alínea a), da Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias, adoptada, p. ex., nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Março de 2003, relatado pelo Conselheiro Afonso Correia; de 20 de Outubro de 2011, relatado pelo Conselheiro Moreira Alves; ou de 17 de Outubro de 2019, relatado pelo Conselheiro José Manso Rainho.

¹⁰¹ Expressão dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Novembro de 2014, relatado pelo Conselheiro Fernandes do Vale; de 17 de Novembro de 2015, relatado pelo Conselheiro Fonseca Ramos; de 13 de Julho de 2017, relatado pelo Conselheiro Pinto de Almeida.

¹⁰² Expressão do acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2019, relatado pela Conselheira Maria Olinda Garcia.

¹⁰³ Expressão dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2016, relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot, e sobretudo de 13 de Julho de 2017, relatado pelo Conselheiro Pinto de Almeida.

¹⁰⁴ Conquanto a continuidade, a estabilidade e a regularidade da actividade económica estejam, em regra, relacionados com o exercício de uma *profissão*, o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de Janeiro de 2018, no processo C-498/16 (Schrems), decidiu que “[o] art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 [...] de 22 de dezembro de 2000, [...] deve ser interpretado no sentido de que um utilizador de uma conta privada Facebook não perde a qualidade de ‘consumidor’, na aceção deste artigo, quando publica livros, faz conferências, gere sítios web, recolhe donativos e obtém a cedência dos direitos de vários consumidores para os exercer em justiça” e o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 10 de Dezembro de 2020, no processo C-774/19 (A. B. e B.B. contra Personal Exchange International Limited), que “[o] art. 15.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 [...] deve ser interpretado no sentido de que uma pessoa singular [...] que, por um lado, celebrou com uma sociedade [...] um contrato para jogar póquer na Internet, que contém condições gerais determinadas por esta última, e, por outro, não declarou oficialmente essa atividade nem ofereceu essa atividade a terceiros enquanto serviço remunerado não perde a qualidade de ‘consumidor’ na aceção desta disposição, mesmo que essa pessoa jogue esse jogo durante um grande número de horas por dia, possua conhecimentos alargados e obtenha ganhos significativos provenientes desse jogo”.

O facto de a actividade económica em causa ser uma actividade *actual, presente* ou *futura* é irrelevante – “[a] protecção especial que [as] disposições [de direito do consumo] pretendem assegurar não se justifica[ria] em casos de contratos cujo objectivo é uma actividade profissional, ainda que futura, dado que o carácter futuro de uma actividade nada retira[ria] à sua natureza profissional”¹⁰⁵.

Excluídos do *uso profissional* o *uso particular* ou o *uso privado*, pergunta-se: – o *fim profissional* ou o *uso profissional* excluído pelo art. 2.º da Lei n.º 24/96 deverá interpretar-se declarativamente, em termos de abranger todos os fins ou todos usos ligados a uma qualquer actividade profissional, seja ela *dependente* ou *independente*, ou deverá interpretar-se restritivamente, em termos de só abranger os fins ou os usos ligados a uma actividade profissional *autónoma* ou *independente*?

Entre os dois termos da alternativa, deve dar-se alguma preferência ao segundo: o *uso profissional*, para efeitos do art. 2.º da Lei n.º 24/96 será ou, em todo o caso, deverá ser só o uso que possa ser ligado a uma actividade empresarial ou a uma actividade profissional autónoma ou independente – designadamente, o uso que possa ser ligado ao exercício de uma profissão liberal¹⁰⁶.

O critério relevante para determinar se os bens ou serviços são, ou não, destinados a um uso profissional encontrar-se-á através de uma *adaptação* da doutrina da impressão do destinatário.

Os dois critérios mais extremados, o critério do uso *declarado* e o critério do uso *real, efectivo*, devem evitar-se. O primeiro, o critério do uso *declarado*, conferiria ao adquirente a competência para decidir sobre a aplicação ou não aplicação do *direito do consumo*. O adquirente poderia ficar *demasiado protegido*, caso declarasse que era *consumidor* ao adquirir bens ou serviços para um uso profissional, e poderia ficar *demasiado desprotegido*, caso declarasse que era *profissional* ao adquirir bens ou serviços para um uso não profissional. – O problema só seria *agravado*, pela circunstância de a declaração de que o adquirente era um profissional significar necessariamente a desaplicação das disposições de direito do consumo, e de as disposições de

¹⁰⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 3 de Julho de 1997, no processo C-269/95 (Benincasa) – parágrafo n.º 17 –, cujo critério é aplicado, p. ex., pelo acórdão de 14 de Fevereiro de 2019, no processo C-630/17 (Milivojević).

¹⁰⁶ Em termos semelhantes, *vide* o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Julho de 2016, relatado pela Conselheira Ana Paula Boularot: “será consumidor aquele que adquire o bem ou serviço sem fins empresariais ou profissionais livres”.

direito do consumo serem normalmente disposições de *direito imperativo*¹⁰⁷. – O segundo, o critério do uso *real, efectivo*, faria com que o alienante ficasse *demasiado desprotegido*. O alienante não estará normamente em condições de controlar o *uso real* dos bens ou serviços transmitidos.

Evitando os dois critérios mais extremados, deverá chamar-se ao caso a *doutrina da impressão do destinatário*, adaptando-a ou modificando-a – o *fim* ou o *uso* relevante para efeitos para efeitos do art. 2.º da Lei n.º 24/96 e o 1.º-B do Decreto-Lei n.º 67/2003, na redacção do Decreto-Lei n.º 84/2008, deverá ser o *fim* reconhecido pelo profissional, ou objectivamente reconhecível por um profissional, a partir de uma consideração global das circunstâncias do caso¹⁰⁸.

Os fins ou motivos do negócio jurídico devem ser “apura[dos] por interpretação, em face do caso concreto”¹⁰⁹, e, para que sejam apurados por interpretação,

“deve adoptar[-se] aqui a perspectiva interpretativamente relevante no acto concreto – que é, como se sabe, a do horizonte do destinatário da declaração, que será a outra parte”^{110 111}.

Em regra, o momento decisivo para a determinação do fim, profissional ou não profissional, será (só poderá ser) o momento da constituição da relação jurídica¹¹² e, como *em regra* o momento decisivo para a determi-

¹⁰⁷ Cf. Martin Ebers, ““¿Quién es consumidor?”, in: *Anuario de derecho civil*, n.º 1 – 2006, págs. 229-238. (234-235).

¹⁰⁸ Cf. [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 144. – Se uma pessoa singular se dirigir, p. ex., a um hipermercado grossista, para conseguir um desconto, deverá ser tratado como comerciante ou como empresário, e não como consumidor, ainda que esteja a adquirir bens para uso privado (não profissional).

¹⁰⁹ Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., pág. 215.

¹¹⁰ Cf. Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., pág. 216 (nota n.º 48).

¹¹¹ Independentemente de qual seja o critério, objectivo ou subjectivo, o *dolo do consumidor* deverá excluir a aplicação do direito do consumo – o comportamento daquele que declara ser um profissional para adquirir um bem ou um serviço e que, depois de o adquirir, alega ser um consumidor é um comportamento abusivo, contrário à boa fé, configurando-se como um *venire contra factum proprium* [cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 22 de Dezembro de 2004, *apud* Martin Ebers, “¿Quién es consumidor?”, cit., págs. 231-232].

¹¹² Jorge Morais Carvalho considera exclusivamente o caso das relações contratuais de consumo, para retirar da circunstância de “o cumprimento das regras específicas de protecção

nação do fim é o momento da constituição da relação jurídica, os momentos subsequentes não são relevantes – as alterações supervenientes do fim não afectam a qualificação do adquirente como *consumidor* ou a qualificação do negócio como *negócio de consumo*^{113 114}.

a) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos casos de uso dual (profissional e não-profissional)?

O facto de uma pessoa concluir um negócio jurídico para adquirir bens ou serviços destinados a um uso dual ou misto, profissional e não profissional, é em abstracto compatível com três soluções¹¹⁵: atender à finalidade preponderante do negócio jurídico¹¹⁶; ampliar a extensão do conceito de

dos consumidores depende[r] do conhecimento da natureza da relação por parte do profissional” a tese de que deve atender-se ao momento da conclusão do contrato: “o momento da celebração do contrato é o momento a que se deve reportar a determinação do uso [relevante]” [*Manual de direito do consumo*, cit., pág. 16 – em termos semelhantes, vide José Augusto Engrácia Antunes, “O conceito jurídico de consumidor”, cit., pág. 776: “O momento relevante para a aferição da existência ou verificação dos elementos constitutivos da *facti-species* legal (geral ou sectorial) de consumidor é, em regra, o *momento da prática* do acto de consumo (*maxime*, a celebração de contrato entre consumidor e empresário) e não o da produção dos seus efeitos jurídicos ou práticos [...]”]. – O raciocínio desvaloriza a circunstância de existirem regras específicas de protecção dos consumidores referidas à fase pré-contratual e de, desde que estejam em causa regras referidas à fase pré-contratual, dever atender-se ao momento da constituição da relação, p. ex., com a assunção de negociações.

¹¹³ Cf. [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 143.

¹¹⁴ Jörg Neuner propõe uma restrição dos princípios de que o momento da constituição da relação jurídica é decisivo e de que os momentos seguintes, subsequentes, não o são, sustentando que a prevenção de abusos exige que a protecção do consumidor fique dependente de duas coisas – de que o negócio tenha sido concluído para um fim que não possa ser imputado a uma actividade profissional independente e de que o bem ou serviço tenham sido efectivamente usados conforme o fim para que foram adquiridos. Em lugar de *consideração global das circunstâncias do caso*, sem mais, deveria fazer-se uma *consideração global durante um período de tempo adequado ou razoável* – cf. [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 143.

¹¹⁵ Cf. Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., págs. 215-216 (e nota n.º 47); Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., págs. 144-145; ou Marina Tamm, *Verbraucherschutzrecht*, cit., págs. 337-338.

¹¹⁶ Orientação preconizada, na Alemanha, por Marina Tamm, *Verbraucherschutzrecht*, cit., pág. 338, e, em Portugal, por Paulo Duarte, “O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor”, cit., pág. 675, e Jorge Morais Carvalho, *Manual de direito do consumo*, cit., pág. 15.

consumidor, de forma a qualificar o adquirente como *consumidor* e o negócio jurídico, como *negócio jurídico de consumo* desde que o acto tivesse sido praticado com uma qualquer finalidade privada, não profissional¹¹⁷; restringir a extensão do conceito de consumidor, de forma a *não* qualificar nem o adquirente como *consumidor*, nem o negócio jurídico como *negócio jurídico de consumo* desde que o acto tivesse sido praticado com uma qualquer finalidade profissional¹¹⁸.

Em favor do segundo termo da alternativa, ou seja: de uma *extensão* do conceito de *consumidor*, alegava-se que, desde que “o acto não seja praticado exclusivamente com objectivos ligados à actividade profissional”¹¹⁹, há uma *necessidade de protecção* acrescida ou reforçada do adquirente¹²⁰. Em favor do terceiro termo da alternativa, de uma *restrição* do conceito de *consumidor*, alegava-se que, desde que o acto não seja praticados exclusivamente com objectivos desligados da actividade profissional (= com objectivos alheios à actividade profissional), não há nenhuma *necessidade de protecção* – a competência pressuposta para a conclusão de negócios jurídicos com uma finalidade profissional estender-se-ia à finalidade privada, não profissional¹²¹.

aa) O acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 20 de Janeiro de 2005, no processo C-464/01 (Gruber), rejeitou explicitamente o critério da *finalidade preponderante* e, entre a alternativa da *extensão* ou da *restrição*, optou pela *restrição* do conceito de consumidor.

α) Os arts. 13.º a 15.º da Convenção de Bruxelas deveriam aplicar-se exclusivamente “ao consumidor final privado, não envolvido em actividades comerciais ou profissionais”; deveriam aplicar-se exclusivamente aos

¹¹⁷ Orientação ponderada por Marina Tamm, *Verbraucherschutzrecht*, cit., pág. 338, e por Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., págs. 215-216.

¹¹⁸ Orientação preconizada, na Alemanha, por Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., págs. 144-145, e, em Portugal, por Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., págs. 215-216 (nota n.º 47).

¹¹⁹ Expressão de Paulo Mota Pinto, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, cit., pág. 215.

¹²⁰ Cf. Marina Tamm, *Verbraucherschutzrecht*, cit., pág. 338: “... bei einem derartigen Handeln der verbraucherschützende Zweckbereich zumindest mit tangiert [ist]”.

¹²¹ Cf. [Karl Larenz /] Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., págs. 144-145.

contratos celebrados pelo consumidor final privado “fora e independentemente de qualquer actividade ou finalidade de ordem profissional, unicamente com o objectivo de satisfazer as próprias necessidades de consumo privado de um indivíduo”; logo, não deveriam aplicar-se aos contratos celebrados para uma *pluralidade de fins*, parcialmente privados e parcialmente profissionais; para fins “que se reporta[m] parcialmente à [...] actividade profissional e, portanto, só parcialmente [são] estranh[os] a esta”. Excluído o critério da *finalidade preponderante*, deveria rejeitar-se a extensão e aceitar-se a restrição do conceito de consumidor. Os arts. 13.º e 15.º aplicar-se-iam se a *finalidade privada* fosse a *finalidade exclusiva ou quase exclusiva do contrato*, e só se a *finalidade privada* fosse a *finalidade exclusiva ou quase exclusiva do contrato*:

“Só se poderia chegar a solução diversa se o nexo do referido contrato com a actividade profissional do interessado fosse tão ténue que se tornaria marginal e, por isso, teria um papel despiciendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente.”

ß) Em contraste com o acórdão de 20 de Janeiro de 2005, no processo C-464/01 (Gruber), considerando n.º 17 da Directiva 2011/83/UE, de 25 de Outubro de 2011, é do seguinte teor:

“[...] no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a actividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa actividade e se o objectivo da actividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor.”

Ora, como decorre das conclusões do advogado-geral Pedro Cruz Villalón no processo C-110/14 (Costea):

40. [...] enquanto o enquadramento de um contrato no âmbito pessoal, segundo o critério da marginalidade do acórdão Gruber, exige que a utilização profissional seja tão ténue que se possa considerar despicienda, a Directiva 2011/83 opta por uma solução mais equilibrada, através do critério do objectivo predominante no contexto geral do contrato.

45. [...] para determinar se uma pessoa pode ser considerada um consumidor [...] nas circunstâncias em que existam indícios de que o contrato em causa prossegue uma dupla finalidade, de tal forma que não seja claro se esse contrato foi celebrado exclusivamente com fins, quer pessoais, quer profissionais, o

critério do objectivo predominante constitui uma ferramenta para determinar, através de uma análise do conjunto de circunstâncias que envolvem o contrato em causa – para além de um critério meramente quantitativo – e da apreciação dos meios de prova objetivos à disposição do órgão jurisdicional nacional, em que medida os fins de âmbito profissional ou não profissional são predominantes num determinado contrato.

γ) Em consequência, o direito europeu consagra dois conceitos de consumidor.

O primeiro aplica-se à interpretação da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial¹²², do Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial¹²³, e do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial^{124 125}; corresponde ao critério aceite pelo acórdão de 20 de Janeiro de 2005 – a pessoa que actua com uma dupla finalidade, profissional ou não profissional, não deve ser considerada como consumidora¹²⁶, o segundo aplica-se, p. ex., à interpretação da Directiva 2011/83/UE, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores; corresponde ao critério rejeitado pelo acórdão de 20 de Janeiro de 2005 – a pessoa que actua com uma

¹²² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 20 de Janeiro de 2005, no processo C-464/01 (Gruber).

¹²³ Cf. acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de Março de 2013, no processo n.º C-419/11 (Česká spořitelna, a.s.), e de 25 de Janeiro de 2018, no processo C-498/16 (Schrems).

¹²⁴ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de Fevereiro de 2019, no processo C-630/17.

¹²⁵ Sobre o conceito de consumidor relevante para efeitos Convenção de 27 de Setembro de 1968, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 e do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, vide por último Elsa Dias Oliveira, “Algumas considerações sobre a protecção do consumidor no mercado digital no âmbito do direito da União Europeia”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 72 (2021), n.º 1 – tomo 1, págs. 209-230 (esp. nas págs. 216-223).

¹²⁶ Como a pessoa que actua com dupla finalidade, profissional e não profissional, pode ser considerada consumidora, desde que a finalidade profissional seja marginal, “a ponto de apenas ter um papel despiendo no contexto global da operação em causa”, o critério adoptado pelo acórdão de 20 de Janeiro de 2005 é de quando em quando designado como critério da marginalidade [cf. designadamente conclusões do advogado-geral Pedro Cruz Villalón no processo C-110/14 (Costea) – n.º 39].

dupla finalidade, profissional e não profissional, deverá ou não ser considerada como consumidora, consoante a sua finalidade preponderante seja ou não particular ou privada.

bb) O progresso alcançado com o considerando 17 da Directiva 2011/83/UE foi recentemente *contrabalançado* por um retrocesso, resultante das Directivas 2019/770/UE e 2019/771/UE.

Embora as definições do conceito de consumidor da Directiva 2011/83/UE, de 25 de Outubro de 2011, e das Directivas 2019/770/UE e 2019/771/UE, de 20 de Maio de 2019, sejam em tudo semelhantes, os considerandos das duas directivas fazem com que os resultados sejam dissemelhantes. O considerando 16 da Directiva 2011/83/UE determina que os contratos com dupla finalidade devem considerar-se como contratos de consumo, de acordo com o critério da finalidade preponderante: “... no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a actividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa actividade e se o objectivo da actividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor”. O considerando 17 da Directiva 2019/770/UE e o considerando 28 da Directiva 2019/771/UE não o determinam: “... no caso dos contratos com dupla finalidade, em que o contrato é celebrado para fins tanto parcialmente abrangidos pela actividade comercial da pessoa como parcialmente exteriores a esse âmbito e em que a finalidade comercial é de tal modo limitada que não é predominante no contexto global do contrato, os Estados-Membros deverão igualmente continuar a ser livres de determinar se, e em que condições, essa pessoa deverá ser igualmente considerada um consumidor”.

Entre os considerandos das três directivas há uma diferença fundamental: – no considerando 16 da Directiva 2011/83/UE diz-se que “essa pessoa *deverá* ser igualmente considerada consumidor”; – no considerando 17 da Directiva 2019/770/UE e no considerando 28 da Directiva 2019/771/UE diz-se que essa pessoa *poderá* ser considerada consumidor. Os contratos cuja finalidade preponderante não se inclua no âmbito da actividade comercial, industrial ou profissional do comprador não são necessariamente contratos de consumo: “... se os Estados-Membros são ‘livres de determinar se, e em que condições, essa pessoa deverá ser igualmente considerada um consumidor’, isto significa[ria] que as directivas não qualificam essa pessoa necessariamente como um consumidor, ou seja, ao contrário do que era a

orientação anterior nos regimes materiais de direito do consumo, poderemos ter Estados-Membros que não considerem essa pessoa como um consumidor”¹²⁷.

Em favor do desvio, alega-se que os custos da extensão do conceito de consumidor aos contratos com dupla finalidade são completamente diferentes – são *relativamente reduzidos* no quadro da Directiva 2011/83/UE, em que o profissional dispõe da informação pré-contratual necessária, e dispõe da informação pré-contratual necessária pela razão de que “deve utilizá-la nos contratos de consumo propriamente ditos”; são *relativamente elevados* no quadro da Directiva 2019/771/UE, em que o comprador dispõe de direitos orientados para o cumprimento e para a resolução, total ou parcial, do contrato durante um período de tempo relativamente longo, daí que “os custos de uma extensão aos contratos com dupla finalidade dos direitos do consumidor em caso de não conformidade [façam] uma diferença considerável”¹²⁸. Em desfavor do desvio, alega-se em todo o caso que a “restrição do conceito de consumidor [...] pode gerar discrepâncias a nível europeu, prejudicando simultaneamente o mercado interno e uma protecção eficaz dos consumidores”¹²⁹.

O problema é agravado pelo facto de o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, ao transpor as Directivas 2019/770/UE e 2019/771/UE, definir consumidor como “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, sem dizer nada sobre o critério aplicável aos casos de *uso dual* ou *misto*, profissional e não profissional.

cc) Evitando a incerteza inevitavelmente ligada à incoerência conceptual e sistemática, deveria esclarecer-se que o conceito de consumidor abrange as pessoas singulares que concluem negócios jurídico para adquirir

¹²⁷ Cf. Jorge Morais Carvalho, “Venda de bens de consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais – As Directivas 2019/771 e 2019/770 e o seu impacto no direito português”, in: *RED. Revista eletrónica de direito*, n.º 3–2019, págs. 63-87 (72).

¹²⁸ Cf. Dirk Staudenmayer, “Les directives européennes sur les contrats numériques”, in: *Revue des contrats*, n.º 4–2019, págs. 125-139 (130).

¹²⁹ Cf. Jorge Morais Carvalho, “Venda de bens de consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais – As Directivas 2019/771 e 2019/770 e o seu impacto no direito português –, cit., pág. 72; Jorge Morais Carvalho, “New Developments in EU Consumer Contract Law”, in *PoLaR. Portuguese Law Review*, vol. 3 (2019), págs. 11-17 (14-15).

bens ou serviços destinados a um uso dual ou misto, desde que a finalidade não profissional seja preponderante. O § 13 do Código Civil alemão foi alterado (para o dizer *explicitamente*): o antigo texto do § 13 definia consumidor como “toda a pessoa singular que conclua um negócio jurídico para um fim que não possa ser imputado à sua actividade empresarial ou à sua actividade de profissional liberal” e o novo texto, em vigor desde Junho de 2014, define-o como “toda a pessoa singular que conclua um negócio jurídico para fins que não possam ser imputados *preponderantemente* à sua actividade empresarial ou de profissional liberal”.

O art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, não foi alterado e o art. 3.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, não foi adaptado ao considerando n.º 17 da Directiva 2011/83/UE – em todo o caso, ainda que não tenha sido alterado, o art. 2.º da Lei n.º 24/96 deve ser interpretado como se, em lugar da expressão “... destinados a uso não profissional...”, estivesse “... destinados *preponderantemente* a uso não profissional...”, e, ainda que não tenha sido adaptado ao considerando n.º 17, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 deve interpretar-se como se, em lugar da expressão “... com fins que não se integrem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional...”, estivesse “... com fins que não se integrem *preponderantemente* no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional...”¹³⁰.

¹³⁰ Em alguns autores, como, p. ex., em Marina Tamm, encontra-se uma ligação entre os casos do negócio jurídico concluído para uma pluralidade de fins e do negócio jurídico concluído por uma pluralidade de pessoas, desde que pelo menos uma das pessoas o conclua para fins profissionais e pelo menos uma das pessoas o conclua para fins não profissionais, privados (cf. Marina Tamm, *Verbraucherschutzrecht*, cit., págs. 336-339). Em todo o caso, os dois problemas devem distinguir-se – e, devendo distinguir-se os problemas, devem distinguir-se os critérios adequados para a respectiva resolução. Os casos em que um negócio jurídico é concluído para uma pluralidade de fins devem resolver-se aplicando a todo o negócio o regime correspondente à sua finalidade preponderante e os casos em que o negócio jurídico é concluído por uma pluralidade de pessoas, para fins profissionais e para fins não profissionais, privados, devem resolver-se aplicando a cada uma das pessoas o critério correspondente à sua qualidade, de consumidor ou de não consumidor [cf. Karl Larenz / Manfred Wolf / Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., pág. 145, referindo-se uma *consideração individualizada* ou a uma *qualificação individualizada* – *Einzelbetrachtung* – ou Marina Tamm, *Verbraucherschutzrecht*, cit., págs. 338-339].

b) Extensão [do âmbito de aplicação] do direito do consumo aos casos de uso profissional atípico?

Embora tenha algumas semelhanças com o tema da extensão do âmbito de aplicação do direito do consumo às pessoas colectivas, o problema do *uso profissional atípico* pode pôr-se para todas as pessoas, sejam elas singulares ou colectivas.

aa) O caso apreciado pelo acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Março de 1991, no processo C-361/89 (Di Pinto), é um caso elucidativo.

Patrice Di Pinto era administrador de uma sociedade anónima, denominada *Groupement de l'immobilier et des fonds de commerce*, cujo objecto consistia na publicação de uma revista contendo anúncios relativos à alienação, oneração ou locação de estabelecimentos comerciais. Os representantes da sociedade administrada por Di Pinto tomavam a iniciativa de contactar comerciantes eventualmente interessados na alienação dos seus estabelecimentos, visitando-os nos seus domicílios, para lhes proporem a publicação de anúncios na revista editada pelo *Groupement de l'immobilier et des fonds de commerce*, contra o pagamento imediato de uma quantia, e a *Cour d'appel* de Paris perguntava ao Tribunal de Justiça se os comerciantes e empresários contactados deviam ser considerados como consumidores protegidos pela Directiva [19]85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, sobre os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – como, p. ex., os contratos ao domicílio. Entre os argumentos relevantes estavam dois (de sinal oposto). Em primeiro lugar, o contacto estava ligado a uma actividade comercial ou empresarial; em segundo lugar, ainda que ligado a uma actividade comercial ou empresarial, o contacto estava relacionado com um negócio jurídico para que o comerciante ou empresário não tinha competências específicas.

O advogado-geral Jean Mischo alegou que os comerciantes contactados deviam ser considerados como consumidores, no sentido do art. 2.º da Directiva [19]85/577/CEE. O elemento essencial estaria na carência ou na necessidade de protecção, e não na ligação do contacto a uma actividade comercial, empresarial ou profissional. “A directiva”, dizia o advogado-geral Mischo, “tem [...] por objectivo proteger o consumidor médio”¹³¹. Entre as

¹³¹ Cf. conclusões do advogado-geral Jean Mischo de 12 de Dezembro de 1990, no parágrafo n.º 23.

consequências de a directiva ter por objectivo proteger o consumidor médio estaria o de que a directiva teria (deveria ter) por objectivo proteger os comerciantes e os empresários em situação análoga à dos consumidores:

“por conseguinte,” escrevia o advogado-geral Mischo, a directiva tem por objectivo proteger “o comerciante que se encontra subitamente na situação de um consumidor por ser levado a realizar um acto que, na maioria dos casos, apenas fará uma vez na vida”¹³².

O raciocínio era o de que, em relação a um acto que. “na maioria dos casos, [o comerciante ou empresário] apenas fará uma vez na vida”, comerciantes e não comerciantes estariam em situação igual – os comerciantes “não disp[oriam] de experiência ou de conhecimentos que o distingu[issem] dos não comerciantes”¹³³ e, como não dispusessem de experiência ou de conhecimentos, correriam o risco de serem “apanhados desprevenidos”, “por não ter[em] tido tempo para se preparar para [as] negociações de forma suficientemente aprofundada”¹³⁴.

Contrariando as conclusões do advogado-geral, o Tribunal de Justiça decidiu que o conceito de consumidor da directiva, definido “em termos genéricos”, não permitia fazer uma distinção entre os actos que têm carácter habitual ou normal, por serem “correntemente praticados”, e os actos que só têm um “carácter exepcional”¹³⁵ – enquanto o advogado-geral alegava que o “elemento essencial” estava na carência ou na necessidade de protecção, o tribunal decidia que o “elemento essencial” estava na ligação do contacto negocial a uma actividade comercial ou empresarial:

“O comerciante contactado no seu domicílio com vista à celebração de um contrato de publicidade relativo à cessão do seu estabelecimento comercial não deve[ria] ser considerado um consumidor protegido pela Directiva 85/577/CEE

¹³² Cf. conclusões do advogado-geral Jean Mischo de 12 de Dezembro de 1990, no parágrafo n.º 23.

¹³³ Cf. conclusões do advogado-geral Jean Mischo de 12 de Dezembro de 1990, no parágrafo n.º 22.

¹³⁴ Cf. conclusões do advogado-geral Jean Mischo de 12 de Dezembro de 1990, no parágrafo n.º 24.

¹³⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Março de 1991, no processo C-361/89 (Di Pinto) – parágrafo n.º 15.

[...] de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais”¹³⁶.

bb) Em contraste com o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14 de Março de 1991, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Maio de 2014¹³⁷ distinguia implicitamente o uso profissional típico (“aqueles casos em que a aquisição... ou utilização se insere na própria actividade profissional”) e o uso profissional atípico (aqueles casos em que a aquisição ou utilização, “ainda que ainda que visem satisfação de necessidades profissionais”, não se inserem na actividade profissional – “não constituem elemento integrante daquela”), para entender que a pessoa só destinaria os bens a um uso profissional desde que o uso profissional fosse típico (“... nos casos em que a aquisição... ou uso faz parte da própria actividade profissional”).

O raciocínio do acórdão de 29 de Maio de 2014 foi retomado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 2015¹³⁸, em que se admitia a extensão do conceito de consumidor às pessoas singulares que [actuassem] na prossecução de fins que [pertencessem] ao âmbito da sua actividade profissional, se [provassem] [que não dispõem nem deveriam dispor de competência específica para a transacção em causa], e pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2017¹³⁹, em que se dizia que “é consumidor o não profissional do ramo”¹⁴⁰.

Embora o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2017 fosse revogado pelo acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2019, os três acórdãos deixam em aberto a distinção entre o uso profissional *típico* e o uso profissional *atípico*, para efeitos de aplicação directa ou indirecta do direito do consumo aos casos de *uso profissional atípico*.

¹³⁶ O facto de os contactos negociais em causa representarem contactos negociais preparatórios da alienação, da oneração ou da locação de um estabelecimento comercial fazia com que estivessem ligados à sua actividade comercial, empresarial ou profissional e, consequentemente, fazia com que os comerciantes, com que os empresários ou com que os profissionais não pudessem ser considerados como consumidores [cf. parágrafo n.º 15].

¹³⁷ Relatado pelo Conselheiro João Bernardo.

¹³⁸ Relatado pelo Conselheiro Tomé Gomes.

¹³⁹ Relatado pelo Conselheiro Júlio Gomes.

¹⁴⁰ Estando em causa a compra e venda de imóveis, seria consumidor “aquele cuja actividade profissional não consiste propriamente na compra e venda de imóveis ou na compra visando outro escopo lucrativo que terá por objecto imediato o prédio ou fracção (por exemplo, para arrendamento) e que vai ser, assim, o utilizador final do bem”.

cc) Os termos em que está redigido o art. 2.º da Lei n.º 24/96 fazem com que a doutrina e a jurisprudência portuguesas estejam divididas entre aqueles que, à semelhança do advogado-geral Mischo, defendem a ampliação ou a extensão do âmbito de aplicação do direito do consumo a actos ligados ao exercício de alguma actividade comercial, empresarial ou profissional, desde que o comerciante, empresário ou profissional tenha carência ou necessidade de protecção, por não ter competências específicas¹⁴¹, e aqueles que, à semelhança do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, defendem a restrição do âmbito de aplicação do direito do consumo a actos que não estejam ligados a nenhuma actividade comercial ou empresarial¹⁴². O direito do consumo aplicar-se-ia ou deixaria de aplicar-se “independentemente de [os comerciantes, empresários ou profissionais] terem conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa”¹⁴³.

O art. 11.º do anteprojecto do Código do Consumidor continha um critério claro e elegante – as pessoas singulares “que actu[assem] para a prossecução de fins que perten[cessem] ao âmbito da sua actividade profissional” deveriam ser protegidas como consumidores, desde que estivessem preenchidos os requisitos para a protecção como consumidores das pessoas colectivas – como as pessoas colectivas, as pessoas singulares que actuassem para a prossecução de fins que pertencessem ao âmbito da sua actividade profissional, não poderiam ser consideradas consumidores; como as pessoas colectivas, as pessoas singulares que actuassem para a prossecução de fins que pertencessem ao âmbito da sua actividade profissional poderiam ser protegidas como consumidores (= pelo regime reservado aos consumidores), desde que estivessem preenchidos dois requisitos: O primeiro era o de que provassem que “não disp[unham] nem dev[iam] dispor de competência específica para a transacção em causa” e o segundo, o de que os resultados da protecção como consumidores fossem sistemática e teleologicamente sustentáveis.

¹⁴¹ Cf. faz, p. ex., Paulo Duarte, “O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor”, cit., págs. 681-685.

¹⁴² Como fazem, p. ex., João Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas. Conformidade e segurança*, cit., pág. 126; Jorge Morais Carvalho, *Os contratos de consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo*, cit., pág. 26; ou Jorge Morais Carvalho, *Manual de direito do consumo*, cit., pág. 15.

¹⁴³ Jorge Morais Carvalho, *Manual de direito do consumo*, cit., pág. 15.

Em termos em tudo semelhantes aos sugeridos a propósito da extensão do direito do consumo às pessoas colectivas, estamos convencido de que o princípio da igualdade, ainda que não exija uma extensão do conceito de consumidor – as razões justificativas da protecção do consumidor procedem para os não consumidores, pessoas singulares ou colectivas, desde que não tenham competências específicas para o negócio ou para a transacção em causa – e em que, desde que as razões justificativas da protecção do consumidor procedam, os princípios e as regras dirigidos à protecção do consumidor podem e devem aplicar-se, ainda que por analogia.

5. (Cont.) IV. – O elemento relacional (“... por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios...”)

Finalmente, entrando no *elemento relacional*, designado pelas palavras “por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”, pergunta-se sobretudo: – “que significa benefícios?” ou “que significa obtenção de benefícios?” – “Que *coisa* é essa de ‘obtenção de benefícios?’”¹⁴⁴. Será necessário que o comerciante, que o empresário ou que o profissional vise a obtenção de benefícios com aquele acto, considerado na sua individualidade ou na sua singularidade, ou será tão-só necessário que vise a obtenção de benefícios com aquela actividade económica, que exerce com carácter profissional, considerada na sua generalidade?

O fim da obtenção de benefícios estará ligado à configuração individual e concreta do acto ou à configuração geral, à configuração abstracta, da actividade comercial, empresarial ou profissional da pessoa que fornece bens, que presta serviços ou que transmite direitos?

Em rigor, o elemento relacional deixa-se analisar ou decompor em dois requisitos – em primeiro lugar, fala-se do exercício *com carácter profissional* de uma actividade económica e, em segundo lugar, do exercício com carácter profissional de uma actividade económica *que vise a obtenção de benefícios*. O primeiro requisito – exercício *com carácter profissional* de uma actividade económica – é sistemática e teleologicamente justificado; o segundo requisito – exercício com carácter profissional de uma actividade económica *que vise a obtenção de benefícios* –, não: a finalidade da obtenção de *vantagens*

¹⁴⁴ Expressão de Paulo Duarte, “O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor”, cit., pág. 670.

*patrimoniais*¹⁴⁵, da obtenção de *lucros*, ou sequer da obtenção de *benefícios*, está ausente das directivas ou nos regulamentos das Comunidades e da União Europeias – p. ex., da Directiva n.º 2011/83/UE, da Directiva 2019/770/UE ou da Directiva 2019/771/UE¹⁴⁶ – e das leis e nos decretos-leis de transposição das directivas das Comunidades e da União Europeia¹⁴⁷; considerada a relação sistemática do art. 2.º da lei-quadro de protecção do consumidor com as leis especiais e, em particular, com o Decreto-Lei n.º 24/2014 e com o Decreto-Lei n.º 84/2021, o requisito de que a actividade económica *visé a obtenção de benefícios* é uma duplicação de todo em todo desnecessária – como toda a actividade económica visa a obtenção de benefícios de algum tipo, materiais ou *imateriais*, a referência a uma *actividade económica que vise a obtenção de benefícios* deve interpretar-se como uma referência a *toda a actividade económica*.

Em consequência, o art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, deverá interpretar-se correctivamente, em termos de se eliminar a referência a uma finalidade da *obtenção de benefícios* ou de *lucros*.

¹⁴⁵ Expressão de José Augusto Engrácia Antunes, “O conceito jurídico de consumidor”, cit., págs. 781 e 783.

¹⁴⁶ A Directiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, e as Directivas 2019/770/UE e 2019/771/UE definem o *profissional* como “qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue, incluindo através de outra pessoa que actue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

¹⁴⁷ O art. 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro define *fornecedor de bens* ou *prestador de serviços* como “a pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, actue no âmbito da sua actividade profissional [...]” e o art. 2.º, alínea o), do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, define profissional como “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei”.

CONTRATOS CIVIS, COMERCIAIS E DE CONSUMO

– UMA INQUIRÇÃO DE TAXINOMIA

JOÃO SÉRGIO TELES DE MENEZES CORREIA LEITÃO*

SUMÁRIO: *I. Apresentação do tema. II. Das classificações dos contratos. III. O exemplum dos juros moratórios legais – excursus. IV. Contratos civis e comerciais – exame da categorização. A. Contratos civis e comerciais – delimitação inicial. B. A categorização obrigacional contratos civis e comerciais. C. Contratos comerciais – atos de comércio e atos de comerciante. V. Contratos de consumo/com consumidor. A. Considerações preliminares de sequência. B. Direito do Consumidor. C. A categoria dos contratos de consumo/com consumidor. VI. Conclusão: as classificações contratos civis, contratos comerciais e contratos com consumidores.*

I. Apresentação do tema¹

1. O assunto deste escrito – *contratos civis, comerciais e de consumo* –, na sua imediata enunciação (ainda que enquadrado num conjunto genericamente destinado à perscrutação das situações jurídicas de consumo), por ser imensamente vasto, relevaria do inabordável (ao menos nos confins apertados próprios de um artigo). Porém, se bem se avaliar, o que assoma na

* Jurista. Mestre em Direito. Anoso.

¹ Adota-se a ortografia resultante do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. Por razões de uniformidade, atualizou-se, em consonância, a grafia constante das transcrições efetuadas, com exceção dos títulos das obras citadas.

formulação de um tal assunto é uma *lista* ou *elenco*² dada pelos apelativos – *civis, comerciais e de consumo* – atribuídos a *contratos*.

Quando se aprecia uma *lista* ou *elenco*, o que aparece de modo instantâneo é a sua *função referencial*, ou seja, a menção ou alusão a coisas do mundo exterior (no caso, do universo jurídico) que são nomeadas e enumeradas. Todavia, para além disso, a configuração de uma lista é suscetível de constituir, no seu modo próprio, uma *ordem*, o que sucede quando, em razão da pressão contextual ou do ponto de vista a que se submetem enquanto elementos de um catálogo, se confere unidade e organização a um conjunto de objetos que, em si mesmos, na sua individualidade, são distintos e desalinados³.

Quando uma listagem é disposta numa operação de ordenação e de distribuição do conjunto de objetos em *classes* coordenadas e subordinadas entre si com base em critérios selecionados nítidos, temos uma *classificação*.

Em Direito, a formatação de uma *lista* e a ordenação dos seus elementos em *classes* (numa *classificação*, pois) importa – pelo menos para quem não se satisfaça, nos desempenhos da Ciência Jurídica, com o conceptualismo enquanto mero aparelho gnosiológico⁴ – quando serve como instrumento técnico-jurídico para destacar e operar com especialidades de regime e com os interesses, princípios ou valores que, na sua essência ou tratamento peculiares, justificam ou orientam as soluções concretas⁵. Como tal, numa

² Ou, se se quiser, uma parte de uma lista, para continuar com a enumeração e a adjectivação: contratos obrigacionais, reais, sucessórios, familiares, bancários, de direito de autor, de trabalho, informáticos, etc.

³ UMBERTO ECO, *Vertigine della lista*, s. l. Bompiani, 2.^a ed., 2016, p. 116 e p. 131.

⁴ E, no mundo atual, em que a Ciência do Direito vive sob o pluralismo metodológico e epistémico e apoia-se na pluridisciplinaridade e no multiperspectivismo, já ninguém se contenta com isso. Vd. recentemente MARIETTA AUER, “What is Legal Theory?” in *Rechtsgeschichte*, 29 (2021), pp. 30-39 (in http://rg.rg.mpg.de/en/article_id/1392). São também sempre iluminantes as reflexões de BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 359 e segs., especialmente pp. 369 e segs. sobre a veiculação pela Ciência do Direito de um “desígnio organizativo-normativo, não um autónomo desígnio gnoseológico (explicativo ou de esclarecimento)”, com os resultados que produz a poderem ser incorporados no seu próprio objeto, pelo que a Ciência Jurídica é “parte integrante da própria vida do Direito”.

⁵ Pode-se distinguir, acompanhando L. CABRAL DE MONCADA, “Direito positivo e Ciência do Direito” in BFD, 20 (1944), p. 72-117 [pp. 106-107], entre as *classificações* dominadas por um *fim de pura inteligibilidade* e as *classificações* dominadas por uma lógica teleológica, em que se procura servir interessadamente um *fim prático*.

listagem de categorias jurídicas que se pretenda uma *ordo iuris*⁶ está sempre em jogo facultar, no melhor modo possível, para determinação dos efeitos jurídicos adequados à resolução dos casos, a *qualificação* das realidades pertinentes à catalogação – afinal *qualificar*⁷ é a operação consistente em fazer corresponder o objeto ou objetos considerados a uma ordem de categorias previamente dada, tal como resultante da sistematização do domínio classificável, ordem e categorias essas que funcionam como referente ou como elemento de regras jurídicas, nas suas previsão e/ou estatuição, ou constituem o seu desenvolvimento e enquadramento dogmáticos.

Assim, evocar a listagem *contratos civis, comerciais ou de consumo* suscita, de modo inelutável, o quesito do *sentido e consistência* de uma *classificação* dos contratos em *civis, comerciais ou de consumo*⁸, o que envolve ponderar o seu conteúdo e estruturação, em termos lógicos e materiais, tendo como postulado (comprovável na análise, mas evidente logo em qualquer vista

⁶ A noção de *categorias* envolve, por si mesma, um valor organizativo, de arrumação de conjuntos coerentes, com lógicas internas de estruturação e de desenvolvimento – constituem “modelos de organização das perceções, da ‘realidade’” (vd. o escrito de A. M. Hespanha, “*Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*”, numa versão inicial em *Análise social*, vol. XXXVIII (2003), pp. 823-840 [pp. 823-824] e em versão complementada e atualizada em *Práticas da História. Journal on Theory, Historiography and Uses of the Past*, n.º 7 (2018), pp. 224-256 [pp. 224-225]). As citações subsequentes são deste último local.

⁷ Lembre-se a caracterização de ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *O problema das qualificações em Direito Internacional Privado*, Apontamentos das lições coligidas por NEVES DA COSTA/BRITO CORREIA, Lisboa, AAFDL, 1963, p. 5: “qualificar em direito é subsumir um “quid” concreto num conceito próprio da norma jurídica. Qualifica-se alguma coisa à luz de outra coisa. Esta operação supõe primeiro uma interpretação do conceito genérico em que se vai subsumir algo, depois a delimitação do quid que se vai subsumir e por último o ajustamento deste àquele”. Vd. também ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito Internacional Privado* Lisboa, 1964, p. 30. Cfr. ainda FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de Troca*, 5.ª ed, Coimbra, Almedina, 2021, p. 27; PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 62-63 e 121 e segs.; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 160-161 e 164 e segs..

⁸ Mas já não coloca qualquer indagação sobre a existência ou viabilidade das categorias dos contratos civis, comerciais ou de consumo, pois é manifesto que se tratam de figuras perfeitamente instaladas nos quadros descritivos e/ou analíticos da investigação jusprivatística (como a seguir se comprovará). Nessa medida, compõem um quadro mental estável que modela as perceções, as avaliações e os comportamentos. Vd., novamente, A. M. HESPANHA, “*Categorias*” cit., pp. 225 e 233, bem como ELEANOR ROSCH, “*Principles of Categorization*” in ELEANOR ROSCH/BARBARA B. LLOYD (ed.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, N.J., Lawrence Erlbaum, 1978, pp. 27-48 [p. 29] que destaca que o sistema das categorias é determinado cultural e linguisticamente, o que pré-determina a escolha dos atributos conceptuais.

breve do sistema privatístico) a relevância de apurar se um certo contrato em concreto deve ser *categorizado* como *civil*, *comercial* ou de *consumo* para lhe fazer corresponder uma regulação própria, geral ou especial, total ou parcial, global ou fragmentada que seja.

Eis a individualização do *tema*⁹ específico, no âmbito desmesurado de uma referência a *contratos civis, comerciais ou de consumo*, em que se vai focalizar a presente análise: em que moldes é significativa e funcional uma *classificação* dos contratos em *civis, comerciais* e de *consumo*? Como entendê-la e aplicá-la? Intenta-se, assim, aqui um estudo de *taxinomia*¹⁰.

II. Das classificações dos contratos

2. Afirma PERELMAN¹¹ que são dois os tipos básicos de *classificações*: as *dicotomias*, que assentam na presença ou ausência de uma certa propriedade; as *classificações por diferença específica*, que se baseiam, já não na alternativa da presença ou ausência de uma certa propriedade, mas na verificação de uma determinada propriedade (a *diferença específica*) incompatível com todas as outras propriedades situadas no mesmo nível de classificação.

A classificação logicamente mais satisfatória, continua PERELMAN, consiste na *sucessão de dicotomias* em que o espaço classificável (o conjunto de objetos a classificar) e os subconjuntos que resultam da sua divisão, são,

⁹ Explícite-se a distinção que se adota entre *assunto* e *tema*: *assunto* é a matéria ou objeto de que se trata; *tema* a ideia ou proposição central que se pretende enunciar, desenvolver, argumentar ou provar no domínio em causa.

¹⁰ A *taxinomia* (são também legítimos os vocábulos “taxonomia” e “taxionomia”; o étimo é grego: táxis – ordem e nomos – lei, norma) é a área científica, presente em diversos ramos do saber, em que se procura, na base de preocupações sistemáticas, identificar, descrever, classificar e agrupar em categorias ou grupos organizados os entes objeto de análise em atenção à semelhança e dissemelhança das suas características. MICHEL FOUCAULT, *As Palavras e as Coisas. Uma Arqueologia das Ciências Humanas*, Lisboa, Edições 70, 2014 (reimp.), trad. portuguesa de ANTÓNIO RAMOS ROSA, p. 147 afirmava que a taxinomia “trata das identidades e das diferenças; é a ciência das articulações e das classes; é o saber dos seres”. No seu uso mais técnico e específico, o termo “taxinomia” designa a ciência da classificação dos seres vivos, fundada por CARL LINNAEUS que elaborou no século XVIII uma classificação dos organismos vivos, a conhecida taxinomia de LINEU (para uma análise sobre o seu significado histórico-cultural, vd. igualmente MICHEL FOUCAULT, ob. cit., pp. 203 a 247 e 315 a 323). É, em qualquer caso, perfeitamente legítimo empregar o vocábulo para designar qualquer classificação do que existe e se manifesta no conhecimento e na linguagem.

¹¹ “*Réflexions philosophiques sur la Classification*” in CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE DE LOGIQUE/SOCIÉTÉ BELGE DE LOGIQUE ET PHILOSOPHIE DES SCIENCES (ed.), *La Classification dans les Sciences*, Bruxelles, Éditions J. Duculot S.A. Gembloux, 1963, pp. 231-236 [p. 232].

em cada vez, distribuídos em dois, conforme os seus elementos possuem ou não uma certa propriedade, a qual deve constituir uma característica única e permanente de cada nível de tal modo que se possa verificar imediatamente se a possui ou não, o que permite que as classes e os subconjuntos sejam exclusivos e exaustivos em simultâneo¹². ROSCOE POUND¹³ aponta igualmente que a *dicotomia* constitui a classificação mais ajustada em termos de lógica formal, com divisões realizadas mediante um único *fundamentum divisionis*, que deve ser aplicado rigorosa e exaustivamente, de modo que, pela consideração do *fundamentum*, o género A deve ser dividido entre B e não-B, depois B dividido entre C e não-C e assim sucessivamente até nada ficar de fora.

Nas *classificações por diferença específica*, formam-se grupos de objetos mediante as suas características comuns (género próximo) e as diferenças particulares que os separam dos demais grupos (diferença específica). As classificações por diferença específica colocam a questão, não lógica, mas valorativa e decisória, das diversas propriedades que podem funcionar como diferença específica – a escolha de uma certa propriedade em vez de outra produz diferentes arranjos dos objetos a classificar (do espaço classificável), portanto, diferentes classificações, pois, em função da propriedade escolhida, assim dois objetos pertencerão ou não a uma mesma classe, o que impõe a necessidade de uma justificação, com razões adequadas e suficientes, para a escolha da classificação que se julga mais apropriada¹⁴.

3. A elaboração tradicional sobre as *classificações dos contratos* é essencialmente *dicotómica*. Para invocar o artigo, velhíssimo de anos, de

¹² PERELMAN, ob. cit., p. 232. Neste esquema, como no mesmo estágio ou degrau da classificação a distinção dos diversos membros classificatórios é função de uma mesma e única característica, uma divisão tripartida está arredada, pois envolve uma característica autónoma, pela qual duas classes, entre si distintas, se distinguem da terceira; a nova característica ou princípio autónomo de classificação deve colocar-se logicamente como subdivisão inferior de uma divisão bipartida superior. Vd. CHARLES EISENMANN, “*Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*” in *Archives de philosophie du droit*, n.º 11, 1966, p. 25-43 [p. 37]. Entre nós, observa PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos* cit., p. 27, que os conceitos classificatórios implicam o “juízo de “inclusão” ou de “exclusão” de um certo objeto numa dada “classe”, sendo a sua operação “feita em termos binários, de sim ou não”.

¹³ ROSCOE POUND, “*Classification of Law*” in *Harvard Law Review*, vol. XXXVII, n.º 8 (Jun 1924), pp. 933-969 [p. 934].

¹⁴ Segue-se ainda PERELMAN, ob. cit., p. 232.

MARCEL PLANIOL, “*Classification synthétique des contrats*”, as classificações contratuais cuidam, fulcralmente, de repartir os diversos contratos em duas categorias antitéticas consoante apresentem ou não uma determinada característica singular¹⁵.

Um itinerário pelas classificações doutrinárias consagradas entre nós sobre as espécies de contratos comprova este *domínio incontestado* das *dicotomias*, dada a obrigatória apresentação nas lições universitárias de *classes contrapostas* de contratos, com a distribuição dos concretos contratos numa ou noutra das duas classes em confronto em função da presença ou ausência de uma certa propriedade. Aponta-se, com efeito, na literatura¹⁶ que os contratos se repartem¹⁷: em contratos *típicos* ou *atípicos*, consoante são

¹⁵ MARCEL PLANIOL, “*Classification synthétique des contrats*” in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, ano LIII, NS, t. XXXIII (1904), pp. 470-490 [pp. 470-471]. PLANIOL, em vez destas antíteses na base de um carácter isolado, propunha uma classificação sintética, mediante o agrupamento dos diversos contratos segundo as suas similitudes naturais, em atenção às respetivas funções económicas. Considerando que todo o contrato tem por objeto um serviço que uma pessoa exige a outra, cuja natureza é diversa, PLANIOL, ob. cit., pp. 471 e segs. e 483 e segs., classificava os contratos em três grupos (*famílias*) em função da natureza dos serviços que constituem o seu objeto: contratos relativos ao trabalho humano, contratos relativos a coisas e contratos relativos a direitos. Cada uma destas categorias era depois subdividida em *gêneros*, em razão da existência ou carência de uma contraprestação e da natureza da contraprestação, quando esta exista. As *espécies* que compunham cada género determinavam-se pelo exame especial do objeto contratual (o surgimento de novas espécies contratuais assentaria fulcralmente na criação de novos objetos contratuais).

¹⁶ Vd. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018 (reimp.), pp. 284-285 e 360 e segs.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 15.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 185 e segs.; PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 120 e segs.; SANTOS JUNIOR, *Direito das obrigações I*, 3.^a ed, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 170 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VII – *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2016 (reimp.), pp. 187 e segs.; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed (por PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 392 e segs.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 462 e segs.; ID., *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 84 e segs.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 272-275, 395 a 407; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 223 e segs. (na 2.^a ed. deste vol. I, atualizada e ampliada por PESTANA DE VASCONCELOS/RUTE PEDRO, Coimbra, Almedina, 2021 (reimp.), vd. pp. 243 e segs.); CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1979, pp. 308 e segs. e 315 e segs.; PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, 1.^o vol., Lisboa, AAFDL, 1975/1976, pp. 155 e segs..

¹⁷ Os critérios da repartição organizam-se, no fundamental, em atenção ao modo da formação dos contratos, à sua causa ou aos seus efeitos. Vd. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual*

previstos e disciplinados especificamente pela lei ou são criados e modelados pelas partes fora dos quadros legalmente consagrados; em contratos *nominados* ou *inominados*, consoante possuem ou não uma designação na lei (*nomen iuris*); em contratos *solenes* ou *consensuais*, consoante a lei impõe ou não aos contratantes a observância de formas particulares para a exteriorização negocial; em contratos *reais* ou *não reais* (*quoad constitutionem*), consoante se exige ou não para a respetiva formação ou perfeição, como elemento constitutivo, a entrega da coisa que é seu objeto (*datio rei*); em contratos *bilaterais* ou *sinalagmáticos* ou *unilaterais* ou *não sinalagmáticos*, consoante as obrigações resultantes do contrato incidem, com vínculo de reciprocidade ou interdependência (*sinalagma – genético ou funcional*, conforme se reporte ao momento da celebração ou ao longo da execução do contrato), sobre ambas as partes ou apenas sobre uma delas¹⁸; em contratos *gratuitos* ou *onerosos*, consoante proporcionem atribuições patrimoniais apenas para uma das partes (vantagem patrimonial para uma das partes e sacrifício para a outra) ou para ambas as partes (vantagens e sacrifícios patrimoniais para ambas as partes); em contratos *comutativos* ou *aleatórios*, como subdivisão dentro dos contratos a título oneroso, consoante a atribuição patrimonial para cada uma das partes é fixada de modo certo com a celebração do contrato ou depende de qualquer circunstância futura incerta quanto à sua verificação ou à respetiva data (*álea*), pelo menos para uma das partes¹⁹.

Em todos estes casos, pode-se dizer que a classificação e a consequente recondução dos concretos contratos às categorias bipolares em causa operam na base de uma *propriedade* ou *matéria especial* (*Sondergut*).

4. Pois bem, também inicialmente esta lógica *bipartida* subjazeu à dualidade *contratos civis-contratos comerciais*. Para demonstração, dado que estamos perante categorias reconhecidas, como tal portadoras de sentidos bem

dos Contratos em Geral cit., p. 462. Em termos mais diversificados, vd. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II* cit., p. 27.

¹⁸ Esta classificação pode complexificar-se para ter em conta realidades que não se submetem com facilidade à dicotomia: é o caso dos *contratos bilaterais ou sinalagmáticos imperfeitos*, categoria que pretende compreender os contratos que não produzem obrigações para ambas as partes de modo necessário, mas em que isso pode acidentalmente ocorrer no desenvolvimento da relação contratual e os contratos que originam obrigações para ambas as partes, mas elas não se encontram ligadas pelo nexo de corresponsabilidade que é próprio do sinalagma.

¹⁹ É desnecessário mencionar que a enumeração apresentada não é exaustiva – cuida-se apenas de exemplificar a preponderância das classificações dualistas ou bifurcadas.

afetados²⁰, pode-se olhar para discursos fundantes na nossa literatura privatística.

Se se considerar a obra clássica de GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*²¹, aí encontramos, a respeito das obrigações, mas imediatamente transposta para os factos jurídicos, a separação entre civis e comerciais: “As obrigações são civis ou comerciais, conforme tiver carácter civil ou mercantil o facto jurídico de que resultam, sendo aquelas reguladas pelo direito civil, e estas pela lei comercial, e supridos os casos omissos desta lei pelo direito civil (...)”, que esclarecia que: “No art. 2.º do cód. comercial, diz-se contratos e obrigações. Estas são consequências dos contratos e doutros factos jurídicos, e é pela natureza destes que se determina o seu carácter civil ou mercantil”. Este Autor considerava, seguidamente, a distinção entre 1) os atos de comércio que “se acham especialmente regulados no código comercial, e são especialmente regulados por ele, os que, como as letras, têm lugar exclusivo no código comercial, e os que, como o contrato de compra e venda, sendo regulados dum modo geral no código civil, são regulados no código comercial, quando reúnam as condições que neste se acham especificadas” e 2) “os atos dos comerciantes que, não reunindo estas condições, não tenham natureza exclusivamente civil, se do próprio ato não resultar que eles não têm relação com o exercício do comércio”.

Sucede que, como facilmente se analisa, esta bipartição contratos civis e contratos comerciais, em contraposição às dicotomias contratuais antes referidas, não assenta num traço individualizador preciso, numa *Sondergut*, que permita imediatamente diferenciar classes em presença e alocar os membros a cada classe. Antes pressupõe a consideração de disciplinas jurídicas diferenciadas, constantes de fontes normativas distintas, com estruturas e soluções particulares para espécimes contratuais, pelo que, na sua operacionalidade, exige encarar as regulamentações particulares aos diversos contratos ou tipos contratuais e as regras a que se subordinam os respectivos contraentes em atenção às suas qualidades, de modo a verificar e concluir se estamos perante contratos civis ou contratos comerciais.

Assim, o princípio de categorização subjacente à repartição contratos civis-contratos comerciais não se reconduz a uma característica particular, não se evidencia por um único elemento, mas consiste antes na submissão

²⁰ Cfr. as indicações de A. M. HESPANHA, “*Categorias*” cit., p. 228 sobre os conceitos técnicos ou enfaticamente carregados de sentido.

²¹ GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, vol. 2.º, *Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, pp. 51 e segs..

do contrato considerado a uma disciplina composta por uma pluralidade, muito ou pouco numerosa, de normas diversificadas dirigidas a uma variedade de aspetos e de problemas prático-jurídicos (mesmo que de modo fragmentado). Nesta medida, mais do que uma classificação, a separação entre contratos civis e contratos comerciais emerge como uma *questão de âmbito de aplicação de regimes* – a dicotomia contratos civis-contratos comerciais traduz, afinal, a separação entre os sectores normativos civil e comercial (e, nestes, nos diversos subsectores que se possam autonomizar).

Por isso, para continuar com Autores do princípio do século passado, o que se joga nesta bipartição de categorias de contratos é, diretamente, a divisão do Direito Privado (patrimonial) em Direito Civil e Direito Comercial: “o direito civil divide-se em direito civil geral ou direito civil propriamente dito e direito civil especial ou direito comercial. O direito civil geral ou civil propriamente dito tem por objeto as relações propriamente civis; o outro as relações mercantis”²².

Isto posto, podemos imediatamente dar um passo em frente para os contratos de consumo ou de consumidores – passo este que seria impossível para os autores clássicos que acima invocámos sobre a distinção contratos civis e comerciais, pois, para a sua mundividência²³, os contratos com consumidores, sem

²² ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Código Comercial Portuguez*, vol. I, Porto, Artes&Letras, 1913, pp. 21-22.

²³ O consumidor, para esta visão do mundo, era uma figura delineada por estritos contornos económico-sociais, um elemento constituinte do mercado, sem a perspetivação caracteristicamente jurídica hoje existente, que se manifesta, por exemplo, pela noção do art. 2.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31.7, com as alterações posteriores, por último as resultantes do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18.10 (Lei de Defesa do Consumidor, a seguir LDC). Vale a pena chamar à colação a caracterização dos consumidores de dois clássicos do século XIX: JOHN STUART MILL, *Principles of Political Economy with Some of their Applications to Social Philosophy*, 9.ª ed., Londres, Longmans, Green, and Co, 1885, p. 51: “All the members of the community are not labourers, but all are consumers, and consume either unproductively or productively. Whoever contributes nothing directly or indirectly to production is an unproductive consumer. The only productive consumers are productive labourers, the labour of direction being of course included, as well as that of execution. But the consumption even of productive labourers is not all of it productive consumption. There is unproductive consumption by productive consumers. What they consume in keeping up or improving their health, strength, and capacities of work, or in rearing other productive labourers to succeed them, is productive consumption. But consumption on pleasures or luxuries, whether by the idle or by the industrious, since production is neither its object nor is in any way advanced by it, must be reckoned unproductive: with a reservation, perhaps, of a certain quantum of enjoyment which may be classed among necessities, since anything short of it would not be consistent with the greatest efficiency of labour. That alone is productive consumption which goes to maintain and increase the productive powers of the community; either those residing in its soil, in its materials, in the number and efficiency of its instruments of

necessidade de cogitação de particulares medidas de amparo, eram necessariamente contratos civis ou comerciais – para antecipar que, na demarcação tripartida contratos civis, comerciais ou de consumo, mantém-se a mesma *lógica genérica de organização de fenómenos em razão de regimes próprios*, se se quiser de *subsistemas regulativos* (mais amplos e sistemáticos ou mais reduzidos e parcelares que sejam). Basta notar que a categoria dos *contratos de consumo* desponta como figura *a se stante* quando regras jurídicas especiais relativas aos consumidores, naturalmente determinadas por necessidades sociais de proteção de certos interesses ou valores²⁴, incidem no domínio contratual. Por outras palavras, essa categoria pressupõe, para apelar ao art. 1.º, n.º 2 da LDC, “*a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos*” na proteção dos consumidores. De resto, a introdução cons-

production, or in its people”; JEAN-BAPTISTE SAY, *Traité d'économie politique*, 8.ª ed., Paris, Guillaume et Cie, 1876, p. 468: “*Dans une société quelconque, tout le monde est consommateur, puisqu'il n'est personne qui puisse subsister sans satisfaire les besoins, quelque bornés qu'on les suppose; et comme, d'un autre côté, tous les membres de la société, lorsque'il ne reçoivent pas gratuitement ce qui les fait vivre, concourent à la production, soit par leur industrie, soit par leurs capitaux, soit par leurs terres, on peut dire qu'en tout pays les consommateurs sont les producteurs eux-mêmes (...)*”. Entre nós, destaque-se ADRIÃO FORJAZ DE SAMPAIO, *Estudos de Economia Política* (1853) in ID, *Estudos e elementos de economia política (1839-1874)*, t. I, Lisboa, Banco de Portugal, 1995, p. 379. Depois de notar que o consumo é o fim último da distribuição e da produção e que nem todos os “mestres da ciência (...) entenderam que os princípios respetivos aos fenómenos do consumo mereciam ser tratados em uma secção especial e principal da mesma ciência, com o fundamento de que uns deles, os do consumo produtivo, pertencem à teoria da produção, e os outros, os do improdutivo, entram mais na esfera moral e higiénica do que na económica”, o que não subscrevia, já que: “Fixar bem o que seja consumidor, e o que produtor, não é um dos pontos menos dignos da mais séria reflexão nesta matéria”, escrevia: “consumidores somos todos, a totalidade de um povo, sem excetuar uma só pessoa, mormente considerado o consumo dos objetos de primeira necessidade”. Leia-se ainda este mesmo Autor em *Elementos de economia política e estadística* (1874) in ID, *Estudos e elementos de economia política (1839-1874)*, t. II, Lisboa, Banco de Portugal, 1995, p. 35 (n.º 189): “A produção, a troca, e todos os meios que a facilitam, não se dirigem senão à satisfação das necessidades físicas, intelectuais, e morais, pela consumação da utilidade./É este portanto o último termo da evolução industrial que comumente se designa na linguagem da ciência pelo nome, posto que menos competente, de – consumo”, e p. 36 (n.º 199): “Da qualidade de consumidor ninguém é excetuado; nem a diversidade dos consumos, efeito da desigualdade das situações constitui – fatalmente categorias de consumidores. O interesse de todos em geral é portanto o da comunidade”. Veja-se também o autor do Código Comercial de 1833, JOSÉ FERREIRA BORGES, nas suas *Instituições de Economia Política*, em *Princípios de Sintelologia* (1831) e *Instituições de Economia Política* (1834), Lisboa, Banco de Portugal, 1995, pp. 320 e segs. (n.ºs 1443 e segs.).

²⁴ Vd. *infra* as referências que se fazem à origem histórica das preocupações político-sociais com a proteção do consumidor e as intervenções normativas de resposta.

tituinte e inovadora destas regras especiais no nosso ordenamento jurídico e, portanto, as primícias desta categoria dos *contratos de consumo*, sinaliza-se com facilidade quando se tem presente o influxo do Direito Comunitário/Europeu neste campo contratual mediante uma série de diretivas emanadas a partir da década de 80 do século passado com vista à tutela dos consumidores²⁵ (que foram, consequentemente, objeto da necessária transposição para o Direito interno)²⁶.

5. Aqui chegados, limitemo-nos a consignar, nestas considerações preambulares, que a composição de uma lista estruturada – de uma classificação, se possível – das categorias *contratos civis, comerciais e de consumo* demanda diferenciar, com robustez bastante, regimes aplicáveis diversamente a cada uma dessas categorias em função de uma sua especial configuração distintiva assente na matéria ou nas partes das relações contratualmente dispostas.

²⁵ Numa indicação histórica sumária, recordem-se, das últimas décadas do século passado, as seguintes Diretivas incidentes no campo contratual: a Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (revogada); a Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22 de Dezembro de 1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo (revogada); a Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (revogada); a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; a Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspetos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (revogada); a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância (revogada); a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (revogada).

²⁶ Não se despreza, com a afirmação no texto, que já autonomamente entre nós em 1981 foi publicada a Lei n.º 29/81, de 22.8, que consagrou (cfr. respetivo art. 3.º) os direitos fundamentais do consumidor (à proteção da saúde e à segurança contra as práticas desleais ou irregulares de publicitação ou fornecimento de bens ou serviços; à formação e à informação; à proteção contra o risco de lesão dos seus interesses; à efetiva prevenção e reparação de danos, individuais ou coletivos; a uma justiça acessível e pronta; à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.). Mas afigura-se indiscutível que a intensidade regulativa de aspetos contratuais decisivos para a proteção do consumidor foi, fulcralmente, fruto de impulsos europeus, como o comprova a enumeração dos instrumentos regulativos comunitários e europeus realizada na nota antecedente.

Neste andamento preambular, é possível também adicionar já que a repartição de contratos civis, comerciais e de consumo – e, em geral, as classificações contratuais – não se confunde(m) com as tipologias de contratos. Preliminarmente, convém ter presente a diferenciação entre o conceito e o tipo: “o conceito tem uma função classificatória, pois que ele procura distinguir realidades; o tipo tem uma função ordinatória, pois que ele visa ordenar realidades, de acordo com as suas características ou qualidades”²⁷. Justamente, os diversos tipos, legais ou sociais, de contratos não se obtêm por critérios classificatórios, não esgotam um género a que se entenda reconduzi-los e também não se excluem mutuamente²⁸. Bem se compreende, assim, que, a respeito dos tipos contratuais previstos no Código Civil (a seguir também CCiv), bem como na legislação comercial ou bancária, MENEZES CORDEIRO registe que: “Não há qualquer preocupação de classificação: antes são usadas configurações autónomas, apontadas pelas suas características mais marcantes, tal como foram acolhidas pela História”²⁹.

Nesta sequência, para obter lastro material e não vogar em exposições abstratizantes, afigura-se proveitoso ensaiar, a título preliminar, as questões

²⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 308. Vd. também MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 159 a 161: “Para o conceito, interessa determinar a presença ou a falta de cada um dos elementos característicos, não importando considerar a maior ou menor intensidade com que um elemento se apresenta no caso concreto. Consequentemente, em relação ao conceito, a questão coloca-se em termos de alternativa: um determinado caso concreto “cabe” no conceito, se nele estiverem presentes os elementos essenciais, “não cabe” no conceito, no caso contrário. Utiliza-se, portanto, um processo de “subsunção” no conceito./Para o tipo, mais decisiva de que a presença dos elementos característicos, é o quadro geral, importando, por isso, considerar a intensidade com que se apresentam, no caso concreto, tais elementos. Consequentemente, em relação ao tipo, a questão não se coloca em termos de alternativa: a maior intensidade com que se apresentam, no caso concreto, os elementos característicos, permitem uma resposta em termos de grau ou intensidade de “pertença” ao tipo. Utiliza-se, portanto, um processo de “recondução” ou de “coordenação” ao tipo.”. Cfr. ainda NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 17 e segs..

²⁸ Vd. PINTO DUARTE, *Tipicidade...* cit., pp. 26, 29-30 e 31. Como escreve, com muita clareza, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos* cit., p. 162: “As classes de contratos resultam das repartições de contratos feitas com base em critérios que têm a ver com a ocorrência ou a verificação de certas características ou qualidades e distinguem-se dos tipos de contratos que são modelos regulativos com um sentido próprio e imanente”. Vd. também FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II* cit., p. 24: “Os tipos são modelos abstratos cuja organização não obedece a critérios e a traços distintivos constantes”.

²⁹ MENEZES CORDEIRO in MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado, II, Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 101.

que podem emergir em relação à destrição dos contratos em civis, comerciais e de consumo com um campo particular: os juros legais de mora.

III. O *exemplum* dos juros moratórios legais – excursus

6. Coloque-se, então, para abertura desta análise taxinómica sobre *contratos civis, comerciais e de consumo* uma ilustração ou *exemplum*³⁰ que se julga poder funcionar como *paradigma* dos problemas e complexidades do assunto em apreço e manifestação da força normativa da categorização: a disciplina (*rectius* as disciplinas) da obrigação de juros moratórios legais que se encontra(m) nos arts. 559.º do CCiv e 102.º do Código Comercial (a seguir também CCom), bem como no Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5.

A obrigação de juros³¹ é objeto da regulação *geral* dos arts. 559.º a 561.º do CCiv³², surgindo outras regulações desta modalidade de obrigação

³⁰ “*Longum iter est per praecepta, breue et efficax per exemplum*” sentenciava SÉNECA (*Epistulae morales ad Lucilium*, I.6,5).

³¹ A obrigação de juros consiste numa dívida de dinheiro ou de outra quantidade de coisas fungíveis que advém, como rendimento (fruto civil) ou como reparação, de uma outra dívida, a dívida principal ou obrigação de capital (correntemente, uma dívida pecuniária). A determinação da dívida de juros assenta em três elementos, a saber, o quantitativo do crédito de capital, o período de tempo da manutenção do crédito principal até à sua extinção pelo cumprimento e a taxa ou percentagem fixada sobre o capital devido. Vd. VAZ SERRA, “*Obrigação de juros*” in BMJ, n.º 55 (Abril 1956), pp. 159-170 [p. 159]; CORREIA DAS NEVES, *Manual dos juros. Estudo jurídico de utilidade prática*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1989, pp. 18, 23; MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 676 e *Tratado de Direito Civil Português*, XII – *Contratos em especial* (2.ª parte), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 199 e 250; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I cit., p. 870; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 240-241; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* cit., p. 750; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I cit., pp. 157 a 159; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3.ª ed., Porto, Universidade Católica, 2019, pp. 169 e segs.; PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito Bancário*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 361, bem como “*Os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras*” (disponível em www.revistadedireitocomercial.com, 2018-04-23), pp. 629-664 [pág. 631] e “*De novo os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras*” (disponível em www.revistadedireitocomercial.com, 2019-09-06), pp. 505-543 [pág. 508]; MENDES CORREIA in MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, II, cit., pp. 555-556; ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda. Estudo jurídico e económico*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 513 e segs. e 545 e segs. e *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 232.

³² O cariz *geral* que se atribui à regulação dos arts. 559.º a 561.º do Código Civil não obnubila que, como elucida modelarmente ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda* cit., pp. 541-542 e pp. 604-605, se trata de um “regime simultaneamente civil, fragmentário e subsidiário”: *civil*,

como regimes *especiais*, como sucede, designadamente, com as regras para os créditos das empresas comerciais (art. 102.º, §§ 3 e 4 do CCom), para os créditos provenientes de transações comerciais (art. 102.º, § 5 e Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5) ou para os créditos das instituições bancárias (Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8.5³³).

7. É sabido que a mora (*mora debitoris* ou *mora solvendi*) constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor (art. 804.º do CCiv). Na obrigação pecuniária, a indemnização pelo atraso na realização da prestação devida de quantia em dinheiro imputável ao devedor corresponde, *à forfait*, aos juros a contar do dia da constituição em mora (n.º 1 do art. 806.º do CCiv), sendo os juros devidos os *juros legais*, salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal (n.º 2 do mesmo art. 806.º) e sem prejuízo de, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco, o credor poder provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos e exigir a indemnização suplementar correspondente (n.º 3 do art. 806.º).

porque centrado (mesmo que a isso não restringido) nos juros emergentes das obrigações civis que coexistem com juros de outros tipos de obrigações; *fragmentário*, porque se trata de uma disciplina parcial, limitada a alguns aspetos da matéria, como são as taxas de juros, a capitalização de juros e os juros usurários; *subsidiário*, porque serve para suprir lacunas do legislador ou omissões das partes, funcionando os arts. 559.º a 561.º como “normas auxiliares de interpretação e aplicação de numerosas outras normas que para aqueles remetem (expressa ou implicitamente), no Código Civil ou fora dele – incluindo no âmbito dos próprios regimes especiais”.

³³ Deixa-se aqui de lado esta regulação específica do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8.5, que estabelece as normas aplicáveis à classificação e contagem do prazo das operações de crédito, aos juros remuneratórios, à capitalização de juros e à mora do devedor, e que tem como âmbito de aplicação as “instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento, instituições de moeda eletrónica e outras entidades legalmente habilitadas para a concessão de crédito e que estejam sujeitas à supervisão do Banco de Portugal” (art. 2.º). Este diploma prevê, no art. 8.º, no n.º 1, que: “Em caso de mora do devedor e enquanto a mesma se mantiver, as instituições podem cobrar juros moratórios, mediante a aplicação de uma sobretaxa anual máxima de 3%, a acrescer à taxa de juros remuneratórios aplicável à operação, considerando-se, na parte em que a exceda, reduzida a esse limite máximo” e no n.º 2 que: “A taxa de juros moratórios a que se refere o número anterior incide sobre o capital vencido e não pago, podendo incluir-se neste os juros remuneratórios capitalizados, nos termos do artigo anterior”. Trata-se de regime que pertence ao sector normativo especial do Direito Bancário. Para uma análise a este e a outros regimes particulares de juros, vd. a mencionada obra de ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda* cit., pp. 542 e segs. e 671 e segs..

Os *juros moratórios*, ou seja, os juros que desempenham a função de reparação dos prejuízos resultantes do atraso culposo no cumprimento da obrigação³⁴, são *juros legais* sempre que a aplicação da correspondente taxa é imposta ou supletivamente determinada por lei.

Efetivamente, os juros podem ser *legais* ou *convencionais* consoante a taxa aplicável à obrigação de capital seja determinada na base de disposição legal ou regulamentar ou resulte de convenção das partes em que se estipula que certo valor vence juros a uma determinada taxa. Assim, são *juros*

³⁴ Na distinção mais comum, em atenção à *função* que desempenham, cabe separar: juros *moratórios*, que consistem no ressarcimento devido pelo não cumprimento atempado de uma obrigação pecuniária; juros *indemnizatórios*, quando se reportem a um incumprimento ou ilícito que não se reconduza tecnicamente à mora no cumprimento de uma obrigação, como é o caso paradigmático do incumprimento definitivo; juros *compensatórios*, que correspondem à simples privação temporária do capital, não envolvendo retribuição do capital ou indemnização pelo atraso no cumprimento, mas apenas a reposição da degradação do capital devido; juros *compulsórios*, que se destinam a funcionar como meio de pressão para compelir ao cumprimento pelo devedor (cfr. 829.º-A, n.º 4 do Cód. Civil); juros *remuneratórios*, que correspondem ao rendimento periódico do capital, sendo a contraprestação devida, como retribuição, pela disponibilização do capital. Vd. para estas classificações, com formulações e definições nem sempre coincidentes, CORREIA DAS NEVES, *Manual dos juros* cit., pp. 28 a 35; MENEZES CORDEIRO, “*Compra e venda internacional. Inflação e moeda estrangeira. Taxa de juros. Anotação*” in RDES, ano XXX, 1 (Jan-Mar 1988), pp. 69-93 [p. 82], MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* cit., p. 685; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* cit., p. 751; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I cit., pp. 160; MARGARIDA LIMA REGO in ANA PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 753; BRANDÃO PROENÇA, *Lições...* cit., p. 170; PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito Bancário* cit., p. 366, “*Os limites...*” cit., p. 633 e “*De novo...*” cit., pp. 510-511; MENDES CORREIA in MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, II, cit., p. 556; ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda* cit., pp. 579 e segs. e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., p. 233. Na jurisprudência, vd. o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 7/2009, de 25.3.2009 (CARDOSO DE ALBUQUERQUE) no DR, 1.ª série, n.º 86, de 5.5.2009 (: “*Os juros remuneratórios têm uma finalidade remuneratória, correspondente ao prazo do empréstimo do dinheiro pelo tempo que o credor se priva do capital por o ter cedido ao devedor por meio de mútuo, exigindo uma remuneração por essa cedência. Os juros compensatórios destinam-se a proporcionar ao credor um pagamento que compense uma temporária privação do capital que ele não deveria ter suportado. Os juros moratórios têm uma natureza indemnizatória dos danos causados pela mora, visando recompensar o devedor pelos prejuízos em virtude do retardamento no cumprimento da obrigação pelo devedor. E, por último, os juros indemnizatórios são aqueles que se destinam a indemnizar os danos por outro facto praticado pelo devedor*”. Na lei encontram-se definições no já referido Decreto-Lei n.º 58/2013, cujo art. 3.º define na al. d) “*«Juros remuneratórios», os que constituem remuneração do capital ou como tal sejam convencionados*” e na al. e) “*«Juros moratórios», os que visam indemnizar os prejuízos da instituição em resultado da mora do devedor no cumprimento das obrigações contratuais*”.

legais aqueles em que a obrigação de pagamento dos juros resulta de uma determinação legal, cuja taxa é fixada por lei, diretamente ou por remissão para normativo regulamentar (cfr. o art. 559.º, n.º 1 do CCiv) – naturalmente, quando a lei impõe a obrigação de pagar juros, impõe igualmente a respetiva taxa ou o modo de a fixar. Mas fala-se *ainda* em *juros legais* quando é unicamente a taxa de juros que resulta de determinação legal, ou seja, quando relativamente a obrigações de pagamento de juros voluntariamente estabelecidas opera uma taxa normativamente fixada, como sucede em relação aos juros “*estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo*” (vd. o referido art. 559.º, n.º 1), portanto, à obrigação de juros convencionada pelas partes, mas sem que estas tenham procedido à determinação da respetiva taxa ou quantitativo. Desta forma, os *juros legais* ou à *taxa legal* opõem-se aos *juros convencionais* que resultam de estipulação das partes em que se dispõe igualmente a taxa relevante³⁵.

8. Quando a obrigação de pagamento dos juros a uma certa taxa tem como fonte a lei (isto é, um facto jurídico a que a lei atribui relevância), como sucede com os juros moratórios, os juros legais podem ser *juros civis* ou *juros comerciais*, pois a taxa dos juros moratórios legais “varia consoante estejam em causa créditos civis (art. 559.º) ou créditos subsumíveis ao artigo 102.º C.Com”³⁶.

De acordo com o n.º 1 do art. 559.º do CCiv, “[o]s juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo são os fixados em portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano”, que é, atualmente, a Portaria n.º 291/2003, de 8.4, cujo n.º 1 estabelece que: “A taxa anual dos juros legais e dos estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo é fixada em 4%”.

³⁵ Vd. VAZ SERRA, “Obrigação de juros” cit., pp. 166-167; CORREIA DAS NEVES, *Manual dos juros* cit., pp. 27-28, 37 a 39 e 110; SANTOS JUNIOR, *Direito das obrigações* cit., p. 134; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I cit., p. 159; MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* cit., p. 685; ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda* cit., pp. 575 e segs. e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., p. 233. Veja-se também o já mencionado Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 7/2009: “Distinguem-se os juros quanto à sua fonte entre legais e convencionais, sendo os primeiros aqueles que são aplicáveis sempre que haja normas legais que determinem a sua atribuição em consequência do diferimento na realização de uma prestação, funcionando ainda supletivamente sempre que as partes estipulem a sua exigência, mas sem fixarem a taxa, e os segundos os que têm a sua taxa estipulada pelas partes, dentro dos limites legalmente estabelecidos”.

³⁶ MARIA DA GRAÇA TRIGO/MARIANA NUNES MARTINS in BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Lisboa, Universidade Católica, 2018, p. 1135, n.º 5.

Pelo seu lado, o art. 102.º do CCom prevê o seguinte:

“Há lugar ao decurso e contagem de juros em todos os atos comerciais em que for de convenção ou direito vencerem-se e nos mais casos especiais fixados no presente Código.

§ 1. A taxa de juros comerciais só pode ser fixada por escrito.

§ 2. Aplica-se aos juros comerciais o disposto nos artigos 559.º-A e 1146.º do Código Civil.

§ 3. Os juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo, relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, são os fixados em portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça.

§ 4. A taxa de juro referida no parágrafo anterior não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de sete pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte.

§ 5.º No caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, a taxa de juro referida no parágrafo terceiro não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de oito pontos percentuais”³⁷.

³⁷ É relevante, para a presente análise, fazer a história desta fonte normativa do art. 102.º do CCom, indicando a evolução legislativa e as transformações textuais que conheceu.

Na sua redação originária, este artigo dispunha:

“Haverá lugar ao decurso e contagem de juros em todos os atos comerciais em que for de convenção ou direito vencerem-se e nos mais casos especiais fixados no presente Código.

§ 1.º A taxa de juros comerciais só pode ser fixada por escrito.

§ 2. Havendo estipulação de juros sem fixação de taxa, ou quando os juros são devidos por disposição legal, os juros comerciais são de cinco por cento”.

O Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24.06 alterou o § 2 desta disposição que passou a ter a seguinte redação: *“Aplica-se aos juros comerciais o disposto nos artigos 559.º e 1146.º do Código Civil”* (estes artigos do CCiv foram igualmente alterados por este diploma, tendo o art. 559.º passado a dizer que: *“1. Os juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo são os fixados em portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano./ 2. A estipulação de juros a taxa superior à fixada nos termos do número anterior deve ser feita por escrito, sob pena de serem apenas devidos na medida dos juros legais”* e o art. 1146.º passado a dispor que: *“1. É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros superiores em 3% ou 5% aos juros legais, conforme exista ou não garantia real./ 2. É havida também como usurária a cláusula penal que fixar como indemnização devida pela falta de restituição do empréstimo, relativamente ao tempo de mora, mais do que o correspondente a 7% ou 9% acima do juro legal, conforme exista ou não garantia real./ 3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indemnização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contraentes.”*)

A Portaria n.º 277/2013, de 26.08, fixou “a taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas” (al. a) do art. 1.º) e a “taxa supletiva de juros moratórios prevista na alínea anterior no caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio” (al. b) do art. 1.º) nos seguintes termos (art. 2.º):

“1. A taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do § 3.º do artigo 102.º do Código

Subsequentemente, o Decreto-Lei n.º 262/83, de 16.6 modificou o § 2 (“Aplica-se aos juros comerciais o disposto nos artigos 559.º, 559.º-A e 1146.º do Código Civil”) e aditou um § 3 ao art. 102.º (“§ 3.º Poderá ser fixada por portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano uma taxa supletiva de juros moratórios relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas”).

O Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17.2, que foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 107/2005, de 1.7, e pela Lei n.º 3/2010, de 27.4, transpôs para o ordenamento interno a Diretiva n.º 2000/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de julho de 2000, que estabelecia medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais. Nos termos originais do art. 6.º do Decreto-Lei n.º 32/2003, a alteração do art. 102.º passou pelo seguinte:

“Há lugar ao decurso e contagem de juros em todos os atos comerciais em que for de convenção ou direito vencerem-se e nos mais casos especiais fixados no presente Código.

§ 1.º (...)

§ 2.º Aplica-se aos juros comerciais o disposto nos artigos 559.º-A e 1146.º do Código Civil.

§ 3.º Os juros moratórios legais e os estabelecidos sem determinação de taxa ou quantitativo, relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, são os fixados em portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça.

§ 4.º A taxa de juro referida no parágrafo anterior não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de Janeiro ou Julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 7 pontos percentuais”.

A Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, revogou a Diretiva n.º 2000/35/CE e reformulou as medidas para dissuadir os atrasos de pagamentos nas transações comerciais, reforçando a proteção concedida aos credores.

O Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2011/7/UE, alterou novamente o art. 102.º do CCom, mediante a modificação do § 4 (“A taxa de juro referida no parágrafo anterior não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de sete pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte”) e a introdução de um novo § 5.º (“No caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, a taxa de juro referida no parágrafo terceiro não poderá ser inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de oito pontos percentuais”).

Comercial, é a taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou de julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 7 pontos percentuais, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2. *No caso de transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, a taxa supletiva de juros moratórios, nos termos do § 3.º do artigo 102.º do Código Comercial, é a taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou de julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de 8 pontos percentuais*³⁸.

Pois bem, a simples leitura destas disposições legais e regulamentares patenteia o uso, como elementos das *facti species*, de figuras e fenomenologias como “atos comerciais” (corpo do art. 102.º do CCom), “juros comerciais” (§§ 1 e 2 do mesmo art. 102.º), “créditos de que sejam titulares empresas comerciais” (§ 3 do art. 102.º do CCom e arts. 1.º, al. a) e 2.º, n.º 1 da Portaria n.º 277/2013), “transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio” (§ 5 do art. 102.º do CCom e arts. 1.º, al. b) e 2.º, n.º 2 da Portaria n.º 277/2013). Em contraposição, ou talvez melhor, dada a sua natureza comum e a relação de *especialidade* (art. 3.º do CCom), por exclusão de partes, os juros previstos no art. 559.º do CCiv são *juros civis* (muito embora o legislador não tenha abraçado aqui qualquer designação)³⁹.

³⁸ No art. 3.º desta Portaria (bem como, aliás, no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5), prevê-se a divulgação do valor das taxas de juros moratórios por aviso da Direção-Geral do Tesouro e Finanças, até 15 de janeiro e 15 de julho de cada ano, como é o caso do Aviso n.º 13486/2021 – 2.º Semestre (que tem o seguinte conteúdo: “Em conformidade com o disposto, respetivamente, nas alíneas a) e b) do artigo 1.º da Portaria n.º 277/2013, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 163, de 26 de agosto de 2013, dá-se conhecimento que: i) A taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do § 3.º do artigo 102.º do Código Comercial, em vigor no 2.º semestre de 2021, é de 7%; ii) A taxa supletiva de juros moratórios relativamente a créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas, nos termos do § 5.º do artigo 102.º do Código Comercial e do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio, em vigor no 2.º semestre de 2021, é de 8%”).

³⁹ Não são, porém, *juros civis* todos os casos em que, por disposição legal específica, se determina a aplicação da taxa dos juros legais do art. 559.º do Cód. Civil. Vd. VICTOR HUGO VENTURA in BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário...* cit., p. 541. Por exemplo, estão em causa *juros tributários* nas previsões legais dos arts. 35.º, n.º 10 (“A taxa dos juros compensatórios é equivalente à taxa dos juros legais fixados nos termos do n.º 1 do artigo 559.º do Código Civil”) e 43.º, n.º 3 (“A taxa dos juros indemnizatórios é igual à taxa dos juros compensatórios”) da Lei Geral Tributária, conforme se conclui do art. 30.º, n.º 1 desta mesma Lei, que considera que: “*Integram*

Resulta daqui a necessidade de operar com a *natureza da obrigação principal* (da dívida de capital) de que emergem os juros para contabilizar o respetivo quantitativo em atenção às taxas pertinentes (recorde-se a formulação do art. 703.º, n.º 2 do Código de Processo Civil (CPC): “*Consideram-se abrangidos pelo título executivo os juros de mora, à taxa legal, da obrigação dele constante*”). Ora, a *natureza da obrigação subjacente aos juros moratórios*, o seu *carácter jurídico-civil ou jurídico-comercial* é, desde logo, função da respetiva *fonte*, particularmente, no que aqui se pretende fazer sobressair, do *carácter civil ou comercial do contrato* que esteja na sua origem – o que pressupõe, justamente, compreender e funcionar com a *ordenação dos contratos em civis e comerciais*, que assim se impõe como sistematização juridicamente operativa e conceptualmente imprescindível em ordem à *qualificação* da obrigação de capital e dos juros que dela emergem em caso de mora⁴⁰.

a relação jurídica tributária: a) O crédito e a dívida tributários; (...) d) O direito a juros compensatórios; e) O direito a juros indemnizatórios. Veja-se também a Lei n.º 3/2010, de 27.4, que estabelece a obrigatoriedade de pagamento de juros de mora pelo Estado pelo atraso no cumprimento de qualquer obrigação pecuniária, cujo art. 1.º dispõe: “1. O Estado e demais entidades públicas, incluindo as Regiões Autónomas e as autarquias locais, estão obrigados ao pagamento de juros moratórios pelo atraso no cumprimento de qualquer obrigação pecuniária, independentemente da sua fonte./2. Quando outra disposição legal não determinar a aplicação de taxa diversa, aplica-se a taxa de juro referida no n.º 2 do artigo 806.º do Código Civil./3. O disposto no presente artigo não é aplicável à administração fiscal, no contexto das relações tributárias, que se regem por legislação própria”.

⁴⁰ Aproveite-se para dizer que parece censurável a tese, que se encontra em alguma jurisprudência, de que a prática judiciária consolidou uma interpretação da expressão “juros legais de mora”, segundo a qual, via de regra, se designa assim somente os juros calculados de acordo com a taxa de juros civis, por oposição às taxas de juros comerciais previstas no artigo 102.º do CCom. Vd. com este entendimento o acórdão da Relação do Porto de 15.4.2013, proc. n.º 3389/08.0TJVNF-B.P1 (Luís LAMEIRAS), integralmente seguido pelo acórdão da mesma Relação de 8.3.2019, proc. n.º 7404/16.5T8PRT-A.P1 (CORREIA PINTO), em que se sustentou o seguinte: “O direito comercial é especial do direito civil. As regras comerciais têm a especificidade típica das situações particulares a que se aplicam. O direito civil, de seu turno, é o ramo geral de direito privado; aplicáveis igualmente às situações jurídicas privatísticas. Mas a relação de especialidade não é imperativa. As situações jurídicas são, via de regra, disponíveis; as partes têm liberdade para poder compor, com autonomia, os respetivos interesses. Transpondo estas ideias (que cremos acertadas) para o panorama da obrigação de juros fica a ideia de que o credor, mesmo sendo empresa comercial, pode optar, em dada situação particular, pela exigência de uma taxa moratória comercial, se a norma atributiva especial lho conceder, ou apenas pela taxa moratória civil, que é a geral. E se a situação for duvidosa, isto é, se não for evidente, inequívoco, que a norma atributiva especial (comercial) concede essa (acrescida) taxa de juros, então mais se impõe uma conduta clara, que permita inferir, para lá de toda a dúvida, que o que se quer fazer valer é o crédito especial do juro comercial, não apenas do civil. (...) O credor há-de evidenciar que pretende o juro comercial, e não o civil (artigos 236.º, n.º 1, 237.º e 238.º, n.º 1, Código Civil)”,

acrescentando-se que: “a estrita referência à taxa legal é equívoca, não permite, com conclidência e grau bastante de certeza, inferir que se está desde logo a reportar à taxa moratória comercial apenas a partir da circunstância de o credor ser uma empresa comercial. E esta equívocidade acentua-se se se ponderar que aquela forma de expressão está correntemente aliada, exatamente, ao juro civil; isto é, habitualmente na praxe judicial um pedido reportado ao juro de mora à taxa legal refere-se ao juro civil, supletivo, emergente do código civil; ao passo que, visando-se a específica e acrescida taxa comercial, é corrente explicitar-se essa intencional opção”. Também no acórdão de 3.12.2020, proc. n.º 128/17.8T8PRT-A.P1 (ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA) se sustentou: “há muito que a prática judiciária sedimentou uma contraposição diferente. Na linguagem das peças forenses como das decisões judiciais, a expressão «juros legais» ou «juros à taxa legal» pretende significar, em regra, os juros calculados à taxa comum ou normal, dita de «juros civis», por oposição aos «juros comerciais» cuja taxa particular é mais elevada como forma de incentivo à atividade comercial./Para que assim não se entenda é necessário que haja elementos que apontem em sentido diverso, entre os quais a redação do pedido ou algum conteúdo da argumentação apresentada na petição inicial, sabendo-se que o tribunal não pode, sob pena de nulidade, condenar em quantidade que exceda o pedido (artigo 609.º do Código de Processo Civil), ou seja, não pode condenar o réu a pagar juros de mora contados à taxa (legal) dos juros comerciais se o demandante tiver pedido apenas juros de mora à taxa (legal) dos juros civis (e isso independentemente de saber se podia pedir juros a taxa mais elevada)”. Veja-se ainda o acórdão da Relação do Porto de 7.10.2021, proc. n.º 8201/18.9T8PRT.P1 (PAULO DUARTE TEIXEIRA): “está também demonstrado que a autora é uma sociedade comercial e que foram peticionados juros de mora. Mas em nenhuma parte do seu articulado foi pedida ou alegada essa qualidade comercial. Por isso, são devidos apenas os juros civis, pois, cabia à autora querendo formular esse pedido de forma clara, invocando até a natureza do crédito, por forma a que, por exemplo, pudesse o Réu invocar a sua qualidade e natureza do contrato como de consumo”. Deste modo, segundo esta ideia, o uso de expressões como “juros legais” ou “juros às taxas legais” ou “juros legais de mora” sem qualquer alusão à taxa específica pela qual se pretende calcular os juros, inviabiliza atender às taxas de juros especiais, designadamente às resultantes do art. 102.º, §§ 3, 4 e 5 do CCom, pois impõe-se presumir que o autor, ao abrigo do princípio do dispositivo, renunciou à taxa mais elevada para peticionar apenas a taxa mais baixa correspondente aos juros civis. Estaria, assim, imposto por uma prática judiciária (um uso, portanto – cfr. art. 3.º, n.º 1 do CCiv), o ónus do credor especificar no petitiório, mediante fórmulas claras, a taxa específica que pretende seja utilizada para o cálculo dos juros moratórios a cujo pagamento pretende ver condenado o devedor, sob pena de se aplicar a taxa de juros civil (mais reduzida). A ideia, que parece inspirar-se num pré-juízo, infundamentado, de *favor debitoris*, deve ser rejeitada. São múltiplos os locais na lei em que se usa, sem qualquer delimitação, a expressão “taxas legais de juros de mora aplicáveis” ou semelhantes (vd., paradigmaticamente, os arts. 703.º, n.º 2 e 716.º, n.º 2 do CPC), a implicar que o Tribunal, na resolução do caso em conformidade com os parâmetros normativos relevantes, deve apreciar a natureza da obrigação de base. O pedido é a solicitação de uma providência concreta; a indagação, interpretação e aplicação das normas relativas à sua admissibilidade e ao seu deferimento ou indeferimento é matéria mais vasta, recordando-se que o que veda o n.º 1 do art. 609.º do CPC é: “A sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do que se pedir”. Ora, como é jurisprudência constante (vd., por exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19.1.2017, proc. n.º 873/10.9T2AVR.P1.S1 (TOMÉ GOMES) e

Não basta, porém, esta separação civil/comercial (cujos contornos, evidentemente, carecem de cabal delimitação, o que se debate no ponto subsequente) para decidir sobre taxas de juros moratórios, pois, conforme resulta das disposições, acima transcritas, dos §§ 3, 4 e 5 do art. 102.º do CCom, em relação aos juros moratórios legais previstos no CCom, diferenciam-se os juros moratórios legais respeitantes aos “*créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas*”, cuja taxa de juro não pode ser “*inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de sete pontos percentuais*”, e os juros moratórios legais respeitantes

da Relação de Guimarães de 29.4.2021, proc. n.º 374/19.0T8VVD.G1 (RAQUEL BAPTISTA TAVARES), “*a interpretação do pedido não deve cingir-se aos estritos dizeres da formulação do petítório, devendo antes ser conjugada com o sentido e alcance resultantes dos fundamentos da pretensão*”. Por isto, a orientação adequada é a que se encontra no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8.9.2016, proc. n.º 1665/06.5TBOVR.P2.S1 (ORLANDO AFONSO), no qual se entendeu, de modo inteiramente certo, o seguinte: “*não é a circunstância das Autoras terem utilizado na formulação do pedido as expressões “acrescida de juros legais de mora” ou “acrescida de juros legais”, em relação a cada um dos pedidos que foram objeto de condenação, que leva a considerar, por via das regras de interpretação, que apenas visaram os juros civis./É que, nos termos do art. 559.º do CC e do art. 102.º § 3 do Código Comercial, tanto são juros de mora “legais” os juros civis como os juros comerciais, sendo ambos aprovados por Portaria conjunta do Governo./Não pode, assim, interpretar-se como limitada pelo princípio do dispositivo a referência na petição inicial aos juros legais como respeitando apenas aos juros civis correspondentes à taxa de 4%, antes constituindo uma boa interpretação do pedido e uma correta qualificação jurídica da situação, a sujeição dos montantes pecuniários objeto das condenações às taxas de juros comerciais sucessivamente aplicáveis*”. Também na orientação correta, vd. o acórdão da Relação do Porto de 16.6.2020, proc. n.º 6405/12.7TBVFR.P1 (RODRIGUES PIRES): “*É certo que o autor na petição inicial, ao formular o pedido de condenação da ré no pagamento de diversas quantias pecuniárias, peticionou também que estas seriam acrescidas dos “juros à taxa legal, desde a data da citação até efetivo e integral pagamento”, pretendendo, por isso, a ré/recorrente que, ao utilizar-se esta redação, se visava apenas a consideração da taxa de juro civil, de 4%, conforme prescrito pelo art. 559.º do Cód. Civil e pela Portaria n.º 291/2003, de 8.4./Contudo, tanto são juros de mora “legais” os juros civis como os juros comerciais, a que se refere o art. 102.º, § 3.º, do Cód. Comercial, sendo ambos aprovados por portaria conjunta do Governo./Como tal, não pode interpretar-se como limitada pelo princípio do dispositivo a referência na petição inicial aos juros legais como respeitando apenas aos juros civis correspondentes à taxa de 4%, antes constituindo boa interpretação do pedido e correta qualificação jurídica da situação, a sujeição dos montantes pecuniários objeto da condenação às taxas de juros comerciais sucessivamente aplicáveis./Solução que é, de resto, caucionada pelo art. 5.º, n.º 3 do Cód. de Proc. Civil, que estatui não estar o juiz sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito e também pela circunstância, já aflowerada, de no caso dos autos estarem em apreciação obrigações provenientes de um contrato celebrado entre uma sociedade comercial e um agente comercial, daí decorrendo a sua inequívoca natureza comercial*”.

às “transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio”, cuja taxa de juro não pode ser “inferior ao valor da taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efetuada antes do 1.º dia de janeiro ou julho, consoante se esteja, respetivamente, no 1.º ou no 2.º semestre do ano civil, acrescida de oito pontos percentuais”⁴¹.

Para elucidação da noção, convocada no § 5 do art. 102.º do CCom, de “transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013”⁴², cabe, evidentemente, atentar na *lex specialis* que resulta deste diploma, que, como já se

⁴¹ As afirmações no texto reportam-se apenas ao Código Comercial, não cuidando, como acima se referiu, de outros regimes especiais ou especialíssimos. Exemplifique-se com o Decreto-Lei n.º 118/2010, de 25.10 (com as alterações por último introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 76/2021, de 27.8) que define os prazos de vencimento máximos para efeitos da obrigação de pagamento do preço nos contratos de compra e venda ou de fornecimento de produtos agrícolas e alimentares e procede à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva (UE) n.º 2019/633, de 17 de abril de 2019, relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar (respetivo art. 1.º), que é aplicável, nos termos do art. 2.º, n.º 1, als. a) e b), aos “contratos celebrados com fornecedores singulares ou coletivos do setor agroalimentar cujo volume de negócios anual não exceda os 350 milhões de euros, na aceção do anexo à Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio de 2003, independentemente do Estado-Membro da União Europeia em que estejam estabelecidos, bem como às organizações de produtores e respetivas associações, reconhecidas nos termos da Portaria n.º 298/2019, de 9 de setembro” e a “todos os contratos celebrados com compradores singulares ou coletivos de produtos agrícolas e alimentares ou agrupamentos destes, independentemente do Estado-Membro da União Europeia em que se encontrem estabelecidos, ou com compradores que sejam entidades públicas, entendendo-se como tal os serviços e entidades que integram a administração direta, indireta e autónoma do Estado, incluindo os serviços e entidades da administração regional, local e associações públicas sujeitos a um regime de direito público”, cujo art. 5, n.º 1 prescreve que: “O incumprimento da obrigação de pagamento do preço no prazo de vencimento referido no artigo 3.º-A faz acrescer à taxa supletiva de juro moratório fixada nos termos do artigo 102.º do Código Comercial ou à taxa de juro convencionalizada o montante de 2%”.

⁴² Na sequência do disposto no art. 10.º deste Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5, esta noção é também relevante para a aplicação da providência de injunção prevista no Regime dos procedimentos destinados a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior a €15 000, aprovado, em anexo, pelo Decreto-Lei n.º 269/98, de 1.9 (com as alterações posteriores), dado que o seu art. 7.º considera “injunção a providência que tem por fim conferir força executiva a requerimento destinado a exigir o cumprimento das obrigações a que se refere o artigo 1.º do diploma preambular, ou das obrigações emergentes de transações comerciais abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro” [atual Decreto-Lei n.º 62/2013, cfr. respetivo art. 13.º, n.º 2] e o seu art. 10.º, n.º 2, al. g) impõe que no requerimento de injunção se indique, quando for caso disso, “que se trata de transação comercial abrangida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, na sua redação atual, ou pelo Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio”.

notou⁴³, procedeu à transposição para a ordem jurídica nacional da Diretiva n.º 2011/7/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece medidas contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais, medidas estas que incidem, para além da taxa dos juros moratórios legais (§ 5 do art. 102.º do CCom e arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 62/2013), no direito a uma indemnização (no valor mínimo de €40,00) pelos custos da cobrança da dívida (art. 7.º do referido Decreto-Lei), na constituição automática do devedor em mora (*mora ex re, dies interpellat pro homine*), sem necessidade de interpelação (arts. 4.º, n.ºs 2 e 3 e 5.º, n.º 4 do mesmo diploma), na previsão de prazos específicos de pagamentos (arts. 4.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5, 5.º, n.ºs 1, 2 e 3) e na proibição de cláusulas contratuais ou práticas comerciais abusivas em sede de fixação de datas de vencimento ou prazos de pagamento e de taxas de juros de mora (art. 8.º do referido Decreto-Lei).

Ora, o Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5, que tem como âmbito de aplicação “*todos os pagamentos efetuados como remuneração de transações comerciais*” (art. 2.º, n.º 1), do qual exclui expressamente os “*contratos celebrados com consumidores*” (art. 2.º, n.º 2, al. a)), define *transação comercial* como “*uma transação entre empresas ou entre empresas e entidades públicas destinada ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços contra remuneração*” (al. b) do art. 3.º), *empresa* como “*uma entidade que, não sendo uma entidade pública, desenvolva uma atividade económica ou profissional autónoma, incluindo pessoas singulares*” (al. d) do art. 3.º), *entidade pública* como “*uma entidade adjudicante definida no artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, independentemente do objeto ou do valor do contrato*” (al. c) do art. 3.º), *atraso de pagamento* como “*qualquer falta de pagamento do montante devido no prazo contratual ou legal, tendo o credor cumprido as respetivas obrigações, salvo se o atraso não for imputável ao devedor*” (al. a) do art. 3.º) e *juro de mora legal* como “*o juro legal por atraso de pagamento cuja taxa é fixada nos termos previstos no Código Comercial, sujeita ao limite mínimo previsto no parágrafo 5 do artigo 102.º*” (al. f) do art. 3.º).

Muito embora, em conformidade com o art. 2.º da Diretiva 2011/7, se tenham expressamente consagrado estas definições legais em vista à fixação do campo de ação das estatuições prescritas, há que reconhecer que os seus termos não se mostram autossuficientes, não disciplinando de modo exauriente e preciso (admitindo que isso fosse viável) todas as questões que podem emergir nesta sede. Em particular, a decisiva noção de “*transação*

⁴³ Vd. *supra* nota 37.

comercial” enunciada na Diretiva 2011/7 e no Decreto-Lei n.º 62/2013, para além da demarcação dos sujeitos das relações contratuais correspondentes como empresas (privadas ou públicas), profissionais liberais e entidades públicas, e da exclusão dos consumidores, e outrossim da referência ao fim contratual de fornecimento de bens ou de prestação de serviços contra remuneração, deixa em aberto uma substanciação precisa destas fenomenologias⁴⁴, com a subsequente necessidade de solucionar problemas de confins definitórios (por exemplo, a noção de transação inclui, nos mesmos moldes, os contratos de execução instantânea, que têm como objeto o fornecimento individual e imediato de bens ou serviços mediante o pagamento de um preço, portanto, operações comerciais ocasionais (*discrete transactions*), e os contratos duradouros, de execução permanente ou sucessiva, de fornecimento de bens e de serviços assentes numa relação estável entre empresas ligadas por vínculos económicos e por programas negociais de realização de resultados comuns ou partilháveis (*relational contracts*⁴⁵); o fornecimento de bens ou serviços não tem que ser a finalidade contratual exclusiva, bastando que seja predominante?; a caracterização de empresa

⁴⁴ O acórdão do TJUE de 9.7.2020, RL, C-199/19, depois de assinalar que a Diretiva 2011/7 “*enuncia dois requisitos para que uma transação esteja abrangida pelo conceito de «transação comercial», na aceção desta disposição*”, a saber, “*Em primeiro lugar, deve ser efetuada entre empresas ou entre empresas e entidades públicas e, em segundo lugar, deve dar origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra remuneração*” (n.º 24), entendeu, quanto ao requisito atinente a “*dar origem ao fornecimento de mercadorias ou à prestação de serviços contra remuneração*”, que “*esta diretiva não contém uma definição dos conceitos de «fornecimento de mercadorias» e de «prestação de serviços» nem remete para o direito dos Estados-Membros para os definir*”, pelo que “*esses conceitos devem ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme em toda a União Europeia, tendo em conta as exigências da aplicação uniforme do direito da União associadas ao princípio da igualdade*”, constituindo “*conceitos autónomos do direito da União, cujo alcance não pode ser determinado por referência aos conceitos conhecidos do direito dos Estados-Membros ou das classificações operadas no plano nacional, mas tendo simultaneamente em conta os termos, o contexto e os objetivos da disposição que as prevê*” (n.º 27). Este acórdão decidiu, então, que um contrato de locação cuja prestação principal consiste na entrega de um bem imóvel, a título oneroso, mas sem transferência de propriedade, para efeitos da utilização por um período determinado ou indeterminado, como sucede num contrato de arrendamento comercial, é suscetível de dar origem a uma transação comercial na aceção do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2011/7 (n.º 34).

⁴⁵ Vd., entre nós, para uma detalhada análise da autonomização, em contraposição aos “*discrete contracts*”, do modelo dos “*relational contracts*”, bem como das figuras conexas dos contratos “*complexos de longa duração*”, “*incompletos*” “*simbióticos*” e “*de rede*”, FERREIRA PINTO, *Contratos de distribuição. Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Lisboa, Universidade Católica, 2013, pp. 111 a 128.

como “entidade” implica que se prescinde de uma base organizacional sólida e consistente para o desenvolvimento da atividade económica?).

Não vamos cuidar neste momento destas questões (embora adiante-mos que nos parece que as respostas devem ser positivas), chegando, para os fins do presente excursus, afirmar que, inquestionavelmente, estão compreendidos pela disciplina organizada por este diploma e logo pelas taxas de juro a que se refere o § 5 do art. 102.º do CCom, por constituírem “transações comerciais”, quaisquer contratos, seja qual for o seu tipo legal ou social⁴⁶, que comportem o fornecimento de bens ou a prestação de serviços mediante o pagamento de um preço *quando concluídos entre empresas ou entre empresas e entidades públicas* no exercício da respetiva atividade para os seus fins próprios, abrangendo-se, pois, as obrigações pecuniárias que constituem o corresponsivo do fornecimento de bens ou da prestação de serviços. *Empresas*, para efeitos deste regime, são quaisquer entidades (máxime unidades económicas organizadas) que se dediquem a uma atividade económica ou profissional autónoma, o que compreende entidades que não são caracterizadas económica ou juridicamente como mercantis (cfr. arts. 13.º, 14.º e 230.º, § 1 do CCom), como ocorre com as que desenvolvem atividades agrícolas, da pecuária, de artesanato, e com as profissões liberais (sujeitas a estatuto regulatório e deontológico próprio) como a advocacia, a arquitetura ou a medicina⁴⁷. Perante obrigações pecuniárias remuneratórias emergentes de tais contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços entre empresas, entre profissionais liberais, entre empresas e profissionais liberais, entre empresas e entidades públicas e entre profissionais

⁴⁶ Como observa ANA AFONSO, “A obrigação de juros comerciais depois das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro” in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 12 (2007), p. 181 e pp. 182-183: “A utilização do termo “transação comercial” não designa (...) um específico tipo contratual, mas antes um esquema genérico capaz de abranger todos os contratos que tenham um determinado objeto e que sejam celebrados entre determinados sujeitos”; “O conceito de transação comercial não constitui pois um específico tipo contratual, mas antes uma qualificação que acresce a um tipo específico e que determina o regime da respetiva obrigação contratual de pagamento do preço. Em tudo o mais, rege a disciplina do tipo contratual”.

⁴⁷ Vd. ANA AFONSO, “A obrigação de juros comerciais...” cit., pp. 183-184, 190; JANUÁRIO GOMES, *Contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 76. Na Diretiva n.º 2011/7/UE, o considerando (10) declara expressamente que: “O facto de as profissões liberais estarem abrangidas pela presente diretiva não obriga os Estados-Membros a tratá-las como empresas ou comerciantes para fins diferentes dos previstos no âmbito de aplicação da presente diretiva”.

liberais e entidades públicas vale, quando se verifique a mora no seu cumprimento, a taxa de juros apontada pelo § 5 do art. 102.º do CCom.

Pois bem, dado que o § 5 do art. 102.º remete para “a taxa de juro referida no parágrafo terceiro”, e o § 4 do mesmo art. 102.º ressalva “o disposto no parágrafo seguinte”, as “transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013” implicam, naturalmente, *créditos na titularidade de empresas comerciais, singulares ou coletivas*, derivando, portanto, daquelas transações uma modalidade particular destes créditos, os quais envolvem uma taxa mais elevada de juros *comerciais* em caso de mora.

Nesta base, adite-se que se afigura que a interpretação da noção de “*empresas comerciais, singulares ou coletivas*” do § 3 do art. 102.º do CCom deve acompanhar a caracterização de “*empresa*” da al. b) do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5. Nesta medida, estão abrangidos naquela previsão os créditos, inseridos no exercício da respetiva atividade, de que sejam titulares comerciantes em nome individual, sociedades comerciais e demais entidades que exerçam profissionalmente o comércio (em sentido jurídico), mas incluem-se ainda os créditos de empresas não comerciais ou civis e de profissionais liberais, igualmente no âmbito da sua atividade económica⁴⁸.

Ora, o núcleo integrante desta figura das “*transações comerciais*”, assim acolhida, por influxo europeu, pelo CCom no § 5 do art. 102.º, se mostra bem a necessidade de separar contratos “civis” (que não envolvem, como parte ou partes contratuais, empresas na aceção legal referida) de contratos “comerciais” (empresariais na dita aceção) para efeito das taxas legais de juros moratórios, põe, ao mesmo tempo, em realce que a demarcação tradicional do *comércio em sentido jurídico* e da *empresa comercial* que foi acolhida, em geral, pelo CCom, conforme resulta das delimitações qualificativas presentes no respetivo art. 230.º, que conduzem a excluir, designadamente, as atividades agrícola e artesanal, bem como as profissões liberais regulamentadas, não tem forçosamente valia para todas as matérias disciplinadas pelo Código, pois, precisamente, para os efeitos do art. 102.º, §§ 3, 4 e 5, depara-se com um universo de entidades interessadas mais vasto⁴⁹.

⁴⁸ Vd. assim, ANA AFONSO, “A obrigação de juros comerciais...” cit., pp. 176 e 195-196; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 73. Relembre-se que, como se indicou na nota 37, o art. 102.º do CCom encontra-se desde o Decreto-Lei n.º 32/2003 influenciado pelas soluções do Direito Europeu quanto ao atraso de pagamento das transações comerciais. Vd. ainda o que se escreve abaixo no texto.

⁴⁹ Como aponta JANUÁRIO GOMES, *últ. ob. cit.*, p. 76, temos aqui um domínio em que “a comercialidade relevante extravasa as fronteiras do comercial em sentido estrito, abrangendo

A conclusão dogmática óbvia, logo acima acenada (vd. *supra* n.º 4), é que a repartição contratos civis/contratos comerciais não pode deixar de ser animada pelas regras cuja concretização jurisdicional ou desenvolvimento doutrinal se intenta, o que significa que, muitas vezes, se correlacionará rigidamente com o contexto normativo em que surja (como sucede, justamente, com a matéria dos juros legais de mora). Por outras palavras, a dicotomia contratos civis e contratos comerciais não é rigidamente marcada, mas antes se mostra *móvel*.

E análoga *mobilidade* e *contextualidade* não se pode deixar de ajuizar quando se passa à *tricotomia contratos civis, comerciais e de consumo*, como igualmente este campo dos juros legais de mora possibilita ilustrar.

Como se viu, o Decreto-Lei n.º 62/2013 exclui expressamente do seu âmbito de aplicação, atinente a “*todos os pagamentos efetuados como remuneração de transações comerciais*” (art. 2.º, n.º 1), os “*contratos celebrados com consumidores*” (art. 2.º, n.º 2, al. a)). Na Diretiva n.º 2011/7/UE, que este diploma transpõe, esta exclusão é objeto de uma singela alusão no considerando (8) (“*A presente diretiva não deverá regulamentar as transações com os consumidores (...)*”), mas nenhuma dúvida existe da sua saliência regulativa, conforme o manifestam as caracterizações apresentadas pelo Tribunal de Justiça sobre o âmbito de aplicação da Diretiva n.º 2011/7/UE, que fazem sempre apelo a que a disposição do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2011/7, “*deve ser interpretada à luz dos considerandos 8 e 9 desta diretiva, dos quais resulta que a mesma visa todos os pagamentos efetuados para remunerar transações comerciais, incluindo as realizadas entre empresas privadas [ou incluindo transações comerciais entre empresas e entidades públicas], e com exclusão das transações efetuadas com os consumidores e de outros tipos de pagamentos*” (vd. acórdãos do TJUE de 9.7.2020, RL, C-199/19, n.º 22 e de 28.11.2019, Kroll, C-722/18, n.º 31).

Surge, então, explicitamente nominada pela lei, em sede dos juros moratórios próprios das “*transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013*”, a categoria dos *contratos com consumidores*, que aparece, assim, com perfil próprio. Note-se que a expressa determinação pelo Decreto-Lei n.º 62/2013 de que as transações comerciais não compreendem contratos com consumidores é profícua, porquanto estes contratos celebrados com consumidores não estão imediatamente afastados do âmbito de aplicação

operações económicas ou profissionais não estritamente comerciais”. Também neste sentido MARIA ELISABETE RAMOS, *Direito Comercial e das Sociedades entre as empresas e o mercado*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 55.

do regime pela consideração estrita da caracterização definitiva de “*transações comerciais*” – ao contrário do que se poderia *prima facie* pensar⁵⁰ – pois se o consumidor for simultaneamente um empresário ou um profissional só o escopo da atuação do sujeito permite afastar a subsunção ao conceito de transações comerciais. Com efeito, quando esteja em causa uma pessoa singular que exerce uma atividade empresarial ou profissional, as relações contratuais que estabeleça com empresas para aquisição de bens ou de serviços poder-se-iam considerar, à primeira vista, interempresariais, assentes em contratos comerciais ou profissionais bilaterais; todavia, não constituem “*transações comerciais*”, e sim *contratos celebrados por consumidor*, sempre que essa pessoa singular profissional ou empresário destine os bens ou serviços adquiridos, não a uma utilização no âmbito da sua atividade económica, mas para intuitos a isso alheios, de natureza pessoal ou familiar.

Em suma, as transações comerciais a que se reporta o Decreto-Lei n.º 62/2013, como resulta explicitamente da delimitação negativa realizada pelo seu art. 2.º, n.º 2, al. a), não envolvem nunca, como contraparte contratual, quem, seja qual for a sua atividade, atue, no contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços em causa, como consumidor. E consumidor, na caracterização mais geral, é a pessoa que contrata exteriormente à sua atividade profissional, portanto, para fins não profissionais (recorde-se, para já, a noção constante do art. 2.º, n.º 1 da LDC, segundo a qual “[c]onsidera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caracter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”)⁵¹.

⁵⁰ Vd., com este entendimento (embora em relação ao anterior Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17.2), que não se acolhe, o acórdão da Relação de Coimbra de 12.2.2019, proc. n.º 4931/18.3T8CBR-A.C1 (MARIA TERESA ALBUQUERQUE), o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.6.2013, proc. n.º 2358/10.4TJLSB.L1.S1 (JOÃO CAMILO) e o acórdão da Relação de Coimbra de 19.10.2010, proc. 286652/08.0YIPRT.C1 (JOSÉ EUSÉBIO ALMEIDA), de que resgamos a seguinte citação: a “*exclusão expressa dos “consumidores” é redundante, no preciso sentido de per si nada acrescentar à interpretação da aplicabilidade do diploma, na precisa medida em que o DL. 32/2003 define positivamente o seu âmbito; dito de outro modo, entendemos que o diploma em apreço não é aplicável aos consumidores e não seria mesmo que o não dissesse*”.

⁵¹ No sentido de que, para os efeitos deste diploma, consumidor é a pessoa singular que adquire bens ou serviços para satisfação das suas necessidades pessoais ou familiares, fora do domínio da respetiva atividade profissional, vd. ANA AFONSO, “*Sobre o âmbito de aplicação da obrigação de pagamento de juros de mora comerciais*” in Revista do CEJ, n.º 1 (2015), p. 9-32 [n.º 2, nota 7].

Mas, dito isto, cabe logo constatar que esta autonomização da categoria dos *contratos com consumidores* tem que ser devidamente disposta e organizada, exigindo, precisamente, que a sua concretização jurídica e o modo como se aparta ou se sobrepõe às figuras dos contratos civis e comerciais ocorra no *espaço normativo de referência*. Deixando para mais adiante a ponderação sobre os contornos da figura dos contratos com consumidores, é possível, prosseguindo ainda e sempre com o domínio que temos estado a percorrer dos juros moratórios legais, testificar já a relevância da área pragmática de enquadramento.

Basta destacar que, se sobre as obrigações pecuniárias remuneratórias resultantes de contratos com consumidores não incidem, pelo atraso de pagamento, os juros à taxa prevista pelo § 5 do art. 102.º do CCom, isso não significa que não se sujeitem a *juros comerciais* nos termos do art. 102.º do CCom. É que se os contratos com consumidores não se reconduzem ao disposto no § 5 do art. 102.º, por estarem excluídos da noção de “*transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013*”, já se subsumem às previsões dos § 3 e 4 do mesmo artigo 102.º, por força do regime dos *atos de comércio mistos ou unilateralmente comerciais*.

Note-se, preliminarmente, que o âmbito material destes dispositivos dos §§ 3 e 4 do art. 102.º do CCom, por se reportarem aos “*créditos de que sejam titulares empresas comerciais, singulares ou coletivas*”, abrange, ressalvada uma norma especial em sentido diferente, todas as situações jurídicas creditórias⁵², seja qual for a sua fonte, negocial ou extra-negocial, de que sejam

⁵² Constitui *ius controversum* saber se se deve entender, por força da *ratio legis*, que estão sujeitas às taxas de juro comerciais as situações debitórias incidentes sobre empresas singulares ou coletivas, advenientes do exercício da sua atividade, em que o credor não possua natureza empresarial ou profissional. No sentido positivo, ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda cit.*, pp. 625 e segs., escreve: “quanto ao seu âmbito material, o regime do art. 102.º, § 3 do CCom deve considerar-se aplicável, em princípio, a todas as obrigações comerciais, sejam estas ativas ou passivas (créditos e débitos comerciais), contratuais ou extracontratuais (de fonte negocial ou delitual) e puras ou mistas (bilateral e unilateralmente comerciais)”. No mesmo sentido, considerando que o § 3 do art. 102.º permite a cobrança de juros sempre que seja credora ou devedora uma empresa comercial singular ou coletiva, vd. JOSÉ JOAQUIM BARROS, “*Regime geral dos actos de comércio*” in FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA, *As operações comerciais*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 10-92 [pp. 82-83]. Diferentemente, ANA AFONSO, “*Sobre o âmbito...*” cit., n.º 3, sustenta, embora com dúvidas, que “deve preferir-se uma interpretação mais próxima da letra da lei que requer a qualidade de empresa comercial (sujeito que atua no âmbito do exercício da respetiva atividade comercial) do credor e exclui a cobrança de juros de mora à taxa fixada no § 4 nas hipóteses em que a devedora é comerciante (*rectius* empresa comercial), mas o credor atua à margem do exercício de

titulares pessoas físicas ou coletivas detentoras de uma empresa e que resultem do exercício da sua atividade económico-empresarial⁵³.

Diga-se, então, seguidamente, que, quando estiverem em causa créditos emergentes de *contratos unilateralmente comerciais ou mistos*, em que uma das partes seja um consumidor – constituindo, pois, do lado de um contraente, um contrato comercial, e do lado do outro contraente, um contrato de consumo, como sucede, por exemplo, com as compras a comerciantes de coisas móveis destinadas ao uso ou consumo do comprador ou da sua família, nos termos dos arts. 2.º, 2.ª parte, 463.º, n.º 3 e 464.º, n.º 1 do CCom – a taxa de juros a aplicar à mora incorrida pelo devedor consumidor é a taxa de juros comercial dos referidos §§ 3 e 4 do art. 102.º do CCom (e não a taxa de juros civil do art. 559.º, n.º 1 do CCiv), por força do art. 99.º do CCom, segundo o qual: “*Embora o ato seja mercantil só com relação a uma das partes será regulado pelas disposições da lei comercial quanto a todos os contratantes, salvas as que só forem aplicáveis àquele ou àqueles por cujo respeito o ato é mercantil (...)*”. Vigorando, entre nós, em termos gerais, o *sistema da unidade com preferência do regime comercial* para os *contratos mistos ou unilateralmente comerciais*, um dos casos da sua aplicação é precisamente o dos juros de mora comerciais dos §§ 3 e 4 do art. 102.º do CCom, valendo, pois, as taxas correspondentes para ambos os contraentes de contratos unilateralmente comerciais, mesmo que um deles seja um consumidor. Não se depara, neste circunstancialismo, com contratos entre empresas que, como tal, configurem as “*transações comerciais sujeitas ao Decreto-Lei n.º 62/2013*”, mas isso não obvia à aplicação do art. 102.º do CCom, especificamente dos seus §§ 3 e 4, o que bem se compreende já que se trata, com tais dispositivos, da proteção do

empresa comercial”, considerando que a finalidade do art. 102.º “é tutelar o credor comerciante e não o credor do comerciante”.

⁵³ Como escreve ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda* cit., pp. 625 e segs.: “(...) o regime dos juros comerciais é indistintamente aplicável a todas as obrigações comerciais tenham estas por fonte contratual ou negocial (máxime, contratos e negócios unilaterais) ou fonte extracontratual ou aquiliana (máxime, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, gestão de negócios). Sem dúvida que o setor de incidência mais significativo dos juros comerciais diz respeito aos juros moratórios das obrigações comerciais emergentes de contratos (...); mas é também conhecida a sua relevância no domínio da responsabilidade por facto ilícito, dos negócios unilaterais, do enriquecimento sem causa ou da gestão de negócios. Aspecto específico, mas relevante, é que decisivo é a natureza jusmercantil da obrigação subjacente, e não o evento jusnegocial desencadeador dos juros moratórios: assim, em caso de resolução de um contrato comercial, o atraso na restituição dará lugar à cobrança de juros comerciais, e não de juros civis”.

credor comerciante e não da tutela do consumidor devedor em mora, o qual está incluído, como em regra qualquer outro devedor de obrigações resultantes de atos comerciais, no círculo de atração do art. 99.º do CCom⁵⁴.

⁵⁴ Vd., assim, ENGRÁCIA ANTUNES, *A moeda cit.*, pp. 629-630 que argumenta com as seguintes razões que nos parecem irrefutáveis: i) a regra geral do art. 99.º do CCom não foi atingida pelo art. 2.º, n.º 2, a) do Decreto-Lei n.º 62/2013, nem este preceito se pode configurar como “exceção elegível nos termos da parte final do citado art. 99.º”; ii) à exclusão prevista no indicado art. 2.º não pode ser “imputado o sentido de uma limitação do regime geral do art. 102.º, § 3 do CCom inspirada no desígnio da proteção dos consumidores”, “nem tal lei tem por objetivo, sequer remoto, a defesa dos interesses dos consumidores (mas antes o combate à morosidade do pagamento nas transações entre empresários), nem tão pouco menciona qualquer alteração ao âmbito de aplicação dos § 1 a 4 do art. 102.º do CCom”. Na jurisprudência refirmam-se, por exemplo, o acórdão da Relação de Coimbra de 12.2.2019, proc. n.º 4931/18.3T8CBR-A.C1 (MARIA TERESA ALBUQUERQUE): “*nos atos de comércio unilaterais estabelecidos com consumidores, quando este resulte condenado, são devidos juros comerciais e não civis, na medida em que o DL 32/2003 – hoje substituído pelo DL 62/2013 de 10/5, que revogou aquele, exceto os seus arts 6.º e 8.º, mantendo-o ainda em vigor no que respeita aos contratos celebrados antes da sua entrada em vigor – não teve como objetivo com a alteração a que procedeu no art. 102.º do CCom alterar o âmbito subjetivo de aplicação desta norma*”; o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 4.10.2017, proc. n.º 372/11.1TBPTL.G1 (ANTÓNIO PENHA); o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.6.2013, proc. n.º 2358/10.4TJLSB.L1.S1 (JOÃO CAMILO): “*Na falta de alteração do disposto no referido art. 99.º se tem de entender que o regime previsto no decreto-lei n.º 32/2003 não é aplicável aos consumidores, mas o disposto no art. 102.º do Cód. Comercial na nova redação dada pelo mesmo diploma legal se aplica a todos os atos comerciais previstos em geral na lei comercial, em que se incluem as transações em que uma das partes sejam um consumidor*”; “*o regime legal deste decreto-lei é aplicável às transações comerciais elencadas nos seus arts. 2.º e 3.º, em que se não compreende as transações celebradas com consumidores, mas a alteração do art. 102.º do Cód. Comercial também levada a cabo naquele decreto-lei, porém, aplica-se a todas as transações comerciais, pois este art. 102.º é aplicável a essa generalidade de transações e não apenas às transações previstas no referido decreto-lei*”; “*aponta no mesmo sentido a razão de ser da existência de uma taxa de juros de mora especial para as atividades comerciais que consiste numa proteção do comerciante credor, mas nada tem a ver com a proteção do consumidor que entrando em mora, se vê na situação de qualquer devedor de atos comerciais, nos termos do art. 99.º referido. O decreto-lei em apreço não visou proteger os consumidores, mas tão somente proteger os comerciantes em determinadas transações comerciais – que se não estabelecem com consumidores –, mas sem ter qualquer intenção de adotar meios protecionistas dos consumidores inexistentes no regime legal anterior*”; e o acórdão da Relação de Coimbra de 19.10.2010, proc. 286652/08.0YIPRT.C1 (JOSÉ EUSÉBIO ALMEIDA) em que, depois de se observar que: “*o revisto artigo 102.º passou a valer para as transações comerciais previstas na LAP e continua a valer, em geral, para os atos comerciais, mesmo os relativamente comerciais*”, se considerou o seguinte: “*Em nenhum diploma de defesa do consumidor se disciplina a questão dos juros moratórios: por definição, eles traduzem uma sanção (ou compensação ao credor) pela falta de cumprimento tempestivo. A defesa do consumidor tem cabal entendimento quando se refere a matérias como os deveres pré-contratuais, a formação do contrato, o conteúdo do contrato e os seus efeitos ou vicissitudes, como a responsabilidade*

9. Já vai longo este excursus, mas serviu para evidenciar, desde logo, a radicação normativa da distinção dos contratos em *civis*, *comerciais* e de *consumo* (ou *com consumidor*) e a necessidade da correspondente qualificação, seja qual for o modo em que se organize o seu conteúdo e sentido (a seguir examinado), para lidar com regimes jurídicos e resolver casos concretos com base nas regras aplicáveis, mas também a complexidade e mobilidade da sua operação e materialização: o exemplo dos juros moratórios legais demonstra, com clareza, a relevância de apurar se um certo contrato em concreto deve ser *qualificado* como *civil*, *comercial* ou de *consumo*, pois daí advém uma razão fundamentadora de uma regulação específica consistente na diferente taxa de juros aplicável em função da natureza das obrigações de

do produtor ou o direito ao arrendimento. Porém, a mora é “um atraso ilicitamente provocado pelo devedor”, é “uma violação voluntária de certa norma jurídica”, onde, salvo o devido respeito, mal se entenderá um regime de proteção. Em sentido contrário à cobrança de juros de mora comerciais no atraso do pagamento de bens fornecidos a consumidores, vd. ANA AFONSO, “A obrigação de juros comerciais...” cit., p. 196 e “Sobre o âmbito...” cit., n.º 3.1., que apela a uma interpretação atualista baseada no disposto nos Decretos-Leis n.ºs 32/2003 e 62/2013, bem como PAULO MOTA PINTO/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Capitalização de juros moratórios” in RLJ, ano 148, n.º 4016 (Maio/Junho 2019), pp. 272-315 [pp. 308 a 310] que defendem que: “as razões que levam a afastar o regime especial das transações comerciais das relações com consumidores procedem também aqui [nos créditos de que sejam titulares empresas comerciais previstos nos § 3 e 4 do art. 102.º do CCom]: não há razões de tutela especial do credor comerciante face ao devedor consumidor, cujo estatuto perante o direito é, antes, o de sujeito carecido de proteção”. Para esta tese, os § 3 e 4 do art. 102.º do CCom ficariam praticamente esvaziados de aplicação por se limitarem apenas a dívidas restitutórias e indemnizatórias entre empresas comerciais. O ponto, como resulta das referências antecedentes, é que estes normativos, pela sua *ratio* e pela sua letra, não consentem tal leitura, que obnubila a autonomização de duas taxas de juros moratórios diferentes (especial e especialíssima, se se quiser), para a mora em relação a créditos das empresas comerciais e em relação a obrigações pecuniárias de “transações comerciais”. Por isto, não se pode acolher o entendimento subscrito pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.5.2020, proc. n.º 1330/12.4TVLSB.L2.S1 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), que amalgama indevidamente as hipóteses legais do § 3 e do § 5 do art. 102.º do CCom, segundo o qual: “A taxa legal de juros moratórios prevista no artigo 102.º, § 3, do Código Comercial, relativamente aos créditos de que sejam titulares empresas, no sentido do artigo 3.º, al. d) do DL n.º 62/2013, não é aplicável a devedores consumidores, aqui incluídas entidades não empresariais, que não exercem qualquer atividade económica como profissão, vencendo, portanto, a dívida em causa nestes autos apenas juros civis”. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.11.2021, proc. n.º 557/16.4T8PNF.P1.S1 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR) perseverou nesta tese, que se afigura equivocada, sustentando que: “a obrigação de pagamento de juros pelo devedor-consumidor ao comerciante é regulada pelo regime geral da lei civil, tendo o consumidor que pagar, na hipótese de atraso no cumprimento da obrigação, os juros de mora decorrentes do artigo 559.º do Código Civil e não os juros comerciais”.

base (art. 551.º do CCiv e §§ 3, 4 e 5 do art. 102.º CCom); o exemplo patenteia ainda, ao mesmo tempo, a problemática da ocorrência de situações de sobreposição, com diluição da autonomia inicial, por força do regime unitário dos *contratos unilateralmente comerciais*, que é comercialmente orientado, dada a consunção do elemento regulativo civil pelo regime comercial (art. 99.º do CCom).

É tempo de deixar o *exemplum* e centrar a análise nesta categorização dos contratos em civis, comerciais e de consumo à face do nosso ordenamento privatístico, não sem consignar que, como resulta do exposto, neste domínio dos juros moratórios legais irrompem já essas execráveis expressões e siglas, infelizmente hoje disseminadas, para designação das figuras contratuais dos contratos entre empresas (*business to business – B2B*), dos contratos entre empresas e entidades públicas (*business to administration – B2A*) e dos contratos entre empresas e consumidores (*business to consumer – B2C*).

IV. Contratos civis e comerciais – exame da categorização

A. Contratos civis e comerciais – delimitação inicial

10. Procurou-se com o excursus anterior evidenciar como as categorias dos contratos civis, comerciais e de consumo, nas suas dimensões lexical, conceptual e pragmática, possuem solidez enquanto elementos constituintes ou direcionadores de normatividades jurídicas, no caso quanto à determinação do particular efeito jurídico da taxa legal aplicável aos juros de mora. Importa, agora, ponderar em substância o conteúdo dessas categorias, inquirindo sobre a viabilidade de uma tal classificação, mesmo que tenha que ser variadamente conformada em atenção aos seus contextos de enquadramento.

É inelutável, por razões históricas e sistemáticas, principiar pela ramificação *contratos civis/contratos comerciais*.

Pois bem, quando se mobiliza a visão para as conjunções legais envolvidas nessa repartição, salta imediatamente aos olhos que o ponto de partida para a apreensão destas categorias contratuais é constituído pela separação entre o Código Civil de 1966 e o Código Comercial de 1888, separação que continua a vigorar persistentemente no nosso ordenamento, com uma precisa conformação histórica, ao contrário do que sucedeu noutros espaços, em que se verificou o evento histórico-legislativo da fusão dos códigos ou dos diplomas legais, mediante a unificação da matéria tradicionalmente

tida como comercial com a matéria civil numa global codificação civil ou privatística⁵⁵.

É revelador notar, a este respeito, que se, por um lado, o art. 1.º do CCom declara que a “*lei comercial rege os atos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm*” e o art. 2.º, do mesmo Código, estabelece que são considerados atos de comércio “*todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código*”, por outro lado, o art. 405.º, n.º 1 do CCiv – preceito que consagra o princípio capital do campo obrigacional da liberdade contratual – estabelece que: “*Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*” (n.º 1). Repare-se que, por indicação do Código Comercial, são atos de comércio regidos pela *lei comercial* todos os *especialmente regulados* no próprio *Código Comercial* e que, por indicação do Código Civil, os contratos que, ao abrigo da liberdade contratual, na vertente da liberdade de seleção e modelação do tipo contratual, as partes podem celebrar em termos *atípicos* comparam e diferenciam-se em referência aos contratos *previstos neste mesmo Código Civil*

⁵⁵ Caso paradigmático é o Código Civil italiano de 1942. Mas lembre-se o exemplo antecedente da Suíça cujo Código Federal das Obrigações de 1881 procedeu à integração formal do Direito das Obrigações civil e comercial, o que se manteve com o Código Civil de 1907, que incorporou, por força da *Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, como Livro V, uma versão revista daquele Código das Obrigações. Mais recentemente, são casos de unificação o Código Civil neerlandês de 1992 e o Código Civil brasileiro de 2002. Vd. MARTA MARTINS DA COSTA, *Da compra e venda comercial. Aspectos de regime que permitem sustentar uma existência substancialmente autónoma para o Direito Comercial*. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 39 e segs.; EVARISTO MENDES, “Breve introdução histórica ao direito comercial português” (disponível em www.revistadedireitocomercial.com 2018-05-02), p. 709-770 [p. 730]; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., pp. 47 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 4.ª ed. (colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO), Coimbra, 2016, pp. 71 e segs.; JOÃO ANTÓNIO BAHIA DE ALMEIDA GARRETT, “Breves notas sobre a evolução recente do direito comercial da lusofonia” in RIDB, ano 2 (2013), n.º 12, pp. 13677-13719 [pp. 13681 e segs.]. Cfr. também GALVÃO TELLES, “Aspectos comuns aos vários contratos. Exposição de motivos referente ao Título do futuro Código Civil português sobre contratos em especial” in RFDUL, vol. VII (1950), pp. 234-315 [pp. 270 e segs.], propugnando a autonomia dos códigos, e BARBOSA DE MAGALHÃES, “A revisão geral do Código Civil, a autonomia do Direito Comercial e o problema da codificação” in ROA, ano 10, n.ºs 1-2 (1950) pp. 1-58 [pp. 50 e segs.], um defensor da fusão dos códigos.

(não noutros diplomas ou na legislação em geral⁵⁶). Deste modo, se o Código Comercial se reporta aos *atos comerciais* (e, logo, também aos *contratos comerciais* – cfr. o Livro Segundo do Código Comercial, *Dos contratos especiais de comércio* – arts. 96.º e segs.) especialmente *regulados no próprio Código Comercial*, também o Código Civil se reporta *apertis verbis* aos *contratos previstos no próprio Código Civil*, os quais merecem necessariamente o qualificativo de *civis*⁵⁷ – como tinha perante si os contratos enunciados e regulados pelo Código Comercial de 1888, o legislador do Código Civil de 1966 constringiu-se e optou por aludir restritivamente no art. 405.º, n.º 1, não obstante estar a asseverar o vasto princípio da liberdade contratual, aos *contratos previstos no próprio Código Civil*⁵⁸.

Tendo isto em conta, como não dizer imediatamente que as formulações legais assim adotadas indicam que a distinção entre contratos civis e contratos comerciais é, antes do mais e ressaltando as leis extravagantes, uma distinção entre contratos regulados no CCiv e contratos regulados no CCom⁵⁹, portanto, uma repartição assente na separação de Códigos do

⁵⁶ Repare-se que no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25.10, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (a seguir LCCG), se consigna que o art. 405.º, n.º 1 do CCiv “*reconhece às partes a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos na lei ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*”.

⁵⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição de Motivos)*” no BMJ, n.º 83, (Fev. 1959), pp. 114-283 [p. 114] subordinava, evidentemente, a tal denominação os “vários contratos que devem figurar no título do futuro Código Civil português sobre Contratos em Especial”. Vd. também GALVÃO TELLES, “*Aspectos comuns...*” cit., pp. 269, 297, 312 e segs..

⁵⁸ Já o art. 3.º do Código Civil de 1867, em termos adequadamente inclusivos, mas conscientes da legislação especial, declarava: “*Se os direitos e obrigações se limitam às relações recíprocas dos cidadão entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuais, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no Código Civil, excepto na parte que é regulada por lei especial*”.

⁵⁹ Vd. a obra de SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis. Vertentes romana e portuguesa*, Lisboa, Petrony, 2017, que examina as regulações específicas sobre os tipos contratuais que constam do Código Civil (em sede de Título II, *Dos Contratos em especial*, do Livro II respeitante ao Direito das Obrigações – arts. 874.º a 1250.º). De modo diferente, ROMANO MARTINEZ, ao considerar em *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, os contratos de compra e venda e de empreitada faz referência em conjunto aos regimes civis e comerciais, como, aliás, indica em *Contratos Comerciais. Apontamentos*, Cascais, Principia, 2001, p. 7 (“não se incluíram os contratos de compra e venda e de empreitada, porque o seu estudo, com referência ao Direito Comercial, tinha sido feito a propósito dos contratos regulados no Código Civil”), obra esta em que trata, segundo declara, de “uma

Direito Privado com os regimes distintos que preveem? Nesta sequência, competiria reconhecer que, num sistema, como o nosso, em que vigora o *dualismo* entre atos civis e atos comerciais, se deve assumir plenamente esse dualismo e ao conformar conceitualmente a categorização contratos civis e contratos comerciais recorrer simplesmente às estatuições estabelecidas para as pertinentes *facti species*, analisando, em particular, a disciplina *especial do comércio* (em sentido jurídico), tal como se manifesta (ainda) no centenário CCom e nos textos legais “comerciais” ulteriores, substitutivos ou complementares, e foi desenvolvida pelo discurso judicial ou doutrinal em cooperação leal (pressupostamente) com os enunciados normativos.

II. Este esquema, muito embora relevante, como a seguir se verá, é, contudo, insuficiente e empobrecedor da separação, bastante mais penetrante, entre contratos civis e contratos comerciais. É que aquela apreciação não se desprende do *solo obrigacional* (que, entre nós, surge múltiplas vezes atravessado pela eficácia *real* – vd. exemplarmente o art. 879.^o, bem como

seleção de alguns contratos comerciais típicos e atípicos”, mas em que também surge analisado o contrato de mútuo, nas suas vertentes civil e comercial. LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018, *passim*, examina os diversos tipos contratuais, mencionando autonomamente, como modalidades especiais, a compra e venda comercial (pp. 91-95), o empréstimo mercantil (pp. 410-411), o mandato comercial (pp. 457 a 461), o depósito mercantil (p. 489), a empreitada comercial (p. 502). MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, XI – *Contratos em especial* (1.^a parte), Coimbra, Almedina, 2018, *passim*, e *Tratado de Direito Civil Português*, XII cit., *passim*, desenvolve igualmente o estudo dos tipos contratuais na sua regulação geral-civil com simultânea consideração das especialidades comerciais. PEDRO ALBUQUERQUE, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, *passim* analisa fulcralmente a compra e venda civil, referenciando, em diversos locais, a categoria comercial e certas regulações constantes do Código Comercial (vd. pp. 70, 103-104, em nota, 150, em nota, 161-162, 253, em nota, 326, 329). NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., pp. 87 e segs., estuda detalhadamente, num capítulo denominado “O contrato de compra e venda entre Direito Civil, Direito Comercial e Direito do Consumo”, o “contrato de compra e venda no direito comercial”. PEDRO ALBUQUERQUE/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, vol. II, *Contrato de Empreitada*, 2.^a ed., Coimbra Almedina, 2019, pp. 234 e-235 examinam a natureza civil ou comercial da empreitada; RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, em *Direito dos Contratos*, II – *Mandato*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 13 e segs. e 77 e segs. analisa autonomamente o mandato civil e o mandato comercial e em *Direito dos Contratos II – Contrato de depósito*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 11 considera o regime comum do depósito a pp. 11 e segs. e a pp. 52-53 o depósito mercantil como modalidade especial.

o princípio fundamental do art. 408.º do CCiv), servindo somente para distinguir entre contratos *obligacionais civis* e contratos *obligacionais mercantis*.

Ora, no nosso sistema privatístico, a dicotomia *contratos civis* e *contratos comerciais* é mais vasta, mais profunda e até mais óbvia, porquanto no Código Civil o *contrato* surge configurado técnico-juridicamente como *facto produtivo* não apenas de *obrigações*, ou ainda de *direitos reais*, mas, mais amplamente, da generalidade das situações jurídicas concebíveis, designadamente situações jurídicas *personais, familiares* e *sucessórias*. Vale a pena deixar algumas notas a este propósito.

O Código Civil não traz, é sabido, uma definição formal de *contrato*⁶⁰. Mas isso, claro está, não inviabilizou que se entendesse na doutrina, em termos relativamente coincidentes, mesmo que assentes em investigações e juízos próprios a cada autor, que resulta dos seus preceitos que o contrato se reconduz a “um acordo de vontades distintas que visa a obtenção de uma regulamentação unitária de interesses diversos, porventura contrapostos, mas que têm a propriedade de se harmonizarem ou ajustarem entre si”⁶¹, que constitui “o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado, aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”⁶², o “acordo por que duas ou mais partes ajustam reciprocamente os seus interesses, dando-lhes uma regulamentação que a lei traduz em termos de efeitos jurídicos”⁶³, “o resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma unitária estipulação de efeitos jurídicos”⁶⁴, “o acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido”⁶⁵.

A categoria geral do contrato – por sua vez subcategoria da categoria mais elevada dos *negócios jurídicos* (atos de autonomia privada), na separação entre negócios bilaterais e atos unilaterais consoante possuem como intervenientes uma pluralidade de partes ou uma só parte – é, assim, defi-

⁶⁰ Não assim o Código Civil de Seabra, cujo art. 641.º consignava: “*Contrato é o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação*”.

⁶¹ RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I cit., p. 150 (= 2.ª ed., p. 194).

⁶² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I cit., pp. 212 e 216 e segs..

⁶³ GALVÃO TELES, *Direito das Obrigações* cit., p. 59.

⁶⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I cit., p. 185.

⁶⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos. I. Conceito. Fontes. Formação*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015 (reimp.), p. 32 e p. 35, que desenvolve ainda a natureza do contrato como ato performativo e acordo reflexivo (pp. 32 a 35).

nida pela estrutura bilateral ou plurilateral, fundada sobre o *acordo*, composto na base de diversas modalidades (como seja contrato entre ausentes, contrato entre presentes, convenção unitária e comum sem diferenciação entre proposta e aceitação, contrato assente em cláusulas contratuais gerais), para *regular, mediante disposições juridicamente vinculativas, as relações entre duas ou mais partes*. Nesta medida, continua a valer para a definição de contrato a caracterização de ULPIANUS “*duorum vel plurium in idem placitum consensus*” (D.2.14.1.1).

Sucede que, como se antecipou, para o Código Civil português, diferentemente do que sucede noutros Códigos Civis europeus⁶⁶, o contrato, apesar da indicada ausência de definição expressa (o que, eventualmente, por isso mesmo se justificará), constitui vocábulo ou conceito aplicado para referir, não apenas a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas *patrimoniais inter vivos*, designadamente de cariz obrigacional ou real, mas igualmente de situações jurídicas *patrimoniais mortis causa* (contratos sucessórios, ainda que de modo limitado – arts. 1701.^o, 2028.^o e 946.^o, n.^o 2 do CCiv) e de situações *não patrimoniais* ou *não estritamente patrimoniais*, como são as situações familiares (o casamento – cfr. art. 1577.^o que o define como “*o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*”) ou os direitos da personalidade (cfr. art. 81.^o que admite a possibilidade de uma limitação voluntária legal aos direitos da personalidade)⁶⁷. Trata-se, aliás,

⁶⁶ O Código Civil francês no art. 1101.^o define atualmente contrato nos seguintes termos: “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*” (na versão originária de 1804 o teor da definição era o seguinte: “*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*”). Pelo seu lado, o Cód. Civil italiano, no art. 1321, caracteriza o contrato da seguinte forma: “*Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

⁶⁷ Vd. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, pp. 150-151 (= 2.^a ed., pp. 194-195), que destaca que, segundo o Código Civil atual, o contrato é um acordo de vontades, mas um “acordo de vontades por via do qual se fazem nascer ou extinguir relações patrimoniais ou relações de natureza extra-patrimonial”, pois o nosso legislador “escolheu a via larga para a delimitação dos efeitos produzidos pelo contrato”, com relevância extrapatrimonial e patrimonial, modelando relações obrigacionais, reais, familiares e sucessórias. Vd. também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I cit., p. 213 que se reporta à ampliação da noção de contrato do Código Civil português, que admite a constituição contratual de obrigações de carácter não patrimonial, de relações essencialmente pessoais ou de relações *mortis causa*. Vd. ainda ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* cit., p. 220; FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*. I. cit., pp. 15, 25-26 e “*Negócio jurídico ou contrato?*” in JOSÉ JOÃO ABRANTES (coord.),

de uma orientação que já presidia ao Código Civil de Seabra, como resultava de, em sede de “*contratos em particular*”, definir no art. 1056.^o casamento como “*um contrato perpétuo feito entre duas pessoas de sexo diferente, com o fim de constituírem legitimamente a família*” e de, nos arts. 1166.^o e 1175.^o, admitir a doação *mortis causa* feita em convenção antenupcial entre esposados ou por terceiros a esposados⁶⁸.

Se se trata aqui de uma importante característica distintiva do nosso Código Civil, afigura-se ser de reconhecer que estas fenomenologias contratuais não patrimoniais ou patrimoniais *mortis causa* não encontram significativa repercussão na Parte geral de modo a fundarem um regime *geral* de todos os contratos ou a usufruírem das regras gerais destinadas à declaração negocial ou ao negócio jurídico. Na verdade, estas espécies contratuais pessoais ou *mortis causa* dependem quase exclusivamente das regulações das partes especiais pertinentes do Direito da Família e do Direito das Sucessões e em moldes, por vezes, alheios ou mesmo desconformes às soluções gerais (vd., no CCiv, os arts. 1600.^o a 1609.^o e 1639.^o em confronto com os arts. 122.^o e seguintes e os arts. 1634.^o a 1638.^o e 1640.^o e 1641.^o em confronto com os arts. 240.^o a 257.^o; vd. ainda a autonomia das regulações previstas nos arts. 1700.^o a 1707.^o)⁶⁹. Os preceitos “especiais” (institucionais) do Direito da Família e do Direito das Sucessões regulam as hipóteses que preveem por um modo, via de princípio, exaustivo, pelo que

50 anos do Código Civil de 1966, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 119-128, especialmente pp. 122-123; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VII cit., pp. 100-103.

⁶⁸ Transcreva-se GUILHERME MOREIRA, *Instituições* cit., pp. 552-553: “O nosso cód. civil define (art. 641.^o) contrato o acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação. Desta noção de contrato conclui-se já que ele não é apenas considerado pelo nosso código como fonte de obrigações. Os contratos por que se transferem direitos são, quando se trata dos direitos de propriedade, fontes de direitos reais. A palavra obrigação não é tomada no artigo citado no seu sentido rigoroso, denominando-se contrato não só o acordo por que se estabelece uma obrigação de carácter patrimonial, mas por que se condiciona apenas a existência de obrigações legais. É assim que se chama contrato o casamento (art. 1056.^o). Podem até ser objeto de contrato atos de disposição que devem produzir os seus efeitos por morte. É o que sucede com as deixas em contrato antenupcial a favor de um ou ambos os esposos e com a disposição de terceiros em favor dos futuros cônjuges de parte ou de todos os seus bens por morte (art. 1166.^o e 1175.^o)”.

⁶⁹ Em termos bastante mais brandos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I cit., p. 213, nota 3, escreve que: “Os inconvenientes que o alargamento da figura do contrato às relações pessoais, familiares ou sucessórias poderia ter, no plano da técnica legislativa, são eliminados mediante a inclusão, nos lugares próprios, das especialidades, quer do contrato de casamento (arts. 1627.^o e segs.), quer dos pactos sucessórios (arts. 1700.^o e segs.)”.

raramente se depara, em moldes efetivos e não simplesmente retóricos, com um concurso de normas, com concorrência ou cumulação das regras “gerais” da Parte Geral atinentes à declaração negocial ou ao negócio jurídico, na disciplina dos contratos familiares e sucessórios. Por isso, deixando de lado as normas daqueles ramos institucionais do Direito da Família e do Direito das Sucessões, o perfil fulcral do *contrato*, que acresce à estrutura e função elementares acima indicadas do acordo para ordenação vinculativa de interesses das partes, conforme subjaz à Parte Geral (arts. 227.º a 235.º) e se manifesta, nos moldes organizados pelo CCiv, nos ramos estruturais do Direito das Obrigações (arts. 405.º a 456.º e 875.º a 1250.º) e dos Direitos Reais (arts. 1316.º, 1317.º, al. a), 1440.º, 1485.º, 1528.º e 1547.º), prende-se com representar uma regulação *entre vivos* de *relações patrimoniais*.

Isto posto, o que releva frisar é que as espécies contratuais *familiares* e *sucessórias* são e só podem ser *civis*, *intrinsecamente civis*, *estruturalmente civis*, *exclusivamente civis*, estando, pois, completamente arredadas de qualquer conjunção ou situação *comercial*. É esta uma asserção que, bem se sabe, é expressamente assumida pelo CCom quando determina, no art. 2.º, que *não podem considerar-se como atos de comércio* (subjativos) os *contratos e obrigações dos comerciantes* que “*forem de natureza exclusivamente civil*”. São de *natureza exclusivamente civil*, justamente, os contratos que respeitam a relações familiares ou que se prendem com disposições *mortis causa* dos comerciantes, dada a sua perfeita independência relativamente ao exercício em concreto da atividade económica ou da profissão dos contratantes (mesmo que, depois, se possam repercutir na situação jurídica destes – cfr. arts. 1682.º-A, n.º 1, al. b), 1691.º, n.º 1, al. d) do CCiv e art. 15.º do CCom).

A demarcação contratos civis e contratos comerciais envolve, então, o seguinte elemento básico e primordial: *ab ovo usque ad mala* só podem reputar-se *contratos comerciais*, *contrapostos aos contratos civis*, os *contratos incidentes sobre relações patrimoniais inter vivos*.

Deste modo, onde a classificação contratos civis e contratos comerciais importa e se pode estruturar é, precisamente, neste âmbito patrimonial *inter vivos*, respeitante às relações económicas dos sujeitos privados ou atuando nessas vestes, o único em que o Código Civil e o Código Comercial partilham a mesma arena.

B. A categorização obrigacional contratos civis e comerciais

12. O que se vem de dizer possibilita já expor que o campo dos contratos comerciais, que está em cotejo com o campo dos contratos civis, é funda-

mentalmente um domínio do Direito das Obrigações, com as especialidades ditadas pelo predicado comercial. E, na verdade, o Direito Comercial dos contratos é essencialmente determinado, no que não constituam figuras próprias e independentes, pela especialização de regras do Direito das Obrigações à realidade mercantil⁷⁰.

Feita esta delimitação, retoma-se a consideração (vd. *supra* n.º 10) de que a bipartição entre contratos civis e contratos comerciais arranca, evidentemente, da separação entre os sectores normativos do Direito Civil e do Direito Comercial, que continua a representar uma linha fundamental da organização sistemática e regulativa do nosso Direito positivo. Constitui, na verdade, um dado legislativo essencial do nosso sistema a *dualidade de diplomas entre Códigos Civil e Comercial*, que, apesar de sujeita há muito a crítica⁷¹, permanece duradouramente entre nós, há mais de cem anos. Bem expressivamente observa MENEZES CORDEIRO que: “A existência de codificações civis e comerciais separadas é fundamental para a preservação dos dados ontológicos que, ao Direito Comercial, conferem a sua autonomia”⁷².

⁷⁰ Cfr., em termos mais globais do Direito Comercial, não centrados apenas nos contratos, OLIVEIRA ASCENSÃO *Direito Comercial*, vol. I, Parte Geral, Lisboa, 1986/87, pp. 30 e segs.; ID., *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 16.

⁷¹ Recorde-se que já no Decreto-Lei n.º 33:908, de 4.9.1944, relativo à promoção dos trabalhos de elaboração de um projeto de revisão geral do Código Civil, se afirmava (n.º 8): “O código civil suíço acabou com a autonomia do direito comercial, unificando assim o direito privado./A ideia da existência do código de comércio ao lado do código civil é devida à época napoleónica, na qual se pensava ser o mundo do comércio dominado por regras próprias e independentes. Esta ideia foi aceita sem resistências durante o século XIX. Daí que também nós tivéssemos, além do Código Civil, um Código Comercial (ou mesmo dois)./A Suíça, porém, deu o exemplo, no princípio do presente século, da elaboração de um código civil onde incluiu o que era tido até então como direito comercial. A mesma coisa fez o código civil italiano de 1942./Não é esta a ocasião de dizer se o novo Código Civil englobará o direito comercial./O problema, no entanto, está posto e terá de ser examinado: haverá que resolver se ainda subsistem as razões da autonomia do direito comercial ou se, ao contrário, a época atual já não se compadece com a existência de um domínio jurídico à parte, no qual se desenvolvam as atividades comerciais”.

⁷² *Direito Comercial* cit., p. 76. Pelo seu lado, GALVÃO TELLES, “Aspectos comuns...” cit., pp. 273-274, depois de destacar que: “A autonomia formal não pode subsistir sem a autonomia substancial, porque se as várias normas jurídico-privadas se reduzem todas à unidade do mesmo Direito objetivo, sem diferenciações intrínsecas entre Direito Civil e Direito Comercial, não haverá textos legais que mereçam o qualificativo de mercantis. Faltam formas distintas onde a substância legislativa é única e indiferenciada”, porfiava que (pp. 287-288): “Cada ramo de Direito deve ter um Código próprio”; “Separa extrinsecamente o que é intrinsecamente diverso”; “Dá-se existência exterior a um corpo unitário pelo qual perpassa um só e mesmo espírito”.

Esta divisão regulativa civil/comercial e a autonomização legislativa do domínio comercial assenta numa perspetiva que dominou a armação político-doutrinária da codificação privatística: a ideia de que o Direito Civil, como direito privado comum, regula as instituições fundamentais dos indivíduos e dos entes coletivos, mas que, como “o comércio tem necessidade de regras jurídicas e de instituições favoráveis à rapidez das transações e ao desenvolvimento do crédito, criou-se para ele um direito próprio – o direito comercial, o qual representa, relativamente ao direito civil, um direito singular ou especial”⁷³. Na pontualização de OLIVEIRA ASCENSÃO⁷⁴: “A formação do Direito Comercial foi justificada pela convicção, triunfante no início do século passado [XIX], de que a vida comercial exige um ramo autónomo de Direito, a desintegrar do Direito Civil. As condições de exercício do comércio, nomeadamente a celeridade por este requerida, eram incompatíveis com a rigidez que caracterizava o Direito Civil”. Daí o desenvolvimento de regulações específicas com âmbitos de aplicação delimitados em atenção à realidade do comércio (juridicamente caracterizado), quer como atividade desenvolvida profissionalmente por certos sujeitos (comércio *in persona*), quer como atos e operações dotados de certas características (comércio *in re*) – “um núcleo importante de normas aproximadas pela mesma ideia e imbuídas do mesmo espírito, a que se ajusta o nome de Direito Comercial”⁷⁵.

Historicamente⁷⁶, o Direito Comercial surgiu para reger, de modo autónomo e particular, em razão das exigências peculiares do comércio,

⁷³ A citação pertence a CAEIRO DA MATTA, *Direito Civil Português. I. Parte Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 31.

⁷⁴ *Direito Comercial*, vol. I cit., p. 6.

⁷⁵ GALVÃO TELLES, “*Aspectos comuns...*” cit., p. 275.

⁷⁶ Para a evolução histórica do Direito Comercial, vd. na literatura nacional, com desenvolvimentos diversos, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 34 e segs.; EVARISTO MENDES, “*Breve introdução histórica ao direito comercial português*” cit., p. 709-770; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., pp. 31 e segs.; PUPO CORREIA, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 14.ª ed. (colab. ANTÓNIO JOSÉ TOMÁS/OCTÁVIO CASTELO BRANCO), Lisboa, Ediforum, 2018, pp. 15 e segs.; FÁTIMA GOMES, *Direito Comercial. Noções Gerais e Regimes Complementares*, Lisboa, Universidade Católica, 2017, pp. 11 e segs.; ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direito Comercial das Empresas. Apontamentos Teórico-Práticos*, 2.ª ed., Lisboa, Juruá, 2015, pp. 20 a 23; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 47 e segs.; ORLANDO DE CARVALHO, “*Direito Comercial*” in ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 219-247 [pp. 229 e segs.]; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 18 e segs.; REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial*, Coimbra, Reproset, 1995, pp. 69

comummente retratadas pelas ideias de simplicidade, celeridade da negociação económica, fluidez do tráfico comercial, segurança das transações, tutela da confiança, relevância da aparência, proteção e reforço do crédito, as situações dos mercadores advenientes da sua atividade económica. Dirigido inicialmente ao sujeito-comerciante na sua atuação enquanto tal e colocando-se como Direito *profissional*, prevalecia então a marca *subjetivista*; porém, a autonomização material ou jurisdicional de certas formas de operações comerciais em razão da sua disciplina ou de quem nelas participava a título profissional (ainda que apenas num lado contratual), associada à ideologia oitocentista liberal igualitária, alheia, em nome da liberdade económica, a privilégios de corporações ou classes profissionais, levou a uma *dessubjetivização* do fenómeno comercial, que conduziu à figura dos atos de comércio atomisticamente considerados e independentes da natureza ou posição do seu autor ou autores, figura que foi composta com base em formulações e regulações centradas fulcralmente em vetores objetivos, indiferentes a que sejam realizados por um comerciante. O Código Comercial de 1888, pelo menos na sua primeira proclamação (art. 1.º: “*A lei comercial rege os atos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm*”), é manifestação desta conceção objetivista, de direito regulador dos atos de comércio materialmente demarcados, mas, mais mitigadamente ou hibridamente, acabou, logo de seguida, a reputar atos de comércio, para além dos atos especialmente regulados no Código, os atos dos comerciantes no exercício da sua atividade profissional (art. 2.º). Uma visão resubjetivizadora, radicada na entidade empresarial, que se desenvolveu noutros ordenamentos (como o evidencia o Código de Comércio alemão de 1897⁷⁷ ou, numa lógica unificada, o Código Civil italiano de 1942⁷⁸), não alcançou em termos

e segs.; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 1.º vol., Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 59 e segs.; V. G. LOBO XAVIER, “*Direito Comercial*” in *Polis* 2, Lisboa, Verbo, 1984, cc. 418 a 424; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1979 (reimp.), pp. 25 e segs.; FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, Lex, 1994 (reimp.), pp. 12 e segs. e 33 e segs.; GALVÃO TELLES, “*Aspectos comuns...*” cit., pp. 289 e segs..

⁷⁷ Cfr. no Handelsgesetzbuch (HGB) o seu § 1: “(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt./ (2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert”, assim como o § 343 (1): “Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören”.

⁷⁸ Vd. art. 2082 do Código Civil italiano: “È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

literais o Código Comercial, nas intervenções que foi suportando⁷⁹, muito embora tenha passado a ser acolhida na doutrina⁸⁰ e recebido consagração em outros locais normativos⁸¹.

⁷⁹ Explícite-se que se considera perfeitamente concludente o exame histórico, semântico, sistemático e teleológico desenvolvido por MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 216 e segs. quanto ao significado do art. 230.º do CCom (“*Haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou coletivas, que se propuserem (...)*”). Empresas designa neste preceito as atividades económicas desenvolvidas ou perspectivadas para a produção ou circulação dos bens ou serviços, que surgem consagradas nos seus diversos números, reportando-se, pois, a conjuntos ou sequências de atos, não à entidade-empresa que desenvolve essas atividades. Como demonstra MENEZES CORDEIRO na ob. cit., pp. 219-220: i) em termos interpretativos históricos: “O artigo 230.º não tinha em vista quaisquer sujeitos, singulares ou coletivos: antes se reportava a atuações (empreendimentos) levadas a cabo por uma única pessoa – singulares – ou concretamente [deve ser: concertadamente] por várias pessoas – coletivas”, pois a palavra “empresa” tinha o sentido de “atividade” ou “empreendimento” e a locução “que se propuserem” significava “que visarem” ou que “tenham como objetivo”, pelo que, em 1888, o art. 230.º “visava classificar como comerciais determinadas atividades ou conjuntos de atos, a desenvolver por uma pessoa só ou por várias”; ii) em termos sistemáticos e teleológicos, não se justifica aplicar o art. 230.º como uma listagem de comerciantes, pois isso contundiria com o art. 13.º, já que o art. 230.º não se reporta a sociedades nem a comerciantes profissionais, e alargaria artificialmente a noção de comerciante apenas por causa de um empreendimento. Para COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no Direito)*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 27 e segs. e *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., p. 87, as empresas do art. 230.º constituem “conjuntos ou séries de atos (atividades) objetivamente comerciais enquadrados organizatoriamente (atos praticados no quadro de organizações de meios pessoais e/ou reais”. Também considerando que no art. 230.º se trata de “um catálogo de atividades comerciais”, nas quais radica o objeto caracterizador das empresas que as exercem, vd. ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direito Comercial das Empresas* cit., p. 41. Vd. ainda no mesmo sentido, CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 86 e segs.; DOMINGOS PEREIRA DE SOUSA, *Direito Empresarial*, Lisboa, Quid Juris, 2020, pp. 80-81; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 80. Para uma descrição da discussão doutrinal sobre a interpretação deste preceito, vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado* cit., pp. 131 e segs.. Merece também atenção particular a análise pormenorizada realizada por PAULO M. SENDIN, “Artigo 230, Código Comercial, e Teoria Jurídica da Empresa Mercantil (Um primeiro apontamento)” in BFD, n.º especial, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Ferrer-Correia*, II (1989), pp. 909-1064.

⁸⁰ Vd. FERRER CORREIA, *Lições...* cit., pp. 20 e segs. e “Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa” in ID, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 25-71 [pp. 29 e segs.], mas afastando a ideia do direito comercial como exclusivamente empresarial ou profissional; ORLANDO DE CARVALHO, “Empresa e lógica empresarial”, pp. 189-217 [pp. 191 e 217], “*Direito Comercial*”, pp. 238 e segs. [em transcrição da nota 64, pp. 169 e segs. de *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*] e “*Nótulas de Direito das*

O Código Civil de 1966 respeitou esta tradição de autonomização legislativa e formal do Direito Comercial num *corpus* legislativo próprio e, consequentemente, de contraposição entre regulações particulares para os contratos civis e para os contratos comerciais. Em resistência a outras opções legislativas que preferiram marcar formalmente a “comercialização do Direito civil”, acompanhando, em termos de sistema externo, a absorção de princípios originária ou tipicamente comerciais pela disciplina geral das relações comuns dos particulares, como foi paradigmaticamente o caso do

Empresas I”, pp. 249-266 [pp. 251-252] in ID., *Direito das Empresas*, cit., que consagrou a formulação, hoje amplamente divulgada, de um “direito à volta das empresas”; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 33 e segs., 52 e segs.; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais* cit., pp. 33 e segs.; FÁTIMA GOMES, *Direito Comercial* cit., pp. 31 e segs., 46, 62 e segs.; JOÃO ANTÓNIO BAHIA DE ALMEIDA GARRETT, “Breves notas...” p. 13714; RICARDO COSTA, “O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial” in FÁBIO ULHOA COELHO/MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO (coord.), *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 9-33 [pp. 28 e segs.]; PUPO CORREIA, *Direito Comercial.* cit., pp. 26 e segs. 41; PAULO RAMIREZ, *Direito Comercial*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2021, n.º 2.1.

⁸¹ A noção de empresa que se encontra no art. 5.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica”) possui feição objetiva, descrevendo a unidade produtiva organizada que é base material da atividade económica. No entanto, em outros locais deste Código, como sucede em sede de processo especial de revitalização (arts. 17.º-A a 17.º-J), o vocábulo empresa é empregue no sentido subjetivo, como centro de imputação de situações jurídicas, designadamente deveres de atuação processual. Assumem também figurino subjetivo, como agente ou sujeito de operações económicas, as referências a empresa que se encontram, por exemplo, na Lei 15/2013, de 8.2 (com as alterações posteriores do Decreto-Lei n.º 162/2017, de 23.8), que estabelece o regime jurídico da atividade de mediação imobiliária (cfr. respetivo art. 2.º, n.º 1: “A atividade de mediação imobiliária consiste na procura, por parte das empresas, em nome dos seus clientes, de destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, bem como a permuta, o trespasse ou o arrendamento dos mesmos ou a cessão de posições em contratos que tenham por objeto bens imóveis” e n.º 3: “Considera-se empresa de mediação imobiliária a pessoa singular ou coletiva cujo domicílio ou sede se situe em qualquer Estado do Espaço Económico Europeu e, sendo pessoa coletiva, tenha sido constituída ao abrigo da lei de qualquer desses Estados e se dedique à atividade de mediação imobiliária, referida nos números anteriores”) e na Lei n.º 19/2012, de 8.5 (com as alterações por último resultantes do Decreto-Lei n.º 108/2021, de 7.12), que estabelece o regime jurídico da concorrência, cujo art. 3.º, n.º 1 declara: “Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”. É também subjetiva a noção adotada no já acima citado (vd. *supra* n.º 8) art. 3.º, al. d) do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5.

Código Civil de 1942 em Itália e veio a suceder com o Código Civil brasileiro de 2002, o Código Civil português não repudiou o Código Comercial, que se manteve ao seu lado – mais ou menos prostrado, dadas as sucessivas modificações e revogações a que foi sujeito, inclusive com surgimento de Códigos parcelares, como o Código das Sociedades Comerciais ou o Código dos Valores Mobiliários que se apossaram de grandes capítulos antes propriedade do Código Comercial.

Emerge desta situação normativa, em conformidade com o art. 9.º, n.º 1 do CCiv e a diretriz de interpretação sistemática neste imposta de atender à “*unidade do sistema jurídico*”, a necessidade de questionar sempre a eventual aplicabilidade de disposições “comerciais” na resolução dos litígios contratuais.

Repare-se, aliás, que, para além da referência do art. 405.º, n.º 1 do CCiv, já acima aludida, aos contratos previstos no próprio Código, admitindo implicitamente contratos com disciplina noutros Códigos (designadamente no CCom), a impor as correspondentes tarefas qualificativas, os arts. 317.º, al. b) e 1301.º do Código Civil, para as respetivas estatuições de prescrição presuntiva de créditos dos comerciantes pelos objetos vendidos a quem não seja comerciante ou os não destine ao seu comércio ou de restituição do preço de coisa comprada a comerciante que negoceie em coisa do mesmo ou semelhante género, pressupõem contratos de compra e venda em que o vendedor é caracterizado como comerciante e o contrato se insere no âmbito da sua atividade comercial. Para estas caracterizações constantes dos arts. 317.º, al. b) e do art. 1301.º, muito embora não fosse indispensável, em abstrato, a convocação das regulações mercantis, pois, qualquer destes dois preceitos desencadeia o seu conteúdo regulativo por si mesmo e de modo autossuficiente, é fatal a conexão sistemática com o CCom, designadamente com o seu art. 13.º. Do mesmo modo, é significativo ter em conta a autolimitação ao princípio “civil” da proibição do anatocismo (n.º 1 do art. 560.º do CCiv) que resulta da remissão do n.º 3 do mesmo art. 560.º para as “*regras ou usos particulares do comércio*”. Já agora, do lado da legislação “comercial”, não se deixe de chamar a atenção que o art. 2.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) remete, como direito subsidiário, para “*as normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade no que não seja contrário nem aos princípios gerais da presente lei nem aos princípios informadores do tipo adotado*”, assim se estabelecendo igualmente uma conexão formal com o Código Civil.

Conclui-se, pois, que num sistema, como o nosso, em que não se verificou a unificação da matéria civil e da matéria comercial, em que é preciso viajar entre “*normas do Código Civil*” e “*normas do Código Comercial*”, e em que há que contemplar sempre as especificidades de regime (por limitadas ou sumárias que sejam) constantes da legislação comercial, designadamente dessa “reliquia venerável do movimento codificador oitocentista”, mesmo que se veja como “fruto de um modo de conceber o direito mercantil há muito ultrapassado”⁸², que é o Código Comercial, a distinção entre contratos civis e contratos comerciais vive e sobrevive com cabal operatividade, não sendo dispensável⁸³. Nestes termos, em face da situação do ordenamento nacional, não se pode deixar de assumir a *contraposição contratos civis/contratos comerciais tal como é vivificada pela separação de regulamentações contratuais entre o Código Civil e o Código Comercial*.

13. Nesta sequência, interessa preliminarmente deixar consignado, para efeitos da distinção entre contratos civis e contratos comerciais, que a diversidade entre Direito Civil e Direito Comercial traduz-se – via de princípio – numa *relação de especialidade* na circunferência do Direito Privado, com aquele a funcionar como Direito comum e este como Direito especial⁸⁴. Como se sabe, na caracterização clássica⁸⁵, são normas ou conjuntos normativos especiais aqueles que regulam um campo relativamente restrito de casos mediante a consagração de uma disciplina distinta reputada mais apropriada, a qual não está, contudo, em oposição direta com a disciplina

⁸² As citações pertencem a FERRER CORREIA, “*Sobre a projectada reforma...*” cit., p. 25.

⁸³ ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais*, DJ vol. especial (2007), p. 12 e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., p. 23, destaca que a categoria dos contratos comerciais não só permanece em diversos ordenamentos, como foi descoberta ou redescoberta nas ordens jurídicas que que nunca a conheceram ou que eliminaram formalmente a distinção entre contratos civis e comerciais.

⁸⁴ Vd. MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 43-44; FERRER CORREIA, *Lições...* cit., p. 28; PEDRO EIRÓ, “*Relações entre o Direito Civil e o Direito Comercial*” in FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA, *As operações comerciais* cit., pp. 241-290 [designadamente, pp. 262 e segs.]. Em sentido diferente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 16 e p. 29 declaram que: “O Direito Comercial não é simplesmente um Direito Civil especial; é muito mais do que isso, é um ramo autónomo do Direito Privado com um conteúdo e um sentido próprios”.

⁸⁵ Vd. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1957, p. 72; BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* cit., p. 95; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 43-44.

geral. Na definição de OLIVEIRA ASCENSÃO⁸⁶, “[a] especialidade é uma relação de concretização, que consiste em adaptar um regime a circunstâncias particulares, sem contrariar o princípio normativo em causa”. Ora, “o direito comercial, aplicável ao sector especial das relações mercantis, se limita de um modo geral a consagrar um regime com certas particularidades ou especialidades em face do direito comum, sem formar por isso um sistema dominado por princípios fundamentais diretamente opostos aos do direito civil”⁸⁷ – o Direito Comercial, sem prejuízo de secções nele incluídos dotadas de verdadeira insularidade normativa, é fulcralmente direito especial em face do direito comum representado pelo Direito Civil.

O Direito Civil é Direito Privado *comum* a dois títulos fundamentais⁸⁸: por um lado, rege as situações jurídicas dos particulares que não se encontram sujeitas ao regime específico de ramos especiais – é “direito-regra”⁸⁹; por outro lado, consagra as normas e os princípios que operam perante omissões ou incompletudes regulatórias doutros ramos de Direito – é direito subsidiário.

O Direito Civil, como “*direito-regra*” ou *direito geral*, tem como âmbito de aplicação a generalidade das situações jurídicas privadas. Em confronto, o Direito Comercial, como direito especial, centra-se nas situações jurídicas mercantis, emergentes do comércio em sentido jurídico. Como tal, enquanto as estatuições comerciais valem para as situações particulares especificamente previstas, as regras civis aplicam-se indistintamente às situações jurídicas de natureza privada que não sejam objeto de hipóteses legais especiais.

O Direito Civil, como *direito comum subsidiário*, assiste e socorre o Direito Comercial na regulação de situações jurídicas genérica, mas não totalmente atraídas pela *ratio comercial* no que concerne às dimensões alheias a essa teleologia, conforme dispõe o art. 3.º do Com: “*Se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos, serão decididos pelo direito civil*”.

Segue-se daqui, no que nos importa para o exame da ordenação contratos civis e contratos comerciais, que, como a separação entre Direito Civil e

⁸⁶ *Direito Comercial*, vol. I cit., p. 28.

⁸⁷ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *últ. ob. cit.*, p. 72.

⁸⁸ Vd. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 5.ª ed., Lisboa, Universidade Católica, 2009, pp. 28-29.

⁸⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais...* cit., p. 57. Vd. também BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* cit., p. 71.

Direito Comercial corresponde nuclearmente à distinção Direito Comum e Direito Especial, se deve dar prioridade aos segmentos e fatores comerciais, pois, uma vez estes delimitados e precisados, diretamente ou por analogia, as demais situações reconduzem-se ao Direito Civil⁹⁰, ressalvada, claro está, a intervenção de outros sectores especiais que capturem para o seu campo de ação certas fenomenologias contratuais privatísticas.

E, na verdade, como ensina MENEZES CORDEIRO⁹¹, quando exista um Direito Comercial autónomo, institui-se, como regra, a duplicação de contratos em comuns e especiais, em que se dispõe para o contrato comum, de uma regulação essencial, de extensão genérica, e para o contrato especial, de soluções particulares determinadas pelos vetores sectoriais em presença – depois, as relações de especialidade envolvem “sequências subsidiárias de aplicação das normas”, pelo que, na falta de norma exigida pela regulação do contrato especial, se recorre às regras do contrato comum, sem prejuízo de se ter de verificar se é essa a solução adequada do caso (cfr. o referido art. 3.º do CCom).

C. Contratos comerciais – atos de comércio e atos de comerciante

14. Na decorrência do que se vem de expor, a caracterização da categoria dos contratos comerciais deve seguir fulcralmente a delimitação da matéria comercial que é estabelecida pelo próprio Código Comercial. Efetivamente, pelas razões acima expostas, em face de um espaço jurídico como o nosso, e do estado atual da legislação nacional, a categoria dos *contratos comerciais* e, em contraposição, a demarcação dos contratos civis, não pode deixar de se subordinar ao formato da estruturação legal da autonomia do Direito Comercial assente na figura nuclear dos *atos de comércio*⁹².

⁹⁰ Escrevia FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., p. 12: “dentro do direito privado, o direito comercial tem o seu âmbito limitado pelas categorias que visa e pelos seus próprios comandos, decorrentes da letra, do espírito ou da analogia das respetivas normas, e, para além da esfera assim demarcada, atua o direito civil”.

⁹¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VII cit., pp. 193-194.

⁹² A figura dos atos de comércio ainda prepondera vastamente no ordenamento nacional, como evidencia o campo particular das sociedades comerciais, já que o CSC manteve (em 1986 e assim perdura) o recurso, no art. 1.º, n.ºs 2, 3 e 4, à figura dos “atos de comércio”, ao declarar que: “São sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de atos de comércio e adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por ações”; “As sociedades que tenham por objeto a prática de atos de comércio devem adotar um dos tipos referidos no número anterior”; “As sociedades que tenham exclusivamente por objeto a prática de atos não comerciais podem adotar um dos tipos referidos

Trata-se aqui de um caso em que as categorias jurídicas devem ser dispostas o mais próximo possível das diretrizes regulativas que emergem dos enunciados normativos, de modo a que o conteúdo e a informação que veiculam sejam adequados ao material de base. Estão em causa, como se julga já ter indiciado com o excursus acima realizado sobre juros legais de mora (vd. *supra* III), elementos conceptuais indispensáveis para a formulação de juízos jurídicos e de critérios de decisão sobre casos concretos, porquanto desempenham um papel próprio na conexão entre pressupostos fácticos e consequências jurídicas. Nessa medida, como tais *categorias* contribuem para a determinação de âmbitos de aplicação de regulações e servem estratégias normativas de composição e determinação de efeitos de direito, possuem *força vinculativa*, tal como as *definições legislativas* ou *proposições jurídicas aclaratórias* que operam enquanto partes componentes de ordenações de vigência⁹³.

Julga-se, então, que a individualização da categoria dos *contratos comerciais* tem que assentar primacialmente as suas bases nos dados normativos do CCom sobre atos de comércio (como logo o indicia o art. 2.º do CCom quando aplica a categoria dos *atos de comércio* aos *contratos* dos comerciantes). Falar em *contratos comerciais* implica, na verdade, falar em *atos de comércio*, pois, indisputadamente, os contratos comerciais constituem os atos de comércio mais relevantes⁹⁴. A categoria dos contratos comerciais deve,

no n.º 2, sendo-lhes, nesse caso, aplicável a presente lei”. O critério da forma não dispensou, pois, o critério do objeto ou da atividade na qualificação das sociedades comerciais.

⁹³ Vd. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, trad. de JOSÉ LAMEGO, pp. 360 a 362. Também BAPTISTA MACHADO, *Introdução...* cit., p. 110-111 aponta que os enunciados legais que estabelecem definições e classificações, como partes de normas que vão integrar outras disposições legais, para formar uma norma completa, têm carácter prescritivo, pois trata-se de “por uma forma indireta constituir as hipóteses a que se ligam as consequências jurídicas de determinadas normas, e não de puras construções conceituais”. Cfr. ainda sobre a importância das definições legais ou regras definitórias, que determinam o *definiens* pelo qual um *definiendum* vale como realidade jurídica, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução* cit., pp. 230-232. Para uma apreciação diferente do valor das definições legais, vd. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 501.

⁹⁴ A categoria dos atos de comércio compreende negócios jurídicos bilaterais ou unilaterais, atos jurídicos simples, atividades, factos jurídicos (designadamente factos ilícitos). Vd. FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., pp. 10, 61-62 80 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I cit., pp. 76 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 1.º vol. cit., p. 32; REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial* cit., pp. 236 a 238; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 207 e segs.; PUPO CORREIA, *Direito Comercial..* cit., pp. 432-433; DOMINGOS

pois, ser constatada em função da figura dos atos de comércio tal como legalmente demarcada⁹⁵.

Consabidamente, segundo os já citados arts. 1.º e 2.º do CCom, a “*lei comercial rege os atos de comércio sejam ou não comerciantes as pessoas que neles intervêm*”, sendo considerados “*atos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código, e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar*”.

A categoria dos atos de comércio exige, deste modo, ter presente a dicotomia (mais uma...) entre duas subcategorias: os atos que se achem especialmente regulados na lei comercial (os *atos objetivamente comerciais*) e os atos dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar (*atos subjetivamente comerciais*).

Esta dicotomia retrata a já acima aludida (n.º 12) dualidade de perspetivas sobre as quais se construiu ao longo da história e ainda hoje se constrói o Direito Comercial: a *perspetiva subjetiva*, pela qual são atos de comércio os atos que têm como autor determinados sujeitos identificados por desenvolverem profissionalmente uma certa atividade, por possuírem certa organização de meios produtivos ou por assumirem uma certa estruturação jurídico-formal; a *perspetiva objetiva*, segundo a qual constituem atos de comércio os atos sujeitos a um regime especial por possuírem, de modo absoluto ou acessório, certos caracteres materiais, típicos da atividade comercial tal como a mesma é configurada pela legislação comercial, independentemente *prima facie* da natureza, condição ou posição de quem realiza tais atos, designadamente da profissão que exerça ou da atividade que desenvolva⁹⁶.

PEREIRA DE SOUSA, *Direito Empresarial* cit., pp. 77-78; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado* cit., pp. 71 e 271-272.

⁹⁵ Contra esta orientação, coloca-se ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais* cit., pp. 14 e segs. e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., pp. 30 e segs..

⁹⁶ Há, porém, que ressaltar que alguns atos de comércio objetivos pressupõem, para essa caracterização, a qualidade de comerciante no seu autor ou numa das partes contratuais – vd. exemplarmente o art. 366.º do CCom (“O contrato de transporte por terra, canais ou rios considerar-se-á mercantil quando os condutores tiverem constituído empresa ou companhia regular permanente”) ou o art. 362.º do mesmo Código relativo às operações de bancos (“São comerciais todas as operações de banco tendentes a realizar lucros sobre numerário, fundos públicos ou títulos negociáveis, e em especial as de câmbio, os arrendamentos, empréstimos, descontos, cobranças, aberturas de créditos, emissão e circulação de notas ou títulos fiduciários pagáveis à vista e ao portador”). Como referia FERRER CORREIA, *Lições...* cit., p. 38 surgem assim “condições subjetivas da comercialidade

15. Seguindo a prioridade estabelecida no art. 2.º do CCom, que é típica da perspectiva objetivista, obtém-se, com base na 1.ª parte desta disposição, que são *atos comerciais objetivos* todos aqueles que sejam como tal especialmente previstos e regulados no próprio CCom, na legislação que tenha substituído disposições suas, ou em legislação que se qualifique como comercial.

Para a dogmática desenvolvida sobre o enunciado “*todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código*” constante do art. 2.º, 1.ª parte do CCom, a caracterização legal dos atos de comércio objetivos não se estrutura (mesmo que isso possa estar pressuposto) na base de uma ideia material de essência ou natureza, mas assenta numa *enunciação implícita* operada pela remissão para a legislação comercial onde se prevê o ato com subordinação a uma regulação especial⁹⁷.

Assim, são atos objetivamente comerciais os que surgem regulados, com disciplina específica, no Código Comercial e na demais legislação comercial avulsa deste substitutiva ou complementar. É certo que o art. 2.º, 1.ª parte do CCom alude apenas aos atos que se acharem especialmente regulados “*neste Código*”. Mas não pode surgir qualquer dúvida que são igualmente atos comerciais objetivos todos os atos regulados pela legislação comercial que substituiu ou complementou normas do Código Comercial. Isso resulta, em primeiro lugar, de o art. 1.º do CCom se reportar à “*lei comercial*” que “*rege os atos de comércio*” (cfr. também art. 3.º do Código), e, em segundo lugar, de o desrespeito pelo legislador da determinação do art. 4.º da Carta de Lei de 28 de Junho de 1888 que aprovou o Código Comercial (segundo o qual: “*Toda a modificação que de futuro se fizer sobre a matéria contida no Código Comercial será considerada como fazendo parte dele e inserida no lugar próprio, quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis, ou pelo adicionamento dos que foram necessários*”) não poder levar a concluir

objetiva dos atos de comércio”. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado* cit., p. 77, fala em atos de comércio “objetivos por acessoriedade subjetiva”.

⁹⁷ Recorde-se que a delimitação do âmbito dos atos de comércio objetivos pode realizar-se por três sistemas: o sistema da *definição ou conceituação*, em que se procede à caracterização dos atos comerciais por traços peculiares, pelo que seriam comerciais os atos que se adequem à definição; o sistema da *enumeração explícita*, em que se indica taxativamente o elenco dos atos comerciais; o sistema da *enumeração implícita*, em que se delimitam taxativamente os atos comerciais com base num índice formal, como é a previsão pela lei do ato com uma regulação especial. Vd. CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978, p. 27; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., pp. 66 a 68; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 1.º vol. cit., p. 33; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I cit., pp. 60-61; MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., p. 209.

senão que as modificações sobre *matéria contida no Código Comercial*, apesar de nele não terem sido integradas, constituem *matéria comercial*. Nesta continuidade, são também comerciais os atos que outras leis abordem com essa qualificação mediante disciplina especial em relação ao domínio civil.

Os atos de comércio objetivos são, pois, os atos especialmente regulados como tal pela legislação pertinente, o que, em particular, pode alcançar os atos que apenas surgem regulados pelo Código Comercial ou por outra legislação mercantil ou até pela própria legislação civil (v.g. o *trespasse* previsto no art. 1112.º do CCiv) e os atos que, sendo regulados no Código Civil, são igualmente regulados no Código Comercial ou na demais legislação mercantil em função de certos caracteres específicos de conteúdo, função, escopo ou mesmo autoria, a que se conferiu relevância jurídica.

16. No que concerne aos *atos de comércio subjetivos*, a que respeita a 2.ª parte do art. 2.º do CCom, tratam-se dos atos praticados pelos sujeitos comerciais, portanto, a que cabe a qualidade de comerciantes, com exceção dos atos estritamente civis, ou seja, dos atos que, por natureza ou prescrição legal, não possuem feição comercial, e dos atos em que, no momento da sua celebração, se verifique serem “*o contrário*” do exercício do comércio do comerciante, ou seja, dos atos que não foram praticados no exercício da atividade económica e profissional do comerciante, nem possuem pertinência com o seu comércio. Estes atos de comércio subjetivos são, pois, comerciais em atenção à qualidade do seu autor e ao exercício da sua atividade, sem relevar diretamente qualquer especial caracterização mercantil da própria relação jurídica em apreço.

A qualidade de comerciante do sujeito que pratica o ato – qualidade que o art. 13.º do CCom confere às pessoas que fazem do comércio profissão e às sociedades comerciais – influencia, então, a categoria dos atos de comércio em termos que se podem dizer negativos e positivos: negativamente, na medida em que os atos de comércio objetivos o são porque a sua natureza comercial não pressupõe necessariamente a qualidade de comerciante do seu autor (art. 1.º do CCom); positivamente, porque a qualidade de comerciante, que envolve o exercício profissional da atividade comercial, determina os atos de comércio subjetivos (art. 2.º, 2.ª parte do CCom).

Importa, porém, insistir que, para se configurar a categoria dos atos subjetivamente comerciais, não é suficiente a qualidade de comerciante, já que se exige, em acréscimo, dois predicados que constituem requisitos negativos da comercialidade do ato: primeiramente, os atos não podem ser

de natureza exclusivamente civil, o que exclui os atos cuja regulação, por natureza ou por decisão legislativa, é colocada unicamente sob a suserania do Direito Civil por se reputarem alheios às necessidades e particularidades do comércio, pelo que apenas competem ao Direito Civil, só dele advindo a sua disciplina (vd. *supra* n.º 11)⁹⁸; depois, os atos, pelo seu conteúdo ou pelo seu circunstancialismo, precedente ou contextual, cognoscível no momento da celebração, devem manter ligação com o exercício da atividade comercial do comerciante, pelo que não serão comerciais os atos do comerciante quando resultar do próprio ato, na sua manifestação e conteúdo

⁹⁸ FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., p. 90 e p. 99 reputa atos de natureza exclusivamente civil, que nunca podem ter natureza comercial “os atos que não estejam especialmente contemplados no Código Comercial e não façam parte de um género de que uma espécie está especialmente regulada no mesmo Código, nem constituam o núcleo característico das atividades a que se refere o artigo 230.º”. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 72, entendem que têm “natureza exclusivamente civil todos os atos e responsabilidades cujo género não comporte uma espécie comercial”. MANUEL ANTÓNIO PITA, *Curso Elementar de Direito Comercial*, 4.ª ed., Lisboa, Áreas Editora, 2018, p. 107 sustenta, de modo genérico, que é exclusivamente civil “o ato que, segundo a lei, não é praticado com o intuito lucrativo”. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I cit., p. 87, sintetiza a sua posição considerando que “ato de natureza exclusivamente civil é o que não é nem poderia por natureza ser um ato de comércio objetivo”. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., p. 106 consigna que: “Os termos ato de natureza exclusivamente civil pretendem designar um ato que, em abstrato, segundo a sua natureza geral, não possa estar ligado ao exercício do comércio”. REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial* cit., p. 253 caracteriza o ato de natureza exclusivamente civil como “todo aquele que é por essência ou por natureza civil e só civil, independentemente estar apenas regulado na lei civil; que nunca pode ser praticado pelo comerciante no exercício do seu comércio, que de modo nenhum possa ser comercializado, por ser impossível que tenha alguma relação com o exercício do comércio daquele”. Na mesma orientação, vd. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, pp. 103-104; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., p. 99; PUPO CORREIA, *Direito Comercial...* cit., p. 443. MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., p. 224 considera inviável um critério universal para configurar os atos exclusivamente civis, contentando-se com a noção formal de “atos que, no momento considerado, não sejam regulados pelo Direito Comercial”, o que permitiria reputar atos, ainda que conexcionados com a atividade do comerciante, como seria o caso de uma doação a clientes, como um ato civil. Como resulta do texto (acima e n.º 11), entende-se que são atos exclusivamente civis os que por natureza não se relacionam com o exercício do comércio e os que a ordem jurídica não permite que se conectem com o comércio para efeitos da sua subordinação ao regime comercial. Como tal, atos patrimoniais gratuitos, como a doação ou o comodato, em que não é possível dizer, de modo insofismável, que são inteiramente excêntricos ao comércio (vg. o mecenato empresarial e os brindes promocionais; cfr. aliás, art. 6.º, n.º 2 do CSC), ficam sujeitos, por opção político-legislativa, ao Direito Civil.

próprios, ou do seu contexto, nas circunstâncias concomitantes ou antecedentes próximas que sejam reconhecíveis, a ausência de qualquer conexão com o seu comércio⁹⁹.

Em razão desta segunda dimensão, todos os atos dos comerciantes que não sejam de natureza exclusivamente civil presumem-se praticados no exercício da atividade comercial do comerciante, com vista à sua sujeição à disciplina comercial. Resulta, na verdade, do art. 2.º, 2.ª parte do CCom uma presunção de comercialidade dos atos patrimoniais praticados por um comerciante¹⁰⁰, pelo que tais atos se consideram relacionados com a respetiva atividade profissional ou económica, sendo realizados no âmbito e por causa dessa atividade – parte-se, assim, do princípio de que, de acordo com o padrão da normalidade das coisas, os atos patrimoniais praticados pelos comerciantes estão relacionados com a sua atividade económica. Logo, competirá ao comerciante, sempre que se ponha a questão da qualificação como comercial do ato em causa, ilidir a presunção de que esse ato foi praticado em concatenação com a atividade mercantil, mediante a demonstração de que, no caso, atuou como um vulgar particular não comerciante.

17. Revista, a traços largos, esta distinção entre atos de comércio *ratione materiae* e atos de comércio *ratione personae*, dar o passo para os contratos comerciais, como se antecipou, é imediato. Na verdade, a distinção entre contratos comerciais e contratos civis acompanha necessariamente a autonomização dos atos de comércio em conformidade com a caracterização normativa pertinente, máxime o disposto no referido art. 2.º do CCom.

Deste modo, são contratos comerciais *ratione materiae* todos aqueles que se encontram especialmente regulados no Código Comercial, pelo que há que acolher nesta categoria os diversos tipos contratuais previstos como “*Contratos Especiais de Comércio*” no Livro II do Código Comercial, quer os tipos contratuais que nele são exclusivamente regulados (como os contratos de conta corrente – arts. 344.º a 350.º, de transporte – arts. 366.º a

⁹⁹ Como observa OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I cit., p. 89: “a primeira limitação funciona em abstrato, a segunda em concreto. Pela primeira, afastam-se categorias de atos; pela segunda, afastam-se aqueles atos que se verifica que não podem estar relacionados com o exercício do comércio”.

¹⁰⁰ “Serão considerados” é a significativa formulação típica de presunção simples (arts. 349.º e 350.º do CCiv) pela qual se inicia o art. 2.º do CCom e que se repercute na 2.ª parte do art. 2.º.

393.⁹¹⁰¹, de reporte – arts. 477.⁹ a 479.⁹) quer os tipos contratuais igualmente regulados pelo Código Civil, para os quais o Código Comercial dispõe ou antecipa, em termos gerais ou especiais, soluções particulares distintas ou autônomas das civis (como os contratos de mandato comercial e de comissão – arts. 231.⁹ a 246.⁹ e 266.⁹ a 277.⁹ do CCom em contraposição com os arts. 1157.⁹ a 1184.⁹ do CCiv, de empréstimo comercial – arts. 394.⁹ a 396.⁹ do CCom em contraposição com os arts. 1142.⁹ a 1151.⁹ do CCiv, de penhor mercantil – arts. 397.⁹ a 401.⁹ do CCom em contraposição com os arts. 666.⁹ a 685.⁹ do CCiv, de depósito mercantil – arts. 403.⁹ a 406.⁹ do CCom em contraposição com os arts. 1185.⁹ a 1206.⁹ do CCiv, de compra e venda comercial – arts. 463.⁹ a 476.⁹ do CCom em contraposição com os arts. 874.⁹ a 938.⁹ do CCiv, de aluguer mercantil – arts. 481.⁹ e 482.⁹ do CCom em contraposição com os arts. 1022.⁹ a 1063.⁹ do CCiv). Para além disso, a categoria abrange os contratos regulados na legislação comercial substitutiva ou complementar do Código Comercial, como sejam paradigmaticamente o contrato de sociedade comercial, objeto do CSC, o contrato de agência cuja disciplina consta do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3.7, os contratos de consórcio e de associação em participação previstos no Decreto-Lei n.º 231/81, de 28.7, o contrato de agrupamento complementar de empresas, regulado pela Lei n.º 4/73, de 4.6 e pelo Decreto-Lei n.º 430/73, de 25.8, o contrato de seguro, cujo regime jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16.4.

Nestes contratos especiais de comércio, consabidamente, alguns assumem essa condição em razão de características próprias, que o legislador assumiu como determinativas do enquadramento regulamentador comercial (e temos os contratos comerciais ditos *por natureza*, *absolutos*, *principais* ou *autónomos*), outros em razão da sua relação particular, imediata ou mediata, com outros atos de comércio ou com o comércio (e temos os contratos comerciais *acessórios* ou *por conexão*)¹⁰² – no CCom, como exemplos

¹⁰¹ Está excluída da aplicação destas regras o transporte rodoviário de mercadorias, por força da revogação operada neste âmbito pelo art. 26.⁹ do Decreto-Lei n.º 239/2003, de 4.10 (por último alterado pelo Decreto-Lei n.º 57/2021, de 13.7).

¹⁰² A classificação é comumente reportada aos atos de comércio, mas o seu cariz explicativo vale sobretudo para os contratos. GALVÃO TELLES, “*Aspectos comuns...*” cit., p. 297 escrevia o seguinte sobre a distinção entre contratos comerciais por natureza ou principais e contratos comerciais por conexão ou acessórios: “[o]s primeiros têm impressa em si a comercialidade, como atributo da sua essência; os segundos são comerciais apenas porque estão ao serviço dos primeiros, facilitam ou favorecem a sua função. Num caso, comercialidade direta;

da primeira espécie temos a compra e venda mercantil (art. 463.^o), a troca (art. 480.^o), o reporte (art. 477.^o), como casos da segunda espécie, temos o mandato mercantil (art. 231.^o), o empréstimo (art. 394.^o), o depósito (art. 403.^o).

Importa assinalar que esta caracterização legal de contratos de comércio objetivos é marcadamente atomística e singular, pois centra-se em atos isolados e disseminados – no comércio ocasional, pois – que, por isso mesmo, pode ser realizado por quem não é comerciante. Não dá conta das atividades comerciais, ou seja, do desenvolvimento de atos interligados em ordem à realização de uma certa finalidade, de “tecituras de atividades aglutinadas por força interna, isto é, de organizações mercantis”¹⁰³. O Código Comercial não ignorou, porém, esta vertente da atividade comercial, atenta a disposição fulcral do art. 230.^o do CCom. As diversas atividades propostas ou realizadas em conformidade com as descrições dos números 1.^o a 7.^o deste art. 230.^o, que recebem o qualificativo de *comerciais* (“*haver-se-ão por comerciais*”), enunciam *atos comerciais objetivos*, mais precisamente conjuntos de atos, atuações – *ocupações ou tarefas*, afinal – pelo que os contratos que, pelo seu conteúdo, objeto ou escopo, se reconduzam materialmente a essas atividades constituem *contratos comerciais, contratos objetivamente comerciais*.

Desta forma, como refere EVARISTO MENDES, o comércio, nos termos dos arts. 1.^o, 2.^o e 230.^o do CCom, “compreende tanto os negócios inseridos no exercício de uma atividade económico-produtiva (comércio profissional), como negócios isolados (comércio ocasional)”, podendo, pois, identificar-se no Código “dois grupos de atividades mercantis: i) as correspondentes a certos contratos especialmente regulados e/ou qualificados como comerciais: atividade bancária (art. 362), de intermediação nas trocas (arts. 463ss, 480), de aluguer (art. 481), de construção naval (art. 489), etc., formando uma espécie de categoria histórica (conjunto de atividades que historicamente foram desenvolvidas pelos comerciantes, até à época da codificação); e, adicionalmente, ii) as atividades «empresariais» identificadas no

no outro caso, comercialidade reflexa, como corolário desse papel auxiliar, que de resto pode apresentar-se em mais de um grau (há contratos acessórios de outros que são já, por seu turno, acessórios)”. Vd. ainda FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., pp. 107 e segs.; FERRER CORREIA, *Lições...* cit., pp. 40 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 1.^o vol. cit., pp. 40 a 42; FÁTIMA GOMES, *Direito Comercial* cit., p. 49; PEDRO PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 73; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado* cit., pp. 76-77.

¹⁰³ Para usar a formulação de FERRER CORREIA, “*Sobre a projectada reforma...*” cit., p. 27.

artigo 230 – ou seja, as novas atividades produtivas que ao tempo da feitura do Código (1888) o legislador considerou equiparáveis às anteriores, merecendo por isso integrar a profissão de comerciante, com o estatuto jurídico respetivo: indústria transformadora, editorial, de construção civil, de espetáculos públicos, etc.”¹⁰⁴.

Não se pode ainda deixar de acrescentar que, para a consubstanciação desta categoria dos contratos objetivamente comerciais, afigura-se inviável, não obstante os esforços que têm sido desenvolvidos na doutrina¹⁰⁵, procurar uma essência ou natureza que fundamente unitariamente a qualificação

¹⁰⁴ EVARISTO MENDES, “Breve introdução histórica...” cit., pp. 757 a 759.

¹⁰⁵ Assim, sustenta-se na doutrina que a noção de ato de comércio por natureza que subjaz às formas de atividade comercial disciplinadas na lei é “ato de interposição na troca”, “um ato de interposição na oferta e procura de bens” (MARIA HELENA BRITO, ob. cit., p. 187), a “circulação intermediária lucrativa de bens ou mercadorias”, “intermediação entre a produção de bens ou mercadorias e o consumo”, “atividade que se exerce como intermediária entre a produção e o consumo, com o fim de obter lucro” (CASTRO MENDES, *Teoria...* cit, vol. I, p. 26 e p. 27) – nesta visão o acto de comércio prototípico é a compra para revenda (art. 463.º do Cód. Comercial). JOSÉ JOAQUIM BARROS, “Regime geral dos actos de comércio” cit., pp. 23 e 29, alude como critério da qualificação dos atos de comércio à “veiculação do capital”, à veiculação da forma de valor capital, “consoante se integrem ou não numa operação destinada a aumentar um valor inicial pela assunção de um determinado risco”. GALVÃO TELLES, (“Aspectos comuns...” cit., pp. 285-286, 294 a 296) convoca a ideia de “contrato produtivo” como critério dos contratos comerciais e do Direito Comercial: o “Direito Comercial regulará homogeneamente todas as relações nascidas dos contratos produtivos, quer dizer, dos contratos que se integram no ciclo da produção económica, que criam novas utilidades” e logo “todas as relações privadas que transcendam o âmbito dos contratos produtivos e relações conexas e são a grande maioria pertencem à jurisdição do Direito Civil” (p. 294), sendo que: “O contrato produtivo supõe uma empresa, ainda que rudimentar” (p. 295). No entanto, este Autor logo acrescentava que: “às relações nascidas dessa espécie de contrato têm de acrescer outras por uma razão de acessoriedade económica que as atrai para a órbita das primeiras e as submete à regulamentação jurídico-comercial” (pp. 296-297, pp. 298 e segs.) o que o conduzia a distinguir os *contratos comerciais por natureza ou principais* (que seria o caso da aquisição para revenda ou locação e da revenda ou alienação ou locação sucessiva; do contrato estimatório; do contrato de fornecimento; do contrato de prestação de serviço produtivo; do contrato de empreitada, do transporte, dos contratos bancários, do seguro) e os *contratos comerciais por conexão ou acessórios* (que o podem ser em atenção ao objeto ou ao fim): “[o]s primeiros têm impressa em si a comercialidade, como atributo da sua essência; os segundos são comerciais apenas porque estão ao serviço dos primeiros, facilitam ou favorecem a sua função. Num caso, comercialidade direta; no outro caso, comercialidade reflexa, como corolário desse papel auxiliar, que de resto pode apresentar-se em mais de um grau (há contratos acessórios de outros que são já, por seu turno, acessórios)” (p. 297).

dos contratos como comerciais. A enumeração legal dos atos e atividades comerciais não é suscetível de ser entendida como a transposição normativa de uma essência ou natureza subjacente ao comércio, que seria, pois, recebida pelo legislador. O discernimento de uma tal *essência* do comércio – de uma *forma, ideia* ou *arquétipo* platônico (*eidos*) de “ato de comércio por natureza” – permitiria, seguramente, facilitar o funcionamento de uma analogia *juris* ao facultar fundar num *quid* unitário uma regulação para ele apropriada, mas carece de correspondência com a materialidade dos dados normativos, que não permitem encontrar um denominador comum, revelado por certas características intrínsecas partilhadas por todos, aos atos e atividades comerciais previstos no Código Comercial e na demais legislação substitutiva ou complementar. Como bem sinalizava FERRER CORREIA¹⁰⁶, “é impossível construir um conceito unitário de ato de comércio, dado o carácter heterogéneo das várias atividades reguladas nas leis comerciais”, pois “nem todos esses atos devem a sua comercialidade a uma razão intrínseca, relativa à sua natureza: muitos são considerados e regulados nas leis comerciais por virtude de uma razão extrínseca, por serem eles acessórios doutros atos (...) ou por pertencerem (ou se presumir que pertencem) ao âmbito de uma atividade mercantil profissional” e mesmo os atos principais não encontram uma característica comum capaz de dar unidade ao conceito¹⁰⁷. A caracterização como ato de comércio objetivo de um certo contrato é verdadeiramente função de uma opção de política legislativa que, mesmo que não inteiramente arbitrária, é marcadamente convencional.

Por fim, e não podendo entrar aqui em toda a discussão doutrinal sobre a qualificação de atos ou atividades comerciais por analogia¹⁰⁸, limitamo-nos a consignar que, perante um contrato a que caiba, por interpretação declarativa ou extensiva, ou que mereça, por analogia (*legis*), um regime

¹⁰⁶ FERRER CORREIA, *Lições...* cit., p. 17. Vd. do mesmo modo PUPO CORREIA, *Direito Comercial...* cit., pp. 24-25.

¹⁰⁷ Cfr. ainda a este respeito PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado* cit., p. 71; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., pp. 74 e segs.; MARIA ELISABETE RAMOS, *Direito Comercial...* cit., p. 25; REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial* cit., pp. 27 e segs. e 238 e segs.; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 1.º vol. cit., pp. 12 e 23 a 31. FÁTIMA GOMES, *Direito Comercial* cit., p. 28 observa certamente que “a delimitação das atividades que são consideradas como “comerciais” deve ser feita em função da legislação e não em função de conceptualismos económicos ou de outra natureza”.

¹⁰⁸ Para a descrição desta discussão, pode compulsar-se MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 211 e segs..

dotado de especialidade perante as regras civis, compete reconhecer a sua pertença à categoria dos contratos objetivamente comerciais.

Por seu turno, os contratos comerciais *ratione personae* são todos os contratos dos comerciantes, portanto, os *contratos subjetivamente comerciais*, em que se verifica que uma ou ambas as partes têm a qualidade de comerciante, ressalvados os casos em que o contrato, por *desconexão intrínseca* ou por *desconexão conjuntural*, não concerne à atividade profissional do comerciante (vd. acima n.º 16). Eis, pois, o sistema da lei: são contratos comerciais, sujeitos à lei comercial, todos os que sejam praticados pelos comerciantes fora do âmbito dos atos exclusivamente civis, exceto se for repelida a presunção de que tais contratos se connexionam com o seu giro comercial. Nesta medida, é característico destes contratos comerciais a sua imputação a um comerciante, portanto, a qualidade de comerciante de um ou de ambos dos seus contraentes. Tal qualidade de comerciante, nos termos do art. 13.º do CCom e do art. 1.º do CSC, cabe aos comerciantes em nome individual e às sociedades comerciais, a que se devem acrescentar outras pessoas coletivas¹⁰⁹ cujo objeto sejam atividades comerciais (como as cooperativas¹¹⁰, as empresas públicas sob a forma de entidades públicas empresariais¹¹¹, os agrupamentos complementares de empresas¹¹² ou os agrupamentos europeus de interesse económico¹¹³).

A categoria dos contratos comerciais, seguindo exatamente a estruturação legal dos atos de comércio (arts. 1.º e 2.º, bem como art. 230.º do CCom), é, em suma, constituída pelos *contratos objetivamente comerciais*, contratos como tal qualificados e regulados pela lei comercial em razão de certos elementos materiais atinentes ao seu conteúdo e função, os quais podem¹¹⁴ não envolver qualquer qualidade ou posição dos contratantes (art. 1.º, art. 2.º, 1.ª parte, art. 230.º do CCom), e pelos *contratos subjetivamente*

¹⁰⁹ Cfr. as exclusões estabelecidas pelos arts. 14.º e 17.º do Com.

¹¹⁰ Vd. o Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 119/2015, de 31.8 (na redação da Lei n.º 66/2017, de 9.8), respetivos arts. 2.º, 4.º e 7.º.

¹¹¹ Vd. o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3.10 (por último alterado pela Lei n.º 42/2016, de 28.12), respetivos arts. 13.º e 56.º e segs.

¹¹² Vd. a Lei n.º 4/73, de 4.6, respetivas Bases I e III, e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25.8, respetivo art. 15.º (ambos os diplomas com alterações posteriores).

¹¹³ Vd. Regulamento (CEE) n.º 2137/85 do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativo à instituição de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE), respetivo art. 3.º, n.º 1, e o Decreto-Lei n.º 148/90, de 9.5, respetivo art. 3.º, n.ºs 1 e 2.

¹¹⁴ A formulação pretende ter presente que alguns atos objetivamente comerciais o são em atenção à natureza do sujeito que os pratica, como se referiu acima na nota 96.

comerciais, os contratos celebrados, em conexão com a sua atividade, pelos sujeitos do Direito Comercial, máxime os comerciantes em nome individual e as sociedades comerciais (art. 13.º do CCom), em que, pois, é decisiva a posição ou estatuto do sujeito ou sujeitos intervenientes (art. 2.º, 2.ª parte do CCom).

Trata-se, pois, de uma *categoria bipartida*, senão mesmo de *duas categorias* de *contratos comerciais* (recorde-se que a 2.ª parte do art. 2.º do CCom usa, em relação aos atos dos comerciantes, a locução adverbial “*além deles*”), que se separam por, num caso, se atender à matéria (*lato sensu*) do contrato, nos moldes que resultam da enunciação implícita dos atos previstos na legislação comercial, e, no outro caso, se atender ao estatuto ou qualidade da parte ou partes contratantes, tal como legalmente definido, sempre ressalvando-se os contratos celebrados por comerciantes que são insuscetíveis em abstrato de ter conexão com o exercício do comércio (que são, pois, os *contratos estruturalmente civis*¹¹⁵) e os contratos que, em concreto, carecem dessa conexão (*contratos conjunturalmente civis*) – para recorrer, conclusivamente, à descrição de ENGRÁCIA ANTUNES¹¹⁶: “Se ali o que decide da natureza ou relevância jurídico-comercial de um determinado contrato é a natureza do contrato em si mesmo, independentemente da qualidade do respetivo autor (comercialidade “*in re*”), aqui o que decide dessa natureza ou relevância é fundamentalmente o estatuto de comerciante de quem o pratica (comercialidade “*in persona*”)”.

18. Os contratos comerciais possuem um regime especial em face do regime comum do Direito Civil – por mais parcelar, fragmentário ou rudimentar que ele seja, é isso que impõe a autonomização da categoria dos contratos comerciais em face dos contratos civis.

Desde logo, há que atender às regras específicas que a propósito dos diversos contratos reputados atos de comércio objetivos ou “*contratos especiais de comércio*” se mostram consagradas na lei, designadamente no Código Comercial (vd. acima n.º 17). Pense-se, nomeadamente: na admissão de todos os meios de prova do empréstimo mercantil entre comerciantes seja qual for o seu valor (art. 396.º do CCom) em comparação com as exigências de forma *ad substantiam* do mútuo civil acima de certo valor (art. 1143.º do

¹¹⁵ Cfr. *supra* n.ºs 11 e 16.

¹¹⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais* cit., p. 15 e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., p. 30.

CCiv); na necessária retribuição deste mesmo empréstimo mercantil (art. 395.º do CCom) distintamente do que sucede no mútuo civil que apenas se presume oneroso em caso de dúvida (art. 1145.º, n.º 1 do CCiv); na presunção de onerosidade do mandato comercial (art. 232.º do CCom) em confronto com a presunção de gratuidade do mandato civil, exceto se tiver por objeto atos que o mandatário pratique por profissão (art. 1158.º, n.º 1 do CCiv); no direito à retribuição, salva convenção expressa em contrário, do depositário mercantil (art. 404.º do CCom) em cotejo com a presunção de gratuidade do depósito civil nos mesmos termos do art. 1158.º do CCiv (*ex vi* art. 1186.º do CCiv); nas diferenças de soluções entre as diversas modalidades da compra e venda mercantil (arts. 465.º a 475.º do CCom) e as correspondentes modalidades da compra e venda civil (arts. 883.º, 887.º a 926.º do CCiv).

Depois, mesmo quando escasseia um regime comercial específico para certo tipo contratual, a qualificação de um contrato como objetiva ou subjetivamente comercial, para além de apelar à necessidade de verificar a analogia *legis*, conforme disposto pelo art. 3.º do CCom, acarreta a sujeição ao regime geral, mesmo que curto e sumário, dos atos de comércio. Com efeito, no que constitui, diga-se, um movimento circular, dada a incindibilidade material nas tarefas de realização do Direito entre operações de qualificação e soluções de concretização de regimes jurídicos, a qualificação de certo contrato como comercial acarreta a referência a uma disciplina jurídica geral da contratação mercantil, a qual se prende, como é sabido, com o disposto nos arts. 96.º a 102.º do CCom, que respeitam às denominadas “*disposições gerais*” dos contratos especiais de comércio. Como observa OLIVEIRA ASCENSÃO¹¹⁷, “o ato é sempre especialmente regulado em relação ao civil, ainda que o seja através das disposições gerais privativas dos atos de comércio”.

Para além da disciplina dos juros consagrada no art. 102.º do CCom (a que já se aludiu no ponto III no que concerne aos juros legais de mora), a qual, dado o disposto no corpo do preceito (“*Há lugar ao decurso e contagem de juros em todos os atos comerciais em que for de convenção ou direito vencerem-se e nos demais casos especiais fixados no presente Código*”), faculta a invocação de um *princípio geral da onerosidade* típico dos contratos comerciais, a regulação fulcral hoje em causa nestas disposições gerais é, praticamente, a solução (supletiva) da *solidariedade passiva das obrigações comerciais com pluralidade de devedores* (art. 100.º do CCom) por oposição ao regime-regra da conjunção

¹¹⁷ *Direito Comercial*, vol. I cit., p. 66.

ou parciaridade das obrigações civis (art. 513.º do CCiv)¹¹⁸, que visa naturalmente o reforço do crédito comercial (*favor creditoris*). O *cariz idiossincraticamente comercial* daquela regra da *solidariedade passiva nas obrigações comerciais plurais* é bem evidenciado pelo disposto no § único do art. 100.º do CCom, que determina, em derrogação do art. 99.º do mesmo Código, que a regra da solidariedade passiva nas obrigações mercantis não se aplica, em sede de atos mistos, àquele ou àqueles sujeitos que *não sejam comerciantes* e para quem o ato *não tenha natureza comercial*. A solidariedade, agora com o significado de afastamento do benefício da excussão prévia, por força do art. 101.º do CCom, também vale para o fiador de obrigação comercial em relação ao devedor principal afiançado, assim se contrapondo à fiança civil (art. 638.º do CCiv).

Justamente, é esta *sujeição à lei comercial que dita a relevância da categoria dos contratos comerciais* e dos “direitos e obrigações comerciais” (art. 3.º do CCom) que deles podem emergir. Por isso, o que é primigénio no enunciado do art. 1.º do CCom é que a “*lei comercial rege os atos de comércio*”, formulação que coloca incisivamente a tónica, como sintagma nominal, na regulação particular da *lei comercial*¹¹⁹.

19. Tudo isto que se vem de expor está velho e ultrapassado? Continuar a tratar com a categoria dos contratos comerciais nestes termos é deambular por cidadelas velhas, se não mesmo em ruínas, com prejuízo da ocupação e desenvolvimento das novas metrópoles que se vão erigindo ao lado?

¹¹⁸ Que reside na solidariedade a valência essencial da diferença, em sede de regime geral, entre contratos comerciais e civis é ponto comumente assinalado na doutrina – PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, cit., p. 57: “é no princípio da solidariedade, também inerente à tutela do crédito, que vai radicar a maior diferença hoje existente entre o Direito Comercial e o Direito Civil”; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial* vol. I cit., pp. 162 e 551, depois de sublinhar que o regime geral das operações comerciais é “quase insignificante”, observa que a solidariedade nas obrigações comerciais “é o principal efeito”, “é o aspeto mais relevante do regime comum do comércio”.

¹¹⁹ Diferentemente do que sucederia se, invertendo os termos da oração, se declarasse que “os atos de comércio são regidos pela lei comercial”. Como observa MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., p. 210: “Ou a qualificação como ato comercial permite a aplicação de um regime especial e o ato é efetivamente comercial ou isso não sucede e a qualificação legal, por não ter dado azo a qualquer norma de conduta perde-se”; “Só serão comerciais os atos regulados no Código e nos quais afluíre a característica da especialidade. Esta advém de uma valoração feita perante a correspondente regra civil ou, pelo menos, da sua integração num conjunto que, perante o equivalente conjunto civil, mereça o epíteto “especial””.

São várias as vozes que há muito respondem positivamente e exigem o desembaraço dos abrigos antiquados dos atos de comércio por novos alojamentos, especificamente a *empresa mercantil* ou a *empresa tout court*.

Invoque-se, de modo exemplar, FERRER CORREIA¹²⁰ que defendeu que a orientação legislativa assente nos atos de comércio devia ser descontinuada, pois como sistema regulador de atividades isoladas e desconexas, da intervenção ocasional através de certos atos no circuito comercial, não tinha fundamento a autonomia do Direito Comercial, dado que não surgiam aí interesses diversos dos que são comuns à generalidade dos negócios patrimoniais capazes de justificar uma disciplina jurídica diferente da oferecida pelo Direito Comum – concluía, então, este Autor que “o direito comercial só ganha verdadeiro sentido e justifica finalmente a sua tradicional independência, face ao direito civil, se fizer da empresa mercantil o seu núcleo”.

Para ENGRÁCIA ANTUNES¹²¹, a visão tradicional dos contratos comerciais acima apresentada “é de recusar, a vários títulos”, de que se destacam os seguintes: i) os conceitos-chave centenários dos atos de comércio e dos comerciantes são anacrónicos e estão ultrapassados, não retratando o universo atual do Direito Comercial, em que diversos contratos comerciais estão atualmente regulamentados de modo autónomo e particularmente detalhado e, sobretudo, surgiu uma miríade de novos contratos mercantis ditados pela prática dos negócios, assim como se verifica que as atividades económicas, mais do que assentes na figura do comerciante, são imputáveis ao empresário, que detém uma organização, mesmo que mínima ou rudimentar; ii) é na figura da empresa que se encontra atualmente “o centro de gravidade regulatório da contratação atinente ao mundo das relações comerciais”, como o evidenciam os contratos bancários, os contratos de bolsa, os contratos de transporte, os contratos de seguro, que são celebrados, por imposição legal, por entidades empresariais especializadas, estruturadas sob formas específicas e sujeitas a particulares esquemas regulatórios, bem como diversos outros contratos comerciais típicos e atípicos, como os contratos de mediação, de viagens e turismo, de gestão empresarial, têm a empresa como elemento constitutivo ou requisito subjetivo da sua própria

¹²⁰ FERRER CORREIA, “*Sobre a projectada reforma...*” cit., pp. 28-29. Vd. também CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 52 e segs.; PAULO RAMIREZ, *Direito Comercial* cit., n.º 2.1.

¹²¹ *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais* cit., pp. 15 e segs. e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., pp. 30 e segs.. Vd. também no mesmo sentido MARTA MARTINS DA COSTA, *Da compra e venda comercial* cit., pp. 53-54.

noção. Em consequência, para este Autor, os contratos comerciais são “os contratos que são celebrados pelo empresário no âmbito da sua atividade empresarial: a intervenção de um empresário no contrato (designadamente, como uma das partes contratantes) e a pertinência desse contrato à constituição, organização ou exercício da respetiva atividade empresarial, são assim os elementos caracterizadores ou qualificadores da comercialidade de um contrato”¹²².

Pois bem, pela nossa parte, se se afigura que é inquestionável que a afirmação da produção, distribuição e consumo de massa fez surgir um sistema económico dominado pela empresa, estrutura que é a base primordial da atividade económica e do mercado, bem como que nada impede, quer dogmaticamente quer de *iure condendo*, alcançar esta *visão empresarial* da contratação mercantil, a verdade é que, na atual situação legislativa, como resulta da exposição antecedente, ela continua a esbarrar com a realidade normativa da manutenção do Código Comercial, com os seus contornos próprios (mesmo que não passem de “farrapos esparsos de normas”¹²³), a que o intérprete-aplicador não consegue, sem mais, alhear-se na resolução dos casos concretos.

Argumente-se, a este respeito, com o facto de a contraposição dos *contratos comerciais* em face dos *contratos civis* resultar, ela própria, de *disposições comerciais*. Na verdade, são contratos civis, sujeitos à regulação do Código Civil, todos aqueles que o Código Comercial, nas suas *determinações qualificativas ou delimitadoras*¹²⁴, retirou expressamente do “comércio jurídico” objeto do Direito Comercial¹²⁵: a agricultura, a pecuária, a silvicultura, as respetivas atividades acessórias de fabricação, manufatura ou fornecimento, o artesanato, os ofícios mecânicos diretamente exercidos pelos respetivos profissionais, a atividade do próprio autor que edita, publica ou vende as suas obras. Com efeito, o art. 230.º do CCom, nos seus §§ 1 a 3, exclui do

¹²² *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais* cit., p. 23 e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., p. 40.

¹²³ PINTO FURTADO, *Disposições gerais do Código Comercial*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 5.

¹²⁴ No caso, “normas desqualificadoras”, que excluem situações do âmbito do Direito Comercial. Vd. FÁTIMA GOMES, *Direito Comercial* cit., p. 46.

¹²⁵ Exclusão que, independentemente da sua motivação histórica que, por isso, se poderia supor ultrapassada, se mantém persistentemente, de modo consciente, no nosso sistema jurídico, pois, para recorrer a uma observação de ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Direito Comercial das Empresas* cit., p. 44 que se pode retomar, com muita assiduidade, “a verdade é que ainda há pouco tempo várias normas do Código Comercial foram alteradas mantendo intocadas as que excluem as referidas atividades da tipicidade comercial enquanto tal”.

conceito juridicamente operativo de comércio diversas atividades económicas que, em consequência, se localizam no reino do Direito Civil (cfr. também n.ºs 2, 3 e 4 do art. 464.º do CCom), pelo que os contratos delas advenientes não são, como tal e por esse único motivo, regidos pela lei comercial (art. 1.º do CCom). Ora, essas atividades podem ser desenvolvidas por empresas, ou seja, por organizações de fatores de produção ainda que possam ser rudimentares (pequenas empresas)¹²⁶, como já o admite, afinal, a própria letra do § 1 do art. 230.º ao reportar-se ao artesanato¹²⁷ e a ofícios mecânicos que sejam desenvolvidos pelos próprios profissionais mediante uma exploração assente em operários ou em operários e máquinas¹²⁸. Mais vastamente, cabe reconhecer, como refere ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA¹²⁹, que nada obsta a que empresas com cabal e desenvolvida estruturação material exerçam atividades puramente civis, pois a “organização de nível, a autonomia e a racionalidade não são apanágio exclusivo do comércio”. Verifica-se, pois, que contratos resultantes do exercício das atividades económicas excluídas do conceito de comércio jurídico tal como globalmente definido pelo Código Comercial, ainda que assentes em estruturas empresariais consistentes, podem subordinar-se – nessa específica dimensão, claro está – somente ao Direito Civil. Em contrapartida, o pequeno comerciante individual (art. 13.º, n.º 1.º do CCom), que desenvolve a sua atividade profissional de compra e venda de produtos apenas com o seu trabalho individual e pessoal, não detendo, pois, qualquer organização produtiva autónoma, vê os atos do seu giro comercial regidos pela lei comercial.

¹²⁶ Abstrai-se aqui, evidentemente, para efeitos do argumento, da estruturação como sociedades sob forma comercial, nos termos do art. 1.º, n.º 4 do CSC.

¹²⁷ Note-se que o Decreto-Lei n.º 41/2001, de 9.2, alterado pelo Decreto-Lei n.º 110/2002 de 16.4, que aprovou “o estatuto do artesão e da unidade produtiva artesanal e define o respetivo processo de acreditação” (art. 1.º) reporta-se nos arts. 12.º e 14.º à unidade económica, que pode ter até nove trabalhadores, representada pela “unidade produtiva artesanal”.

¹²⁸ RICARDO COSTA, “O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial” cit., p. 27 observa, a propósito dos §§ do art. 230.º do CCom que “configuram a possibilidade de empresários não comerciantes, pois as atividades exploradas, ainda que empresarialmente, não pertencem à comercialidade juspositiva”, pelo que “também aqui o CCom rege, por antítese e exclusão, os sujeitos que escapam à qualidade de comerciante”. Em sentido diferente, considerando que os §§ do art. 230.º do CCom e a exclusão da comercialidade deles resultante têm como pressuposto o exercício não empresarial das atividades aí referidas, vd. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 38 a 41 e 91 e segs..

¹²⁹ *Direito Comercial das Empresas* cit., p. 44.

Por outro lado, é inquestionável que são contratos comerciais, sujeitos ao respetivo regime, contratos em que não surge qualquer empresário ou empresa – “contratos comerciais fora da empresa”¹³⁰. Basta pensar num contrato de compra e venda para revenda de coisa móvel ou imóvel feita por comprador pessoa singular que não é comerciante nem empresário em que o vendedor, pessoa singular que igualmente não é comerciante nem empresário, procedeu à aquisição com o intuito de revender (art. 463.º, n.ºs 1.º, 3.º e 4.º do CCom) ou nas compras e vendas de partes sociais de sociedades comerciais realizadas por particular não empresário – trata-se aqui de atos de comércio objetivos, como tal contratos comerciais independentes da qualidade ou estado empresarial dos contraentes. Pode reconhecer-se, como faz JANUÁRIO GOMES¹³¹, que estes “contratos comerciais fora da empresa têm reduzida expressão, estando atualmente na periferia do Direito Comercial, ainda que dentro dele”, mas isto não sequencia a prescindibilidade da categoria dos contratos comerciais ou a sua substituição pela figura dos contratos empresariais. Aliás, a relevância autónoma dos atos de comércio isolados ou esporádicos é precisamente a saliência dogmática significativa da conceção objetiva da comercialidade consagrada nos arts. 1.º e 2.º, 1.ª parte do CCom¹³².

Julgam-se, por isso, inteiramente ajustadas as seguintes apreciações de COUTINHO DE ABREU¹³³: “os contratos comerciais (em Portugal e noutros ordenamentos em que a categoria é aceite) não podem ser (inteiramente identificados) com os contratos de empresa. (a) Existem contratos comerciais sem que nenhum das partes seja empresário no exercício da respetiva atividade (...). (b) Há contratos não comerciais apesar de neles participarem empresários (...)”. Bem assinala, então, este Autor que: “o direito comercial português atual, além de admitir comerciantes não empresários (...), regula atos de comércio esporádicos ou ocasionais que não têm que

¹³⁰ JANUÁRIO GOMES, *Contratos comerciais* cit., p. 18. Vd. também COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., p. 51; MARTA MARTINS DA COSTA, *Da compra e venda comercial* cit., p. 58.

¹³¹ JANUÁRIO GOMES, *Contratos comerciais* cit., p. 18.

¹³² Vd. PUPO CORREIA, *Direito Comercial...* cit., p. 24; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 29-30. Escreve expressivamente MARTA MARTINS DA COSTA, *Da compra e venda comercial* cit., p. 25, em nota, para destacar o tratamento regulativo que a lei conferiu aos atos pontuais de comércio, que: “O não comerciante é assaltado pelos interesses tipicamente mercantis na prática do ato de comércio”.

¹³³ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., p. 47.

ver com empresas mercantis e cuja disciplina não poderá dizer-se (globalmente) determinada por interesses ligados à empresarialidade – pense-se em atos (ocasionais) de fiança (CCom art. 101.^o), mandato (arts. 231.^o ss.), empréstimo (arts. 394.^o ss.), penhor (arts. 397, ss.), depósito (art. 403.^o ss.), aluguer (arts. 481.^o-482.^o)... São fenómenos *marginais*, fora do núcleo do direito mercantil? Pois são – mas *uma definição rigorosa do direito comercial vigente não pode desconsiderá-los*”.

A categoria dos *contratos comerciais* – que só comumente, mas não necessariamente, são também empresariais – não é, manifestamente, uma categoria necessária do mundo jurídico, mas enquanto categoria histórico-normativa presente na legislação mercantil vigente continua a ser operativa, como instrumento pertinente para a conformação de consequências jurídicas. Desta forma, na medida em que a figura dos contratos comerciais, na sua dupla vertente objetiva e subjetiva, faz imbricar efeitos jurídicos particulares, mostra-se perfeitamente funcional, não constituindo mero referente teórico-descritivo ou, pior, um simples *flatus vocis*¹³⁴.

Não parece, pois, que o momento presente, com os quadros normativos com que continua a organizar-se a matéria jurídico-privada e a Ciência que dela se ocupa, irroque imperturbavelmente a superação ou eliminação da categoria clássica dos contratos comerciais mediante a sua substituição por uma *super-categoria englobante*, com sabor essencialista, dos *contratos empresariais*. A adoção da figura da empresa como substrato global de uma regulação especial da contratação “mercantil” ou não civil, mesmo que surja como retoricamente atraente, envolveria uma alteração *contra legem* do âmbito de aplicação de regras existentes cuja observância se impõe (como sucede com as normas delimitativas dos §§ do art. 230.^o do CCom, com repercussão, por exemplo, em sede da solidariedade passiva do art. 100.^o do mesmo Código). Deste modo, tal *categoria unitária ou universal da empresa*, cuja operacionalização jurídica se mostra ainda bastante difusa¹³⁵, não parece

¹³⁴ Repare-se que, por exemplo, em sede de contratação eletrónica, o art. 24.^o do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7.1 (com as alterações posteriores) ao determinar a aplicabilidade das regras constantes desse diploma “a todo o tipo de contratos celebrados por via eletrónica ou informática” teve como preocupação elucidar “sejam ou não qualificáveis como comerciais”.

¹³⁵ Vd. com amplos desenvolvimentos MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial* cit., pp. 322 e segs. que reputa a empresa como um “conceito-quadro: disponível para o legislador e para a prática jurídica, sempre que caiba referir realidades produtivas sem pormenores técnicos” (p. 327). PUPO CORREIA, *Direito Comercial...* cit., p. 41 aponta, pelo seu lado, que “o próprio conceito de empresa não se acha perfeitamente definido para o Direito”. Confronte-se a

desempenhar de modo eficiente uma função na justificação de decisões judiciais que pretendam concretizar o Direito vigente para a resolução de litígios.

Pensa-se, antes, mais modestamente, que o caminho preferível é, respeitando o núcleo essencial constitutivo, em conformidade com as proposições básicas dos arts. 2.º e 230.º do CCom, da categoria dos contratos comerciais, ir verificando e apurando esta categoria em razão dos seus particulares contextos normativos de concretização, nos termos móveis ou variáveis que se exemplificaram (vd. acima **III**) com os juros moratórios agravados para os créditos comerciais, empresariais e profissionais (art. 102.º, §§ 3, 4 e 5 do CCom), entretecendo mesmo a categoria, em atenção a específicos locais normativos (como sucede no Direito do Consumidor, como se verá a seguir), com a figura dos contratos de empresa, que tem como conteúdo mínimo, que a torna imprescindível, os casos em que a presença da empresa ou do empresário constitui uma “exigência tipológica legal”, como sucede com os contratos bancários, os contratos de seguro ou os contratos de transporte¹³⁶, mas também com a figura, mais ampla do que os contratos empresariais, dos contratos com profissionais¹³⁷.

Conclui-se, pois, que a categoria dos contratos comerciais, modelada na base das determinações resultantes do Código Comercial e da demais

definição pré-jurídica de ORLANDO DE CARVALHO, “*Empresa e lógica empresarial*” cit., p. 193: “a empresa é necessariamente uma estrutura, isto é um complexo organizado de meios ou de fatores com o mínimo de racionalidade e estabilidade que lhe garanta o mínimo de autonomia funcional (ou técnico-produtiva) e financeira (ou económico-reditícia) que lhe permitia emergir na intercomunicação das produções (ou no mercado, *lato sensu*: o mercado é o local ideal da intercomunicação produtiva) como um centro emissor e recetor *a se stante*”. Pelo seu lado, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade* cit., p. 304 e *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., p. 296 define empresa em sentido objetivo como “a unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma atividade de produção para a troca”. Vd. também CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 35 e segs..

¹³⁶ Vd. JANUÁRIO GOMES, *Contratos comerciais* cit., p. 18. Cfr. também ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais* cit., pp. 18-19 e *Direito dos Contratos Comerciais* cit., pp. 33-34, 43 e segs..

¹³⁷ Por exemplo, impõe-se o recurso à categoria dos contratos (inter)empresariais e entre profissionais, no caso em oposição aos contratos com consumidores, em sede de cláusulas contratuais gerais, dado que a LCCG separa os contratos respeitantes às “*relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica*” (art. 17.º) e os respeitantes às “*relações com os consumidores finais*” (art. 20.º).

legislação comercial e desenvolvida através da sua abertura aos diversos contextos pragmáticos de concretização, continua a representar elemento imprescindível na ordenação de vigência do nosso sistema privatístico e na coordenação entre consequências jurídicas e factuais contratuais como tal qualificadas em função das competentes previsões normativas.

20. Termine-se este ponto assinalando que, em atenção às determinações legais acima convocadas, se podem autonomizar, na *separação entre contratos civis e contratos comerciais*, as seguintes modalidades:

- i) os contratos exclusivamente civis por natureza – como sucede com os contratos familiares, de que é caso exemplar o contrato de casamento (art. 1577.º do CCiv) – ou por prescrição legal – como sucede com os contratos de venda de produtos da exploração agrícola (art. 464.º, n.º 2 do CCom), a doação (arts. 940.º e segs. do CCiv) ou o comodato (arts. 1129.º e segs. do CCiv);
- ii) os contratos civis ou comerciais, consoante as características do seu conteúdo ou objeto, finalidades visadas e sujeitos contraentes – como se exemplifica com a compra e venda (arts. 874.º a 938.º do CCiv e arts. 463.º a 476.º do CCom) e o mandato (arts. 1157.º a 1184.º do CCiv e arts. 231.º a 246.º e 266.º a 277.º do CCom);
- iii) os contratos exclusivamente comerciais – os regulados exclusivamente pelo Código Comercial e demais legislação comercial, como sucede com o reporte (art. 477.º do CCom) ou com o contrato de agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3.7, com as alterações posteriores).

Para além destas específicas delimitações, a diretriz geral, que resulta da natureza *comum* do Direito Civil, como direito regra e subsidiário (vd. *supra* n.º 13), é que as situações jurídicas privadas que não constituam atos objetivamente comerciais, nem sejam praticadas por comerciantes no exercício do seu comércio, assim como todas as componentes das situações jurídicas comerciais que não contendam direta ou por analogia com as regras do Direito Comercial, subordinam-se ao Direito Civil, exceto se outro sector especial, em razão dos valores e interesses que o arregimentam, tiver pretensão de aplicação.

Justamente, constitui sector normativo especial a ter em consideração o *Direito do Consumidor*. Vejamos, agora, como ele impulsiona a tricotomia *contratos civis, contratos comerciais e contratos de consumo ou com consumidor*.

V. Contratos de consumo/com consumidor

A. Considerações preliminares de sequência

21. Já se atendeu acima (n.º 8) à distinção entre os *atos de comércio bilaterais ou puros*, que são comerciais em relação a todos os contraentes, e os *atos de comércio unilaterais ou mistos*, que são comerciais para um dos sujeitos e civis para o outro sujeito¹³⁸ e à regulação que surge no art. 99.º do CCom para os *contratos*¹³⁹ *unilateralmente comerciais*. Esta regulação, como se viu, implica que, apesar de ser objetivamente comercial para uma parte – como sucede, por exemplo, no caso do art. 463.º, n.º 3 do CCom – e objetivamente civil para outra parte – como sucede no caso do art. 464.º, n.º 1 do mesmo Código –, o contrato é tratado, na sua globalidade, como um *contrato comercial*, com o regime correspondente, ressalvada a disciplina que só for aplicável “àquele ou àqueles por cujo respeito o ato é mercantil”.

Em Direito Comercial vale, assim, a figura dos *atos mistos ou atos unilateralmente comerciais*¹⁴⁰ que designa os contratos comerciais que o são em relação a uma das parcelas contratuais ou a um dos contratantes, mas que são não comerciais em relação à outra parcela contratual ou ao outro contratante. O exemplo mais revelador desta figura é, efetivamente, a compra e venda: nos termos dos arts. 463.º e 464.º do CCom, não se encara a compra e venda na sua unidade intrínseca, mas decompõe-se o contrato em duas operações, o ato de vender e o ato de comprar, que podem possuir qualificação diferente (comercial e civil) – assim, o ato de vender coisas móveis, por força do n.º 3 daquele artigo 463.º, é comercial “quando a aquisição houvesse sido feita no intuito de as revender” e o ato correlativo de comprar coisas

¹³⁸ Sobre a distinção, vd. FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., pp. 113-119; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. I cit., pp. 93 e segs.; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., pp. 131 e segs.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., pp. 74 e segs.; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., pp. 93-94.

¹³⁹ O art. 99.º refere-se explicitamente a contraentes, pelo que parece assumir que, para efeitos de aplicação da disciplina, o ato de comércio em causa é um contrato.

¹⁴⁰ Como bem elucida CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., p. 131, o legislador, como pressupostos para identificar o ato comercial, escolheu “não propriamente circunstâncias que se apliquem à relação no seu todo, mas antes elegeu critérios de comercialidade que valem apenas para um dos lados da relação”, o que é consentâneo “com a lógica profunda da vida mercantil, que não supõe qualquer espécie de bilateralidade”, pelo que os pressupostos da comercialidade “são unilaterais e não relativos ao ato no seu todo” (vd. ainda p. 366).

móveis, por força do n.º 1 do art. 464.º, é civil quando as coisas sejam “*destinadas ao uso ou consumo do comprador ou da sua família*”; por seu turno, o ato de venda de produtos agrícolas pelo proprietário rural, por força do n.º 3 do art. 464.º, é civil e o ato correlativo de compra dos produtos agrícolas, de acordo com o n.º 1 do art. 463.º, é comercial se tiverem sido adquiridos para revenda. A lei comercial como que desarticulou, autonomizando-as, as duas declarações negociais componentes do contrato de compra e venda mercantil; porém, apesar dos elementos qualificativos comerciais valerem apenas para um dos lados contratuais, dificilmente poderia valer para a relação global uma disciplina em conflito ou contraditória, já que, para citar GUILHERME MOREIRA “[s]endo uno o ato jurídico, deve haver também em princípio unidade na sua lei reguladora”¹⁴¹. Daí a eleição, via de princípio, do sistema da *unidade* em vez do sistema da *cisão* no art. 99.º do Cód. Comercial, pelo qual *embora o ato seja mercantil só com relação a uma das partes será regulado pelas disposições da lei comercial quanto a todos os contratantes*, o que implica uma preferência, na absorção unitária, pelo regime comercial.

Justamente, como melhor se examinará seguidamente, a categoria dos *contratos de consumo ou com consumidor* envolve sempre um *contrato unilateralmente comercial* ou, mais vastamente, um *contrato unilateralmente comercial, empresarial ou profissional* – se, de um lado, está um consumidor, do outro lado, está um comerciante, um profissional ou um empresário¹⁴². Sucede que esta especial configuração do contrato em razão da *natureza e qualidade das partes contratuais* determina atualmente uma disciplina peculiar moldada em razão dos específicos interesses do *consumidor*, como tal “não enraizada

¹⁴¹ *Instituições de Direito Civil Português* cit., p. 53. Mais recentemente, vd. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 75: “a compra e venda é, em princípio, um contrato unitário, um ato jurídico só, e não dois, um ato de compra e um ato de venda. Por isso, não pode ter uma dupla natureza civil e comercial.”; “O ato de comércio misto não é separado em duas partes, uma civil e outra comercial, é regido unitariamente como um só ato de comércio ao qual é aplicável todo o regime do ato de comércio”.

¹⁴² Como observa JANUÁRIO GOMES, *Contratos comerciais* cit., p. 35 não é possível dissociar os contratos de consumo da empresa e do profissional. Vd. também ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 40 que destaca que os contratos de consumo têm como contraparte natural um empresário, pelo que representam por isso ““ex definitione” verdadeiros e próprios contratos comerciais” e que (pp. 37-38) como “as relações jurídicas de consumo corresponderão geralmente a atos de comércio mistos (estabelecidos entre um empresário e um consumidor), tal significa que elas se encontrarão subordinadas também ao império da lei comercial (art. 99.º do CCom)”.

nas lógicas e interesses (...) da empresarialidade ou da comercialidade”¹⁴³, sendo isso que funda a *divisio et denominatio* da *categoria dos contratos de consumo*. Pode-se, então, dizer que a categoria dos contratos de consumo ou com consumidor sobreveio por um processo de *dissociação de noções*, em que, mediante novos esquemas definitórios, se reordenam, mais coerentemente, realidades de conciliação problemática, eliminando, através da *dissociação* de uma nova categoria em relação à unidade primitiva, a incompatibilidade sistêmica anteriormente apurada¹⁴⁴.

Nesta medida, bem se compreende que MANUEL ANTÓNIO PITA¹⁴⁵ diga que, de certo modo, o Direito do Consumidor surgiu “como uma via para libertar os consumidores do domínio do direito comercial”, pois “o Código Comercial submetia o interesse dos consumidores ao interesse dos comerciantes por via do regime dos chamados atos mistos, estabelecido no art. 99.º”; ora, o “direito dos consumidores teve por finalidade alterar esta relação de forças definindo um regime de tutela do consumidor, normalmente a parte mais débil na relação jurídica em causa”. Há, porém, que acrescentar que essa libertação do consumidor não se dá apenas em relação ao domínio do Direito Comercial, mas mais largamente em face do Direito Civil e de relevante parte das suas soluções tradicionais que se veem arredadas por regras de proteção contratual do consumidor.

¹⁴³ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., p. 51.

¹⁴⁴ Esclarecem CHAÏM PERELMAN/LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 5.ª ed., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988, pp. 255-256 que os procedimentos de *dissociação de noções* são “técnicas de rotura que têm como fim dissociar, separar, dessolidarizar, os elementos que são considerados como formando um todo ou, pelo menos, como um conjunto solidário no seio de um mesmo sistema de pensamento: a dissociação terá por efeito a alteração de um tal sistema, modificando certas noções que nesse sistema constituíam peças mestras”. Pela *dissociação de noções*, a unidade primitiva de elementos confundidos numa mesma conceção e designação é alterada através da modificação dos dados conceptuais em que se estruturava com a introdução de noções novas (ob. cit., pp. 551 e segs.).

¹⁴⁵ MANUEL ANTÓNIO PITA, *Curso Elementar de Direito Comercial*, 4.ª ed., Lisboa, Áreas Editora, 2018, p. 71. Vd. também ORLANDO DE CARVALHO, “*Empresa e lógica empresarial*”, p. 216 que alude a um novo ramo do direito, depois do direito do trabalho, “aparentemente como um segundo limite, ou uma segunda contra-lógica, da lógica empresarial”. Cfr. ainda CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português* cit., p. 134 que fala, a respeito do Direito do Consumidor, numa “importantíssima limitação externa” ao Direito Comercial, que advém do “concurso da aplicação de um outro sector de regulamentação a certos atos mistos” destinado a proteger o consumidor na contratação com profissionais.

E assim, com o aparecimento de *soluções originais de tutela do consumidor*, se rompeu o *status quo* muito persistente da dualidade entre *contratos civis e comerciais* – impôs-se *dissociar uma nova noção*: a categoria dos *contratos de consumo ou contratos celebrados com consumidores*¹⁴⁶.

B. Direito do Consumidor

22. É, então, conveniente, para devida compreensão da categoria dos contratos de consumo, mencionar a base histórico-social do sector normativo da proteção do consumidor.

Principie-se por recordar que a regulação substancial das relações de consumo não encontrava originariamente qualquer espessura própria nas codificações fulcrais do Direito Privado do Código Civil e do Código Comercial¹⁴⁷. No Código Civil de 1966, nenhuma menção surgia – o que ainda hoje sucede – ao consumidor. Já no Código Comercial de 1888 encontramos a estimulante determinação qualificativa do já citado art. 464.º, n.º 1 do CCom (: “*Não são consideradas comerciais: 1.º As compras de quaisquer cousas móveis destinadas ao uso ou consumo do comprador ou da sua família, e as revendas que porventura desses objetos se venham a fazer*”), a qual, porém, se serve para excluir o regime comercial, não conforma minimamente, para além das clássicas soluções civis, uma disciplina própria de tutela do consumidor¹⁴⁸.

¹⁴⁶ A categoria surge consolidada como vocábulo ou conceito nos mais diversos instrumentos europeus e diplomas nacionais, como facilmente se exemplifica recordando o já acima visto Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5, respetivo art. 2.º, n.º 2, al. a). Mas muitos outros exemplos se poderiam dar. Para ficar apenas por diplomas que a seguir não serão particularmente examinados, vd. os arts. 6.º, al. f) e 25.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7.1, relativo aos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico; o art. 3.º, n.º 3 e Anexo da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

¹⁴⁷ Vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo: autonomização e configuração dogmática” in LUÍS MENEZES LEITÃO (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 11- 30 [p. 15] que destaca que as codificações oitocentistas e novecentistas desconhecera a figura do consumidor, não o incluindo entre as suas categorias jurídicas. Cfr. também ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., p. 15 e p. 46. Vd. ainda a nota 23 acima.

¹⁴⁸ Nesta medida, afigura-se excessiva, embora expressiva, a apreciação de REMÉDIO MARQUES, *Direito Comercial* cit., pp. 160-161, sobre esta disposição legal de que: “Com um século de antecedência não se encontraria melhor enquadramento do conceito de negócio jurídico de consumo esgrimido nas atuais leis e doutrina” e que “é a própria disciplina jurídico-comercial que se retrai, propositadamente, em certos domínios de contratação,

O consumidor para o Direito era, nesta fase histórica, simplesmente o sujeito económico destinatário final dos circuitos do mercado, que, como parte contratual na aquisição de bens ou serviços, não surgia dotado de direitos específicos que se lhe dirigissem nessas vestes ou estatuto, nem se configurava como categoria jus-subjetiva autónoma.

A inadequação, em termos do Direito justo, desta irrelevância, senão mesmo desdém, pelos interesses específicos do consumidor, que tinha as raízes na orientação económico-social do individualismo liberal, centrado na igualdade formal e na promoção da liberdade económica e do comércio mediante o princípio básico da autonomia privada, tornou-se inelutável perante a evolução económico-social e a realidade das coisas da vida que obrigou a olhar para “um contraente com fisionomia própria que lhe é dada pelo contexto funcional da relação em que está inserido: já não o sujeito que pressupostamente se serve do negócio e do contrato como instrumento geral de manifestação de uma vontade livre, mas o trabalhador, o arrendatário, o consumidor, numa palavra, o contraente concretamente situado no domínio das relações da vida económico-social, que lhe atribuem uma posição de relativa dependência económica e inferioridade, com as consequentes dificuldades na satisfação, por processo de autogoverno, dos seus interesses legítimos”¹⁴⁹.

É certo que é perpétuo o dilema que a autonomia privada enfrenta de “na altura do estabelecimento de uma dada relação jurídica concreta, poder existir um desequilíbrio de poder negocial entre as partes, de tal modo que fique prejudicada a composição adequada dos interesses em jogo”, pois “os princípios da igualdade formal e autonomia privada ostentam, na sua abstracção, alguma ousadia quando comparados com determinadas constelações reais em que as pessoas se encontram”, em que “uns são social ou economicamente mais fortes e outros são, em termos materiais correspondentes, mais fracos”, o que exige a correção do princípio da autonomia privada com “critérios materiais (portanto, visando uma situação de desigualdade material), atendendo a situações típicas ou tipificáveis, que são caracterizadas pela existência de uma parte mais fraca”¹⁵⁰. Todavia, se é

permitindo uma natural acomodação do regime jusprivatístico da protecção contratual do consumidor em face do regime das obrigações mercantis”.

¹⁴⁹ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 98.

¹⁵⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER/EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 61-62.

inquestionável a presença de uma preocupação do Direito Civil com a parte contratual débil e com o equilíbrio contratual (ou, melhor, com o desequilíbrio excessivo), como se recolhe, v. g., das manifestações regulativas sobre negócio usurário (art. 282.º do CCiv), sobre a usura em mútuos ou negócios de crédito (arts. 559.º-A e 1146.º do CCiv), sobre a compra e venda a prestações (arts. 934.º a 936.º do CCiv), ou até se encontra na regra do art. 914.º do CCiv, que proporciona (mas muito limitadamente por exigir do vendedor ausência de culpa) a reparação ou substituição da coisa defeituosa, também se tornou claro que a proteção do consumidor perante a dimensão dos problemas colocados pela economia de massas moderna e pela sociedade técnica e industrializada dominante não se podia contentar com essas circunscritas soluções clássicas (já para não falar nas múltiplas regras claramente desvantajosas que também proliferam no CCiv, como seja a licitude, como *dolus bonus*, das sugestões ou artifícios usuais considerados legítimos segundo as conceções dominante do comércio jurídico – art. 253.º, n.º 2, ou a colocação da garantia do bom funcionamento da coisa vendida na dependência de convenção das partes ou dos usos – art. 921.º, n.º 1), mas exigia uma intervenção bastante mais vasta e incisiva¹⁵¹.

O reinado, pelo menos a nível ideológico e das estruturas institucionais, de uma ordenação jurídica individualista e liberal, assente na soberania, pouco restringida ou mitigada, dos princípios da igualdade jurídico-formal, da autonomia privada e liberdade contratual, com o *pacta sunt servanda* e a eficácia *inter partes* (*res inter alios acta*), não favorecia uma proteção centrada em classes de pessoas, pelo menos sempre que essa proteção não servisse para facilitar o desenvolvimento das trocas negociais e dos mecanismos competitivos do mercado. Isto era assim apesar das realidades materiais e da evolução social mostrarem, cada vez com maior intensidade, que sob o manto idílico daqueles princípios sublimes, campeavam as injustiças contratuais, o desequilíbrio material das posições dos intervenientes do mercado, com o seu domínio por grandes empresas, o aproveitamento abusivo das necessidades fundamentais dos cidadãos, através dos mecanismos da produção e distribuição em massa, da publicidade, do crédito ao consumo,

¹⁵¹ Vd. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 277 e segs. sobre a “inadequação do modelo do Código à proteção eficaz do consumidor”; JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à política do consumo*, Lisboa, Editorial Notícias, 1999, pp. 53 e segs.; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., pp. 26 e segs..

das cláusulas contratuais gerais, das técnicas comerciais agressivas¹⁵². A tutela jurídica do consumidor, a promoção do bem-estar do consumidor como valor privatístico demandava outros mecanismos normativos, que só emergiram com efetividade no quadro de legislação especial *extra codicem* como fruto de um movimento político-social de defesa do consumidor sobrevivendo decisivamente a partir a década de 1960.

Não há, pois, que hesitar: o Direito do Consumo, as inquietações e os valores que espelha, os mecanismos especiais de tutela que consagra, os direitos que reconhece, são tudo fenómenos recentes, remontando à segunda metade do século passado, podendo mesmo fixar-se numa famosa intervenção política do Presidente dos EUA JOHN FITZGERALD KENNEDY¹⁵³ a marca histórica, a nível internacional, da respetiva fundação¹⁵⁴.

¹⁵² É inevitável citar aqui o Preâmbulo da LCCG: “A prática jurídico-económica racionalizou-se e especializou-se: as grandes empresas uniformizam os seus contratos, de modo a acelerar as operações necessárias à colocação dos produtos e a planificar, nos diferentes aspetos, as vantagens e as adscrições que lhes advêm do tráfico jurídico. /O fenómeno das cláusulas contratuais gerais fez, em suma, a sua aparição, estendendo-se aos domínios mais diversos. São elaborados, com graus de minúcia variáveis, modelos negociais a que pessoas indeterminadas se limitam a aderir, sem possibilidade de discussão ou de introdução de modificações. Daí que a liberdade contratual se cinja, de facto, ao dilema da aceitação ou rejeição desses esquemas predispostos unilateralmente por entidades sem autoridade pública, mas que desempenham na vida dos particulares um papel do maior relevo”.

¹⁵³ Trata-se da Mensagem especial ao Congresso de 15.3.1962 sobre “*Protecting the Consumer Interest*” (pode ser compulsada em <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest>), que principia com a famosa afirmação “*Consumers, by definition, include as all*”, e em que se enumeram como direitos dos consumidores: “(1) *The right to safety—to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.* (2) *The right to be informed—to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.* (3) *The right to choose—to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.* (4) *The right to be heard—to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.*”. Porém, mais do que a famosa declaração acima citada (que não é propriamente de grande originalidade – vd. a citação de ADRIÃO FORJAZ DE SAMPAIO *supra* nota 23), a frase lapidar que, deste discurso, deveria ser bem retida para efeito de políticas públicas é a seguinte: “*under our economic as well as our political form of democracy, we share an obligation to protect the common interest in every decision we make*”.

¹⁵⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Ensino do Direito do Consumo*” in Themis, ano VII, n.º 12 (2006), pp. 215-238 [p. 226] fala precisamente no “marco histórico e simbólico: mensagem dirigida pelo presidente Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos, em 15 de Março de 1962”. OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Direito Civil e Direito do Consumidor*” in Themis, Edição especial, 2008,

O Direito do Consumo é, verdadeiramente, um filho do seu tempo – e o seu tempo (que é o nosso tempo) é o da sociedade de consumo caracterizada por técnicas de promoção da oferta e de indução à procura que transformam a aquisição de produtos ou serviços em modo de ser (*empto ergo sum*), pela aparição de contratantes poderosos que recorrem a cláusulas contratuais gerais pré-elaboradas, naturalmente em seu benefício próprio¹⁵⁵, do desequilíbrio significativo da posição do contraente mais fraco à mercê do mais forte, tudo o que urgia corrigir e resolver através de soluções apropriadas ao bem-estar comum, que necessariamente tinham de interferir em sede de contratação com os consumidores mediante medidas especificamente dirigidas à salvaguarda dos seus interesses.

23. Entre nós, o tempo de atenção normativa explícita ao fenómeno do consumo começa com a aprovação em 1981 de uma primeira Lei de Defesa do Consumidor (a Lei n.º 29/81, de 22.8, posteriormente substituída pela Lei n.º 24/96, de 31.7, com diversas alterações posteriores) e, sobretudo, dado o seu nível hierárquico, com a introdução na Constituição da República Portuguesa (CRP), através da revisão operada pela Lei n.º 1/82, de 30.9, da incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social de “*proteger o consumidor*” (então al. j) do art. 81.º) e do direito dos consumidores “*à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos*” (então art. 110.º, n.º 1 da CRP que passou, na sequência da Lei n.º 1/89, de 8.7, para o artigo 60.º da CRP, como

pp. 163-182 [p. 165] fala a este respeito em “data fixa de nascimento”. Vd. também JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed, Coimbra Almedina, 2021 (reimp.), p. 25 e *Os contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Lisboa, 2011, p. 11; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., pp. 12-13; ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “*Tutela do consumo e procedimento administrativo*” in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 119-140 [pp. 119 e segs.]; JORGE PEGADO LIZ, *Introdução...* cit., p. 31; FERNANDO BAPTISTA OLIVEIRA, *O conceito de consumidor. Perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra, Almedina, 2009, pp.46-47; LUÍS MENEZES LEITÃO, “*O Direito do Consumo...*” cit., p. 17; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações* cit., p. 249, nota 1; PINTO MONTEIRO, “*Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor*” in CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 1999, pp. 201-214 [p. 201].

¹⁵⁵ Para citar o clássico GALVÃO TELLES, “*Aspectos comuns...*” cit., p. 255: “A parte mais poderosa, chamada a celebrar repetidamente a mesma operação jurídica, achou mais simples vazá-la de vez num modelo uniforme. Com isto ganhava tempo e realizava melhor os seus interesses através de uma redação antecipada e cuidadosa”.

explícito “*direito económico*”, declarando o seu n.º 1 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*”).

Deixando de lado as referências em termos de políticas públicas que se encontram no art. 81.º, al. i) (“*Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores*” como incumbência prioritária do Estado) e no art. 99.º, e) (“*A proteção dos consumidores*” como objetivo de política comercial) da CRP, interessa aqui ressaltar os “direitos parcelares em torno da realidade consumo”¹⁵⁶ consagrados no art. 60.º e rececionados no art. 52.º, n.º 3, al. a), da CRP, a saber, os direitos dos consumidores à qualidade dos bens e serviços, à formação e à informação, à proteção da saúde, à proteção da segurança, à proteção dos interesses económicos e à reparação dos danos.

Mas, como já se mencionou (vd. *supra* n.º 4), é devido reconhecer ao legislador comunitário/europeu um papel precursor na definição e promoção de uma política (pública) de proteção do consumidor¹⁵⁷, com direto influxo numa disciplina dos contratos com consumidores, mediante a consagração de particulares mecanismos de tutela dos seus interesses negociais, em especial quando o fornecedor dos bens ou serviços predispõe o clausulado contratual.

Preliminarmente, lembre-se que o Tratado de Roma de 25.3.1957, que institui a Comunidade Económica Europeia, não trazia originariamente qualquer referência geral à defesa dos consumidores, incluindo somente menções incidentais aos consumidores a respeito da política agrícola comum e das regras da concorrência (arts. 39.º, n.º 1, al. e), 40.º, n.º 3, 86.º, al. b) e 92.º, n.º 2, al. a)), mas, na década de 70 do século passado, a consciência da carência de uma política comunitária especificamente norteada à tutela dos consumidores conduziu à Resolução do Conselho de 14 de Abril de

¹⁵⁶ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “*Tutela do consumo e procedimento administrativo*” cit., p. 127.

¹⁵⁷ Vd. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., pp. 21 e segs.; MÁRIO FROTA, *Política de Consumidores na União Europeia. O acervo do Direito Europeu do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 11 e segs. (obra, embora desatualizada, onde podem ser confrontados, designadamente para apreciação da evolução ocorrida, diversas regulações e documentos provenientes das instituições europeias com incidência na política e direitos dos consumidores); JORGE PEGADO LIZ, *Introdução...* cit., pp. 97 e segs.; FERNANDO BAPTISTA OLIVEIRA, *O conceito de consumidor* cit., pp. 141 e segs.; ANA M. GUERRA MARTINS, “*O Direito Comunitário do consumo. Guia de estudo*” in LUÍS MENEZES LEITÃO (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 63-91 [pp. 66 e segs.].

1975 sobre um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e de informação dos consumidores¹⁵⁸, a que se seguiram, a partir de 1985, as primeiras diretivas de proteção do consumidor¹⁵⁹, vindo a defesa dos consumidores a ser assumida como competência comunitária específica por força do Tratado da União Europeia assinado em Maastricht em 7.2.1992 (cfr. o art. 129.º-A do Tratado da Comunidade Europeia, posteriormente renumerado como art. 153.º). Atualmente, em termos de Direito Primário, por força do art. 4.º, n.º 1 e n.º 2, al. f) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a União Europeia dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros no domínio da defesa dos consumidores. Em consequência, o art. 169.º do TFUE estabelece no seu n.º 1 que: “*A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses*”. As exigências em matéria de defesa dos consumidores devem ainda, por força do art. 12.º do mesmo TFUE, ser “*tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União*”, prevendo igualmente o art. 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que: “*As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores*”.

Emergiu, então, neste contexto, um significativo acervo europeu conducente à harmonização do direito contratual dos Estados-Membros na dimensão centrada na tutela do consumidor. Basta recordar, a este respeito, os seguintes instrumentos normativos do Direito Europeu mais imediatamente respeitantes ao campo contratual: a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercia-

¹⁵⁸ Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community for a consumer protection and information policy [JO 1975 C92/01]. Neste programa preliminar assinalava-se que “*o consumidor não pode mais ser considerado simplesmente como comprador e como utilizador de bens ou serviços para seu uso pessoal, familiar ou coletivo, mas como pessoa interessada nos diferentes aspetos da vida social que podem direta ou indiretamente afetá-la como consumidor*” e que os “*interesses do consumidor podem ser agrupados em cinco categorias de direitos fundamentais: a) direito à proteção da sua saúde e da sua segurança, b) direito à proteção dos seus interesses económicos, c) direito à reparação dos prejuízos, d) direito à informação e à educação, e) direito à representação (direito de ser ouvido)*”. Cfr. MÁRIO FROTA, *Política de Consumidores...* cit., pp. 10 e segs..

¹⁵⁹ Vd. as indicações constantes da nota 25.

lização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE; a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (dita *diretiva relativa às práticas comerciais desleais*); a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho; a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho; a Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010; a Diretiva (UE) 2015/2302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa às viagens organizadas e aos serviços de viagem conexos, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Diretiva 90/314/CEE do Conselho; a Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais; a Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE; a Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores.

Assomam, através destes instrumentos normativos, regras pensadas para tutela dos consumidores que incidem sobre os contratos por estes celebrados, em especial para assegurar a informação pré-contratual e a inteligibilidade do clausulado e obviar ao desequilíbrio dos direitos e obrigações negociais, seja em atenção às modalidades ou conjunturas da sua celebração

(contratos do comércio eletrónico, contratos celebrados à distância, contratos celebrados fora do estabelecimento), seja para promover uma disciplina especial para certos tipos contratuais de consumo (compra e venda para consumo e contratos equiparados, crédito ao consumo), seja para impor regras gerais na contratação com consumidores (a exclusão de cláusulas abusivas nos contratos pré-formulados com consumidores).

24. A origem europeia, com a consequência de se traçarem, assim, domínios ordenados pelo Direito da União Europeia (UE), não concerne apenas ao conteúdo da regulação, tal como enunciado legislativamente pelas instituições da União, com a autonomia própria que possui em relação aos Direitos nacionais; na medida em que se jogam “*conceitos autónomos do direito da União, cujo alcance não pode ser determinado por referência aos conceitos conhecidos do direito dos Estados-Membros ou das classificações operadas no plano nacional*” (cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9.7.2020, RL (Diretiva luta contra os atrasos de pagamento), C-199/19, n.º 27), imbrica necessariamente com os modos da sua interpretação e aplicação, em atenção aos parâmetros interpretativos e concretizadores do Direito Europeu, que são independentes dos estabelecidos pelos sistemas nacionais (mesmo que com eles possam coincidir em substância), pois, como é jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), “*decorre tanto das exigências da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União que não contenha uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros a fim de determinar o seu sentido e o seu alcance devem normalmente ser objeto, em toda a União, de uma interpretação autónoma e uniforme*” (vd., por exemplo, o acórdão de 18.10.2016, Nikiforidis, C-135/15, n.º 28 e o já citado acórdão de 9.7.2020, C-199/19, n.º 27), a qual deve ser realizada tendo em conta não só o teor literal da disposição do Direito da União, mas também o contexto em que se insere, o conjunto das disposições do direito da União e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte (vd., por exemplo, acórdãos de 25.1.2017, Vilkas, C-640/15, n.º 30 e de 16.11.2016, Hemming e o., C-316/15, n.º 27), e, eventualmente, a sua génese (vd., assim, o acórdão de 10.12.2018, Wightman e o., C-621/18, n.º 47), sendo que “*a formulação utilizada numa das versões linguísticas de uma disposição do direito da União não pode servir de base única à interpretação dessa disposição ou ter carácter prioritário em relação às outras versões linguísticas*”, pois “[a]s disposições do direito da União devem (...) ser interpretadas e aplicadas de maneira uniforme, à luz das versões redigidas em todas as línguas da

União Europeia” (acórdãos de 6.6.2018, Tarragó da Silveira, C-250/17, n.º 20 e de 21.12.2021, Trapeza Peiraios, C-243/20, n.º 32)¹⁶⁰.

Ao Tribunal de Justiça, intérprete supremo do Direito da União, cujas orientações hermenêuticas são vinculativas para as autoridades nacionais, compete, evidentemente, o papel leonino nesta interpretação autónoma e uniforme do Direito da UE (vd. art. 19.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia: “O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”). Destaque-se, a este propósito, como o Tribunal de Justiça tem assinalado (vd., mais recentemente, os acórdãos de 23.11.2021, IS, C-564/19, n.º 67 e de 2.3.2021, A.B. e o., C-824/18, n.º 90), que “a pedra angular do sistema jurisdicional concebido pelos Tratados é constituída pelo processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, disposição que, ao instituir um diálogo de juiz para juiz entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, tem por objetivo assegurar a unidade de interpretação do direito da União, permitindo assim assegurar a sua coerência, o seu pleno efeito e a sua autonomia, bem como, em última instância, o carácter específico do direito instituído pelos Tratados”. Daí que, como é igualmente jurisprudência constante, “um acórdão proferido a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça vincula o juiz nacional, quanto à interpretação ou à validade dos atos das instituições da União em causa, para a solução do litígio no processo principal” (v.g., acórdãos de 20.10.2011, Interedil, C-396/09, n.º 36, de 5.4.2016, PFE, C-689/13, n.º 38, de 5.7.2016, Atanas Ognyanov, C-614/14, n.º 33) e “O artigo 267.º TFUE exige do órgão jurisdicional de reenvio que dê um efeito pleno à interpretação do direito da União dada pelo Tribunal de Justiça” (referidos acórdãos de 5.4.2016, PFE, C-689/13, n.º 38 a 40 e de 5.7.2016, Ognyanov, C-614/14, n.º 28), pelo que: “Depois de ter recebido a resposta do Tribunal de Justiça a uma questão relativa à interpretação do direito da União que lhe submeteu, um órgão jurisdicional que se pronuncia em primeira ou em última instância deve, ele próprio, fazer tudo o que seja necessário para que essa interpretação do direito da União seja aplicada” (referido acórdão PFE, C-689/13, n.º 42). De resto, “o princípio do primado do direito da União consagra a prevalência do direito da União sobre o direito dos Estados-Membros. Este princípio impõe, assim, a todas as instâncias dos Estados-Membros que confirmem pleno efeito às diferentes normas da União, não

¹⁶⁰ Tudo isto é ainda mais relevante quando se depara, não apenas com um quadro legal de harmonização mínima, mas em face de matéria sujeita a um princípio de harmonização máxima que impede os Estados-Membros de manter ou introduzir no direito nacional disposições divergentes, mais ou menos estritas, das previstas na norma europeia. Vd. nas mencionadas Diretivas 2011/83/EU, (UE) 2019/770 e (UE) 2019/771 os respetivos arts. 4.º.

podendo o direito dos Estados-Membros afetar o efeito reconhecido a essas diferentes normas no território dos referidos Estados” (vd., para além dos acórdãos históricos de 15.7.1964, Costa/Enel, 6/64 e de 9.3.1978, Simmenthal, 106/77, n.ºs 22 e 23, mais recentemente o acórdão de 18.5.2021, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e o., processos apensos C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, n.º 244).

Deve, pois, ter-se em devida conta que a regulamentação dos contratos com consumidores e a erupção dessa categoria dogmática assenta em disposições legais que são fulcralmente normas de atuação de diretivas e de regulações europeias, com as consequências hermenêutico-decisórias a isso associadas.

25. A finalidade da tutela do consumidor, em razão do seu *status* desfavorecido como parte débil e inábil nas relações que entabula com os profissionais que lhe fornecem bens ou prestam serviços, que demanda intervenção corretiva, constitui o elemento característico do Direito do Consumo ou do Consumidor como complexo intencional autónomo ou autonomizável, mais ou menos estruturado, de normas e princípios jurídicos. Pensa-se que é possível, a seu propósito, recorrer à concetualização de MENEZES CORDEIRO sobre o “Direito funcional específico”, que ocorre quando, para além do substrato do Direito privado comum, com os valores civis, que são os “valores básicos de qualquer sociedade humana civilizada”, e o regime adequado para os servir, emerge um ramo de Direito que, em acréscimo àquele Direito comum, manifesta valores sectoriais que são prosseguidos por regulações particulares que conformam esse sector normativo¹⁶¹. Justamente, o Direito do Consumo, como ramo autónomo ou em busca de autonomização, afere-se como conjunto de regras protetoras do consumidor *qua tale*, o que implica um critério teleológico, pelo qual “a proteção e promoção dos interesses dos consumidores é o escopo das normas que constituem o seu conteúdo, o seu objeto e o seu domínio de aplicação”¹⁶².

Nesta sequência, resta (re)dizer que, para realização desta *ratio* fundamentadora, o vasto sector normativo do Direito do Consumo ou do Con-

¹⁶¹ MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário* cit., pp. 184-185, que exemplifica com o Direito bancário institucional e material (pp. 185 e segs.).

¹⁶² LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Direito do Consumo... cit., p. 19. Esta caracterização teleológica do Direito do Consumo é genericamente acolhida na literatura. Vd., por exemplo, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 15, nota 2; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., pp. 155-156.

sumidor¹⁶³ compreende, como componente fundamental, uma disciplina especial de salvaguarda da posição negocial dos consumidores que rege, mediante soluções jurídicas imperativas, os contratos para fornecimento de bens e serviços que entabulam com os operadores económicos profissionais, assim impondo a autonomização, como categoria contratual específica, dos *contratos de consumo ou com consumidor* – em que moldes, é o que monta agora dilucidar mais de detalhe.

¹⁶³ Dado o assunto deste escrito, não releva aqui discutir as concepções sobre o Direito do Consumo como ramo privado ou como conjunto híbrido de regras privadas e públicas. Vd., a este respeito, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “*Tutela do consumo e procedimento administrativo*” cit., pp. 121 a 124 que entende que o Direito do Consumo, como ramo jurídico autónomo, deve ser visto, conceptualizado e trabalhado como um conjunto articulado de normas públicas e privadas (portanto, de normas civis, administrativas, penais, etc.), provenientes de uma pluralidade de fontes de origens e natureza diversa, atuantes com base em diversos modelos (privado, público, associativo), que visam, na pluralidade das dimensões relevantes, a tutela do consumo, enquanto bem não apenas individual, numa “lógica de proteção estritamente individual da parte mais fraca”, mas jurídico-público, já que a função social do consumo na sociedade atual apela a exigências de interesse público e de bem comum. Esta nossa *venerabilis soror* admite, porém, “um regresso a um maior peso dos meios típicos da “sociedade de direito privado” para combater toda e qualquer forma de pretensa inferioridade material dos atores sócio-económicos”, pelo que “no momento em que o direito privado oferecer as soluções que hoje resultam de esquemas jurídico-públicos, a razão de ser destes últimos porventura desaparecerá” (p. 125). Vd. também JORGE PEGADO LIZ, *Introdução...* cit., pp. 57 e segs. e 262 e segs.; LUÍS MENEZES LEITÃO, “*O Direito do Consumo...* cit., pp. 24 e segs.; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., pp. 28 e segs.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 71 e segs.; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo* cit., pp. 48 e segs.. Como aqui importa considerar esquemas contratuais, logo privatísticos, é suficiente dizer que se tais regras “consumerísticas” cuidam da proteção de interesses individuais, também servem interesses sociais: a previsão de regras especiais para defesa do consumidor mediante a subjectivização jurídica de interesses individuais é acompanhada de preocupações de regulação do mercado e de proteção da concorrência, de modo a que as empresas e os profissionais que oferecem bens e serviços aos consumidores se subordinem a um mesmo *level playing field* com a fixação de condições comuns na sua atuação no mercado para a obtenção e conservação da clientela. Repare-se, por exemplo, que na Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, se afirma, nos seus considerados, que “*para facilitar o estabelecimento do mercado interno e proteger os cidadãos que, na qualidade de consumidores, adquiram bens e serviços mediante contratos regidos pela legislação de outros Estados-membros, é essencial eliminar desses contratos as cláusulas abusivas*” e que “*os vendedores de bens e os prestadores de serviços serão, assim, ajudados na sua atividade de venda de bens e de prestação de serviços, tanto no seu próprio país como no mercado interno; que a concorrência será assim estimulada, contribuindo para uma maior possibilidade de escolha dos cidadãos da Comunidade, enquanto consumidores*”.

C. A categoria dos contratos de consumo/do consumidor

26. Já se notou que a noção ou a simples locução *contratos de consumo* (ou contratos com consumidores ou outras semelhantes) não aflora no Código Civil. Não obstante as múltiplas modificações que sofreu, não há qualquer alusão, por mínima que seja, no Código Civil a consumo ou consumidor¹⁶⁴, ao contrário do que se verificou noutras experiências legislativas que promoveram intervenções nos seus Códigos Civis para acolher definições ou instrumentos atinentes à tutela do consumidor¹⁶⁵, sendo certo que esta opção pela não interferência no Código Civil também não correspondeu à preferência por uma codificação autónoma, como sucedeu noutros espaços¹⁶⁶, dado o insucesso da tentativa de aprovação de um Código

¹⁶⁴ É irrelevante, para esta apreciação, a figura das coisas consumíveis (cfr. arts. 208.º, 1451.º e 1468.º, al. b) do CCiv).

¹⁶⁵ Vd. o caso da Alemanha, na sequência da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 2001, com o BGB, cujo atual § 13 (com alterações posteriores àquela lei) define consumidor (“*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können*”) conceito que se contrapõe ao de empresário do § 14 (“*Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*”). Para uma análise daquela reforma do BGB, vd. MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil. I. Aspectos gerais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 69 e segs. e pp. 117 e segs..

¹⁶⁶ Vd. em França o *Code de la consommation (partie législative)*, aprovado pela L. n.º 93-949 de 26.7.1993 e recodificado pela Ordonnance n.º 2016-301 de 14.3.2016, com alterações posteriores. No seu artigo liminar define-se: “1° *Consommateur*: toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole; 2° *Non-professionnel*: toute personne morale qui n’agit pas à des fins professionnelles; 3° *Professionnel*: toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu’elle agit au nom ou pour le compte d’un autre professionnel”. Também no Luxemburgo, se encontra um *Code de la consommation* (na sequência da *Loi du 8 avril 2011 portant introduction d’un Code de la consommation*), no qual o art. Art. L. 010-1 define: “1) «*Consommateur*»: toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale; 2) «*Professionnel*»: toute personne physique ou morale, qu’elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l’intermédiaire d’une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale”. Em Itália, em atuação da Diretiva 93/13/CEE, o Código Civil foi alterado mediante a introdução, no Título II (“*Dei contratti in generale*”) do Livro IV (“*Delle obbligazioni*”), de um Capítulo XIV bis intitulado “*Dei contratti del consumatore*” (art. 1469-bis e seguintes). Posteriormente, grande parte das disposições assim surgidas foi suprimida na sequência da publicação do *Codice del consumo* (Decreto legislativo 6.9.2005, n. 206), cujo art. 1 declara que: “*Nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee, nel trattato dell’Unione*

do Consumidor¹⁶⁷. Deste modo, no que concerne à proteção contratual do consumidor, a legislação nacional mantém-se uma manta de retalhos diferenciados, sem perspectiva de ordenação legislativa sistematizadora¹⁶⁸, seja mediante a sua aproximação ao enquadramento sólido do Direito Civil (como sucederia com a introdução das soluções de tutela do consumidor no Código Civil, à imagem do exemplo alemão), seja através da organização num Código do Consumo, numa perspectiva de autonomização e diferenciação (à imagem dos sistemas italiano e francês).

Dado o uso frequente, nestes diversos diplomas legais, como componente do teor normativo dos textos legais, do vocábulo ou da noção de “contratos celebrados com consumidores” ou de “contrato celebrado com um consumidor por um profissional” e outras semelhantes tem interesse fazer um percurso, mesmo que não exaustivo, pelas fontes nacionais e europeias diretamente dirigidas à proteção contratual do consumidor – a configuração da categoria dos *contratos de consumo/com consumidor* não pode deixar de atender – como as demais categorias normativas – às caracterizações legais e aos indicadores que delas resultam.

européia, nella normativa comunitaria con particolare riguardo all' articolo 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, nonché nei trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti".

¹⁶⁷ Vd. Comissão do Código do Consumidor, *Código do Consumidor-Anteprojecto*, Lisboa, Instituto do Consumidor, Março de 2006.

¹⁶⁸ Sinalize-se que na LDC se determina no n.º 2 do art. 1.º que: “A incumbência geral do Estado na proteção dos consumidores pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos”. A manutenção de uma situação de dispersão e desconexão de textos legislativos não é aceitável. Para a defesa do ponto de vista técnico-legislativo das vantagens de um Código do Consumidor, e que não seja um mero código-compilação, mas um código-inovação, vd. os artigos de PINTO MONTEIRO, “Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor” cit., pp. 203 e segs., especialmente pp. 212-213, “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor” in CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, 2005, pp. 245-262 [pp. 257 e segs.], “Harmonização legislativa e protecção do consumidor (A propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor português)” in Themis, Edição especial (2008), 183-206 [pp. 199 e segs.] e “O Direito do Consumidor em Debate: Evolução e desafios” in MORAIS CARVALHO (coord.), *I Congresso de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 11-26 [pp. 14 e segs.]. Vd., também em apoio a uma codificação do Direito do Consumidor paralela ao Código Civil, PAULO MOTA PINTO, “O Código Civil Português: “de uma possível tendência para o esvaziamento a uma também possível necessidade de reforma”? Algumas reflexões” in THEMIS, Edição especial (2008), pp. 25-46 [pp. 38 e segs.].

27. Ponderem-se, então, os textos normativos em que se consideram dispositivos contratuais na perspetiva da defesa do consumidor:

- a Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, reporta-se, no seu art. 1.º, n.º 1, às cláusulas abusivas em “*contratos celebrados entre profissionais e consumidores*”, entendendo-se (als. b) e c) do art. 2.º) por consumidor “*qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional*” e por profissional “*qualquer pessoa singular ou coletiva que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, seja ativa (sic) no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada*”;
- a Diretiva 2002/65/CE, quanto ao contrato à distância relativo a serviços financeiros celebrados entre um prestador e um consumidor, ao abrigo de um sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador que, para esse contrato, utilize exclusivamente um ou mais meios de comunicação à distância, até ao momento da celebração do contrato (arts. 1.º, n.º 1 e art. 2.º, als. a) e b)), caracteriza prestador “*qualquer pessoa singular ou coletiva, privada ou pública, que, no âmbito das suas atividades comerciais ou profissionais, seja o prestador contratual de serviços que sejam objeto de contratos à distância*” e consumidor “*qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial ou profissional*” (art. 2.º, als. c) e d)) – na sua sequência, o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29.5, que 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, transpondo para a ordem jurídica nacional a referida Diretiva n.º 2002/65/CE, qualifica como prestador de serviços financeiros “*as instituições de crédito e sociedades financeiras, as instituições de pagamento, as instituições de moeda eletrónica, os intermediários financeiros em valores mobiliários, as empresas de seguros e resseguros, os mediadores de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões*” e considera consumidor “*qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial ou profissional*” (art. 2.º, als. d) e e));
- na Diretiva 2008/48/CE, aplicável aos contratos de crédito aos consumidores (art. 1.º e 2.º, n.º 1), consumidor é “*a pessoa singular que, nas*

transações abrangidas pela presente diretiva, atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais e mutuante “*a pessoa singular ou coletiva que concede ou promete conceder um crédito no âmbito das suas atividades comerciais ou profissionais*” – em sua transposição, o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2.6 (com as modificações posteriores, por último as resultantes da Lei n.º 57/2020, de 28.8), entende por consumidor “*a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional*” e como credor “*a pessoa, singular ou coletiva, que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua atividade comercial ou profissional*” (art. 4.º, n.º 1, als. a) e b));

- a Diretiva 2011/83/UE, relativa aos contratos celebrados entre consumidores e profissionais (art. 3.º), define *consumidor* como “*qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*” e *profissional* como “*qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue, incluindo através de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*” (art. 2.º, n.s.º 1) e 2)) – no seu seguimento, o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14.2 (com as alterações por último resultantes do Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29.1), que estabelece a disciplina aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento (art. 2.º, n.º 1 e art. 3.º, als. f) e g)), considera *consumidor* “*a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*” e *fornecedor de bens ou prestador de serviços* “*a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta*” (arts. 3.º, als. c) e i));
- a Diretiva 2014/17/UE, em matéria de contratos de crédito aos consumidores garantidos por hipoteca ou outro direito para imóveis de habitação (arts. 1.º e 3.º, n.º 1), caracteriza *consumidor* por remissão para o art. 3.º, alínea a), da Diretiva 2008/48/CE, acima transcrito, e mutuante como “*a pessoa singular ou coletiva que concede ou promete conceder um crédito abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º no exercício da sua atividade comercial, empresarial ou profissional*” (art. 4.º, n.ºs 1) e 2)) – em sua concretização, o Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23.6 (por

- último modificado pela Lei n.º 57/2020, de 28.8), entende por *consumidor* “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional” e declara como *mutuante* “qualquer entidade habilitada a exercer, a título profissional, a atividade de concessão de crédito em Portugal, nos termos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF), e das demais normas legais e regulamentares que regem a respetiva atividade” (art. 4.º, n.º 1, als. d) e o));
- a Diretiva (UE) 2019/770, em atenção aos contratos em que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço (art. 3.º) define (art. 2.º, n.ºs 5) e 6)) *consumidor* “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional” e *profissional* “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pela presente diretiva” – na sua decorrência, o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18.10, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens de consumo, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, acolhe (art. 2.º, als. g) e o)) como definições de *consumidor* e *profissional*, respetivamente, “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” e “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei”;
 - a Diretiva (UE) 2019/771, a propósito do contrato de compra e venda, caracterizado como “um contrato ao abrigo do qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço”, define *consumidor* como “uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial,

industrial, artesanal ou profissional” e vendedor como “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pela presente diretiva” (art. 2.º, n.ºs 1), 2) e 3) e art. 3.º) – em sede de transposição nacional, veja-se igualmente o mencionado Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18.10.

Mais amplamente, a Diretiva 2005/29/CE, quanto às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores (desleais, enganosas ou agressivas – arts. 5.º, 6.º, 7.º e 8.º), quer ocorram fora de uma relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução (art. 3.º, n.º 1), portanto relativamente a qualquer *ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores, cuja utilização prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo* (art. 2.º, als. d) e e)), reputa consumidor “*qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” e profissional “qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional”* (art. 2.º, als. a) e b)) – por conseguinte, o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26.3 (com as alterações posteriores, por último as resultantes do Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29.1), que estabelece 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, em transposição desta Diretiva n.º 2005/29/CE, define igualmente *consumidor* como “*qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” e profissional como “qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional”*.

Cessem as transcrições¹⁶⁹, pois a partir destes elementos já é possível segurar conclusões.

28. Preliminarmente, impõe-se reiterar que a exposição destas definições legais de contratos celebrados por consumidores mostra, sem margem para dúvidas, a natureza *normativa* e *vinculativa* da categoria dos *contratos de consumo/com consumidor*, por constituir elemento integrante do regime de institutos e critério para soluções jurídicas, funcionando como referente, componente ou vetor organizativo e determinativo de regras particulares. Logo, para continuar no trajeto que se tem vindo a seguir, a apreensão da categoria obedece ao chamamento da realidade normativa, deixando de lado construções abstratizantes. Por mais circular que pareça a orientação, o que é fulcral para a composição do conteúdo e sentido da categoria é assumir que os contratos de consumo são afinal os contratos que exigem ou implicam a utilização de certas regras próprias do Direito do Consumo¹⁷⁰, portanto, que são “justificáveis” em consonância com essas regras – as quais, afinal, são veiculadas pelas fontes normativas que atrás se convocaram para apresentar caracterizações legais da figura.

Passando ao âmago conceptual, realça-se que a categoria dos *contratos de consumo/com consumidor* está fundada numa *indispensável contraposição* entre *duas classes distintas de sujeitos contratuais*, em função da sua natureza e estatuto, justamente o *profissional* fornecedor de bens ou prestador de serviços e o *consumidor* deles adquirentes. Para além do que evidenciaram as transcrições antecedentes (*supra* n.º 27), esta *contraposição* está presente na pró-

¹⁶⁹ Pois elas poderiam continuar ainda, longa e extenuadamente – por exemplo, no 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), o art. 6.º, n.º 1 prevê que “os contratos 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»), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional: a) Exerça as suas atividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou b) Por qualquer meio, dirija essas atividades para este ou vários países, incluindo aquele país, e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas atividades”.

¹⁷⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Negócio jurídico de consumo. Caracterização, fundamentação e regime jurídico” in BMJ, n.º 347 (Junho 1985), pp. 11-38 [p. 22]: “Consumidor e negócio jurídico de consumo só serão categorias jurídicas admissíveis e utilizáveis se, e na medida em que, lhes corresponda um regime jurídico próprio, suficientemente específico em relação a outras categorias subjetivas e factuais”.

pria definição de *consumidor*, com pretensão de aplicação geral, do art. 2.º, n.º 1 da LDC, que considera como tal “*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*”.

A figura dos *contratos com consumidores* assenta, pois, na *autoria*, sendo característico destes contratos a sua celebração pelas categorias específicas de sujeitos contratantes dos consumidores e profissionais. A disciplina pertinente dirige-se, assim, a relações contratuais, não em razão do seu conteúdo objetivo, mas do seu *âmbito subjetivo de aplicação*, âmbito este que concerne aos sujeitos contratantes, não simplesmente por aquilo que são, mas pela veste e pelo propósito com o qual contratam, ou seja, pelo papel com que intervêm em operações económicas no mercado.

Subjaz materialmente à separação entre estes dois grupos distintos de contraentes, para efeitos de demarcação de espécies contratuais sujeitas à disciplina especial do Direito do Consumidor, a diferente capacidade (ou força) de (pré)determinar o conteúdo contratual, de compreender *ex ante* os riscos e custos da sua celebração e de apreciar o modo e as repercussões da sua execução, desigualdade material esta que, precisamente, fundamenta a necessidade de proteção do consumidor como parte (normalmente) mais débil mediante a atribuição, por normas injuntivas (cfr. art. 16.º da LDC), de direitos a isso particularmente orientados (cfr. arts. 3.º, 4.º, 5.º, n.º 1, 7.º, n.º 5, 8.º, 9.º, n.ºs 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, 9.º-A e 12.º da LDC)¹⁷¹.

Numa brevíssima súmula basicamente centrada na LDC, pois é impossível apreciar aqui os múltiplos aspetos regulativos imbricados com esta

¹⁷¹ Como escreve SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato* cit., p. 477: “Essa qualidade de um dos sujeitos, indicativa do escopo ou fim por ele prosseguido, aponta para uma situação relacional com a contraparte em que esta goza de vantagens económicas (senão de um ponto de vista global, pelo menos as resultantes de disparidades nos custos de transação) e organizacionais, ou, pelo menos, cognitivas e informativas (dadas pelo diferencial no conhecimento técnico-jurídico do objeto e termos do negócio) que justificam medidas de tutela – e não apenas de restrição imperativa do conteúdo admissível, mas também de outra natureza, com destaque para a faculdade de resolução unilateral, dentro de um prazo curto, da vinculação assumida. A presença de um contraente com o estatuto de consumidor determina a aplicação do contrato de um conjunto de normas suficientemente distintivas, quanto a vários pontos da disciplina negocial, para justificar a consideração à parte de uma nova categoria de contratos com um recorte e fisionomia próprios: os contratos de consumo”. Note-se que este Autor entende serem necessárias algumas precisões quanto à utilização da qualificação do consumidor como critério distintivo (ob. cit., pp. 477 e segs.).

categoria, limitamo-nos a mencionar que estão fulcralmente em jogo cinco núcleos normativos de proteção contratual dos consumidores, para defesa do seu livre e consciente consentimento contratual, correção de vinculações irrefletidas e supressão de clausulados desequilibrados e abusivos, com incidência, pois, quer em aspetos pré-contratuais quer em vetores contratuais: i) o dever de prestação de informação contratual de forma objetiva, adequada, clara e exata do fornecedor de bens ou prestador de serviços (e de outros sujeitos relevantes para o efeito, como produtor, distribuidor, importador, armazenista, etc.), tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, sobre os elementos relevantes para a decisão de contratar do consumidor (cfr. art. 8.º da LDC); ii) a relevância contratual de informações concretas e objetivas constantes de mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito, assim como das informações prestados pelo profissional (cfr. art. 7.º, n.º 5 da LDC); iii) a consagração de um direito de retratação, desistência ou arrependimento do contrato, atribuído em múltiplos contextos ao consumidor, designadamente perante a informação deficiente ou em atenção a certos canais, vias ou meios de celebração contratual como os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial ou efetuados à distância, pelo qual o beneficiário pode fazer cessar o contrato, mediante comunicação dirigida à contraparte em certo prazo, sem necessidade de indicação do motivo e sem que possa haver lugar a qualquer pedido de indemnização ou penalização do consumidor (cfr. arts. 8.º, n.º 4 e 9.º, n.º 7 da LDC); iv) a proteção, em relação aos contratos celebrados mediante cláusulas contratuais gerais, portanto, cláusulas elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respetivamente, a subscrever ou aceitar, ou aos contratos de adesão, não celebrados através de cláusulas contratuais gerais, mas que não resultam de negociação prévia entre as partes, quanto às cláusulas contratuais pré-elaboradas obscuras ou abusivas que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor (cfr. arts. 9.º, n.º 2 e 3 e 16.º da LDC, bem como a LCCG); v) a exigência, para se considerar verificado o cumprimento contratual, da conformidade dos bens com o contrato, o que pressupõe que: *“a) Correspondem à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e detêm a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características previstas no contrato de compra e venda; b) São adequados a qualquer finalidade específica a que o consumidor os destine, de acordo com o previamente acordado entre as partes; c) São entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e*

venda; e d) São fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda”, bem como que devem: “a) Ser adequados ao uso a que os bens da mesma natureza se destinam; b) Corresponder à descrição e possuir as qualidades da amostra ou modelo que o profissional tenha apresentado ao consumidor antes da celebração do contrato, sempre que aplicável; c) Ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber, sempre que aplicável; e d) Corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo profissional, ou em nome deste, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem” (cfr. arts. 5.º, 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18.10).

Diga-se, seguidamente, que a disciplina concernente aos contratos com consumidor não pretende regular de modo exaustivo todos os aspetos que podem estar envolvidos na relação contratual, mas foca-se em certos vetores ou segmentos que se orientam, na visão legislativa, à adequada proteção do consumidor. Como tal, a regulação global dos contratos do consumidor tem que se fazer complexivamente, mediante a concatenação de normativos diversos, atendendo à multiplicidade das regras gerais e especiais que emergem do Código Civil, do Código Comercial e dos múltiplos textos normativos de Direito do Consumo. O que, sempre se diga, não é tarefa sem escolhos, pois aquelas duas codificações assentam numa lógica de igualdade das partes na contratação enquanto o modelo contratual do Direito do Consumidor é, ao invés, o do desequilíbrio entre as partes contratuais do profissional e do consumidor, justificando a posição débil deste último a intervenção normativa de correção.

Por outro lado, cabe aditar que estes mecanismos de proteção não valem necessariamente apenas em função da existência de uma relação contratual, mas podem compreender toda a fenomenologia associada à contratação com consumidores, incluindo o contacto com vista à celebração de um contrato, o desenvolvimento das respetivas negociações e a celebração, mediante competente declaração, do contrato com um profissional.

29. É preciso, agora, dilucidar, com maior consistência, a estrutura conceptual desta categoria dos contratos de consumo/com consumidor.

É que assinalar que, para a disciplina acima sumariamente descrita, a categoria dos contratos de consumo ou com consumidores encara e aglomera os acordos celebrados entre um profissional e um consumidor, pouco mais oferece do que apelar à desdenhável sigla B2C; fundamental, na sua relevância para a modelação da categoria, é a caracterização destas classes de contraentes.

A este respeito, não valerá a pena despendar muito tempo com a figura do “*profissional*”, englobando-se aí, ampla e vastamente, como resulta das citações legais acima efetuadas (n.º 27), qualquer entidade, pessoa física ou coletiva, pública ou privada, que atua e contrata no contexto da sua atividade económica, empresarial, comercial, industrial, artesanal, profissional. A invocação da *profissionalidade* reporta-se, pois, ao exercício de uma atividade económica de modo habitual ou estável, normalmente com fito lucrativo. Se entre nós a expressão *profissional* é tradicionalmente aplicada a pessoas singulares (vd. o art. 13.º, 1.º do CCom, sem prejuízo, porém, do art. 14.º do mesmo Código referenciar a “*profissão do comércio*” a pessoas coletivas, ainda que para proibir o seu exercício) vale perfeitamente para as pessoas coletivas, designadamente as sociedades comerciais (art. 13.º, 2.º do CCom). Subordinam-se, portanto, a esta qualificação, o comerciante, o profissional liberal, o empresário das mais diversas atividades civis ou comerciais, as sociedades civis ou comerciais e, em geral, qualquer entidade que desenvolva autonomamente e de modo profissional uma atividade económica – em suma, o operador económico, seja ou não titular de uma empresa, que, como produtor ou distribuidor, fornece ou procura fornecer bens ou serviços ao consumidor.

Releva, somente, insistir (*supra* n.º 21) que este elemento distintivo de a contraparte do consumidor ser um profissional acarreta que os *contratos de consumo* merecem inelutavelmente ser caracterizados também como *contratos com profissionais* e, por conseguinte, em todos os casos em que se apresentem os elementos característicos dos atos de comércio, nos moldes acima referidos, como contratos (*unilateralmente*) comerciais (cfr. *supra* n.ºs 15, 16 e 17) ou, quando surja a realidade da empresa, como contratos (*unilateralmente*) empresariais (cfr. *supra* n.º 19). Com efeito, se os contratos de consumo o são em atenção à parte contratual a quem são fornecidos bens ou serviços para uso não profissional, por outro lado, em relação à contraparte do consumidor, são contratos de profissionais, de empresas ou de comerciantes, com tudo o que isso implica sempre que estas categorias funcionem como pressuposto de consequências de direito (como se

viu suceder em sede de juros legais de mora – vd. acima ponto **III**). Nesta medida, a presença de um contrato com um consumidor envolve sempre uma *qualificação dupla*, pois há que, simultaneamente, atender ao seu carácter *unilateralmente* comercial ou profissional, com a necessidade de aplicar regras comerciais e regras de consumo e de resolver as contradições que possam surgir¹⁷².

Adicione-se, já agora, para comparação, que a estruturação assim efectuada da categoria dos contratos de consumo, porque se pode sobrepor e coincidir com a categoria dos contratos comerciais, torna óbvia e fatal a assunção da categoria contraposta dos contratos *bilateralmente* comerciais ou profissionais, com comerciantes/profissionais dos dois lados (B2B, numa rendição à descoroçoante sigla). A figura paradigmática destes contratos *estritamente* comerciais são, evidentemente, os *contratos de distribuição comercial* (que têm como sujeitos, de uma parte, o produtor – ou importador ou grossista – e da outra parte o distribuidor, como o comissário, o agente, o concessionário, o franquiado)¹⁷³.

30. Chega-se aqui ainda sem colocar, de modo particularizado, o tópico primordial: qual o *conceito de consumidor operativo nesta categoria dos contratos de consumo ou com consumidor*? O fundamento positivo da categoria privatística dos contratos de consumo assenta na figura do *consumidor* como parte contratual, pois é a colocação como parte contratual do *consumidor*, em atenção a certos caracteres próprios, que constitui o ponto de incidência das medidas dirigidas à sua proteção perante atuações ou técnicas prejudiciais de contratação, pelo que, conseqüentemente, é aí que se molda a autonomia jurídica do conceito de contratos de consumo. Na verdade, não é a natureza ou objeto do contrato, mas o facto de ser celebrado com um profissional por um consumidor para propósitos particulares, não profissionais, deste último, que constitui o elemento decisivo qualificativo desta classe de contratos. Quais, então, os caracteres da figura do consumidor?

FERREIRA DE ALMEIDA, o precursor dos estudos do Direito do Consumidor no nosso país, apresentou inicialmente para compor a figura jurídica

¹⁷² Vd. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., pp. 40-41 e 154 e ID., “*Dos contratos de consumo em especial*” in ROA ano 78, n.ºs 1-2 (Jan/Jun 2018), pp. 124-190 [pp. 126-127 e nota 7 nesta última].

¹⁷³ Vd. PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial. Contratos de distribuição comercial. Relatório*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 33 e segs..

do consumidor a seguinte tríade de elementos: “subjetivo (uma pessoa), teleológico (utilização final, privada ou pessoal de um bem ou serviço) e relacional (fornecimento por uma empresa ou por um profissional)”¹⁷⁴. FERREIRA DE ALMEIDA¹⁷⁵ definia seguidamente “negócio jurídico de consumo” – categoria negocial desdobrável em diversos tipos negociais – por elementos de composição estrutural atinentes ao objeto (um bem de consumo, coisa ou serviço suscetível de ser utilizado na satisfação de necessidades pessoais ou privadas), às pessoas (no contrato, uma das pessoas é uma empresa ou um profissional de certa atividade económica, não podendo a outra parte atuar nessa qualidade) e à função económico-social (a satisfação das necessidades pessoais dos consumidores). Posteriormente, este Autor, tendo presente a definição constante do art. 2.º, n.º 1 da LDC, propôs que o conceito técnico-jurídico de consumidor fosse analisado com base numa estrutura de quatro elementos: subjetivo, objetivo, teleológico e relacional¹⁷⁶.

Pois bem, deixando de lado o dito elemento *relacional*, já acima referenciado, e o elemento *objetivo*, que se reporta de modo perfeitamente genérico, com uma amplitude indeterminada, ao fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos, abrangendo assim os mais diversos tipos contratuais¹⁷⁷ (sendo certo que alguns deles podem merecer uma particular atenção “consumerística” como sucede com a compra e venda de bens de consumo), é mediante os elementos *subjetivo*, atinente à *natureza* do sujeito, e *teleológico*, atinente ao *propósito* ou *escopo* da contratação, que se cinzela a figura jurídico-contratual do consumidor.

¹⁷⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, “*Negócio jurídico de consumo*” cit., p. 12.

¹⁷⁵ “*Negócio jurídico de consumo*” cit., pp. 15 e segs.

¹⁷⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo* cit., pp. 29 e segs.. Na sua esteira vd. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo* cit., pp. 32 e segs. e *Os contratos de Consumo* cit., pp. 22 e segs.; DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo* cit., pp. 17 e segs.. Também subscrevendo a decomposição do conceito de consumidor nestes elementos, vd. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., pp. 123-124 e 152 e segs.. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., p. 47 autonomiza como elementos distintivos fundamentais: “um elemento subjetivo ativo (relativo ao sujeito ativo do ato de consumo: o consumidor) um elemento subjetivo passivo (relativo ao sujeito passivo ou contraparte do ato de consumo: o empresário ou profissional), um elemento objetivo (relativo ao objeto imediato do ato de consumo), e um elemento teleológico (relativo ao objeto mediato ou finalidade subjacente ao ato de consumo)”.

¹⁷⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo* cit., p. 29 admite que, em certos contextos, este elemento fique “vazio”.

31. Quanto à natureza do sujeito, todas as menções legais que se apresentaram atrás (n.º 27) restringem o consumidor a uma *pessoa singular*. Já, contudo, a LDC, no n.º 1 do art. 2.º, considera como consumidor “*tudo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional*”. O uso da formulação “*tudo aquele*” parece admitir que, como consumidor, tanto pode ser reputada uma *pessoa singular* como uma *pessoa coletiva*¹⁷⁸.

A definição de consumidor da LDC é oferecida em termos gerais, com aparente pretensão de aplicação genérica no ordenamento, sem ressalva ou limitação. Recorde-se que na anterior Lei n.º 29/81, de 31.8, a definição surgia acompanhada da referência “*para os efeitos da presente lei*”, delimitação que não se manteve na atual LDC. Parece, pois, que o conceito de consumidor, em face da vigente LDC, deve valer para todos os sectores ou regulações que não surjam enfeudados a outros conceitos mais restritos ou especiais¹⁷⁹. O problema, justamente, é que, como se viu (n.º 27), são múltiplos os locais normativos em que se esbarra com definições legais explícitas de consumidor que, como tal, excluem o recurso àquela noção geral¹⁸⁰.

Pois bem, por mais ou menos extensa que seja a aplicabilidade do conceito da LDC, afigura-se que a ideia de que nele se compreendem pessoas coletivas não possui préstimo para o campo dos contratos com consumidores. Como resulta das noções legais acima citadas, uma tal ideia não acompanha as regulações legais promovidas pelo Direito Europeu com o fito de proteção contratual do consumidor, já que as pertinentes estatuições estão reservadas para *pessoas singulares*.

¹⁷⁸ Vd., com este entendimento, JORGE PEGADO LIZ, *Introdução...* cit., p. 186.

¹⁷⁹ De qualquer modo, sempre se adite que não se pensa que fosse muito diferente a orientação no domínio da anterior LDC: perante a vastidão dos âmbitos de aplicação dos direitos do consumidor já reconhecidos nessa lei (cfr. respetivos arts. 3.º a 11.º), com conexões com múltiplos sectores normativos, dificilmente o conceito de consumidor, ainda que para “*os efeitos da presente lei*”, não valeria também amplamente para os efeitos de diversas outras regulações jurídicas. Cfr., de modo diferente, FERNANDO BAPTISTA OLIVEIRA, *O conceito de consumidor* cit., pp. 60 e 62.

¹⁸⁰ Vd. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., pp. 117 e segs.. Bem apropriadamente referia PINTO MONTEIRO, na “*Apresentação*” do Anteprojeto do Código do Consumidor (Comissão do Código do Consumidor, *Código do Consumidor-Anteprojeto* cit., p. 12): “Não adianta (...) numa lei geral uma noção de consumidor que não serve para os múltiplos domínios em que a lei recorre a tal noção – mas com um sentido diverso – para delimitar o seu âmbito de aplicação!”.

A restrição do consumidor às pessoas singulares constitui, aliás, orientação hermenêuticamente consagrada pelo Tribunal de Justiça, pelo que, pelas razões acima indicadas no n.º 24, compete observá-la no nosso Direito interno. Com efeito, no seu acórdão de 22.11.2001, Cape Snc e o., processos apensos C-541/99 e C-542/99, o Tribunal de Justiça, em relação à Diretiva 93/13/CEE e ao conceito constante do art. 2, al. b), afirmou claramente que *“pessoa diversa de uma pessoa singular que celebre um contrato com um profissional não pode ser considerada como um consumidor na aceção da referida disposição”* (n.º 16). Nas observações do Advogado-Geral JEAN MISCHO, apresentadas em 14.6.2001 nestes processos apensos (n.ºs 14 a 16), bem se assinala que esta interpretação, para além do que resulta da própria letra, justifica-se pelo objetivo da legislação em apreço, que se prende com a intenção de proteger uma categoria de pessoas que se encontra numa situação de inferioridade, podendo razoavelmente afirmar-se que é *“a categoria das pessoas singulares que não atuam no âmbito de uma atividade profissional que se encontra numa posição contratual mais desfavorecida e desequilibrada em relação aos profissionais visados”* enquanto que, em contrapartida, *“as pessoas coletivas e as sociedades não se encontram normalmente nessa mesma situação de inferioridade e não existe, por isso, qualquer razão para lhes atribuir uma proteção que, enquanto derrogação da liberdade contratual, deve mesmo ser interpretada de forma estrita”*. Ora, como se pode observar no acórdão de 2.4.2020, Condominio di Milano, via Meda, C-329/19, o Tribunal de Justiça tem mantido esta orientação, pois afirmou-se neste aresto que, para uma pessoa ser abrangida pelo conceito de consumidor da Diretiva 93/13/CEE, *“devem estar preenchidos dois requisitos cumulativos, a saber, tratar-se de uma pessoa singular e esta exercer a sua atividade com fins não profissionais”* (n.º 24), pelo que *“uma pessoa diversa de uma pessoa singular [no caso, um condomínio], que celebre um contrato com um profissional, não pode ser considerada consumidor”* (n.º 25).

A limitação, nestes contornos, da noção de consumidor não se pode julgar contrária ao princípio da igualdade, pois trata-se de uma diferença de tratamento racionalmente justificada pela *ratio legis* de tutelar os sujeitos que, comumente, segundo o *id quod plerumque accidit*, carecem dos conhecimentos e habilitações necessárias para conseguir compreender, negociar e estabelecer os direitos e obrigações contratuais em ordem aos seus interesses.

Nestes termos, a noção operativa de consumidor para efeitos da categoria dos contratos de consumo pressupõe a natureza de *pessoa singular* do contraente que celebra o contrato para escopo estranho a qualquer atividade profissional que eventualmente desempenhe, para satisfação de usos

pessoais, domésticos ou familiares. Em consequência, não beneficiam da qualificação de consumidor as pessoas coletivas e os entes não personificados, sejam entidades que visem o lucro, como as sociedades (art. 980.º do CCiv e art. 6.º do CSC), ou entidades que não têm como finalidade o lucro dos associados ou instituidores, como as associações ou as fundações (arts. 157.º e 185.º do CCiv)¹⁸¹.

Constituíra, assim, noção devidamente ajustada a proposta no Anteprojeto do Código do Consumidor, no art. 10.º, n.º 1, pela qual: “*Considera-se consumidor a pessoa singular que atue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua atividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou coletiva, se apresenta como profissional*”.

32. Para além da natureza de *pessoa singular*, assume cariz fulcral para operar a qualificação como consumidor a *finalidade, escopo ou propósito* da atuação que mobiliza o contraente: *o uso não profissional dos bens, serviços ou direitos fornecidos, prestados ou transmitidos*. O consumo ou aquisição dos bens, serviços ou direitos, para recorrer à formulação *negativa* legislativamente

¹⁸¹ Contra a opção pela limitação definitiva do consumidor e, logo da disciplina pertinente, às pessoas singulares, vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Da natureza civil do Direito do Consumo*” in AAVV, *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 675-711 [p. 685 e pp. 709-710] que argumenta quer com uma necessidade prática de a tutela do consumidor dever beneficiar pessoas coletivas fora do seu específico âmbito profissional sempre que as regras não pressuponham a individualidade biológica, quer com a própria doutrina de personalidade coletiva de que parte (segundo a qual “os destinatários das normas de conduta, permissivas, impositivas ou proibitivas, são, sempre e exclusivamente, os seres humanos. Podem sê-lo em modo singular ou em modo coletivo. Neste último caso, a imputação a uma pessoa coletiva vai desencadear todo um regime, em regra complexo, e que concluirá por determinados desempenhos de seres humanos, isto é: de pessoas singulares. Serão sempre estas, em última análise, que irão beneficiar dos bens e serviços”), quer ainda com a censura de que “excluir as pessoas coletivas (mera categoria formal) de todo um sector normativo equivaleria a um ressuscitar do princípio da especialidade”, o que seria “um retrocesso conceitual de todo impensável, para mais num sector normativo que procura uma melhor apreciação da realidade económica e social”. Também DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo* cit., p. 21 admite, embora excepcionalmente, que a pessoa coletiva seja considerada consumidor desde que a lei aplicável não a exclua do seu âmbito, se verifique uma posição de desvantagem informativa e de conhecimento técnico em face do outros contraente e atue fora da sua atividade própria. Pelas razões expostas no texto, não se subscrevem estas posições. Mais próximas da orientação que temos como correta, vejam-se as considerações de ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit., p. 70.

dominante (vd. n.º 27), *não pode ter como destino relevante as atividades profissionais do adquirente ou destinatário*. Os objetivos que presidem ao contraente consumidor, para aplicação da regulação de proteção correspondente, têm que ser, para recorrer agora a uma formulação *positiva*, pessoais, familiares ou domésticos, consubstanciando relações contratuais, com fito lucrativo ou não, que sejam alheias à atividade ou património profissional ou empresarial do sujeito em causa¹⁸².

Desta forma, quando a parte contratual seja uma pessoa física que exerce atividades empresariais ou profissionais autónomas, a sua qualificação como consumidor e, logo, a caracterização como contrato com consumidor da relação contratual que entabula com um profissional, depende de o contrato celebrado não se conexionar decisivamente com a atividade económica profissional que tal sujeito exerce. Um empresário ou profissional liberal, que, num certo contrato, atua de modo primacial fora do âmbito da sua atividade profissional, enquadra-se como consumidor para efeitos de beneficiar da tutela correspondente.

Isto, dito assim, lança a questão das *finalidades ou usos mistos*, em que os contratos são celebrados simultaneamente com finalidades pessoais e profissionais, cuja inextricabilidade é fácil de apresentar – basta pensar no jurista que desenvolve a atividade profissional, devidamente remunerada,

¹⁸² Afigura-se ser adequada para caracterizar o intento não profissional a apreciação do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.7.2017, proc. n.º 1594/14.9TJVNF.2.G1.S2 (PINTO DE ALMEIDA) segundo a qual: “*Será assim consumidor aquele que adquirir bens ou serviços para satisfação de necessidades pessoais e familiares (uso privado) e para outros fins que não se integrem numa atividade económica levada a cabo de forma continuada, regular e estável*”. Assim, ainda que no campo muito particular da orientação constante do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20.3.2014 (que fixou que, no âmbito da graduação de créditos em insolvência, o promitente comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional, com *traditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, apenas goza do direito de retenção, previsto no art. 755.º, n.º 1, al. f), do CCiv, se tiver a qualidade de consumidor), envolve uso não profissional o circunstancialismo em que pessoas singulares prometeram adquirir uma fração fora do âmbito da sua atividade profissional, tendo celebrado um arrendamento para habitação da mesma como ato isolado (cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.5.2016, proc. n.º 3374/07.9TBGMR-C.G2.S1 (NUNO CAMEIRA)) ou em que o promitente comprador cedeu o uso do imóvel a uns amigos para fins habitacionais, por se considerar que não afasta o uso eminentemente privado uma eventual obtenção de réditos por via de arrendamentos de vilegiatura e/ou outros, como forma de obter um rendimento adicional (cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.7.2016, proc. n.º 1129/11.5TBCVL-C.C1.S1 (ANA PAULA BOULAROT)).

de emitente de pareceres jurídicos: se o jurista adquire livros, jurídicos ou não, a uma livraria para o seu escritório em ordem à composição das indispensáveis referências bibliográficas dos seus trabalhos, age como profissional, pois a aquisição é realizada para finalidade relacionadas com a sua atividade económico-profissional; se o mesmo jurista adquire livros, jurídicos ou não, a uma livraria para a sua casa, para cultura pessoal e da sua família, age como um consumidor, pois a aquisição é realizada para finalidade alheia à sua atividade económico-profissional; porém, se o mesmo jurista adquire livros jurídicos simultaneamente para o trabalho e para leitura em casa com a família, eventualmente para fins lúdicos ou morféticos, age como consumidor ou como profissional?

Pois bem, para determinação do “uso não profissional” podem-se admitir três possibilidades¹⁸³: uma finalidade mista afasta a destinação a uso não profissional, pelo que não cabe aplicar o qualificativo de consumidor e a categoria de contrato de consumo; se o uso é promíscuo, então a mera componente do destino não profissional acarreta a presença do ato de consumo; por fim, o que releva é apurar o uso *prevalente* do bem contratado, pelo que se for dominante o escopo pessoal ou familiar, não profissional, depara-se com uma relação de consumo.

Julga-se que a solução deve residir no recurso ao critério de *predominância* em termos de destinação objetiva¹⁸⁴, aferida pelo conteúdo contratual e pelas circunstâncias envolventes¹⁸⁵. Na verdade, não deve ser exigível, para efeitos da aplicação da regulação “consumerística”, uma destinação *exclusiva* não profissional, basta que seja *predominante*.

Nesta linha, no recente acórdão da Relação de Lisboa de 21.10.2021, proc. n.º 2386/19.4T8CSC-C.L1-2, julgou-se verificada, para os efeitos do art. 12.º, n.º 1 da LDC, uma relação de consumo em atenção a que “o A. é uma pessoa singular que contratou a prestação de serviços de telecomunicações a uma

¹⁸³ Vd. PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., pp. 189-190; PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português” in CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO, *Estudos de direito do consumidor*, n.º 2 (2000), pp. 197-331 [p. 215].

¹⁸⁴ A posição é corrente na nossa doutrina. Vd. PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., pp. 199-200; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo* cit., p. 38; FERNANDO BAPTISTA OLIVEIRA, *O conceito de consumidor* cit., pp. 88 e segs.; SANDRINA LAURENTINO, “Os destinatários da Legislação do Consumidor” in CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra, 2000, pp. 415-434 [p. 424].

¹⁸⁵ Vd. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo* cit., p. 35.

empresa que tem por objeto o exercício dessa atividade, serviços esses a serem prestados na residência do A., incluindo o acesso a canais de televisão, o que tudo inculca que esses serviços se destinam, pelo menos predominantemente, a uso não profissional”. Diferentemente, a nível europeu, parece exigir-se uma destinação exclusiva a usos não profissionais. No acórdão do Tribunal de Justiça de 20.1.2005, Gruber, C-464/01, relativamente a um contrato que se reportava a atividades parcialmente profissionais e parcialmente privadas entendeu-se (n.º 39) que o benefício dos art. 13.º a 15.º da Convenção de Bruxelas “*não pode, em princípio, ser invocado por uma pessoa que celebra um contrato para uma finalidade que se reporta parcialmente à sua atividade profissional e, portanto, só parcialmente é estranha a esta*” e que “[s]ó se poderia chegar a solução diversa se o nexo do referido contrato com a atividade profissional do interessado fosse tão ténue que se tornaria marginal e, por isso, teria um papel despidendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente”. Todavia, como este aresto (e outros como os acórdãos do Tribunal de Justiça de 2.4.2020, AU, C-500/18, n.ºs 48 a 50 e de 10.12.2020, A.B. e o., C-774/19, n.º 30) se reportam a regras de competência judiciária, que suscitam particulares cuidados de certeza e segurança, não parece que se deva retirar daí uma orientação geral.

33. Como se depreende do que se vem de expor, acolhe-se aqui uma caracterização *subjetivista* para a delimitação da categoria dos *contratos de consumo*, que atende à figura do *consumidor* com os caracteres indicados como o elemento classificador relevante – e, por isso, como se terá notado, tem-se muitas vezes aditado à locução *contratos de consumo* a expressão *com consumidor* pois afigura-se que, rigorosamente, como categoria normativa operante e tecnicamente precisa, os *contratos de consumo* são os contratos celebrados com profissional pelo *consumidor* nos termos da caracterização desta parte contratual acima indicada¹⁸⁶.

Afasta-se, assim, a visão *objetivista* que entende que, mais do que a figura do consumidor enquanto qualidade subjetiva delimitativa da espécie contratual, o que importa, para efeitos regulativos, é atender ao *ato de*

¹⁸⁶ O consumidor é que se deve ter, de facto, como o decisivo protagonista dos contratos de consumo, a merecer os favores da designação. Vd. a este propósito PINTO MONTEIRO, “O Direito do Consumidor em Debate...” cit., pp. 12 a 14 e “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor” cit., pp. 246-247, bem como OLIVEIRA ASCENSÃO, “Direito Civil e Direito do Consumidor” cit., p. 167 (“há que falar sempre em Direito do Consumidor, que é o protagonista, e não em Direito do Consumo, função económica”).

consumo num sentido largo não limitado à destinação pessoal ou familiar. Esta opção objetivista tem, evidentemente, uma bem distinta repercussão, pois nesta visão todos os casos em que o comerciante ou o profissional adquire bens para satisfação de necessidades próprias do seu comércio ou profissão como aplicação final, para utilização imediata na sua atividade, e não para revenda ou com vista à utilização subsequente por outrem, poderiam representar contratos de consumo. A regulação do contrato de consumo seria, então, a disciplina do ato de consumo com independência da qualificação subjetiva-teleológica do contraente que procede ao consumo. Desta forma, todos os que realizem consumos, em termos finais, no âmbito não só da sua atividade pessoal, mas também profissional, celebrariam contratos de consumo a que se deveria considerar aplicável a disciplina particular protetiva, pelo menos sempre que se evidenciasse um desequilíbrio informativo e de poder nos papéis negociais. A categoria dos contratos de consumo abarcaria, deste modo, no lado contratual correspondente ao consumidor, na aceção restrita indicada de pessoa singular que prossegue finalidades estranhas ao âmbito da sua atividade profissional, também profissionais, comerciantes, empresários, a atuarem para os mais diversos fins desde que finais ou últimos, incluindo, pois, pessoas coletivas¹⁸⁷.

Não se pensa que se ganhe em clareza e operacionalidade na resolução de casos concretos com este alargamento da categoria do contrato com consumidor, porquanto não só se vai desvanecer o labor de proteção da parte carateristicamente fraca e débil – o cidadão individual não profissional que contrata para as suas necessidades vitais e que é economicamente mais fraco e juridicamente menos experiente do que o seu co-contratante profissional – que está na base histórica e social do Direito do Consumidor, como se desprezam os usos do termo consumidor imposto pelas definições legais acima convocadas (cfr. n.º 27) com que se fixam o campo de incidência das regulações normativas.

Julga-se, pois, ser fulcral distinguir entre o *consumidor* em sentido próprio e o *utente ou utilizador final* de bens ou serviços.

Em suma, a categoria dos contratos de consumo/com consumidor e a regulação disposta para os negócios concretos aí englobados aplica-se a partir da qualidade e posição do sujeito que contrata com um profissional, qualidade e posição essas que se aferem pela natureza de pessoa física e pelo

¹⁸⁷ Vd. JORGE PEGADO LIZ, *Introdução...* cit., p. 208.

propósito da celebração do contrato (elemento em si mesmo extrínseco à estrutura do ato) para objetivos alheios à atividade profissional desse sujeito.

34. Isto posto, é preciso imediatamente precisar que não resulta desta perspectiva qualquer desprezo para com as exigências de tutela que podem emergir em muitas condições concretas de contratação em que as partes, mesmo que não sejam consumidores na aceção indicada, não possuem a mesma força negocial. A circunscrição do conceito de consumidor às pessoas singulares que atuam para fins alheios à sua atividade profissional e a consequente conformação, com tal base, da categoria dos contratos de consumo, não veda ou impede a aplicação a contratos com pessoas coletivas ou a pessoas singulares que atuem no contexto da sua atividade profissional de soluções típicas do Direito em matéria de defesa do consumidor se as circunstâncias concretas do caso o exigirem. Como bem elucida NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA¹⁸⁸ não há que confundir “a atribuição da qualidade de consumidor e a aplicação do regime em princípio reservado para os consumidores (= para as pessoas a quem houvesse sido atribuída a qualidade de consumidor)”, podendo este regime em princípio reservado a consumidores ser sujeito a extensões, bem como a restrições.

Aliás, desde logo, cabe ao legislador fazer as opções normativas apropriadas para resolver as situações de disparidade contratual que considere inconvenientes. Por isso, a figura do consumidor, tal como acima caracterizada, não é necessariamente exigida para a aplicação de diversas normas que procuram amparar a posição dos contraentes mais débeis ou menos aptos. Basta pensar nas medidas de proteção constantes da LCCG, pois, embora em termos relativamente diferenciados (cfr. os respetivos arts. 18.º e 19.º *versus* os arts. 21.º e 22.º), dirigem-se às “*relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica*” (art. 17.º), às relações com consumidores finais (art. 20.º), e ainda às relações com outras entidades, mesmo que não sejam consumidores finais, não abrangidas pelo art. 17.º (cfr. novamente o referido art. 20.º). Acrescente-se também, ainda exemplificativamente, o caso do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26.3, relativo às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, que determina, no n.º 3 do artigo 7.º, a aplicação das soluções consagradas quanto às ações enganosas às relações entre empresas: “*Nas*

¹⁸⁸ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda* cit., p. 131.

relações entre empresas é enganosa a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação aos elementos identificados nas alíneas a) a d) e f) do n.º 1”.

Por outras vezes, o legislador adota mesmo conceitos amplos, não restringidos ao consumidor, para determinar o âmbito de aplicação de soluções jurídicas de proteção na contratação¹⁸⁹. Na Diretiva (UE) 2015/2302 recorre-se ao conceito de *viajante* com o significado de “qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num tal contrato, no âmbito da presente diretiva” (n.º 6) do art. 3.º)¹⁹⁰ para conformar os contratos celebrados entre viajantes e operadores relativos a viagens organizadas e serviços de viagem conexos (arts. 1.º, 2.º, n.º 1 e 3.º, n.ºs 3), 5) e 7)) – em sua concretização, o Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8.3 (com as alterações posteriores) define, no seu art. 2.º, n.º 1, al. q), *viajante* como “qualquer pessoa que procure celebrar um contrato ou esteja habilitada a viajar com base num contrato de viagem, nomeadamente os consumidores, as pessoas singulares que viajem em negócios, bem como os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, desde que não estejam abrangidos por um acordo geral para a organização de viagens de negócios”. Na Lei 15/2013, de 8.2, que estabelece o regime jurídico da atividade de mediação imobiliária, em relação ao contrato de mediação imobiliária, em oposição à empresa de mediação imobiliária, a “pessoa singular ou coletiva cujo domicílio ou sede se situe em qualquer Estado do Espaço Económico Europeu e, sendo pessoa coletiva, tenha sido constituída

¹⁸⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, “Ensino do Direito do Consumo” cit., p. 228, reporta-se, a este respeito, aos múltiplos “conceitos concorrentes” ao de consumidor, como aderente, cliente, adquirente, utente, destinatário. Vd. também ID., *Direito do Consumo* cit., pp. 46-47

¹⁹⁰ No considerando (7) da Diretiva esclarece-se que: “Os viajantes que adquirem viagens organizadas ou serviços de viagem conexos são, na sua maioria, consumidores na aceção do direito do consumidor da União. Por outro lado, nem sempre é fácil distinguir entre consumidores e representantes das pequenas empresas ou profissionais que reservam viagens relacionadas com a sua atividade comercial ou profissional através dos mesmos canais de reserva que os consumidores. Esses viajantes precisam muitas vezes de um nível de proteção equivalente. Em contrapartida, há empresas ou organizações que reservam serviços de viagem com base num acordo geral frequentemente celebrado para um número elevado de serviços de viagem por um período determinado, por exemplo com uma agência de viagens. Este último tipo de serviços de viagem não requer o nível de proteção concebido para os consumidores. Portanto, a presente diretiva deverá ser aplicável aos viajantes de negócios, inclusivamente os profissionais liberais, os trabalhadores independentes ou outras pessoas singulares, caso não reservem serviços de viagem com base num acordo geral. Para evitar a confusão com a definição do termo «consumidor», utilizado noutra legislação da União, as pessoas protegidas pela presente diretiva deverão ser designadas por «viajantes»”.

ao abrigo da lei de qualquer desses Estados e se dedique à atividade de mediação imobiliária” (art. 2.º, n.º 3) coloca-se o cliente, “a pessoa ou entidade que celebra com uma empresa habilitada nos termos da presente lei um contrato visando a prestação de serviços de mediação imobiliária” (art. 2.º, n.º 6).

Para lá desta direta intervenção legislativa, evidentemente que a jurisprudência, com o apoio da doutrina, tem à sua disposição os instrumentos que a Ciência do Direito disponibiliza para a concretização e desenvolvimento do Direito que permitem resolver os casos concretos em termos de solução justa. O Tribunal de Justiça reconheceu já (vd. o citado acórdão de 2.4.2020, Condominio di Milano, via Meda, C-329/19) a legitimidade de uma jurisprudência nacional – no caso a da *Corte suprema di cassazione* – que interpretou a legislação de transposição da Diretiva 93/13/CEE de forma que as normas de proteção dos consumidores previstas se apliquem também a um contrato celebrado com um profissional por um condomínio, pois “essa linha jurisprudencial inscreve-se no objetivo de proteção dos consumidores prosseguido por essa diretiva” e “apesar de um sujeito de direito como o condomínio no direito italiano não estar abrangido pelo conceito de «consumidor» na aceção do artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 93/13, os Estados-Membros podem aplicar disposições desta diretiva a domínios não pertencentes ao seu âmbito de aplicação (...), desde que essa interpretação por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais assegure um nível mais elevado de proteção dos consumidores e não afete as disposições dos Tratados”.

De qualquer modo, o que importa sublinhar é que estes desenvolvimentos judicativos devem ser realizados, não procurando ampliar a categoria normativamente disposta dos contratos com consumidores em termos abstratos para qualquer outra espécie de interveniente contratual, mas antes verificando em concreto se as soluções do Direito do Consumidor devem ser transpostas e concretizadas, para o caso em apreciação, em atenção aos seus méritos particulares e individuais¹⁹¹. Na verdade, como princípio, não

¹⁹¹ Por isso, não se pode acompanhar, em termos discursivos ou argumentativos, a fundamentação exposta no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.5.2020, proc. n.º 1330/12.4TVLSB.L2.S1 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR) em que, depois de se considerar que “o conceito de consumidor não tem os seus contornos definidos com precisão, desde logo porque depende do contexto legislativo e jurisprudencial em que é utilizado”, se entende que: “Apresenta, todavia, um conteúdo que se pode considerar comum às diversas definições que conhece: a contratação para fins não profissionais. Deve entender-se, assim, por consumidor a pessoa singular que atua para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua atividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou coletiva, se apresente como profissional. Neste conceito devem incluir-se também algumas pessoas coletivas que provem não ter competência específica para a transação em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade. Estarão assim incluídas entidades não empresa-

se justifica fazer beneficiar, em moldes gerais e abstratos, as entidades profissionais, pessoas coletivas ou singulares, da mesma proteção pensada para os consumidores, pessoas singulares que atuam para fins alheios à sua atividade profissional, pois não se jogam aí preocupações e realidades idênticas, já que ao consumidor, como regra, corresponde uma situação fáctica desfavorecida e desequilibrada em relação ao profissional; quanto ao profissional ou à empresa em relação a outro profissional ou a outra empresa, isso só pode ponderar-se casuisticamente.

Nada impede dogmatizar como categoria autónoma a figura dos *contratos assimétricos*, de modo a conferir proteção a outras situações de disparidade informativa e de poder contratual que ocorrem no campo dos próprios *contratos bilateralmente comerciais ou profissionais*¹⁹², mas isso não pode suceder para diluir as especialidades próprias dos contratos com consumidores que, pela sua dimensão e premência, justificaram e continuam a fundar a consistência do Direito do Consumidor, que procura cuidar daquele que a vida revela como o contraente débil particularmente carente de proteção – justamente, o *consumidor*.

Daí que nos pareça inteiramente certa, como orientação global, a solução que o Anteprojeto do Código do Consumidor, no art. 11.º, pretendia

riais que têm por objetivo satisfazer necessidades de consumo dos seus membros ou promover a colaboração e a entajuda entre os seus membros, como as cooperativas”.

¹⁹² Emerge aqui a problemática do denominado “terceiro contrato” em que se trata de decidir, em sede de relações contratuais entre empresas dotadas de desigual poder contratual, sobre a necessidade de medidas de salvaguarda do empresário ou profissional mais frágil. Para além do que já se viu suceder com a LCCG e do que está presente na figura do *abuso de dependência económica* em sede de concorrência, conforme previsto no art. 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8.5 (com as alterações posteriores), mencione-se, como atuação legislativa a este propósito, o acima amplamente considerado Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10.5, no seu art. 8.º. Significativamente, consigna-se no seu Preâmbulo o seguinte: “A desigualdade entre as partes no âmbito das transações comerciais pode levar a que alguns contratos contenham normas que põem injustificadamente em causa o equilíbrio contratual. Assim, o presente diploma proíbe as cláusulas ou práticas comerciais sobre a data de vencimento ou o prazo de pagamento, a taxa de juro de mora ou a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida que sejam manifestamente abusivas para o credor, designadamente quando não exista uma razão objetiva para não respeitar a taxa legal de juros de mora ou os prazos de pagamento previstos no presente diploma. Importa, em particular, prever a nulidade de cláusulas que determinem a exclusão completa do direito a cobrar juros ou do direito a indemnização pelos custos suportados com a cobrança da dívida”. Vd. também o Decreto-Lei n.º 118/2010, de 25.10, com as alterações por último advenientes do Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29.1, que define prazos máximos para efeitos de pagamento do preço nos contratos de compra e venda ou de fornecimento de bens alimentares destinados ao consumo humano.

consagrar: “As pessoas coletivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transação em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade” (n.º 1); “O disposto no número anterior aplica-se também às pessoas singulares que atuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua atividade profissional” (n.º 2)¹⁹³.

Já agora, a operacionalidade assim dada à categoria dos contratos do consumidor e a este sujeito contratual como figura protegida mediante a concessão, a ele especificamente dirigida, dos “direitos do consumidor”, também não põe em causa a vertente oposta, de *sentido restritivo*, em que se interroga se tem sentido fazer valer, em concreto, a um particular consumidor, medidas de proteção de que ele não merece ou de que não carece, em razão das suas particulares aptidões e conhecimentos. É a problemática do consumidor *qualificado*, dotado de preparação técnica e de conhecimentos semelhantes ao do profissional contraparte. Também aqui nos parece que era perfeitamente ajustada a opção do Anteprojeto do Código do Consumidor, cujo art. 12.º consignava: “O disposto neste diploma não afasta a aplicação dos princípios fundamentais acolhidos pela ordem jurídica, designadamente no tocante à proibição do abuso do direito” (n.º 1) e que: “Em conformidade com o disposto no número anterior, o tribunal ponderará, na situação concreta, de acordo com a equidade, se e em que medida deve ser aplicado o regime mais favorável ao consumidor, quando este, apesar de abrangido pelo artigo 10.º, disponha ou deva dispor, em virtude da sua atividade e experiência profissional, de competência específica para a transação em causa” (n.º 2)¹⁹⁴.

Em termos legislativos, joga-se, a este respeito, a possibilidade de desdobramentos da figura do consumidor em espécies particulares. Caso exemplar é o do “consumidor médio” que se encontra na Diretiva 2005/29/CE, cujo art. 5.º, n.º 2 reputa uma prática comercial como desleal quando “[f]or contrária às exigências relativas à diligência profissional” e “[d]istorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de

¹⁹³ Sobre esta proposta, vd. PINTO MONTEIRO, “Harmonização legislativa e protecção do consumidor...” cit., p. 196 e “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor” cit., p. 254.

¹⁹⁴ Compulse-se, também aqui, PINTO MONTEIRO, “Harmonização legislativa e protecção do consumidor...” cit., pp. 196-197 e “Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor” cit., p. 255.

*consumidores”, assim como determina (n.º 3 do art. 5.º) que as “práticas comerciais que são suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo”*¹⁹⁵.

35. Em conclusão, a categoria dos contratos de consumo, *rectius* dos *contratos com consumidor*, enquanto figura a que corresponde diretamente um complexo de regras destinadas a proteger o consumidor como contraente débil, exige a presença dos três elementos fulcrais, que representam os critérios da sua operacionalidade e função, que se prendem com *a relação contratual entre um profissional e um consumidor que é uma pessoa singular que atua para a prossecução de escopos que não se integram na sua atividade profissional*.

Nesta medida, julga-se que são, efetivamente, coordenadas *subjektivas* e não materiais ou de objeto, em razão, pois, dos *sujeitos contratantes e dos seus propósitos*, as que devem governar a categoria, normativamente delimitativa de regras especiais, dos contratos de consumo/com consumidor.

VI. Conclusão: as classificações contratos civis, contratos comerciais e contratos com consumidores

36. É tempo – mais do que tempo – de encerrar, o que se quer fazer retomando o fio de inquirição de taxinomia que conduziu este escrito.

Preliminarmente, impõe-se reiterar que, em face dos dados normativos do Direito nacional, a alocação da vasta multiplicidade dos acordos con-

¹⁹⁵ Vale a pena citar também o considerando n.º 18 desta Diretiva: “a presente diretiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, mas prevê também disposições que têm por fim evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo. É, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as proteja de exortações diretas à aquisição. O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso”.

tratuais às distintas categorias dos *contratos civis, comerciais e com consumidores* é fundamental para a aferição e aplicação de soluções distintas que foram previstas em função dos diversos interesses em jogo. Procurou-se, para o efeito, consubstanciar o *corpus* destas categorias dos contratos civis, comerciais e com consumidores tendo como diretriz a proximidade às proposições normativas, em ordem a que o seu conteúdo e significado tivesse sustentação nas conexões com as normas jurídicas a que se reportam, assim se definindo as condições da sua aplicabilidade e as consequências jurídicas que servem. Julga-se, então, que a análise antecedente permitiu suficientemente evidenciar a necessidade de diferenciar estas categorias como recetáculos de realidades jurídicas distintas que conduzem à seleção e concretização de regras jurídicas particulares, possuindo, pois, valência sistemática e preceptiva¹⁹⁶.

Deste modo, as figuras dos contratos civis, comerciais e de consumo são *unidades de classificação* com direta relevância jurídica. Trata-se, aliás, de “classes” que, como é próprio dos fenómenos jurídicos, possuem interesse não pela mera expressão descritiva dos caracteres comuns aos seus membros, mas sobretudo pela maneira de os julgar e tratar, portanto, por uma *atitude* a seu respeito – como tal, dizer que estamos *perante um membro de uma dessas “classes” é já estremar e estabelecer o tratamento que se lhe pretende atribuir*¹⁹⁷.

Porém, dito isto, parece que a questão que esteve subjacente ao tema desta inquirição sobre a viabilidade de *uma classificação dos contratos em civis, comerciais e de consumo* não pode ter resposta afirmativa.

Em primeiro lugar, se uma classificação pressupõe um fracionamento em membros de uma categoria comum que a todos abarca, é fácil ver que, para além da característica coincidente da bilateralidade do negócio evocativa do super-conceito do contrato por oposição ao negócio unilateral, não há total comunhão de natureza ou matéria entre os contratos civis, comerciais e de consumo: regras distintas aplicam-se, interesses diversos têm valência, valores autónomos emergem. As categorias de contratos civis, comerciais e com consumidor preocupam-se com problemas específicos e procuram satisfazer funções distintas: proteção do consumidor, no caso dos contratos

¹⁹⁶ Daí que nos pareça algo prematura a proposta de COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I cit., p. 54, em nota 76, de que em vez das categorias contratos civis, contratos comerciais, contratos de consumo se deveria avançar para a categorização contratos privados ou de direito privado em contraposição aos contratos públicos ou de direito público (vd. ainda p. 61).

¹⁹⁷ Cfr. CHAÏM PERELMAN/LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit., p. 170.

de consumo, proteção dos interesses comerciais, no caso dos contratos comerciais, e, por exclusão de partes, a ordenação do *mare magnum* das situações jurídicas dos particulares em razão da multiplicidade indeterminada dos fins prosseguidos. Resulta daqui que a distinção contratos civis, comerciais e de consumo não possui um carácter substancial único que possa funcionar como princípio ordenador. Nesta medida, tratar-se-ia aí de uma lista que relaciona elementos não homogêneos, o que seria alheio a um critério classificativo íntegro¹⁹⁸.

Depois, estas três categorias não se mostram perfeitamente delimitadas e distintas: como se demonstrou, designadamente com o caso dos contratos de consumo que são simultaneamente contratos unilateralmente comerciais, temos aí figuras híbridas e sobrepostas, em que se parte de perspectivas e pontos de vista distintos sobre uma mesma realidade. Ora, a separação imperfeita entre estas categorias envolve a impossibilidade de uma taxinomia rigorosa. Na verdade, numa taxinomia ideal deve ser possível distinguir com clareza as entidades que são membros de uma classe homogênea das entidades que são membros da outra classe igualmente homogênea, o que se consegue mediante a deteção das específicas e exclusivas propriedades essenciais de que comungam os membros de uma classe autónoma e uniforme. Diferentemente, as categorias dos contratos civis, comerciais e com consumidor funcionam como conceitos cruzados, surgindo em modo de interconexão – o que resulta de o contrato concreto poder ver a sua regulação completa ser fixada pela conjugação e conciliação de regras pertencentes aos distintos sectores normativos que essas categorias convocam mediante a segmentação de parcelas contratuais.

Acresce, ainda, que, como também se indicou, por vezes, estas categorias são moveáveis, pois o seu exato sentido regulativo depende, para certos efeitos, do contexto normativo de enquadramento a que se reportam, o que parece envolver uma desanimadora volubilidade conceptual.

Por isso, parece impor-se a conclusão de que a referência a contratos civis, comerciais e de consumo não alcança a dignidade de *classificação*, não trans-

¹⁹⁸ Como explicita MICHEL FOUCAULT, ob. cit., pp. 315-316 o princípio essencial das classificações consiste em terem “sempre por finalidade determinar o “carácter” que agrupa os indivíduos e as espécies em unidades mais gerais, que distingue essas unidades umas das outras e lhes permite, enfim, encaixarem-se de maneira a formarem um quadro em que todos os indivíduos e todos os grupos, conhecidos ou desconhecidos, poderão encontrar o seu lugar”.

pondo a natureza de *elenco*. Assim, ao retomar o quesito que se colocou, no intróito, como tema da presente inquirição de taxinomia, sobre o sentido e consistência de *uma classificação* dos contratos em civis, comerciais e de consumo, caberia reconhecer a operatividade dessas categorias, mas a sua inviabilidade enquanto membros de *uma classificação*.

Poder-se-ia, é certo, ultrapassar o rigor lógico recorrendo à citação fatal da taxinomia de animais da enciclopédia chinesa *Empório Celestial de Conhecimentos Benévolos* que JORGE LUÍS BORGES atribui a “*desconhecido (ou apócrifo) enciclopedista chinês*”¹⁹⁹ (o que constitui, depois da sua reprodução e divulgação por FOUCAULT²⁰⁰, um verdadeiro *locus communis* em qualquer escrito em que se fale de classificações²⁰¹): “*Nas suas remotíssimas páginas está escrito que os animais se dividem em: (a) pertencentes ao imperador, (b) embalsamados, (c) amestrados, (d) leitões, (e) sereias, (f) fabulosos, (g) cães vadios, (h) incluídos nesta classificação, (i) que se agitam como loucos, (j) incontáveis, (k) desenhados com um pincel finíssimo de pelo de camelo, (l) etc..., (m) que acabam de quebrar o jarrao, (n) que ao longe parecem moscas*”, taxinomia que serve para extrair a enorme ilação: “*notoriamente não há classificação do universo que não seja arbitrária e conjectural. A razão é muito simples: não sabemos o que é o universo*” – e, no entanto, a “*impossibilidade de penetrar no esquema divino do universo (...) não pode dissuadir-nos de planejar esquemas humanos, embora nos conste que estes são provisórios*”.

A classificação dos contratos em civis, comerciais ou de consumo só poderia ser, então, uma “classificação” do mesmo tipo, ou seja, afinal uma “não-classificação”.

37. E, no entanto, afigura-se que se não é possível dizer que a categorização dos contratos entre contratos civis, comerciais e com consumidor constitui *uma classificação*, pois esta tricotomia não se baseia em *categorias homogêneas e exclusivas*, isso não significa que não se trate ainda e sempre aí de *unidades classificatórias*.

¹⁹⁹ Jorge Luís Borges, “O idioma analítico de John Wilkins” in ID., *Outras Inquirições*, Lisboa, Quetzal, 2020, trad. portuguesa de JOSÉ COLAÇO BARREIROS, pp. 142 a 144.

²⁰⁰ Vd. MICHEL FOUCAULT, ob. cit., pp. 53-60 (no Prefácio), que nota, sobre tal classificação borgeana, que: “No deslumbramento desta taxinomia, o que alcançamos imediatamente, o que, por meio do apólogo, nos é indicado como o encanto exótico de um outro pensamento é o limite do nosso: a pura impossibilidade de pensar isto”.

²⁰¹ Vd. ELEANOR ROSCH, “Principles of Categorization” cit., p. 27; JAY M. FEINMAN, “The Jurisprudence of Classification” in *Stanford Law Review*, vol. 41, n.º 3 (Fev., 1989), pp. 661-717 [p. 662].

Insista-se: a repartição contratos civis, comerciais e com consumidor é indispensável para o tratamento das matérias jurídico-contratuais e para a qualificação dos negócios concretos, surgindo ancorada nos textos legais quer em termos vocabulares, quer em termos regulatórios – são categorias fulcrais para a aplicação de regimes, pois é preciso saber se se trata ou não de um contrato de consumo, se se depara com contratos comerciais ou civis, para efeitos de ordenação de soluções. Como tal, apesar de todo o *continuum* substancialmente existente, a separação de *unidades autónomas de sentido e conteúdo* nos termos dessas categorias é vital.

O ponto é que, precisamente, não deparamos, na repartição contratos civis, comerciais e com consumidor, com *uma classificação*, mas com uma *pluralidade de classificações*. Em vez de se recorrer ao esquema clássico “*all-pairs*”, assente em “*all -vs. - all*”, que procura a *dicotomia* do par de classes, há que operar com *múltiplas classificações*. Numa organização em classes múltiplas, a classificação binária é salva pelo recurso a uma classe *residual* que engloba todos os entes remanescentes que não cabem na classe inicial – é o esquema “*one-vs.-all*”.

Justamente, a composição como classes das categorias contratos civis, comerciais e de consumo implica, afinal, *três classificações*, a saber, contratos civis-contratos não civis; contratos comerciais-contratos não comerciais e contratos com consumidor-contratos que não envolvem consumidor. A provisão de uma taxinomia em Direito serve para satisfazer uma finalidade de facilitação na explicação e concretização de disciplinas – não cabe duvidar que, nestes moldes, é possível fixar e diferenciar o âmbito de aplicação de regulações jurídicas. Deste modo, nesta base, é possível determinar em que medida um certo ente – um certo contrato – se reconduz a uma destas classificações e se inclui na categoria nuclear ou na categoria residual em ordem à aplicação do Direito em cada contexto.

Assim, a conclusão desta inquirição é que a aplicação das categorias dos contratos civis, comerciais e de consumo obriga a uma pluralidade taxinómica em que se manifestam como classes ou membros de classificações não *três categorias*, mas *verdadeiramente seis categorias: contratos civis-contratos não civis; contratos comerciais-contratos não comerciais e contratos de consumo-contratos não de consumo*.

Lisboa, 19.3.2022.

PUBLICIDADE

ANA AMORIM*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*; 2. *O consumidor e o destinatário da comunicação comercial*; 2.1. *Perspetiva constitucional*; 2.2. *A relação jurídica publicitária*; 2.3. *A centralidade do engano e outras formas de ilicitude*; 3. *O princípio do respeito pelos direitos do consumidor*; 4. *Relevância contratual das mensagens publicitárias*; 5. *Considerações finais*; *Referências bibliográficas*.

1. Introdução

O direito da publicidade funda-se axiologicamente no artigo 60.^o n.^o 2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), relativo aos direitos dos consumidores, segundo o qual “a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”. Apesar deste enquadramento, está em causa mais amplamente a necessidade de tutela dos destinatários da comunicação comercial, onde de incluem os recetores efetivos das mensagens, cuja delimitação é independente da existência de uma decisão de transação.

Neste sentido, o texto vai começar por aludir ao consumidor e ao destinatário da comunicação comercial, procurando-se caracterizar a relação jurídica publicitária. Subsequentemente, e não obstante aquela delimitação, opta-se por tratar algumas zonas de confluência do direito da publicidade e da proteção do consumidor. Assim, serão abordados o princípio

* Professora Auxiliar da Universidade Portucalense.

do respeito pelos direitos do consumidor, consagrado nos artigos 12.^o e 13.^o do Código da Publicidade (doravante CPub) e a relevância contratual das mensagens publicitárias, resultante do artigo 7.^o n.^o 5 da Lei de Defesa do Consumidor (doravante LDC).

2. O consumidor e o destinatário da comunicação comercial

2.1. Perspetiva constitucional

Enquanto estrutura comunicativa, a publicidade assenta no “direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações” (artigo 37.^o da CRP). Apesar de as mensagens políticas e ideológicas integrarem o âmbito natural de aplicação deste preceito, o Tribunal Constitucional afirmou que a liberdade de expressão e informação se estende às manifestações artísticas ou culturais, bem como ao sistema económico (acórdão n.^o 258/2006, de 18 de abril de 2006). Acresce que a publicidade se destina a promover produtos ou serviços, pelo que o seu fundamento axiológico depende também do recurso à garantia da iniciativa económica privada (artigo 61.^o da CRP).

Reconhecida esta tutela constitucional da liberdade publicitária, a regulação da comunicação comercial deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.^o n.^o 2 da CRP). Ou seja, a regulação da comunicação comercial – nomeadamente, as restrições ao conteúdo e à forma das mensagens, mas sobretudo a proibição absoluta de determinadas modalidades – depende da adequação, da necessidade e da proibição do excesso.

No contexto histórico dominado pelo excesso de oferta e pelo acesso limitado à informação, que se verificou em Portugal a partir do final dos anos 70 do século XX, a proteção do consumidor visava acautelar a sua vulnerabilidade face ao profissional. A informação sobre o mercado e o controlo da tecnologia eram detidos exclusivamente pelos produtores e pelos distribuidores, pelo que os consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram unilateralmente transmitidos pelos profissionais, sobretudo através da publicidade difundida nos meios de comunicação de massas. Na medida em que as características e os benefícios dos produtos

integravam os principais elementos de diferenciação face à concorrência, aquela informação constituía um instrumento privilegiado de proteção dos consumidores, permitindo garantir a racionalidade das suas decisões económicas. Esta conceção é tributária da prevalência de argumentos de natureza técnica e funcional na comunicação comercial, bem como do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, que postula a realização de transações comerciais em função da maior utilidade e do menor custo.

Assim se justificam as restrições à liberdade publicitária do anunciante inerentes à regulação da comunicação comercial. Ou seja, nos termos do artigo 60.º n.º 1 da CRP, importa sobretudo proteger o direito à informação dos consumidores e os seus interesses económicos. Ao nível legislativo, a necessidade de acautelar a racionalidade das decisões económicas manifesta-se na centralidade da proibição da publicidade enganosa, mas também na obrigatoriedade de utilização da língua portuguesa nas mensagens, prevista no artigo 7.º n.º 3 e 4 do CPub, cuja origem remonta ao alargamento do mercado nacional a produtos e serviços estrangeiros, no final dos anos 70 do século XX.

2.2. A relação jurídica publicitária

Por motivos de segurança jurídica, o legislador adotou uma definição ampla de publicidade, que é independente do “suporte utilizado para a sua difusão” (artigo 1.º do CPub) e que coincide com “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços” e de “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (artigo 3.º n.º 1 alíneas a) e b) do CPub). A publicidade cabe ainda no conceito de “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores”, que designa “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor” (artigo 3.º alínea d) do DL n.º 57/2008, de 26 de março).

O conceito jurídico de publicidade assenta nos elementos objetivo, subjetivo e teleológico enunciados naquelas normas. A referência genérica a qualquer forma de comunicação permite abranger todos os atos destinados

a produzir efeitos externos, independentemente do seu conteúdo informativo ou sugestivo. No entanto, o conceito jurídico de publicidade centra-se especialmente na finalidade da mensagem.¹ Este elemento teleológico não incide sobre a intenção do anunciante, nem sobre a natureza promocional percebida da mensagem. O que importa aferir é a sua idoneidade objetiva para promover produtos e serviços, assim como ideias, princípios, iniciativas ou instituições, no caso da publicidade institucional ou corporativa.

Neste contexto, importa referir que a redução do âmbito de aplicação do direito da publicidade, nomeadamente, pela introdução de pressupostos alheios aos elementos objetivo, subjetivo e teleológico previstos pelo legislador, corresponderia a uma cedência perante os interesses dos profissionais, suscetível de comprometer a proteção dos consumidores.² De facto, atenta a permanente evolução da comunicação comercial, apenas uma noção ampla permite assegurar o cumprimento do regime jurídico vigente. Pelo contrário, a opção por um critério formal – como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, designadamente ao nível da remuneração do titular do suporte – sacrifica injustificadamente aquela proteção. Assim, desde que o conteúdo da mensagem seja imputável ao anunciante, a qualificação como publicidade deve depender apenas da idoneidade objetiva para promover produtos e serviços, que constitui o elemento teleológico dominante.

Ora, o direito da publicidade regula sobretudo a relação jurídica publicitária, de natureza extracontratual, decorrente da difusão de uma mensagem promocional, que se estabelece entre o anunciante e os destinatários.

De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do CPub, o anunciante é “a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade”. Traduz a entidade que visa promover produtos ou serviços, de forma instrumental relativamente à atividade económica por si desenvolvida. Enquanto emissor da mensagem, o anunciante toma a iniciativa da publicidade e assume os respetivos encargos financeiros. O conceito é, por isso, funcionalmente equivalente ao de profissional, enunciado na alínea b) do artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, para efeitos do regime jurídico das práticas comerciais desleais, que designa “qualquer pessoa

¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “O conceito de publicidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro de 1985, p. 129.

² ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, p. 42.

singular ou coletiva que atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional”.

Já nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do CPub, o destinatário é “a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”. O destinatário integra o conceito nuclear na disciplina da relação jurídica publicitária. Abrange o público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, que coincide com os consumidores atuais e potenciais do produto ou serviço, mas também os recetores efetivos da mensagem. Por estarem em contacto com o canal de difusão, estes recetores efetivos são atingidos pela comunicação comercial.

Desta forma, o destinatário da comunicação comercial não coincide com o conceito de consumidor, que nos termos do artigo 2.º n.º 1 da LDC traduz “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”. Considerando a matriz fortemente relacional desta definição, a proteção do consumidor continua a justificar-se sobretudo no quadro do fornecimento de bens ou da prestação de serviços, onde aparece frequentemente sob a designação de “contraente débil”.³ Neste sentido, assenta na qualidade dos intervenientes e pressupõe uma posição jurídica individual que se verifica em função de determinadas situações específicas ou atos concretos.

No confronto com o conceito de consumidor, o destinatário da publicidade traduz uma realidade mais ampla, dado que o negócio jurídico pode não chegar a celebrar-se. A própria definição de publicidade consagrada no artigo 3.º n.º 1 do CPub e a atual predominância de canais de difusão abertos, como se verifica em contexto digital, determinam a necessidade de atender a um conjunto mais alargado de sujeitos, entre os quais se incluem aqueles que são atingidos pela comunicação comercial apesar de não integrarem o público-alvo. Ao incluir estes recetores efetivos, o conceito de destinatário é menos situacional e, por isso, menos relacional do que o conceito de consumidor. Não sendo consumidores atuais ou potenciais do produto ou serviço anunciado, os recetores efetivos da mensagem ficam ainda

³ PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, volume LXXV, 1999, p. 658.

abrangidos pela relação jurídica publicitária, como demonstra a alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do CPub. Na verdade, o próprio consumidor potencial tem já algum interesse na aquisição do produto ou na prestação do serviço, o que determina a propensão para se converter num consumidor atual, desde que não se verifiquem entraves à realização da transação comercial.

Em Portugal, o Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária reconheceu no caso *Johnson's Wax* que “o conceito de destinatário é bastante mais lato e abrangente do que o de consumidor e, no limite, pode até não se intercetar com o último. Dito de outra forma, um destinatário da publicidade poderá não vir a ser um consumidor do que se publicita e, bem assim, um consumidor poderá não ter sido destinatário de qualquer tipo de publicidade a qualquer produto, bem ou serviço de que se queira consumidor” (decisão de 31 de maio de 2012, processo n.º 9J/2012).

Em suma, o enquadramento constitucional da comunicação comercial no artigo 60.º n.º 2 da CRP e uma tendencial equiparação dos destinatários aos consumidores têm determinado a integração maioritária do direito da publicidade no direito do consumo.⁴ No entanto, o propósito do direito da publicidade é distinto face ao direito do consumo, sobretudo na medida em que está em causa também a proteção de interesses não económicos dos recetores efetivos das mensagens, independentemente da existência de uma decisão de transação, como revelam algumas formas de ilicitude que serão objeto da análise subsequente.

2.3. A centralidade do engano e outras formas de ilicitude

A regulação da comunicação comercial começa por se manifestar na proibição da publicidade enganosa, que incide sobre o conteúdo das mensagens e constitui o núcleo central do regime jurídico vigente. Aquela proibição traduz um corolário do princípio da veracidade enunciado no artigo 10.º do CPub, segundo o qual “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” (n.º 1) e “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes” (n.º 2).

A proibição da publicidade enganosa consta atualmente dos artigos 7.º a 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, resultantes da transposição dos artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29/CE relativos às ações e omissões

⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 21.

enganosas, bem como dos pontos 1 a 23 do Anexo I, que prevê um conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A aprovação daquele regime jurídico coincidiu com a introdução do artigo 43.º do CPub, que restringiu o âmbito de aplicação da disciplina da publicidade enganosa prevista neste diploma à “comunicação dirigida exclusivamente a profissionais”.

O princípio da veracidade postula tradicionalmente a conformidade dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem publicitária. Mas pode igualmente ser abordado numa dimensão subjetiva, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial. Desta forma, não releva apenas a falta de correspondência entre o conteúdo literal da mensagem publicitária e a realidade da oferta, mas também as informações que “mesmo sendo factualmente corretas”, induzem ou são suscetíveis de induzir em erro os consumidores. A suscetibilidade de indução em erro deve ser avaliada em função da integridade ou indivisibilidade da campanha publicitária, que determina uma análise qualitativa centrada na impressão global, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes.⁵ Neste sentido, o engano incide sobre o significado mais imediato do anúncio, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo.

A proibição da publicidade enganosa depende ainda da verificação de uma cláusula de relevância, relativa à suscetibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Segundo a alínea e) do artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, a deslealdade verifica-se sempre que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”. Daqui decorre que a distorção substancial coincide maioritariamente com situações em que o consumidor celebra um negócio jurídico não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades.

No entanto, a proibição da publicidade enganosa não releva apenas como elemento suscetível de condicionar a decisão de transação, devendo ser abordada também no contexto do efeito de atração exercido pelo anúncio sobre os destinatários. Como reconheceu o Tribunal de Justiça da União

⁵ ANXO TATO PLAZA, “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, 2008/2009, p. 551.

Europeia no caso *Trento Sviluppo e Centrale Adriatica* (acórdão de 19 de dezembro de 2013, processo n.º C-281/12), aquele efeito de atração pode limitar-se a determinar um contacto posterior do destinatário com o profissional, não se verificando uma relação de causalidade necessária face à celebração de um negócio jurídico de consumo. Assim, apesar de estar em causa diretamente a proteção dos “interesses económicos dos consumidores” (Considerando 6 da Diretiva 2005/29/CE), a interpretação ampla da cláusula de relevância em sede de práticas comerciais desleais demonstra já a necessidade de tutela dos destinatários da comunicação comercial, cuja delimitação é independente da existência de uma decisão de transação.

No quadro da dimensão subjetiva da publicidade enganosa e da consagração de uma cláusula de relevância no regime jurídico das práticas comerciais desleais, o legislador europeu enunciou como critério de aferição o “consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística” (Considerando 18 da Diretiva 2005/29/CE). Atende-se à atitude e aos conhecimentos, sobretudo ao nível da experiência e da aptidão necessárias para interpretar corretamente as mensagens, bem como da adoção de um comportamento ativo e responsável na procura de informação relativa ao produto ou serviço.⁶ Mas atende-se igualmente ao facto de o cuidado e a ponderação variarem em função da natureza e do valor do bem em causa. A adoção de um parâmetro de aferição excessivamente exigente e sem tradição na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros insere-se num modelo liberal de proteção dos consumidores, que se justifica no quadro da preocupação com o desenvolvimento do mercado interno.⁷

Para além do engano quanto ao conteúdo, o legislador proibiu também o engano quanto à forma ou configuração externa das mensagens. Nos termos do artigo 8.º n.º 1 do CPub, “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”. Integrado no princípio da veracidade em sentido amplo, este princípio da identificabilidade visa permitir que os destinatários tenham consciência da finalidade promocional do anunciante. Definida no artigo 9.º n.º 1 do CPub,

⁶ LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, janeiro/abril de 2004, p. 47.

⁷ JORGE PEGADO LIZ, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, dezembro de 2005, p. 77.

a publicidade oculta integra o recurso a “meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”. Ora, na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE, a publicidade oculta passou a ter, no ordenamento jurídico nacional, um duplo regime sancionatório, resultante da sobreposição do referido artigo 9.º n.º 1 do CPub e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, que incide sobre a “motivação da prática comercial” ou a “intenção comercial”, respetivamente no artigo 7.º n.º 1 alínea c) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às ações enganosas, e no artigo 9.º n.º 1 alínea c) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, em matéria de omissões enganosas.

Esta centralidade das várias modalidades de engano no regime jurídico vigente justifica-se face à tradicional prevalência de argumentos de natureza técnica e funcional na comunicação comercial e à crença na racionalidade das decisões económicas. No entanto, nos últimos anos tem-se assistido a uma mudança de paradigma na própria comunicação comercial, que reflete a abordagem do consumo como processo de significação e já não meramente como instrumento de satisfação de necessidades.⁸ O conteúdo das mensagens publicitárias deixa então de se centrar nas características demonstráveis dos produtos, como a origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição, para passar a incidir sobre as necessidades e os desejos, mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. Esta dimensão emocional e simbólica dos anúncios não pode ser aferida ao abrigo do princípio da veracidade, cuja aplicabilidade se restringe às expressões concretas e comprováveis, com exclusão dos juízos estimativos e das apreciações subjetivas, como as considerações estéticas ou relativas a gostos pessoais.⁹

Considerando a referida transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, a proibição do engano quanto ao conteúdo das mensagens tem atualmente uma escassa relevância na generalidade dos sectores de atividade.¹⁰ Com a generalização do acesso a tecnologias digitais, diminui ainda a assimetria de informação e a necessidade de garantia

⁸ JEAN BAUDRILLARD, *A sociedade de consumo*, Edições 70, Lisboa, 1995, p. 79.

⁹ CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA, “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, p. 378.

¹⁰ ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 418.

dos interesses económicos, que estiveram na origem da proteção dos consumidores e sobretudo da proibição da publicidade enganosa, em conformidade com o artigo 60.º da CRP. Na verdade, atenta a correspondência entre informação e poder de mercado numa estrutura concorrencial, a disponibilidade de conteúdos relevantes e independentes afasta o predomínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, dando lugar a uma revolução do poder de mercado nas relações com consumidores.¹¹

Daqui decorre também que não obstante a obrigatoriedade de utilização da língua portuguesa nas mensagens, prevista no artigo 7.º n.º 3 e 4 do CPub, nos casos em que o anunciante não esteja obrigado ao cumprimento de deveres de informação, a liberdade de expressão publicitária permite-lhe escolher a língua do anúncio, assumindo o risco da não compreensão da mensagem pelos destinatários.¹²

Face à atual prevalência da dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, passa a relevar especialmente a proteção de interesses não económicos dos destinatários, como demonstra o recurso à ilicitude das mensagens que integram um “apelo à violência” (artigo 7.º n.º 2 alínea b) do CPub) ou uma “discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo” (artigo 7.º n.º 2 alínea d) do CPub). Ao proibir a publicidade violenta, o legislador protege o direito à integridade pessoal, enunciado no artigo 25.º da CRP. Mas o apelo à violência na comunicação comercial seria, desde logo, incompatível com a ideia de Estado de Direito e com a convivência pacífica inerente a uma sociedade democrática. Já a proibição da publicidade discriminatória funda-se no princípio da igualdade e no direito à proteção contra “quaisquer formas de discriminação”, enunciados respetivamente no artigo 13.º e no n.º 1 do artigo 26.º da CRP. Desta forma, ao nível da regulação do conteúdo das mensagens, verifica-se uma transição progressiva para a centralidade do princípio da licitude, em detrimento da tradicional proibição da publicidade enganosa.

Também no domínio das práticas comerciais desleais, a proibição do recurso a assédio, coação ou influência indevida, consagrada no artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, procura evitar a instrumentalização das pessoas a objetivos comerciais. Por exemplo, a proteção contra a publici-

¹¹ PATRICIA SEYBOLD, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002, p. 3.

¹² ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, p. 66.

dade domiciliária, cujo fundamento axiológico se encontra no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º n.º 1 da CRP) e na inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º da CRP), não assenta igualmente na celebração de um negócio jurídico de consumo.

Em sede de autodisciplina, a tutela dos recetores efetivos resulta, designadamente, da decisão proferida pelo Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária no caso *Crioestaminal*, relativo a uma campanha que “ofende os padrões de decência prevalentes no país e cultura (artigo 6.º do Código de Conduta), explora a falta de conhecimento e experiência dos consumidores afetando a sua decisão esclarecida (artigo 7.º do Código de Conduta) e revela pouca responsabilidade social (artigo 8.º do Código de Conduta) ao promover – designadamente através da pergunta que se indicia que as crianças devem fazer aos seus pais – a discriminação entre aqueles que tenham optado pelos serviços e os que não, independentemente das razões religiosas, financeiras ou outras que tenham motivado a escolha” (decisão de 6 de junho de 2012, processos n.º 10J/2012 e 11J/2012).

3. O princípio do respeito pelos direitos do consumidor

Nos termos do artigo 6.º do CPub, que coincide com o artigo 7.º n.º 4 da LDC, “a publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor”.

O artigo 12.º do CPub reitera este princípio do respeito pelos direitos do consumidor, que obriga à conformidade do anúncio com a legislação vigente. Estão em causa sobretudo os direitos enunciados no artigo 60.º n.º 1 da CRP “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”. Considerando esta tutela constitucional, desenvolvida na LDC e nos diplomas complementares, o princípio do respeito pelos direitos do consumidor considera-se igualmente abrangido pelo artigo 7.º do CPub. E, atento o valor normativo direto dos preceitos constitucionais, as normas de remissão podiam ter sido dispensadas, como reconhece predominantemente a doutrina espanhola face ao ordenamento jurídico que inspirou a redação do diploma nacional.¹³ Aliás, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é hoje pacificamente aceite, tendo consagração expressa no artigo 18.º n.º 1 da CRP.

¹³ JOSÉ MARÍA CUESTA RUTE, “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, p. 59.

Também de acordo com o artigo 13.º do CPub, “é proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, nomeadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial suscetibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria” (n.º 1), não devendo “comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica” (n.º 2). A proteção da saúde e segurança deve ser particularmente acautelada no caso da publicidade dirigida “a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes” (n.º 3). A proibição visa ainda o princípio do respeito pelos direitos do consumidor, tendo paralelamente fundamento no direito à integridade pessoal, enunciado no artigo 25.º da CRP, e no direito à proteção da saúde, consagrado no artigo 64.º da CRP. Ou seja, o artigo 13.º do CPub concretiza, para efeitos da saúde e segurança, o que resulta genericamente do referido artigo 12.º do CPub.¹⁴

Traduzem manifestações daquela norma a proibição de publicidade a veículos automóveis que apresente situações de risco, como “excesso de velocidade, manobras perigosas, não utilização de acessórios de segurança e desrespeito pela sinalização ou pelos peões”, consagrada nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 22.º-A do CPub, bem como a regulação da publicidade a bebidas alcoólicas, prevista no artigo 17.º do CPub. Visam ainda diretamente a proteção da saúde o regime jurídico da publicidade de medicamentos, previsto nos artigos 150.º a 165.º do DL n.º 176/2006, de 30 de agosto e o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde, aprovado pelo DL n.º 238/2015, de 14 de outubro. Também a Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto, visando a proteção dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo do tabaco, aprova medidas de redução da procura relacionadas com a dependência e a cessação do seu consumo, estabelecendo designadamente no artigo 16.º n.º 1 a proibição de “todas as formas de publicidade e promoção ao tabaco e aos produtos do tabaco, incluindo a publicidade oculta, dissimulada e subliminar, através de suportes publicitários nacionais ou com sede em Portugal, incluindo os serviços da sociedade de informação”.

Desta forma, em conformidade com a delimitação da relação jurídica publicitária e a proteção dos recetores efetivos das mensagens, o recurso

¹⁴ Abordando autonomamente um princípio da inofensividade, relativo à proteção da saúde e segurança do consumidor, MÁRIO FERREIRA MONTE, *Da protecção penal do consumidor. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 102.

ao princípio do respeito pelos direitos do consumidor não deve ficar igualmente dependente da existência de uma decisão de transação. Acresce que a sua consagração genérica parece redundante face à tutela constitucional dos consumidores e à legislação vigente no domínio da publicidade.

4. Relevância contratual das mensagens publicitárias

Entre nós, como na generalidade dos ordenamentos jurídicos, a tutela contra a publicidade ilícita resulta de um sistema complexo, que conjuga a proteção coletiva dos consumidores, através de mecanismos sancionatórios de natureza contraordenacional (artigo 34.º do CPub e artigo 21.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março), com a proteção individual, nos termos gerais da anulabilidade do negócio jurídico e do ressarcimento dos danos em sede de responsabilidade civil. Especial relevância assume igualmente a autodisciplina, não só na garantia dos interesses privados dos profissionais, mas também dos consumidores e do interesse público.

A proteção individual dos consumidores, que aqui importa especialmente analisar, tem uma dupla dimensão, negativa e positiva. Em primeiro lugar, a comunicação comercial configura-se como um obstáculo à formação válida do contrato, impedindo a vinculação dos sujeitos. Aplica-se, assim, a anulabilidade dos contratos expressamente estabelecida no artigo 14.º n.º 1 do DL n.º 57/2008, de 26 de março, mas que resultava já das normas gerais relativas ao dolo (artigo 253.º do Código Civil), no caso de algumas modalidades de publicidade enganosa, ou à coação (artigo 255.º do Código Civil), no caso das práticas comerciais agressivas consubstanciadas em ameaça e, por analogia, também nas situações de assédio e influência indevida.

Ainda no quadro desta dimensão negativa, o artigo 15.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março consagra o ressarcimento dos danos causados ao consumidor por uma prática comercial desleal. Também de acordo com o artigo 30.º do CPub, “os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respetivos concessionários, respondem civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas”. Apesar de o artigo 12.º n.º 1 da LDC limitar o direito à indemnização aos “danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos”, o ressar-

cimento no domínio mais amplo da publicidade não deve restringir-se a esta dimensão contratual, sendo independente da celebração de um negócio jurídico de consumo. Embora a sua aplicação prática seja residual, a obrigação de indemnizar o destinatário da publicidade decorria já do regime jurídico da responsabilidade civil por factos ilícitos, consagrado genericamente no artigo 483.º do Código Civil.

Em segundo lugar, a dimensão positiva da proteção individual resulta do artigo 7.º n.º 5 da LDC, segundo o qual “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”. A norma, que consagra a relevância contratual das mensagens publicitárias, é reiterada em alguns diplomas sectoriais, como se verifica a propósito do contrato de seguro, no artigo 33.º n.º 1 do DL n.º 72/2008, de 16 de abril.

Enquanto forma de proteção individual dos consumidores, o legislador impõe ao anunciante a vinculação ao conteúdo das mensagens publicitárias, garantindo mais amplamente o valor da confiança. Esta exigibilidade restringe-se às informações concretas e objetivas. Como reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa, “não se pode falar de integração publicitária contratual, quando uma brochura tem um conteúdo meramente promocional e persuasivo, em que se limita a enfatizar os méritos de “um serviço de excelência numa combinação perfeita entre a tradição e o progresso” (acórdão de 27 de maio de 2010, processo n.º 10325/03.8TVLSB).

A vinculação do anunciante ao conteúdo das mensagens publicitárias coincide, por isso, com o âmbito de aplicação do princípio da veracidade previsto no artigo 10.º n.º 2 do CPub, sendo relevante sobretudo ao nível do preço e das condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços. Neste sentido, não abrange o exagero publicitário, resultante de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, geralmente associadas a autoelogios genéricos ou afirmações de superioridade, liderança ou exclusividade em relação ao conjunto dos concorrentes. A licitude do exagero publicitário funda-se no artigo 253.º n.º 2 do Código Civil, nos termos do qual “não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções”. Assim, nos casos em que o anunciante não esteja obrigado ao cumprimento de deveres de infor-

mação, como se verifica na generalidade dos sectores de atividade, o exagero publicitário constitui uma manifestação da liberdade publicitária.

O artigo 7.º n.º 5 da LDC visa ainda a publicidade realizada pelo anunciante não contraente, como o fabricante do produto, desde que se verifiquem os pressupostos da cognoscibilidade e da imputabilidade. A doutrina nacional considera então que a comunicação comercial alheia é transposta para o próprio contrato através de remissão expressa ou tácita. Daqui decorre que todas as mensagens publicitárias com as características referidas valem como cláusulas contratuais.¹⁵ Ou seja, apesar de tendencialmente não existir uma coincidência entre o anunciante e o vendedor, a responsabilidade decorrente de afirmações inexatas assenta na confiança que, em qualquer caso, é suscitada pela comunicação comercial.

A relevância contratual das mensagens publicitárias traduz um instrumento de proteção dos consumidores destinado a acautelar as hipóteses de engano quanto ao conteúdo. Atualmente, considerando a transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, o seu âmbito de aplicação é também mais reduzido, dado que as alegações não constituem informações concretas e objetivas. Pelo contrário, a proteção de interesses não económicos dos recetores efetivos das mensagens, que é independente da existência de uma decisão de transação e tem sobretudo uma natureza coletiva, tende a assentar em mecanismos sancionatórios de natureza contraordenacional.

5. Considerações finais

Ainda que a regulação da comunicação comercial se enquadre tradicionalmente na proteção dos consumidores, segundo o que resulta também do artigo 60.º n.º 2 da CRP, é o destinatário que delimita a relação jurídica publicitária, de natureza extracontratual. Neste sentido, deixa de estar em causa sobretudo a proibição do engano quanto ao conteúdo das mensagens publicitárias, cuja centralidade assenta no posicionamento técnico e funcional face à concorrência, bem como na tradicional crença na racionalidade das decisões económicas.

Ao tratar algumas zonas de confluência do direito da publicidade e da proteção do consumidor, constatou-se que a regulação da comunicação comercial tende a não depender da celebração de um negócio jurídico de

¹⁵ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Relevância contratual das mensagens publicitárias”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 6, junho de 1996, p. 21.

consumo. Acresce que considerando a transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, que se verifica sobretudo na ausência de deveres de informação, diminui o âmbito de aplicação do princípio da veracidade em sentido estrito, mas também dos instrumentos de proteção individual dos consumidores, como a relevância contratual das mensagens publicitárias. Já a necessidade de proteção de interesses não económicos dos destinatários manifesta-se em diversas formas de ilicitude, como a publicidade violenta ou discriminatória, e ainda ao nível das práticas comerciais agressivas.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “O conceito de publicidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro de 1985, pp. 115-134.
- “Relevância contratual das mensagens publicitárias”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 6, junho de 1996, pp. 9-25.
- *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2005.
- AMORIM, ANA CLARA AZEVEDO DE, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.
- *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.
- “Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, pp. 21-51.
- BAUDRILLARD, JEAN, *A sociedade de consumo*, Edições 70, Lisboa, 1995.
- CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA, “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, pp. 51-104.
- DUARTE, PAULO, “O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, volume LXXV, 1999, pp. 649-703.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, CARLOS, “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, pp. 369-391.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, LUIS, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, janeiro/abril de 2004, pp. 47-81.
- LIZ, JORGE PEGADO, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, dezembro de 2005, pp. 17-93.

MONTE, MÁRIO FERREIRA, *Da protecção penal do consumidor. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra, 1996.

TATO PLAZA, ANXO, “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, 2008/2009, pp. 529-572.

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

JORGE CARITA SIMÃO¹ / SOFIA ASSUNÇÃO SOARES²

SUMÁRIO: *I – Introdução. II – O regime das práticas comerciais desleais na sociedade de consumo à luz da legislação anterior à transposição da Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019. III – A Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019: 1. Enquadramento; 2. As principais alterações introduzidas pela Diretiva no regime das práticas comerciais desleais em geral e em linha e a sua transposição parcial para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro; 3. Breve reflexão sobre o impacto das alterações introduzidas pela Diretiva e da sua transposição na tutela dos direitos económicos dos consumidores. IV – Conclusão.*

¹ Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado. Mestre em Direito. Advogado.

² Investigadora do NOVA Consumer Lab. Mestre em Direito. Advogada.

I. Introdução

O progressivo desenvolvimento da sociedade de consumo³ e a consequente complexificação das relações estabelecidas entre consumidores e profissionais intensificaram a necessidade de conceder uma proteção cada vez mais efetiva aos consumidores, cujas posições, por se caracterizarem por uma tendencial vulnerabilidade face aos profissionais⁴, se encontram, não raras vezes, em situações de franco desequilíbrio⁵.

Assistimos, ao longo do tempo, a uma verdadeira mudança de paradigma que determinou a inversão do escopo do regime jurídico da concorrência desleal: se inicialmente vigorava um regime assente na repressão das práticas comerciais desleais entre comerciantes⁶, essa mesma disciplina jurídica sofreu alterações profundas, assumindo um papel cada vez mais decisivo no âmbito da proteção dos interesses económicos dos consumidores⁷.

³ A este propósito, vide António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, 124. A noção de “sociedade de consumo” é comumente utilizada em economia e sociologia para designar o tipo de sociedade que se encontra numa etapa de desenvolvimento industrial capitalista e que se caracteriza pelo consumo massivo de bens e serviços.

⁴ Cfr. Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 40, onde o Autor refere a existência de uma relação de desequilíbrio entre consumidor e profissional, “por se pressupor que este último dispõe, por um lado, de mais e melhor informação – não só técnica, mas também jurídica – no que respeita ao negócio em causa e, por outro lado, de uma capacidade financeira maior.”

⁵ Neste sentido, vide Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, in *Liber Amicorum Mário Frola, A causa dos direitos dos consumidores*, 370; Cfr. Hélio T. Rodrigues, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, 86; A este respeito ainda, vide Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1020-1023.

⁶ A este propósito, refere Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, in *Liber Amicorum Mário Frola, A causa dos direitos dos consumidores*, 370, que “o consumidor, sendo o principal objeto da disputa concorrencial não aparece tutelado pela disciplina da concorrência”.

⁷ Cfr. Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1009-1010, que a este propósito, refere que se tem verificado “(...) um progressivo abandono da metodologia “clássica” em matéria de concorrência desleal – já que esta tratava apenas das relações das empresas entre si (a chamada *Business to Business*) – passando agora a assumir-se como principal a relação *Business to Consumer*, protegendo-se os interesses económicos dos consumidores em relação às práticas comerciais dos profissionais”.

Neste contexto, com o intuito de harmonizar o acervo normativo existente⁸ e de promover a proteção dos consumidores no funcionamento do mercado interno europeu, surgiu a Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa à repressão das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores⁹, a qual foi transposta em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março¹⁰.

Com efeito, a Diretiva 2005/29/CE foi adotada como um instrumento jurídico que visa estimular o correto funcionamento do mercado interno europeu, destinando-se, por um lado, a mitigar as disparidades normativas e de atuação identificadas entre os diversos sistemas jurídicos dos

⁸ Veja-se, desde logo, que o artigo 1.º da Diretiva em análise refere que “a presente Diretiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores”. Resulta, ainda, dos considerandos 3 e 4 do Preâmbulo da Diretiva, que as diferenças legislativas entre os Estados-membros causam incerteza acerca das disposições nacionais aplicáveis às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores, criando, desse modo, entraves que afetam, por um lado, as empresas e, por outro lado, os consumidores. Por outro lado, *vide*, na doutrina nacional, João Alves, “A publicidade e a diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, 2006, 74.

Na doutrina italiana, *vide* Rossella Incardona, “La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni”, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Febbraio 2006, 361, onde se refere que “La direttiva mira ad armonizzare le discipline nazionali in materia di pratiche commerciali (sleali), (...) e di ridurre gli ostacoli alla commerciali transfrontaliera di bene e servizi”. Neste sentido, *vide* também Luigi Vigoritti, “Verso l’attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali”, in *Europa e diritto privato*, 2/2007, 521 ss.

⁹ Doravante designada por “Diretiva 2005/29/CE”.

¹⁰ Doravante designado por “Decreto-Lei n.º 57/2008”. Não obstante nos propormos analisar com maior profundidade, nesta sede, os instrumentos legislativos mais recentes, importa ter em conta o enquadramento legislativo antecedente (*i.e.*, anterior à publicação da Diretiva 2005/29/CE): (i) o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho que transpôs a Diretiva n.º 85/577/CE, do Conselho, de 20 de dezembro, a qual introduziu uma regulamentação inovadora relativa à proteção do consumidor no âmbito da celebração de contratos fora do estabelecimento comercial; e (ii) o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, fruto da transposição da Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, no âmbito da qual se impulsiona a transformação dos conceitos tradicionais, em virtude do desenvolvimento das novas tecnologias de informação.

Estados-Membros¹¹ e, por outro lado, a expurgar a existência de práticas comerciais desleais levadas a cabo pelas empresas contra os consumidores. Esta Diretiva representou um avanço significativo ao nível da harmonização dos regimes adotados pelos Estados-Membros¹², sendo diretamente aplicável à proteção dos interesses económicos dos consumidores e, indiretamente, à salvaguarda dos interesses económicos dos concorrentes legítimos¹³.

Na ordem jurídica interna, o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 57/2008 veio regular as práticas comerciais desleais nas relações das empresas com os consumidores, prevendo uma proibição geral única das

¹¹ No sentido de que a harmonização total em matéria de concorrência desleal e, mais concretamente, nas práticas comerciais dos profissionais nas suas relações com os consumidores, é uma solução legislativa acertada, assim garantindo uma proteção mais proveitosa do que se se tivesse optado por uma harmonização “*de minimis*”, em que se impusessem aos Estados-Membros apenas os conteúdos obrigatórios mínimos, *vide*, Hélio T. Rodrigues, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da diretiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, 89 e 90. Por outro lado, refere Jorge Morais Carvalho, “Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, in *Revista de Direito do Consumo III*, 2011, 118, que “a Diretiva n.º 2005/29/CE, sendo de harmonização máxima, não concede grande margem para flexibilizar o conceito de prática comercial desleal, adequando-o à realidade de cada Estado-Membro”. *Vide*, ainda, as considerações críticas tecidas por Jorge Pegado Liz, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, 17-93.

Sobre a ideia de imprescindível ligação dos direitos nacionais com a União Europeia, *vide* Rute Couto, “Práticas Comerciais desleais... para todos?”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 58, 2009, 134 e ss. A Autora comenta o Acórdão proferido nos processos apensos C-261/07 e C-299/07, que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial apresentados por Reechtbank van koophandel te Antwerpen (Bélgica), por decisões de 24 de maio e 21 de junho de 2007, contra Total belgium NV e Galetae BVBA contra Sanoma.

¹² A este propósito, *vide* Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª Edição, 2018, 125, onde o Autor refere que “trata-se de uma diretiva de harmonização máxima, pelo que a margem de liberdade dos Estados-Membros se encontrava consideravelmente limitada”. O Autor considera ainda que a opção por uma diretiva de harmonização máxima é especialmente criticável, uma vez que a diversidade de regimes estaduais no que respeita às práticas comerciais desleais não permite que os Estados-Membros consigam reagir de modo eficaz a novas problemáticas. No mesmo sentido, *vide* Gilles Paisant, “Défense et Illustration du Droit de la Consommation”, 2015, 205, e Luís Silveira Rodrigues, “Práticas Comerciais Desleais na Perspetiva da Defesa do Consumidor”, 2014, 134.

¹³ *Vide*, neste sentido, Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1010.

práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores.

Por sua vez, no dia 27 de novembro de 2019, foi publicada, no Jornal Oficial da União Europeia, a Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁴, a qual visa reforçar e modernizar o regime normativo aplicável em matéria de proteção dos direitos dos consumidores.

Com efeito, e sem prejuízo do que adiante desenvolveremos a respeito das alterações introduzidas pela Diretiva 2019/2161 e da sua transposição para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro¹⁵, salientamos, com relevância para o presente estudo, que a referida Diretiva altera, de entre outros diplomas¹⁶, a Diretiva 2005/29/CE, e estabelece novas medidas que intensificam a proteção dos direitos dos consumidores, em consonância com a transformação que o modelo de formação das relações de consumo tem sofrido ao longo do tempo. O cenário tradicional onde figurava o *iter* contratual através do qual *profissional* e *consumidor* estabeleciam as relações de consumo perdeu o necessário formato físico e presencial, para dar lugar à celebração de contratos em ambiente digital¹⁷.

Delineado o enquadramento legislativo recente sobre esta matéria, a nível comunitário e interno, propomo-nos analisar adiante o Decreto-Lei n.º 57/2008, bem como refletir sobre as alterações introduzidas pela Diretiva 2019/2161, à luz da modernização do mercado interno europeu e da consequente necessidade de atualização das medidas aplicáveis, ao que acresce a breve análise da sua transposição parcial operada pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021. Por fim, em jeito de conclusão, pronunciar-nos-emos sobre o potencial impacto destes diplomas no reforço da proteção dos direitos económicos dos consumidores.

¹⁴ Doravante designada por “Diretiva 2019/2161”.

¹⁵ Doravante, “Decreto-Lei n.º 109-G/2021”.

¹⁶ Esta Diretiva procede também à alteração da Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e da Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores.

¹⁷ Tal como definido no n.º 9 do artigo 2.º da Diretiva (UE) 2019/770, o ambiente digital corresponde ao “equipamento informático, o software e qualquer ligação à rede utilizada pelo consumidor para aceder a conteúdos ou serviços digitais ou para os utilizar”.

II. O regime das práticas comerciais desleais na sociedade de consumo à luz da legislação anterior à transposição da Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019

O Decreto-Lei n.º 57/2008 prevê, no seu artigo 5.º, uma *cláusula geral* de proibição de práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. Por seu turno, e a par da proibição de carácter geral, o artigo 6.º do referido diploma contém um *elenco típico* de práticas comerciais desleais, prevendo um conjunto de proibições especiais desenhadas em função do tipo de atuação e do segmento de consumidores a que se dirige¹⁸.

Debrucemo-nos primeiramente sobre a noção oferecida pelo artigo 5.º do diploma. Consideram-se *práticas comerciais desleais* as práticas que sejam contrárias à *diligência profissional* que distorçam, de forma substancial, o *comportamento económico* dos consumidores¹⁹.

Assim, para caracterizar uma prática comercial como *desleal* revela-se necessário que exista uma contrariedade às exigências relativas à diligência profissional²⁰, conforme dispõe a alínea a), do n.º 2, do artigo 5.º, e, ainda, que exista uma distorção substancial do comportamento económico que

¹⁸ Atente-se, a este respeito, no n.º 4 do artigo 5.º da Diretiva 2005/29/CE, no âmbito do qual se prevê somente duas modalidades de práticas comerciais desleais especiais. Diversamente, ao analisar o diploma, é possível constatar que o legislador português foi mais longe e consagrou três modalidades de práticas comerciais desleais especiais. Neste sentido, *vide* Hélio T. Rodrigues, “A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do decreto-lei 57/2008”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 56, 2008, 106 a 108.

¹⁹ A respeito dos requisitos de que depende a aplicação da cláusula geral, *vide* Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 5.ª Edição, 2018, 126.

²⁰ O conceito de “*diligência profissional*” adotado neste diploma encontra-se definido na alínea h) do artigo 2.º da Diretiva 2005/29/CE, como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional”. Segundo José de Oliveira Ascensão, “Concorrência Desleal: as grandes opções”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra Ed., Coimbra, 2007, 131, introduz-se aqui “um elemento valorativo, pelo recurso, embora nebuloso, às cláusulas gerais da prática honesta e de boa fé”.

seria adotado pelo consumidor médio, em relação ao produto ou serviço que iria adquirir, conforme disposto na alínea b), do n.º 2, do artigo 5.⁹²¹.

Diante do exposto, facilmente se compreende que o critério do *consumidor médio*²² foi o critério adotado como padrão de referência a partir do qual se afere da *lealdade* ou *deslealdade* da prática comercial no caso concreto.

A respeito da caracterização do conceito de consumidor, deve ressaltar-se que a lei atribui particular relevância aos *consumidores particularmente vulneráveis*, ao prever especificamente, na alínea a), do artigo 6.º, a proibição das práticas comerciais suscetíveis de distorcer o comportamento económico de um único grupo claramente identificável de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, caso o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção^{23,24}.

²¹ A propósito da definição de *prática comercial desleal*, veja-se Geraint Howells, “Proposed directive on unfair commercial practices”, in *European Current Law, Monthly Digest*, 2003, XI, que define como “these are the practices which, contrary to the requirements of professional diligence, materially distort, or are likely to materially distort, the economic behaviour with regard to the product”.

²² A este propósito, atente-se no Considerando 18 da Diretiva 2005/29/CE, onde se refere que “a presente directiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça...”. Por outro lado, *vide* Mateja Djurovic, “The Average Consumer Under EU Law”, 2016, 411, onde o Autor considera que o Direito do consumo da União Europeia “não visa a proteção de qualquer consumidor, mas apenas do consumidor médio”. Para mais desenvolvimentos, cfr. Cristina Poncibò, “The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step”, *London Law Review*, Vol. 1, No. 2, p. 317-337, October 2005, (SSNR, March 9, 2008, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1097069>).

²³ Cfr. Elsa Dias Oliveira, “Práticas comerciais proibidas” (coord. Luís Menezes Leitão), in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord. Luís Menezes Leitão), Vol. III, Almeida, Coimbra, 2006, 157. A Autora considera que “nos casos em que a prática comercial se dirige a um grupo determinado de consumidores – *v.g.*, crianças, adolescentes, idosos – que, devido a qualquer razão, sejam particularmente vulneráveis à prática utilizada ou ao bem ou serviço em causa – e essa vulnerabilidade seja previsível para o profissional –, na avaliação do impacto da prática comercial, devem ser tidas em conta as características da pessoa média desse grupo e não já o consumidor médio *tout court*”.

²⁴ No sentido de que a definição de consumidores particularmente vulneráveis não foi bem conseguida, *vide* Jorge Pegado Liz, “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da diretiva 2005/29/CE)”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005, 78.

A par da *cláusula geral* de proibição das práticas comerciais desleais existem ainda os tipos *especiais* de práticas comerciais desleais proibidas: (i) as práticas comerciais enganosas e (ii) as práticas comerciais agressivas.

As *ações enganosas* encontram-se previstas no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 e definem-se como as práticas que envolvem a transmissão de informações falsas, ou que, contendo informações factualmente corretas, induzam ou sejam suscetíveis de induzir em erro o consumidor relativamente a determinados elementos previstos na lei (v.g., a natureza do bem, o preço, os direitos do consumidor, entre outros)²⁵.

Com efeito, exige-se que a prestação destas informações conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma *decisão de transação*²⁶ que de outro modo não teria tomado (ou seja, a informação deverá ser suscetível de determinar a adoção²⁷, por parte do consumidor, de um padrão de atuação em sentido diverso daquele que o mesmo adotaria se não tivesse obtido aquela informação). Deste modo, o n.º 1, do artigo 7.º procede à enumeração, nas alíneas a) a g), dos seguintes elementos essenciais para determinar a existência de uma decisão de transação informada e esclarecida pelo consumidor relativamente ao negócio em causa, respetivamente: a existência ou natureza do bem ou serviço, as características do bem, o conteúdo e extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, o preço, a necessidade de um serviço ou de uma peça, ou da substituição ou reparação de um bem, a natureza, atributos e direitos do profissional e os direitos dos consumidores.

De acordo com as alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 7.º, consideram-se ainda *ações enganosas*, respetivamente: (i) as atividades de promoção comercial referentes a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa,

²⁵ Vide Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1035.

²⁶ A este respeito, cfr. alínea k) do artigo 2.º da Diretiva 2005/29/CE, que define “Decisão de transação” como sendo “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”.

²⁷ No sentido de que a ação é considerada enganosa se for suscetível de induzir o consumidor em erro, não sendo necessário que essa suscetibilidade seja avaliada em concreto, vide Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 130; Maria Miguel Morais de Carvalho, “O conceito de Publicidade Enganosa”, 2007, 688; e Ka Long Lok, “A Tutela dos Consumidores nas Publicidades Enganosas”, 2017, 433.

que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente; e (ii) o incumprimento, por parte do profissional, de normas constantes de códigos de conduta a que se encontre vinculado²⁸.

Por seu turno, o artigo 8.º do diploma prevê ainda o elenco de ações enganosas proibidas *em quaisquer circunstâncias*²⁹, constituindo uma forma de identificação deste tipo de práticas comerciais assente num princípio de segurança jurídica que confere um efeito sistémico de previsibilidade e dissuasão na adoção das mesmas pelos profissionais.

No que concerne às *omissões enganosas*, o artigo 9.º do diploma em análise determina que o carácter enganoso de uma prática comercial advém não apenas da informação disponibilizada pelo profissional, mas também por aquela que o mesmo *omite, oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio, e não refira a intenção comercial da prática, se tal não se depreender do contexto* (cf. alíneas a) a c), do n.º 1, do artigo 9.º). Contudo, considera-se que estamos diante de uma *omissão enganosa* apenas nas situações em que tais omissões não se revelem justificadas, em função, nomeadamente, de limitações de tempo e de espaço impostas pelo meio de comunicação em causa.

Por sua vez, e para aferir se estamos diante de uma *omissão enganosa*, os n.ºs 3 e 4 do artigo 9.º estabelecem os requisitos substanciais de informação exigidos para as comunicações comerciais a efetuar aos consumidores, descrevendo, para o efeito, um conjunto de diplomas legais que versam sobre os diversos setores de atividade.

Debruçando a nossa análise sobre a segunda categoria de práticas comerciais proibidas –, as práticas comerciais agressivas –, cumpre fazer referência ao artigo 11.º do diploma, nos termos do qual se considera *agressiva* a

²⁸ Vide, a este respeito, Jorge Carita Simão “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1035, que refere que “toda a publicidade enganosa e comparativa que tenha como destinatários os consumidores passa a regular-se por este diploma. O Código da Publicidade cingir-se-á à regulação da publicidade enganosa (artigo 11.º) e comparativa (artigo 16.º) nas relações entre empresas e/ou produtos concorrentes”.

²⁹ Cf. Considerando n.º 17 da Diretiva 2005/29/CE. Vide Geraint Howells, “Proposed directive on unfair commercial practices”, in *European Current Law, Monthly Digest*, 2003, XI, onde o Autor utiliza o termo *black-list* para se referir ao Anexo I da Diretiva. José Oliveira Ascensão, “Concorrência desleal: as grandes opções”, 128, considera, a este propósito, que: “a Diretiva dá assim escassa abertura à intervenção numa cláusula geral valorativa”.

prática comercial que, devido a *assédio*³⁰, *coação*³¹ ou *influência indevida*³², seja suscetível de *limitar significativamente* a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduza o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo³³.

O critério para aferir da *agressividade* que caracteriza a prática comercial deverá, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, atender às características e circunstâncias do caso concreto, considerando os seguintes aspetos: o momento, o local e persistência da

³⁰ Vide Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 139, onde o Autor refere que “[o] assédio deve ser entendido, neste contexto, como “insistência impertinente e inoportuna junto de alguém. Pretende-se que o consumidor não seja pressionado por contactos constantes, presenciais ou à distância, a ponto de tomar uma decisão com o único ou principal objetivo de não ser incomodado”. Vide, também, Carlos Ferreira de Almeida, “Contratos”, Vol. V, 2017, 165, onde o Autor define assédio, enquanto prática comercial agressiva, como “insistência persistente do comerciante, indesejada pelo consumidor, com o objetivo ou o efeito de constranger à celebração de um contrato”; Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 139, onde refere, a este respeito, na nota de rodapé n.º 358, que “[a] prática comercial não tem, no entanto, de ter como objetivo a celebração de um contrato, podendo estar em causa apenas os termos em que o mesmo é celebrado”.

³¹ Vide, desenvolvidamente, António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, 797.

³² Cfr. João Almeida Garrett, “O conceito de influência indevida e a liberdade de contratar”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 51, 2007, 15 e 16, onde o Autor apresenta quatro elementos essenciais para concretizar o conceito de influência indevida: (a) a atuação de um profissional; (b) utilizando uma posição de poder; (c) com o objetivo de pressionar o consumidor; e (d) de tal forma que limita significativamente a capacidade do consumidor tomar uma decisão esclarecida (artigo 3.º, alínea j) do Decreto-Lei e artigo 2.º, alínea j) da Diretiva). Em sentido diverso, vide Jorge Pegado Liz, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária: análise crítica da diretiva 2005/29/CE”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, dezembro 2005, 77, onde o Autor critica a noção atribuída pela Diretiva (cf. artigo 2.º, j)), entendendo que o conceito se situa no “(...) domínio da pura subjetividade”.

³³ Atente-se no exemplo apresentado por Elsa Dias Oliveira, “Práticas comerciais proibidas”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo* (coord: Luís Menezes Leitão), Vol. III, Almedina, Coimbra, 2006, 168 e 169: Uma pessoa é atraída para determinado local, sendo-lhe dito que há um brinde que lhe está destinado, depois é encaminhada para uma sala sem janelas e sem qualquer tipo de brindes, onde é persuadida a celebrar um contrato sob pena de agressões físicas ou de uma ação judicial. Na sequência desta prática agressiva, o consumidor médio sentirá, presumivelmente, a sua liberdade de contratar afetada de uma forma que, de outro modo, não sentiria.

prática comercial; o recurso a linguagem ou comportamento ameaçadores; o aproveitamento consciente pelo profissional de qualquer infortúnio do consumidor ou circunstância que, pela gravidade, prejudique a sua capacidade de decisão; qualquer entrave de cariz não contratual, oneroso ou desproporcionado, imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais (incluindo o de resolução do contrato, a troca do bem ou serviço ou a mudança de profissional); ou qualquer ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível³⁴.

Deste modo, o regime que prevê a proibição de práticas comerciais agressivas visa afastar as situações em que o consumidor se sinta *pressionado*, *ameaçado*, ou *sujeito a qualquer forma de influência psicológica*, que interfira na sua liberdade de contratar ou adquirir qualquer bem ou serviço³⁵.

À semelhança das *práticas comerciais enganosas*, o Decreto-Lei n.º 57/2008 determina, no seu artigo 12.º, o elenco de práticas comerciais agressivas que são *absolutamente* proibidas.

Uma última nota quanto aos meios de reação às práticas comerciais desleais. De acordo com o artigo 11.º da Diretiva 2005/29/CE, compete a cada Estado-Membro assegurar a existência de meios adequados e eficazes para combater as práticas comerciais desleais, assim garantindo a defesa dos direitos dos consumidores. Face a esta opção do legislador comunitário, a escolha dos meios de reação concretamente aplicáveis às práticas comerciais desleais ficou ao critério de cada um dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 57/2008 prevê os seguintes meios de reação contra estas práticas: (i) a anulabilidade do contrato³⁶ ou a sua modificação segundo juízos de equidade (cf. artigo 14.º); (ii) a indemnização do consumidor para reparação dos prejuízos causados, nos

³⁴ Vide Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1038.

³⁵ Vide Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1038.

³⁶ Para mais desenvolvimentos, vide Jorge Carita Simão “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1045, onde o Autor refere que “(...) a anulabilidade oferece um regime menos favorável do que o da nulidade – pela necessidade de demonstração do interesse em agir e pelo prazo de um ano, limite máximo para acionar este mecanismo, o qual começa a contar a partir da data da cessação do vício, embora compreendamos e apoiemos a opção do legislador de sancionar os contratos celebrados sob práticas comerciais desleais com a anulabilidade, uma vez que o regime da nulidade seria demasiado penoso, propiciando até novos entraves ao bom funcionamento do mercado.”

termos gerais previstos para a responsabilidade civil (cf. artigo 15.º); (iii) a ação inibitória para prevenir, corrigir, ou fazer cessar tais práticas (cf. artigo 16.º); (iv) as medidas cautelares ordenadas pelas autoridades administrativas competentes³⁷, de cessação temporária da prática comercial desleal ou de proibição prévia de uma prática comercial desleal iminente, independentemente de culpa ou de prova da ocorrência de um prejuízo real (cf. artigos 19.º e 20.º); e (v) a qualificação das práticas comerciais desleais como contraordenação económica grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contraordenações Económicas (RJCE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro (cf. artigo 21.º).

III. A Diretiva (UE) 2019/2161, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019

1. Enquadramento

Perante a evolução de um mercado com fronteiras cada vez mais ténues na União Europeia, surgiu a necessidade de harmonizar e reforçar o regime aplicável às relações de consumo estabelecidas entre os profissionais e os consumidores dos Estados-Membros, com vista a fortalecer a confiança depositada por estes últimos no funcionamento do mercado interno europeu.

Neste sentido, em abril de 2018, foi proposto pela Comissão Europeia e aprovado pelo Parlamento Europeu, um pacote de novas medidas de reforço da tutela dos direitos dos consumidores, a fim de mitigar as diferenças significativas que persistiam entre os diversos regimes previstos nos Estados-Membros³⁸.

³⁷ As Autoridades administrativas competentes para aplicar sanções no âmbito do presente Decreto-Lei são a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), o Banco de Portugal (BP), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e o Instituto de Seguros de Portugal (ISP), para as práticas desleais que ocorram nos respetivos setores financeiros. A Direção-Geral do Consumidor (DGC) será a entidade competente para as práticas desleais que ocorram em matéria de publicidade.

³⁸ De acordo com a informação oficial disponibilizada pela Comissão Europeia, foi realizada, em 2017, uma avaliação exaustiva das regras aplicáveis em matéria de consumidores, na qual se concluiu que, apesar de a atual legislação em matéria de direitos dos consumidores da União Europeia funcionar bem, as regras não foram aplicadas e executadas eficazmente em todo o espaço europeu. Há também necessidade de sensibilizar os consumidores e as empresas para os seus direitos e obrigações. No âmbito desta avaliação, foi ainda identificada a

Este pacote de medidas teve em vista implementar uma reforma do regime aplicável às relações de consumo, assegurando a harmonização das legislações dos Estados-Membros e salvaguardando que os consumidores beneficiam plenamente dos seus direitos ao abrigo do direito da União Europeia.

O novo pacote de medidas surgiu no âmbito do *novo acordo para os consumidores*³⁹⁻⁴⁰, com o intuito de assegurar o cumprimento efetivo das regras e de modernizar o regime em matéria de defesa do consumidor na União Europeia, em especial à luz das tendências globais atuais e das novas práticas empresariais.

necessidade de eliminar custos desnecessários para os comerciantes e de modernização das regras previstas à luz das tendências globais atuais e das novas práticas empresariais.

A título de exemplo, veja-se o caso “*Dieselgate*”, o qual se relaciona com a alegada adoção de práticas relativas à publicidade enganosa e teve impacto nos consumidores em toda a União Europeia, confirmando a necessidade de reforço dos direitos dos consumidores europeus, bem como a urgência na harmonização das legislações previstas em cada um dos Estados-Membros.

³⁹ Originariamente designado “*New Deal for Consumers*”.

⁴⁰ O novo acordo para os consumidores surge num contexto de desenvolvimento e consolidação dos resultados que a Comissão presidida, à data, por Jean-Claude Juncker, alcançou no âmbito do reforço da proteção dos direitos dos consumidores. A Comissão desenvolveu a Estratégia para o Mercado Único Digital, no seguimento da qual apresentou várias iniciativas que adaptaram as regras vigentes em matéria de consumo ao mundo digital, pondo, por exemplo, fim às tarifas de *roaming* ou ao bloqueio geográfico injustificado. Para este efeito, contribuiu também o Regulamento (UE) 2017/2394, relativo à cooperação no domínio da defesa dos consumidores, o qual visa proteger os consumidores contra as infrações transfronteiriças à legislação da União Europeia (UE) relativa aos consumidores, modernizando a cooperação entre as autoridades nacionais competentes dos países da UE, do Espaço Económico Europeu (EEE) e da Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA) e com a Comissão Europeia. Concomitantemente, foram também criados mecanismos de cooperação entre os diversos Estados-Membros, os quais se baseiam, de entre outros, na implementação das seguintes medidas: (i) implementação de sistemas de acompanhamento estruturado, transparente e partilhado, baseados no Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade (IDES), que se destina a medir os progressos na consecução das diversas metas a alcançar; (ii) na realização do “Relatório anual sobre o estado da Década Digital”, no qual a Comissão Europeia avalia os progressos realizados e recomenda medidas; (iii) em roteiros estratégicos plurianuais para a década digital em que os Estados-Membros descrevem as políticas e medidas adotadas com vista a alcançar as metas estabelecidas; (iv) num quadro estruturado para, através de compromissos mútuos entre a Comissão Europeia e os Estados-Membros, discutir e abordar domínios no âmbito dos quais o progresso se revele insuficiente; (v) num mecanismo de apoio à execução de projetos plurinacionais.

Este *acordo* representou um verdadeiro *plano de ação* com vista a desenvolver e reforçar as regras aplicáveis em matéria de defesa dos consumidores, propondo alterar, de entre outras Diretivas⁴¹, a Diretiva 2005/29/CE, relativa à repressão das práticas comerciais desleais entre empresas e consumidores⁴².

Sumariamente, podemos destacar as seguintes finalidades inerentes à implementação do *novo acordo para os consumidores*⁴³:

a) *Reforço da transparência da informação transmitida aos consumidores no âmbito das transações realizadas nos mercados em linha*⁴⁴:

Com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e a expansão das plataformas digitais surgiu a necessidade de delinear uma estratégia de criação de um ambiente *on-line* mais responsável e seguro para os consumidores⁴⁵.

⁴¹ O *novo acordo para os consumidores* contém uma proposta de alteração da Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, da Diretiva 98/6/CE, em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores, e da Diretiva 2011/83/EU, relativa aos direitos dos consumidores. Adicionalmente, o referido acordo contém uma proposta de alteração sobre ações representativas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE, relativa às ações inibitórias, com o objetivo de impedir as práticas ilegais e facilitar o ressarcimento dos consumidores, nos casos em que se verifiquem situações de danos em larga escala.

⁴² Vide Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, a Diretiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das normas da UE em matéria de defesa do consumidor, apresentada em 11 de abril de 2018.

⁴³ Jean-Claude Juncker, Presidente da Comissão Europeia, no seu discurso de 2017 sobre o estado da União, anunciou um «Novo Acordo para os Consumidores», com o objetivo de reforçar a aplicação do direito do consumidor da UE, dado o risco crescente de prática de infrações à escala da União. A presente proposta, que introduz alterações específicas em quatro diretivas em matéria de direito do consumidor, constitui um elemento essencial desse «Novo Acordo».

⁴⁴ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu – Um novo acordo para os consumidores, de 11 de abril de 2018.

⁴⁵ Em 9 de março de 2021, a Comissão Europeia apresentou um conjunto de metas para a transformação digital da Europa até 2030. Estas Orientações para a Digitalização relativas à década digital da UE desenvolvem-se em torno de quatro pontos fundamentais: (i) Competências; (ii) Transformação digital das empresas; (iii) Infraestruturas digitais seguras e sustentáveis; e (iv) Digitalização dos serviços públicos. A implementação das metas definidas

Nos dias de hoje, o acesso dos consumidores às plataformas dos prestadores de um mercado em linha conduz à sua exposição a uma multiplicidade de ofertas de terceiros que disponibilizam os seus produtos ou serviços nesse mercado em linha, bem como às ofertas do próprio prestador do mercado em linha, o que poderá gerar dificuldades na identificação, pelos consumidores, da parte com quem estão a contratar (se um profissional ou um outro consumidor), já que desconhecem a forma como foram ordenadas as ofertas apresentadas nesse mercado em linha⁴⁶.

Neste contexto, poderá ser facilmente criada pelos consumidores a percepção de que as transações são realizadas com o próprio prestador do mercado em linha e que, por conseguinte, celebram um contrato com este prestador, quando, na realidade, poderão estar a adquirir um produto a um terceiro fornecedor elencado nesse mercado em linha que pode não ser, sequer, um profissional. Com efeito, a criação de percepções incorretas por parte dos consumidores e a tomada de decisões que não teriam tomado se não fossem criadas tais percepções poderá causar problemas associados à realização de transações nos mercados em linha⁴⁷. Por exemplo, os consumidores podem tomar decisões de contratar por assumirem, erroneamente, que estão a lidar com comerciantes profissionais e que, por conseguinte, beneficiam dos direitos reconhecidos aos consumidores.

Neste sentido, foi identificada a necessidade de introduzir na Diretiva 2011/83/UE requisitos de informação suplementares, exigindo aos prestadores de mercados em linha que informem claramente os consumidores sobre: (i) os principais parâmetros que determinam a ordenação das diferentes ofertas; (ii) o facto de o contrato ser celebrado com um profissional ou com um particular; (iii) o facto de a legislação de defesa do consumidor ser ou não aplicável; e (iv) qual o profissional responsável (o terceiro que fornece o bem ou serviço ou o prestador do mercado em linha) por garantir os direitos dos consumidores decorrentes do contrato (nomeadamente, no que respeita ao exercício do direito de retratação ou à previsão de garantias legais)⁴⁸.

pela Comissão Europeia dependerá, naturalmente, da previsão de um quadro de governação comum sólido para acompanhar os progressos e dar resposta às insuficiências e da confluência de projetos plurinacionais que combinem investimentos da UE, dos Estados-Membros e do setor privado.

⁴⁶ Gilles Paisant, “Droi de la Consommation”, 2019, 376, onde se refere que o consumidor não se encontra em condições de determinar a qualidade em que intervém a sua contraparte.

⁴⁷ Vide Considerando n.º 27 da Diretiva 2019/2161.

⁴⁸ Vide Considerando n.º 26 da Diretiva 2019/2161.

Foi também identificada a necessidade de reforçar a transparência na obtenção dos resultados das pesquisas das plataformas em linha⁴⁹. O *novo acordo para os consumidores* prevê a alteração à Diretiva 2005/29/CE, no sentido de clarificar que as plataformas em linha passem a indicar quais os parâmetros que determinam a classificação dos resultados de pesquisa que constituam uma “colocação remunerada” (*i.e.*, quando um terceiro paga para obter uma classificação mais elevada na lista de resultados) ou uma “inclusão paga” (*i.e.*, quando um terceiro paga para constar da lista de resultados da pesquisa)⁵⁰. Assim, os consumidores que recorram à utilização de plataformas digitais como ferramentas de comparação de mercados em linha, de lojas de aplicações ou de motores de pesquisa e que pretendam obter resultados com base na relevância para as suas pesquisas (e não em função de pagamentos efetuados por terceiros) passam a ser claramente informados sobre os parâmetros que determinam a classificação dos resultados das pesquisas que efetuarem, o que acarreta maior clareza no momento da tomada de decisões de contratar.

b) Extensão da proteção dos consumidores aos serviços “gratuitos”:

No atual contexto que atravessamos, os consumidores têm, frequentemente, acesso aos serviços digitais, não através do pagamento de um preço, mas mediante a disponibilização dos seus dados pessoais⁵¹.

A este respeito, note-se que, atento o aumento exponencial do valor económico dos dados pessoais, coloca-se em causa a natureza gratuita do

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos, *vide* “Behavioural Study on the Transparency of Online Platforms”, Final Report, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 2018.

⁵⁰ *Vide* Considerando n.º 19 da Diretiva 2019/2161, onde se refere que “[a] classificação refere-se à importância relativa das ofertas dos profissionais ou à relevância atribuída aos resultados das pesquisas tal como apresentados, organizados ou comunicados por fornecedores da funcionalidade de pesquisa em linha, que resultem, entre outros da utilização de uma sequência algorítmica, de mecanismos de avaliação ou de recensão, de destaques visuais ou de outras ferramentas de evidenciação, ou de diferentes combinações destes elementos”.

⁵¹ Tal sucede, com frequência, nomeadamente, no armazenamento de informação na denominada *cloud*, na utilização das redes sociais e das contas de correio eletrónico. *Vide*, a este respeito, Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 50, onde o Autor refere que “[o]s dados pessoais são, atualmente, considerados o novo ouro ou o novo petróleo, sendo um importante bem transacionável e constituindo, por si só, um desafio para o direito dos contratos em geral e o direito do consumo em particular”.

acesso aos serviços digitais mediante a disponibilização de tais dados⁵². Neste sentido, a transmissão de dados pessoais como contraprestação enquadra-se na introdução de um novo modelo de negócio, que permitiu a atribuição de novos direitos aos consumidores em relação aos serviços digitais, passando estes a equiparar-se aos consumidores que usufruem de serviços mediante o pagamento de um preço⁵³.

Por conseguinte, os consumidores que adquirirem bens ou serviços mediante o fornecimento dos seus dados pessoais devem ter os mesmos direitos que são atribuídos aos consumidores que adquiram bens ou serviços mediante o pagamento do preço em dinheiro. Isto, naturalmente, com as necessárias adaptações ao tipo de prestação em causa, uma vez que, por exemplo, os consumidores que facultarem os seus dados pessoais não poderão beneficiar de uma redução do preço⁵⁴.

Com efeito, a celebração de um contrato que tenha por objeto a aquisição de bens ou serviços contra o fornecimento de dados pessoais convoca diversos desafios jurídicos, em particular no domínio do direito civil. De entre eles, a doutrina tem-se pronunciado sobre a natureza jurídica dos contratos celebrados neste âmbito, nos casos em que a contrapartida decorrente da aquisição do bem ou serviço não seja o pagamento do preço em dinheiro, mas antes a disponibilização de dados pessoais. Uma das questões que se tem colocado reside em saber se o fornecimento de dados corresponde ao pagamento do preço do bem para efeitos do disposto nos artigos 874.º e 879.º, alínea c), do Código Civil e, nesse sentido, se poderá consi-

⁵² A respeito do valor económico dos dados pessoais, cfr. Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 50, onde o Autor dá o seguinte exemplo: “Para uma empresa tecnológica, os dados fornecidos pelo utilizador em troca do bem são em muitos casos mais valiosos do que uma contrapartida financeira. Para a empresa gestora do jogo Pokémon Go, tem muito mais valor a informação inserida no jogo (fotos, por exemplo) do que um valor de um ou dois euros que pudesse ser pago pelos utilizadores para adquirir a aplicação.” Para mais desenvolvimentos, *vide* Madalena Narciso, “«Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, 2017.

⁵³ Não obstante a mercantilização dos dados pessoais assumir uma natureza controversa, a realidade demonstra que a recolha e o tratamento de dados pessoais configuram uma verdadeira contraprestação, pelo que o legislador europeu procedeu à adaptação do regime, atribuindo aos consumidores que beneficiem da prestação de um serviço mediante a disponibilização de dados um tratamento equivalente àqueles que pagam um preço.

⁵⁴ A este respeito, *vide* Considerando n.º 67 da Diretiva (UE) 2019/770, de 20 de maio de 2019.

derar-se um contrato de compra e venda nos moldes comumente conhecidos, e tipicamente caracterizado como um contrato de natureza onerosa.

Assim, o artigo 3.º da Diretiva (UE) 2019/770, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, prevê que “[a] presente diretiva é aplicável a qualquer contrato em que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço”, sendo igualmente aplicável “sempre que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, (...)”. Dito isto, à luz do consagrado nesta Diretiva e mediante uma interpretação atualista das normas constantes do Código Civil, somos forçados a concluir que, nos contratos cuja aquisição de um bem ou serviço ocorra mediante o fornecimento de dados pessoais, deverá aplicar-se o regime dos contratos onerosos⁵⁵.

c) *Disponibilização aos consumidores da possibilidade de recurso a soluções individuais*, nomeadamente, através de mecanismos contratuais, como o direito à resolução do contrato, e extracontratuais, onde se inclui o direito ao pagamento de uma indemnização por conta dos danos causados no seguimento da adoção de uma prática comercial desleal⁵⁶.

d) *Previsão de sanções eficazes contra violações da legislação em matéria de defesa do consumidor*:

Está em causa a criação de sanções que devem ser aplicadas de modo coordenado entre os diversos Estados-Membros, com caráter dissuasor da prática de infrações transnacionais, suscetíveis de provocar danos à

⁵⁵ Neste sentido, vide Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 51.

⁵⁶ O Considerando n.º 3 da Diretiva 2019/2161, refere, justamente a este propósito, que “subsistem lacunas no direito nacional relativamente a sanções efetivas e proporcionadas para prevenir e sancionar as infrações cometidas dentro da União, vias individuais de recurso insuficientes para os consumidores lesados por violações da legislação nacional”. De facto, esta matéria foi menos afluída no âmbito da Diretiva 2005/29/CE, onde se prevê no Considerando n.º 9 que “[a] presente diretiva não prejudica as ações individuais intentadas por quem tenha sofrido um prejuízo provocado por uma prática comercial desleal (...)”.

escala global, sendo, por isso, dotadas de maior efetividade⁵⁷. Ao fixar a aplicação de sanções mediante a previsão de parâmetros comuns entre os diversos Estados-Membros, pretende-se mitigar a existência de discrepâncias previstas nas legislações dos Estados-Membros em matéria sancionatória, instituindo uma regulamentação mais precisa e harmonizada que potencie o correto funcionamento do mercado interno europeu.

e) Clarificação das normas sobre a comercialização enganosa de produtos em relação aos quais exista uma dualidade de critérios relativos à sua qualidade:

Pretende-se caraterizar como *prática comercial enganosa* qualquer prática comercial que envolva a comercialização de um produto como sendo idêntico a um outro produto comercializado noutros Estados-Membros, quando os produtos sejam significativamente distintos em termos de composição ou de características⁵⁸, sendo suscetíveis de levar o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria⁵⁹.

A introdução desta nova prática ao elenco de *ações enganosas* tornará mais claro para os consumidores, profissionais e autoridades nacionais competentes, que tipo de práticas comerciais serão consideradas desconformes à lei, evitando a criação de situações de dúvida quanto à qualificação destas práticas comerciais como *desleais*.

⁵⁷ O Regulamento (UE) 2017/2394, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2017, define a forma como as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor trabalham conjuntamente para resolver as infrações transnacionais ao direito do consumidor.

⁵⁸ Vide Considerando n.º 53 da Diretiva 2019/2161, no âmbito da qual se refere que “(...) as autoridades competentes deverão ter em conta se essa diferenciação é facilmente identificável pelos consumidores, a existência de um direito dos profissionais de adaptar os bens da mesma marca aos diferentes mercados geográficos devido a fatores legítimos e objetivos, como o direito nacional, a disponibilidade ou o caráter sazonal das matérias-primas ou as estratégias voluntárias para melhorar o acesso a alimentos saudáveis e nutritivos, bem como o direito dos profissionais a oferecer bens de uma mesma marca em embalagens com pesos ou volume diferentes nos distintos mercados geográficos. As autoridades competentes deverão avaliar se essa diferenciação é facilmente identificável pelos consumidores, examinando a disponibilidade e a adequação das informações”.

⁵⁹ Para mais desenvolvimentos, vide “Dual quality food products: Commission guides Member States to better tackle unfair practices”, European Commission – Press release, Brussels, 26 september 2017.

É num contexto de dar cumprimento às medidas constantes do *novo acordo para os consumidores* que surgiu, em 27 de novembro de 2019, a publicação da Diretiva 2019/2161, a qual visa reforçar e modernizar as normas de proteção dos consumidores⁶⁰. De acordo com a calendarização prevista, os Estados-Membros deveriam adotar e publicar as disposições necessárias para dar cumprimento à presente Diretiva até ao dia 28 de novembro de 2021 –, o que veio a suceder no nosso ordenamento jurídico alguns dias mais tarde, em 10 de dezembro de 2021, quando foi publicado o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, que procedeu à transposição da Diretiva –, sendo que o mesmo se encontra em vigor desde o dia 28 de maio de 2022.

2. As principais alterações introduzidas pela Diretiva no regime das práticas comerciais desleais em geral e em linha e a sua transposição parcial para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro

Centraremos agora a nossa análise nas alterações que a Diretiva 2019/2161 introduz, no seu artigo 3.º, à Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais.

Com efeito, a Diretiva 2019/2161 começa por alterar a alínea c) do artigo 2.º da Diretiva 2005/29/CE, aditando duas novas definições.

Deste modo, a definição de “Produto”, constante da alínea c) do artigo 2.º da Diretiva 2005/29/CE, passa a ter o seguinte teor: “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, serviços digitais e conteúdos digitais, bem como direitos e obrigações”. Trata-se de um alargamento da definição do conceito de “Produto”, no âmbito da qual são incluídos os *serviços* e *conteúdos digitais*. Os conceitos de *serviços* e *conteúdos digitais* já se encontravam definidos na legislação vigente, passando agora ser contemplados no âmbito do regime aplicável às práticas comerciais desleais⁶¹.

⁶⁰ Também conhecida como “*Diretiva Omnibus*”.

⁶¹ O Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que procedeu à transposição da generalidade das regras da Diretiva 2011/83/UE define “Conteúdo digital”, na alínea d), do artigo 3.º, como “os dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou streaming, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio”. Também a Diretiva (UE) 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, consagra, nos n.ºs 1), 2), alíneas a) e b), e 3), do artigo 2.º, respetivamente, as definições de “Conteúdo digital: dados produzidos e fornecidos em formato digital”; “Serviço digital: a) um serviço que permite ao consumidor criar, tratar,

São ainda aditadas as alíneas m) e n), no seguimento das quais se preveem, respetivamente, as definições de “Classificação” e de “Mercado em linha”. Define-se “Classificação” como “a importância relativa atribuída aos produtos, tal como apresentados, organizados ou comunicados pelo profissional, independentemente dos meios tecnológicos utilizados para essa apresentação, organização ou comunicação”⁶² e “Mercado em linha” como “um serviço com recurso a software, nomeadamente um sítio Web, parte de um sítio Web ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância com outros profissionais ou consumidores”⁶³.

Esta alteração, bem como as definições introduzidas, traduzem, no plano do direito positivo, a inclusão de conceitos que, embora já se

armazenar ou aceder a dados em formato digital, ou b) um serviço que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço”; “Bens com elementos digitais: qualquer bem móvel tangível que incorpore um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções”.

⁶² Nos termos do considerando n.º 19 da Diretiva, a classificação refere-se “à importância relativa das ofertas dos profissionais ou à relevância atribuída aos resultados das pesquisas tal como apresentados, organizados ou comunicados por fornecedores da funcionalidade de pesquisa em linha, que resultem, entre outros da utilização de uma sequenciação algorítmica, de mecanismos de avaliação ou de recensão, de destaques visuais ou de outras ferramentas de evidenciação, ou de diferentes combinações destes elementos.” De acordo com o Considerando n.º 21 da Diretiva, os requisitos em matéria de transparência relativos aos principais parâmetros que determinam a classificação também são estatuídos pelo Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, aplicando-se apenas entre profissionais e intermediários em linha. Nesse sentido, deverão ser também ser introduzidos requisitos em matéria de transparência semelhantes na Diretiva 2005/29/CE, a fim de assegurar a transparência adequada em relação aos consumidores.

⁶³ De acordo com o Considerando n.º 25, a introdução da definição de “mercados em linha” deverá ocorrer de modo semelhante ao previsto no Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, e na Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União. Contudo, menciona o referido Considerando, a definição de “mercado em linha” deverá ser atualizada e tornada mais neutra do ponto de vista tecnológico, a fim de abranger novas tecnologias. Convém, por conseguinte, passar a fazer referência, em vez de «sítio Web», ao software, nomeadamente, um sítio Web, parte de um sítio Web ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, de acordo com o conceito de “interface em linha”, como previsto no Regulamento (UE) 2017/2394 e no Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho.

encontrassem presentes na atual dinâmica das relações de consumo, não encontravam integral correspondência na letra da lei que previa medidas de repressão de práticas comerciais desleais. A atribuição de relevância jurídico-valorativa a estes conceitos representa, não só uma atualização e modernização do diploma à luz da evolução do mercado digital, como um verdadeiro reforço da tutela dos direitos económicos do consumidor.

Paralelamente, são também alterados os n.ºs 5 e 6 do artigo 3.º da Diretiva 2005/29/CE. Mantém-se, nos termos do n.º 5, a autonomia atribuída aos Estados-Membros para adotarem as disposições que se destinem a proteger os legítimos interesses dos consumidores quanto a práticas comerciais ou de *marketing* agressivas ou enganosas, efetuadas no âmbito de visitas não solicitadas de um profissional ao domicílio dos consumidores, com o objetivo de promover ou vender produtos. Trata-se de clarificar a liberdade de cada um dos Estados-Membros para adotar normas sobre alguns aspetos específicos inerentes ao regime da contratação à distância, *i.e.*, ao regime das vendas realizadas fora do estabelecimento comercial.

No n.º 6 é introduzido o dever de a Comissão Europeia assegurar que as informações respeitantes às disposições nacionais adotadas pelos Estados-Membros sejam acessíveis pelos consumidores e profissionais num sítio *Web* específico. A criação deste dever da Comissão Europeia é reveladora da necessidade de reforçar a transparência na informação a disponibilizar aos consumidores relativamente às medidas adotadas por cada um dos Estados-Membros.

No que concerne às *ações enganosas* previstas no artigo 6.º, é introduzida uma alínea c) ao n.º 2 deste preceito legal, com o seguinte teor: “qualquer atividade de marketing de um bem, num Estado-Membro, como sendo idêntico a um bem comercializado noutros Estados-Membros, quando esse bem seja significativamente diferente quanto à sua composição ou características, exceto quando justificado por fatores legítimos e objetivos”. Esta alteração assume enorme importância na medida em que estabelece a clarificação das normas sobre a comercialização enganosa de produtos em relação aos quais exista uma dualidade de critérios quanto à sua qualidade.

O aditamento de uma alínea que qualifique como *ação enganosa* a prática comercial que envolva a comercialização de um produto como sendo idêntico a outro produto comercializado noutros Estados-Membros, quando os produtos sejam significativamente distintos em termos de composição ou de características, levando ou podendo levar o consumidor a tomar uma decisão comercial que de outro modo não tomaria, permite alargar o elenco

típico de atuações qualificadas como *ações enganosas* e mitigar situações de dúvida, suscetíveis de induzir em erro os consumidores⁶⁴.

Quanto às *omissões enganosas*, o artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2005/29/CE, estabelece os requisitos de informação substancial que deverão incluir o “convite a contratar”. Estes requisitos de informação são aplicáveis na fase de publicidade, ao passo que a Diretiva 2011/83/UE impõe requisitos de informação mais detalhados cuja aplicação se destina à fase pré-contratual⁶⁵.

Com efeito, no âmbito das avaliações realizadas em matéria de defesa dos consumidores e de comercialização, é possível concluir que a informação relativa à política de tratamento das reclamações do profissional revela-se mais pertinente na fase pré-contratual e não tanto na publicidade dos bens ou serviços. Por essa razão, a referência à política de tratamento das reclamações pelos profissionais, que se encontrava inicialmente prevista na alínea d) do n.º 4 do artigo 7.º da Diretiva 2005/29/CE, é suprimida da Diretiva 2019/2161⁶⁶.

É ainda aditada a alínea f) ao artigo 7.º, passando a integrar o elenco de informação considerada substancial no caso de existir um convite a contratar, a informação relativa ao facto de o terceiro que oferece os produtos ser ou não um profissional, com base nas declarações prestadas por esse terceiro ao prestador do mercado em linha.

É introduzido o n.º 4-A ao artigo 7.º, onde se prevê que: “[n]o caso de os consumidores terem a possibilidade de procurar produtos oferecidos por diferentes profissionais ou por consumidores com base numa pesquisa sob a forma de palavra-chave, frase ou outros dados, independentemente do local onde as transações se venham finalmente a realizar, são consideradas substanciais as informações gerais, disponibilizadas numa secção específica da interface em linha que seja direta e facilmente acessível a partir da página onde os resultados da pesquisa são apresentados, sobre os principais parâmetros que determinam a classificação dos produtos apresentados ao consumidor em resultado da pesquisa e a importância relativa desses parâmetros em comparação com outros parâmetros (...)”.

Dito isto, conclui-se que, quer a introdução da alínea f) ao n.º 4, quer a criação de um n.º 4-A ao artigo 7.º, ocorrem em harmonia com o alargamento do âmbito das normas destinadas à repressão das práticas comerciais

⁶⁴ Para mais desenvolvimentos, *vide* Considerandos n.ºs 51 a 53 da Diretiva 2019/2161.

⁶⁵ *Vide* Considerando n.º 39 da Diretiva.

⁶⁶ *Vide* Considerando n.º 40 da Diretiva.

desleais, incluindo, desta forma, a prestação de informações que se afigurem determinantes nas decisões de contratar que os consumidores venham a tomar.

É ainda acrescentado um artigo 11.º-A, com a epígrafe “Vias de recurso”. Com efeito, no âmbito deste artigo são consagrados mecanismos de reparação individual dos quais os consumidores lesados se poderão socorrer no caso de terem sido alvo de práticas comerciais desleais. Efetivamente, à luz da legislação interna, a aplicação de sanções na sequência de infrações cometidas contém diversas lacunas no que respeita à existência de vias individuais de recurso para os consumidores lesados⁶⁷. Neste sentido, a introdução de medidas que possibilitem o ressarcimento dos consumidores, de modo a eliminar os efeitos das práticas comerciais desleais na esfera jurídica dos consumidores reveste-se da maior importância⁶⁸.

Nos termos do n.º 1 deste artigo, e uma vez que se encontram verificados os requisitos gerais da responsabilidade civil, os consumidores poderão ter direito ao pagamento de uma indemnização pelos danos sofridos, bem como à redução do preço, ou à resolução do contrato, sendo concedida autonomia aos Estados-Membros para estabelecer as condições para aplicação e efeitos dos meios de ressarcimento a que haja lugar, bem como para atender à gravidade, natureza da prática comercial desleal, danos sofridos pelo consumidor e às demais circunstâncias concretas que se afigurem pertinentes.

Adicionalmente, no que respeita às sanções aplicáveis, o n.º 2 do artigo 13.º passou a contemplar um elenco não taxativo⁶⁹ de critérios comuns

⁶⁷ Vide Considerando n.º 3 da Diretiva 2019/2161, onde se refere, além das lacunas que subsistem a respeito dos mecanismos de reparação individual a que os consumidores lesados podem recorrer, que existem também lacunas processuais no que concerne às ações inibitórias intentadas ao abrigo da Diretiva 2009/22/CE, devendo a revisão desse procedimento alterar e substituir a referida Diretiva.

⁶⁸ Para mais desenvolvimentos, vide Considerando n.º 16 da Diretiva 2019/2161.

⁶⁹ A este respeito, refere-se, no Considerando n.º 7 da Diretiva 2019/2161, que “[a] prática reiterada de infrações por um determinado profissional demonstra uma propensão para o mesmo cometer essas infrações, constituindo tal um indício significativo da gravidade do comportamento e, por conseguinte, da necessidade de agravar a sanção a fim de assegurar um efeito dissuasivo eficaz. O benefício financeiro obtido ou as perdas evitadas em virtude da infração deverão ser tidos em conta. Qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto também pode ser tido em conta.” Acresce que, de acordo com o Considerando n.º 8 da Diretiva, “[e]sses critérios comuns não exaustivos e indicativos para a aplicação de sanções poderão não ser relevantes para decidir sobre as

a que os Estados-Membros deverão atender na determinação de qualquer sanção: *a)* a natureza, gravidade, dimensão e duração da infração cometida; *b)* as medidas eventualmente adotadas pelo profissional para atenuar ou reparar os danos causados aos consumidores; *c)* as eventuais infrações cometidas anteriormente pelo profissional em causa; *d)* os benefícios financeiros obtidos ou os prejuízos evitados pelo profissional em virtude da infração cometida, se os dados em causa estiverem disponíveis; *e)* as sanções impostas ao profissional pela mesma infração noutros Estados-Membros, em situações transfronteiriças, caso a informação sobre essas sanções esteja disponível através do mecanismo estabelecido pelo Regulamento (UE) 2017/2394 do Parlamento Europeu e do Conselho; e *f)* qualquer outro fator agravante ou atenuante aplicável às circunstâncias do caso concreto. Ao estabelecer os critérios orientadores para a determinação das sanções a aplicar, pretende-se facilitar uma aplicação coerente e harmonizada das sanções aplicáveis às infrações que venham a ser cometidas⁷⁰.

Por outro lado, o n.º 3 do artigo 13.º prevê que “os Estados-Membros asseguram que, aquando da aplicação de sanções nos termos do artigo 21.º do Regulamento (UE) 2017/2394, essas sanções contemplam a possibilidade de aplicar coimas por meio de procedimentos administrativos ou de intentar uma ação judicial para a aplicação de coimas, ou ambas, sendo o montante máximo dessas coimas de, pelo menos, 4% do volume de negócios anual do profissional no(s) Estado(s)-Membro(s) em causa”⁷¹. Nos termos do n.º 4 deste artigo, encontra-se previsto que, nos casos em que deva ser aplicada uma coima, mas em que não esteja disponível informação sobre o volume de negócios anual do profissional, os Estados-Membros introduzem a possibilidade de aplicar coimas cujo montante máximo deve ser de, pelo menos, dois milhões de euros.

sanções aplicáveis a todas as infrações, nomeadamente, no que respeita às infrações que não sejam graves. Os Estados-Membros deverão igualmente ter em conta outros princípios gerais de direito aplicáveis à imposição de sanções, como o princípio *non bis in idem*.”

⁷⁰ Vide Considerando n.º 7, parte final, da Diretiva 2019/2161.

⁷¹ Vide Considerandos n.ºs 12 e 13 da Diretiva n.º 12 da Diretiva 2019/2161. Está em causa a aplicação de sanções no âmbito de ações coordenadas. O n.º 1 do artigo 21.º do Regulamento (UE) 2017/2394 prevê que “[a]s autoridades competentes que participam na ação coordenada tomam, no âmbito das respetivas jurisdições, todas as medidas de aplicação necessárias contra o profissional responsável pela infração generalizada ou infração generalizada ao nível da União, para fazer cessar ou proibir essa infração”.

De salientar ainda que, nos termos do n.º 5 deste artigo, deverão os Estados-Membros notificar a Comissão Europeia, até ao dia 28 de novembro de 2021, das regras e medidas relativas às sanções aplicáveis, bem como de quaisquer alterações ulteriores ao regime que venha a ser comunicado por cada um dos Estados-Membros.

Por fim, a Diretiva 2019/2161 introduz alterações ao Anexo I, que contempla o elenco de práticas comerciais consideradas desleais *em quaisquer circunstâncias*, inserindo o ponto 11-A, que prevê como *prática comercial enganosa* o fornecimento de resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem divulgar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa. Quer isto dizer que, quando um profissional tenha pago, direta ou indiretamente⁷², ao fornecedor da funcionalidade de pesquisa em linha⁷³ para obter uma classificação mais elevada de um produto na ordenação dos resultados da pesquisa, os consumidores deverão ser informados desse facto de modo *conciso, facilmente acessível e inteligível*.

São ainda acrescentados ao Anexo I os pontos 23-A, 23-B e 23-C, os quais se referem, respetivamente: (i) à revenda de bilhetes se o profissional os tiver adquirido para contornar os limites impostos ao número de bilhetes que uma pessoa pode adquirir⁷⁴; (ii) à declaração de que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores; e (iii) à apresentação de avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instrução de uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou apresentação de avaliações dos consumidores ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de os profissionais promoverem os produtos que pretendem comercializar.

Com efeito, numa breve análise, importa referir que o Decreto-Lei n.º 109-G/2021 procedeu à transposição parcial da Diretiva (UE) 2019/2161, e

⁷² Para mais desenvolvimentos quanto ao modo de pagamento, *vide* Considerando n.º 20 da Diretiva.

⁷³ De acordo com o Considerando n.º 20, a funcionalidade de pesquisa em linha pode ser fornecida “por diferentes tipos de profissionais em linha, incluindo intermediários, tais como os prestadores de mercados em linha, os motores de pesquisa e os sítios Web de comparação.”

⁷⁴ *Vide* Considerando n.º 50 da Diretiva.

alterou, de entre outros diplomas⁷⁵, o Decreto-Lei n.º 57/2008. O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 109-G/2021 prevê o elenco de alterações introduzidas a este diploma.

Em conformidade com a Diretiva (UE) 2019/2161, é alterada a definição de «produto» na alínea c) do artigo 3.º deste diploma, cujo teor passa a incluir, além dos bens e serviços, os conteúdos e serviços digitais. São ainda aditadas as alíneas m) e n) ao artigo 3.º, no âmbito das quais se prevê, respetivamente, os conceitos de «classificações» e de «mercados em linha».

É aditada uma nova alínea ao elenco de ações enganosas previsto n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, no âmbito da qual é qualificada como ação enganosa “qualquer atividade de promoção comercial de um bem como sendo idêntico a um bem comercializado noutros Estados-Membros, quando esse bem seja significativamente diferente quanto à sua composição ou características, exceto quando justificado por fatores legítimos e objetivos”.

De igual modo, o elenco das ações consideradas enganosas em quaisquer circunstâncias é alvo de aditamento das alíneas n), bb), cc) e dd) ao artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 57/2008. Passam a integrar este elenco as ações que envolvam anúncios e classificação de ofertas, revenda de bilhetes e, ainda, práticas relacionadas com revisões em linha, adaptando-se, assim, o regime a novas exigências inerentes à proteção dos consumidores contra práticas comerciais desleais em ambiente digital.

É removida a referência ao tratamento das reclamações constante da alínea d) do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, referente à informação considerada substancial para efeitos de apresentação de uma proposta contratual ou de convite a contratar e, no mesmo preceito legal, é introduzida a alínea f), a qual prevê o dever de o prestador do mercado em linha informar o consumidor se o terceiro que oferece os bens ou serviços através do seu mercado em linha é ou não um profissional.

É de salientar, no que concerne à aplicação de mecanismos a que os consumidores lesados poderão recorrer em virtude da existência de práticas comerciais desleais, que é eliminada a referência ao regime da anulabilidade dos contratos prevista no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, passando este artigo a prever o direito à redução adequada do preço ou à

⁷⁵ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril, Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março, Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro e ao Decreto Regulamentar n.º 38/2012, de 10 de abril.

resolução do contrato, e, bem assim, o ressarcimento dos danos em que os consumidores tenham incorrido, nos termos gerais previstos para o regime da responsabilidade civil.

Por fim, de acordo com o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 109-G/2021, é aditado o artigo 10.º-A ao Decreto-Lei n.º 57/2008, relativo à matéria das pesquisas e avaliações de produtos efetuadas pelos consumidores, no âmbito do qual se consagra o dever de os mercados em linha informarem os consumidores sobre os principais parâmetros determinantes da classificação das propostas apresentadas em resultado das pesquisas destes, bem como o dever de referirem se as avaliações efetuadas por consumidores que sejam por si disponibilizadas são verificadas, e de que forma o são.

3. Breve reflexão sobre o impacto das alterações introduzidas pela Diretiva e da sua transposição na tutela dos direitos económicos dos consumidores

Concluída a descrição das principais alterações introduzidas pela Diretiva 2019/2161 na Diretiva 2005/29/CE, bem como da transposição daquela para o Decreto-Lei n.º 109-G/2021, importa analisar o impacto das mesmas na tutela dos direitos económicos dos consumidores.

A estratégia definida para o Mercado Único Digital tem sido uma das prioridades da União Europeia, no âmbito da qual se pretende, de entre outros, suprimir a existência de barreiras nacionais à realização de transações em linha e, desse modo, ultrapassar novos desafios que se colocam no direito do consumo.

Com efeito, a introdução das já referidas alterações pela Diretiva 2019/2161 parece encontrar correspondência com o sentido de “missão” empregue pela União Europeia ao longo do tempo, no sentido de reforçar a proteção em matéria de defesa dos direitos dos consumidores⁷⁶. Esta “missão” de proteção dos consumidores e, por conseguinte, de progressiva reposição do equilíbrio na relação entre profissional e consumidor, tem-se traduzido na emissão de medidas legislativas que integram e densificam, ao longo do tempo, um campo de normas com significativa autonomia científico-dogmática⁷⁷.

⁷⁶ Considerando, no entanto, que, a nível europeu, a tendência de adoção de diretivas de harmonização máxima constitui um bom exemplo de que a proteção do mercado prevalece sobre a proteção do consumidor, *vide* Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 42.

⁷⁷ *Vide* Jorge Carita Simão, “A repressão das práticas comerciais desleais face ao consumidor no Mercado Interno Europeu”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, 2012, 1023,

Por seu turno, esse campo de normas tem sido objeto de permanente atualização em função da evolução e desenvolvimento do mercado digital e da crescente preponderância do comércio eletrónico face aos moldes tradicionais⁷⁸.

Às alterações introduzidas pela Diretiva e pelo diploma que a transpõe subjaz o reconhecimento de que o regime vigente até então se revelou insuficiente para dar resposta aos desafios que resultam da revolução tecno-

no âmbito do qual o Autor considera que a proteção dos consumidores configura uma temática com autonomia na área do direito privado especial. *Vide*, ainda, Luís Menezes Leitão, “O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2002. Existe na doutrina uma discussão que se situa em torno da designação “direito do consumo” e “direito do consumidor”. A favor da primeira, por corresponder a uma definição objetiva, relevando, no essencial, o ato de consumo, *vide* Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 5.^a edição, 2018, 137. A propósito da designação “direito do consumo”, *vide* Luís Menezes Leitão, “O Direito do Consumo”, 2002; Carlos Ferreira de Almeida, “Direito do Consumo”, 2005, 52; António Menezes Cordeiro, “Da Natureza Civil do Direito do Consumo”, 2005; Pedro Romano Martinez, “Anteprojecto do Código do Consumidor”, 2006, 136. Já quanto à designação de “direito do consumidor”, cfr. Jorge Patrício Paúl, “Concorrência Desleal e Direito do Consumidor”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, junho de 2005, 107; José de Oliveira Ascensão, “Direito Civil e Direito do Consumidor”, 2008, 167; António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor”, 2006, 38; António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, 121 e 122. A respeito da centralidade do conceito do consumidor, o Autor critica ainda o facto de ser a nomenclatura direito do consumo que aparece a dar o título a variadas obras sobre a proteção dos consumidores. Com efeito, refere que “não é o consumo, enquanto tal, que é visado pelas regras que constituem este novo ramo do direito. Verdadeiramente do que se trata é de disciplinar a produção e distribuição de bens, assim como a prestação de serviços, tendo em vista a defesa do consumidor...” e, como tal, o correto é falar em Direito do Consumidor, não só porque a própria Constituição fala sempre em proteção dos consumidores a propósito destas matérias, mas também porque uma análise de Direito Comparado mostra a expressão direito dos consumidores largamente confortada em vários ordenamentos jurídicos.

No mesmo sentido, António Pinto Monteiro, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, 2002, 121.

⁷⁸ Para mais desenvolvimentos relativamente à utilização da *internet* pelos consumidores portugueses e a influência da Pandemia COVID-19 no padrão de comportamento dos mesmos, cfr. “Economia Digital em Portugal”, Edição 2020, realizado pela Associação de Comércio Eletrónico e da Publicidade Interativa (ACEPI), disponível para consulta em www.acepi.pt.

lógica e digital⁷⁹ e, por conseguinte, o reconhecimento da necessidade de prever novas regras que regulem as relações de consumo estabelecidas em ambiente digital. Neste sentido, salienta-se que a integração dos *serviços e conteúdos digitais* na definição de “Produto”, bem como a introdução das definições de “Classificação” e de “Mercados em linha” na Diretiva representam um alargamento do âmbito objetivo do regime relativo à repressão das práticas comerciais desleais.

Dito isto, poderemos concluir que o teor da Diretiva tem em vista, essencialmente, a concretização dos seguintes objetivos, todos eles tendentes ao reforço do nível de defesa dos consumidores:

- i) A *adaptação* e, consequentemente, a *modernização* do regime legal perante o desenvolvimento das relações comerciais estabelecidas com recurso às tecnologias de informação e comunicação. Poderemos assim afirmar que, com a regulação normativa de práticas que anteriormente careciam de previsão legal no domínio das práticas comerciais desleais, a letra da lei tenderá a aproximar-se, a um ritmo cada vez maior, do plano da realidade prática;
- ii) O reforço da *harmonização* do regime aplicável pelos Estados-Membros, salvaguardando que os consumidores europeus beneficiam plenamente dos seus direitos ao abrigo do direito da União Europeia;
- iii) A *efetividade* das medidas aplicáveis, designadamente em função da previsão de meios de reação que determinam a aplicação de sanções eficazes e proporcionais aplicáveis às infrações que venham a ser cometidas.

Por outro lado, note-se que as alterações introduzidas pela Diretiva incidem ao nível das *práticas comerciais enganosas* e não das *práticas comerciais agressivas*. Tal não é surpreendente, uma vez que o tipo de alterações introduzidas pela Diretiva incide, essencialmente, sobre a clarificação de infor-

⁷⁹ A propósito dos novos desafios que se colocam no Direito do Consumo no ambiente digital, vide Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 44, onde o Autor identifica os sete desafios lançados no direito do consumo, nos últimos anos, pelo mercado digital: *big data*; *Internet of things*; *blockchain*; criptomoedas e *smart contracts*; dados pessoais como contraprestação; plataformas digitais; conteúdos digitais; e impressoras 3D. Noutra perspetiva, a respeito da análise dos desafios das práticas de marketing enganosas levadas a cabo pelos influenciadores digitais, cfr. Christine Riefa e Laura Clausen, “Towards Fairness in Digital Influencer’s Marketing Practices”, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, April 23, 2019, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3364251>.

mação que é suscetível de influenciar o comportamento dos consumidores, levando-os a tomar decisões que não tomariam se a informação lhes tivesse sido prestada (ou se aquela que foi prestada tivesse sido mais clara), o que se reconduz ao domínio das *ações* ou *omissões enganosas*.

Complementarmente, analisando as alterações introduzidas pela Diretiva sob o ponto de vista dos operadores económicos, importa referir que a existência de um regime legal mais exigente e completo, em especial no que respeita aos valores elevados a que as sanções aplicáveis aos Estados-Membros poderão ascender, terá certamente impacto na sensibilização das empresas para os requisitos que necessitam de cumprir, sendo dissuasor da adoção de práticas desconformes à lei. Quer isto dizer que, com a introdução das medidas previstas pela Diretiva, as empresas terão, daqui em diante, *muito mais a perder*, sendo expectável que, para evitar custos relacionados com a eventual aplicação de sanções e mitigar riscos associados a um eventual declínio da sua reputação, direcionem o seu investimento para a criação e implementação de procedimentos que garantam a observância das normas em vigor.

Ademais, não é despidendo assinalar que, na aplicação de sanções às empresas, não poderá dispensar-se a realização de uma apreciação casuística das circunstâncias que determinaram uma dada atuação, tendo em conta os fatores que sejam suscetíveis de agravar ou atenuar a responsabilidade das empresas envolvidas nas práticas comerciais desleais. Tudo isto, sob pena de a aplicação de tais sanções assumir um impacto devastador na sustentabilidade e manutenção de uma parte significativa do tecido empresarial.

Note-se, a este propósito, que as medidas constantes da Diretiva poderão também ter consequências ao nível concorrencial, se atendermos ao facto de que, somente as empresas com maior solidez financeira se encontrarão preparadas para dotar a sua estrutura dos meios tecnológicos e/ou humanos necessários para dar resposta às exigências previstas na Diretiva, bem como para prosseguir a sua atividade, em caso de aplicação de coimas por incumprimento das obrigações a que se encontram adstritas.

Com efeito, dir-se-á ainda que as alterações introduzidas pela Diretiva, e transpostas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, colocam desafios à definição do conceito tradicional de consumidor, tal como definido no artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na sua redação atual, constituindo também um verdadeiro teste à aplicação das normas do Código Civil e da legislação de consumo. Deste modo, importa salientar que caminhamos no sentido de atualizar progressivamente

o conceito de *consumidor*, enquanto parte principal a que se destina o reforço de proteção que a legislação pretende conferir, atualização essa que tem ocorrido em função da velocidade com que tem evoluído a dinâmica do mercado digital, nomeadamente, a celebração de contratos que tenham por objeto a aquisição de serviços e de conteúdos digitais⁸⁰. Poderemos, por tudo isto, afirmar que a Diretiva presta um contributo relevante para a densificação de uma variante específica do conceito de consumidor: a noção de *ciberconsumidor*.

Diante do exposto, importa concluir que a atualização do regime das práticas comerciais desleais presta um contributo relevante para o reforço da defesa dos direitos dos consumidores, não só ao potenciar a harmonização do regime aplicável pelos Estados-Membros e, por conseguinte, o bom funcionamento do mercado único europeu, como ainda ao permitir a densificação do conceito de consumidor, fruto da constante evolução do mercado digital a que temos vindo a assistir.

IV. Conclusão

De tudo o que se disse, poderemos concluir que a *ratio legis* subjacente à elaboração da Diretiva 2019/2161 incide sobre a modernização do acervo normativo europeu em matéria de defesa dos consumidores, procurando dar resposta aos desafios que o mercado digital tem colocado ao modelo de formação das relações de consumo.

Com efeito, salientamos que a Diretiva 2019/2161 representa um instrumento adequado a fomentar o bom funcionamento do mercado interno europeu, assumindo uma relevância preponderante na definição da política de proteção dos direitos económicos dos consumidores.

Num contexto económico e tecnológico em permanente evolução, e com a recente entrada em vigor do diploma que transpõe a Diretiva 2019/2161, parece-nos seguro antecipar que as alterações agora introduzidas terão um efeito sistémico favorável ao reforço da defesa dos consumidores, não só porque visam suprimir as insuficiências detetadas (até à presente data) no regime vigente, como também porque permitirão reforçar a cooperação entre as autoridades públicas dos Estados-Membros num mercado que se pretende cada vez mais uno, seguro e igualitário.

⁸⁰ Vide Jorge Morais Carvalho, “Manual de Direito do Consumo”, 5.ª edição, 2018, 53, onde o Autor refere que a celebração de contratos cujo objeto incida sobre conteúdos digitais assume uma função central na contratação contemporânea.

Em conclusão, assinalamos que o almejado reforço de proteção dos direitos dos consumidores parece ser alcançado com as alterações legislativas em apreço, as quais representam, não só uma inegável modernização do regime legal, ao permitir uma aproximação entre a letra da lei e o plano da realidade prática, como a harmonização do regime aplicável pelos Estados-Membros, salvaguardando que os consumidores beneficiam plenamente dos seus direitos ao abrigo do Direito da União Europeia.

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO

SUMÁRIO: 1. A materialização do direito dos contratos; 2. Âmbito de aplicação do regime especial de tutela do aderente na versão originária do Decreto-Lei n.º 446/85; 3. As alterações posteriores, em transposição da Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril; 4. Identificação do sujeito protegido nos contratos de adesão individualizados: todo e qualquer aderente ou apenas o consumidor?; 5. A falta de negociação individual: sentido do requisito; 6. Regime do ónus da prova; 7. Tutela do consentimento, através de exigências de comunicação e de informação; 8. Critérios de interpretação. A regra in dubio contra stipulatorem; 9. As proibições de conteúdo. Cláusula geral da boa fé (artigo 15.º): concretização; 10. As cláusulas especificamente proibidas; 11. A ação inibitória. As inovações introduzidas pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio

1. Um dos fenómenos mais marcantes da evolução do direito civil, nas últimas décadas, é o que se tem designado como a *materialização do direito dos contratos*. A expressão traduz o atendimento das condições efetivas de exercício da liberdade contratual, partindo do reconhecimento de que, em certos contextos relacionais, por fatores variados, um dos sujeitos não se encontra tipicamente em situação paritária com a contraparte, no que respeita à defesa autodeterminada dos interesses próprios. É hoje largamente consensual que, quando assim é, a ordem jurídica deve intervir compensatoriamente em sua tutela, ainda que não ocorra qualquer vício da vontade ou da declaração, de acordo com a doutrina clássica do negócio jurídico. Floresce, deste modo, uma pujante *ordem pública de proteção*, como conjunto de intervenções legislativas tuteladoras da parte mais fraca, visando obstar,

por diversificados processos e instrumentos, ao *abuso da liberdade contratual* pelo contraente em posição de impor conteúdos contratuais fortemente desequilibrados ou, até, iníquos.

2. Da ordem pública de proteção faz destacadamente parte a regulação das cláusulas contratuais gerais, entendidas como *as cláusulas pré-formuladas unilateralmente com vista à disciplina uniforme de uma multiplicidade de contratos de certo tipo, a celebrar pelo predisponente ou por terceiro*.

Essa regulação foi estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 31 de agosto. Na versão originária deste diploma, o seu âmbito de aplicação, à luz do artigo 1.º e respetiva epígrafe, era dado pelas notas definidoras da figura das cláusulas contratuais gerais, o que pressupunha a verificação cumulativa de três características: a *pré-formulação* dos termos contratuais, por um dos sujeitos ou por uma entidade representativa dos seus interesses (uma associação empresarial, por exemplo); a *rigidez* desses termos, ou seja, a sua inalterabilidade, resultante de a sua aceitação imodificada ser apresentada, explícita ou implicitamente, como condição de efetivação do negócio¹; por último, a utilização das cláusulas numa *multiplicidade* de contratos do mesmo tipo. É esta última nota que justifica a sua qualificação como *gerais*, porque finalizadas à padronização do conteúdo de uma pluralidade de contratos a celebrar, no exercício de uma determinada atividade negocial.

Só a junção destes três elementos preenchia o critério de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, na sua formulação originária. Em face dessa delimitação, sobressaíam dois traços do regime.

É iniludível, em primeiro lugar, que pesou fortemente na intervenção legislativa, como componente central da *ratio legis*, a dimensão coletiva do fenómeno². O Decreto-Lei n.º 446/85 posicionou-se como resposta normativa à instauração, por iniciativa privada, de uma ordem contratual que, em amplos sectores do tráfico, retira efetividade ordenadora aos critérios legais de uma justa composição de interesses, em prejuízo de um círculo muito amplo, em regra, de contraentes. Não estava em causa apenas a relação do

¹ Por isso mesmo, em direito comparado, e, desde logo, nos ordenamentos alemão e italiano, a designação mais comum é a de “*condições gerais do contrato*”. Por isso mesmo, também, é corrente caracterizar a situação em que fica colocada a contraparte do utilizador das cláusulas como a de “*pegar ou largar!*”.

² O legislador revelou-se bem consciente dessa dimensão, quando, no preâmbulo ao DL n.º 446/85, refere que «para além do seu nível atomístico, a contratação reveste-se de vectores colectivos que o direito deve tomar em conta».

utilizador com a contraparte, no quadro intersubjetivo, mas também a posição por ele assumida em face do ordenamento: fazendo uso daquilo que se vulgarizou chamar um autêntico *law making power*, o predisponente programa pôr fora de ação, na sua área de atuação contratual, as equilibradas soluções legais supletivas, substituindo-as sistematicamente por um regime mais favorável aos seus interesses. Em certos ramos de negócio, todos os operadores comerciais, fornecedores em massa de bens e serviços de larga difusão na moderna sociedade de consumo, utilizam cláusulas contratuais gerais do mesmo ou de idêntico conteúdo, pelo que nem sequer a busca de alternativas menos penalizadoras constitui uma opção real para o consumidor ou utente. A contratação por cláusulas contratuais gerais tornou-se, em áreas de enorme abrangência, o modo normal de contratar, a que ninguém escapa.

Sobressaía também a conclusão de que o regime do Decreto-Lei n.º 446/85 foi projetado como um regime de tutela do aderente, enquanto tal, independentemente da função económica por ele desempenhada no tráfego negocial. O diploma não se restringe aos contratos de consumo, uma vez que a participação de um consumidor no contrato não é delimitadora do seu âmbito normativo de aplicação. Todo e qualquer aderente é protegido.

Esta amplitude de abrangência subjetiva põe a claro que, para o legislador, o que decisivamente conta é a posição contratual, a situação em que alguém é colocado, como condição de obtenção de um bem ou serviço de que necessita, de ter que aceitar cláusulas contratuais lesivas dos seus interesses, sem gozar de efetiva liberdade de estipulação dos termos do contrato. A inferioridade do aderente radica, em último termo, na própria utilização de cláusulas contratuais gerais, que gera uma situação de vulnerabilidade do sujeito a quem elas são apresentadas para adesão, oferecendo como única alternativa a não celebração do negócio.

Na verdade, uma das partes, concentrando nas suas mãos o poder de modelação do conteúdo, priva a outra da possibilidade do seu exercício efetivo, o que cria uma assimetria funcional quanto à utilização do contrato como instrumento de satisfação equilibrada de interesses. O “mecanismo do contrato”, como instrumento propulsor de um recíproco ajustamento de pretensões e interesses, refletido num conteúdo imputável a ambas as partes, deixa de funcionar, neste âmbito. Daí a necessidade e justificação da tutela do aderente, através de medidas legais compensatórias da situação negocial desvantajosa em que ele é colocado.

O ponto de vista da proteção do consumidor não deixa, todavia, de estar presente no diploma, mas apenas, como veremos, como razão justificativa de um acréscimo de tutela. O consumidor aderente é mais protegido do que aquele que não possui esse estatuto.

Para além disso, sendo o aderente um consumidor, beneficia da aplicação *cumulativa* dos instrumentos previstos, em sua tutela específica, noutros diplomas, com realce para a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho).

3. O âmbito de aplicação do regime especial de tutela do aderente sofreu alterações posteriores, tornadas indispensáveis para o colocar em conformidade com a legislação europeia.

De facto, em 5 de abril de 1993, foi promulgada a Diretiva 93/13/CEE, relativa às “cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores”. A Diretiva tem um âmbito de incidência menos extenso do que o indiciado pelo título, pois, contrariamente à proposta inicial, não se aplica a todas as cláusulas abusivas em contratos de consumo, mas apenas às que não tenham sido objeto de negociação individual (cfr. o artigo 3.º, n.º 1)³. Não obstante esta restrição, o seu campo de aplicação objetivo era mais amplo do que o da lei portuguesa, pois contemplava todas as cláusulas não negociadas, e não apenas as que revestissem a natureza de cláusulas contratuais gerais. Este desfasamento punha o nosso regime, neste ponto, aquém do nível de proteção do consumidor requerido pela Diretiva, pelo que se tornou inevitável uma alteração legislativa ao seu âmbito objetivo de aplicação.

Num primeiro momento, esta foi intentada, mas não devidamente concretizada, pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto. De facto, no que ao tema interessa, este diploma limitou-se a uma ligeira reformulação do n.º 1 do artigo 1.º: onde se estabelecia, como elemento caracterizador das cláusulas contratuais gerais, o serem elas elaboradas “de antemão”, passou a apontar-se a elaboração “sem prévia negociação individual”. Mas, como noutro local escrevemos⁴, “este é um elemento de previsão que continua

³ Sobre as razões desta solução compromissória, ao cabo do longo processo de elaboração da Diretiva, seja-nos permitido remeter para Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 585 s.

⁴ Cfr. *ob. cit.*, pág. 621.

expressamente reportado às cláusulas contratuais gerais, funcionando como uma nota caracterizadora do seu conceito, e não como um requisito *a se stante*”, capaz, só por si, de desencadear a aplicação do diploma. A falta de negociação individual já era um elemento *necessário* do conceito de cláusulas contratuais gerais⁵. A alteração apenas o tornou mais saliente. Mas, o que importava era dar nota suficientemente expressiva de que esse elemento passava a requisito *suficiente* de aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85. O que a Diretiva exigia era a extensão do objeto de incidência deste diploma a todas as cláusulas conformadoras de contratos de adesão, mesmo que individualizados. E isso não resultava da nova formulação legal. O artigo 1.º, de acordo com a sua epígrafe (“*cláusulas contratuais gerais*”), que se manteve inalterada, e o seu enunciado, tinha e continuou a ter por objeto as cláusulas contratuais *gerais*, qualificação que remete para a utilização generalizada de um conteúdo uniforme.

Só com uma segunda intervenção, pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de julho, foi plenamente alcançado o objetivo de transposição da Diretiva, através do aditamento de um n.º 2 ao artigo 1.º, do seguinte teor: «*O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*».

Com esta extensão aplicativa, o regime passou a abarcar todos os contratos de adesão, como género omnicompreensivo das duas espécies previstas no artigo 1.º: as cláusulas contratuais gerais (n.º 1) e as cláusulas inseridas, sem negociação, em contratos individualizados (n.º 2)⁶. Os contratos de adesão relevantes, para este efeito, passaram a ser não apenas os contratos *standard*, no sentido de contratos que integram cláusulas contratuais gerais⁷,

⁵ A esse requisito se refere, sem margem para dúvidas, a indicação já presente no enunciado original do artigo 1.º, n.º 1, de que se regem pelo diploma as cláusulas contratuais gerais que os aderentes “*se limitem*” a subscrever ou aceitar. O termo denota a não participação dessa categoria de contraentes na elaboração do conteúdo das cláusulas. A referência às cláusulas que o aderente se limita “a subscrever” tem em conta os casos em que ele, no contrato, figura como proponente (de cláusulas predispostas pela contraparte). É o que acontece, por exemplo, nos contratos de seguro de vida.

⁶ “Individualizados”, neste contexto, é termo que dá nota de que do conteúdo do contrato fazem parte cláusulas que, embora não negociadas, não são de utilização geral, refletindo antes os traços concretos de uma relação particular. Mais feliz nos parece a opção da lei alemã, que, a este propósito refere, no § 310 (3), n.º 2, do BGB, as cláusulas “que são estipuladas para uma única utilização” (*zur einmaligen Verwendung bestimmt sind*).

⁷ “Contratos *standard*” ou “estandardizados” é uma fórmula menos usual entre nós, mas muito difundida em Itália (“*contratti standard*”) e na literatura de língua inglesa (“*standard*”).

mas todos aqueles em que um dos contraentes, o aderente, foi colocado em situação de ter que se conformar com a exigência de inclusão, no contrato, de cláusulas insusceptíveis de negociação⁸. De forma consequente, a epígrafe do preceito foi alterada: onde anteriormente se referia as “cláusulas contratuais gerais”, como as cláusulas regidas pelo diploma, passou a indicar-se, de forma neutra, que a norma tem por objeto o “*âmbito de aplicação*”.

4. Tendo resolvido definitivamente, em termos cabais, a questão de transposição da diretiva, no que tange ao âmbito objetivo de aplicação, o Decreto-Lei n.º 249/1999 criou, todavia, uma dúvida interpretativa, de difícil solução, quanto à determinação dos sujeitos protegidos pela nova previsão do n.º 2 do artigo 1.º.

Como vimos, a opção da lei portuguesa, no que se refere às cláusulas contratuais gerais, fora, na esteira da lei alemã em que largamente se inspirou, a de proteção genérica de todos os aderentes, sem a restringir aos consumidores. Estes apenas beneficiam de um nível mais elevado de tutela, uma vez que as proibições de conteúdo fixadas nos artigos 21.º e 22.º só

contracts” ou “*standard form contracts*”) e também com alguma utilização no ambiente jurídico germânico (“*Standardverträge*”). Há que ter na devida conta que essas designações não pressupõem que todo o conteúdo do contrato seja estandardizado, como acontece nos contratos sujeitos a formulários, em que apenas há que preencher os espaços em branco, respeitantes aos dados individuais. Frequentemente, só algumas cláusulas (designadamente, as de fixação de (ir)responsabilidade e de garantia) assumem a natureza de cláusulas contratuais gerais, só a essas se aplicando o respetivo regime. O mesmo se passa, *mutatis mutandis*, com as cláusulas que dão conteúdo aos contratos de adesão individualizados.

⁸ Com isso, a expressão “contratos de adesão” sofre uma evolução denotativa, pois, quando, há mais de cem anos, foi crismada por Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* (art. 116 à 144), Paris, 1901, pág. 229, reportava-se aos contratos em que “(...) *há a predominância exclusiva de uma única vontade, agindo como vontade unilateral, que dita a sua lei, não já a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada*”. O fenómeno tido em vista era, pois, indiscutivelmente, o das condições gerais do contrato, embora o termo não fosse, à época, utilizado. E a própria Diretiva, no artigo 3.º, n.º 2, 1.º parágrafo, *in fine*, emprega a expressão com o significado de contratos estandardizados. O preceito é do seguinte teor: “*Considera-se que uma cláusula não foi objecto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão*”. É manifesto que a expressão, neste contexto, designa uma espécie (os contratos formados por adesão a cláusulas contratuais gerais) e não todo o género, contrariamente ao que sucede no âmbito do parágrafo anterior. Estas flutuações semânticas aconselham o uso cauto do termo, recomendando-se a explicitação precisa do objeto referido.

se aplicam no âmbito das relações de consumo. Esse critério permaneceu intocado e plenamente em vigor, após a transposição, nenhuma dúvida se suscitando de que o não consumidor aderente a cláusulas contratuais gerais beneficia do regime traçado pelo diploma.

Significa isto que, no domínio das cláusulas que revistam essa natureza, o âmbito subjetivo de aplicação da lei portuguesa é mais extenso do que o da Diretiva, uma vez que esta se posicionou como um diploma estrito de proteção do consumidor, circunscrevendo o seu âmbito, em consequência, aos “contratos celebrados entre profissionais e consumidores” (artigo 1.º). De acordo com o critério do diploma europeu, mesmo que o aderente o seja a cláusulas contratuais gerais, só se participar no contrato em veste de consumidor se lhe aplica o regime especial de tutela. Neste ponto, o legislador nacional tinha ido, e manteve-se, além do que a Diretiva lhe exigiu, o que não suscita qualquer dificuldade, pois esta é uma diretiva de *standards* mínimos.

Se esta distinta opção da lei portuguesa e da Diretiva, quanto aos âmbitos subjetivos de aplicação, no domínio das cláusulas contratuais gerais, não oferece dúvidas, o mesmo já não se pode dizer quando a adesão se dá a “cláusulas inseridas em contratos individualizados” (n.º 2 do artigo 1.º). A extensão do regime a cláusulas deste tipo teve como único objetivo o de pôr a legislação portuguesa em conformidade com a Diretiva. Tendo isso em mente, poderíamos, *primo conspectu*, concluir que, nesse domínio específico, foi idêntica a solução do Decreto-Lei n.º 249/99, isto é, que tais cláusulas só estão sujeitas ao regime especial de tutela do aderente quando este contrata na qualidade de consumidor. Consagrar-se-ia, assim, dois distintos âmbitos subjetivos de aplicação: restrito às relações de consumo, para os contratos de adesão individualizados; de incidência genérica, independentemente da qualidade do aderente, para os contratos standardizados.

Contra este argumento, de certo modo retirado da *ratio legis*, depõem fortemente, no entanto, outros elementos de interpretação. O sujeito protegido é designado como o “destinatário” das cláusulas e não como o consumidor, como fizera o legislador alemão, em 1996, quando transpôs a Diretiva, e como seria natural que o legislador português tivesse feito, se a intenção fosse a de reproduzir, tal e qual, a solução por ela fixada. O termo “destinatário” é utilizado, aliás, na previsão anterior do n.º 1, respeitante às cláusulas contratuais gerais, e aí incontroversamente com uma abrangência geral, não sendo razoável admitir que, em duas normas seguidas (e ainda que consagradas em momentos temporais diferentes), e para o mesmo

efeito (a definição do âmbito do diploma), o mesmo termo seja empregue em aceções diversas.

Independentemente do juízo sobre a bondade da solução, há, pois, fortes razões para admitir que o termo foi usado de ânimo pensado, traduzindo uma opção de tutela de qualquer aderente, idêntica à que já fora tomada no âmbito específico das cláusulas contratuais gerais. O legislador de 1999 ter-se-á querido manter fiel, em toda a extensão aplicativa do regime, à linha de pensamento que anteriormente inspirara o regime especial de tutela das cláusulas contratuais gerais⁹, referido apenas a uma certa situação negocial e não a uma certa categoria de pessoas.

Se fosse intenção optar por outra solução, no domínio dos contratos individualizados, tudo recomendaria a indicação precisa do “consumidor” como o sujeito protegido, pelo que, neste contexto histórico e sistemático, ao elemento literal é de atribuir grande peso interpretativo. Se partirmos do princípio de que o legislador “soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”, como manda o cânone interpretativo do artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil, é essa interpretação que melhor se ajusta ao teor do preceito.

A ser ela correta, tem um profundo significado sistémico, porque transforma uma representação ideal do contrato num padrão normativo. Doravante, a possibilidade efetiva, em maior ou menor grau, de exercício bilateral da liberdade de modelação do conteúdo passa a constituir universalmente condição de aplicação do regime geral dos contratos. “Uma viragem de grande amplitude na ordem jurídica portuguesa”, qualificou-a Oliveira Ascensão¹⁰, em termos, aliás, de apreciação positiva.

5. A falta de negociação individual como critério bastante de aplicação do regime protetivo levanta também óbvias dificuldades de delimitação, no domínio dos contratos individualizados. A linha de fronteira passa por discernir se o conteúdo de cláusulas configuradas para um determinado negócio pode ser imputado a ambos os contraentes, como produto de uma efe-

⁹ O legislador nacional, logo na primeira tentativa de transposição, através do Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto, preocupou-se em vincar enfaticamente a autonomia de valorações de que dispunha, salientando, no respetivo preâmbulo, que a revisão empreendida foi tomada “sem desconsideração da realidade portuguesa, já contemplada no texto legislativo que a precedeu” e que “a técnica correcta de transposição de uma directiva não se reconduz à sua mera reprodução (...)”.

¹⁰ Cfr. “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, pág. 59.

tiva liberdade bilateral de estipulação, ou resulta antes de uma imposição por um deles de uma prévia conformação inegociável. Mas, para isso, não dispomos de quaisquer índices que possam constituir uma base sólida de um juízo distintivo, contrariamente ao que sucede no âmbito das cláusulas contratuais gerais.

Nestas, a falta de negociação individual está, por assim dizer, *in re ipsa*: se estamos perante uma cláusula contratual *geral*, uma cláusula uniformemente aplicada, sem modificações, numa multiplicidade de contratos, e também naquele que está em causa, essa realidade tem um fortíssimo valor indiciário de que não foi dada oportunidade ao aderente de influenciar o conteúdo. A verificação desse requisito está, de algum modo, conexamente imbrincada na característica da generalidade: se a cláusula conserva, tal qual, o teor que dá conteúdo a uma série de contratos, tudo indica que à contraparte não foi dada possibilidade de introduzir alterações, em sentido mais favorável aos seus interesses. Pode, excecionalmente, não ter sido assim e a reprodução imodificada resultar do não aproveitamento de uma oportunidade efetiva de negociação, ou da concessão de vantagens compensatórias, noutros pontos da disciplina negocial. Mas, então, haverá que comprová-lo, de acordo com a regra de distribuição do ónus da prova fixada no n.º 3.

Em contraste, as cláusulas individualizadas não têm, por definição, existência fora do contrato a que dão conteúdo. Não constam de um formulário ou de um modelo para que remeta o texto contratual ou que nele se insira, nem existe qualquer índice de aparência formal que não deixe dúvidas quanto à sua natureza de cláusulas incluídas no contrato por adesão.

A pré-formulação unilateral é, em si mesma, um dado relativamente inócuo ou, pelo menos, não decisivo, pois não exclui a abertura posterior de um processo negocial. O requisito da falta de negociação só fica satisfeito quando as cláusulas são comunicadas como o texto definitivo dos termos contratuais, os únicos em que o utilizador está disposto a contratar, pondo a contraparte perante a alternativa simples de as aceitar ou renunciar à celebração do negócio, sem qualquer possibilidade em comparticipar na modelação do conteúdo. Não eliminando incertezas aplicativas, cremos que traduz adequadamente esta ideia a fórmula repetidamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal alemão, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, de que deve ser tida em conta a “possibilidade real de uma influência modificadora no conteúdo da cláusula”. De forma menos precisa, é esse também o critério adotado pela Diretiva (artigo 3.º, n.º 2, 1.º parágrafo).

6. O regime do ónus da prova consta do n.º 3 do artigo 1.º, que reza assim: “O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”. Esta disposição reproduz os termos do anterior n.º 2, reportados então exclusivamente às cláusulas contratuais gerais – as únicas que originalmente cabiam dentro do âmbito do diploma.

No domínio das cláusulas com esta natureza, o preceito faz pleno sentido. A alegação, pelo aderente, de que uma dada cláusula é uma cláusula contratual geral, visa retirar-lhe eficácia vinculativa (ou a eficácia vinculativa pretendida por quem a predispôs), ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 446/85. Tratando-se de uma cláusula aplicada uniformemente numa pluralidade de contratos, a alegação tem, aparentemente, condições para proceder. Ao utilizador da cláusula mais não resta, para poder “prevalecer-se do seu conteúdo”, do que provar que, não obstante o seu teor imodificado, ela foi (ou podia ter sido) sujeita a negociação individual. É ónus do utilizador da cláusula, contra quem qualquer dos direitos conferidos pelo DL n.º 446/85 ao aderente é invocado, fornecer essa prova, contrariando assim a presunção da falta de negociação que se pode retirar de estarmos perante uma cláusula de aplicação geral. O regime ajusta-se à regra do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil, pois a possibilidade de negociação é uma circunstância impeditiva de que o aderente beneficie dos direitos conferidos pelo Decreto-Lei n.º 446/85.

No caso dos contratos individualizados, já não se pode dizer que a negociação seja matéria de exceção, pelo que qualquer das partes que se queira prevalecer do conteúdo do contrato não tem mais do que o invocar, não ficando sujeita a qualquer ónus probatório especial. Fora do contexto problemático da aplicação do DL n.º 446/85, a vinculatividade das cláusulas do contrato, nos termos gerais, não está condicionada à prova da existência de negociação.

A questão só emerge quando o aderente pretende que a outra parte *não* possa prevalecer-se do conteúdo das cláusulas, por não lhe ter sido dada a oportunidade de as negociar. É a *falta de negociação*, como elemento obstativo da produção dos normais efeitos vinculativos das cláusulas, que se apresenta como o objeto do ónus da prova. A pretensão que está dependente dessa prova é a de liberação de uma consequência vinculativa das cláusulas, por aplicação de qualquer dos meios de tutela predispostos no Decreto-Lei n.º 446/85, com o fundamento de que, por falta de negociação, o diploma se aplica. Mas, nesta configuração, não há qualquer base concludente,

retirada da natureza da cláusula, para presumir que essa falta – o elemento constitutivo do direito a esses meios de tutela – corresponde à realidade. É a inexistência, não a existência de negociação que cabe então comprovar. Ou, por outras palavras, é a aplicação, não a não aplicação do diploma que está em causa.

Não é esse o objeto do n.º 3 do artigo 1.º, que se refere antes à prova de que a cláusula “resultou de prévia negociação entre as partes”, para efeito de afastar essa aplicação. A conclusão a tirar é a de que, tendo este preceito sido estabelecido originariamente para o âmbito das cláusulas contratuais gerais, os termos da sua estatuição, ajustados a essa constelação, são materialmente inadequados à hipótese dos contratos individualizados. A norma não regula o que está em causa nos contratos individualizados, a saber, sobre quem recai o ónus da prova da *falta* de negociação. Tem, pois, boas razões por si considerar que ela só se aplica às cláusulas contratuais gerais, ficando os contratos individualizados na órbita do regime geral do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil. E, de acordo com esse regime, a prova dessa falta, como elemento constitutivo do direito do aderente a beneficiar dos meios de tutela do Decreto-Lei n.º 446/85, recairá sobre este contraente.

A aplicação do regime do ónus da prova fixado no n.º 3 apenas às cláusulas contratuais gerais é também abonada pela diretriz da interpretação conforme ao direito europeu, uma vez que ela é expressamente acolhida no artigo 3.º, n.º 2, 3.º parágrafo, da Diretiva¹¹.

7. Apurado que estamos perante uma cláusula que se integra em qualquer das duas previsões do artigo 1.º, e não ocorrendo qualquer das exceções do artigo 3.º, o Decreto-Lei n.º 446/85 encontra aplicação, tendo o aderente ao seu dispor os mecanismos de proteção nele consagrados.

Esses mecanismos predispõem-se em três patamares fundamentais: no da formação do contrato, no da interpretação do conteúdo das cláusulas e no da sua validade. Disposições processuais aplicáveis apenas às cláusulas contratuais gerais complementam a rede de proteção dos aderentes.

Quanto ao primeiro patamar de intervenção tuteladora, sobressaem as exigências de *comunicação* e de *informação*, constantes dos artigos 5.º e 6.º

¹¹ Nos seguintes termos: «Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova». A tradução portuguesa é verdadeiramente desastrosa, mas não pode negar-se que por “cláusula normalizada” se deve entender uma cláusula estandardizada, de teor padronizado e aplicação uniforme, ou seja, uma cláusula contratual geral.

Elas corporizam um controlo ao nível do processo de formação do acordo de vontades, prevenindo a possibilidade de desconhecimento de elementos relevantes da disciplina contratual pré-fixada. A comunicação tem por objeto os próprios termos do contrato a celebrar, visando assegurar que “se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência” (n.º 2 do artigo 5.º); a informação traduz-se em esclarecimentos suplementares, onde eles, tendo em conta, não só a natureza e complexidade das cláusulas, com maior ou menor envolvimento de aspetos técnicos de difícil compreensão por não especialistas, como também o nível de formação do seu destinatário concreto, se revelem necessários para lhe proporcionar o conhecimento “efetivo”.

Estas regras procedimentais visam anular os “efeitos de ocultação” e de surpresa que as cláusulas podem gerar, no momento da execução, contrariando expectativas fundadas de aquisição de direitos e de garantias decorrentes da celebração de um contrato de certo tipo, em certo contexto negocial. Elas vêm na sequência e estão em consonância com o disposto no artigo 4.º: se as cláusulas só se consideram incluídas nos contratos singulares pela sua *aceitação*, então há que garantir que esta tenha consistência real, traduzindo uma vontade negocial consciente (ainda que fortemente pressionada por todas as circunstâncias que impelem à adesão). Para isso, como requisito mínimo, impõe-se a *cognoscibilidade* do conteúdo das cláusulas, muito dificultada por todas as “barreiras de informação” que rodeiam a contratação por cláusulas contratuais gerais.

A cognoscibilidade depende, em primeiro lugar, da *acessibilidade* aos termos das cláusulas. O cumprimento desta exigência coenvolve um requisito temporal: é, no mínimo, necessário, que o teor das cláusulas seja facultado antes da celebração¹². Pelo menos nos contratos de maior vulto e de maior complexidade, isso não basta: é imperioso que o seja “com a antecedência necessária” para proporcionar, em condições adequadas, um período de análise, compreensão e ponderação.

¹² Não satisfaz manifestamente este requisito o envio das condições gerais do contrato no verso das faturas que acompanham as mercadorias vendidas. Já estamos, nesse momento, na fase de execução. Foi isso que se passou no caso decidido pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 24 de outubro de 1991. O Tribunal considerou que o aderente ficara vinculado ao pacto de aforamento prefixado, pelo facto de não ter devolvido na volta do correio, intacto, o material enviado, tal como exigia a cláusula, em caso de não aceitação. É um entendimento que não pode ser sufragado. Ele contraria o regime legal, transferindo para o aderente ónus que são do utilizador.

Quando as cláusulas constam de formulários, quer impressos no próprio documento contratual, quer em documento autónomo para que este remeta, a acessibilidade pressupõe que pelo menos a indicação de sujeição do contrato a cláusulas contratuais gerais seja inserida, com o relevo devido, antes do local da assinatura do aderente. Só assim se dá cumprimento satisfatório à exigência que se infere do disposto na alínea d) do artigo 8.º, nos termos do qual devem ter-se por excluídas “as cláusulas impressas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes”¹³.

Ainda de um ponto de vista “*formal-exterior*”, é exigível a *legibilidade* dos termos das cláusulas. Por legibilidade, como ficou expresso no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 2001, deve entender-se “uma legibilidade fácil, o que demanda a utilização de caracteres de tamanho tal que se possam ler sem necessidade de um esforço excessivo de visão”. A exigência opõe-se à prática muito difundida de impressão em letra minúscula e em mancha compacta, com um espaço reduzido entre linhas, assim desincentivando e quase impossibilitando a leitura atenta das cláusulas, até porque, muitas vezes, elas se estendem por documentos muito extensos (nos contratos de seguro e nos contratos bancários, em especial). Para garantir a legibilidade, a recente Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, procedendo à quarta alteração do Decreto-Lei n.º 446/85¹⁴, foi ao ponto de proibir, nas relações com consumidores finais, sob pena de nulidade, as cláusulas “redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15” (nova alínea i) do artigo 21.º).

Para além da observância destes requisitos formais, a cognoscibilidade requer, em último termo, de um ponto de vista *material*, a *compreensibilidade* do conteúdo. O conteúdo das cláusulas deve ser formulado em termos claros, transparentes e suficientemente determinados para que o aderente médio, usando a “comum diligência”, fique com o conhecimento preciso da

¹³ Cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de fevereiro de 2007, em que se considerou excluídas do contrato singular cláusulas contratuais gerais impressas no verso do documento, sem qualquer alusão na face deste, onde constava a assinatura do aderente e as condições específicas, ao local onde elas se encontravam. No Acórdão, defende-se, convincentemente, que a referência adverbial “depois da assinatura”, que consta do preceito, denota o local e não o tempo.

¹⁴ Para além das duas alterações anteriormente referidas, houve uma terceira, constante do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro, motivada pela necessidade de conversão em euros dos valores monetários expressos nos artigos 28.º e 32.º

situação jurídica que para si resulta do contrato. Tal é imprescindível, não só na fase de conclusão, como também na fase de execução, para o exercício efetivo dos seus direitos contratuais, que podem ser ocultos por formulações opacas, ambíguas, ou excessivamente vagas e indeterminadas¹⁵. A compreensibilidade é obstaculizada, por exemplo, quando o conteúdo é conformado pela simples indicação numérica de preceitos legais, muitas vezes de forma entrecruzada, num emaranhado de citações em que o aderente típico inevitavelmente se perde.

É irrelevante uma cláusula declarativa de que houve conhecimento. Ela própria reveste a natureza e está sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais. E, então, das duas uma: ou os requisitos legais do conhecimento foram cumpridos, e a cláusula é desnecessária e de nada adianta, ou não o foram, e, nesse caso, não é essa declaração que supre o vício, não evitando a consequência da *exclusão* do contrato, prevista no artigo 8.^o

Parte significativa da doutrina, em que nos incluímos, equipara esta consequência à *inexistência*. A qualificação justifica-se, pois a cláusula não tem qualquer espécie de vivência no quadro do contrato singular em que se pretendeu incluí-la. Para esse efeito, é como se não existisse. Mas há que ter presente que se trata de uma inexistência *sui generis*, pois, não estando em causa, como é típico da figura, a falta de um elemento essencial da declaração, mas apenas um procedimento comunicativo para lhe dar vida dentro de um determinado contrato, uma mesma cláusula, com o mesmo conteúdo, pode ser inexistente nuns casos e existente noutros. Tudo depende de fatores circunstanciais caracterizadores do processo de formação de uma dada relação contratual singular.

8. As regras de interpretação constam dos artigos 10.^o e 11.^o

Tanto o princípio geral fixado no primeiro, como a diretriz do n.^o 1 do segundo coincidem com o regime estabelecido no Código Civil, mormente com a doutrina da *impressão do destinatário*, com exclusão da ressalva final

¹⁵ Um exemplo claro de uma cláusula que merece esta última qualificação é-nos dado pela que foi inserida no contrato de compra e venda de direito real de habitação periódica, objeto do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de janeiro de 2003, nos termos da qual o comprador “deve abster-se de praticar quaisquer actos que possam comprometer a gestão hoteleira ou o interesse para o turismo do empreendimento”. Pode entender-se que cláusulas com este tão elevado grau de indeterminação conferem ao predisponente, de modo indireto, “a faculdade exclusiva” de as interpretar, caindo assim no âmbito de previsão proibição absoluta constante da alínea e) do artigo 18.^o, com a consequência da nulidade.

do n.º 1 do artigo 236.º, inaplicável, neste âmbito (dado, designadamente, o disposto no n.º 2 do artigo 11.º).

Há ainda que ter em conta, nos termos da parte final do artigo 10.º, “o contexto de cada contrato singular em que se incluem” as cláusulas. Essa articulação necessária obriga a relevar fatores individualizadores (a qualidade em que o aderente contrata, o tipo, a natureza da relação e a sua razão de ser¹⁶, entre outros), o que pode conferir às cláusulas contratuais gerais um sentido que, em abstrato, de acordo com um critério objetivista, não seria de lhes atribuir.

Em caso de existência de cláusulas “especificamente acordadas” e não sendo possível conjugá-las com as cláusulas contratuais gerais, em termos

¹⁶ À luz deste fator, pode justificar-se a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de novembro de 2000. Estava em causa um contrato de seguro contra o risco de roubo, furto e furto de uso de veículo, a que uma empresa de aluguer de automóveis aderira. Atendendo à atividade da empresa, razão de ser da celebração do contrato, o Tribunal entendeu que também estava abrangido o crime de abuso de confiança – em que alguém tomou um veículo de aluguer e o fez desaparecer. O “contexto do contrato singular” também justifica, seguramente, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal de Justiça, num Acórdão de 16 de abril de 2002, a uma cláusula do contrato de seguro contra o risco de danos provocados por “tempestades”. Na cláusula, em indicação do objeto deste termo, dispunha-se que a seguradora só respondia pelos danos causados em consequência de “tufões, ciclones, tornados e toda a ação direta de ventos fortes ou choque de objetos arremessados ou projetados pelos mesmos”. Ora, no caso, os danos tinham resultado da queda e acumulação de neve na cobertura de um armazém, situado na região da Guarda. O Tribunal entendeu que este risco se devia considerar coberto, não obstante o teor literal da cláusula o excluir, considerando que o destinatário normal entenderia o termo “tempestade” no seu sentido corrente de grande agitação atmosférica, com a convicção de que ele abarcaria os nevões, também designados comumente como “tempestades de neve” – as únicas tempestades que não são um fenómeno muito raro naquela região, ao contrário dos tufões, ciclones ou tornados. Para chegar a essa conclusão, lançou mão de vários dos mecanismos de tutela previstos no diploma. Começando por invocar a exclusão cominada no artigo 8.º, alínea a), referiu depois a falta de explicitação do verdadeiro sentido da cláusula (o que remete para uma falha de informação), para finalizar com a aplicação da regra do n.º 2 do artigo 11.º. Não tendo havido uma falha de comunicação, o enquadramento no artigo 8.º só caberia na alínea b), justificando-se por o aderente não ter sido informado de uma exclusão de risco anómala e imprevista para si, dada a natureza do contrato e a região da sua execução. Esta incerteza ou ecletismo de fundamentação (poderia ainda invocar-se, com pertinência, a tutela da confiança consagrada na alínea a) do artigo 16.º, em concretização da boa fé), que noutras decisões também se patenteia, não deixa de revelar que, nas configurações casuísticas, são frequentemente pouco nítidas as linhas de fronteira entre os vários instrumentos de tutela, com dimensões transversais a vários deles.

de o conjunto formar uma unidade de sentido coerente, aquelas cláusulas prevalecem, de acordo com o disposto no artigo 7.^o

Ao abrigo do n.^o 2 do artigo 11.^o, “na dúvida prevalece o sentido mais favorável ao aderente”. É a regra *in dubio contra stipulatorem*, uma das primeiras a ser legislada, neste domínio (no artigo 1370.^o do *Codice Civile*, de 1942). A sua aplicação apropriada pressupõe que a cláusula comporte mais do que um sentido possível, de acordo com os cânones hermenêuticos primariamente aplicáveis. Só quando assim for é que aquela regra, num segundo momento, pode ser chamada, dando prevalência ao resultado interpretativo mais favorável (normalmente, o menos desfavorável) ao aderente. Em casos de inteligibilidade clara de um sentido unívoco não deve ser artificialmente forjada uma ambiguidade inexistente, para atalhar desequilíbrios excessivos. Para esse efeito, o diploma contém disposições próprias. De igual modo, o sentido mais favorável tem que caber dentro do arco das possibilidades interpretativas¹⁷.

Através da introdução do n.^o 3 do artigo 11.^o, o Decreto-Lei n.^o 249/99 veio determinar que a regra do n.^o 2 não se aplica “no âmbito das ações inibitórias”. Situando-se estas ações no plano macrojurídico, em função preventiva, é esta solução a que melhor acautela o interesse público em sanear do tráfego negocial, por seu intermédio, cláusulas cujo sentido equívoco possa ser aproveitado pelos utilizadores para obterem resultados que o Decreto-Lei n.^o 446/85 não consente. Para o exercício da ação inibitória, bastará que a cláusula, sendo ambígua, comporte um sentido prejudicial ao aderente em termos de infringir os limites de conteúdo traçados pelo diploma.

9. O eixo central da proteção do aderente passa pela fixação de limites especiais de conteúdo, cuja observância é condição de validade das cláusulas. Em tutela dos interesses daquele contraente, a liberdade de estipulação do utilizador é restringida, de tal modo que cláusulas que seriam válidas, pelo regime geral dos contratos, deixam de o ser, quando aplicável o regime do Decreto-Lei n.^o 446/85.

¹⁷ No caso decidido pelo Acórdão do STJ, de 1 de março de 2001, entendeu-se que cabia no âmbito de um contrato de seguro a favor de terceiro, contra acidentes na prática desportiva, “uma lesão súbita do foro cardiológico causadora da morte do beneficiário”. A inclusão pode suscitar alguma dúvida, atendendo a que a apólice definia “acidente”, entre outros elementos caracterizadores, como o acontecimento “devido a causa *exterior*” [itálico nosso]. Na nossa jurisprudência, as questões interpretativas têm-se suscitado, com frequência, nesta área, a propósito da extensão do risco coberto pelos contratos de seguro.

O “controle do conteúdo” é um instrumento de tutela nuclear e verdadeiramente indispensável para salvaguarda do interesse do aderente em não ficar vinculado a efeitos contratuais excessivamente prejudiciais. De facto, as regras que propiciam um consentimento informado não garantem um conhecimento efetivo, pois esse resultado pode ser obstaculizado pelas circunstâncias reais, de tempo e de modo, da contratação, sem que possa ser imputada ao aderente uma conduta negligente. Mesmo que ele tome consciência plena de todas as consequências potencialmente lesivas resultantes do contrato, não é, em regra, suficientemente desincentivado à sua celebração. Várias causas concorrem para isso. Pesam mais, compreensivelmente, a necessidade de obter o bem ou serviço, a dificuldade de estabelecer comparações para ajuizar se há condições mais favoráveis no mercado e a confiança de que as situações desencadeadoras dessas consequências se não verificarão. Por outro lado, a diretriz da interpretação mais favorável tem os limites operativos já assinalados. Só uma direta restrição dos conteúdos admissíveis pode assegurar que a unilateralidade de conformação não se venha a traduzir em benefícios desproporcionados para o utilizador das cláusulas.

É, assim, fácil de descortinar o fundamento normativo de uma intervenção tão incisiva na esfera negocial. Em resultado de um certo modo de contratar – por adesão a cláusulas não negociadas –, falta ao aderente, em medida bastante, a possibilidade de defesa autónoma dos seus interesses. Ao afastar a participação da contraparte na modelação do conteúdo, o utilizador das cláusulas inibe-a da autotutela dos interesses próprios, pelo que fica investido do dever de os ter minimamente em conta¹⁸, sob pena, além do mais, de se sujeitar a que as cláusulas não produzam os efeitos vinculativos a que tendiam, por força da nulidade. Sendo unilateralmente exercida, a liberdade contratual perde a eficácia legitimadora do conteúdo do contrato que, em geral, lhe cabe, passando a validade do estipulado pelo utilizador a depender da sua contenção dentro de limites legalmente estabelecidos.

Para esse efeito protetivo, o legislador utilizou um sistema misto de normação, combinando o *princípio normativo da boa fé* com proibições específicas de determinadas cláusulas, constantes de um elenco muito extenso de

¹⁸ Esta ideia está bem expressa na parte final do considerando n.º 16 da Diretiva, nos termos da qual “a exigência de boa fé pode ser satisfeita pelo profissional, tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses deve ter em conta”.

previsões (artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º), incidentes sobre pontos concretos da disciplina contratual. São proibidas as cláusulas que caiam no âmbito de qualquer dessas previsões; a mais disso, são também proibidas, em geral, as cláusulas contrárias à boa fé (artigo 15.º).

Pode ver-se nas proibições específicas inferências concretizadoras das exigências decorrentes da boa fé: quem se arroga o poder exclusivo de formular os termos do contrato, deve fazê-lo de acordo com a boa fé, de modo a não introduzir cláusulas excessivamente desequilibradas, em favorecimento desproporcionado dos seus interesses. A boa fé, em termos objetivos, como princípio normativo, é a matriz e base de valoração do controlo do conteúdo, a qual se projeta para além do alcance das previsões tipificadas, enunciadas a título meramente exemplificativo¹⁹. Significa isso que, se o controlo deve começar pela análise da verificação ou não de alguma das previsões do catálogo das normas de proibição, em boa metodologia de articulação entre o especial e o geral, uma conclusão negativa não permite afirmar, desde logo, por uma espécie de ilação *a contrario*, a validade da cláusula. Há ainda que ponderar se a cláusula contraria ou não parâmetros normativos diretamente extraídos da cláusula geral da boa fé.

Contrariamente à generalidade das outras ordens jurídicas (e também da Diretiva 93/13/CEE), o nosso legislador, no artigo 15.º, formulou essa cláusula geral em termos sucintos, indicando apenas a contrariedade à boa fé como parâmetro da proibição, sem mais determinação dos padrões aplicáveis. Estes devem ser colhidos na norma seguinte, que aponta, como *standards* concretizadores, “os valores fundamentais do direito” e, *especialmente*, a tutela da confiança (alínea a)) e a salvaguarda da consecução do fim contratual (alínea b)). Da leitura conjunta das duas alíneas resulta que se visa basicamente a tutela de expectativas legítimas quanto às utilidades propiciadas pelo contrato, expectativas geradas, quer por fatores subjetivos do relacionamento negocial (designadamente, pelo “processo de formação do contrato singular”), quer, sobretudo, por elementos objetivos atinentes ao tipo e objeto do contrato em questão. O que se procura obstar é que a efetivação do contrato seja, em prejuízo do aderente, “significativamente diferente” daquela que ele “legitimamente esperaria”, como exprimia o artigo 2.º, n.º 1, frase 3, do projeto inicial da Diretiva europeia. Estamos ainda

¹⁹ É expresso, nesse sentido o proémio de qualquer dos quatro preceitos (artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º) de que constam as normas de proibição. Na verdade, em todos se estabelece que são proibidas “*designadamente*” as cláusulas a seguir enumeradas [itálico nosso].

dentro de uma das funções tradicionais da boa fé, de âmbito geral, ainda que com as particularidades advindas da configuração própria deste domínio negocial.

Mas esta concretização valorativa não esgota todos os “valores fundamentais do direito”, a que o artigo 16.º manda basicamente atender. Nem pretende fazê-lo, como resulta do teor literal do preceito. Nessa fórmula genérica cabem também seguramente, neste domínio, exigências de justiça comutativa, de um mínimo de razoabilidade dos termos contratuais, sem repercussão negativa excessiva em interesses nucleares do aderente.

Nesta outra concretização do princípio, estamos perante uma valência do princípio da boa fé distinta da anterior. Como norma de validade, o princípio aplica-se aqui como fundamento e critério de limites à liberdade de estipulação do contrato, dele decorrendo proibições diretas de conteúdos que os desrespeitem. Sendo assim, o comportamento do utilizador relevante é o que foi objetivado na estipulação dos termos contratuais. A ponderação que importa realizar move-se inteiramente dentro da esfera normativa da regulação dos termos do contrato, operando através do confronto entre a ordem contratual unilateralmente estabelecida e a que resultaria de uma equilibrada composição de interesses, por aplicação dos padrões legais (designadamente dos constantes das normas supletivas, quando estas existam). O que se proíbe é o excesso, o desvio desproporcionado desses padrões, a auto-atribuição de vantagens injustificadas e desmesuradas, com a simétrica imposição ao aderente de efeitos gravosamente lesivos.

No campo desta intervenção limitativa e corretora, a boa fé está funcionalmente associada à ideia de preservação, em termos razoáveis, do equilíbrio contratual. Como prescreve o artigo 3.º, n.º 1, da referida Diretiva, a cláusula contraria a boa fé quando “*der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor* [“do aderente”, no ordenamento português], *entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato*”. Sem necessidade de quaisquer requisitos suplementares relacionados com o comportamento negocial, a contrariedade à boa fé nasce simplesmente de um conteúdo contratual que afeta seriamente interesses do aderente desprovidos de tutela autónoma.

Na concretização do princípio, o Decreto-Lei n.º 446/85 não fez alusão expressa e específica a esta dimensão da boa fé, contrariamente a todas as outras legislações que, na transposição da Diretiva, a ele recorreram, em formulações variadas. Foi uma opção criticável, mas nem por isso se pode considerar que o sistema português não acolheu esta compreensão.

A interpretação que acima fizemos da referência aos “valores fundamentais do direito” é abonada por todos os elementos interpretativos relevantes. De resto, o próprio legislador tê-la-á sufragado, só assim se justificando o ter-se considerado desobrigado de uma alteração ao artigo 16.º, que pusesse o alcance tutelador da boa fé ao nível do exigido pelo diploma europeu (situação que certamente se não verificaria, se o padrão do “desequilíbrio significativo” ou outro equivalente estivesse ausente da legislação portuguesa). E a necessária conjugação com a Lei de Defesa dos Consumidores desfaz qualquer dúvida, pois aí se prescreve, entre as obrigações do fornecedor de bens e do prestador de serviços, a “não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor” (artigo 9.º, n.º 2, alínea b)), ficando a inobservância desta disposição “sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais” (n.º 3 do mesmo artigo).

10. Ainda que não correspondendo a uma tipificação fechada, consta do Decreto-Lei n.º 446/85 um extenso rol de cláusulas proibidas, incidindo sobre os mais variados aspetos da disciplina negocial. Essas proibições específicas repartem-se por quatro grupos de normas, resultantes de dois critérios distintivos e do cruzamento entre eles.

Quanto ao âmbito subjetivo das proibições, só nas relações com os consumidores finais todas elas encontram aplicação (cfr. o artigo 20.º). No que respeita às relações entre empresários ou os que exercem profissões liberais, ou entre uns e outros, apenas são aplicáveis as proibições que constam dos artigos 18.º e 19.º

Em cada um desses âmbitos, distinguem-se as cláusulas *absolutamente proibidas* das *relativamente proibidas*. A distinção tem a ver com as diferentes técnicas de construção legislativa das previsões, o que se traduz num diferente *modus operandi* das proibições. Na primeira categoria, elas atuam de plano, de forma rígida, com abstração de circunstâncias contextualizadoras, isto porque resultam de um processo de tipificação e de valoração já concluso pelo próprio legislador. As previsões de cláusulas relativamente proibidas, pelo contrário, requerem sempre a valoração, pelo julgador, dessas circunstâncias, no quadro do necessário preenchimento e concretização dos conceitos indeterminados que as integram²⁰. Neste âmbito, a tipificação

²⁰ Praticamente todas as previsões de cláusulas relativamente proibidas integram conceitos indeterminados, tais como “prazos excessivos”, cláusulas penais desproporcionadas”, “factos

está aberta à ponderação de elementos que comportam um espectro de variação cuja apreciação é remetida para o julgador – o que justifica a designação germânica de “cláusulas com possibilidade de valoração”.

A margem de apreciação que é deixada ao julgador, nas proibições relativas, pode conduzir a resultados diferenciados, quanto à validade de uma mesma cláusula, consoante a conformação dos fatores contextuais atendíveis. Fica aberta a porta a que cláusulas de idêntico teor, regendo do mesmo modo o mesmo ponto da disciplina contratual, nuns casos sejam proibidas e noutros não – daí designação de “relativamente proibidas”.

Nos dois preceitos atinentes às proibições relativas (artigos 19.^o e 22.^o), a lei aponta os elementos atendíveis como sendo os que compõem o “*quadro negocial padronizado*”. “Quadro negocial” é uma expressão que seguramente abrange, como fator de primeira importância, o “tipo contratual”, mas é mais extensa do que este, integrando outros elementos caracterizadores, entre os quais o ramo de atividade económica, com as suas exigências e usos próprios, a natureza e qualidade do bem a prestar, a situação do mercado, a dimensão empresarial do fornecedor do bem ou serviço e a qualidade de comerciante ou de consumidor, no que toca às proibições relativas de âmbito geral (as enunciadas no artigo 19.^o).

O legislador manda atender ao quadro negocial *padronizado*. A inferência que se extrai desta qualificação é a de que relevam os traços típicos, normalmente presentes no quadro negocial em que se integra o caso decidendo, e não o figurino concreto-individual deste. Na apreciação do quadro negocial assim desenhado, o critério de valoração a que urge recorrer é o da boa fé, em todas as dimensões prescritivas do princípio atrás assinaladas. É ela o referencial que permite ajuizar se a cláusula em juízo preenche ou não os conceitos indeterminados que identificam as proibições relativas²¹.

11. A tutela do aderente a cláusulas contratuais gerais é complementada por disposições processuais atinentes à *ação inibitória* prevista no artigo 25.^o Esta visa, a título preventivo, a proibição de utilização (ou de recomen-

para tal insuficientes”, “injustificadamente”, “sem compensação adequada”, “dispendios consideráveis”, “graves inconvenientes”, “interesses sérios e objetivos”, e muitos outros.

²¹ Em vista do necessário recurso à boa fé, no âmbito das proibições específicas, pode concordar-se com a observação de Hein Kötz (*Münchener Kommentar*, I, München, 1978, pág. 1458), de que “a cláusula geral não ganha muito em operacionalidade” com essas previsões. Elas precisam os pontos sujeitos a valoração, mas não trazem mais determinação ao critério a que esta deve obedecer.

dação) futura das cláusulas, “independentemente da sua inclusão efetiva em contratos singulares”, pelo que é evidente que as cláusulas constantes de contratos individualizados estão fora do seu raio de ação. A ação propicia um *controlo abstrato*, num plano supra-individual, das cláusulas contratuais gerais enquanto tais, e não como componentes do conteúdo de um contrato particular.

Para o uso deste meio processual basta que uma cláusula seja predisposta e dada a conhecer no tráfego negocial por formas indiciadoras da intenção de utilização futura, através de contratos-tipo, formulários ou outros suportes equiparáveis. A decisão, quando favorável ao autor, proíbe essa utilização. A nulidade, por contrariedade a qualquer das normas de proibições de conteúdo, é o *fundamento* da decisão inibitória, não o seu efeito.

Têm legitimidade ativa, em certos termos, as associações de defesa do consumidor, as associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, bem como o Ministério Público (artigo 26.º). Não é admitida a iniciativa processual direta de um contraente individual que possa vir a ser lesado pelo uso de cláusulas proibidas²², o qual poderá apenas solicitar a intervenção do Ministério Público.

Nos termos do disposto no artigo 32.º, n.º 2, se o demandado, vencido na ação inibitória, infringir a obrigação de abstenção, qualquer aderente que com ele venha a contratar pode invocar a decisão, com a consequência de o contrato valer expurgado da cláusula cujo uso ela proibira (artigo 9.º, por remissão do n.º 3 do artigo 32.º).

Estamos perante a eficácia *ultra partes* das decisões em que o demandado ficou vencido, já que o caso julgado favorável aproveita a terceiro. Mas o caso julgado desfavorável não lhe é oponível, podendo a validade da cláusula, por ofensa a qualquer das disposições constantes do diploma, ser questionada ou oficiosamente tratada em qualquer processo de controlo incidental subsequentemente instaurado. É um regime de caso julgado *secundum eventum litis*²³.

²² Foi outra a opção da Lei de Defesa dos Consumidores, o que suscita problemas de articulação. A alínea a) do artigo 13.º dessa Lei concede aos “consumidores diretamente lesados” legitimidade ativa “para intentar as ações previstas nos artigos anteriores”. Entre essas ações está a ação inibitória destinada, além do mais, a prevenir práticas que “se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas” (alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º). Parece, assim, que, desta forma, a legitimidade ativa prevista no Decreto-Lei n.º 446/85 é alargada ao consumidor individual, quando o aderente tem esta qualidade.

²³ Cfr. Lebre de Freitas, “Os meios processuais à disposição dos pleiteantes em sede de condições gerais dos contratos”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, 1995, n.º 2, págs. 42 s., 45.

Como tem sido jurisprudência constante, não se exige que a formulação da cláusula seja literalmente igual à daquela cuja utilização futura foi inibida. Basta que ela produza efeitos materiais “substancialmente idênticos”, para recair no âmbito da decisão inibitória²⁴.

A derrogação ao regime geral do caso julgado pressupõe, no entanto, que o utilizador da cláusula seja o mesmo contra quem foi proferida a decisão inibitória. Qualquer outro sujeito que não esse conserva liberdade de a incluir nos seus contratos, ficando a validade dependente do controlo *a posteriori*, por eventual iniciativa processual da contraparte e com efeitos restritos ao caso.

Salta à vista, como, desde cedo, foi criticamente apontado, que este regime não assegura uma eficácia preventiva *geral* da ação inibitória, estando longe de “limpar” o tráfego negocial de cláusulas gravemente desvirtuadoras de uma composição de interesses minimamente equilibrada. O legislador também ganhou consciência disso mesmo, o que conduziu à decisão, pela Lei n.º 32/2021, de 27 de maio, de “*criação de um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas, garantindo que as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial não são aplicadas por outras entidades*” (artigo 3.º, n.º 2). O desenho concreto desse sistema constará de regulamento, a promulgar no prazo (já largamente ultrapassado) de 60 dias (n.º 1 do mesmo artigo).

Mas pode, desde já, sublinhar-se que, pela primeira vez no nosso ordenamento, se previu um controlo *extrajudicial*, em conexão com o controlo *judicial* – o único até aqui operativo. O objeto do sistema a criar é identificado como sendo as *cláusulas abusivas*. Fica a dúvida, adensada pela referência à proibição “por decisão judicial”, e não “por decisão de uma ação inibitória”, quanto ao exato alcance do conceito, e nomeadamente se a previsão ultrapassa o âmbito das cláusulas contratuais gerais. Parece ter sido essa a intenção legislativa, visando-se também, pelo menos, as cláusulas inseridas, sem negociação, em contratos individualizados²⁵. O futuro regulamento deverá esclarecer essa dúvida.

²⁴ Na versão originária do diploma, isso tinha expressão literal no artigo 31.º, n.º 1 (que passou a ser o artigo 32.º, com a remuneração efetuada pelo Decreto-Lei n.º 220/95), ao estabelecer que a proibição recaía, não só sobre as cláusulas objeto da decisão, mas também sobre “outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente”.

²⁵ A norma refere igualmente “as cláusulas consideradas proibidas por decisão judicial” como objeto do sistema a criar. A fórmula é ambígua e bastante infeliz, não contribuindo para esclarecer quais as cláusulas abrangidas. As proibições de conteúdo não resultam nunca de decisão judicial, mas antes de previsões legais. No controlo abstrato, por uma ação

Diga-se, por último que, como meios preventivos auxiliares do respeito pelos limites de validade, a lei em vigor prevê a condenação do vencido em dar publicidade à proibição (n.º 2 do artigo 30.º) e “o registo das cláusulas contratuais abusivas” (artigos 34.º e 35.º). Pela Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, incumbe ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério de Justiça organizar este serviço de registo.

Como incentivo ao respeito pelas decisões inibitórias, prevê-se uma sanção pecuniária compulsória (artigos 32.º, n.º 1, e 33.º).

inibitória, o que a decisão proíbe é a utilização ou a recomendação futuras de cláusulas que entende proibidas por lei. No controlo incidental – o único exercitável quando não estamos perante cláusulas contratuais gerais – o tribunal, constatando que a cláusula viola uma proibição legal, declara a sua nulidade, nos termos da própria lei.

DIREITO DE LIVRE DESVINCULAÇÃO DO CONSUMIDOR

CARLOS LACERDA BARATA*

SUMÁRIO: 1. Tutela do consumidor e direito de livre desvinculação. 2. O impulso comunitário/europeu: 2.1. Directivas comunitárias; 2.2 Outros instrumentos europeus de harmonização do Direito dos contratos. 3. Consagrações legais e fundamentos: 3.1. O direito de livre desvinculação na legislação portuguesa; 3.2. Fundamentos. 4. Direito de livre desvinculação: regime: 4.1. Nota preliminar: objecto de análise; 4.2. Informação; 4.3. Prazo; 4.4. Forma e prova; 4.5. Efeitos. 5. Configuração dogmática; natureza.

1. Tutela do consumidor e direito de livre desvinculação

I. O presente estudo tem por objecto o direito de livre desvinculação do consumidor, muito justamente considerado verdadeiro *ex libris* do Direito do consumo¹.

A par dos deveres de informação, a cargo do fornecedor de bens ou serviços, o comumente chamado direito de/ao arrependimento ou de livre resolução constitui um dos pilares dos contratos de consumo² – porven-

* Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; investigador do CIDP; advogado.

¹ A expressão é do Professor CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, 106), a cuja memória prestamos homenagem.

² Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A modernização das obrigações*, III – *A integração da defesa do consumidor*, ROA 62/III, 2002, 711 ss (722) e (numa perspectiva geral, de identificação dos principais vectores de tutela dos consumidores) *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed., Almedina, 2012, 332. No mesmo sentido, ANDREA BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in *Diritto Civile*,

tura, o de maior relevo³ – traduzindo um traço paradigmático do seu regime⁴. Com efeito, trata-se de um aspecto emblemático da protecção da parte mais fraca⁵: o consumidor⁶, considerado como o contraente débil⁷ ou

dir. N. LIPARI / P. RESCIGNO, coord. A. ZOPPINI, vol. III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, 105 ss (137-138).

³ Para o Professor PINTO MONTEIRO o “direito de arrependimento” constitui “a mais importante conquista do direito do consumidor” – ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *O novo regime da contratação à distância. Breve apresentação*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 11 ss (16). Cfr. também BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, AcP, 197, 1-2, 1997, 161 ss (162), que (citando KEMPER) refere o *Widerrufsrecht* como o “mais importante instrumento” para garantir decisões do consumidor livres de pressão.

⁴ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, RDC, I/4, 2016, 861 ss (903) = *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V (coord. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / CARLOS LACERDA BARATA), AAFDL, Lisboa, 2017, 41 ss (53); estudo também divulgado na Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, VII, n.º 26, 2017, 123 ss (aqui: 142), doravante citado, apenas, por referência à publicação de 2016 na Revista de Direito Civil.

Cfr., igualmente, PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 51 ss (75), recordando que o “direito de livre resolução” é visto como o “instituto mais característico” do Direito do consumo, no domínio dos contratos e, na literatura jurídica espanhola, JUAN MANUEL BADENAS CARPIO / CARMEN BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, 200 (“pedra angular da protecção do consumidor”).

⁵ Veja-se, nomeadamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte especial). Contratos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, 103, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, 57-58 e 153-154 e *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 5.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2017, 223; LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *A protecção do consumidor no comércio eletrónico na Itália*, Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, IV, n.º 15, 2014, 225 ss (239).

⁶ O conceito de consumidor não é unívoco; cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 861-863, nota 1, com várias indicações e JORGE MORAIS CARVALHO, *O conceito de consumidor no Direito português*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 14, 2018, 185 ss (186 ss) e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, 29 ss.

⁷ Cfr. GUILHERME MACHADO DRAY, *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual e a tutela do contraente débil*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I (org. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / LUÍS MENEZES LEITÃO / JANUÁRIO DA COSTA GOMES), Almedina, 2002, 75 ss (86 ss, 89). Sobre o tema, cfr. ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, ED, Annali IV, 2011, 956 ss (957), bem como MATTEO MAGRI, *Le vendite aggressive. Contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali*, CEDAM, 2011, 25 e 80-81, distinguindo a debilidade sócio-económica e a debilidade contratual, assente numa assimetria informativa. Sobre a debilidade ou inferioridade do consumidor, cfr. ainda,

o “elo fraco”⁸ nas relações estabelecidas com profissionais; nestas, o desequilíbrio entre as partes⁹, espelhando uma relação assimétrica¹⁰, explica e

na doutrina portuguesa, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo*, BMJ n.º 347, 1985, 11 ss (19 ss, *maxime* 21) e *Direito do Consumo*, cit., 27-28 e 37 ss, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, 27 ss e 54 ss, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, Almedina, Coimbra, 2002, 24 ss.

⁸ Assim, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, 326 (cfr., também, 83-84), *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019 (reimpr. 2021), 148 e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, Anuário do Nova Consumer Lab, ano 2, 2020, 123 ss (158).

⁹ Cfr. RAFFAELE VOLANTE, *Recesso del consumatore e contratti collegati*, in *I «Pincipi» del Diritto Comunitario dei Contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, dir. GIOVANNI DE CRISTOFARO, Giappichelli, Torino, 2009, 419 ss (419), referindo-se ao *recesso unilaterale* como técnica para reequilibrar o peso contratual entre as partes.

Para a consideração do equilíbrio como princípio em matéria contratual, vide RUI PINTO DUARTE, *O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico*, in *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Edit., 2014, 1331 ss e *Escritos jurídicos vários 2000-2015*, Almedina, 2019, 685 ss.

¹⁰ Sobre a assimetria de poderes contratuais, vide VICENZO ROPPO, *Il Contratto del Duemila*, 2.ª ed., Giappichelli Edit., Torino, 2005, 25 ss, em especial, 28-29, quanto ao *recesso* por parte do consumidor, e *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, ERCL, vol. 5, 3, 2009, 304 ss, bem como FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, Europa e Diritto Privato, n.º 4, 2012, 1007 ss (1008-1009) e MARIA LUISA CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016, 86 ss e *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, in *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore* (dir. MARIA LUISA CHIARELLA), ESI, Napoli, 2016, 133 ss, 139. Cfr. também, além da citada obra de MATTEO MAGRI, especialmente, na óptica da existência de uma assimetria informativa, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, AcP 210, 2010, 67 ss (*maxime* 74 ss e 103), CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, Beck, München, 2015, 47-48, JEAN CALAIS-AULROY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., Dalloz, Paris, 2015, 55 ss, ALBERTO GALLARATI, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, RDCiv., LI, n.º 4, P.I, 2005, 343 ss (360 ss), LUCA DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, I – *La tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2008, 60, MASSIMILIANO DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET, Torino, 2008, 112, PAOLO GALLO, *Trattato del Contratto*, t. 1, *La formazione*, UTET, Torino, 2010, 777, ANDREA STAZI / DAVIDE MULA, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza*, in *Il Diritto dei Consumatori. Profili applicative e strategie processuali*, a cura di GIUSEPPE CASSANO / MARCO EUGENIO DI GIANDOMENICO, t. 1, CEDAM, Padova, 2010, 297-298, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2011, 49-50 (nos contratos celebrados fora do estabelecimento), ENRICO GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *Contratto e Contratti. Scritti*, UTET, Torino, 2011, 423 ss (444 ss e 453 ss), PIER FILIPPO GIUGGIOLI, *Il Contratto del Consumatore (Trattato di Diritto Civile*, dir.

justifica – ainda que, porventura, com um certo pendor paternalista¹¹ – uma especial tutela normativa.

II. O direito de livre desvinculação do consumidor não tem uma consagração legal genérica. No entanto, em várias modalidades de contratos de consumo a lei¹² admite a possibilidade de o consumidor se desvincular, por declaração unilateral e sem necessidade de invocar qualquer fundamento

RODOLFO SACCO, *Le Fonti delle Obbligazioni*, 4), UTET, Torino, 2012, 83, 96, 111 ss, 125 ss e 130, LAURA DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, Studi Urbinati, LXXXII, nuova serie A, n.º 65/2-3, 2014, 229 ss, GISELA ESTEVE GARCIA, *El derecho de desistimiento en los contratos de servicios con los consumidores*, in *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, dir. MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA / / CARLES E. FLORENSA I TOMÀS, Dykinson, Madrid, 2017, 287 ss (287 e 289) e PAMARIA REKAITI / ROGER VAN DEN BERGH, *Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach*, Journal of Consumer Policy, vol. 23, n.º 4, 2000, 371 ss (379 ss).

¹¹ Cfr. ANTHONY T. KRONMAN, *Paternalism and the Law of Contracts*, The Yale Law Journal, vol. 92, n.º 5, 1983, 763 ss (764), C. CAMERER / S. ISSACHAROFF / G. LOEWENSTEIN / T. O'DONOGHUE / M. RABIN, *Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for "asymmetric paternalism"*, University of Pennsylvania Law Review, 151, 2003, 1211 ss (1238 ss) (ambos os estudos com referência à consagração de um *cooling-off period* em contratos celebrados com consumidores), RAFFAELE CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel Diritto privato*, RDCiv., LI, n.º 6, 2005, 771 ss (780, relativamente ao "diritto di recesso" e às regras que protegem o contraente contra a surpresa, enquanto regras típicas de um paternalismo fraco: o legislador pretende obter uma escolha ponderada, por parte do sujeito, mas não se substitui a este nessa decisão), LORENZO CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, 41 ss, 52 ss, 56 ss e 227 ss, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, tirant lo blanch, Valencia, 2009, 46, PIER FILIPPO GIUGGIOLI, *Il Contratto del Consumatore*, cit., 44-45. Cfr., todavia, em sentido diferente, JÖRG NEUNER, *Paternalismus im Privatrecht*, JZ, 75, 6, 2020, 269 ss (273), que, por referência aos contratos celebrados porta a porta, entende que as medidas de protecção do consumidor não constituem paternalismo, PETER CSERNE, *Freedom of choice and paternalismo in contract law: a law and economics perspective*, in German Working Papers in Law and Economics, vol. 2006, paper 6 (36) e JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, 28. Na doutrina portuguesa, sobre o paternalismo nos contratos, HUGO RAMOS ALVES, *Sobre o dito "Paternalismo Contratual"*, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, IV, IDC/FDUL, Almedina, 2014, 43 ss (74 ss, quanto ao "direito de arrependimento") e *Vulnerabilidade e assimetria contratual*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 305 ss (328 ss).

¹² Naturalmente, ao abrigo da autonomia privada e da liberdade contratual, um direito de livre desvinculação do consumidor pode, também, ter fonte contratual – cfr. MICHAEL STÜRNER, pré-annotação aos §§ 355 ss, in PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, *BGB Kommentar*, 11.ª ed., Luchterhand, 2016, 685.

ou de apresentar qualquer justificação. O direito opera, pois, independentemente da verificação de algum vício da vontade (v.g. o erro, simples ou qualificado por dolo – artigos 251.º ss do Código Civil)¹³, da existência de um negócio usurário (282.º ss CC), de uma situação de *culpa in contrahendo* (227.º CC), de incumprimento contratual (v. g. 801.º/2 CC) ou de desconformidade dos bens com o contrato¹⁴, permitindo, portanto, o livre arre-

A prática demonstra que, mesmo em contratações no estabelecimento comercial, se trata de uma solução frequentemente adoptada, com base em estratégias de *marketing* e em políticas de satisfação do cliente; a atribuição voluntária de um direito de livre desvinculação vale como sinal da qualidade do bem transaccionado. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, 392 e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 190, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, 123, SCHURR, *Geschäftsimmanente Abstandnahme. Das ius poenitendi des Europäischen Fernbsatzrechts in Gegenüberstellung zu artverwandten Instituten des allgemeinen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 60-61 e 191 ss, HORST EIDENMÜLLER, *Why Withdrawal Rights?*, ERCL, vol. 7, 1, 2011, 1 ss (8).

No ordenamento espanhol, o “direito de desistência” de fonte contratual está, expressamente, previsto na lei: TRLGDCU (Texto Refundido de la Ley Generale para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: RDLeg. 1/2007, de 16 de Novembro), artigos 68/2 e 79. Cfr. IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 39 ss e 95 ss, ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre*, RDP, 94, n.º 3, 2010, 15 ss (21-22 e 54 ss), LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El prazo para desistir en los contratos con consumidores*, ADC, LXIV, 1, 2011, 157 ss (165-166), HENRRY SOSA OLÁN, *Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica*, Ars Iuris Salmanticensis, vol. 3, n.º 1, 2015, 105 ss (118 ss) e *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2015, 179 ss e VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, RDP, 100, n.º 6, 2016, 127 ss (142).

¹³ Sobre a concorrência do direito de livre desvinculação com o direito de anulação do contrato por vício da vontade vide GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 90 ss.

¹⁴ O chamado “direito de rejeição”, a que se refere o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, sobre compra e venda de bens e fornecimento de conteúdos e serviços digitais, não constitui um direito de livre desvinculação do consumidor: pressupõe a falta de conformidade, que se manifeste no prazo de 30 dias após a entrega do bem, caso em que o consumidor pode optar pela imediata resolução do contrato.

Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e venda e fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 outubro*, Almedina, 2022, 64-65 e MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA, *A sustentabilidade e a compra e venda para consumo na Diretiva 2019/771 e no DL 84/2021: aplausos e perplexidades*, in JORGE MORAIS CARVALHO / INÊS CRISPIM / MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA / MARTIM FARINHA, *Diretivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-lei n.º 94/2021. Compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade*

pendimento, por um determinado (e curto) período de tempo, o que constitui, evidentemente, uma via de tutela do consumidor especialmente forte e eficaz¹⁵, na medida em que lhe confere uma segunda oportunidade de pensar as vantagens e os inconvenientes de um negócio, em regra, já celebrado¹⁶.

III. Contudo, esta possibilidade, conferida a uma das partes, de *mudar de ideias*¹⁷ e *retirar a palavra dada*¹⁸, de modo livre e sem consequências indenizatórias ou outras, implica uma frontal restrição da regra *pacta sunt servanda*¹⁹ e do princípio da estabilidade contratual, incluindo o da irretroc-

e dados pessoais, Almedina, 2022, 117 ss (136-137) (referindo-se a uma espécie de “direito de arrependimento” para bens desconformes).

¹⁵ Cfr. ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 113.

Numa certa visão doutrinária, fala-se, até, de autotutela: vide FRANCESCO RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, RDCiv., LV, n.º 5, P. II, 2009, 525 ss (525), VINCENZO CUFFARO (dir.), *Codice del Consumo* (coord. ANGELO BARBA / ANDREA BARENGHI), 3.ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, 386, EZIO GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, 69 e LUCIANA D'ACUNTO, *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, ESI, Napoli, 2018, 144 ss e 163 ss.

¹⁶ Cfr. CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 54.

¹⁷ HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 71.

¹⁸ Cfr. ALBERTO GALLARATI, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, cit., *passim*, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas*, RFDUL, LXI, n.º 2, 2020, 231 ss (247), MÁRIO FROTA, *Os contratos de consumo – Realidades sóciojurídicas que se perspectivam sob novos influxos*, RPDC, n.º 23, 2000, 9 ss (26) (= Revista de Direito do Consumidor, ano 10, n.º 37, 2001, 9 ss (23)) (“*dar o dito por não dito*”).

¹⁹ Expressamente neste sentido, HEINRICH HONSELL, *Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht*, ZIP, 29, 4, 2008, 621 ss (623). Cfr. também GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985, 65 ss; BADENAS CARPIO / BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, cit., 200; ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre*, cit., 16; GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 42, 2012, 543 ss (544); REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005 (reprint 2010), 213; JENNY GESSNER, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 2009, 15; PETER ROTT, *Information obligations and withdrawal rights*, in *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, edit. CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, Cambridge University Press, 2010, 187 ss (187); HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 67 ss e 102 e *Why Withdrawal Rights?*, cit., 2, 4 e 19; PETER MANKOWSKI, *Verbraucherschützendes Widerrufsrecht und Rechtsmissbrauch*, JZ,

tibilidade²⁰, consagrados no artigo 406.º/1 do Código Civil. Nesta medida, o

71/15-16, 2016, 787 ss (790); MARIA LUISA CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, cit., 137; PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, in *Commentaries on European Contract Laws*, edit. NILS JANSEN / REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, 2018, 505 ss (508 ss); PATRICIA SÁNCHEZ ABRIL / FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ / JOAN MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, InDret, 3/2018, 31; EDUARDO BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Giappichelli, Torino, 2019, 4; GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7.ª ed., Sellier/De Gruyter, Berlin, 2020, K16; REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2021, 157 e 160. Na doutrina nacional: JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, RPDC, n.º 3, 1995, 70 ss (79); FERNANDO NICOLAU DOS SANTOS SILVA, *Dos contratos negociados à distância*, RPDC, n.º 5, 1996, 45 ss (56); CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 114; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 84, nota 102 e 326-327, *Direito do Consumo*, cit., 149 e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 158; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, ROA, 70, I/IV, 2010, 219 ss (253) (também publicado nos *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. II, Universidade Católica Edit., Lisboa, 2011, 173 ss; aqui: 205); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. II – *Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2017, 258; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905; MARISA DINIS, *O direito à informação – consequências em caso de preterição dos deveres de informação*, Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. IV, n.º 16, 2014, 87 ss (96); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., cit., 125. Cfr. ainda PASCAL PICHONNAZ, *La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier*, in *Droit de la consommation/Konsumenschutzrecht/Consumer law. Liber amicorum Bernd Stauder*, dir. LUC THÉVENOZ / NORBERT REICH, Nomos/Schultess, Zürich, 2006, 323 ss (331 e 340) (“direito de revogação” do consumidor como derrogação dos princípios da liberdade contratual e da fidelidade contratual) e HERBERT ROTH, *EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht*, JZ, 54, 1999, 529 ss (533) (ruptura com o princípio da autonomia privada).

Numa perspectiva diferente: CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”*, AcP 200, 2000, 273 ss (344 ss), distinguindo liberdade contratual formal e material e vendo no *Widerrufsrecht* uma concretização desta última; CHRISTIAN BALDUS, *Proteção do consumidor na zona cinzenta entre o contrato e o não-contrato?*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6, 2004, 129 ss (146-147), sustentando que os “direitos à revogação” estabelecem o sincronismo entre a autonomia privada formal e material. Na doutrina portuguesa, sobre o “direito de revogação do contrato” como via de protecção da liberdade contratual e da autonomia privada em sentido material, vide NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I – *Introdução. Formação do contrato*, Gestleg, Coimbra, 2021, 263 ss e 274.

²⁰ JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*,

direito de “arrependimento” do consumidor, que opere em fase pós-formação do contrato²¹, contraria claramente o regime regra do Direito dos contratos²², assumindo (com as consequências daí advenientes) um carácter excepcional²³.

2. O impulso comunitário/europeu

2.1. Directivas comunitárias

Embora com referências e consagrações mais remotas²⁴, o reconhecimento e o progressivo alargamento de direitos de livre desvinculação

cit., 79; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905; ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 39-40 e 127. Cfr. também GIORGIO DE NOVA, *Recesso*, DDP, Sez. Civ., XVI, 1997, 314 ss, *maxime* 319.

²¹ O princípio da força vinculativa do contrato só é abalado pelo direito de livre de desvinculação quando este opere no âmbito do contrato já constituído e não – contrariamente ao que afirma ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 131 – naqueles casos em que da lei resulte que o exercício do *ius poenitendi* impede a perfeição do contrato ou a sua eficácia.

²² Nas palavras de ROPPO, *Il Contratto del Duemila*, 2.^a ed., cit., 28, trata-se de um “remédio estranho, senão repugnante, aos fundamentos do contrato de Direito comum”, acentuando o Autor, noutra local – VINCENZO ROPPO, *Il Contratto (Trattato di Diritto Privato, IUDICA / ZATTI)*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2011, 522 –, o “golpe duro” que, com o exercício do direito, é infligido ao vínculo contratual.

²³ Não acompanhamos, assim, MÁRIO FROTA, *Os contratos de consumo – Realidades sóciojurídicas que se perspectivam sob novos influxos*, cit., 13, na referência a um “princípio da reflexão”. De todo o modo, alguma doutrina equaciona, até, um princípio “*pacta non sunt servanda*”, a propósito dos contratos em que, ao consumidor, assiste um *ius poenitendi*: FRANCESCO A. SCHURR, *Geschäftsimmmanente Abstandnahme*, cit., 2-3 e 213.

No sentido do texto, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, 751 e 756, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.^a ed., cit. 71, JOANA FARRAJOTA, *A resolução do contrato sem fundamento*, Almedina, Coimbra, 2015, 31, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Presságios sobre o direito do consumo*, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabegadas Ataíde Ferreira*, Ed. DECO, 2016, 125 ss (128) e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905; cfr. também GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 66 ss e 72-73, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 40, 127 ss e 134 e ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 957 e 960.

²⁴ Ainda no século XIX, HECK sugeriu a adopção de um *Reurecht*, a favor do comprador, na compra e venda a prestações (embora, com o exercício do direito, o comprador perdesse uma pequena percentagem do preço) e admitiu a possibilidade de reconhecimento de um período de reflexão/arrependimento: PHILIPP HECK, *Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei*

den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken?, in *Verhandlungen des einundzwanzigsten Deutschen Juristentages*, 2. Band, Berlin, 1891, 131 ss (180 ss e 192).

Em termos normativos, já nas décadas de 60 e 70 do século XX se encontram consagrações do chamado direito de arrependimento, a favor do consumidor: nomeadamente, em Inglaterra, no *Hire-Purchase Act* de 1964 (na sequência das recomendações do *English Committee on Consumer Protection* – o chamado “Molony Committee” – apresentadas em 1962), na Suécia, em 1971, com uma lei sobre vendas no domicílio (*lag om hemförsäljning* – Lei n.º 238, de 4 de Junho de 1971), que atribuiu ao comprador uma “semana do arrependimento” (“*ångerveckan*”), em França, com a Lei n.º 72-6, de 3 de Janeiro de 1972, sobre *démarchage* financeiro (para contratos concluídos no domicílio, o artigo 21 determinou um prazo não inferior a quinze dias para fazer cessar a vinculação) e com a Lei n.º 72-1137, de 22 de Dezembro de 1972, relativa à protecção dos consumidores em matéria de *démarchage*/venda porta a porta (artigo 3, que conferiu ao cliente a faculdade de “renunciar”, num prazo de sete dias, por carta registada com aviso de recepção) e, na Alemanha, com a *Auslandinvestmentgesetz* (*Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen*, de 28 de Julho de 1969, BGBl I, de 31 de Julho de 1969, 986 ss): direito de desvinculação do comprador, a exercer, por escrito, no prazo de duas semanas, na compra e venda fora do estabelecimento, em matéria de investimento estrangeiro (§ 11). Vide BYRON D. SHER, *The “cooling-off” period in door-to-door sales*, UCLA Law Review, 15, n.º 3, 1968, 717 ss (717-719), EIKE VON HIPPEL, *Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers bei Haustürgeschäften?*, *RabelsZ*, 34, 1970, 504 ss (505) (com referência ao *Hire-Purchase* e outras indicações da década de 60: Áustria (1961), Suíça (1962), alguns Estados da Austrália (1963), Canadá (1965), etc.), FRIEDRICH KORKISCH, *Verbraucherschutz in Schweden*, *RabelsZ*, 37/4, 1973, 755 ss (764), FEDERICO ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, RTDPC, XXIX, P. II, 1975, 1570 ss (1574-1575), JEAN-PIERRE PIZZIO, *Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 e la protection du consommateur sollicité à domicile*, RTDC, 75, n.º 1, 1976, 66 ss (78 ss), RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, RTDC, 83, n.º 2, 1984, 228 ss (229-230) (com outras indicações legislativas francesas das décadas de 70 e 80), RAINER BECKER / JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios analogos*, RDP, 80, 1996, 913 ss (913, nota 5), CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung*, cit., 345, GÜNTER REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, AcP, 203, 1, 2003, 1 ss (3), KARL LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., Beck, München, 2004, 714, EVELYNE TERRY, *The Right of Withdrawal, The Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference*, in REINER SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008, 145, nota 3, JENNY GESSNER, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht*, cit., 16, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 68, CHRISTIAN LARROUMET / SARAH BROS, *Les Obligations. Le Contrat (Traité de Droit Civil*, dir. CHRISTIAN LARROUMET, t. 3), 7.ª ed., Economica, Paris, 2014, 236, JEAN CALAIS-AULROY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 580, CLAUDIA CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, Europa e diritto privato, n.º 4, 2017, 1343 ss (n.º 2 e notas 16-20), PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, cit., 506 ss, 526 e 568, JIANGQIU GE, *A Comparative Analysis of Policing*

do consumidor, em particular no espaço europeu²⁵, foram impulsionados, especialmente, pelas sucessivas Directivas comunitárias²⁶, que, visando uma

Consumer Contracts in China and EU, Springer, 2019, 213, JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd'hui*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 375 ss (396) e, entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., Almedina, 2017, 963, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 106, nota 454 e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, Scientia Iuridica, t. LV, n.º 307, 2006, 457 ss (460 e respectiva nota 9, quanto ao Direito alemão).

²⁵ Também noutras latitudes encontramos direitos de livre desvinculação dos consumidores; como exemplos: o Código de Defesa do Consumidor brasileiro consagra, no artigo 49, o direito de arrependimento do consumidor, conferindo-lhe sete dias, a contar do contrato ou da recepção do bem, para “desistir do contrato” celebrado fora do estabelecimento, em especial, por telefone ou no domicílio; esta solução normativa é reiterada e reforçada, mediante um correspondente dever de informação a cargo do fornecedor, em matéria de contratação electrónica (Decreto n.º 7.962, de 15 de Março de 2013, artigo 5) – vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 4.ª ed., Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, 703 ss; LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES, *A proteção do consumidor e o direito ao arrependimento: uma ruptura com os postulados liberais dos contratos*, Revista Jurídica do Ministério Público, ano 2, n.º 3, 2008, 13 ss (19 e 24), ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, Almedina, 2014, 145 ss e *passim*, JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Os contratos de consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Estudos de Direito do Consumo, vol. V (coord. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / CARLOS LACERDA BARATA), AAFDL, Lisboa, 2017, 493 ss (527-528) e *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 14, 2018, 113 ss (155 ss) e BRUNO MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor*, 7.ª ed., Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, 431 ss. Também o Código Civil e Comercial argentino de 2014 (em vigor desde 1 de Agosto de 2015) estabelece, no seu artigo 1110, que “nos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e à distância, o consumidor tem o direito irrenunciável de revogar a aceitação dentro de dez dias contados a partir da celebração do contrato...” – vide RUBÉN STIGLITZ, *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, tomo I – *Contratos. Parte general*, Thomson Reuters/La Ley, Buenos Aires, 2015, 421 ss e 430 ss e os comentários do mesmo Autor em MARISA HERRERA / GUSTAVO CARAMELO / SEBASTIÁN PICASSO (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo III, libro 3.º, Art. 724 a 1250, 2.ª ed., Edit. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, 510 ss, bem como ANDRÉ NICOLÁS BELTRAMO / MAXIMILIANO DANIEL BONED, *Derecho de arrepentimiento del consumidor, comercio electrónico y diálogo de fuentes*, in *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*, coord. SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho, 2016, 159 ss (169 ss).

²⁶ Sobre as Directivas das décadas de 80 e 90, JANKO BÜSSER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucher-schützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Peter Lang, 2001, 37 ss.

harmonização legislativa em matéria de protecção do consumidor²⁷, desde meados da década de 80, os acolheram e, uma vez transpostas para os ordenamentos internos, levaram à consagração nos Direitos nacionais da União Europeia, incluindo o português, desta marca típica dos contratos de consumo²⁸.

O primeiro passo foi dado pela Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores na venda fora do estabelecimento, que atribuiu, ao consumidor, um “direito de renúncia” (artigos 5.º e 7.º)²⁹.

²⁷ Sobre o tema, cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Harmonização legislativa e protecção do consumidor (a propósito do anteprojecto do Código do Consumidor português)*, Themis, Edição Especial, *Código Civil português. Evolução e perspectivas actuais*, 2008, 183 ss = *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PAULA COSTA E SILVA, vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, 1447 ss; JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 42 ss e 45 ss; SÁNCHEZ ABRIL / OLIVA BLÁZQUEZ / MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, cit., 30 ss; PIETRO SIRENA / YEHUDA ADAR, *La prospettiva dei remedi nel Diritto Privato Europeo*, RDCiv., LVIII, n.º 3, 2012, 360 ss (363).

²⁸ Neste sentido, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 228-229 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 964, também sublinhando, quanto ao Direito português, que as várias consagrações do “direito ao arrependimento” do consumidor tiveram na origem transposições comunitárias, e, em termos genéricos, quanto à influência europeia nas leis de protecção do consumidor, *Da natureza civil do Direito do Consumo*, O Direito, 136.º/IV, 2004, 605 ss (611 ss), *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed., cit., 320 ss e *A Tutela do Consumidor de Produtos Financeiros*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 51 ss (53 ss). Cfr. também PETER ROTT, *Information obligations and withdrawal rights*, cit., 188 ss e REINER SCHULZE, *The right of withdrawal*, in HANS SCHULTE-NÖLKE / LUBOS TICHY, *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier european law publishers, Munich, 2010, 13 ss (13-14) e *Die Widerrufsrechte im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in HANS SCHULTE-NÖLKE / FRYDERYK ZOLL / NILS JANSEN / REINER SCHULZE, *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Otto Schmidt / De Gruyter, Berlin, 2012, 151 ss (151-152).

²⁹ JOCE L 372, de 31-Dez.-1985. A Directiva foi antecedida por uma Proposta, apresentada ao Conselho, pela Comissão, em 17-Jan.-1977 (JO C 22, de 29-Nov.-1977), posteriormente modificada (JOCE C 127, de 1-Jun.-1978). O texto da Proposta – muito inspirado na legislação francesa da década de 70, relativa à protecção dos consumidores em matéria de *démarchage*/venda porta a porta (cfr. GÉRARD CAS / DIDIER FERRIER, *Traité de Droit de la Consommation*, PUF, Paris, 1986, 290, JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 580, FRANCESCO ASTONE, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Trattato di Diritto Privato Europeo*, a cura di NICOLÒ LIPARI, vol. 4.º, 2.ª ed., CEDAM, Padova, 2003, 30 ss (38 ss), MATTEO MAGRI, *Le vendite aggressive. Contratti a distanza e negoziati fuori dei locali*

Algum tempo depois, foi aprovada a Directiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986³⁰, tendo por objecto a matéria do crédito ao consumo. Diferentemente do que indiciavam os seus trabalhos preparatórios, a Directiva não se ocupou, explicitamente, do direito de livre desvinculação do consumidor³¹; contudo, no texto da Directiva, de harmonização mínima, encontravam-se algumas referências no sentido da possibilidade de atribuição desse direito, ao consumidor, em contratos de crédito ao consumo³²: v.g. no artigo 6.º/1, a propósito da informação pré-contratual a prestar ao consumidor, incluía-se a indicação da “forma de pôr termo ao contrato” e no anexo aludia-se ao “período de reflexão, se aplicável” (1/vii), 2/iii), 3/iii) e 4/iv)).

Em termos cronológicos, aparentemente, seguir-se-ia uma referência à Directiva 90/314/CEE, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados³³; porém, esta Directiva não previa a possibilidade de o cliente se desvincular do contrato sem necessidade de um fundamento: o artigo 4.º, n.º 5, regulava uma situação manifestamente diferente, ao admitir que o cliente poderia “rescindir o contrato

commerciali, cit., 86) – pode também ser confrontado, em versão italiana, em GUIDO ALPA, *Un progetto di direttiva comunitaria in materia di vendite a domicilio*, Riv. Soc., 22.º, 1977, 980 ss (987-990).

Cfr. GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994, 55 ss, com uma análise detalhada da Directiva 85/577, incluindo o “direito de renunciar aos efeitos do compromisso” (111 ss) e as várias opções tomadas pelos Estados-membros na transposição da Directiva (119 ss). Entre nós, a Directiva de 1985 foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, adiante referido.

³⁰ JOCE L 42, de 12-Fev.-1987. A Directiva 87/102/CEE, transposta para o Direito português pelo Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, foi alterada duas vezes e, depois, revogada e substituída pela Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, adiante referida.

³¹ Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, Almedina, Coimbra, 2007, 153-154 e ANTONIO PALAZZO / ANDREA SASSI, *Diritto privato del mercato*, Università degli Studi di Perugia, 2007, 121, nota 3 (texto de ROBERTO CIPPITANI).

³² Cfr. MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE, *El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo*, Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 2015, 47.

³³ JOCE L 158, de 23-Jun.-1990. Esta Directiva – transposta para o nosso Direito interno pelo Decreto-Lei n.º 198/93, de 27 de Maio – foi revogada pela Directiva 2015/2302/UE, de 25 de Novembro, adiante referida.

Cfr. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre Viagens Organizadas e “Férias Estragadas”*. *Breves Notas*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, 2012, 387 ss (389 ss).

sem qualquer penalização” quando o operador tivesse alterado elementos essenciais do contrato, designadamente, o preço³⁴.

Em 1994 surgiu a Directiva 94/47/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Outubro, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis³⁵ (*time-sharing*): conferiu, ao adquirente/consumidor, um “direito de rescisão” do contrato, sem necessidade de indicação de motivo, a exercer no prazo de 10 dias, a contar do contrato (definitivo ou preliminar) (artigo 5.º) e ainda um “direito de resolução”, a actuar no prazo de três meses, em situações de omissão, no contrato, de determinadas informações (cfr. o Anexo da Directiva)³⁶.

Com relevo para o tema em análise, seguiu-se a Directiva 97/7/CE, do Parlamento e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância³⁷: do seu artigo 6.º constava a atribuição de um “direito de rescisão” do contrato celebrado a

³⁴ Vide JOSÉ MIGUEL DE SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, Almedina, 2000, 194, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção do consumidor nas viagens organizadas. Algumas considerações*, in *Estudos de Direito do Consumo – homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, DECO, 2016, 208 ss (219, nota 29) e LARROSA AMANTE, *El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo*, cit., 48-49.

³⁵ JOCE L 280/83, de 29-Out.-1994. No Direito português, a esta protecção do consumidor correspondia já a conferida pelo Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, a que, adiante, faremos referência.

³⁶ Cfr. GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, *Habitação periódica: transposição da Directiva 94/47/CE nos ordenamentos jurídicos português, espanhol e italiano*, in *Direito privado e Direito comunitário. Alguns ensaios*, coord. MARIA HELENA BRITO / RUI PINTO DUARTE, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Âncora Edit., 2007, 145 ss (169 ss).

³⁷ JOCE L 144, de 4-Jun.-1997. Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *O Direito Comunitário do Consumo. Guia de estudo*, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, vol. I, IDC/FDUL, Almedina, Coimbra, 2002, 63 ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, tomo I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, III ss; MATTEO MAGRI, *Contratto a distanza*, DDP, Sez. Civ., aggiornamento 5, 2010, 367 ss (369 ss).

A transposição para o Direito interno português resultou do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril, que revogou o referido Decreto-Lei n.º 272/87 e juntou, num só diploma, os regimes de várias figuras, em especial, os contratos à distância (2.º a 12.º) e os contratos ao domicílio ou equiparados (13.º a 20.º); o “direito de resolução”, a favor do consumidor, constava, para aqueles contratos, dos artigos 6.º a 8.º e, para estes últimos, dos artigos 18.º e 19.º. O Decreto-Lei n.º 143/2001 – objecto da Declaração de Rectificação n.º 13-C/2001, de 31 de Maio e alterado três vezes: Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (práticas comerciais desleais), Decreto-Lei n.º 82/2008, de 20 de Maio (que alterou doze artigos do Decreto-Lei n.º 143/2001, o que motivou a sua republicação em anexo) e Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30

distância, a exercer pelo consumidor, no prazo mínimo de sete dias úteis, sem pagamento de indemnização e sem indicação de motivo.

Também relativa à contratação à distância, mas no âmbito da comercialização de serviços financeiros destinados aos consumidores, a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002³⁸, previu, igualmente, um “direito de rescisão” para o consumidor, determinando, no seu artigo 6.º, que “os Estados-Membros devem garantir que o consumidor disponha de um prazo de 14 dias de calendário para rescindir o contrato, sem indicação do motivo nem penalização”, prazo a aumentar para 30 dias “no caso de contratos à distância, abrangidos pela Directiva 90/619/CEE, relativos a seguros de vida e no caso de operações referentes a pensões individuais”³⁹.

No mesmo ano, a Directiva 2002/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida⁴⁰, incluiu no seu articulado a previsão de um “período de renúncia”, entre 14 e 30 dias (a determinar pela legislação de cada Estado-Membro) (artigo 35.º).

Em 2008 foi publicada uma nova Directiva relativa a contratos de crédito aos consumidores: Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008⁴¹, estabelecendo, no seu artigo 14.º, um “direito de retractação”, a exercer pelo consumidor, no prazo de 14 dias seguidos, sem indicação de qualquer motivo.

A tutela dos consumidores nos contratos relativos ao direito real de habitação periódica foi objecto de mais uma intervenção comunitária, com

de Outubro (serviços de pagamento) – foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, adiante referido.

³⁸ JOCE L 271, de 9-Out.-2002. Esta Directiva – transposta para o ordenamento nacional pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio (alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro) – foi alterada pelas Directivas 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, 2007/64/CE, de 13 de Novembro de 2007 e 2015/2366/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015.

³⁹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, t. I, 4.ª ed., cit., 120 ss, SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *O direito de resolução do investidor na contratação de serviços financeiros à distância*, Direito dos Valores Mobiliários, vol. VII, 2007, 233 ss, MÁRIO FROTA, *Contratos à distância – o contrato de seguro*, Lusíada (Universidade Lusíada-Porto), n.º 1-2, 2002, 203 ss (207-208) = RPDC, n.º 35, 2003, 13 ss (18-19), PEDRO A. MUNAR BERNAT, *La directiva sobre contratos a distancia en materia de servicios financieros*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Thomson/Civitas, 2003, 1189 ss (1195 ss).

⁴⁰ JOCE L 345, de 19-Dez.-2002. Esta Directiva foi revogada pela Directiva 2009/138/CE, adiante mencionada.

⁴¹ JOUE L 133, de 22-Mai.-2008. Em Portugal, esta Directiva foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho (alterado, por último, pela Lei n.º 57/2020, de 28 de Agosto).

a Directiva 2008/122/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca⁴². Mais uma vez, ao consumidor foi reconhecido um direito de livre desvinculação, a exercer no prazo de 14 dias e sem necessidade de indicar o motivo: artigos 6.º e seguintes, com a designação “direito de resolução”⁴³.

A matéria dos seguros foi retomada pela Directiva 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, relativa ao acesso à actividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II)⁴⁴: revogou a Directiva 2002/83/CE e alterou a designação dada ao direito de livre desvinculação do contrato de seguro de vida, substituindo a anterior menção ao “período de renúncia” pela referência, no artigo 186.º, ao prazo de “resolução”, sendo esta objecto do correspondente dever de informação, quanto às formas de exercício do “direito de resolução durante o período de reflexão”.

Na década seguinte, importa relevar, em especial, a Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, sobre os direitos dos consumidores⁴⁵; tendo na base um processo ambicioso, de plena harmonização, a Directiva acabou por se cingir a objectivos mais modestos, tendo alterado as Directivas 93/13/CEE e 1994/44/CE e revogado as Directivas 85/577/CEE (contratos celebrados fora do estabelecimento) e 97/7/CE (contratos à distância). No confronto com as Directivas anteriores, sobre contratação fora do estabelecimento e à distância, a Directiva 2011/83/UE, de tendencial harmonização máxima⁴⁶, comple-

⁴² JOUE L 33, de 3-Fev.2009. A Directiva foi transposta para o Direito interno pelo Decreto-Lei n.º 245/2015, de 20 de Outubro, que alterou (pela sexta vez) o Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, sobre o direito real de habitação periódica e o direito de habitação turística.

⁴³ Cfr. PEDRO MUNAR BERNAT, *Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de la duración, de reventa e intercambio*, InDret, 4/2009, especialmente, 39 ss.

⁴⁴ JOUE L 335, de 17-Dez.-2009.

⁴⁵ JOUE L 304, de 22-Nov.-2011. A Directiva foi objecto de transposição, para o Direito português, através do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, a que, adiante, voltaremos.

⁴⁶ Cfr. REINER SCHULZE, *The right of withdrawal*, cit., 18-19, TOBIAS BRÖNNEKE / KLAUS TONNER, *Das Neue Schuldrecht. Verbraucherrechtsreform 2014. Internethandel. Widerrufsrechte. Informationspflichten*, Nomos, Baden-Baden, 2014, 35 ss (36-38) (texto de KLAUS TONNER),

mentou e ampliou o regime do direito de livre desvinculação do consumidor, unificando, nessa matéria, as regras relativas aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial⁴⁷: artigos 9.º a 16.º e anexo I, sobre o chamado “direito de retractação”. A Directiva 2011/83/UE sofreu importantes alterações, introduzidas pela Directiva 2019/2161/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2019 (a chamada Directiva *Omnibus*)⁴⁸.

Na Directiva 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 habitação⁴⁹, foi determinado que os Estados-membros fixariam um prazo de, pelo menos, sete dias, para permitir ao consumidor comparar propostas, avaliar as suas implicações e tomar uma decisão informada; admitia-se ainda que cada Estado-Membro estipulasse que os

LUKAS BECK, *Die Reform des Verbraucherschutzrechts*, Jura, 36/7, 2014, 667, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 23 e, muito crítico, JÉRÔME HUET, *Le scandale de l’harmonisation totale*, *Revue des Contrats*, 2011/3, 1070 ss; MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informacion*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 2, 2015, 253 ss (256); entre nós, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *O novo regime da contratação à distância. Breve apresentação*, cit., 18-19 (harmonização plena mitigada) e JORGE PEGADO LIZ, *A Nova Directiva sobre Direitos dos Consumidores*, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. II, n.º 2, 2012, 185 ss (206 ss) (harmonização total “direccionada”).

⁴⁷ Cfr., entre vários, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitaria del recesso*, em *La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011 n. 2011/83/UE)* (C), *Il Foro Italiano*, 135, 5, 2012, c. 177 ss, 186 ss (186-187), MARIA DEL SAGRARIO BERMÚDEZ BALLESTEROS, *El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 1/2012, 61 ss, em especial, 67 ss, EVA M. DOMÍNGUEZ PÉREZ, *Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al Derecho español*, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 26, 2014, 261 ss, maxime 267 ss, MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, *La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e informacion*, cit., 282 ss, LARROSA AMANTE, *El Derecho de Desistimiento en la Contratación de Consumo*, cit., 70, LUCA DI DONNA, *Codice di diritto privato europeo*, Wolters Kluwer, 2016, 313 ss.

⁴⁸ JOUE L 328, de 18-Dez.-2019. Esta Directiva – que alterou as Directivas 93/13/CEE, do Conselho, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, visando uma melhor aplicação e a modernização das regras comunitárias em matéria de defesa dos consumidores – foi parcialmente transposta para o ordenamento português pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, que entrou em vigor em 28 de Maio de 2022 (artigo 15.º).

⁴⁹ JOUE L 60, de 28-Fev.-2014.

consumidores não poderiam aceitar a proposta contratual durante determinado prazo, não superior aos primeiros dez dias do “período de reflexão”. Neste quadro, o artigo 14.^o, n.^o 6 (em matéria de informação pré-contratual), com uma solução *sui generis*, obrigou à adopção, pelos Estados-membros, em alternativa, de uma de três vias de protecção do consumidor: na primeira, o referido prazo valeria como “período de reflexão antes da celebração do contrato de crédito”, caso em que a proposta contratual do “mutuante” se manteria e poderia ser aceite pelo consumidor, durante todo esse período; na segunda, esse lapso de tempo corresponderia ao prazo para “o exercício do direito de resolução após a celebração do contrato”; finalmente, como terceira alternativa, admitiu-se a conjugação das duas anteriores⁵⁰. Naturalmente, à primeira via não corresponde um verdadeiro direito de livre desvinculação contratual, dado o período de reflexão operar em fase pré-contratual⁵¹.

Novamente com incidência nos contratos de viagens organizadas, é ainda de recordar a Directiva 2015/2302/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015⁵², cujo artigo 12.^o se ocupou da “rescisão do contrato” e do “direito de retratação antes do início da viagem organizada”. Todavia, neste âmbito, à “rescisão” contratual, pelo viajante, sem necessidade de fundamento, pode corresponder a obrigação de pagamento de uma “taxa de rescisão adequada e justificável”.

2.2. Outros instrumentos europeus de harmonização do Direito dos contratos

I. Entre as iniciativas dirigidas à harmonização do Direito dos contratos na União Europeia conta-se, especialmente, a resultante dos trabalhos da Academia dos Jusprivatistas Europeus (Pavia), que culminou com elaboração do anteprojecto de Código Europeu dos Contratos⁵³, cujo Livro I foi apresentado em 1999⁵⁴; no artigo 159 estabeleceu-se que – no caso pre-

⁵⁰ Cfr. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ, *Aspectos básicos de la Directiva 2014/17/UE*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.^o 5, 2016, 411 ss (428-429).

⁵¹ Como veremos, foi esta a solução adoptada pelo legislador português, com o Decreto-Lei n.^o 74-A/2017, de 23 de Junho, que transpôs parcialmente a Directiva.

⁵² JOUE L 326, de 11-Dez.-2015.

⁵³ Cfr. Accademia dei Giusprivatisti Europei, *Code European des Contrats. Avant-project* (coord. GIUSEPPE GANDOLFI), I, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2004; II/1, 2007; II/2, 2008.

⁵⁴ Cfr. ANTUNES VARELA, *Code European des Contrats (Avant-projet)* (Pavia), in *Um Código Civil para a Europa*, BFD (Studia Iuridica 64), Coimbra Edit., 2002, 47 ss (50-51) (texto da comu-

visto no artigo 9: relativo a contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – o consumidor insatisfeito ou arrependido podia fazer cessar o contrato (ou a sua proposta contratual), mediante declaração escrita, nos prazos aplicáveis previstos nas disposições comunitárias, tendo em conta o facto de o consumidor ter ou não sido informado do seu direito.

II. O direito de livre desvinculação do consumidor está também presente no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁵⁵, sendo definido de modo amplo, como o direito, exercível num período limitado, de fazer cessar uma relação decorrente de um contrato ou outro acto jurídico, sem necessidade de justificação e sem incorrer em responsabilidade pelo incumprimento das obrigações decorrentes desse contrato ou acto jurídico⁵⁶. Os traços gerais do *right of withdrawal* ocupam o capítulo V do livro II (5:101-5:202): um direito que opera por declaração à contraparte, sem necessidade de invocar um motivo (II.-5:102), exercido após a celebração do contrato, num prazo de 14 dias, a contar desse momento, da entrega dos bens ou da data em que for prestada a devida e correspondente informação (cfr. II.-5:104), com o limite de um ano após o contrato (II.-5:103)⁵⁷ e que tem como principal efeito a cessação da relação contratual e das respectivas

nicação do Autor, que integrou a Academia, no Colóquio realizado em 23 e 24 de Junho de 2000, na Universidade de Coimbra).

⁵⁵ Em geral, sobre o *Projecto de Quadro Comum de Referência*, vide CHRISTIAN VON BAAR / ERIC CLIVE / HANS SCHULTE-NÖLKE (edit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, Sellier, Munich, 2009, GUIDO ALPA, *The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 209 ss e, entre nós, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, 3.ª ed., com colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 2019, 268 e DÁRIO MOURA VICENTE, *Perspectivas da harmonização e unificação internacional do Direito privado numa época de globalização da economia*, Direito e Cidadania, ano IX, n.º 27, Praia-Cabo Verde, 2007/2008, 169 ss (178-179) e, principalmente, *Direito Comparado*, vol. II – *Obrigações*, cit., 598 ss.

⁵⁶ A definição consta do anexo ao DCFR. Cfr. VON BAAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., 569-570 e ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH, *Derecho de desistimiento*, in *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coord. A. VAQUER ALOY / E. BOSCH CAPDEVILA / M. P. SANCHEZ GONZÁLEZ, t. I, Atelier, Barcelona, 2012, 339 ss (341-342).

⁵⁷ Cfr. GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 566.

obrigações (II.-5:105)⁵⁸. São especialmente contemplados os contratos celebrados, com consumidores, fora do estabelecimento comercial (incluindo, em regra, contratos concluídos à distância) (II.-5:201) e os *timeshare contracts* (II.-5:202)⁵⁹.

III. Ainda numa linha de uniformização do Direito privado europeu dos contratos, merece igualmente referência a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda (CESL – *Common European Sales Law*), publicada com data de 11 de Outubro de 2011⁶⁰, tendo em vista a criação de um instrumento, facultativo, comum ao nível do Direito da compra e venda, fa-

⁵⁸ Cfr. VON BAAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., 201 ss. Sobre o tema, vide EVELYNE TERRY, *The Right of Withdrawal, The Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference*, cit., 145 ss, MARCO B. M. LOOS, *Review of the European consumer acquis*, Centre for the Study of European Contract Law. Working Paper Series n.º 2008/03, n.º 3.4 (disponível em <https://ssrn.com/abstract=1123850>), PETER ROTT, *The Right of Withdrawal in the Common Frame of Reference* (incluído no *Report from Oslo Workshops on Consumer Contracts 2007 and 2008*), *European Business Law Review*, 20/1, 2009, 212 ss (213 ss) e “*Technical Harmonization*” versus *Substantive Differences: Termination and Withdrawal in the Draft Common Frame of Reference*, in ALESSANDRO SOMMA, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Wolters Kluwer, 2009, 163 ss, em especial, 166 ss, CARSTEN HERRESTAHL, *Consumer Law in the DCFR*, in *The Common Frame of Reference: a View from Law & Economics*, edit. GERHARD WAGNER, Sellier, Munich, 2009, 164 ss (179 e 191-192), PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, cit., 522 ss, ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA, *El derecho de desistimiento en el marco común de referencia*, *InDret*, 2/2009, especialmente, 8 ss, ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH, *Derecho de desistimiento*, cit., 343 ss e *El prazo de desistimiento del consumidor en los instrumentos europeos de derecho contractual*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, 2012, 1047 ss, *maxime* 1052-1053, 1055 ss, 1060 ss e 1070 ss, VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 160 ss, CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS / RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *The Mandatory Nature of the Right of Withdrawal*, in *European Perspectives on the Common European Sales Law*, edit. JAVIER PLAZA PENADÉS / LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO, Springer, 2015, 45 ss (48 ss) e SÁNCHEZ ABRIL / OLIVA BLÁZQUEZ / MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, cit., 35.

⁵⁹ Cfr. VON BAAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., 203-204 e 205 e COSIALLS UBACH, *Derecho de desistimiento*, cit., 380 ss e 384 ss.

⁶⁰ COM/2011/0635 final, acessível em <http://eur-lex.europa.eu>. Cfr. também a subsequente Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 26 de Fevereiro de 2014: JOUE C 285, de 29-Ago.-2017.

cilitador do comércio internacional. Na Proposta – entretanto, abandonada, em favor das Directivas 2019/770, sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e 2019/771, relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens⁶¹ – encontra-se um significativo conjunto de disposições relativas ao “direito de retractação” nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial entre profissionais e consumidores: artigos 40.º a 47.º (correspondentes ao capítulo 4 da parte II do anexo I) e apêndices 1 e 2 (respectivamente, modelo de instruções relativas à retractação e modelo de formulário da retractação)⁶².

Sobre o tema, na doutrina portuguesa, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, 3.ª ed., cit., 269 ss e DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. II, cit., 602 ss.

⁶¹ Ambas no JOUE L 136, de 22-Mai.-2019.

Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Directivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, Revista Electrónica de Direito, n.º 3, vol. 20, 2019, 63 ss, *Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 12, n.º 1, 2020, 930 ss, *Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales*, in *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, dir. ESTHER ARROYO AMAYUELAS / SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Marcial Pons, 2020, 31 ss e *Directivas 2019/770 e 2019/771 e seu Impacto no Direito Português*, in JORGE MORAIS CARVALHO / INÊS CRISPIM / MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA / MARTIM FARINHA, *Directivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-lei n.º 94/2021. Compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais*, cit., 17 ss, ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais*, Estudos de Direito do Consumidor, 15, 2019, 9 ss, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas)*, ROA, 79, n.º 3-4, 2019, 723 ss, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O direito europeu da compra e venda 20 anos depois. Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019*, Revista de Direito Comercial, 2020, 1217 ss, PAULO MOTA PINTO, *Venda de bens de consumo. Apontamento sobre a transposição da Directiva (UE) 2019/771 e o Direito português*, Estudos de Direito do Consumidor, 17, 2021, 511 ss, ANDRÉ ALFAR RODRIGUES, *Direitos do consumidor em caso de falta de conformidade: uma análise ao regime das Directivas 2019/770 e 2019/771*, AAFDL, Lisboa, 2021.

A transposição das Directivas foi objecto do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, entrado em vigor em 1 de Janeiro de 2022. Sobre este diploma legal, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Compra e venda e fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 outubro*, cit., e *Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro – Apresentação geral*, in JORGE MORAIS CARVALHO / INÊS CRISPIM / MARIA MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA / MARTIM FARINHA, *Directivas 2019/770 e 2019/771 e Decreto-lei n.º 94/2021. Compra e venda, fornecimento de conteúdos e serviços digitais, conformidade, sustentabilidade e dados pessoais*, cit., 45 ss.

⁶² Cfr. REINER SCHULZE, *Die Widerrufsrechte im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, cit., 160 ss; FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione norma-*

3. Consagrações legais e fundamentos

3.1. O direito de livre desvinculação na legislação portuguesa

I. Como ficou referido, a lei não atribui genericamente um direito de livre desvinculação contratual ao consumidor. Contudo, além da norma, de aplicação residual⁶³, contida no artigo 9.º, n.º 8, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (LDC – Lei de Defesa do Consumidor)⁶⁴ – que, salvaguardando regimes mais favoráveis, reconhece um “direito de livre resolução”, do consumidor, nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, nos termos do correspondente regime legal (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro) – existem diversas e crescentes consagrações legais deste direito, espécie de *ius poenitendi* a favor do consumidor, sempre marcadas por uma desconcertante variação terminológica.

II. Na legislação portuguesa, o direito de livre desvinculação do consumidor foi acolhido, em primeiro lugar, pelo Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, que transpôs, para o Direito interno, a referida Directiva 85/577/CEE, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores nos contratos celebrados fora do estabelecimento: nesse diploma, foi concedido ao consumidor um “direito de resolução” ou de “desistência”, nas vendas ao domicílio (artigos 4.º e 5.º) e nas vendas por correspondência (artigos 11.º e 12.º), a exercer no prazo de sete dias úteis, contados a partir da data do contrato ou, se posterior, da data da entrega da mercadoria. O diploma de 1987 foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 143/2001,

tiva, cit., 1051 ss; VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 162 ss; REINER SCHULZE / JONATHAN MORGAN, *The Right of Withdrawal*, in *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, edit. GERHARD DANNEMANN / STEFAN VOGENAUER, Oxford University Press, 2013, 294 ss (296 ss, com um confronto entre as regras DCFR e CESL); CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS / RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *The Mandatory Nature of the Right of Withdrawal*, cit., 53 ss.

⁶³ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 192-193 e JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, Almedina, Coimbra, 2014, 95.

Cfr. RP 18-Dez.-2013 (JOSÉ AVELINO GONÇALVES), proc. n.º 1141/10.1TBMGR-A.Cl, www.dgsi.pt, sobre a aplicação do artigo 9.º/3 a um contrato de mediação imobiliária.

⁶⁴ Alterada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro.

de 26 de Abril, relativo aos contratos celebrados à distância e aos contratos ao domicílio e equiparados, também já revogado, pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, que transpôs, parcialmente, para a ordem jurídica nacional a já mencionada Directiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores⁶⁵.

No referido Decreto-Lei n.º 24/2014, hoje em vigor⁶⁶, consagra-se, com um regime detalhado, um “direito de livre resolução” (artigos 10.º ss), a favor do consumidor, na generalidade dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e dos contratos celebrados à distância⁶⁷, com um fornecedor de bens ou serviços; vale também para as vendas especiais esporádicas (artigo 25.º)⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 872 ss, com uma síntese da evolução legislativa.

⁶⁶ Com alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 78/2018, de 15 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro.

⁶⁷ Além dos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros, que estão submetidos a um regime próprio (adiante indicado), exceptuam-se as várias situações previstas no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, entre as quais se incluem, por exemplo, contratos de fornecimento de bens confeccionados de acordo com as especificações do consumidor ou manifestamente personalizados (17.º/1, c)) e contratos de fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo (17.º/1, h)); cfr., nomeadamente, JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 126 ss; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 261 ss; PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 84 ss; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, Estudos de Direito do Consumo, vol. V (coord. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE / CARLOS LACERDA BARATA), AAFDL, Lisboa, 2017, 129 ss (143) e *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 209 ss (228); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., cit., 129 ss.

⁶⁸ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., especialmente, 905 ss; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 243 ss; JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 90 ss; PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 75 ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 156-157; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, in *I Congresso de Direito do Consumo* (coord. JORGE MORAIS CARVALHO), Almedina, Coimbra, 2016, 108 ss; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Dos contratos de consumo em especial*, ROA, ano 78, I/II, 2018, 125 ss (141 e 145) e

III. Nos contratos de aquisição de direito real de habitação periódica e de direito de habitação turística, bem como nos correspondentes contratos-promessa, existe, também, um “direito de resolução”, imotivado, na titularidade do adquirente ou do promitente adquirente⁶⁹: artigos 16.º, 19.º e 49.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto⁷⁰.

IV. Os contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros estão sujeitos a um regime especial, vertido no Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio⁷¹, em cujos artigos 19.º e seguintes se inscreve, também, um “direito de livre resolução” do consumidor⁷², a exercer no prazo de 14 dias, excepto nos contratos de seguro de vida e relativos à adesão individual a fundos de pensões abertos, em que o prazo é de 30 dias (20.º/1 do mesmo diploma legal); em regra, o prazo para o exercício do “direito de livre resolução” conta-se a partir da data da celebração do contrato à distância ou da

Direito do Consumo, cit., 170; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 140 ss e *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 227-228; SANDRA PASSINHAS, *A proteção do consumidor no mercado em linha*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 2, 2021, 871 ss (890 ss).

⁶⁹ Sobre o tema, veja-se, especialmente, o estudo, fundamental, de JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrendimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 70 ss e JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo, à realidade*, O Direito, ano 153.º, IV, 2021, 675 ss (686-687) (ou *Timesharing or Real Rights of Periodic Occupation: From Consumption Property to Reality*, in *International Journal of Humanities and Social Science*, vol. 11, n.º 9, 2021, 102 ss). Cfr. também PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., 155-156 e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, cit., 220-221.

⁷⁰ O Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto – que reviu o regime legal do direito real de habitação periódica, iniciado com o Decreto-Lei n.º 355/81, de 31 de Dezembro e prosseguido pelo Decreto-Lei n.º 130/89, de 18 de Abril, que já consagrava um direito de “resolução”, a exercer em sete dias após o contrato-promessa (30.º/4) – foi alterado sete vezes, a última das quais através do Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de Janeiro.

⁷¹ Alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro.

⁷² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, 702-703, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, RDES, L, n.º 3-4, 2009, 85 ss (106-107) (texto também publicado em *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, Universidade Católica Edit., Lisboa, 2011, 235 ss; aqui: 252), PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, Almedina, Coimbra, 2009, 68 ss, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A celebração à distância do contrato de seguro*, in *Contrato de Seguro. Estudos*, Coimbra Edit., 2009, 37 ss (62 ss), ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Contratação à distância e contrato de seguro*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 10, 2016, 91 ss, em especial, 138 ss.

data da recepção, pelo consumidor, dos termos do mesmo e das devidas informações, se for posterior (20.º/2); tratando-se de seguro de vida celebrado à distância, o prazo para a “livre resolução” conta-se a partir da data em que o tomador for informado da celebração do mesmo (20.º/3 do mesmo decreto-lei).

V. O consumidor beneficia, igualmente, de um “direito de livre revogação” nos contratos de crédito ao consumo, conforme resulta do disposto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho⁷³, que traça o regime geral aplicável a estes contratos⁷⁴.

Já em matéria de crédito à habitação, no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, que transpõe parcialmente a mencionada Directiva 2014/17/UE, o legislador português consagrou uma situação diferente, ao estabelecer que a proposta contratual do “mutuante” se mantém pelo período mínimo de trinta dias, devendo o consumidor ser informado de que não a pode aceitar nos primeiros sete dias, salvaguardando, assim, um período de

⁷³ Cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Proteção do consumidor a crédito na celebração e na execução do contrato*, RED, 2014/1, 7 ss e *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Almedina, Coimbra, 2009, 77 ss, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 447 ss, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 157-158, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Dos contratos de consumo em especial*, cit., 178-179 e *Direito do Consumo*, cit., 213.

O Decreto-Lei n.º 133/2009 revogou o Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro, que, no seu artigo 8.º, consagrava um “período de reflexão”: a declaração negocial do consumidor só seria eficaz se não fosse por ele revogada no prazo de sete dias úteis a contar da assinatura do contrato. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O crédito ao consumo: O seu regime actual e o regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor*, Sub judice, n.º 36, 2006, 9 ss (12) e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, cit., *maxime*, 465 ss e *Contratos de crédito ao consumo*, cit., 151 ss, em especial, 156 ss. Para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 112, perante o regime de 1991, o “direito de reflexão” operava num “modelo de eficácia suspensa” (e não de “eficácia resolúvel” do contrato); em sentido diferente: JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 419. Sobre esta questão vejam-se, igualmente, JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 81 ss e BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 248 ss.

⁷⁴ Ressalvam-se, pois, regimes especiais, designadamente, o do crédito à habitação e imobiliário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho. Sobre este diploma, vide RUI PINTO DUARTE, *O Novo Regime do Crédito Imobiliário a Consumidores (Dec.-Lei 74-A/2017). Uma apresentação*, Almedina, Coimbra, 2018.

reflexão antes da celebração do contrato (13.º/4 e 5 do Decreto-Lei), o qual valerá, igualmente, para o fiador (13.º/6). Este período de reflexão inscreve-se em fase anterior à conclusão do contrato, não correspondendo, portanto, a um direito de desvinculação contratual⁷⁵.

VI. Também o contrato de viagem organizada⁷⁶ pode ser extinto por livre decisão do viajante, que o pode “rescindir”, a todo o tempo, mas antes do início da viagem: artigo 25.º/1 do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de Março, que transpõe para o ordenamento nacional a já referida Diretiva 2015/2302/UE. Contudo, neste âmbito, o regime legal apresenta uma importante particularidade: em princípio, o exercício do direito de “rescisão”⁷⁷ tem um custo para o viajante, que fica obrigado a pagar uma

⁷⁵ Sobre este regime, cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação*, in *Estudos de Direito Bancário I* (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / JANUÁRIO DA COSTA GOMES / MIGUEL BRITO BASTOS / ANA ALVES LEAL), Almedina, Coimbra, 2018 (reimpr. 2019), 297 ss (318-320) e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 447-448, nota 1224, SANDRA PASSINHAS, *O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 14, 2018, 415 ss (470-471) e, mais sucintamente, *Crédito e consumidor bancário*, BOA, n.º 32, Maio – Agosto 2021 e GABRIELA MESQUITA SOUSA, *Formação do contrato de crédito relativo a imóveis (Decreto-lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho)*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 17, 2021, 39 ss (122 ss e 138 ss).

Em abono do que dizemos no texto, cfr. CLEMENT LE BIDEAU, *Engagement et désengagement contractuel. Étude de droit de la consommation et de droit civil* (thèse), Université de Grenoble, 2015, 266-267 e FLORIAN MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle* (thèse), Université d'Evry-Val-d'Essonne, 2015, 451, sobre a distinção entre *délais de réflexion* e *droit de rétractation*.

⁷⁶ Sobre este contrato, à luz da legislação em vigor: JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Dos contratos de consumo em especial*, cit., 181 ss e *Direito do Consumo*, cit., 216 ss, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção do consumidor nas viagens organizadas. Algumas considerações*, cit., 209 ss, *Contrato de viagem organizada*, in *Novo Coronavírus e gestão da crise contratual. Contratos em especial e responsabilidade*, 2.º videocast, CIDP, 2020, 15 ss (acessível em <http://www.cidp.pt/Archive/Docs/f956034234341.pdf>) e *A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas*, cit., 231 ss e HUGO RAMOS ALVES, *Direito Aéreo. Uma introdução*, AAFDL, Lisboa, 2019, 570 ss e *O charter aéreo e as viagens organizadas*, RDC, V/3-4, 2020, 657 ss (671 ss). Perante os regimes anteriores: SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., *passim*, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O contrato de viagem organizada na lei vigente e no anteprojecto do Código do Consumidor*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 8, 2006/2007, 127 ss, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre Viagens Organizadas e “Férias Estragadas”*, *Breves Notas*, cit., 392 ss, LUÍS ESPÍRITO SANTO, *O contrato de viagem organizada*, Almedina, Coimbra, 2016.

⁷⁷ No Anteprojecto do Código do Consumidor – preparado por uma Comissão presidida pelo Professor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e apresentado, para debate público, em 15 de Março de 2006 – foi utilizada a designação “direito de revogação” (artigo 376.º), aplaudida

“taxa de rescisão”, nos termos dispostos nos números 2 e 3 do mesmo artigo 25.^o, só assim não sucedendo se a “rescisão” tiver por base circunstâncias inevitáveis e excepcionais no local de destino ou na sua proximidade imediata, que afectem consideravelmente a realização da viagem ou o transporte dos passageiros para o destino (25.^o/4), entendendo-se por tal “qualquer situação fora do controlo da parte que a invoca e cujas consequências não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis” (2.^o/1, c))⁷⁸. Trata-se, portanto, de um direito de desvinculação *sui generis*: o seu exercício é livre, dispensando fundamento legal ou contratual, mas não gratuito, na medida em que pode implicar um pagamento⁷⁹.

Nos termos do artigo 26.^o do mesmo diploma legal, no contrato de viagem organizada celebrado fora do estabelecimento comercial é conferido ao viajante um “direito de retratação”, a exercer livremente, no prazo de 14 dias.

VII. Em matéria de seguros, a lei acolhe, inequivocamente, um “direito de livre resolução”, a favor do tomador do seguro, pessoa singular, nos seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde com duração igual ou superior a seis meses, e nos seguros qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturados, em ambos os casos a exercer em 30 dias a contar da recepção da apólice, bem como noutros seguros, quando celebrados à dis-

por JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O contrato de viagem organizada na lei vigente e no anteprojecto do Código do Consumidor*, cit., 157.

⁷⁸ Estas “circunstâncias inevitáveis e excepcionais”, que abrangem catástrofes naturais, guerras, terrorismo ou surtos de doença grave no destino da viagem, foram repetidamente invocadas durante a fase mais crítica da pandemia Covid-19, pelos viajantes que pretendiam fazer cessar os contratos, sem pagamento de “taxa de rescisão” e com reembolso integral das quantias pagas (artigo 25.^o, n.ºs 4 a 6). Em defesa da solvência das agências de viagens e turismo foram, então, tomadas medidas legislativas excepcionais, abrangendo viagens organizadas previstas para o período de 13-Mar.-2020 a 30-Sep.-2020 e não realizadas ou canceladas, por causa da pandemia, determinando, apenas, a emissão de um vale de valor correspondente ao pago pelo viajante ou o reagendamento da viagem até 31-Dez.-2021: artigo 3.^o do Decreto-Lei n.º 17/2020, de 23 de Abril, que, assim – e ao arrepio do entendimento da Comissão Europeia (Recomendação (UE) 2020/648, de 13 de Maio) –, afastou a obrigação de reembolsar os viajantes das quantias por estes pagas; esta solução normativa foi revogada pelo Decreto-Lei n.º 62-A/2020, de 3 de Setembro. Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas*, cit., 245 ss.

⁷⁹ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.^a ed., cit., 159-160 e SÁ MIRANDA, *O contrato de viagem organizada*, cit., 194 ss.

tância (exceptuados os constituídos por menos de um mês e os seguros de viagem ou de bagagem), podendo, nesta hipótese, o direito ser exercido no prazo de 14 dias a contar do mesmo momento⁸⁰; porém, os prazos contam-se a partir da data da celebração do contrato quando o tomador disponha, desde logo, em papel ou outro suporte duradouro, de todas as informações relevantes sobre o seguro que devam constar da apólice: artigo 118.º LCS⁸¹. Sendo o contrato de seguro celebrado à distância, a determinação do regime aplicável, nomeadamente, quanto ao prazo para exercício do direito de livre desvinculação, implica a conjugação do disposto no artigo 118.º LCS com as regras constantes do já mencionado Decreto-Lei n.º 95/2006, referente aos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros⁸².

⁸⁰ Cfr. MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *Regime jurídico do contrato de seguro em Portugal*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º 5 ter, 2016, 199 ss (219-220).

Tratando-se de um dos seguros antes mencionados, ainda que celebrado à distância (por exemplo, um seguro de saúde anual constituído por via informática), o tomador disporá de 30 dias para exercer o seu direito de livre desvinculação. É que resulta do regime legal contido na Lei do Contrato de Seguro (LCS: Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril): no artigo 118.º/1 é estabelecido o prazo de 30 dias aplicável a seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde com uma duração igual ou superior a seis meses (118.º/1, *a*) e a seguros qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturados (118.º/1, *b*)), fixando-se, de seguida, o prazo de 14 dias para os “os contratos de seguro celebrados à distância, *não previstos nas alíneas anteriores*” (118.º/1, *c*)) (itálico nosso). Aliás, na situação considerada ou noutra análoga, não faria sentido uma solução normativa que conduzisse a uma diminuição do prazo (de 30 dias) para a livre desvinculação do tomador do seguro (e, admita-se, consumidor), precisamente, nos casos em que este utilize um modo de contratação (à distância) que justifica, também, uma especial tutela. De todo o modo, esta questão prende-se com a necessidade – que, a seguir, sublinhamos – de conjugação dos regimes da LCS e dos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros.

⁸¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, 2.ª ed., cit., 774-775, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 158-159 e na *Lei do Contrato de Seguro Anotada* (PEDRO ROMANO MARTINEZ / LEONOR CUNHA TORRES / ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA / MARIA EDUARDA RIBEIRO / JOSÉ PEREIRA MORGADO / JOSÉ VASQUES / JOSÉ ALVES DE BRITO), 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, 420-421, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., 127 ss e 197 ss, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *O contrato de seguro na LCS de 2008*, ROA, 69/III-IV, 2009, 815 ss (858).

⁸² Sobre esta questão, à luz dos regimes vigentes, *vide*, em especial, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Contratação à distância e contrato de seguro*, cit., 138 ss e, quanto ao prazo, 141 ss (defendendo que, em caso de concurso, o artigo 118.º prevalece, como lei especial, sobre o regime do Decreto-Lei n.º 95/2006); sobre o tema, cfr. também PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., 194 ss.

VIII. No artigo 322.^o do Código dos Valores Mobiliários, tendo como pano de fundo contratos de intermediação⁸³ celebrados fora do estabelecimento, permite-se o “arrependimento” do investidor não profissional, determinando-se que as ordens para execução de operações e os contratos de gestão de carteira cuja emissão ou conclusão por um investidor não profissional tenha tido lugar fora do estabelecimento do intermediário financeiro, sem anterior relação de clientela e sem solicitação do investidor, só produzem efeito três dias úteis após a declaração negocial do investidor (n.^o 1), podendo este, neste prazo, comunicar o seu arrependimento ao intermediário financeiro (n.^o 2). A solução legislativa, ao prescrever que as ordens e os contratos em causa só produzem efeitos três dias úteis após a declaração negocial, podendo o investidor, comunicando o “arrependimento”, impedir a eficácia da mesma, indica que está em jogo uma revogação da declaração negocial do investidor: havendo “arrependimento” o contrato nunca chega a tornar-se eficaz⁸⁴.

IX. Outro direito de livre desvinculação contratual é o conferido ao cliente nos contratos relativos a investimento em bens corpóreos, *v.g.* selos, pedras preciosas, obras de arte e antiguidades, regulados pelo Decreto-Lei n.^o 357-D/2007, de 31 de Outubro, que – atendendo à natureza dos bens e aos riscos que a sua comercialização envolve para o investidor – determina no artigo 7.^o que o cliente pode “resolver” o contrato no prazo de 14 dias contados a partir da data da sua assinatura, sem necessidade de indicação do motivo e sem que possa haver lugar a qualquer indemnização ou penalização.

X. Em matéria de fundos de pensões: o artigo 37.^o da Lei n.^o 27/2020, de 23 de Julho, confere um “direito de renúncia” ao contrato de adesão individual a um fundo de pensões aberto, a exercer pelo “contribuinte pessoa individual”, no prazo de 30 dias a contar da data da adesão (n.^o 1), sem

⁸³ Cfr. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2.^a ed., Almedina, 2018, 319 ss, 322 ss, PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4.^a ed., Almedina, 2018, 503 ss.

⁸⁴ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 112, apontando a solução legal como correspondendo ao “modelo de eficácia suspensa” (cfr. *infra* 4.5). Veja-se, também, o imprescindível estudo de JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 248 (nota 114) e 251, que considera que a revogação da declaração negocial impede a eficácia de um contrato perfeito *ab initio*.

necessidade de verificação ou invocação de qualquer fundamento⁸⁵, acrescentando, textualmente, que o “exercício do direito de renúncia determina a resolução do contrato” (n.º 2). O exercício do direito não gera qualquer obrigação de indemnização (n.º 5), em consonância com o desenho típico dos direitos de livre desvinculação contratual.

3.2. Fundamentos

I. Genericamente, na base da atribuição de direitos de livre desvinculação a favor do consumidor está a sua debilidade ou vulnerabilidade⁸⁶. No entanto, as diversas consagrações normativas assentam numa multiplicidade de fundamentos específicos⁸⁷.

II. Por vezes, como sucede nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial⁸⁸, estão em causa procedimentos negociais, frequentemente agressivos⁸⁹ e excessivamente persuasivos, conduzidos por um

⁸⁵ Diferente é a situação prevista no artigo 36.º do mesmo diploma legal, que estabelece um direito de resolução contratual, a exercer em 30 dias, mas que pressupõe a ausência de conhecimento do documento informativo e do regulamento de gestão.

⁸⁶ Cfr. SANDRA PASSINHAS, *O lugar da vulnerabilidade no Direito do consumidor português*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 15, 2019, 255 ss (300 ss). Sobre o tema, mais genericamente, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Vulnerabilidades e Direito civil*, RFDUL, LXII, n.º 1, t. 1, 2021, 21 ss, *maxime* 22-23 e HUGO RAMOS ALVES, *Vulnerabilidade e assimetria contratual*, cit., 306 ss.

⁸⁷ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 107 ss, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 445 ss e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 192 ss, PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, in JÜRGEN BASEDOW / KLAUS J. HOPT / REINHARD ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 1791, MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, Centre for the Study of European Contract Law. Working Paper Series n.º 2009/04, 6 ss (acessível em <https://ssrn.com/abstract=1350224>), CARLA BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, in JUDITH ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire. Le contrat électronique*, Economica, Paris, 2010, 133 ss (135 ss), CRISTINA DALIA, *Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare*, Rivista di diritto privato, 4/2015, 487 ss (514-515), REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3.ª ed., cit., 161 e (à luz das Directivas comunitárias) KAI-OLIVER KNOPS, *Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen*, RabelsZ, 85/3, 2021, 505 ss (531 ss). Cfr. também a síntese de ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 957.

⁸⁸ Sobre o tema, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 864 ss, com múltiplas indicações bibliográficas.

⁸⁹ No sentido de que a venda porta a porta constitui uma prática comercial agressiva, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, 90-91,

profissional, que, aliados ao factor *surpresa*⁹⁰, que atinge o consumidor,

JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., 76, ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, *Contratos negociados à distância – Alguns problemas relativos ao regime de protecção dos consumidores, da solicitação e do consentimento em especial*, RPDC, n.º 7, 1996, 52 ss (69), LUÍS MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, 163 ss (169-170) (texto também publicado em O Direito, 134.º-135.º, 2002-2003, 69 ss) e *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 369 ss (380), PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., 69 (implicitamente, quanto aos contratos fora do estabelecimento), JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 94, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 192, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 869, MARKESINIS / UNBERATH / JOHNSTON, *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2.ª ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, 266, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Una nueva doctrina general del contrato?*, ADC, XLVI, 4, 1993, 1705 ss (1710), GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, cit., 32-33, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 43-44, FEDERICO ORIANA, *La legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, cit., 1574, CARLO PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Giuffrè, Milano, 2008, 41, ETTORE BATTELLI, in ENZO MARIA TRIPODI / CLAUDIO BELLÌ, *Codice del Consumo. Commentario del D.Lgs. 6 settembre 2005*, n. 206, II ed., Maggioli Edit., 2008, 274 e *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, Europa e diritto privato, 3, 2014, 927 ss (938-939), ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 49, FRANCESCO RICCI, *I beni di consumo e la disciplina delle vendite aggressive*, Cacucci Edit., Bari, 2013, 151, RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 228, JUDITH ROCHFELD, *«Le contrat?... si je veux !»*, RTDC, n.º 4/2001, 968 ss (968), MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 6, PETER ROTT / EVELYNE TERRY, in HANS-W. MICKLITZ / JULES STUYCK / EVELYNE TERRY, *Cases, Materials and Texts on Consumer Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, 240, CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 706. Na jurisprudência nacional, cfr. RP 19-Jan.-2010 (HENRIQUE ANTUNES), CJ XXXV/1, 2010, 185 ss (187).

⁹⁰ A importância do factor surpresa é, expressamente, reconhecida na Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, sobre os direitos dos consumidores (*considerando* n.º 37). Cfr. KAI-OLIVER KNOPS, *Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen*, cit., 531.

No sentido do texto, vide GÜNTER REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, cit., 9, identificando, nesta matéria, a surpresa como palavra-chave, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”*, cit., 346-347, LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., cit., 715, PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, cit., 1791, JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer, 2010, 75-76, 77 e 78, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 85, MICHAEL HÖHNE, *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunis-*

implicam uma significativa pressão psicológica⁹¹, que culmina em contra-

mus und Effektivität, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, 13, GIORGIO DE NOVA, *Recesso*, cit., 318 e 319 e no *Trattato di Diritto Privato*, dir. PIETRO RESCIGNO, vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2.^o (SACCO / DE NOVA), UTET, Torino, 1995 (reimpr. 1998), 644-645, MARIA CARLA CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, RDCiv. XLV, P. II, 1999, 695 ss (697), PAMARIA REKAITI / / ROGER VAN DEN BERGH, *Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach*, cit., 373, NICOLÒ LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. 3.^o, *L'attività e il contratto*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2003, 161 (texto de NICOLA SCANNICCHIO), VICENZO ROPPO, *Il Contratto del Duemila*, 2.^a ed., cit., 29, MASSIMO FRANZONI, *Le Obbligazioni*, III, *Fatti e atti fonti di obbligazione*, UTET, Torino, 2005, 963, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 33, 44, 50, 70 e 133, REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 180, PASCAL PICHONNAZ, *La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier*, cit., 331, VINCENZO CUFFARO (dir.), *Codice del Consumo*, 3.^a ed., cit., 386, FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1012-1013, ROBERTA DE HIPPLYTIS, *La disciplina unitária del recesso*, cit., c. 186, ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 938, 939-940 e 968, MARIA LUISA CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, cit., 135-137, CLAUDIA CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, cit., n.^o 5, JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 25, 35 e 88, BADENAS CARPIO / BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, cit., 202, ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, cit., 49, ANTÓNIO GAMA RAMOS, *Contratos de venda ao domicílio. Breve abordagem a uma área conflitual no domínio dos contratos*, Estudos de Direito do Consumidor, n.^o 4, 2002, 243 ss (252), TERESA MADEIRA, *Contratos ao domicílio e equiparados*, RPDC, n.^o 41, 2005, 39 ss (41), FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.^o 82/2008, de 20 de Maio*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense, n.^o 13, 2008, 41 ss (63) e *O direito à informação do consumidor na contratação à distância*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 103 ss (112), DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.^a ed., cit., 125 e 139 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 866-867 (com mais indicações bibliográficas).

⁹¹ As vendas ao domicílio são vistas como “vendas sob alta pressão” (*high pressure sales*): cfr. BYRON D. SHER, *The “cooling-off” period in door-to-door sales*, cit., 721-722 e, entre nós, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., 76, nota 3. Cfr. também JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.^a ed., cit., 210-211, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, cit., 96, ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, *O direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento: algumas notas*, in *Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, Ed. DECO, 2016, 18 ss (26), RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 227, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, Common Market Law Review, 48, 4, 2011, 1077 ss

tações irreflexivas e deficientemente ponderadas⁹², sem que o consumidor tenha tido uma verdadeira liberdade de decisão⁹³ e real possibilidade de comparar condições, preços e características do bem adquirido⁹⁴.

A contratação derivada de técnicas agressivas de comercialização explica também, em boa medida, o reconhecimento de um direito de livre desvinculação, a favor do adquirente ou do promitente adquirente, nos contratos relativos ao direito real de habitação periódica⁹⁵ e nos de aquisição de direi-

(1084-1085 e 1100-1101), GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 545 e CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 85.

⁹² Cfr., entre outros, MARISA DINIS, *Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – Da Diretiva à transposição para o ordenamento jurídico português*, RPDC, n.º 77, 2014, 11 ss (36). Na doutrina estrangeira, fundamentalmente no mesmo sentido, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 82 e *Why Withdrawal Rights?*, cit., 12, C. MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, 3.ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 364.

⁹³ Cfr. KAI ANDREAS SCHAFFELHUBER, *Zum Tatbestand des Haustürgeschäfts*, in *Droit de la consommation/Konsumenschutzrecht/Consumer law. Liber amicorum Bernd Stauder*, dir. LUC THÉVENOZ / NORBERT REICH, Nomos/Schultess, Zürich, 2006, 423 ss (425-426). Cfr. também NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 274.

⁹⁴ Cfr. GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit. 27, JOSÉ M.ª CABALLERO LOZANO, *Una compraventa especial: una venta fuera de establecimiento*, Revista de Derecho Privado, 78, 1994, 1047 ss (1049) e KARL RIESENHUBER, *System and Principles of EC Contract Law*, ERCL, vol. 1, 3, 2005, 297 ss (308-309).

⁹⁵ O próprio legislador explicita o propósito de, conferindo ao consumidor um “direito de livre resolução” do contrato, contribuir para “alcançar decisões aquisitivas menos sugestionadas por técnicas agressivas de promoção e comercialização”, em matéria de direito real de habitação periódica: cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto.

No sentido do texto, J. P. REMÉDIO MARQUES, em *anotação ao acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Junho de 1994*, RPDC, n.º 0, 1994, 181 ss (183), salientando o “escandaloso aliciamento dos consumidores”; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 193-194, identificando uma desconfiança da lei quanto à efectiva vontade de contratar do consumidor e a necessidade de regular a actividade, evitando comportamentos abusivos por parte de algumas empresas; JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo, à realidade*, cit., 687, referindo a “agressividade da promoção turística”; MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 6. Veja-se, igualmente, JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 70-71, que acrescenta que, quanto ao direito real de habitação periódica, jogam também razões relativas à “especial configuração do bem adquirido”, susceptível de ser “confundido, por consumidores menos alertados”, com a “aquisição da titularidade de uma fracção de um imóvel” (p. 79).

tos de habitação turística: faculta-se, assim, ao consumidor a possibilidade de repensar a sua decisão de vinculação contratual, amiúde, tomada, num negócio complexo⁹⁶, sob uma inaceitável pressão psicológica, em ambientes que lhe são estranhos e motivada por promessas de fantásticas vantagens, muitas vezes, ilusórias⁹⁷.

Noutras situações, como ocorre na contratação à distância, nomeadamente, através da *internet*, que constitui uma prática crescente⁹⁸ e, recentemente, incrementada pelas circunstâncias impostas pela pandemia Covid-19⁹⁹ –

⁹⁶ Cfr. KARL RIESENHUBER, *System and Principles of EC Contract Law*, cit., 310, JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 75 e HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, Common Market Law Review, 48, 4, 2011, 1077 ss (1102).

⁹⁷ A situação é facilmente ilustrada recordando a prática (há alguns anos, muitíssimo frequente, especialmente, no Verão, nos acessos a determinadas praias algarvias) de abordagem indiscriminada (e insistentemente agressiva) ao consumidor, por profissionais bem treinados, aliciando-o a participar em determinados passeios ou excursões e a comparecer que certos locais, v.g. em unidades hoteleiras – prática correspondente às *Kaffeefahrten*: cfr. CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 87 –, onde, depois, o consumidor, vulnerável à pressão da contratação, é confrontado com eficazes discursos promocionais e simbólicos brindes, tendentes à comercialização de imóveis em regime de *time-sharing*.

Esta situação corresponderá, quase sempre, a uma contratação na sequência de *deslocações organizadas* pelo profissional, a lugar diferente do estabelecimento comercial, nos termos do artigo 3.º, i) v) do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, sobre contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento; porém, este regime (incluindo o “direito de livre resolução” nele consagrado: 10.º ss) não é aplicável aos contratos relativos a “direitos respeitantes a imóveis” (artigo 2.º/3, d) do mesmo diploma legal).

Cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 890, além de JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 42-43 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 219.

⁹⁸ Cfr., por exemplo, JORGE MORAIS CARVALHO, *Comércio electrónico*, BOA, n.º 27, Dez.-2019, 20 ss (20).

⁹⁹ Cfr. o *European E-Commerce Report 2021*, disponível em <https://ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2021/09/2021-European-E-commerce-Report-LIGHT-VERSION.pdf>. Em Portugal, de acordo com os dados divulgados, em 20-Nov.-2020, pelo INE, “a percentagem de utilizadores de comércio electrónico registou em 2020 o maior aumento da série iniciada em 2002”, tendo crescido, também, quer a quantidade das encomendas, quer o valor despendido em cada aquisição. E em 2021 verificou-se um acréscimo de utilizadores do comércio electrónico de 5,2% em relação ao ano anterior (número apresentado pelo INE, em informação de 22-Nov.-2021).

É evidente que o recolhimento domiciliário, obrigatório ou recomendável, potenciou, em larga escala, o uso da *internet* e, especialmente, a contratação à distância por via electrónica

domínio marcado por uma assimetria contratual¹⁰⁰ e por alguma fragilidade do consumidor, em contratações, muitas vezes, precipitadas, propiciadas por um simples clique num “botão” de aceitação de uma compra por impulso¹⁰¹ – o fundamento essencial da protecção é outro: prende-se com a inexistência de efectivo contacto directo com o bem físico objecto da contratação, antes da sua recepção, o que dificulta o bom conhecimento das suas características e qualidade¹⁰², bem como com o profissional, o que, por

– cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O crescente recurso às plataformas eletrónicas e ao comércio eletrónico durante a pandemia*, in BOA, n.º 31, Jan.-Abr. 2021, 39 ss – em vários períodos usada pelos consumidores como modo privilegiado de aquisição dos mais diversos bens, também em virtude do encerramento de estabelecimentos comerciais ou de restrições ao acesso aos mesmos.

Todavia, noutras paragens, à pandemia ficaram também associadas medidas legislativas, excepcionais e temporárias, restritivas do direito de livre desvinculação do consumidor: assim sucedeu no Brasil, com a Lei n.º 14.010, de 10 de Junho de 2020, cujo artigo 8.º determinou a suspensão, até 30 de Outubro do mesmo ano, da aplicação do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de entrega domiciliária de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

¹⁰⁰ Cfr. EMILIO TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, Contratto e impresa, XXX, n.º 6, 2014, 1264 ss (1282-1283).

¹⁰¹ Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 29-30, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 129 e 140-141 e *Algumas considerações sobre a protecção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 226-227. Cfr. também HUGO RAMOS ALVES, *Nótula sobre a Venda à Distância e a Limitação Contratual da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede*, in *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, 271 ss (273) (acompanhando ELSA DIAS OLIVEIRA, naquele primeiro estudo), ARNALDO FILIPE OLIVEIRA, *Contratos negociados à distância – Alguns problemas relativos ao regime de protecção dos consumidores, da solicitação e do consentimento em especial*, cit., 60, CARLA BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, cit., 136 e ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 33 e 63.

Em sentido diferente, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, cit, 1085, considerando que o consumidor que está frente ao seu computador pode livremente abandonar um determinado *website* e comparar, sem pressões, as condições aí apresentadas com as oferecidas por outros vendedores; assim – defendem os Autores (1098 ss) – nas vendas à distância não se justifica um direito de livre desvinculação atribuído de modo geral e em termos injuntivos, sendo preferível um sistema que permita ao consumidor optar por contratos com ou sem esse direito.

¹⁰² A justificação – por vezes, também invocada nos contratos celebrados no domicílio: cfr. JANKO BÜSSER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, cit., 126 – foi assumida pela Directiva 97/7/CE, do Parlamento

vezes, não permite, ao consumidor, perceber com exactidão quem é a contraparte e aferir a sua credibilidade e seriedade¹⁰³.

e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (*considerando 14*). Cfr. CRISTINA DALIA, *Il recesso consumeristico di «libera valutazione» dell'affare*, cit., 497.

No sentido do texto, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 97-98, *Tutela do Consumidor na Internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, 2004, 335 ss (346) e *Algumas considerações sobre a protecção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, cit., 226-227, PAULO MOTA PINTO, *Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância. Notas sobre o direito comunitário em vigor*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, 183 ss (187), CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 108 (embora sem referir, explicitamente, os contratos à distância), JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 121, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 274, J. CALAIS-AULOY, *La vente à distance en Droit français*, RPDC, 1995/4, 16 ss (21), GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 103, BADENAS CARPIO / BOLDÓ RODA, *Régimen jurídico de la llamada «venta directa». Las ventas domiciliarias y a distancia*, cit., 201, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 44-45, SÁNCHEZ ABRIL / OLIVA BLÁZQUEZ / MARTÍNEZ EVORA, *The Right of Withdrawal in Consumer Contrats: a comparative analysis of American and European law*, cit., 32, JUDITH ROCHFELD, *«Le contrat?... si je veux !»*, cit., 968-969, LORENZO CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, cit., 78 (referindo uma reduzida “consciência real do objecto”), ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 33, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitária del recesso*, cit., c. 186 e ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 939-940. Cfr. também HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 74-75 e 103, JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 81, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 85-86, MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 7-9 (com muitas reservas) e GEORGE BORGES / BERND IRLBUSCH, *Fairness crowded out by law: An experimental study on withdrawal rights*, JITE (Journal of Institutional and Theoretical Economics) 163/1, 2007, 84 ss (85).

¹⁰³ Vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, cit., 165-166, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Contratação à distância e contrato de seguro*, cit., 94, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 192 e 210, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, cit., 96, SANDRA PASSINHAS, *A protecção do consumidor no mercado em linha*, cit., 884-885, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 69-70, FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1013. Cfr. também JOHN DICKIE, *Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts*, *Journal of Consumer Policy*, 21, 1978, 217 ss, afirmando (porventura, com uma generalização excessiva) que a compra à distância é realizada “*in dark*”, quanto ao bem e quanto ao vendedor, sendo a atribuição de um *cooling-off period* o factor essencial para criar a confiança do consumidor nesse modo de contratação (217 e 223). Numa perspectiva crítica (pela

Noutros casos é a relevância (*maxime*, económica) do contrato e a sua complexidade¹⁰⁴ que justificam uma especial tutela do consumidor, incluindo a atribuição de um direito de livre desvinculação, que lhe permite, durante um *cooling-off period*¹⁰⁵, repensar a decisão de contratação, financeiramente importante e, normalmente, de longa duração, como sucede nos contratos de crédito ao consumo¹⁰⁶. Neste âmbito, em razão da importância e dos riscos económicos do negócio, muitas vezes, fonte de um insustentável endividamento, a lei confere ao consumidor a possibilidade de refletir ponderadamente acerca da vinculação contratual assumida, amiúde, de modo pouco meditado e informado, e decidir se quer, ou não, manter o respectivo contrato¹⁰⁷.

desigualdade, em relação a outros modos de contratação): JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 76.

¹⁰⁴ Vide ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 979, CARLA BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, cit., 136, PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, cit., 1791, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, Europa e diritto privato, n.º 2, 2014, 455 ss (475 e 485) e JAN DIRK HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 75 e *Besonderes Schuldrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2011, 302.

¹⁰⁵ A expressão não deve ser entendida como um período de reflexão na fase de formação do contrato: entre nós, genericamente, o direito de livre desvinculação do consumidor opera *a posteriori*, no âmbito de um contrato já constituído; cfr. *infra* 4.5.

¹⁰⁶ Cfr. PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, cit., 1791, STEFAN GREINER, *Schuldrecht. Besonderer Teil – Vertragliche Schuldverhältnisse*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2011, 169, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, cit., 1102, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 132, REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3.ª ed., cit., 161, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, cit., 485. Na doutrina nacional: JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 193.

¹⁰⁷ Vide GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, cit., 462-463 e *Contratos de Crédito ao Consumo*, cit., 166, LUÍS MENEZES LEITÃO, *O crédito ao consumo: O seu regime actual e o regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor*, cit., 12, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 234, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., cit., 233, HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 88 ss e *Why Withdrawal Rights?*, cit., 14, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 132 e VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 130.

Com muitas reservas, acerca da eficácia deste modo de protecção do consentimento (informado), FLORIAN MAUME, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, cit., 453-454, considerando (em algumas situações, com razão), que o

Em matéria de seguros – como noutros âmbitos, nomeadamente, na contratação à distância de serviços financeiros¹⁰⁸ –, além da importância do contrato, será, em especial, a complexidade do objecto contratual¹⁰⁹ que justifica o reconhecimento de um direito de livre desvinculação, em alguns casos, conferido por lei.

4. Direito de livre desvinculação: regime

4.1. Nota preliminar: objecto de análise

Entre os vários complexos normativos que têm por objecto o direito de livre desvinculação do consumidor aquele que o regula no âmbito dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial apresenta-se, designadamente, em função das soluções consagradas e da sua actualidade e amplitude, como regime paradigmático.

Por isso, sem prejuízo das referências a outras fontes legais, a análise subsequente tomará por base o regime traçado, para o “direito de livre resolução”, no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro¹¹⁰.

4.2. Informação

I. Existe um nexo particularmente estreito entre o “direito de livre resolução” do consumidor e a informação que lhe deve ser prestada¹¹¹, em

prazo concedido para o arrependimento, mesmo que efectivamente usado, “não permite [ao consumidor] compreender o ininteligível”.

¹⁰⁸ Cfr. ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 77 e HORST EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, cit., 87 ss e 103.

¹⁰⁹ Neste sentido, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 234. Cfr. também MARCO B. M. LOOS, *Rights of Withdrawal*, cit., 9, HORST EIDENMÜLLER / FLORIAN FAUST / HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT / NILS JANSEN / GERHARD WAGNER / REINHARD ZIMMERMANN, *Towards a revision of the consumer acquis*, cit., 1102 (quanto ao seguro de vida) e (partindo do Direito comunitário) KAI-OLIVER KNOPS, *Die unionsrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchseinwands – am Beispiel des Widerrufs von Verbraucherdarlehens- und Versicherungsverträgen*, cit., 534.

¹¹⁰ Neste contexto, as disposições normativas referidas sem indicação da respectiva fonte pertencem ao citado Decreto-Lei n.º 24/2014, na sua actual redacção, incluindo, portanto, as últimas alterações em vigor, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro.

¹¹¹ Cfr., entre outros, GIUSEPPE GRISI, *Informazione (obblighi di)*, ED, Annali IV, 2011, 595 ss (614 ss), LAURA DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., 255 ss, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto*

cumprimento dos correspondentes deveres que impendem sobre o profissional¹¹². Para uma tutela efectiva do consumidor não basta que a lei lhe atribua o direito de, livremente, se desvincular do contrato, sendo necessário o conhecimento da titularidade do direito, das condições em que o pode exercer e do modo de o fazer¹¹³.

Assim, nos contratos concluídos à distância e nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial¹¹⁴ o fornecedor dos bens ou prestador de serviços deve:

- (i) Informar o consumidor acerca da existência do direito de se desvincular, do prazo em que o pode fazer e do modo de exercício do direito, facultando-lhe o devido formulário (artigo 4.º/1, m) e parte B do anexo do Decreto-Lei n.º 24/2014)¹¹⁵;

di credito ai consumatori, cit., 466 e 469, MARIA PIA PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2016, 90 ss, LUCIANA D'ACUNTO, *Il recesso nei contratti di consumo*, in *Il Recesso* (AA VV), Pacini Giuridica, Pisa, 2017, 145 ss (156 ss), ADRIANA ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, CEDAM, 2017, 18 e GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 546 ss.

¹¹² A amplitude dos deveres de informação ao consumidor é, nos vários domínios, crescente (cfr., a título ilustrativo, a longa lista de elementos objecto de informação constante das vinte e cinco(!) alíneas do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014; desde 28 de Maio de 2022, com a entrada em vigor das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, acrescem ainda regras com adicionais requisitos de informação nos contratos celebrados *on line* – artigo 4.º-A) e, muitas vezes, excessiva, sendo, por isso, contraproducente: o excesso de informação gera, amiúde, falta de informação – cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 212 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 895. Sobre esta questão, veja-se, em especial, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O direito à não-informação*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 45 ss.

¹¹³ Vide PETER ROTT, *Harmonising different rights of withdrawal: can German Law serve as an example for EC Consumer Law?*, German Law Journal, vol. 7, n.º 12, 2006, 1109 ss (1116 ss), PETER MANKOWSKI, *Widerrufsrecht*, cit., 1792, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 87.

¹¹⁴ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 905-906, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JORGE MORAIS CARVALHO, *Os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento*, cit., 58 ss. Antes do Decreto-Lei n.º 24/2014: JORGE MORAIS CARVALHO, *Prestação de informações nos contratos celebrados à distância*, in *Direito privado e Direito comunitário. Alguns ensaios*, coord. MARIA HELENA BRITO / RUI PINTO DUARTE, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Âncora Edit., 2007, 13 ss (89).

¹¹⁵ O Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro (artigo 7.º) introduziu alterações neste formulário, bem como no relativo à informação sobre o direito de livre resolução.

- (ii) Informar o consumidor de que, caso exerça o direito de livre desvinculação, suportará os custos com a devolução do bem e do respectivo valor, caso não seja possível a devolução por correio normal (4.º/1, *n*));
- (iii) No caso de prestação de serviços que, por expresso pedido do consumidor, tenha início no decurso do prazo para o exercício do direito: informá-lo da obrigação de pagamento de um valor proporcional ao serviço prestado (nos termos do artigo 15.º), caso o consumidor venha a desvincular-se do contrato (4.º/1, *o*));
- (iv) Informar o consumidor, sendo o caso, acerca da própria e excepcional inexistência de direito de livre desvinculação (nas situações previstas no artigo 17.º), bem como das circunstâncias em que o consumidor o perde¹¹⁶ (4.º/1, *p*)).

II. Trata-se de um dever pré-contratual¹¹⁷: a informação deve ser prestada antes da celebração do contrato e em tempo útil, devendo ser transmitida de forma clara e compreensível (4.º/1)¹¹⁸.

As informações a que se referem as alíneas *m*), *n*) e *o*) do número 1 do artigo 4.º podem ser prestadas no modelo/formulário de informação sobre o direito de livre desvinculação, que consta do anexo (parte A) ao Decreto-Lei n.º 24/2014 (4.º/3).

¹¹⁶ Designadamente, prestação de serviços, quando estes sejam integralmente realizados após expresso consentimento do consumidor e este reconheça que, nesse caso, perde o direito de livre desvinculação se o contrato tiver sido plenamente executado (17.º/1, *a*)) e fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material, com obrigação de pagamento, com execução iniciada com consentimento prévio e expresso do consumidor e este reconheça que o consentimento implica a perda do “direito de livre resolução”, tendo o fornecedor dos conteúdos digitais efectuado a confirmação da celebração do contrato, nos termos do artigo 6.º (para os contratos celebrados à distância) ou do artigo 9.º/2 (para os celebrados fora do estabelecimento) (17.º/1, *l*)).

¹¹⁷ O mesmo se diga quanto aos paralelos deveres de informação, relativos ao direito de livre desvinculação, consagrados noutros regimes legais: cfr., designadamente, em matéria de direito real de habitação periódica, o artigo 13.º-A/1 do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto e, quanto ao contrato de viagem organizada, o artigo 17.º/1, *g*) do Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de Março.

¹¹⁸ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 225 ss.

Para o Direito italiano, cfr., em termos inteiramente equivalentes, o artigo 49/1 do *Codice del Consumo*.

No âmbito dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial as devidas informações devem ser fornecidas em papel, podendo, no entanto, com o acordo do consumidor, ser prestadas noutro suporte duradouro (4.º/6).

III. A prova do cumprimento dos deveres pré-contratuais de informação incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços: artigo 4.º/8¹¹⁹. A prática demonstra, porém, que esses deveres são muitas vezes incumpridos, nomeadamente, no comércio *on line*¹²⁰.

IV. O incumprimento de deveres de informação relativos à livre desvinculação do consumidor acarreta importantes consequências, nomeadamente, quanto ao tempo de exercício do direito, como, de seguida, se verá.

4.3. Prazo

I. O prazo geral, legalmente fixado, para o exercício do direito de livre desvinculação contratual é, actualmente, de 14 dias¹²¹, contado nos termos

¹¹⁹ Idêntica solução consta do artigo 13.º-A/2 do Decreto-Lei n.º 275/93 (contrato relativo ao direito real de habitação periódica) e do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 17/2018 (contrato de viagem organizada).

¹²⁰ Em especial, quanto à disponibilização do formulário para exercício do direito de desvinculação do consumidor: umas vezes, por simples omissão, noutras, por prestação de informações incorrectas e noutras ainda por meras referências incompletas ou remissões para contactos posteriores, pretensamente informativos.

No entanto, o recurso aos formulários, de comunicação das informações e de exercício do direito de livre desvinculação – enquanto modelos uniformizados e simplificados, desde que não apresentem erros ou ambiguidades e na medida em que sejam correctamente utilizados – é, naturalmente, vantajoso para ambas as partes. Cfr. JOHANN KINDL, *Musterwiderrufsbelehrung. Der deutsche Gesetzgeber als Kautelarjurist*, Working Papers Jean Monnet Chair/European Private Law, Universitat de Barcelona, *working paper* 9/2017.

¹²¹ Cfr. os artigos 16.º/1, 19.º/1 e 49.º/1 do Decreto-Lei n.º 275/93 (contratos relativos ao direito real de habitação periódica ou ao direito de habitação turística), o artigo 20.º/1, primeira parte, do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio (contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros), o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 357-D/2007, de 31 de Outubro (contratos relativos a investimento em bens corpóreos), o artigo 118.º/1, c) do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril (seguros à distância, exceptuados seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde com duração igual ou superior a seis meses e seguros qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturados, bem como os celebrados por menos de um mês e os seguros de viagem ou de bagagem), o artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho (crédito ao consumo) e o artigo 26.º/1 do Decreto-Lei

gerais (artigo 279.º do Código Civil) e, nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento, em regra, com início na data de celebração do contrato (na prestação de serviços) ou da entrega da coisa¹²² (na compra e venda) ao consumidor ou a um terceiro, por si indicado, que não seja o transportador¹²³: artigo 10.º/1, *a*) e *b*) do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Contudo, presentemente, nos contratos celebrados (fora do estabelecimento) no domicílio ou na sequência de deslocações organizadas pelo profissional o consumidor dispõe de um prazo de 30 dias para se desvincular livremente do negócio¹²⁴.

II. As partes podem, por acordo, estipular um prazo mais alargado do que o fixado normativamente, que, assim, vale como mínimo legal (artigo 10.º/4)¹²⁵.

n.º 17/2018 (contratos de viagem organizada celebrados fora do estabelecimento); também a Lei de Defesa do Consumidor indica 14 dias (9.º/8, Lei n.º 24/96, de 31 de Julho).

¹²² Na terminologia legal: quando o consumidor adquirir a “posse física dos bens”.

¹²³ Nesta hipótese, a prestação de entrega a terceiro será liberatória (artigo 770.º/*a*) do Código Civil).

¹²⁴ A inovação (em vigor desde 28 de Maio de 2022), com este prazo alargado para estas duas situações, justificada pela especial vulnerabilidade dos consumidores, normalmente, visados por esse tipo de contratações, resultou da alteração ao artigo 10.º/1 do Decreto-Lei n.º 24/2014, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, ao abrigo da possibilidade conferida, aos Estados-membros, pela Directiva *Omnibus* (artigo 4.º/8 da Directiva 2019/2161/UE).

Também noutras situações a lei consagra um prazo de 30 dias: artigo 20.º/1, segunda parte, do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio (contratos celebrados à distância relativos a seguros de vida e à adesão individual a fundos de pensões abertos), artigo 118.º/1, *a*) e *b*) do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril (seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde com duração igual ou superior a seis meses – excepto para os segurados nos seguros de grupo: 118.º/3 – e seguros qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturados) e artigo 37.º da Lei n.º 27/2020, de 23 de Julho (contratos de adesão individual a fundo de pensões aberto).

Diferentemente, na hipótese (com a especial configuração já assinalada) prevista no artigo 322.º CVM o legislador prescreve um prazo curto, de apenas 3 dias, para o “arrependimento”.

¹²⁵ Cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908, JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Os contratos de consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 526 e, em geral, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motiva da nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 238-239. No mesmo sentido, à luz do ordenamento alemão, MANFRED LÖWISCH, no *Staudinger BGB*, §§ 346-361, Otto Schmidt/De Gruyter, 2012, comentário ao § 355, n.º 95; JÖRN FRITSCH, no *Münchener Kom-*

III. Por outro lado, o aumento do prazo pode resultar do incumprimento do dever informação quanto à existência do direito de livre desvinculação, ao prazo ou ao procedimento para o seu exercício, bem como da não disponibilização do devido formulário, nos termos acima referidos (artigo 4.º/1, *m*): haverá, então, uma extensão do prazo por mais doze meses, conforme prescreve o artigo 10.º, n.º 2¹²⁶; sendo essa informação prestada tardiamente¹²⁷, no decurso desses doze meses, o direito poderá ser exercido em 14 dias ou em 30 dias¹²⁸, contados da data em que o consumidor a receba (10.º/3)¹²⁹. Sanciona-se, assim, o incumprimento de alguns deveres de

mentar zum BGB, 3, Schuldrecht. Allgemeiner Teil II, 8.ª ed., Beck, München, 2019, em anotação ao § 355, n.º 5.

¹²⁶ O artigo 10.º/2 refere-se ao incumprimento do “dever de informação pré-contratual determinado na alínea *l*) do n.º 1 do artigo 4.º”. Porém, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro, a informação em causa e o dever de disponibilização do formulário constam hoje da alínea *m*) do artigo 4.º/1 do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Também no Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, se admite que o “direito de resolução” do adquirente (ou promitente adquirente: 19.º) de direito real de habitação periódica possa ser exercido no prazo de um ano e 14 dias, se (em violação do disposto no artigo 13.º/1) o formulário para exercício do direito não for fornecido: artigo 16.º/3, *a*), aplicável, também, aos contratos de aquisição de direitos de habitação turística e aos respectivos contratos-promessa (49.º/2); quanto ao formulário de resolução, referido no artigo 11.º/8 do Decreto-Lei, cfr. anexo V do Despacho n.º 12878/2013, DR 2.ª série, de 9-Out.-2013.

No anterior regime dos contratos celebrados à distância (Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril) o incumprimento do dever de informação (previsto no artigo 5.º) já acarretava um prolongamento (embora menos significativo) do prazo para o exercício do direito de desvinculação pelo consumidor, que passava a dispor, então, de 3 meses (artigo 6.º/3). Cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 112-113 e nota 311, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 394-395 e na primeira edição do *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2013, 134 e FERNANDA NEVES REBELO, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, cit., 149.

¹²⁷ O artigo 10.º/3, na sua letra, reporta-se à “informação pré-contratual a que se refere a alínea *n*) do n.º 1 do artigo 4.º”. Contudo, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, à anterior alínea *l*) corresponde hoje a alínea *m*) do n.º 1 do artigo 4.º.

¹²⁸ O prazo de 30 dias vale para os contratos celebrados fora do estabelecimento, no domicílio do consumidor ou na sequência de deslocações organizadas pelo profissional.

¹²⁹ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 77, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 245 ss, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908, MARISA DINIS, *O direito à informação – consequências em caso de preterição dos deveres de informação*, cit., 103-104, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 142 e *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no*

informação, a cargo do profissional, com o alargamento do prazo para exercício do direito, pelo consumidor¹³⁰.

âmbito do Direito da União Europeia, cit., 227-228, SANDRA PASSINHAS, *A proteção do consumidor no mercado em linha*, cit., 891.

Verifica-se uma uniformização das soluções normativas, para o que terá contribuído a Directiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores (cfr. GEMA TOMÁS MARTÍNEZ, *Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil*, cit., 564). Cfr., para o Direito alemão, o § 356/3 BGB (cfr. MICHAEL STÜRNER, anotação ao § 356, PRÜTTING / WEGEN / WEINREICH, *BGB Kommentar*, cit., 689-690, REINER SCHULZE, *BGB Handkommentar* SCHULZE / DÖRNER / EBERT / HOEREN / KEMPER / SAENGER / SCHEUCH / SCHREIBER / SCHULTE-NÖLKE / STAUDINGER / WIESE, 10.^a ed., Nomos, 2019, anotação ao § 356, n.º 7, GSELL, *Verbraucherschutz*, no *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7.^a ed., cit., K19, CHRISTIANE WENDEHORST, *Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie*, NJW 9/2014, 577 ss (582), CHRISTOPH SCHÄRTL, *Der verbraucherschützende Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen*, JuS, 2014/7, 577 ss (580-581), CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 93); em Itália: artigo 53 do *Codice del Consumo* (cfr. ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 972 e ADRIANA ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, cit., 18); no Direito espanhol: artigos 71/3 e 105 do TRLGDCU (cfr. LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Principales novedades que introduce la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el régimen jurídico de los contratos celebrados fuera del establecimiento*, InDret, n.º 4, 2014, 26 e VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El derecho de desistimiento, gradual generalización y paulatina homogeneización en la protección de los consumidores*, cit., 145). Cfr. igualmente o artigo L 221-20 do *Code de la consommation*.

¹³⁰ O exercício do direito não deixa de estar submetido a um prazo de caducidade, embora significativamente mais longo. Contudo, cabe recordar que, no caso *Heininger*, o Tribunal de Justiça CE proferiu, no respectivo processo (C-481/99: *Georg Heininger e Helga Heininger v. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*), o acórdão de 13 de Dezembro de 2001, decidindo que, à luz da Directiva 85/577/CEE, o legislador nacional não pode aplicar “o prazo de um ano, a contar da celebração do contrato, para o exercício do direito de rescisão instituído pelo artigo 5.º desta directiva quando o consumidor não foi informado nos termos do artigo 4.º da referida directiva”; esta orientação foi depois contrariada, designadamente, no caso *Hamilton* (C-412/06: *Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG*, 10 de Abril de 2008), no qual, a propósito de um contrato de crédito de longa duração, com prestação de informações erradas sobre o direito de desvinculação do consumidor, se interpretou a mesma Directiva no sentido de os Estados-membros poderem prever que o direito fosse exercido, no máximo, no prazo de um mês após o cumprimento das obrigações contratuais. Hoje, diversamente do teor da Directiva de 1985, a Directiva 2011/83/UE determina um limite máximo de “12 meses após o termo do prazo de retractação inicial”, em caso de omissão de informação sobre o correspondente direito (artigo 10.º).

Cfr. REINER SCHULZE, *Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo*, ADC, LIX, 1, 2006, 29 ss (52) (tradução de *Precontractual duties and conclusion of contract in European Law*, *European Review of Private Law*, 13, 6, 2005, 841 ss), PETER ROTT,

IV. Para aferir a tempestividade do exercício do direito releva o momento da expedição da declaração de “livre resolução”: é o que resulta do disposto no número 3 do artigo 11.º, que considera o direito exercido desde que a declaração seja *enviada* antes do termo do prazo¹³¹. Tratando-se, como efectivamente se trata, de uma declaração receptícia¹³², esta solução normativa favorece o consumidor, no confronto com a que resultaria do regime

Information obligations and withdrawal rights, cit., 191, REINER SCHULZE / FRYDERYK ZOLL, *European Contract Law*, 3.ª ed., cit., 168, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 115-116, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El prazo para desistir en los contratos con consumidores*, cit., 175, nota 54, ROBERTA DE HIPPOLYTIS, *La disciplina unitaria del recesso*, cit., c. 187-188, STEFANO PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, RDCiv., LXI, n.º 2, 2015, 275 ss (276 ss), PHILLIP HELLWEGE, *Right of Withdrawal in Distance and Off-premises Contracts*, cit., 545 ss, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 280 ss.

¹³¹ Idêntica solução encontra-se também expressamente consagrada noutros domínios, nomeadamente, nos contratos de aquisição de direito real de habitação periódica e de direitos de habitação turística, nos termos dos artigos 16.º/2 e 49.º/1 do Decreto-Lei n.º 275/93 (cfr. JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 73), nos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros (21.º/2 do Decreto-Lei n.º 95/2006), nos contratos relativos a investimento em bens corpóreos (7.º/6 do Decreto-Lei n.º 357-D/2007) e nos contratos de crédito ao consumo (17.º/3 do Decreto-Lei n.º 133/2009) (cfr. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, cit., 80-81 e, perante o regime de 1991, *Contratos de Crédito ao Consumo*, cit., 160). Cfr. a solução equivalente no Direito alemão: § 355/1 BGB, segundo o qual basta que a declaração seja enviada dentro do prazo; assim, pode o consumidor aproveitar todo o período de 14 dias para tomar a sua decisão. Cfr. MANFRED LÖWISCH, *Staudinger BGB*, §§ 346-361, cit., comentário ao § 355, n.º 37, CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 57 e JÖRN FRITSCHKE, *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil II*, 8.ª ed., cit., anotação ao § 356, n.º 31.

¹³² Cfr. J. P. REMÉDIO MARQUES, na *anotação ao acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Junho de 1994*, cit., 183, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 157, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 241, nota 90, GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, cit., 475 e *Contratos de Crédito ao Consumo*, cit., 160 e CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908; cfr. também GIOVANNI GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 139, ETTORRE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 956, GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 113 e 186, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El prazo para desistir en los contratos con consumidores*, cit., 167 e HENRRY SOSA OLÁN, *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 174. Em sentido divergente, que não acompanhamos, FERNANDA NEVES REBELO, *O direito*

geral de eficácia das declarações recipiendas, em que relevaria a recepção ou o conhecimento pelo destinatário (224.º/1, primeira parte, do Código Civil).

4.4. Forma e prova

I. A validade da declaração de desvinculação do consumidor nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e nos contratos celebrados à distância não depende de forma especial¹³³, em consonância com a regra geral da liberdade de forma (219.º do Código Civil)¹³⁴. Com efeito, embora o Decreto-Lei n.º 24/2014 pareça privilegiar o exercício do direito através do preenchimento e do envio do correspondente modelo/formulário de “livre resolução” (11.º/1, primeira parte), que, como vimos, deve ser facultado ao consumidor (4.º/1, *m*)), é admitida qualquer outra forma¹³⁵, que corporize uma declaração inequívoca de desvinculação¹³⁶ (11.º/1, *in fine*), a qual pode, portanto, ser comunicada por carta, *e-mail* ou verbalmente, incluindo por contacto telefónico ou por qualquer outro meio susceptível de prova (11.º/2); prevê-se, também, a comunicação da desvinculação por via electrónica, no *sítio* do profissional na *internet*, quando ele possibilite essa opção, caso em que o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve

de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio, cit., 66.

¹³³ Para a celebração de contratos fora do estabelecimento, a lei prescreve a forma escrita (9.º/1), não havendo, assim, simetria entre a forma exigida para a constituição e a forma da extinção do vínculo contratual.

¹³⁴ Também no domínio dos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros (Decreto-Lei n.º 95/2006, artigo 21.º/1 e 2) e no âmbito dos contratos relativos a investimento em bens corpóreos (Decreto-Lei n.º 357-D/2007, 7.º/5 e 6) é admitido o exercício do direito por qualquer meio susceptível de prova, sem prejuízo de se prever, especialmente, a comunicação em suporte de papel ou outro meio duradouro. Porém, nos artigos 16.º/2 do Decreto-lei n.º 275/93 (direito real de habitação periódica), 118.º/5 do Decreto-Lei n.º 72/2008 (contrato de seguro), 17.º/3 do Decreto-Lei n.º 133/2009 (crédito a consumidores) e 27.º/1 da Lei n.º 27/2020 (fundos de pensões) indica-se a forma escrita (em papel ou outro suporte duradouro).

¹³⁵ De modo semelhante, no Direito alemão, REINER SCHULZE, *BGB Handkommentar* SCHULZE / DÖRNER / EBERT / HOEREN / KEMPER / SAENGER / SCHEUCH / SCHREIBER / SCHULTE-NÖLKE / STAUDINGER / WIESE, 10.ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 6.

¹³⁶ Cfr. JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 585; REINER SCHULZE, *BGB Handkommentar* SCHULZE / DÖRNER / EBERT / HOEREN / KEMPER / SAENGER / SCHEUCH / SCHREIBER / SCHULTE-NÖLKE / STAUDINGER / WIESE, 10.ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 5.

acusar a recepção da declaração do consumidor, em suporte duradouro¹³⁷ e em 24 horas (11.º/4)¹³⁸.

II. À margem do aspecto formal, a lei admite que a declaração de desvinculação seja produzida de modo tácito, *maxime* mediante a devolução do bem adquirido (11.º/2).

III. A prova do exercício do direito de livre desvinculação cabe ao consumidor (11.º/5), que, portanto, terá vantagem em utilizar o correio registado com aviso de recepção ou a via electrónica em termos que permitam a prova do envio¹³⁹.

4.5. Efeitos

I. Nos contratos celebrados à distância e nos concluídos fora do estabelecimento, como na generalidade das situações¹⁴⁰, o direito de livre desvinculação do consumidor não se insere na fase pré-contratual, de modo a suspender a formação do contrato durante o prazo para exercício do direito¹⁴¹:

¹³⁷ A definição legal de *suporte duradouro* consta do artigo 3.º/v) do Decreto-Lei n.º 24/2014.

¹³⁸ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 247; JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 106; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 907.

¹³⁹ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., cit., 142.

¹⁴⁰ Cfr., no entanto, o que ficou dito, designadamente, quanto aos contratos de crédito à habitação e quanto ao regime do artigo 322.º CVM.

¹⁴¹ Este modelo tem fortes raízes em França – onde, hoje, o actual artigo 1122 do *Code Civil*, resultante da reforma de 2016, contrapõe *prazo de reflexão* e *prazo de retractação* – com uma significativa corrente doutrinária defendendo que a “retractação” se insere na fase de formação do contrato: cfr. JEAN CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTDC, 93, n.º 2, 1994, 239 ss (244), JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 572 e 586, RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 235 ss e 241; em sentido contrário: DIMITRI HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2.ª ed., Larcier, Bruxelles, 2016, 103-104 e PHILIPPE MALAURIE / LAURENT AYNÈS / PIERRE-YVES GAUTIER, *Droit des Contrats Spéciaux*, 8.ª ed., LGDJ, 2016, 73-75; sobre o tema no Direito francês, cfr. também JEAN-PIERRE PIZZIO, *Un apport législatif en matière de protection du consentement. La loi du 22 décembre 1972 e la protection du consommateur sollicité à domicile*, cit., em especial, 80 ss, STÉPHANE DETRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, *Juris Classeur, Contrats – Concurrence – Consommation*, n.º 5, Maio-2004, 7 ss (12-13), JANKO BÜSSER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, cit., 206 ss e OLIVIER PENIN, *La distinction de la formation*

diferentemente, como resulta do tecido normativo¹⁴², o direito opera na vigência do contrato, já constituído e eficaz¹⁴³.

et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, LGDJ, Paris, 2012, 281 ss. Para uma análise desta questão no Direito alemão, vide BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, cit., 164-165 (com indicações jurisprudenciais e doutrinárias sobre a aproximação desse modelo a um contrato celebrado por um menor, a um negócio celebrado por um representante sem poderes ou sob condição suspensiva e à venda sujeita a prova) e CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 55, no Direito italiano, ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 963 ss (com múltiplas indicações) e, perante o ordenamento espanhol, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Una nueva doctrina general del contrato?*, cit., 1710 (inclinando-se para a defesa da posição que situa o arrependimento na fase formativa do contrato), GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 150 ss, IRIS BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, cit., 49 ss, GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, cit., 264, LARROSA AMANTE, *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., 145-148, 181-182 e 436.

¹⁴² No Decreto-Lei n.º 24/2014 vejam-se, entre outros, os artigos 10.º/1 (“direito de resolver o contrato...”), 11.º/6 (“extingue as obrigações de execução do contrato...”) e 12.º/1 (“decisão de resolução do contrato...”) (itálicos nossos).

¹⁴³ Vide JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 83, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 965, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 57, 154 e 268, nota 571, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 327 e *Dos contratos de consumo em especial*, cit., 141 e 145, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 270-271, MARISA DINIS, *Contratos celebrados à distância e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial – Da Diretiva à transposição para o ordenamento jurídico português*, cit., 25, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 914 ss. No mesmo sentido, PAOLO GALLO, *Trattato del Contratto*, t. 1, cit., 838, UBALDO PERFETTI, *Il contratto in generale*, II – *La conclusione del contratto*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. CICU / / MESSINEO / MENGONI, contin. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2016, 87-88, GEMMA BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, cit., 264, ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, *Estudios de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, 59 ss (72) e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 129 ss.

Em geral, sobre os dois esquemas em confronto – o modelo de eficácia suspensa (fase da formação do contrato) e o modelo de eficácia extintiva ou resolúvel (do contrato) – cfr. JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 81 ss, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 110 ss, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 451 ss, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos*

II. Assim, mesmo no decurso do prazo para exercício do direito, o contrato produz os seus efeitos, embora estes possam vir a ser destruídos, caso sobrevenha, em tempo, a declaração de desvinculação do consumidor.

No caso da compra e venda, nos termos gerais, a transmissão da propriedade da coisa opera com a celebração do contrato (artigo 408.º/1 do Código Civil) ou com a entrega ao adquirente, quando se trate de coisa objecto de obrigação genérica (artigos 540.º e 541.º), como sucederá na maioria das compras à distância. Contudo, a propriedade transfere-se, de certo modo, em termos precários, tendo em conta a eventual superveniência da declaração de desvinculação por parte do adquirente, que funciona, assim, como uma condição (imprópria) resolutiva; deste modo, na ausência de regras especiais¹⁴⁴, terá aplicação a primeira parte do n.º 3 do artigo 796.º do Código Civil, quanto ao risco de perecimento ou deterioração da coisa, que correrá pelo consumidor, que já a tenha recebido, durante o prazo para exercício do direito¹⁴⁵.

O consumidor, proprietário do bem recebido, pode inspecioná-lo e manipulá-lo – em regra, podendo, para tanto, abrir a embalagem, ainda que selada¹⁴⁶ – sem que com isso colida o direito de livre desvinculação; deverá

Contratos Comerciais, cit., 327, *Os direitos dos consumidores*, in CDP, 63, 2018, 3 ss (15) e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 159, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 247 ss, ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, cit., 62 ss; cfr. também, com várias indicações, BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, cit., 164 ss, GÜNTER REINER, *Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung*, cit., 3 ss, ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 963 ss, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 130 ss e FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1031 ss.

¹⁴⁴ No Anteprojecto do Código do Consumidor foi incluída uma norma sobre a matéria, fazendo correr o risco por conta do profissional, até à restituição do bem pelo consumidor ou até decorrer o prazo para “resolver o contrato”: artigo 192.º/1 do Anteprojecto. Esta solução mereceu a explícita concordância do Professor BRANDÃO PROENÇA: *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 247.

¹⁴⁵ Neste sentido, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 250 ss e JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 119. Com diferente posição, considerando, nomeadamente, que a atribuição do risco ao consumidor “vai contra a teleologia do direito”, BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 245 ss.

¹⁴⁶ Na maioria das situações, só desse modo o consumidor poderá tomar contacto com as concretas características e o funcionamento do bem. Por razões evidentes, a solução será

fazê-lo com o devido cuidado e dentro dos limites habitualmente admitidos em estabelecimento comercial, sob pena de responder pelos danos causados¹⁴⁷: artigo 14.º/1 e 2 do Decreto-Lei n.º 24/2014. Acrescenta a lei, com uma amplitude excessiva, que *em caso algum*, o consumidor é responsabilizado pela depreciação do bem quando o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução (14.º/3)¹⁴⁸.

III. Também nas prestações de serviços, constituídas à distância ou fora do estabelecimento, a eficácia contratual é imediata¹⁴⁹, embora com as

diversa – não podendo, salvo acordo em contrário, o consumidor desvincular-se livremente do contrato – apenas quando se trate do fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução, por motivos de protecção da saúde ou de higiene, quando abertos após a entrega (17.º/1, e)) ou do fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega (17.º/1, h)). Sobre esta última situação, cfr. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: protecção do consumidor a duas velocidades?*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 177 ss (192-193), considerando a exclusão do direito uma “medida excessiva”.

Cfr. a decisão arbitral do CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (Braga), de 6-Abr.-2020 (CARLOS FILIPE COSTA), processo n.º 1768/2019: um caso em que o consumidor exerceu o seu direito de livre desvinculação, num contrato de compra e venda, celebrado *on line*, de um telemóvel, após ter procedido à abertura da respectiva embalagem e ter violado o selo de garantia do fabricante, para experimentar (no caso, de modo excessivo) o aparelho.

¹⁴⁷ À margem da consequência indemnizatória, PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 79, acompanhado por DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., cit., 142-143, sustenta a exclusão do direito de livre desvinculação quando o consumidor, por excessiva utilização do bem, durante o prazo para o exercício do direito, provoque a sua deterioração ou o seu perecimento.

¹⁴⁸ A norma espelha o regime estabelecido na Directiva 2011/83/UE (14.º/2). No entanto, como já referimos noutra local – cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 911 – a solução legal, pela amplitude com que é formulada (“*em caso algum*”), parece-nos desequilibrada: admita-se, como exemplo, o caso de um consumidor que, embora não tendo sido informado pela contraparte, conhece inteiramente a existência e todos os contornos do seu direito de livre desvinculação, que acaba por exercer, depois de experimentar e usar o bem adquirido, danificando-o, com uma conduta grosseiramente descuidada. Cfr. também STEFANO PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, cit., 282, que – por referência ao artigo 57/2 do *Codice del Consumo*, com solução equivalente à estabelecida no artigo 14.º/3 do Decreto-Lei n.º 24/2014 – sublinha a “imunidade total do consumidor” nesta situação.

¹⁴⁹ Já defendemos este entendimento no nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 915-916, nota 186.

especificidades decorrentes do artigo 15.º: quando o consumidor pretenda que a prestação do serviço, a que corresponda uma obrigação de pagamento, se inicie durante o prazo para exercício do direito de livre desvinculação, o profissional deve exigir que apresente um pedido expresso, em suporte duradouro (15.º/1), o que demonstra que o consumidor pode pedir a imediata realização da prestação, sem que a contraparte, a isso, se possa opor¹⁵⁰. Neste quadro, o prestador do serviço que, antes de terminar o período de reflexão e interpelado expressamente para o efeito, inicie a realização da prestação estará a praticar um acto devido, cumprindo (de modo não antecipado) a sua obrigação, decorrente de um contrato já perfeito e eficaz¹⁵¹. Em caso de desvinculação, o consumidor ficará obrigado ao pagamento de um valor proporcional ao serviço efectivamente prestado até ao momento da comunicação da desvinculação (15.º/2 e 3)¹⁵², excepto se, quanto à prestação de serviços executados durante o prazo de “livre resolução”, (i) o profissional não tiver cumprido o dever de informação pré-contratual relativo à existência do direito de desvinculação, prazo e procedimento para o exercício, com entrega do formulário ou referente à obrigação de o consumidor pagar um montante proporcional ao serviço prestado, quando o direito de livre desvinculação seja exercido após apresentação do pedido ou (ii) o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante

Em sentido contrário, considerando que a eficácia do contrato fica suspensa até ao termo do prazo para o arrependimento, sem que o consumidor tenha exercido o correspondente direito, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 252 ss, JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 120, PAULA RIBEIRO ALVES, *Contrato de seguro à distância. O contrato electrónico*, cit., 75 (quanto aos contratos celebrados à distância relativos a serviços financeiros, à luz do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 95/2006) e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 135.

¹⁵⁰ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 253, reconhecendo que o profissional não se pode opor e deve realizar a prestação.

¹⁵¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 965, explicando que, no decurso do prazo para a desvinculação, “as partes (já) dispõem de pretensões de cumprimento”.

¹⁵² Cfr. a sentença do Julgado de Paz de Vila Nova de Gaia, de 14-Dez.-2017 (PAULA PORTUGAL), proc. n.º 40/2017-JPVNG. Cfr. também PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 83 e MÁRIO FROTA, *Contratos à distância. Regras em vigor a 13 de Junho de 2014*, RPDC, n.º 78, 2014, 9 ss (10 e 17-18).

o prazo de livre desvinculação (15.º/5, a)); e relativamente ao fornecimento de conteúdos digitais não disponibilizados em suporte material (i) se o consumidor não tiver dado prévio consentimento para o início da execução antes do termo do prazo para o exercício do direito de “livre resolução”, (ii) se o consumidor não tiver reconhecido que perde esse direito ao dar o seu consentimento ou (iii) se o fornecedor de bens não tiver fornecido a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor (15.º/5, b))¹⁵³.

IV. Quanto aos efeitos do exercício do direito: a declaração de desvinculação, válida e eficaz, tem como primeira e principal consequência a extinção do contrato¹⁵⁴, provocando a respectiva liberação dos contraentes, quanto às obrigações que dele resultavam. Este efeito extintivo atinge, também, os contratos acessórios¹⁵⁵, coligados com o contrato “resolvido”, levando à sua (impropriamente designada) “resolução automática”¹⁵⁶, nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, que ressalva o regime dos contratos de crédito a consumidores¹⁵⁷: aqueles contratos acessórios (por exemplo, um contrato de seguro ou um contrato de assistência pós-venda) cessam automaticamente, o que corresponde, pois, à sua caducidade¹⁵⁸.

¹⁵³ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 83-84; JORGE MORAIS CARVALHO, *O Direito português dos contratos eletrónicos*, Res Severa Verum Gaudium, vol. 3, n.º 2, 2018, 68 ss (79).

¹⁵⁴ Artigo 11.º/6 do Decreto-Lei n.º 24/2014, que prescreve, ainda, a extinção de “toda a eficácia da proposta contratual, quando o consumidor tenha feito tal proposta”, num segmento que decorre da transposição do artigo 12.º/b) da Directiva 2011/83/UE, mas que perante o regime português – no qual o direito de livre desvinculação opera no âmbito de um contrato já celebrado – não terá conteúdo útil. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 107 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 909, nota 168.

¹⁵⁵ O conceito legal de *contrato acessório* de um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento consta, actualmente, do artigo 3.º/g) do Decreto-Lei n.º 24/2014.

¹⁵⁶ Cfr. também, com a mesma terminologia, o artigo 16.º/8 do Decreto-Lei n.º 275/93, que estabelece idêntica solução quanto aos contratos acessórios do contrato de aquisição de direito real de habitação periódica.

¹⁵⁷ Cfr. artigo 18.º do já referido Decreto-Lei n.º 133/2009; cfr. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, cit., 86 ss.

Sobre a “propagação”, aos contratos de crédito coligados, da “livre resolução” do contrato principal, cfr., especialmente (embora no domínio do anterior regime legal), FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito ao consumo*, cit., 176 ss e 260 ss.

¹⁵⁸ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 243-244; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de*

V. A par com a sua eficácia extintiva, a “livre resolução” do contrato implica uma *relação de liquidação*¹⁵⁹ do mesmo (tendo, nesta medida, eficácia modificativa), que envolve, essencialmente, efeitos restitutivos.

Nos contratos celebrados fora do estabelecimento ou à distância, a principal obrigação do consumidor¹⁶⁰ será a de proceder à devolução do bem que lhe tenha sido entregue (artigo 13.º/1), devendo, para o efeito, conservá-lo (13.º/3), embora, como vimos anteriormente, o direito de livre desvinculação não impeça o consumidor de o inspeccionar e manipular. A devolução ao fornecedor (ou a entrega a pessoa, para o efeito, autorizada) deverá ser realizada no prazo de 14 dias, contados da comunicação da “resolução” do contrato, caso o fornecedor não se disponibilize para recolher o bem objecto da restituição (13.º/1).

Os custos com a devolução, em regra, são suportados pelo consumidor (13.º/2)¹⁶¹, só recaindo sobre o profissional nas seguintes situações: quando

compra e venda, vol. I, cit., 284; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 913. Cfr. também JÖRN FRITSCHKE, *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil* II, 8.ª ed., cit., anotação ao § 355, n.º 43.

¹⁵⁹ Vide JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 243 e 269; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 910. Cfr. também REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 190.

Sobre a relação de liquidação na resolução contratual, vide JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Edit., 1982 (ed. 1996), 22, 69 e 160 ss e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 930 ss e *Da resolução do contrato*, ROA, 80, III-IV, 2020, 445 ss (464-465 e 468).

¹⁶⁰ O consumidor poderá ficar adstrito a outras prestações, inclusivamente, negativas: tratando-se de conteúdos ou serviços digitais, o novo número 5 do artigo 13.º (aditado pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de Dezembro) determina que, em caso de “livre resolução” do contrato, o consumidor fica obrigado a abster-se de os utilizar e de os colocar à disposição de terceiros.

¹⁶¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, *Contratação eletrónica e tutela do consumidor*, cit., 143; PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 82; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 910; SANDRA PASSINHAS, *A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial, 2015, 93 ss (129) e *A proteção do consumidor no mercado em linha*, cit., 892; JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *Os contratos de consumo celebrados pela internet. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 528; MARIANA DUARTE, *O novo regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento: reforço da protecção do consumidor?*, AB Instantia, ano II, n.º 3, 2014, 115 ss (118); DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.ª ed., cit., 143.

exista um acordo nesse sentido (13.º/2, a)); quando o profissional tenha incumprido o dever pré-contratual de informar o consumidor de que lhe cabe pagar os custos de devolução (cfr. artigo 4.º/1, n)) (13.º/2, b)); e quando, num contrato celebrado fora do estabelecimento, o bem tenha sido entregue no domicílio do consumidor, no momento da celebração do contrato e não possa, pela sua natureza ou dimensão, ser devolvido por correio, cabendo, então, ao fornecedor recolhê-lo e suportar o respectivo custo (12.º/5).

Em contrapartida, o consumidor tem direito à restituição das quantias pagas, que devem ser reembolsadas no prazo de 14 dias, a contar da data em que o profissional tenha sido informado¹⁶² do exercício do direito de livre desvinculação (12.º/1); a restituição deve ser realizada pelo mesmo meio que tenha sido usado, pelo consumidor, para efectuar o(s) pagamento(s), salvo acordo expresse em contrário e desde que o consumidor não incorra em custos com o reembolso (12.º/2). Contudo, enquanto o consumidor não proceder à restituição do bem, o fornecedor pode, lícitamente, não realizar a sua prestação de devolução das quantias pagas (artigo 12.º/4¹⁶³), mercê do nexó sinalagmático entre as prestações, que explica o apelo à lógica da excepção de não cumprimento, aplicável às obrigações recíprocas de restituição, decorrentes da resolução dos contratos, a operar a favor do fornecedor dos bens¹⁶⁴.

Incorrendo em mora, no cumprimento da obrigação de reembolso, o profissional fica sujeito a uma verdadeira sanção civil¹⁶⁵: é obrigado à devo-

Com o entendimento oposto (considerando que, na falta de acordo em contrário, o custo da devolução fica a cargo do fornecedor do bem), JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 255 e JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 110 e 114.

¹⁶² O que pressupõe a recepção ou o conhecimento, pelo fornecedor dos bens ou prestador de serviços, da declaração de desvinculação do consumidor, valendo, portanto, para este efeito, o disposto no artigo 224.º/1, primeira parte, do Código Civil. Cfr. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, 241, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 911, nota 175 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 254.

¹⁶³ A norma refere-se, porém, à “retenção” do reembolso.

¹⁶⁴ Artigos 428.º, 290.º, 433.º e 289.º ss do Código Civil. Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 81 e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 911-912.

¹⁶⁵ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 912, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 258 (e, anteriormente, *Os Contratos de Consumo*, cit., 417), JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-

lução em dobro, no prazo de 15 dias úteis, sem prejuízo do direito do consumidor a indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais (artigo 12.º/6)¹⁶⁶.

5. Configuração dogmática; natureza

I. O consumidor pode provocar a extinção do contrato sem necessidade de fundamento legal ou contratual e sem precisar, sequer, de invocar um motivo para a sua desvinculação: trata-se, pois, de um *direito de exercício discricionário*¹⁶⁷, faceta que o termo *livre* evidencia¹⁶⁸, sem prejuízo dos limites gerais ao seu exercício, *maxime* por via do princípio da boa fé (762.º/2 do Código Civil) e, em especial, da proibição de abuso de direito (334.º do Código Civil)¹⁶⁹, que, naturalmente, verá a sua aplicação dificultada pelo

-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, cit., 112; veja-se igualmente PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 81 (explicando que se trata de uma sanção compulsória) e HENRRY SOSA OLÁN, *Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica*, cit., 109. Cfr. também RP 27-Abr.-2015 (CARLOS GIL), proc. n.º 4257/13.9TBMTS.P1, <http://www.dgsi.pt> (identificando o carácter sancionatório).

¹⁶⁶ A solução é considerada desproporcionada por JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 244.

¹⁶⁷ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 257; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os direitos dos consumidores*, cit., 15, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 160 e *Direito do Consumo*, cit., 151 (cfr. também *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 328: direito arbitrário); CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 918; ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 130 e 133; VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto ai consumatori*, cit., 479; JEAN CALAIS-AULOY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 586; STÉPHANE DETRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, cit., 7 e 11; LARROSA AMANTE, *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., 186; HENRRY SOSA OLÁN, *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 162 ss; ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, cit., 71. No mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 58 e 154, sublinhando que a cessação do contrato assenta num critério subjectivo do consumidor.

¹⁶⁸ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, cit., 79.

¹⁶⁹ Vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 154 e ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 966-967. Cfr. também CHRISTIAN LARROUMET / SARAH BROS, *Les Obligations. Le*

exercício imotivado e discricionário do direito de desvinculação. Isto não significa que não sejam configuráveis situações de exercício abusivo do “arrependimento”, v. g. quando, com a desvinculação *ad nutum*, se pretenda prejudicar a contraparte¹⁷⁰, em casos de *venire contra factum proprium* ou noutras circunstâncias vedadas pelo artigo 334.º; à margem de situações discutíveis¹⁷¹, assim sucederá se o consumidor adquire um bem com a finalidade de o usar, ainda que pouco tempo, e depois o devolver ao abrigo do seu “direito de arrependimento”¹⁷².

Trata-se de um *direito potestativo*¹⁷³, que a lei atribui apenas a um dos contraentes: o consumidor, que por declaração unilateral provoca a extinção do

Contrat, cit., 236-237, dando nota de situações de abuso (no domínio dos seguros de vida), que, em razão do carácter discricionário da “faculdade de retractação”, não foram sancionadas pela *Cour de Cassation*, confundido, indevidamente, exercício discricionário e boa fé.

¹⁷⁰ Cfr. CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 58.

¹⁷¹ Por exemplo, o exercício do direito de desvinculação numa (e, por vezes, em mais do que uma) compra *on line* de coisa genérica (v. g. uma peça de vestuário), para, de seguida, o consumidor adquirir, ao mesmo vendedor, a “mesma” coisa, por preço mais baixo: uma prática frequente – e normalmente bem aceite pelos grandes comerciantes – em épocas de reduções sucessivas de preços.

¹⁷² MASSIMILIANO ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, Rivista Critica del Diritto Privato, 2-3, 2001, 359 ss (384) e JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 547 e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 201. Veja-se também MICHAEL HÖHNE, *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität*, cit., 41, considerando abusiva a conduta do consumidor que, antes da celebração do contrato, já tinha a intenção de exercer o direito de desvinculação. Sobre o tema, cfr. ainda ALBERTO MARIA BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, cit., 976 ss, ÂNIA MARQUES FLORENÇA, *O abuso do direito no Direito do Consumo*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2005, 78 ss (acessível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/15192/1/Floren%c3%a7a_2015.pdf) e JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 150 ss.

¹⁷³ Vide JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 81 e *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., 756; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 965; FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos português e alemão*, cit., 487 e *Contratos de crédito ao consumo*, cit., 167; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., 109; FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, cit., 66; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., 328, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 160 e *Direito do Consumo*, cit., 150; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos*

contrato. Neste circunstancialismo, o exercício do direito de livre desvinculação opera como uma *condição* (imprópria¹⁷⁴) *resolutiva*¹⁷⁵.

de consumo: um verdadeiro direito de resolução?, cit., 234, 248 e 257; CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 913; ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, *O direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento: algumas notas*, cit., 29 e 31; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 266, 270, 272 e 276; JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Direito Real de Habitação Periódica: do bem de consumo, à realidade*, cit., 687; DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 3.^a ed., cit., 126; BURKHARD BOEMKE, *Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung*, cit., 178-179; JANKO BÜSSER, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, cit., 201; LARENZ / MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., 721; JENNY GESSNER, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht*, cit., 22; MANFRED LÖWISCH, *Staudinger BGB, §§ 346-361*, cit., comentário ao § 355, n.ºs 22, 31 e 89; CHRISTIAN ALEXANDER, *Verbraucherschutzrecht*, cit., 54; JÖRN FRITSCHKE, *Münchener Kommentar zum BGB, 3, Schuldrecht. Allgemeiner Teil II*, 8.^a ed., cit., anotação ao § 355, n.º 44; ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 131; MATTEO MAGRI, *Le vendite aggressive. Contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali*, cit., 308; FRANCESCO PAOLO PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione normativa*, cit., 1016; ETTORE BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, cit., 967; MARIA LUISA CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, cit., 139; RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 241-242; GARCÍA VICENTE, *Ley de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación*, cit., 113-114 e 115 ss; LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, *El plazo para desistir en los contratos con consumidores*, cit., 167; LARROSA AMANTE, *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, cit., 145-146 e 436; HENRRY SOSA OLÁN, *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 160-161; ENRIQUE RUBIO TORRANO, *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, cit., 72; ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE, *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*, cit., 55; JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 120, 123, 128 e 181. Na jurisprudência nacional, a título ilustrativo: STJ 28-Abr.-2009 (FONSECA RAMOS), proc. n.º 2/09.1YFLSB, <http://www.dgsi.pt>.

¹⁷⁴ Num duplo sentido: porque potestativa e por se tratar de condição legal. Sobre os contornos das condições potestativas e das condições impróprias, *vide*, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 5.^a ed., com colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2021, 640-642 e no *Código Civil Comentado*, I – Parte Geral, CIDP/Almedina, 2020, 789-790.

Cfr. também, embora num quadro diferente (o da relação entre a execução do contrato de crédito pelo consumidor e o cumprimento da compra e venda por parte do vendedor), FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de contratos de crédito e de venda para o consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, 399 e 451, qualificando a condição *ex lege* como condição imprópria.

¹⁷⁵ Cfr. JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*,

Noutra perspectiva, o direito de livre desvinculação do consumidor é um *direito irrenunciável*¹⁷⁶ e *incondicionável*¹⁷⁷, não valendo qualquer cláusula que implique a renúncia prévia ou que estipule algum “preço de arrendimento”¹⁷⁸ ou indemnização pelo exercício (11.º/7 e 29.º)¹⁷⁹: em

cit., 85, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 416 e 453 e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 197, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?*, cit., 376, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 270, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 914, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, cit., 150 e *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 159, CABALLERO LOZANO, *Una compraventa especial: una venta fuera de establecimiento*, cit., 1055, REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, cit., 24, CAMILLA FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il «recesso» del consumatore*, RDCiv., LVI, n.º 1, P. II, 2010, 1 ss, em especial, 22 ss, 33 ss e 38.

¹⁷⁶ Cfr. CAROLINA CUNHA, *Métodos de venda a retalho fora do estabelecimento: regulamentação jurídica e protecção do consumidor*, *Direito Industrial*, vol. IV, 2005, 285 ss (301-302), JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 242, PAULO MOTA PINTO, *O novo regime jurídico dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 78-79 e 90-91, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico de conteúdos digitais: proteção do consumidor a duas velocidades?*, cit., 193, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O Regime Geral da Contratação de Consumo*, cit., 160, JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos eletrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 120, RAYMONDE BAILLOD, *Le droit de repentir*, cit., 240, MARIA CARLA CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, cit., 698-699, ALESSANDRO BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., 133, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, cit., 485, JEAN CALAIS-AULROY / HENRI TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9.ª ed., cit., 586, HENRRY SOSA OLÁN, *Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica*, cit., 109 e *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, cit., 166 e IRIS BELUCHE RINCÓN, *El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral*, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n.º 2, 2015, 69 ss (87).

¹⁷⁷ JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 240, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 913, VERONICA BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, cit., 485.

¹⁷⁸ JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, cit., 76 e 82 e JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 237.

¹⁷⁹ Cfr., como lugares paralelos, os artigos 20.º do Decreto-Lei n.º 275/93, 7.º/3 do Decreto-Lei n.º 357-D/2007 e 37.º/5 da Lei n.º 27/2020. Acresce o artigo 16.º LDC (carácter injuntivo dos direitos dos consumidores).

princípio¹⁸⁰, o exercício do direito é, neste sentido, *gratuito*; no entanto, a injuntividade do regime legal deve ser entendida em termos relativos ou unilaterais, não invalidando convenções mais favoráveis para o consumidor¹⁸¹.

II. Na generalidade das situações, incluindo os contratos à distância e os celebrados fora do estabelecimento, o exercício do direito de livre desvinculação provoca, como vimos, a cessação do contrato, extinguindo-o *ex tunc*¹⁸², o que parece aproximá-lo da resolução¹⁸³.

Num cenário de persistente flutuação terminológica, que – desde logo, nas fontes¹⁸⁴, mas, também, na literatura especializada¹⁸⁵ – tem marcado o direito em apreço, no Decreto-Lei n.º 24/2014 e noutros diplomas legais é usada a designação *direito de livre resolução*, bem acolhida por parte da doutrina¹⁸⁶,

Na jurisprudência, a título ilustrativo, cfr. RL 21-Jun.-2018 (JORGE LEAL), proc. n.º 12850/16.1T8LSB.L1-2, e sentença do Julgado de Paz do Porto 2-Fev.-2018 (LUÍS FILIPE GUERRA), proc. n.º 174/2017-JPPRT, ambos acessíveis em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁸⁰ Recordamos que em matéria de viagens organizadas o cliente poderá suportar uma “taxa de rescisão” (25.º/2, 3 do Decreto-Lei n.º 17/2018).

¹⁸¹ Cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 908-909.

¹⁸² Porém, excepcionalmente, a extinção pode operar em termos não retroactivos, em especial, quando se verifique a situação prevista no artigo 15.º, devendo, então, o consumidor pagar o valor proporcional ao serviço efectivamente prestado durante o prazo para exercício do direito.

¹⁸³ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de contratos à distância e o novo regime do contrato de seguro*, cit., 107 e *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 5.ª ed., cit., 225-226 (tratando o “arrependimento”/ “direito de livre resolução” como um tipo de resolução).

¹⁸⁴ Sublinhando este aspecto, desde logo, por referência às Directivas comunitárias, SCHURR, *Geschäftsimmanente Abstandnahme*, cit., 8-9.

Cfr. supra 2 e 3.1: *direito de renúncia* (Directiva 85/577/CEE e Lei n.º 27/2020); *direito de desistência* (no revogado Decreto-Lei n.º 272/87); *período de reflexão* (Directiva 87/102/CEE, anexo); *direito de resolução* (Decreto-Lei n.º 275/93, Decreto-Lei n.º 357-D/2007, Directivas 2008/122/CE, 2009/138/CE e 2014/17/UE); *direito de rescisão* (Directivas 94/47/CE, 97/7/CE e 2002/65/CE); *arrependimento* (CVM); *período de renúncia* (Directiva 2002/83/CE), *direito de livre resolução* (Decreto-lei n.º 95/2006, Lei n.º 24/96 (LDC), Decreto-Lei n.º 72/2008 (LCS) e Decreto-Lei n.º 24/2014); *direito de retractação* (Directiva 2008/48/CE e Directiva 2011/83/UE, na redacção originária da LDC e Decreto-Lei n.º 17/2018); *direito de livre revogação* (Decreto-Lei n.º 133/2009).

¹⁸⁵ Cfr., com várias indicações, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 261 ss e o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 916-917 e 918, nota 196.

¹⁸⁶ Vide, nomeadamente, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 109 e FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no*

mas que consideramos inadequada¹⁸⁷, por, em rigor, envolver uma contradição nos próprios termos e não espelhar a natureza do direito: a resolução não é livre, mas *vinculada*, estando *condicionada* por um fundamento legal (em regra, o incumprimento definitivo) ou convencional (artigo 432.º/1 do Código Civil)¹⁸⁸. A “livre resolução”, porque discricionária, não é uma resolução¹⁸⁹, estando muito mais próxima da revogação (unilateral)¹⁹⁰.

Porém, tipicamente, no domínio contratual, a revogação é bilateral e não tem eficácia retroactiva, diversamente do que sucede com o *direito de livre desvinculação* do consumidor, na terminologia que consideramos preferível, por os especiais contornos da figura justificarem uma designação própria e autónoma: trata-se, afinal, de um modo *sui generis* de cessação do contrato¹⁹¹.

quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio, cit., 70.

¹⁸⁷ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Harmonização da linguagem jurídica ao nível do Direito contratual europeu. Breves notas*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 8, 2006/2007, 109 ss (124) (considerando que a terminologia se presta a confusões); CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 917.

¹⁸⁸ Cfr., nomeadamente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 907 e 933, *Da resolução do contrato*, cit., 450-451, 462 e 471 e *Código Civil Comentado*, II – *Das Obrigações em Geral*, CIDP/Almedina, 2021, 250-251 e 258, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª ed., cit., 68 e 74 ss, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, 13.ª ed., Almedina, 2021, 10, bem como JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime*, cit., especialmente, 88 ss.

¹⁸⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 965, JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo*, cit., 456-457 e *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., cit., 196, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, cit., 109, FERNANDA NEVES REBELO, *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio*, cit., 67, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 916-917.

¹⁹⁰ No sentido de que o “direito de livre resolução”/“direito ao arrependimento” é uma forma ou modalidade de revogação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., cit., 927 e 965 e *Direito Comercial*, 5.ª ed., com colab. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 2022, 650 Veja-se também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução?*, cit., 256-257, 260 e 270, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Contrato de compra e venda*, vol. I, cit., 264 ss, *maxime* 272-273 e (aderindo à posição do Professor MENEZES CORDEIRO) JOÃO PEDRO LEITE BARROS, *O direito de arrependimento nos contratos electrónicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, cit., 127-128.

¹⁹¹ Cfr. o nosso *Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, cit., 918-919.

OS CONTRATOS FORA DO ESTABELECIMENTO

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1. Noção Geral; 1.2. Fontes; 1.3. A Definição Legal: O Artigo 3.º, g) da LCCD; 2. Requisitos; 2.1. Sujeitos; 2.2. Objeto; 2.3. Local de Celebração; 3. Modalidades; 4. Regime; 4.1. Fase Pré-Contratual; 4.2. Formação; 4.3. Extinção.

1. Introdução

1.1. Noção Geral

I. Designa-se por contrato fora do estabelecimento comercial (“off-premises contract”, “außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag”, “contrat hors établissement”, “contratto negoziati fuori dai locali commerciali”, “contrato celebrado fuera de lo establecimiento mercantil”) o *contrato entre um empresário e um consumidor que, tendo por objeto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, foi concluído em lugar diverso do estabelecimento comercial do primeiro com a presença física simultânea de ambos*.^{*-1-2}

* O presente estudo foi concluído em setembro de 2021, não levando em conta as alterações da lei (nacional e europeia), bem como a doutrina e a jurisprudência, posteriores a tal data.

¹ A designação legal não é inteiramente precisa, dado que, como veremos, este contrato pode ser celebrado, nalguns casos, no próprio estabelecimento comercial do empresário (art. 3.º, g), i) da LCCD). Sobre este contrato, vide BARATA, C. Lacerda, *Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial*, in: V “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (2017), 41-127; CARVALHO, J. Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª edição, 214 e ss., Almedina, Coimbra, 2020; CUNHA, Carolina, *Métodos de Venda a Retalho Fora do Estabelecimento: Regula-*

1.2. Fontes

I. Este contrato de consumo encontra-se previsto e regulado na *Lei dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial* (LCCD), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.³

II. A LCCD veio transpor para o direito interno português a Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro, relativa aos direitos dos consumidores, que teve por objetivo fundamental estabelecer uma harmonização integral das legislações dos Estados-membros em matérias relativas à informação pré-contratual, aos requisitos formais e ao direito de livre resolução nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e contratos celebrados à distância.⁴

III. Tendo na LCCD o seu núcleo normativo, a figura é transversal à ordem jurídica, aflorando igualmente noutros diplomas legais. A título de ilustração, pense-se no art. 322.º do Código dos Valores Mobiliários, relativo aos contratos de intermediação financeira celebrados fora do estabelecimento

mentação Jurídica e Protecção do Consumidor, in: “Direito Industrial”, vol. IV, 285-330, Almedina, Coimbra, 2005; DINIS, Marisa, *Contratos Celebrados à Distância e Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial*, in: 77 “Revista Portuguesa de Direito do Consumo” (2014), 11-38; PINTO, P. Mota, *O Novo Regime Jurídico dos Contratos à Distância e dos Contratos Celebrados fora do Estabelecimento Comercial*, in: 9 “Estudos de Direito do Consumidor” (2015), 51-91; PINTO-FERREIRA, J. Pedro / CARVALHO, J. Morais, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2014.

² Noutras latitudes, vide GARCÍA, G. Botana, *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994; MACRI, Carmine, *I Contratti Negoziati Fuori dai Locali Commerciali*, Giappichelli, Torino, 1998; STÜRNER, Michael, *Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag*, in: 37 “Juristische Ausbildung” (2015), 341-346; SERRANO, L. María, *Los Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

³ Em Portugal, o primeiro regime jurídico aplicável aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial data de 1987, com a publicação do Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril (cf. nota seguinte).

⁴ Tal diretiva veio substituir e revogar a Diretiva 85/577/CEE, de 20 de dezembro, relativa à proteção dos consumidores nos contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, e a Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores nos contratos à distância. Tais diretivas haviam sido transpostas para o direito português, respetivamente, através dos Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril e Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, o qual viria a ser revogado pela atual LCCD.

do intermediário financeiro⁵, ou no art. 26.º do Regime de Acesso e de Exercício da Atividade das Agências de Viagens e Turismo, relativo aos contratos de viagem organizada celebrados fora do estabelecimento do organizador.⁶

1.3. A Definição Legal: O Artigo 3.º, g) da LCCD

I. A LCCD consagrou a seguinte *noção* de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial (art. 3.º, g)): “o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos: i) Celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços; ii) Celebrados no domicílio do consumidor; iii) Celebrados no local de trabalho do consumidor; iv) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário; v) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial; vi) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário”.

II. Arrancando desta definição legal, é assim possível individualizar os requisitos (2) e os tipos fundamentais (3) deste contrato de consumo.

⁵ ANTUNES, J. Engrácia, *Os Contratos de Intermediação Financeira*, 286 e s., in: LXXXV “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, 277-319.

⁶ ANTUNES, J. Engrácia, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, 183, in: 78 “Revista da Ordem dos Advogados” (2018), 125-189.

2. Requisitos

I. Desde logo, no que concerne ao primeiro aspeto, trata-se de um contrato de consumo que exige a verificação cumulativa de três *requisitos*, de natureza subjetiva, objetiva e espacial.⁷

2.1. Sujeitos

I. “Primus”, no que concerne aos seus sujeitos do contrato, os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial têm como partes o *empresário*, pessoa singular ou coletiva titular de estabelecimento comercial atuando no âmbito da sua atividade profissional diretamente ou através de terceiro (“fornecedor de bens” ou “prestador de serviços”: cf. art. 3.º, f) da LCCD)⁸, e o *consumidor*, ou seja, qualquer pessoa singular atuando com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional (art. 3.º, c) da LCCD).

II. Necessário é também que o contrato tenha sido celebrado *com a presença física* simultânea de ambas as partes contratantes, sendo de destacar ter aqui o legislador considerado apenas como relevantes os empresários que disponham de um estabelecimento comercial de retalho (com exclusão dos demais profissionais) (art. 3.º, g) e h) da LCCD) e os consumi-

⁷ Falamos aqui dos requisitos específicos do tipo contratual, dado que se pressupõem preenchidos (com as eventuais especializações decorrentes daqueles) os requisitos gerais da existência de um contrato de consumo, relativos ao sujeito ativo (consumidor), sujeito passivo (empresário/profissional), objeto (bens, serviços, direitos) e fim (destino não profissional). Sobre tais requisitos, vide desenvolvidamente ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 51 e ss., Almedina, Coimbra, 2019.

⁸ Apesar da terminologia legal, mostra a experiência que, na esmagadora maioria dos casos, os fornecedores ou prestadores constituirão empresários individuais ou coletivos – circunstância esta que, de resto, transparece inequivocamente da própria disciplina legal, que se refere amiúde às “empresas fornecedoras” (arts. 20.º, n.ºs 1 e 3, 21.º, n.º 1, a), 23.º, n.º 2, a) e b) da LCCD). Esse é também o entendimento da doutrina estrangeira para questão congénere. Assim Vincenzo BUONOCORE: “A lei sobre contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (“contratti stipulati fuori dei locali commerciali”) aplica-se a todos os contratos entre um empresário e um consumidor, concluídos fora da sede da empresa tendo por objeto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços” (*Contrattazione d’Impresa e Nuove Categorie Contrattuali*, 85, Giuffrè, Milano, 2000); F. Vicent CHULIÁ: “Estas disposiciones são aplicáveis aos contratos celebrados fora do estabelecimento mercantil do empresário, diretamente por este ou por terceiro que atue por sua conta” (*Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, 1241, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

dores que sejam indivíduos (com exclusão de pessoas coletivas) (art. 3.º, c) da LCCD).⁹

2.2. Objeto

I. “Secundus”, no que toca aos requisitos objetivos, o contrato poderá ter por objeto, em princípio, quaisquer *bens, serviços ou direitos* negociados por aquele empresário (arts. 2.º, n.º 1 e 3.º, f) da LCCD).

II. Não obstante esta amplitude do objeto contratual elegível, deve ser assinalada a previsão de um importante conjunto de exceções para efeitos da aplicabilidade do respetivo regime legal: estão neste caso, entre outros, os contratos relativos à utilização de cabines telefónicas públicas, à construção, compra e venda ou outros direitos respeitantes a imóveis, a serviços sociais (v.g., habitação, assistência à infância), a serviços de cuidados de saúde, a jogos de fortuna ou azar (v.g., lotarias, bingos), a serviços de transporte de passageiros, ou ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo fornecedor de bens em deslocações frequentes e regulares ao domicílio do consumidor (art. 2.º, n.º 2 da LCCD).

III. Destaque especial, constituindo objeto de regulação própria, merecem os contratos relativos às *viagens organizadas* (art. 2.º, n.º 2, h) da LCCD, Decreto-Lei n.º 17/2018, de 8 de março)¹⁰ e às chamadas *vendas automáticas* (art. 2.º, n.º 2, b), 22.º a 24.º da LCCD).¹¹

⁹ Este requisito distingue os contratos celebrados fora do estabelecimento dos contratos à distância, distinção esta que, todavia, não pode ser reconduzida à tradicional divisão entre *contratos entre presentes e entre ausentes*. Com efeito, esta última não se baseia no critério da imediatez física dos contratantes, mas antes na imediatez temporal das respetivas declarações negociais: um contrato celebrado por telefone, videoconferência ou “skype” entre dois indivíduos muito distantes será um contrato “inter presentes”, enquanto um outro concluído presencialmente entre dois indivíduos que emitiram as suas declarações em momentos diferentes será um contrato “inter absentes”. Sobre tal distinção, vide FERNANDES, L. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 92 e ss., 5.ª edição, UC Editora, Lisboa, 2010.

¹⁰ Sobre este contrato em especial, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito do Consumo*, 216 e ss., Almedina, Coimbra, 2019.

¹¹ Sobre a contratação automática e em autosserviço, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 148 e ss., 7.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2020.

2.3. Local de Celebração

I. “Tertius”, exige-se ainda, em regra, o preenchimento de um requisito de natureza operativa ou espacial: que o contrato tenha sido celebrado *fora do estabelecimento do empresário*, entendendo-se por tal quaisquer instalações de venda a retalho onde este exerça a sua atividade de forma permanente (no caso de instalações imóveis) ou habitual (no caso de instalações móveis) (art. 3.º, h) da LCCD).

II. Assim sendo, os espaços públicos, como, por exemplo, as ruas, os centros comerciais, as praias, as instalações desportivas e os transportes públicos, que o empresário/profissional utilize de forma excecional para as suas atividades comerciais, não deverão ser considerados estabelecimentos comerciais para estes efeitos.¹²

3. Modalidades

I. Concretizando o sentido e alcance deste último requisito, o legislador acabou por consagrar cinco *modalidades típicas* deste contrato (art. 3.º, g) da LCCD).

II. São eles:

- os contratos celebrados no *domicílio* do consumidor (art. 3.º, g), ii) da LCCD), tomado este num sentido amplo, incluindo a sua residência habitual (art. 82.º, n.º 3 do CCivil) mas também o domicílio de pessoas das suas relações;¹³

¹² Tenha-se presente que as bancas dos mercados e os “stands” das feiras já poderão ser considerados como estabelecimentos comerciais no caso de funcionarem como local de negócios permanente ou habitual para o empresário/ profissional, ainda que em base sazonal. Neste sentido se pronunciou o Acórdão do TJUE de 7-VIII-2018 (“*Verbraucherzentrale Berlin v. Unimatic Vertriebs GmbH*”), que qualificou como estabelecimento comercial um “stand” explorado por um profissional numa feira comercial no qual este exerce as suas atividades alguns dias por ano, se, tendo em conta o conjunto das circunstâncias de facto que rodeiam essas atividades, nomeadamente a aparência desse “stand” e as informações nele disponibilizadas, um consumidor médio e razoável podia esperar que esse profissional exercesse aí as suas atividades e o abordasse a fim de celebrar um contrato (in: ECLI:EU:C:2018:642).

¹³ Para um exemplo, ainda ao abrigo do anterior Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 10-XII-2009 (LOPES MARTINS), in: www.colectaneadejurisprudencia.com.

- os contratos celebrados no *local de trabalho* do consumidor (art. 3.º, g), iii) da LCCD), tomado também “*lato sensu*” no sentido de local onde este desenvolve a sua atividade profissional, ao abrigo de contrato de trabalho ou não (v.g., profissional liberal) ou outras atividades regulares (v.g., instalações de universidade para um estudante);
- os contratos celebrados em *reuniões* (art. 3.º, g), iv) da LCCD), mormente, organizadas pelo empresário para demonstração ou promoção dos seus bens ou serviços;
- os contratos celebrados em *excursões* (art. 3.º, g), v) da LCCD), mormente, em deslocações ou digressões turísticas gratuitas onde o empresário organizador promove a venda dos seus bens ou serviços¹⁴; e
- os contratos celebrados em *local indicado pelo empresário* (art. 3.º, g), i) e vi) da LCCD), quando, na sequência de um contacto individual direto do consumidor (por via postal, telefónica, eletrónica, na via pública, etc.) por parte de um empresário, aquele celebra um determinado contrato no estabelecimento comercial deste ou noutro local por ele indicado (v.g., uma prática frequente consistindo na atribuição de prémios ao consumidor, que este é convidado a receber em determinado local onde assistirá, simultaneamente, à apresentação de outros produtos ou serviços do mesmo empresário).

III. Dada a natureza exemplificativa do elenco do art. 3.º, g), da LCCD, a estas modalidades típicas podem ainda acrescentar-se outras *modalidades atípicas*. Sublinhe-se que algumas destas modalidades contratuais poderão constituir ou integrar uma prática comercial desleal, nos termos gerais dos arts. 9.º, nº 1 e 12.º, a) a c) do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março), originando a anulação, modificação ou redução do contrato a pedido do consumidor (art. 14.º da mesma lei).

4. Regime

I. O *regime legal* destes contratos encontra-se nuclearmente previsto na LCCD, sendo de destacar as regras relativas à fase pré-contratual, à formação e à extinção do contrato.

¹⁴ Para um exemplo, ainda ao abrigo do anterior Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril, vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 17-IV-2008 (LOPES MARTINS), in: www.colectanea.dejurisprudencia.com.

4.1. Fase Pré-Contratual

I. Relativamente à *fase pré-contratual*, avultam os *deveres de informação* do empresário, o qual deve colocar à disposição do consumidor, em tempo útil e previamente à celebração do contrato, um conjunto muito variado e extenso de informações (art. 4.º da LCCD).

II. Tais informações consubstanciam um *conteúdo mínimo da declaração negocial do empresário*, incluindo, designadamente, a sua identidade e endereço¹⁵, as características essenciais do bem ou do serviço, o preço total do bem ou do serviço (incluindo taxas e impostos) e o modo de cálculo, os encargos suplementares, as despesas de entrega (caso existam), as modalidades de pagamento, entrega ou execução, a existência de um direito de livre resolução do contrato e seu modo de exercício, a duração do contrato, a existência de prazo da garantia de conformidade dos bens, a assistência pós-venda, e a existência de depósitos ou outras garantias financeiras.

III. Tais informações pré-contratuais devem ser *prestadas* de forma clara e compreensível (arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1), através de forma escrita, em papel ou noutro suporte duradouro (arts. 4.º, n.º 5 e 9.º, n.º 1), sendo parte integrante e inalterável do contrato, salvo acordo expresso das partes anterior à respetiva celebração (art. 4.º, n.º 3), e cabendo à empresa fornecedora o ónus da prova do respetivo cumprimento (art. 4.º, n.º 7, todos da LCCD).¹⁶

¹⁵ Sublinhe-se que, nos termos do Acórdão do TJUE de 10-VII-2019 (“*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände v. Amazon EU Sàrl*”), o profissional deve ainda informar o consumidor dos seus contactos telefónico e eletrónico caso estes existam (art. 4.º, n.º 1, a) da LCCD), não sendo, todavia, obrigado ativar uma nova linha telefónica, de fax, ou endereço eletrónico para permitir aos consumidores contactar com ele (in: ECLI: EU:C:2019:576).

¹⁶ Sobre os deveres de informação pré-contratuais, vide CARVALHO, J. Morais, *Prestação de Informações nos Contratos Celebrados à Distância*, 83 e ss., in: AAVV, “Direito Privado e Direito Comunitário – Alguns Ensaios”, 13-144, Âncora Editora, Lisboa, 2007; REBELO, F. Neves, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, in: “Liber Amicorum Mário Frota”, 103-153, Almedina, Coimbra, 2012. Sobre o quadro comunitário precedente e inspirador da regulação portuguesa (embora relativo à Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio, hoje substituída pela Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro), vide PINTO, P. Mota, *Princípios Relativos aos Deveres de Informação no Comércio à Distância*, in: 5 “Estudos de Direito do Consumidor” (2003), 183-206.

4.2. Formação

I. Relativamente à sua formação, merece destaque a exigência de *forma especial*: sob pena da respetiva nulidade, os contratos fora do estabelecimento comercial devem revestir forma escrita e possuir como conteúdo mínimo um conjunto de elementos informativos obrigatórios, expressos de modo compreensível e em língua portuguesa (art. 9.º, n.º 1 da LCCD, art. 220.º do CCivil).

II. Para além disso, a lei consagrou ainda a obrigação de entrega ao consumidor uma *cópia do contrato* assinado ou a confirmação do contrato em suporte de papel ou outro suporte duradouro que este haja autorizado, v.g., chave USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória (arts. 3.º, l) e 9.º, n.º 2 da LCCD).

4.3. Extinção

I. Finalmente, relativamente à sua extinção, os contratos celebrados fora do estabelecimento conferem ao consumidor um *direito de desistência* no prazo de 14 dias contados a partir da data da celebração contratual (no caso de prestação de serviços ou do fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados) ou da data da receção do bem (no caso do fornecimento dos demais bens) (arts. 10.º a 17.º da LCCD).¹⁷

¹⁷ Para mais desenvolvimentos, SOUSA, A. Teixeira, *O Direito de Arrependimento nos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial*, in: “Estudos de Direito do Consumo – Homenagem a Manuel Ataíde Ferreira”, 18-41, Deco, Lisboa, 2016.

CONTRATOS À DISTÂNCIA EM GERAL

CHEN CHEN*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*; 2. *Conceito*; 2.1. *O contrato celebrado à distância e a sua concretização legal*; 2.2. *Elementos do contrato celebrado à distância*; 3. *A formação dos contratos celebrados à distância*; 3.1. *O direito de informação*; 3.1.1. *Contexto*; 3.1.2. *Regime legal*; 3.2. *Forma do contrato celebrado à distância*; 3.3. *Modalidades de celebração do contrato à distância*; 3.4. *A obrigação do conteúdo*; 4. *O direito à livre resolução*; 4.1. *Prazos*; 4.2. *Modo de exercício e efeitos*; 4.3. *Obrigações do profissional*; 4.4. *Obrigações do consumidor*; 4.5. *Exceções*; 5. *Execução do contrato*; 6. *Notas finais*.

PALAVRAS-CHAVE: *contrato à distância; consumidor; profissional; bem.*

1. Introdução**

I. O tradicional modelo de contratação (a celebração do contrato na presença física das partes) está a ser progressivamente abandonado, em virtude do surgimento e desenvolvimento da economia digital e das novas tecnologias (nomeadamente, as tecnologias de comunicação). Assim sendo, as relações contratuais devem acompanhar o crescimento do comércio eletrónico (*e.g.*, os contratos celebrados à distância¹), devendo os legisladores (europeu e nacional) proteger os consumidores.

* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado. Advogado.

** As considerações expressas no artigo são de ordem geral e estritamente pessoais.

¹ Sobre o processo de contratação à distância, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2.^a ed., Almedina: Coimbra (2020), 120-140; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS

II. Em termos legais, apenas em 1981 foi publicada a primeira lei de defesa do consumidor – a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto. Naturalmente, o Código Civil, publicado em 1966, não abordou especificamente os temas ligados à figura do consumidor. Contudo, o paradigma alterou-se com a entrada de Portugal na Comunidade Económica Europeia em 1986. Com a necessidade de transposição da Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, para o ordenamento jurídico português, o legislador estabeleceu um regime inovador com o objetivo de proteger o consumidor neste modo de contratação, através do Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho, que regulamentou as modalidades de venda ao domicílio e por correspondência e proibiu as vendas em cadeia e as vendas forçadas.

Apesar desta evolução legislativa, em matéria de contratos celebrados à distância, o primeiro passo foi dado com o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril (“**Decreto-Lei n.º 143/2001**”), que transpôs a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, revogando assim o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho.

Atualmente, encontra-se em vigor o regime dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial – o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro² (“**Decreto-Lei n.º 24/2014**”), que transpõe a Diretiva

CARVALHO, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial* em I Congresso de Direito do Consumo, coord. Jorge Morais Carvalho, Almedina: Coimbra (2016), 95-113; JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*, Almedina: Coimbra (2014); JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina: Coimbra (2020), 209-267; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Almedina: Coimbra (2019), 170-176; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina: Coimbra (2009), 142-144; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Dos Contratos de Consumo em Especial*, Ano 78 – I/II ROA (2018), 125-190, 141-146; MARIANA DUARTE, *O novo Regime dos Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial: Reforço da Protecção do Consumidor*, Ano II n.º 3 AB Instantia (2014), 115-119.

² Relativamente à evolução legislativa, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial* em Estudos de Direito do Consumo, V, coord. Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde/Carlos Lacerda Barata, AAFDL: Lisboa (2017), 41-127, 54-69 (embora a análise tenha incidido nos contratos celebrados fora do estabelecimento); PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime Jurídico dos Contratos a Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial* em Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial (2015), 51-91, 51-54; TERESA MOREIRA, *Novos Desafios para a Contratação à Distância – A Perspetiva da*

2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011 (“**Diretiva 2011/83/UE**”), relativa aos direitos dos consumidores³. Destacamos os seguintes pontos do referido instrumento europeu, transpostos para a ordem jurídica portuguesa, que visam aumentar a proteção dos consumidores⁴: (i) o afastamento do princípio de harmonização mínima⁵; (ii) a previsão exaustiva das informações que devem ser facultadas aos consumidores; e (iii) o direito de retratação (também conhecido como direito de livre resolução).

III. O presente estudo visa abordar algumas matérias do regime dos contratos celebrados à distância: (i) noção; (ii) deveres de informação pré-contratuais; (iii) formação deste tipo de contratos; (iv) confirmação do conteúdo do contrato; (v) direito de livre resolução e as suas exceções; e (vi) execução do contrato.

2. Conceito

2.1. O contrato celebrado à distância e a sua concretização legal

I. A definição de “contrato celebrado à distância” encontra-se prevista na alínea f) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014: “*um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração*”.

Defesa do Consumidor em Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial (2015), 19-36, 19-23.

³ Sobre a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*, LXII RDFUL (2021), 209-230, 224-229; MARISA DINIS, *Contratos Celebrados à Distância e Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial – Da Diretiva à Transposição para o Ordenamento Jurídico Português*, n.º 77 RPDC (2014), 11-38; SANDRA PASSINHAS, *A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações* em Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial (2015), 93-141.

⁴ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 120-121.

⁵ Cfr. SANDRA PASSINHAS, *A Directiva...*, cit., 100-110.

Ademais, o preceito agora referido deverá ser interpretado conjuntamente com a alínea m) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, que define o conceito de “técnica de comunicação à distância” como “qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes”⁶.

Sendo a inexistência da presença física simultânea do consumidor e do fornecedor de bens/prestador de serviços um aspeto essencial deste contrato, parece-nos desnecessária a previsão da definição de “técnica de comunicação”, considerando que já é perceptível da leitura da alínea f) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014⁷.

II. Importa ainda destacar nesta matéria, em primeiro lugar, que em comparação com o regime anteriormente estabelecido no Decreto-Lei n.º 143/2001, os elementos-chave do contrato celebrado à distância (que iremos adiante desenvolver) não sofreram alterações.

Por sua vez, ao transpor a Diretiva 2011/83/UE, o legislador nacional não utiliza o conceito “profissional”, mas sim a bipartição entre “fornecedor de bens” e “prestador de serviços”⁸.

Por fim, de acordo com o considerando (20) da Diretiva 2011/83/UE, a definição de contrato à distância deverá abranger os seguintes casos⁹:

- A celebração de contratos entre o profissional e o consumidor, integrados num sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância, utilizando exclusivamente um ou mais meios de comunicação à distância (*e.g.*, telefone ou fax); e
- A negociação e celebração do contrato à distância, não obstante de uma visita prévia, pelo consumidor, ao estabelecimento comercial para recolher informações sobre os bens ou serviços.

⁶ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 123.

⁷ Desta forma, concordamos com o entendimento perfilhado por JORGE MORAIS DE CARVALHO. Cfr. JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., 211.

⁸ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 58.

⁹ O referido considerando também elenca os casos em que não estamos perante um contrato celebrado à distância: (i) o contrato negociado no estabelecimento comercial do profissional e celebrado através de um meio de comunicação à distância; (ii) o contrato celebrado no estabelecimento comercial do profissional, mas que tenha sido iniciado por um meio de comunicação à distância; e (iii) reserva efetuada por um consumidor, através de um meio de comunicação à distância, solicitando a prestação de um serviço por um profissional (*e.g.*, o consumidor que telefona a um profissional para marcar o cabeleireiro – exemplo dado no considerando (20) da Diretiva 2011/83/UE).

2.2. Elementos do contrato celebrado à distância

I. Passando agora à análise da definição legal, é possível identificar os seguintes elementos do contrato celebrado à distância:

- (i) Âmbito subjetivo: celebração do contrato entre um consumidor e um profissional.

Desde logo, levanta-se aqui uma questão importante: o conceito de consumidor. Ora, o Decreto-Lei n.º 24/2014 prevê, na alínea c) do artigo 3.º, uma noção restrita de consumidor¹⁰, excluindo as pessoas coletivas: “*a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*”¹¹.

Esta opção legislativa parece-nos, no mínimo, criticável. Tal como refere MENEZES CORDEIRO, “*A pessoa coletiva é, sempre um modo coletivo de regular as pessoas singulares. Representa um concreto regime diferenciado mas traduz, sempre, interesses e valores humanos. Retirar a tutela a uma pessoa coletiva é retirá-la a um certo número de pessoas singulares.*” (sublinhado nosso)¹². Deste modo, o critério para determinar se uma pessoa é um consumidor deveria ser a posição que ocupa no mercado e não a sua qualidade enquanto sujeito (*i.e.*, se é pessoa singular ou pessoa coletiva).

Nestes termos, consideramos que a solução mais adequada (de *iure condendo*) seria adotar a definição sugerida por MENEZES CORDEIRO¹³ no debate sobre o n.º 1 do artigo 10.º do anteprojeto de Código do Consumidor (que acabou por não ser aprovado), apesar de não coincidir com o preceituado no ponto 1) do artigo 2.º da Diretiva 2011/83/EU:

“Diz-se consumidor a pessoa singular ou colectiva que, no seu relacionamento com profissionais, também singulares ou colectivos, atue fora do âmbito específico das actividades profissionais.”

Assim sendo, defendemos uma noção de consumidor mais ampla, que abranja as pessoas coletivas que não atuem no âmbito da sua atividade

¹⁰ Neste sentido, vide DAVID FALCÃO, *Lições de...*, cit., 123; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, *Contratos Celebrados à Distância...*, cit., 96; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 211.

¹¹ O legislador manteve esta definição no recente Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

¹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O anteprojecto do Código do Consumidor*, 138 *O Direito* (2006), 685-715, 699.

¹³ MENEZES CORDEIRO, *O anteprojecto...*, cit., 700.

profissional. Apenas desta forma, não existirá qualquer tipo de discriminação em relação às pessoas singulares¹⁴.

Por outro lado, tal como referido anteriormente, o Decreto-Lei n.º 24/2014 utiliza o termo “fornecedor de bens ou prestador de serviços” – “a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta” [artigo 3.º, alínea i)] –, em detrimento da noção de “profissional” (artigo 2.º, n.º 2 da Diretiva 2011/83/UE¹⁵). Por sua vez, se compararmos com a definição de consumidor prevista na parte final do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa dos Consumidores – “LDC”), é possível constatar que nesta última se exige que o profissional exerça “com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”¹⁶.

- (ii) Objeto: bens (cuja definição encontra-se prevista na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014) ou serviços

Qualquer contrato celebrado à distância (típico ou atípico, desde que os limites previstos na lei sejam respeitados¹⁷) pode ter por objeto o fornecimento bens ou a prestação de serviços, podendo ser uma compra e venda, uma empreitada, uma locação (ou qualquer outro tipo contratual), estando o arrendamento expressamente afastado do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 24/2014¹⁸.

Adicionalmente, também é mencionado a necessidade de integração num sistema de vendas ou de prestação de serviços na definição legal de “contrato celebrado à distância”.

Relativamente a este ponto, importa ainda referir que, por via do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, são excluídos do âmbito de aplicação deste regime legal os contratos celebrados à distância que tenham

¹⁴ Concordamos, por conseguinte, com a posição defendida por MENEZES CORDEIRO. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O anteprojecto...*, cit., 701.

¹⁵ Sobre a não utilização da expressão “profissional”, MARISA DINIS, *Contratos Celebrados...*, cit., 30.

¹⁶ A favor de uma interpretação restritiva, PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 58.

¹⁷ Tal como defende CARLOS LACERDA BARATA para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Consideramos que não há razões para não adotar esta posição para os contratos celebrados à distância. Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 70, nota de rodapé 76.

¹⁸ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 212.

por objeto: (i) serviços financeiros¹⁹; (ii) bens imóveis; (iii) serviços sociais; (iv) serviços de cuidados de saúde; (v) jogo de fortuna ou azar; (vi) viagens organizadas²⁰; (vii) direitos reais de habitação periódica (conforme o disposto no Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de agosto, recentemente alterado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro (“**Decreto-Lei n.º 9/2021**”)); (viii) direitos de habitação turísticas (que também se encontram previstos no Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de agosto, nomeadamente, nos artigos 45.º e ss.); (ix) géneros alimentícios, bebidas ou outros bens consumidos regularmente pelo agregado familiar; e (x) transporte de passageiros²¹ (neste caso, o regime do Decreto-Lei n.º 24/2014 é aplicável parcialmente).

Contudo, a exclusão do âmbito de aplicação não fica por aqui. Além do elenco mencionado, o Decreto-Lei n.º 24/2014 também não é aplicável aos contratos celebrados (i) através de máquinas distribuidoras automáticas ou de estabelecimentos comerciais, bem como (ii) com operadores de telecomunicações respeitantes à utilização de cabines telefónicas públicas ou à utilização de uma única ligação telefónica, de *Internet* ou de telecópia efetuada pelo consumidor. Em ambos os casos, não se trata de contratos celebrados à distância, porque as partes estão física e simultaneamente presentes, ainda que uma delas atue através de uma máquina²².

Ao mesmo tempo, o n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 também exclui os contratos em que haja intervenção de um titular de cargo público obrigado por lei à autonomia, imparcialidade, assim como ao fornecimento de todas as informações jurídicas, garantindo que o consumidor

¹⁹ Dada a sua complexidade, os contratos à distância relativos a serviços financeiros são regulados pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, que transpõe a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores e que altera as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

Sobre o regime específico dos serviços financeiros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de Contratos à Distância e o Novo Regime do Contrato de Seguro* em Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Volume III, Universidade Católica Editora: Lisboa (2011), 235-259, 251-252.

²⁰ Com o significado previsto na alínea p) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto n.º 17/2018, de 8 de março (Regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo), sem prejuízo do disposto no n.º 3 do referido preceito.

²¹ Neste caso, a exclusão da aplicação regime do Decreto-Lei n.º 24/2014 é parcial, visto que a alínea m) do artigo 2.º estipula que os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 5.º (*Requisitos de forma nos contratos celebrados à distância*) são aplicáveis aos contratos de serviços de transporte de passageiros.

²² Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 212.

só celebra o contrato se tiver ponderado e conhecer plenamente as consequências jurídicas que resultem do mesmo.

(iii) Sistema de contratação (venda ou prestação de serviços) organizado, pelo profissional, para o comércio à distância²³

Para que seja considerado um contrato celebrado à distância, é necessário que este esteja integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância (*e.g.*, páginas *web*, *call centers*, entre outros) e que o mesmo tenha sido criado pelo profissional²⁴.

Desta forma, este requisito cinge a aplicação do regime previsto no Decreto-Lei n.º 24/2014 aos casos em que é o profissional a incentivar a utilização da técnica de comunicação à distância.

O profissional pode optar por ter vários sistemas de contratação, não lhe sendo exigida a utilização de apenas um. Sublinha-se que a exclusividade incide na utilização de uma ou mais técnicas de comunicação à distância²⁵. Não obstante, apenas devem ser utilizadas técnicas de comunicação à distância no sistema de contratação do profissional. Caso seja utilizada uma outra técnica de comunicação (que não seja uma técnica de comunicação à distância), deixaremos de ter um contrato celebrado à distância²⁶.

Por fim, cabe ao profissional provar a inexistência deste sistema²⁷.

(iv) Utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância

Para considerarmos que um contrato foi celebrado à distância, é indispensável que as partes tenham utilizado, de forma exclusiva, uma ou mais técnicas de comunicação à distância (*e.g.*, mensagens de texto, chamadas de voz, redes sociais, etc.).

²³ Neste ponto, JORGE MORAIS CARVALHO elenca vários casos em que este requisito é ou não cumprido. A título exemplificativo, “*Deve entende-se que o profissional que coloque uma página na Internet e ofereça bens ou serviços a partir desta organizou um sistema de contratação à distância*”. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit. 213.

²⁴ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit. 123-124; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 213.

²⁵ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 213.

²⁶ Cfr. ELSA DIAS DE OLIVEIRA, *Contratação Eletrónica e Tutela do Consumidor* em Estudos de Direito do Consumo, V, coord. Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde/Carlos Lacerda Barata, AAFDL: Lisboa (2017), 129-148, 133.

²⁷ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 213.

Sem prejuízo do acima referido, a definição legal prevista na alínea m) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 permite, através do termo “*qualquer meio*”, o surgimento de novas técnicas de comunicação²⁸.

3. A formação dos contratos celebrados à distância

3.1. O direito de informação

3.1.1. Contexto

O considerando (4) da Diretiva 2011/83 elenca alguns dos objetivos do instrumento legal: “*A harmonização de certos aspectos do direito dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial é necessária a promoção de um verdadeiro mercado interno dos consumidores, que, além de estabelecer o justo equilíbrio entre um elevado nível de defesa dos consumidores e a competitividade da empresa, assegure, ao mesmo tempo, o respeito pelo princípio da subsidiariedade.*” (sublinhado nosso).

3.1.2. Regime legal²⁹

I. Assim, uma das grandes novidades do Decreto-Lei n.º 24/2014 foi o alargamento das informações que devem ser facultadas pelo profissional antes do momento da celebração do contrato à distância [artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a aa)³⁰], aumentado assim a proteção conferida ao consumidor³¹ (objetivo reforçado pela Diretiva 2011/83/UE).

²⁸ Neste âmbito, concordamos com JORGE MORAIS CARVALHO, quando afirma que a definição legal é “*bastante ampla*”. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 214.

²⁹ Sobre o direito de informação (ainda com referência ao regime previsto Decreto-Lei n.º 143/2001), FERNANDA NEVES REBELO, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância* em Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores, Almedina: Coimbra (2012), 103-153.

³⁰ No recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de maio de 2020, no processo C-266/19, *EIS GmbH v. TO*, o Tribunal de Justiça esclareceu que a alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva 2011/83/UE “*deve ser interpretado no sentido de que, numa situação em que o número de telefone de um profissional é exibido no seu sítio Internet de um modo que sugere, aos olhos do consumidor médio, a saber, um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, que esse profissional utiliza esse número de telefone para os seus contactos com os consumidores, deve considerar-se que esse número existe na aceção desta disposição.*” e ainda sobre a informação do direito de retratação (direito de livre resolução) previsto na alínea h) do n.º 1 e o n.º 4 do artigo 6.º da Diretiva 2011/83/UE – “*Nesse caso, o artigo 6.º, n.º 1, alíneas c) e h), e n.º 4, desta diretiva, lido em conjugação com o anexo I, parte A, desta, deve ser interpretado no sentido de que o*

Este leque de informações incide sobre vários aspetos ligados a este processo de contratação: (i) fornecedor de bens ou prestador de serviços (incluindo o profissional que atue por sua conta ou em seu nome); (ii) bem ou serviço (*e.g.*, características essenciais); (iii) preço e custos; (iv) direito de livre resolução³²; entre outros.

II. Relativamente à natureza da declaração do profissional referida no n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, existem, na doutrina, duas soluções divergentes. No entendimento de JORGE MORAIS CARVALHO, o profissional tem o dever de emitir uma proposta contratual, tendo em conta a finalidade do preceito e a lista exaustiva de informações a transmitir³³. Por sua vez, CARLOS LACERDA BARATA defende a possibilidade de o profissional prestar as informações referidas no preceito em discussão através de um convite a contratar³⁴.

Aderimos à segunda posição exposta, pelos seguintes motivos:

- (i) A autonomia privada do profissional não deve ser limitada;
- (ii) Para que haja uma proposta contratual, os requisitos (completude, firmeza e a suficiência formal) têm de estar preenchidos³⁵ – nada impede que o profissional ainda não tenha uma vontade firme de

profissional que fornece ao consumidor, antes de este estar vinculado por um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, as informações relativas às modalidades de exercício do direito de retratação, recorrendo para esse efeito ao modelo de instruções que figura no referido anexo I, parte A, é obrigado a indicar o mesmo número de telefone nessas instruções, de modo que permita ao consumidor comunicar-lhe a sua eventual decisão de fazer uso desse direito através deste número de telefone.”, disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=67E25CB8EC727D01ECFE8C30EA32222E?text=&docid=226488&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13370200>.

³¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O Direito à Não-Informação* em Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial (2015), 45-50, 46; DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit. 127; TERESA MOREIRA, *Novos Desafios...*, cit., 21.

³² No que concerne às informações sobre o direito de resolução [alíneas l), m) e n) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014], basta o fornecedor de bens ou o prestador de serviços entregar o modelo de informação sobre o direito de resolução que se encontra na Parte A do anexo ao Decreto-Lei n.º 24/2014 (artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

³³ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 224.

³⁴ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 81-82.

³⁵ Sobre os requisitos da proposta contratual, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.ª ed., Almedina: Coimbra (2014), 318-319.

contratar com o consumidor no momento da prestação de informações³⁶; e

- (iii) O n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 possibilita a vinculação do consumidor através de uma “*proposta correspondente*”.

III. Segundo MENEZES CORDEIRO, o regime estabelecido no n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 é aplicável cumulativamente com outras disposições do ordenamento jurídico português, tais como: (i) os deveres de informação que resultam da *culpa in contrahendo* (artigo 227.º, n.º 1, do Código Civil)³⁷; (ii) as informações que devem ser prestadas ao aderente (artigos 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais); (iii) o direito à informação em particular (artigo 8.º da LDC); e (iv) as omissões enganosas relacionadas com a informação que deve ser transmitida ao consumidor [artigo 9.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março]³⁸⁻³⁹.

IV. Para que a vontade do consumidor em contratar seja corretamente formada, recai sobre o fornecedor de bens ou o prestador de serviços um dever de remeter as informações acima referidas, “*em tempo útil e de forma clara e compreensível*” (artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014)⁴⁰, devendo provar que informou o consumidor nos termos referidos (artigo 4.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 24/2014)⁴¹.

Apesar do extenso conjunto de informações, tal como refere MENEZES CORDEIRO, o consumidor tem “*o direito à não-informação ou o direito à legítima ignorância*”, visto que não retira nenhuma vantagem das informações em excesso⁴².

³⁶ Neste sentido, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 81.

³⁷ Para mais desenvolvimento sobre esta figura, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, cit., 207-295; RUDOLF VOUN JHERING, *Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*, trad. Paulo Mota Pinto, Gestlegal: Coimbra: 2020.

³⁸ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Direito à Não-Informação*, cit., 46.

³⁹ Sobre os deveres de informação no caso do contrato de seguro, vide MENEZES CORDEIRO, *O Direito à Não-Informação*, cit., 46-47; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de Contratos...*, cit., 252-258.

⁴⁰ Quanto à questão temporal, à clareza e à compreensibilidade da prestação das informações, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., 225-226.

⁴¹ Estando justamente em linha com o exigido pelo n.º 9 do artigo 6.º da Diretiva 2011/83/UE.

⁴² Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Direito à Não-Informação*, cit., 50.

Para além disso, o n.º 4 do referido preceito estabelece que o conteúdo das informações facultadas ao consumidor não pode ser alterado, exceto se as partes acordarem expressamente o contrário antes da celebração do contrato.

V. No que toca ao incumprimento do dever de informação, é possível identificar várias consequências possíveis:

(i) Responsabilidade do profissional pelos danos causados ao consumidor⁴³

O n.º 5 artigo 8.º da LDC determina a responsabilidade do profissional pelos danos causados ao consumidor no caso de violação do dever de informação.

Ademais, o pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito fica a cargo do profissional, caso não tenha informado o consumidor sobre as consequências do não pagamento do bem ou serviço (artigo 8.º, n.º 7, da LDC).

Por sua vez, no caso de as informações não serem prestadas nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, o profissional poderá incorrer em responsabilidade pré-contratual, prevista no n.º 1 do artigo 227.º do Código Civil, por violação dos deveres de informação.

(ii) Isenção do pagamento dos custos ou encargos por parte do consumidor⁴⁴

No caso de omissão de prestação de informação quanto aos encargos e custos suplementares, o n.º 4 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 isenta o consumidor do pagamento dos mesmos, devendo ser o profissional a suportá-los.

A mesma consequência é estabelecida se o fornecedor do bem não tiver previamente informado o consumidor do dever de suportar os custos da devolução do bem [artigo 13.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 24/2014]⁴⁵.

⁴³ No que concerne à responsabilidade do profissional, DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 131.

⁴⁴ Em relação a esta consequência, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 84.

⁴⁵ A regra é a de que deve ser o consumidor a suportar os custos de devolução do bem (artigo 13.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 24/2014). O exercício do direito de livre resolução não isenta

(iii) Alargamento do prazo para o exercício do direito de resolução⁴⁶

Já o n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 estabelece uma consequência importante para o não cumprimento do dever de informação pré-contratual, a cargo do profissional, no respeitante ao direito de livre resolução⁴⁷ – o prazo para o consumidor resolver o contrato sem suportar quaisquer custos passa de 14 dias para 12 meses a contar do termo do primeiro prazo.

	Artigo 6.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 143/2001	Artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014
Prazo	3 meses	12 meses
Modo de contagem	Variava consoante o objeto do contrato. A contar da (i) data de receção dos bens pelo consumidor (bens); ou (ii) data da celebração do contrato	A contar da data do fim do prazo inicial de 14 dias estabelecido no n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Com a alteração efetuada em 2014, o legislador português pretendeu (i) transpor o n.º 1 do artigo 10.º da Diretiva 2011/83/UE; (ii) aumentar a proteção conferida ao consumidor, sendo agora mais provável que este tenha conhecimento deste direito; e (iii) incentivar o cumprimento, por parte do profissional, do dever de informar o consumidor do direito de livre resolução, prevendo consequências mais “duras” para o caso de incumprimento.

(iv) Responsabilidade contraordenacional

A nível contraordenacional, o artigo 134.º do Decreto-Lei n.º 9/2021 [que aprova o Regime Jurídico das Contraordenações Económicas, que se encontra em anexo ao referido Decreto-Lei (“RJCE”)], alterou os artigos 30.º, 31.º e 32.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

o consumidor deste pagamento. É necessário que o fornecedor de bens ou o prestador de serviços não tenha informado nos termos da alínea m) do n.º 1 do artigo 4.º d Decreto-Lei n.º 24/2014.

⁴⁶ Sobre o alargamento do prazo para o exercício do direito de livre resolução nos contratos celebrados à distância, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 84; DAVID FALCÃO, *Lições de Direito ...*, cit., 132; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 245-246.

⁴⁷ A existência, o prazo e o procedimento para o exercício do direito de livre resolução – artigo 4.º, n.º 1, alínea l), do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Ora, a violação do artigo 4.º constitui contraordenação económica grave, sendo punível nos termos do RJCE. O montante da coima é estabelecido de acordo com os critérios gerais previstos na alínea b) do artigo 18.º do RJCE:

Montante da coima – Contraordenação grave – artigo 18.º do RJCE	
Pessoa singular	€ 650,00 a € 1.500,00
Microempresa ⁴⁸	€ 1.700,00 a € 3.000,00
Pequena empresa ⁴⁹	€ 4.000,00 a € 8.000,00
Média empresa ⁵⁰	€ 8 000,00 a € 16.000,00
Grande empresa ⁵¹	€ 12.000,00 a € 24.000,00

Comparativamente com o regime que estava anteriormente consagrado, é possível identificar algumas alterações:

Antes da alteração de 2021		Com a alteração de 2021	
Pessoa singular	€ 400,00 a € 2.000,00	€ 650,00 a € 1.500,00	Pessoa singular
Pessoa coletiva	€ 2.500,00 a € 25.000,00	€ 1.700,00 a € 3.000,00	Microempresa
		€ 4.000,00 a € 8.000,00	Pequena empresa
		€ 8 000,00 a € 16.000,00	Média empresa
		€ 12.000,00 a € 24.000,00	Grande empresa

3.2. Forma do contrato celebrado à distância

I. Ao contrário da necessidade de forma escrita para a celebração dos contratos fora do estabelecimento comercial (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 24/2014), o n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 apenas exige que o meio utilizado, para a prestação das informações elencadas no n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma, seja adequado à técnica de comunicação à dis-

⁴⁸ Menos de 10 trabalhadores – artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do RJCE.

⁴⁹ Entre 10 e 49 trabalhadores – artigo 19.º, n.º 1, alínea b), do RJCE.

⁵⁰ Entre 50 e 249 trabalhadores – artigo 19.º, n.º 1, alínea c), do RJCE.

⁵¹ 250 ou mais trabalhadores – artigo 19.º, n.º 1, alínea d), do RJCE.

tância utilizada. Por outras palavras, estamos perante uma manifestação do princípio da liberdade de forma, previsto no artigo 219.º do Código Civil⁵².

Esta comunicação deverá sempre respeitar os princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, especialmente dos menores⁵³.

II. Já nos casos em que seja imposto o pagamento por via eletrónica de uma encomenda (no âmbito da celebração de um contrato à distância), os profissionais encontram-se obrigados a facultar determinadas informações pré-contratuais [elencadas nas alíneas d) a i), q) e u) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014], antes de o consumidor concluir a sua encomenda (artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

III. O legislador previu uma regra especial para os contratos celebrados por telefone. De acordo com o n.º 7 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, a vinculação do consumidor só acontece após (i) a assinatura da oferta; ou (ii) o envio do seu consentimento escrito ao profissional, salvo nos casos em que o consumidor efetue o primeiro contacto telefónico.

3.3. Modalidades de celebração do contrato à distância

I. Apesar de não existir uma menção legal expressa, são apontadas quatro modalidades de contratos celebrados à distância, utilizando as seguintes técnicas de comunicação: (i) correspondência postal; (ii) rádio ou televisão; (iii) telefone; e (iv) meios eletrónicos (contratação eletrónica).

II. Nos contratos celebrados por correspondência postal⁵⁴, o consumidor recebe, no seu domicílio, catálogos (com os formulários incluídos), cartas, documentos, entre outros.

Esta modalidade caracteriza-se pela utilização de correio (com recurso a empresas externas ao profissional, como, por exemplo, os CTT) ou da colocação destes documentos nas caixas de correios dos consumidores.

As exigências previstas no n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 devem ser cumpridas e as informações devem ser prestadas ao consumidor de forma adequada (artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

⁵² Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 70.

⁵³ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 226-227.

⁵⁴ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 228-229; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo* cit. 174.

III. Os contratos à distância também podem ser celebrados com recurso à rádio ou televisão (as famosas tele vendas)⁵⁵.

Tal como nos contratos à distância em que exista uma obrigação de pagamento, o legislador exige a prestação de certas informações pré-contratuais [referidas nas alíneas a), d) a i), l) e q) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014], por parte do profissional, num momento anterior à celebração do contrato (artigo 5.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

IV. Por sua vez, caso a contratação seja iniciada por telefone⁵⁶, o consumidor deve ser expressamente informado, no início de qualquer contacto, da identidade do fornecedor do bem ou prestador de serviços ou do profissional que atua em seu nome ou por sua conta e do objetivo comercial da chamada, conforme o disposto no n.º 6 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Por sua vez, tal como anteriormente referido, é exigida uma forma escrita para a celebração do contrato na sequência de um contacto telefónico. Caso esta forma especial de aceitação por parte do consumidor não seja respeitada, estamos perante uma situação de inobservância de forma legal, tendo como consequência a nulidade do contrato, conforme o disposto no artigo 220.º do Código Civil.

V. Nos últimos anos, assistimos a uma evolução da contratação eletrónica no tráfego jurídico nacional e internacional⁵⁷.

Aos contratos celebrados através da *Internet* são aplicáveis: (i) o Decreto-Lei n.º 24/2014 (contrato entre um profissional e um consumidor); e (ii) o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que estabelece o regime do comércio eletrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais.

⁵⁵ Sobre a publicidade na televisão, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 229.

⁵⁶ Sobre esta modalidade, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 230-232.

⁵⁷ Para mais desenvolvimento sobre a contratação eletrónica, vide ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Comércio Eletrónico de Conteúdos Digitais: Proteção do Consumidor a duas Velocidades?*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 9, edição especial (2015), 177-207; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A Proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina: Coimbra (2002); JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 232-238; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contratação Electrónica em Direito da Informação*, IV, Coimbra Editora: Coimbra (2003), 43-68; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Celebração de Contratos...*, cit., 241-251.

3.4. A confirmação do conteúdo

I. O n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 prevê uma obrigação acessória de confirmação que resulta da celebração do contrato à distância.

De acordo com JORGE MORAIS CARVALHO, a confirmação por parte do profissional incide sobre o “*conteúdo essencial do negócio jurídico*” e não propriamente quanto à celebração do contrato⁵⁸.

A confirmação deverá ser realizada (i) em suporte duradouro [artigo 3.º, alínea l), do Decreto-Lei n.º 24/2014]; (ii) nos cinco dias⁵⁹ após a celebração do contrato à distância, ou, no máximo, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação de serviço; e (iii) com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais elencadas no n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

II. O incumprimento desta obrigação constitui uma contraordenação económica grave, nos termos do n.º 2 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 (tal como acontece com a violação do artigo 4.º do mesmo diploma)⁶⁰.

4. O direito de livre resolução

I. Um dos aspetos fulcrais do regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 24/2014 é a previsão do direito de livre resolução (também conhecido como direito de arrendimento ou direito de livre desvinculação⁶¹) nos artigos 10.º e 11.º.

II. De acordo com o n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, o direito de resolução pode ser exercido num prazo de 14 dias (“*período de arrefecimento*”⁶²), sem custos para o consumidor e sem necessidade de indicar um motivo (sendo, por isso, um direito potestativo⁶³).

⁵⁸ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 240.

⁵⁹ O prazo de cinco dias previsto no n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 concretiza o termo de “prazo razoável” mencionado no n.º 7 do artigo 8.º da Diretiva 2011/83/UE.

⁶⁰ Remetemos assim para o quadro apresentado acima.

⁶¹ Vide CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 89-91. Por sua vez, segundo JANUÁRIO COSTA GOMES, não estamos perante um verdadeiro direito de resolução, mas sim verdadeiramente um direito de revogação. Cfr. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Sobre o “direito de arrendimento” do adquirente de direito real de habitação (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo*, n.º 3 RPDC (1995), 70-86, 81.

⁶² Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 75.

⁶³ Neste sentido, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 100.

Segundo CARLOS LACERDA BARATA, estamos perante um “*mecanismo verdadeiramente excepcional, que, evidentemente, opera como forte restrição da regra pacta sunt servanda e do princípio da estabilidade contratual (cfr. artigo 406.º/1 do Código Civil)(...)*”⁶⁴.

4.1. Prazos

I. O prazo geral de 14 dias para o exercício do direito de exercício conta-se nos termos abaixo indicados e ainda de acordo com o artigo 279.º do Código Civil:

Artigo 10.º, n.º 1	Tipo contratual	Início da contagem
Alínea a)	Contratos de prestação de serviços	Dia da celebração do contrato
Alínea b)	Contratos de compra e venda	Dia da aquisição da posse física dos bens por parte do consumidor ou um terceiro indicado pelo primeiro (exceto o transportador) ou: (i) <u>Entregas separadas de vários bens encomendados numa única encomenda</u> – dia da aquisição da posse física do último bem por parte do consumidor ou um terceiro indicado pelo primeiro (exceto o transportador); (ii) <u>Entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos</u> – dia da aquisição da posse física do último lote ou elemento por parte do consumidor ou um terceiro indicado pelo primeiro (exceto o transportador); e (iii) <u>Entrega periódica de bens durante um determinado período</u> – dia da aquisição da posse física do primeiro bem por parte do consumidor ou um terceiro indicado pelo primeiro (exceto o transportador).
Alínea c)	Contrato de fornecimento de água, gás ou eletricidade (que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados), de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material	Dia da celebração do contrato

⁶⁴ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 91.

II. Conforme abordado anteriormente, é prevista, no n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, uma sanção para o profissional que não informe o consumidor da existência do direito de livre resolução (conjuntamente com o prazo e o procedimento para o exercício do mesmo) – o alargamento do prazo para o exercício deste direito para 12 meses.

Pretende-se incentivar o cumprimento por parte do profissional, permitindo ao consumidor ter, na sua posse, mais informações para formar a sua vontade negocial⁶⁵.

Se, no decurso do prazo de 12 meses e 14 dias, o profissional cumprir o dever que sobre si recai, interrompe-se o prazo e começa-se a contar um novo de 14 dias a partir da data da receção das informações por parte do consumidor (artigo 10.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

III. No âmbito da autonomia privada, as partes podem estabelecer prazo diferente, desde que mais alargado, para o exercício do direito de livre resolução, conforme o disposto no n.º 4 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

IV. Por regra, a execução dos contratos de prestação de serviços apenas tem início após o decurso do prazo de 14 dias estabelecido para o exercício do direito de livre resolução.

Não obstante, o consumidor pode requerer que a mesma tenha lugar durante o referido período (ou seja, tem um “*direito potestativo*” no entendimento de JORGE MORAIS CARVALHO⁶⁶), devendo apresentar um pedido expresso ao profissional, através de suporte duradouro, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

Não se trata de uma renúncia ao direito de livre resolução, tal como refere DAVID FALCÃO⁶⁷, na medida em que o consumidor, se decidir exercer o seu direito, incorre no pagamento de um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução (artigo 15.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014), com as exceções previstas no n.º 5 do referido preceito.

⁶⁵ Neste sentido, vide JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 246.

⁶⁶ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 245.

⁶⁷ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 134.

4.2. Modo de exercício e efeitos

I. Comparativamente com o que estava consagrado no anterior regime (Decreto-Lei n.º 143/2001), foi introduzida uma novidade – o modelo de livre resolução constante da Parte B do anexo ao Decreto-Lei n.º 24/2014, em virtude da transposição da Diretiva 2011/83/UE.

II. De acordo com o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, a livre resolução do contrato celebrado à distância pode ser efetivada através de duas formas: (i) o modelo de livre resolução; ou (ii) uma declaração inequívoca (no sentido previsto no n.º 2 do mesmo preceito) por parte do consumidor.

III. Adicionalmente, o n.º 4 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 permite o exercício do direito de livre de resolução no sítio *web* do profissional, devendo o último acusar a receção da declaração de resolução em suporte duradouro no prazo de 24 horas. Pretende-se assim “*assegurar que o consumidor tem um meio de prova quanto ao exercício tempestivo do direito.*”⁶⁸.

IV. O ónus da prova do exercício do direito de livre resolução pertence ao consumidor, conforme o previsto no n.º 5 do referido preceito, devendo este, por precaução, enviar o modelo ou a declaração por carta registada com aviso de receção ou por *e-mail* (pedindo, neste último caso, um recibo de leitura)⁶⁹.

V. Quanto aos efeitos, o exercício deste direito implica a extinção (i) das obrigações de execução do contrato; e (ii) de toda a eficácia da proposta contratual, caso tenha sido feita pelo consumidor (artigo 11.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

VI. Mesmo com o exercício do direito de livre resolução, o n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 admite a possibilidade de o consumidor inspecionar o bem (no respeitante à natureza, às características e ao funcionamento), desde que o faça com o devido cuidado⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 247.

⁶⁹ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 134.; PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 78; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 248.

⁷⁰ Para mais desenvolvimento sobre a inspeção e a manipulação do bem, vide CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 97; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 249-250; PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 79-80.

Caso essa manipulação exceda a que habitualmente é admitida no estabelecimento comercial, o consumidor poderá ser responsabilizado pela depreciação do bem (artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014). Desta forma, o direito de resolução continua a ser exercido e o profissional não fica desprotegido.

Não haverá lugar a esta responsabilização se o consumidor não tiver sido informado sobre o seu direito de resolução (n.º 3 do referido preceito).

VII. É previsto ainda mais um efeito do exercício no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 – a resolução automática dos contratos acessórios [definição da alínea e) do artigo 3.º]. Materialmente, estamos perante um “*modo de extinção próprio da caducidade dos contratos*.”⁷¹.

Não haverá lugar ao pagamento de qualquer indemnização ou de quaisquer encargos, salvo nas situações previstas no n.º 3 do artigo 12.º e no artigo 13.º (que iremos desenvolver nos próximos pontos).

4.3. Obrigações do profissional

I. Com o exercício do direito de livre resolução, o n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 exige que o profissional reembolse o consumidor, no prazo de 14 dias do recebimento da decisão⁷², relativamente a todos os pagamentos que tenha recebido (entre os quais, os custos de entrega do bem nos termos do n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 24/2014).

Contudo, não se incluem os custos adicionais de entrega, sendo estes suportados pelo consumidor quando tenha solicitado, expressamente, uma modalidade diferente e mais onerosa do que a que foi proposta pelo profissional (artigo 12.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

II. Em termos operacionais, o meio do reembolso dos pagamentos deverá ser o mesmo do pagamento utilizado na transação inicial pelo consumidor. Por exemplo, se o comprador utilizou o MB WAY para proceder à compra de um bem, então deverá ser reembolsado com uma transferência do valor do reembolso para o número de telemóvel associado ao MB WAY.

Contudo, o meio poderá ser diferente se: (i) existir acordo expresso nesse sentido; e (ii) não resultar em custos para o consumidor, em virtude do reembolso (artigo 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

⁷¹ Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 99.

⁷² No anterior regime (Decreto-Lei n.º 143/2001), o prazo era de 30 dias – artigo 8.º, n.º 1.

III. O n.º 4 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 faculta a possibilidade de o fornecedor de bens reter o reembolso (configurando uma situação de exceção de não cumprimento prevista nos artigos 428.º e ss. do Código Civil⁷³) em três situações: (i) quando se tenha oferecido para recolher os bens; (ii) durante o período em que não tiver recebido os bens; ou (iii) até a apresentação da prova da devolução do bem por parte do consumidor.

IV. Mais uma vez, o legislador tenta incentivar o cumprimento do profissional através de uma possível sanção. O montante do reembolso passará para o dobro, caso o profissional não cumpra o seu dever no prazo de 14 dias a contar do conhecimento da decisão de resolução do contrato (incorrendo assim em mora), que deverá ser pago ao consumidor num (novo) prazo de 15 dias úteis. Ademais, o consumidor poderá pedir uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais (artigo 12.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 24/2014)⁷⁴.

4.4. Obrigações do consumidor

I. Tendo em conta que o exercício do direito de livre resolução pertence, única e exclusivamente, ao consumidor⁷⁵, recai então sobre este o dever de devolver ou entregar o bem ao fornecedor de bens (ou a uma pessoa autorizada para o efeito) no prazo de 14 dias após a comunicação da sua decisão, nos termos do n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 24/2014. Tal só é exigível se o fornecedor de bens não se oferecer para recolher o bem.

⁷³ Neste sentido, cfr. CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 98; DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 136-137; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 256; PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 81.

⁷⁴ Sobre esta sanção, importa ter em conta o entendimento do Tribunal da Relação do Porto: “I – Uma vez que a finalidade da relação de liquidação emergente da resolução contratual é a de colocar as partes na situação em que se encontravam quando celebraram o contrato, a obrigação de restituição prevista no n.º 1, do artigo 8.º do decreto-lei n.º 143/2001, ao invés do direito de indemnização e à semelhança do cumprimento contratual, não depende da existência de culpa do obrigado à restituição ou da causação de qualquer dano na esfera jurídica do consumidor credor da importância que entregou ao fornecedor. II – A obrigação de devolução em dobro prevista no n.º 2, do artigo 8.º do decreto-lei n.º 143/2001 tem carácter sancionatório da mora do obrigado à devolução, dependendo dos pressupostos gerais do nascimento da obrigação de indemnização, salvo no que respeita a demonstração da existência e extensão do dano, que são legalmente ficcionadas pela própria lei em montante igual ao da devolução.” – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de abril de 2015, Proc. 4257/13.9TBMTS.PI, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8fd5a26ae0d05a45480257e3c0053b700?OpenDocument>.

⁷⁵ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 82.

II. Relativamente ao custo da devolução do bem, de acordo com o n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, deverá ser o consumidor a suportá-lo, salvo (i) acordo do fornecedor em que é este que suporta o custo; ou (ii) caso o fornecedor não tenha previamente informado o consumidor do dever de pagar os custos de devolução.

Por isso, a regra é a de que, na falta de acordo das partes, cabe ao consumidor suportar estas despesas⁷⁶.

III. Por sua vez, deve o consumidor conservar os bens que tenha recebido para que, em caso de devolução, os possa restituir sem incorrer em nenhuma responsabilidade (artigo 13.º, n.ºs 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

4.5. Exceções

I. O artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 enuncia uma lista de treze exceções em que, salvo acordo das partes, o direito de livre resolução não pode ser exercido⁷⁷.

II. O considerando (49) da Diretiva 2011/83/UE acaba por explicar a razão da existência destas exceções, bem como por exemplificá-las: “O direito de retractação deverá admitir certas excepções no que diz respeito tanto aos contratos à distância como aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. O direito de retractação poderá não ser adequado, atendendo, por exemplo, à natureza de certos bens ou serviços. É o caso, por exemplo, do vinho cujo fornecimento só seja efectuado muito depois da celebração de um contrato de natureza especulativa, em que o valor depende de flutuações no mercado (*vin en primeur*). O direito de retractação não deverá ser aplicado aos bens produzidos segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados, como por exemplo cortinas feitas por medida, nem, por exemplo, ao fornecimento de combustível, por se tratar de um bem que, por natureza, é inseparável de outros elementos após a entrega. A concessão ao consumidor do direito de retractação poderá ser também inadequada em relação a certos serviços em que a celebração do contrato implica a reserva de recursos que, em caso de exercício do direito de retractação, o profissional poderá ter dificuldade em conseguir preencher.

⁷⁶ Neste sentido, CARLOS LACERDA BARATA, *Contratos Celebrados...*, cit., 97; ELSA DIAS DE OLIVEIRA, *Contratação Eletrónica...*, cit., 133. Contra, JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 255.

⁷⁷ Cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...*, cit., 138-140; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...*, cit., 261-267; PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 84-87.

Seria o caso, por exemplo, de reservas de hotel ou de casas de férias, ou de acontecimentos culturais ou desportivos.”

5. Execução do contrato

I. Em regra, a encomenda deve ser entregue pelo profissional no prazo máximo de 30 dias a contar do dia seguinte ao da celebração do contrato, podendo as partes estipular um período mais curto ou mais longo, nos termos do n.º 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 24/2014.

II. Não podendo o contrato ser cumprido em virtude da indisponibilidade do bem ou serviço encomendado, o consumidor deve ser informado de tal situação, bem como ser reembolsado das quantias pagas. O profissional tem, no máximo, 30 dias a contar do conhecimento da indisponibilidade para cumprir com estas exigências (artigo 19.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 24/2014).

Se o profissional não proceder ao reembolso dentro do prazo acima referido, o n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 determina que o montante a receber pelo consumidor passará para o dobro, devendo ser pago no (novo) prazo de 15 dias úteis⁷⁸. Para além disso, o consumidor poderá pedir uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

III. Não obstante, de acordo com o n.º 4 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, o consumidor poderá receber um bem ou um serviço de qualidade e preço equivalentes, devendo estar preenchidos os seguintes requisitos: (i) previsão desta possibilidade num momento anterior à celebração do negócio jurídico ou no próprio contrato; (ii) consentimento expresso do consumidor; e (iii) prestação de informação, por escrito, ao consumidor da responsabilidade pelas despesas de devolução no caso de este exercer o direito de livre resolução (neste caso, o fornecedor suporta as despesas de devolução – n.º 5 do mesmo preceito).

6. Notas finais

I. O regime português da contratação à distância (Decreto-Lei n.º 24/2014) sofreu apenas três alterações desde a sua entrada em vigor.

⁷⁸ Cfr. PAULO MOTA PINTO, *O Novo Regime...*, cit., 88.

II. A utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação é um elemento essencial do contrato celebração à distância.

III. A noção de consumidor encontra-se desatualizada, devendo ser considerado o alargamento às pessoas coletivas.

IV. A informação constitui um aspeto nuclear deste regime e é necessária para a correta formação da vontade por parte do consumidor.

V. Em caso de incumprimento dos deveres de informação por parte do profissional, destacamos a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 9/2021, que diferencia o montante da contraordenação consoante a dimensão da pessoa coletiva (enquanto profissional).

VI. O modelo de livre resolução constante da Parte B do anexo ao Decreto-Lei n.º 24/2014 veio facilitar o exercício do direito de livre resolução.

VII. Recentemente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo para o ordenamento jurídico nacional as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770.

Encontram-se previstas, entre outras, regras relativas à conformidade dos bens (no caso de contrato de compra e venda de bens), aos direitos do consumidor, à compra e venda de bens imóveis, ao fornecimento de conteúdos e serviços digitais e à responsabilidade do profissional.

O Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, entra em vigor no dia 1 de janeiro de 2022.

VIII. Por fim, as regras relativas à contratação à distância devem sempre ter em conta a posição mais “frágil” do consumidor, sendo necessário prepararmo-nos para os novos desafios resultantes da transformação digital.

Esta versão foi submetida no dia 6 de dezembro de 2021.

SERVIÇOS FINANCEIROS À DISTÂNCIA

MARTA BOURA¹

RESUMO: *Neste estudo propomo-nos a analisar o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores, estabelecido, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio. Neste contexto, discutimos, com particular enfoque, a definição legal de consumidor, os deveres de informação nos contratos à distância e o direito de livre resolução.*

PALAVRAS-CHAVE: *serviços financeiros à distância; contratação à distância; consumidor de serviços financeiros; Decreto-Lei n.º 95/2006; Diretiva 2002/65/CE.*

ABSTRACT: *This paper aims to analyse the Portuguese legal framework applicable to distance marketing of consumer financial services, as set out by the Decree-Law no. 95/2006, of 29 May. In this context, it is particularly addressed the legal definition of consumer, information obligations applicable to distance contracts and the right of withdrawal.*

KEYWORDS: *distance marketing of consumer financial services; distance contracts; financial services consumer; Decree-Law no. 95/2006; Directive 2002/65/CE.*

¹ Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduada em Direito Bancário e Doutoranda na mesma faculdade. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP).

ABREVIATURAS MAIS UTILIZADAS: Ac. – Acórdão; AUJ – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência; DL – Decreto-Lei; RC – Tribunal da Relação de Coimbra; RG – Tribunal da Relação de Guimarães; RL – Tribunal da Relação de Lisboa; RP – Tribunal da Relação do Porto; STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: 1. *Objeto de análise. Introdução*; 2. *Quadro legislativo*; 2.1. *A Diretiva 2002/65/CE*; 2.2. *O Decreto-Lei de transposição: DL n.º 95/2006, de 29 de maio*; 3. *Alguns aspetos de regime*; 3.1. *Os serviços financeiros enquanto objeto*; 3.2. *Sobre as partes: a injustificação da tutela diferenciada para efeitos da noção de consumidor*; 3.2.1. *Os elementos subjetivo e teleológico analisados sob a perspetiva do objeto*; 4. *A contratação à distância e os deveres de informação*; 4.1. *Da relevância do tema*; 4.2. *O regime da Diretiva 2002/65/CE*; 4.3. *A transposição do DL n.º 95/2006*; 4.4. *Em especial, o suporte em papel ou duradouro da informação*; 4.5. *As consequências do incumprimento*; 4.5.1. *O regime sancionatório do DL n.º 95/2006*; 4.5.2. *A Lei de Defesa do Consumidor*; 4.5.3. *O DL n.º 57/2008*; 5. *O direito de livre resolução*; 6. *Observações finais*.

1. Objeto de análise. Introdução

I. As matérias relativas à proteção do consumidor (e do direito do consumo, em geral) despertam, cada vez mais, a atenção do legislador em Portugal.

O Código Civil, que encontra especificidades em tantas disciplinas jurídicas, manteve-se omissivo quanto à figura do consumidor, espoletando a necessidade de regulação avulsa ao longo dos anos. Não quer isto dizer que aquele Código não contempla as ferramentas jurídicas ou o acervo axiológico que sustenta a tutela cuidada do consumidor. Pelo contrário: ali encontramos as preocupações de equilíbrio contratual, da tutela de expectativas ou de justiça comutativa, bem como os regimes que as concretizam como, por exemplo, o regime da usura. Significa, tão-só, que a complexidade do comércio jurídico atual, crescente em contratação e vinculação eletrónicas, na complexidade de produtos e serviços e na pluralidade de intervenientes (na dinâmica e processos contratuais), veio acentuar o desequilíbrio contratual, bem como as necessidades de proteção de partes às quais a assimetria (ou falta) de informação é imposta em nome de imperativos de celeridade, eficiência operativa ou mesmo por força da relação de dependência económica que entre esses sujeitos se estabelece².

A crescente sofisticação do mercado, a par do reconhecimento de uma vulnerabilidade intrínseca a certos sujeitos (de tal forma estrutural que, por isso, impermeável e imune à ação de quaisquer mecanismos tradicionais de

² De tal modo, “o modelo plasmado no CC é um modelo tradicional, que ignora a relação produtor-consumidor” – cfr. HUGO RAMOS ALVES, “Vulnerabilidade e assimetria contratual”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Número 1, Tomo I, p. 306.

reequilíbrio contratual)³, encontra, atualmente, expressão em campos onde o próprio objeto e finalidade contratuais são também, por si, complexos. É o caso da contratação de serviços financeiros. A dificuldade aumenta quando refletimos sobre a – ainda estrutural – iliteracia financeira dos consumidores portugueses, maioritariamente avessos ao risco destes produtos e, por isso, avessos ao investimento.

II. Também a distância que agora enforma a negociação, contratação e vinculação contratuais convoca novos e importantes desafios. Nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio, temos por contrato à distância “qualquer contrato cuja formação e conclusão sejam efetuadas exclusivamente através de meios de comunicação à distância, que se integrem num sistema de venda ou prestação de serviços organizados, com esse objetivo, pelo prestador”⁴ e por meio de comunicação à distância “qualquer meio de comunicação que possa ser utilizado sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor”⁵.

De entre os vários desafios que se colocam, a matéria relativa aos deveres de informação merece particular destaque: uma discussão que se prende não apenas com a oportunidade da informação transmitida, mas também com a qualidade da informação, tal como recebida ou entendida pelo consumidor. Neste campo, cumpre ir ao encontro de questões como a descoberta do grau de informação útil, do limite a partir do qual a informação desvirtua o seu propósito informativo (tornando-se perniciosa porque excessiva) ou o “direito à não informação”⁶. A pandemia COVID-19 veio exponenciar a necessidade e oportunidade desta contratação à distância, tanto nos mercados da banca alternativa, como também da mais tradicional. O paulatino desaparecimento dos balcões físicos ou a disponibilização

³ Como refere HUGO RAMOS ALVES, “(...) em rigor, no direito dos contratos tudo se resume à existência de contraentes débeis ou fortes e não tanto a uma leitura, digamos, social da justiça contratual (...)” – cfr. HUGO RAMOS ALVES, “Vulnerabilidade e Assimetria...”, ob. cit., p. 307.

⁴ Cfr. alínea a) do artigo 2.º.

⁵ Cfr. alínea b) do artigo 2.º.

⁶ Ou “direito à legítima ignorância” como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O direito à não-informação”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, Centro do Direito do Consumo, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2015, p. 50.

de informação contratual por via digital são exemplos desta presença digital nas operações financeiras do nosso quotidiano⁷⁻⁸.

III. A contratação de serviços financeiros à distância é, por isso, uma matéria que requer especial atenção e ao consumidor destes serviços reclamam-se especiais cuidados⁹. Paradoxalmente, a maior proteção acopla mais custos, que, na verdade, são suportados pelo consumidor¹⁰: os custos relativos à proteção do consumidor de serviços financeiros à distância não são exceção.

2. Quadro legislativo

2.1. A Diretiva 2002/65/CE

I. A matéria relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores é regulada pela Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro (a “**Diretiva 2002/65/CE**”), que altera as Diretivas 90/619/CE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE.

⁷ Especificamente no domínio bancário, veja-se que “(...) a técnica bancária corrente veio alterar-se por completo com a eletrónica, os computadores e as telecomunicações. Todo o dia-a-dia da empresa bancária repousa, hoje, sobre as potencialidades dessa técnica.” – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.^a edição revista e atualizada, Almedina, 2016, p. 323.

⁸ “Desde logo, a contratação à distância, há muito possível, generalizou-se, colocando velhos e novos problemas de conflitos de leis. O desenvolvimento da *Internet* permite alargar o mercado bancário e mobiliário, obrigando os participantes vendedores a disponibilizar novas estratégias para os seus produtos, incluindo modelos de negócios bancários devidamente adaptados e novas técnicas de segurança.” – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob.cit., p. 324.

⁹ Uma exigência que, de resto, já vem a ser identificada: “A venda de serviços financeiros à distância constitui um domínio que merece especial atenção. (...) A venda à distância constitui uma atividade em expansão e de complexidade crescente: apesar de a grande maioria dos contratos de venda à distância serem atualmente oferecidos e celebrados a nível nacional, prevê-se também uma expansão rápida para as atividades transfronteiriças.” – cfr. Livro Verde intitulado “Serviços Financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores”, apresentado pela Comissão Europeia, Bruxelas 22-05-1996, COM(96) 209 final, p. 1.

¹⁰ “Por definição, o consumidor irá suportar todos os custos do processo conducente à disponibilidade dos bens que ele procura. As cautelas e os controlos que o legislador queira impor traduzem-se em novos custos pagos, fatalmente, pelo próprio consumidor” – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob.cit., p. 313.

Tendo fundamentalmente em vista o aumento “da confiança do consumidor no recurso às novas técnicas de comercialização à distância de serviços financeiros, como o comércio eletrónico”¹¹, a Diretiva 2002/65/CE propõe-se ao esforço de harmonização de regras comuns de comercialização e consequente disponibilização de informação aos consumidores na União Europeia, com isso reforçando os vetores protecionistas que nesta matéria devem nortear a posição do consumidor¹².

II. Reconhecendo a expansão da venda de serviços financeiros para o plano internacional, a Comissão Europeia identificou uma necessidade premente no âmbito do direito do consumo: assim, a “proteção específica de uma categoria particular de utilizadores de serviços financeiros – os consumidores privados – uma vez que essa categoria necessita em geral de um nível de proteção mais elevado do que outros utilizadores com mais experiência ou maior poder negocial”¹³.

2.2. O Decreto-Lei de transposição: DL n.º 95/2006, de 29 de maio

I. No ordenamento jurídico nacional foi o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio (o “**DL n.º 95/2006**”) que veio estabelecer o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores, transpondo, assim, a Diretiva 2002/65/CE¹⁴. Este foi um marco importante, em especial se considerarmos que, até à data, vigorava, em Portugal, o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril¹⁵, que expressamente excluía os serviços financeiros do seu âmbito de aplicação.

¹¹ Cfr. Considerando (5) da Diretiva 2002/65/CE.

¹² Nos termos da Diretiva 2002/65/CE, será consumidor “qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial ou profissional” (cfr. alínea d) do artigo 2.º da Diretiva 2002/65/CE).

¹³ Livro Verde intitulado “Serviços Financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores”, apresentado pela Comissão Europeia, Bruxelas 22-05-1996, COM(96) 209 final, p. 1.

¹⁴ Conforme sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, pela Lei n.º 14/2012, de 26 de março e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de novembro.

¹⁵ Que procedeu à transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, em matéria de proteção dos consumidores nos contratos celebrados à distância, estabelecendo o regime jurídico aplicável à generalidade dos bens e serviços.

II. A desmaterialização¹⁶ inerente ao mercado de comercialização dos serviços financeiros e os riscos próprios de exposição do consumidor a esses serviços evidenciaram a necessidade urgente de regulação desta nova realidade de configuração (e execução) contratual que se estabelece, fundamentalmente, entre o consumidor e o prestador de serviços financeiros, com particular tónica nos circuitos específicos do dever de informação que nesta sede se desenrolam.

O âmbito do DL n.º 95/2006 foca-se, por isso, no regime aplicável à informação pré-contratual e aos contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância¹⁷.

3. Alguns aspetos de regime

3.1. Os serviços financeiros enquanto objeto

I. Temos por serviço financeiro “qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de investimento ou de pagamento e os relacionados com a adesão individual a fundos de pensões abertos”¹⁸. Este é um campo de premente proteção do consumidor²⁰.

O conceito é lato o suficiente por forma a compreender desde os serviços financeiros quotidianos até aos mais complexos, estes específicos de investidores com um perfil de investimento significativamente mais *arrojado*. Veja-se, aliás, o que se refere no preâmbulo do DL n.º 95/2006 a propósito da aplicação do direito de livre resolução: “[este] não é, contudo, aplicável a algumas situações, designadamente quando o contrato implica a prestação de serviços financeiros que incidem sobre instrumentos cujo preço dependa de flutuações do mercado, tais como os serviços relacionados com operações cambiais, instrumentos do mercado monetário, valores mobiliários,

¹⁶ Sobre a desmaterialização no Direito Bancário *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, ob.cit., p. 247 e ss.

¹⁷ Cfr. n.º 1 do artigo 1.º do DL n.º 95/2006.

¹⁸ Cfr. alínea c) do artigo 2.º do DL n.º 95/2006.

¹⁹ Semelhante à definição que encontramos no artigo 2.º, alínea b) da Diretiva 2002/65/CE.

²⁰ “O Direito bancário visa proteger o crédito: é a base ontológica sem a qual não há banca. Mas a partir daí visa, também, a tutela dos clientes do banqueiro entre os quais, como segmento cada vez mais significativo: os consumidores ou destinatários finais do circuito” – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A tutela do consumidor de produtos financeiros”, in *Liber Amicorum Mário Frota, A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, 2012, p. 56.

unidades de participação em organismos de investimento colectivo, futuros sobre instrumentos financeiros, incluindo instrumentos equivalentes que dêem origem a uma liquidação em dinheiro, contratos a prazo relativos a taxas de juro, swaps de taxa de juro, de divisas ou de fluxos ligados a acções ou índices de acções (*equity swaps*), opções de compra ou de venda de qualquer dos instrumentos referidos, incluindo os instrumentos equivalentes que dêem origem a uma liquidação em dinheiro, nomeadamente operações sobre divisas e sobre taxas de juro.”.

II. No conjunto dos serviços financeiros estão, assim, compreendidos (i) serviços simples (como a generalidade dos serviços bancários), de crédito ou relativos a contratos a prazo relativos a taxas de juro, caracterizadores de um perfil conservador e (ii) serviços de subjacente complexidade e engenharia financeira, como *swaps* de taxa de juro, opções de compra ou *equity swaps*, que, desde logo, porque associados a uma exposição de risco significativamente superior, indiciam um perfil de investidor de nível mais elevado (dir-se-ia, de nível 3²¹).

Atenta a amplitude de serviços compreendidos no espectro dos serviços financeiros, a relação que se constrói com o consumidor (e o próprio entendimento da figura do consumidor) não deve alhear-se do objeto e finalidade do serviço em causa. Desenvolveremos esta relação, mais à frente, na secção 3.2.1.

3.2. Sobre as partes: a injustificação da tutela diferenciada para efeitos da noção de consumidor

I. A comercialização e subsequente contratualização de serviços financeiros à distância, tal como definidos no DL n.º 95/2006, desenha-se entre o consumidor, o prestador de serviços financeiros e – não raras vezes – os intermediários de serviços financeiros.

São prestadores de serviços financeiros as “instituições de crédito e sociedades financeiras, as instituições de pagamento, as instituições de

²¹ “[o] perfil de cliente do nível 3 corresponde a um investidor receptivo à aplicação dos seus activos em produtos financeiros que atingem um rendimento superior à aplicação securitária e standard dos depósitos a prazo, aceitando a diversificação da sua carteira, incluindo acções e fundos de acções, com o risco inerente da perda pontual e eventual parte ou totalidade do valor investido, em função das vicissitudes do mercado bolsista e dos factores externos da conjuntura económica e financeira” – cfr. Ac. da RL de 30.06.2020/Proc. 11606/18.1T8LSB.L1-7 (ISABEL SALGADO), disponível em www.dgsi.pt.

moeda eletrônica, os intermediários financeiros em valores mobiliários, as empresas de seguros e resseguros, os mediadores de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões”²², sendo as disposições aplicáveis aos prestadores de serviços financeiros extensíveis, devidamente adaptadas, aos intermediários “que atuem por conta daqueles, independentemente do seu estatuto jurídico e de estarem, ou não, dotados de poderes de representação”²³.

II. Também quanto ao consumidor, o DL n.º 95/2006 oferece uma definição legal: assim, “qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial ou profissional”²⁴, mas nem por isso torna a delimitação da figura mais esclarecedora.

Na verdade, a multiplicidade de conceitos legais relativos ao consumidor – diferentes que são em elementos, desidrato e finalidade – não permite alcançar consenso quanto aos critérios delimitadores que vêm a ser desenvolvidos doutrinária e jurisprudencialmente. Situando-se o debate na oposição entre conceitos mais amplos ou mais restritivos de consumidor, o legislador português adotou um conceito efetivamente limitador para efeitos do DL n.º 95/2006. Pensa-se que talvez motivado pela reprodução fiel da Diretiva 2002/65/CE²⁵.

O dissenso nesta matéria – que, por respeitar à determinação do objeto do estudo de direito do consumo e, bem assim, ao âmbito de aplicação subjetivo dos respetivos regimes jurídicos, deveria ser desencorajado – é, ainda assim, inevitável quando consideradas as diferentes consagrações legais de “consumidor”. Ora veja-se:

- i. no âmbito dos contratos de crédito a consumidores²⁶, entende-se por consumidor “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional”²⁷;

²² Cfr. alínea d) do artigo 2.º do DL n.º 95/2006.

²³ Cfr. artigo 3.º do DL n.º 95/2006.

²⁴ Cfr. alínea e) do artigo 2.º do DL n.º 95/2006.

²⁵ Cfr. alínea d) do artigo 2.º da Diretiva 2002/65/CE.

²⁶ Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho.

²⁷ Cfr. alínea a), do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho.

- ii. já o diploma relativo ao sistema elétrico nacional²⁸, por seu turno, considera consumidor qualquer “cliente final de eletricidade”²⁹;
- iii. para efeitos da legislação relativa às práticas comerciais desleais, será consumidor “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais (...) actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”³⁰;
- iv. se, diversamente, considerarmos a matéria relativa aos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo³¹, entenderemos como consumidor “uma pessoa singular quando atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”³². Semelhante entendimento foi acolhido para efeitos do regime jurídico dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento³³; ou ainda,
- v. a Lei de Defesa do Consumidor³⁴, que, no n.º 1 do seu artigo 2.º, entende por 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”. Este conceito legal é seguido pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril (relativo à venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas)³⁵ ou ainda pelo Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho (que estabelece o regime jurídico aplicável à prestação de serviços de promoção, informação e apoio aos consumidores e utentes através de centros telefónicos de relacionamento)³⁶. Aliás, reconhece-se o carácter residual deste conceito e a Lei de Defesa do Consumidor como ponto de partida para a delimitação da figura³⁷.

²⁸ Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro.

²⁹ Cfr. alínea l) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro.

³⁰ Cfr. alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

³¹ Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro.

³² Cfr. alínea d) do artigo 3.º da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro.

³³ Cfr. alínea c) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro: “a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

³⁴ Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

³⁵ Cfr. alínea a) do artigo 1.º-B do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril.

³⁶ Cfr. alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 134/2009, de 2 de junho.

³⁷ Com efeito, segundo refere JORGE MORAIS CARVALHO, “[nos] casos em que determinado diploma utiliza mas não define o conceito de consumidor, a tendência mais comum consiste

A dificuldade do legislador na harmonização deste conceito é impressiva. Com efeito, se fizermos uso dos elementos comumente referidos na doutrina³⁸, identificamos diferenças estruturais nos conceitos acima: seja porque uns logram ampliar ou reduzir o elemento subjetivo (pela inclusão ou exclusão de pessoas jurídicas no conceito de consumidor³⁹, respetivamente) ou porque o objeto da relação jurídica é diverso, ou seja, vê-se delimitado em função do âmbito de aplicação objetivo do regime jurídico a que se associa (assim, o nosso elemento objetivo).

Comum às diferentes consagrações costuma apenas identificar-se o elemento teleológico⁴⁰, ou seja, “será considerado consumidor aquele que atue com fins que sejam estranhos à sua atividade profissional”^{41_42}.

III. A harmonização do conceito – e respetiva estabilização dos seus elementos – teria sido uma das virtudes do anteprojeto do Código de Consumidor de 2006, tivesse este tido sucesso, já que a definição de consumidor que pretendia acolher permitiria dar resposta a muitas das inquietações

em recorrer à definição da LDC, podendo esta, assim, considerar-se residual. Faz-se igualmente apelo à definição da LDC para delimitar o âmbito de aplicação do art. 755.º-1-f) do Código Civil (CC)” (cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, “O conceito de consumidor no direito português”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, p. 189.

³⁸ “O conceito de consumidor pode ser analisado com referência a quatro elementos (embora alguns deles possam, em determinadas normas, ficar vazios): elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico e elemento relacional”, assim JORGE MORAIS CARVALHO, “O conceito de consumidor...”ob.cit., p. 192.

³⁹ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 30 e ss, PAULO DUARTE, “O conceito jurídico de consumidor segundo o artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXV, 1999, p. 661 e ss e DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, Almedina, 2019, p. 17.

⁴⁰ Ou seja, a noção de “uso não profissional”.

⁴¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, “Contratação eletrónica e tutela do consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumo*, Vol. V, Coord. Geral RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE e CARLOS LACERDA BARATA, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, p. 132.

⁴² Aos elementos subjetivo, objetivo e teleológico, acrescenta-se ainda o elemento relacional, que impõe «(...) que a contraparte (em relação ao consumidor) seja uma “pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”» (cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 4.ª edição, Almedina, 2017, p. 30).

que nesta matéria se fazem sentir – desde logo, motivadas pela instabilidade conceptual da figura⁴³.

De entre essas, focamo-nos na problemática relativa aos elementos subjetivo e teleológico, mais concretamente na inclusão (ou não) das pessoas coletivas no conceito de consumidor atento o objeto do nosso estudo.

3.2.1. Os elementos subjetivo e teleológico analisados sob a perspetiva do objeto

I. Como referimos, na ausência de harmonização, os conceitos legais de consumidor que encontramos na legislação variam, essencialmente, em função do objeto da relação jurídica de consumo em causa. Cada regime jurídico compreende as especificidades do seu âmbito objetivo na noção de consumidor. No nosso caso, temos por objeto os serviços financeiros.

II. A questão de saber se podem ou não as pessoas coletivas ser contempladas na noção de consumidor tem vindo a ser objeto de larga discussão na nossa doutrina e jurisprudência. Com efeito, o tema surge a propósito do desenvolvimento do elemento subjetivo, ainda que sujeito às limitações impostas pelo elemento teleológico. No entanto, conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “[a] grande pedra angular que fixa a separação entre o consumidor e o não-consumidor não é, pois, a natureza coletiva ou não-coletiva da pessoa envolvida. Antes deve ser procurada na posição que o sujeito considerado ocupe no circuito económico, tendo em conta os bens e os serviços em jogo”⁴⁴. E acreditamos que assim deverá, de facto, ser⁴⁵.

⁴³ No anteprojeto do Código de Consumidor de 2006, entendia por consumidor “a pessoa singular que atue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua atividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou coletiva, se apresenta como profissional” (artigo 10.º, n.º 1). Ainda sobre o âmbito de aplicação, continuava, no artigo 11.º, n.º 1, que “[as] pessoas coletivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transação em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade”.

⁴⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O anteprojeto de Código do Consumidor”, in *O Direito*, 138.º (2006), IV, p. 699.

⁴⁵ Com efeito, jurisprudência recente tem admitido uma interpretação do conceito do consumidor em linha com este entendimento: “II – Fazendo uma interpretação do conceito de consumidor conforme com o direito europeu, a pessoa que celebra um contrato para um fim parcialmente relacionado com a sua atividade profissional só poderá beneficiar das disposições de tutela do consumidor caso o nexo do contrato com a atividade profissional do

As razões recorrentemente apontadas para o afastamento das pessoas jurídicas parecem, por vezes, confundir a natureza do sujeito com a atuação da sua atividade profissional. A este propósito, refere JORGE MORAIS CARVALHO que o elemento teleológico “(...) exclui do conceito [de consumidor] todas as pessoas, físicas ou jurídicas que atuam no âmbito de uma atividade profissional” e, continua, “independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa”⁴⁶. Nesta senda, o Autor admite a inclusão de certas pessoas jurídicas quando não destinem o serviço à sua atividade profissional, dando como exemplo as associações e fundações⁴⁷. Este juízo, se limitado à atuação no âmbito profissional, deveria, a nosso ver, entender-se extensível a quaisquer pessoas coletivas na mesma situação.

Sabemos que a exclusão do âmbito da atividade profissional visa, essencialmente, respeitar a vulnerabilidade do consumidor (isto é, daquele que adquire o serviço financeiro). No entanto, não quer isto dizer (pelo menos, necessariamente) que aquele que atua no âmbito de uma atividade profissional não encontra estados estruturais de vulnerabilidade – e tampouco

interessado seja tão ténue que se torna marginal e, por isso, só tem um papel despidendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente (cf. Acórdão do TJUE de 25-01-2018, processo C-498/16).” (cfr. Ac. da RP de 22.05.2019/Proc. 8325/17.0T8VNG.P1 (ARITIDES RODRIGUES DE ALMEIDA), disponível em www.dgsi.pt. Também o Ac. da RP de 28.03.2017/Proc. 614/07.8TYVNG-C.P1 (RODRIGUES PIRES), disponível em www.dgsi.pt: “[o] AUJ n.º 4/2014 não incluiu o conceito de consumidor no seu segmento uniformizador, devendo considerar-se excluído deste conceito apenas aquele que adquire o bem no exercício da sua atividade profissional de comerciante de imóveis.”. Ou ainda, o Ac. do STJ de 17.12.2019/Proc. 1997/11.0TYLSB-B.L1.S1 (RAIMUNDO QUEIRÓS), disponível em www.dgsi.pt: “Estas finalidades não são identificáveis com o uso privado, pessoal, familiar ou doméstico subjacente ao conceito restrito de consumidor.”.

⁴⁶ Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...ob.cit.*, p. 26.

⁴⁷ Refere ainda JORGE MORAIS CARVALHO que “[incluem-se], contudo no conceito as pessoas jurídicas que não destinem o bem a uma atividade profissional, como as associações ou as fundações. Encontram-se igualmente incluídas as pessoas que, apesar de terem conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa, atuam fora do âmbito de uma atividade profissional. Os conhecimentos jurídicos, resultantes, nomeadamente, do exercício da advocacia, também não impedem a qualificação como consumidor” (JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito...ob.cit.*, pp. 26 e 27). Diferentemente, defende DAVID FALCÃO que “(...) o elemento teleológico do conceito de consumidor exclui todas as pessoas físicas ou jurídicas que destinem o objeto do contrato ao uso profissional, não excluindo, por sua vez, empresas que, apesar de exercerem uma atividade profissional, atuem fora do seu escopo” (cfr. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito...ob.cit.*, p. 24).

considera que esta vulnerabilidade é indiciada simplesmente pela existência ou não de uma atividade lucrativa⁴⁸. Aliás, talvez fosse de concluir o inverso: aquele cuja produção e lucro dependem de um determinado serviço encontrar-se-á, em determinadas situações, numa situação de maior vulnerabilidade por força da relação de dependência económica a estabelecer entre a atividade e o serviço em causa.

Diferentemente, creio que a *ratio* desta exclusão tem por fundamento a existência (de facto ou presumida) de conhecimentos especializados e técnicos (o *know-how*) e o benefício de estruturas jurídicas complexas (ou, pelo menos, sofisticadas) que permitem – ou podem permitir – o equilíbrio negocial entre os agentes em causa⁴⁹. Atentas as especificidades do tecido empresarial português – maioritariamente constituído por pequenas e médias empresas⁵⁰ que não são, por força da sua mera existência coletiva, imunes às dificuldades sentidas, desde logo, em matéria de serviços financeiros –, a delimitação de um critério que permita aferir da existência do conhecimento especializado merece uma ponderação cuidada.

III. A propósito dos deveres de informação – em particular da exigência de um dever de prestar rigoroso e preciso –, o Tribunal da Relação de Coimbra propõe o seguinte *iter* argumentativo: “[os] bancos dedicam-se à prática de atos bancários, com carácter profissional e habitual, com vista à obtenção do lucro, em regime de tendencial exclusividade, para o que constroem uma estrutura e orgânica com vista à realização de tal escopo

⁴⁸ A este propósito, descreve FERNANDO ESTEVAM BRAVIM RUY que “[a] lógica dessa razão se encontra no facto de que o serviço ou o produto não podem estar na linha de produção de lucros, no âmbito de sua atividade empresarial ou profissional” (assim, FERNANDO ESTEVAM BRAVIM RUY, *Consumidor e Serviços Financeiros: serviços de crédito ao consumo e serviços de investimento*, Relatório de Seminário de Direito Civil I no âmbito do doutoramento em Ciências Jurídico-económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007, p. 24).

⁴⁹ A respeito da vulnerabilidade do consumidor, CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais”, in *Revista dos Tribunais*, 5.^a edição, São Paulo, 2006, pp. 320-334. Ainda sobre o tema, refere FERNANDO ESTEVAM BRAVIM RUY que “[na] vulnerabilidade jurídica ou científica, há falta de conhecimento jurídico específico, económico ou mesmo de contabilidade. Reconhece-se a presunção de vulnerabilidade jurídica para o consumidor não-profissional, pessoa singular. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção contrária, de que são capazes de possuir conhecimentos jurídicos ou económicos mínimos.” (assim, FERNANDO ESTEVAM BRAVIM RUY, *Consumidor e Serviços Financeiros...ob.cit*, p. 29).

⁵⁰ Com uma percentagem de 99,9% (noventa e nove vírgula nove por cento) do total e empresas em Portugal. Fonte: pordata de 2019, disponível online.

e também à salvaguarda dos direitos e interesses de quem procura os seus serviços (clientes), que neles depositam confiança nos serviços e informações que pelo banco lhes são prestadas, no âmbito da realização ou preparação de atos e contratos bancários.”⁵¹. Sem prejuízo do contexto, o entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra neste âmbito edifica o que suporta um juízo mais exigente quanto a certos agentes – neste caso, os bancos.

IV. O carácter profissional, a experiência e a motivação do lucro são fatores relevantes, mas não refletem, por si, uma estrutura complexa. Inversamente, a estrutura complexa surge – ou é construída – para a prossecução dessas mesmas motivações e práticas profissionais. Por esse motivo, a estrutura orgânica ou a sua complexidade não se presumem existir pela mera existência de uma pessoa coletiva (excetuando deste campo, naturalmente, as pessoas coletivas que exijam, *ab initio*, essa mesma estrutura, como por exemplo as sociedades anónimas).

Ademais, o entendimento de quem é o consumidor de serviços financeiros poderá ainda sustentar-se, a nosso ver, no esquema proposto pelo Código dos Valores Mobiliários (“CVM”) que, como sabemos, não se basta com o binómio existência coletiva *versus* singular, mas, diferentemente, procura justificação no “grau de profissionalismo” dos investidores, por relação aos instrumentos em questão. Por esse motivo, o CVM equipara os investidores não profissionais a consumidores para efeitos do regime das cláusulas contratuais gerais⁵²⁻⁵³.

⁵¹ Ac. da RC de 16.01.2018/Proc. 2918/16.0T8LRA.CI (ARLINDO OLIVEIRA), disponível em www.dgsi.pt.

⁵² Cfr. n.º 2 do artigo 321.º do CVM.

⁵³ Nas palavras de PAULO CÂMARA, “(...) parece ser possível o alargamento da noção de consumidor para abranger o “consumo” de instrumentos financeiros – assentando numa aceção ampla de cliente carecido de proteção, que inclua ambos. Neste caso, a equiparação deve ser traçada entre os consumidores e os investidores não profissionais – deixando de fora, claro está, os investidores profissionais”. Esta extensão terminológica deve, porém, ser entendida com cautelas. Convém advertir, assim, que o regime de prestação de serviços a terminologia mobiliária estabelece critérios muito precisos sobre o conceito de investidor não profissional (cfr. arts 30.º e 217.º-317.º-C). E estes não são coincidentes com os critérios qualificativos dos consumidores, sobretudo a partir do regime fixado nas diretivas sobre Mercados de Instrumentos Financeiros (DMIF I e DMIF II)” – cfr. PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4.ª edição, Almedina, 2018, p. 257.

O conhecimento em causa afere-se pela “competência e experiência relativas a instrumentos financeiros”^{54,55}. Ou seja, os intermediários financeiros, para aferição da adequação do instrumento financeiro ao perfil do investidor, devem começar por distinguir os seus clientes em função da sua experiência e dos conhecimentos especializados para, assim, distinguir os qualificados (ou profissionais) dos não qualificados (ou não profissionais). O mesmo critério seria de seguir para o nosso caso⁵⁶.

Ou seja, para efeitos da delimitação da figura do consumidor, o crivo não pode ser – sem mais – a forma jurídica adotada, exigindo-se ainda a ponderação do conhecimento financeiro, no geral, e do produto em causa, em particular.

Como refere JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “(...) a equiparação legal genérica do investidor não profissional ao consumidor (art. 321.º, n.º 3 do CCVM) não é automática, devendo ser devidamente cotejada caso a caso, quer com a natureza jurídica e económica do investidor (“*maxime*”, pessoa singular ou coletiva, objeto legal ou estatutário, natureza profissional ou não da atividade de investimento), quer com os bens e serviços financeiros concretamente prestados, quer ainda com a eventual sobreposição ou duplicação das esferas de proteção das normas jusmobiliárias e jusconsumeristas”⁵⁷.

V. Assim sendo, consideramos que não deverá ser necessariamente afastada da qualificação de consumidor toda e qualquer pessoa coletiva, da

⁵⁴ Cfr. n.º 4 do artigo 30.º do CVM.

⁵⁵ Esta proteção é, aliás, determinante para o funcionamento do sistema financeiro. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, a propósito do princípio da proteção dos investidores, começa por constatar que: “[ao] funcionamento do sistema financeiro, em geral, e do mercado de valores mobiliários, em particular, subjaz um interesse público que justifica a protecção dos investidores em valores mobiliários. Este interesse público traduz-se, nomeadamente, na necessidade de garantir a formação da polpação e a sua captação para aquele mercado, como refere, desde logo, o art. 101.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) – cfr. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, “A Proteção dos Investidores em Valores Mobiliários”, in *Estudos Sobre o Mercado de Valores Mobiliários*, CMVM, Almedina, 2001, p. 23.

⁵⁶ Seguimos, para este efeito, SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES quando refere que “[o] adquirente de valores mobiliários que é investidor em sentido económico pode, portanto, ser juridicamente considerado um consumidor na medida em que invista de forma não profissional. Esta concepção impede apenas que se qualifiquem como consumidores os investidores institucionais – cfr. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, “A Proteção dos Investidores ...”, ob.cit, p. 32.

⁵⁷ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Dos contratos de consumo em especial”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2018, pp. 143 e 144.

mesma forma que não poderá incluir-se, nesta qualificação, qualquer pessoa singular⁵⁸.

4. A contratação à distância e os deveres de informação

4.1. Da relevância do tema

I. Recordando a Diretiva 2002/65/CE, “[a] utilização de técnicas de comunicação à distância não deve conduzir a uma limitação indevida da informação prestada ao cliente.”⁵⁹. E este tem sido, na verdade, um dos maiores desafios associados à prestação de serviços financeiros, não apenas na esfera nacional, mas também europeia.

Conforme identifica FERNANDA NEVES REBELO, “[o] direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é o direito à prestação positiva oponível ao agente da atividade económica que fornece produtos e serviços no mercado do consumo. Foi consagrado, constitucionalmente, como um direito subjetivo do consumidor, a partir da Revisão de 1982. Atualmente, está previsto no artigo 60.º da Constituição da República portuguesa, de 1976”⁶⁰⁻⁶¹. Falamos, assim, não apenas de um direito, mas de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido e tutelado.

II. A expansão da comercialização de serviços financeiros num mercado único, e o consequente aumento da oferta de serviços, exige a robustez da sua fiscalização e da qualidade do serviço prestado. Uma fiscalização adequada, por sua vez, requer a identificação dos padrões de informação, não apenas mínimos, mas necessários para a formação da oportunidade e

⁵⁸ Sobre este ponto, uma ponte relevante poderá, aliás, estabelecer-se com o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Em particular, com o seu artigo 17.º, quando refere, a propósito do âmbito das proibições, que: “[nas] relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica, aplicam-se as proibições constantes desta secção e da anterior”.

⁵⁹ Cfr. Considerando (21) da Diretiva 2002/65/CE.

⁶⁰ FERNANDA NEVES REBELO, “O Direito à informação do consumidor na contratação à distância”, in *Liber Amicorum Mário Frola, A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, 2012, pp. 103-153, p. 104.

⁶¹ PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “A informação como direito fundamental do consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 3, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2001, p. 27.

vontade de contratação desses mesmos serviços financeiros. Na verdade, o setor de serviços financeiros não subsiste sem essa confiança; em especial no domínio bancário, a generalizada desconfiança na atuação, solidez e fiscalização prudencial das instituições e dos seus agentes tem afastado os consumidores privados da contratação de serviços⁶², e, por isso, das ambições do mercado único dos serviços financeiros.

4.2. O regime da Diretiva 2002/65/CE

I. De um modo geral, são os artigos 3.º (*informação do consumidor antes da celebração do contrato à distância*), 4.º (*requisitos de informação adicionais*) e 5.º (*comunicação dos termos do contrato e das informações prévias*) da Diretiva 2002/65/CE aqueles que versam especificamente sobre a informação a prestar ao consumidor.

Em particular no artigo 3.º, relativo à informação pré-contratual, o legislador europeu procurou identificar os requisitos do “nível adequado de informação do consumidor, tanto antes como após a celebração do contrato”⁶³. Para tanto, previamente à vinculação a um contrato à distância ou a uma proposta, o consumidor deve ter acesso às seguintes informações:

- i. relativamente ao prestador, (a) à identidade e atividade principal do prestador, endereço geográfico onde este se encontra estabelecido e qualquer outro endereço geográfico relevante para as relações do cliente com o prestador; (b) à identidade do representante do prestador no Estado-Membro de residência do consumidor e o endereço geográfico relevante para as relações do consumidor com o representante, quando este exista; (c) se o consumidor tiver relações comerciais com um profissional diferente do prestador, a identidade

⁶² “Os consumidores têm dificuldade em avaliar e dominar a crescente variedade e complexidade dos serviços financeiros. A Comissão foi informada de que algumas instituições financeiras, por vezes infringindo a legislação do país de acolhimento, oferecem, de forma transfronteiras, serviços financeiros complexos, como por exemplo crédito ao consumo ou hipotecário, sem prestar aos consumidores informações suficientes. (...) Muitas das queixas dirigidas à Comissão sobre a falta de informação dos consumidores em matéria de preços e condições, a falta de aconselhamento profissional e a dificuldade em comparar os diferentes serviços, dizem respeito ao sector bancário, em que as diretivas não impõem por si próprias requisitos em matéria de informação dos consumidores (exceto no que diz respeito ao crédito ao consumo e – quando a atual proposta for adotada – às transferências de crédito transfronteiras) – cfr. Livro Verde, cit, pp. 9 e 10.

⁶³ Cfr. Considerando (21) da Diretiva 2002/65/CE.

- desse profissional, a qualidade em que trata com o consumidor e o endereço geográfico pertinente para as relações do cliente com esse profissional; (d) se o prestador estiver inscrito num registo comercial ou noutro registo público equivalente, o registo comercial em que se encontra inscrito e o respetivo número de registo, ou forma de identificação equivalente nesse registo; e (e) se a atividade do prestador estiver sujeita a um regime de autorização, os elementos de informação relativos à autoridade de controlo competente⁶⁴;
- ii. quanto ao serviço financeiro, (a) descrição das principais características do serviço financeiro; (b) preço total devido pelo consumidor ao prestador pelo serviço financeiro, incluindo o conjunto das comissões, encargos e despesas inerentes e todos os impostos pagos através do prestador ou, quando não puder ser indicado um preço exato, a base de cálculo do preço que permita a sua verificação pelo consumidor; (c) quando for caso disso, uma indicação de que o serviço financeiro está relacionado com instrumentos que impliquem riscos especiais relacionados com as suas características específicas ou com as operações a executar, ou cujo preço dependa de flutuações dos mercados financeiros fora do controlo do prestador e cujos resultados passados não sejam indicativos dos resultados futuros; (d) indicação da eventual existência de outros impostos e/ou custos que não sejam pagos através do prestador ou por ele faturados; (e) qualquer limitação do período durante o qual as informações prestadas são válidas; (f) modos de pagamento e de execução; e (g) quaisquer custos adicionais para o consumidor decorrentes da utilização de meios de comunicação à distância, quando esses custos adicionais sejam faturados⁶⁵;
 - iii. sobre o contrato à distância, (a) existência ou não do direito de rescisão previsto no artigo 6.o e, quando este exista, a respetiva duração e condições de exercício, incluindo informações sobre o montante que pode ser exigido ao consumidor nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, bem como as consequências do não exercício desse direito; (b) duração mínima do contrato à distância, no caso de contratos de prestação de serviços financeiros permanente ou periódica; (c) informações sobre os eventuais direitos das partes em matéria de resolução

⁶⁴ Cfr. n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2002/65/CE.

⁶⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2002/65/CE.

antecipada ou unilateral do contrato à distância por força dos seus próprios termos, incluindo as eventuais penalizações que este impo-
nha nesses casos; (d) instruções práticas para o exercício do direito
de rescisão, indicando, designadamente, para onde deve ser enviada
a notificação de rescisão; (e) o Estado ou Estados-Membros em cujas
leis o prestador se baseia para estabelecer relações com o consumi-
dor antes da celebração do contrato à distância; (f) qualquer cláusula
contratual relativa à legislação aplicável ao contrato à distância e/ou
ao tribunal competente; e (g) língua ou línguas em que são comu-
nicados os termos do contrato, bem como as informações prévias e,
além disso, a língua ou línguas em que o prestador se compromete a
comunicar com o consumidor durante a vigência do contrato à dis-
tância⁶⁶; e, por fim,

- iv. quanto aos recursos, (a) existência ou inexistência de processos ex-
trajudiciais de reclamação e de recurso acessíveis ao consumidor que
é parte no contrato e, quando aqueles existam, o respetivo modo de
acesso; e (b) existência de fundos de garantia ou de outros sistemas
de indemnização, não abrangidos pela Diretiva 94/19/CE do Parla-
mento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 1994, relativa aos
sistemas de garantia de depósitos, nem pela Diretiva 97/9/CE do Par-
lamento Europeu e do Conselho, de 3 de março de 1997, relativa aos
sistemas de indemnização dos investidores⁶⁷.

Estas informações devem ser prestadas de forma “clara e compreen-
sível, por qualquer forma adaptada ao meio de comunicação à distância
utilizado”⁶⁸.

Para além da informação pré-contratual, o prestador deverá ainda comu-
nicar ao consumidor os termos do contrato: 1. “em tempo útil, antes
de [o consumidor] estar vinculado por um contrato à distância ou uma
proposta”⁶⁹; 2. “imediatamente após a celebração do contrato à distân-
cia, se esse tiver sido celebrado a pedido do consumidor, utilizando um

⁶⁶ Cfr. n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2002/65/CE.

⁶⁷ Cfr. n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2002/65/CE.

⁶⁸ Cfr. n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 2002/65/CE.

⁶⁹ Cfr. n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2002/65/CE.

meio de comunicação à distância que não permita transmitir os termos do contrato”⁷⁰; 3. a qualquer momento, mediante solicitação do consumidor⁷¹.

II. A redação do artigo 5.º da Diretiva 2002/65/CE, nos termos agora explanados, permite endereçar algumas reservas quanto à “mecânica” da disponibilização da informação. Para além de não estender, de forma expressa, as exigências de “clareza e compreensão” à comunicação dos termos do contrato, a técnica legislativa utilizada para concretização do momento da comunicação das informações pré-contratuais e contratuais não é, sob o ponto de vista operacional, óbvia. Ora, o n.º 1 do artigo 5.º, como se viu, começa por determinar que o prestador deverá comunicar a informação antes da vinculação do consumidor.

Em primeiro lugar, não pode senão entender-se que os termos do contrato sejam também prestados previamente de forma clara e compreensível⁷² e, contrariamente à informação pré-contratual, não se concretiza o detalhe da informação.

Em todo o caso, fica também por delimitar o grau ou exigência de qualidade da informação prestada, i.e. como é que os termos do contrato são veiculados e como é que se assegura a compreensão da informação no momento prévio à contratação (por exemplo, se seria de solicitar a assinatura do consumidor). Ademais, fica também por determinar a bitola de análise ou referência do que é “compreensível”.

A concretização do dever de informar é uma tarefa difícil, mas efetivamente necessária⁷³. No caso em apreço dos serviços financeiros, acredi-

⁷⁰ Cfr. n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2002/65/CE, aplicando-se também às informações pré-contratuais que, nos mesmos termos, não tenham sido comunicadas.

⁷¹ Cfr. n.º 3 do artigo 5.º da Diretiva 2002/65/CE.

⁷² A disponibilização do contrato, ainda que previamente à celebração do contrato, não cumpriria o propósito informativo que se pretende alcançar, nem se coadunaria com o espírito da Diretiva 2002/65/CE. Para que a informação seja prestada de forma “clara e compreensível”, o prestador deve ter em consideração o perfil do consumidor, a existência de acompanhamento ou assessorial jurídica, bem como o grau de domínio ou compreensão dos conceitos apresentados. Para além disso, a padronização destes contratos retira ao consumidor qualquer margem de negociação enquanto consequência de uma análise contratual prévia e cuidada. A disponibilização da informação não se pode bastar com a entrega, sem mais, de quaisquer elementos contratuais. Pelo contrário, deverá exigir-se a compreensão da informação e, neste caso, dos termos contratuais em causa.

⁷³ PAULO MOTA PINTO distingue os seguintes princípios orientadores do dever de informar: essencialidade, compreensibilidade, acessibilidade e tempestividade – cfr. Paulo Mota Pinto,

tamos, aliás, que será este o mais relevante fator no processo decisório da contratação ou de investimento por parte do consumidor⁷⁴, já que condiciona o processo de formação da vontade de contratar. Falamos, na verdade, da decisão de transação⁷⁵.

A Diretiva 2002/65/CE peca, a nosso ver, por não ter ido mais longe. A adequação da informação não se basta com a durabilidade do suporte mediante o qual a informação é transmitida, mas com a qualidade da informação, com a certeza da compreensão da informação e da sua leitura.

4.3. A transposição do DL n.º 95/2006

I. De um modo geral, o DL n.º 95/2006 seguiu de perto as coordenadas da Diretiva 2002/65/CE quanto ao momento de prestação da informação⁷⁶, ao elenco da informação pré-contratual nos seus artigos 13.º a 17.º, bem como ao meio da prestação de informação⁷⁷. Estes artigos encontram-se organizados no Título II (*informação pré-contratual*) do DL n.º 95/2006.

II. Já relativamente ao modo da prestação da informação, o legislador nacional optou pela “clareza e percetibilidade”⁷⁸ enquanto bitola (por oposição à forma “clara e compreensível” exigida no texto da Diretiva 2002/65/CE).

“Princípios relativos aos deveres de informação no comércio à distância”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, p. 192.

⁷⁴ “As informações, sobretudo as preliminares, que o profissional predispõe e transmite no cumprimento dos deveres previstos nas normas que analisamos, desempenham um papel decisivo na maturação da “decisão de transação” – cfr. Fernanda Neves Rebelo, “O Direito à informação...”, ob.cit., p. 146. De igual forma, cfr. Alínea l) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 relativo às práticas comerciais desleais.

⁷⁵ Para este efeito, veja-se a definição constante do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que define, na alínea l) do seu artigo 3.º, “decisão de transação” como “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir”.

⁷⁶ Assim espelhando o artigo 5.º da Diretiva 2002/65/CE no seu artigo 11.º (forma e momento da prestação da prestação).

⁷⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 11.º do DL 95/2006, “[a] informação constante do presente título e os termos do contrato devem ser comunicados em papel ou noutro suporte duradouro disponível e acessível ao consumidor, em tempo útil e antes de este ficar vinculado por uma proposta ou por um contrato à distância”.

⁷⁸ Cfr. artigo 12.º (*Clareza da informação*) do DL n.º 95/2006.

No plano linguístico, e focando-nos nesse elemento literal, não pode confundir-se percetibilidade com compreensibilidade. Na primeira, a exigência basta-se com inteligibilidade ou acessibilidade da informação – i.e. informação que pode ser atingida. Já com a compreensibilidade, procura-se abranger o que tem qualidade ou aptidão para ser compreendido – i.e. informação que é *passível* de ser compreendida. Portanto, enquanto a percetibilidade se esgota com a forma ou formato da comunicação, entendemos que a compreensibilidade vai mais além, compreendendo, também, a qualidade da informação.

Não sabendo os motivos que presidiram à vontade do legislador, dificilmente se compreenderá a extensão da opção terminológica. No entanto, não pode deixar de se referir a surpresa pelo desvio face à Diretiva 2002/65/CE neste ponto.

4.4. Em especial, o suporte em papel ou duradouro da informação

I. Conforme aponta ELSA DIAS OLIVEIRA, “(...) a confirmação por escrito ou em suporte duradouro das informações prestadas, e que integram o contrato, é um dos outros pilares em que assenta a proteção dos consumidores nos contratos celebrados à distância”⁷⁹. Em primeiro lugar, por assegurar a clareza e compreensão da informação, mas, também, por assegurar a (eventual) defesa judicial do consumidor – leia-se, a prova⁸⁰.

II. A Diretiva 2002/65/CE define, na alínea f) do seu artigo 2.º, suporte duradouro como “qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo que, no futuro, lhe permita um acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas”.

Já o DL n.º 95/2006, por sua vez, explica o que se entenderá por suporte duradouro no n.º 2 do seu artigo 11.º: “(...) aquele que permita armazenar a informação dirigida pessoalmente ao consumidor, possibilitando no futuro, durante o período de tempo adequado aos fins a que a informação se destina, um acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada”. O preâmb-

⁷⁹ ELSA DIAS OLIVEIRA, “Contratação eletrónica...”, ob. cit., p. 139.

⁸⁰ Assim, ELSA DIAS OLIVEIRA ao referir que “[acresce] que, em caso de litígio, o facto de os consumidores terem essas informações em suporte duradouro facilita a prova do conteúdo do contrato” – cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, “Contratação eletrónica...”, ob. cit., p. 139.

bulo do DL n.º 95/2006 avança ainda com alguns exemplos: “nomeadamente, disquetes informáticas, CD-ROM, DVD, bem como o disco duro do computador que armazene o correio electrónico”.

III. Fica clara a ideia subjacente: qualquer suporte que permita: 1. receber e manter a informação durante um período de tempo adequado, 2. protegê-la de qualquer adulteração e contacto com terceiros, 3. armazenar a informação inalterada e 4. a consulta.

De resto, encontramos coerência sistemática com esta ideia. Pense-se, por exemplo, no artigo 3.º, alínea h) do Decreto-Lei n.º 227/2012 de 25 de outubro, que define “suporte duradouro” como “qualquer instrumento que permita armazenar informações durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução integral e inalterada das informações armazenadas”.

4.5. As consequências do incumprimento

4.5.1. O regime sancionatório do DL n.º 95/2006

I. O DL n.º 95/2006 contempla, no seu Título V, o regime sancionatório organizado em dois capítulos: disposições gerais (Capítulo I) e ilícitos de mera ordenação social (Capítulo II). Em qualquer caso, o regime sancionatório do setor financeiro e o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social serão ainda aplicáveis subsidiariamente⁸¹.

Assim, qualificam como contraordenações, nos termos previstos no artigo 35.º do referido Decreto, designadamente a prestação de serviços financeiros não solicitados, o envio de comunicações não solicitadas, a prestação de informações que não cumpra os requisitos previstos ou o incumprimento dos deveres específicos de informação, tal como regulados pelo DL n.º 95/2006.

Estas contraordenações são puníveis com coima (i) de €2.500,00 (dois mil e quinhentos euros) a € 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil euros) quando praticadas por pessoas coletivas ou (ii) de €1.250,00 (mil duzentos e cinquenta euros) a 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil euros) quando praticadas por pessoas singulares⁸².

⁸¹ Cfr. artigo 34.º do DL n.º 95/2006.

⁸² Cfr. artigo 35.º do DL n.º 95/2006.

II. A par das coimas, podem ainda ser aplicáveis sanções acessórias, nos termos do artigo 36.º, que incluem: (i) a apreensão e perda do objeto da infração, (ii) interdição do exercício da profissão ou da atividade, por 3 (três) anos; (iii) inibição do exercício de cargos sociais e de funções de administração, direção, chefia e fiscalização em pessoas coletivas que prestem serviços financeiros, por 3 (três) anos e (iv) publicação da punição definitiva, a expensas do infrator, num jornal de larga difusão⁸³.

O procedimento pelos ilícitos de mera ordenação social prescreve no prazo de 5 (cinco) anos e as sanções aqui previstas prescrevem no prazo de 1 (um) ou 3 (três) anos, a contar do dia em que a decisão administrativa se tornar definitiva ou do dia em que a decisão judicial transitar em julgado⁸⁴.

4.5.2. A Lei de Defesa do Consumidor

I. Afigura-se importante enquadrar também a matéria dos deveres de informação no âmbito da Lei de Defesa do Consumidor. No seu artigo 8.º (direito à informação em particular) encontramos a descrição das informações que o prestador 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”⁸⁵. O conteúdo listado é, em larga medida, semelhante ao que encontramos acima na Diretiva 2002/65/CE e, por sua vez, no DL n.º 95/2006.

II. Já quanto às consequências do incumprimento do dever de prestar, a Lei de Defesa do Consumidor avança:

- i. “Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retratação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de receção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços”⁸⁶;
- ii. “O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da

⁸³ Cfr. artigo 36.º do DL n.º 95/2006.

⁸⁴ Cfr. artigo 33.º do DL n.º 95/2006.

⁸⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

⁸⁶ Cfr. n.º 4 do artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação”⁸⁷; ou

- iii. “O incumprimento do dever de informação sobre as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço determina a responsabilidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito”⁸⁸.

4.5.3. O DL n.º 57/2008

I. Vejamos agora o regime do 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 (“**DL n.º 57/2008**”).

Sem prejuízo da aplicação de regimes especiais⁸⁹ –, o regime previsto no DL n.º 57/2008 aplicar-se-á a quaisquer “práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço”⁹⁰, consideradas desleais porque desconformes “à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço”⁹¹. Em especial, o artigo 6.º do DL n.º 57/2008 refere-se a ações enganosas⁹², ações consideradas enganosas em qualquer circunstância⁹³, omissões enganosas⁹⁴, informações relativas à proposta contratual ou convite a contratar⁹⁵, práticas comerciais agressivas⁹⁶ ou práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância⁹⁷.

II. Compreendem-se, neste âmbito, por exemplo: a prestação de informações falsas; informações que, sendo corretas, induzam o consumidor em erro quanto à existência, natureza, características, preço ou risco do serviço;

⁸⁷ Cfr. n.º 5 do artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

⁸⁸ Cfr. n.º 7 do artigo 8.º da Lei de Defesa do Consumidor.

⁸⁹ Cfr. n.º 3 do artigo 2.º do DL n.º 57/2008.

⁹⁰ Cfr. n.º 1 do artigo 1.º do DL n.º 57/2008. Poderá ainda aplicar-se às relações entre empresas, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo.

⁹¹ Cfr. n.º 1 do artigo 5.º do DL n.º 57/2008.

⁹² Cfr. artigo 7.º do DL n.º 57/2008.

⁹³ Cfr. artigo 8.º DL n.º 57/2008.

⁹⁴ Cfr. artigo 9.º DL n.º 57/2008.

⁹⁵ Cfr. artigo 10.º DL n.º 57/2008.

⁹⁶ Cfr. artigo 11.º DL n.º 57/2008.

⁹⁷ Cfr. artigo 12.º DL n.º 57/2008.

ou omitir informação de tal forma que implique a decisão negocial esclarecida do consumidor.

5. O direito de livre resolução

I. O DL n.º 95/2006 regula, no seu Título III, o exercício do direito de livre resolução nos contratos à distância.

Consagra-se, neste âmbito, um direito potestativo do consumidor que poderá ser exercido, mediante notificação ao prestador, no prazo de 14 dias a contar da celebração do contrato à distância ou da data da receção, pelo consumidor, dos termos contratuais e das informações legalmente previstas (salvo se o contrato tiver sido integralmente cumprido antes dessa data⁹⁸)⁹⁹.

O exercício deste direito de livre resolução contempla, no entanto, algumas exceções, não se aplicando, por exemplo, às prestações de serviços financeiros que incidam sobre instrumentos cujo preço dependa de flutuações do mercado, aos contratos de crédito para aquisição, construção ou beneficiação de bens imóveis ou aos contratos de créditos garantidos por direito real que onere bens imóveis¹⁰⁰.

O exercício do direito de livre resolução terá, por efeitos, a extinção das obrigações e direitos decorrentes do contrato, desde o momento da sua celebração, visando, assim, colocar o consumidor na posição em que estaria caso o contrato não tivesse sido celebrado. Por este motivo, com o exercício deste direito, não fica o consumidor obrigado ao pagamento correspondente ao serviço efetivamente prestado antes do termo do prazo de livre resolução¹⁰¹.

II. Analisado o regime, cumpre fazer um enquadramento conceptual da figura que o legislador identificou como “direito de livre resolução”. Conforme esclarece GRAVATO MORAIS a este respeito, “os diplomas que con-

⁹⁸ Cfr. caducidade pelo não exercício nos termos do artigo 23.º do DL n.º 95/2006.

⁹⁹ Cfr. artigos 20.º e 21.º do DL n.º 95/2006. Com exceção dos contratos de seguro de vida e dos relativos à adesão individual a fundos de pensões abertos, cujo prazo para exercício do direito de livre de resolução é de 30 dias, nos termos do artigo 20.º do mesmo diploma.

¹⁰⁰ Cfr. artigo 22.º do DL n.º 95/2006.

¹⁰¹ Cfr. artigos 24.º e 24.º do DL n.º 95/2006. Nos termos do n.º 2 do artigo 25.º do mesmo diploma, “excetua-se os casos em que o consumidor tenha pedido o início da execução do contrato antes do termo do prazo de livre resolução, caso em que o consumidor está obrigado a pagar ao prestador, no mais curto prazo possível, o valor dos serviços efectivamente prestados em montante não superior ao valor proporcional dos mesmos no quadro das operações contratadas”.

sagram o direito em apreço [no caso, referindo-se ao direito de livre revogação] não são uniformes quanto à terminologia utilizada”¹⁰², já que “no âmbito do direito do consumo, a mesma figura é designada, nos diplomas que lhe fazem referência, por outras palavras”¹⁰³. Temos por alguns destes casos o “direito de livre revogação”, o “direito de livre resolução” ou “direito de arrependimento”. A proximidade do legislador no âmbito do direito do consumo é, uma vez mais, visível e, da mesma forma, indesejável. O estudo dos institutos jurídicos e a compreensão dos seus limites carece de uma delimitação conceptual que não se articula com a constante confusão entre figuras como a resolução ou a revogação.

Em todo o caso, em todos estes institutos perpassa a mesma ideia: a de permitir ao consumidor “arrepender-se e voltar atrás”¹⁰⁴.

6. Observações finais

A análise compreendida neste estudo não é exaustiva. Diferentemente, ao analisar o regime jurídico aplicável aos serviços financeiros à distância o estudo apenas desvenda algumas das questões que no campo dos serviços financeiros se apresentam como mais sensíveis, mas que, de forma mais ou menos transversal, se colocam, em geral, no estudo do direito do consumo. E, como vimos, este é, efetivamente, um campo de especial complexidade por força do objeto dessa relação – os serviços financeiros – e que, por isso, reclama importantes reflexões.

Daquí destacamos o conceito de consumidor – um debate extenso, porém fundamental, já que é em torno deste que o direito do consumo se desenvolve. Por isso, a construção dogmática em torno da inclusão ou não das pessoas coletivas não é despicienda e, atendendo ao objeto em causa, acreditamos encontrar argumentos sistemáticos que permitem e, aliás, convocam uma análise diferente. Falamos, em particular, do princípio de proteção de investidor no âmbito do direito dos valores mobiliários e da equiparação dos investidores não profissionais a consumidores para efeitos do regime das cláusulas contratuais gerais. Na verdade, o afastamento das pessoas cole-

¹⁰² FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 152.

¹⁰³ FERNANDO GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito...*ob.cit, p. 152.

¹⁰⁴ Sobre este tema, veja-se VERA LÚCIA MAIA SANTOS, *O direito de “livre revogação” dos contratos de crédito aos consumidores e a sua repercussão nos contratos de compra e venda coligados*, dissertação de mestrado, 2019, pp. 8 e 9.

tivas *tout court* parece sustentar-se pela existência de algum ceticismo face à criação de estruturas jurídicas ditas *fictícias*¹⁰⁵ e assim não poderá ser.

O mesmo se diga dos deveres de informação. Aliás, assim o demonstra a atualidade do tema. Como se sabe, a moldura legal dos deveres de informação sofreu, em Portugal, recentes e importantes alterações, de onde se destaca a fortificação dos deveres de transparência e da supervisão prudencial, especialmente no âmbito da atividade bancária e a propósito da contratação de instrumentos financeiros. Esta experiência recente veio obrigar os prestadores destes serviços a *efetivamente informar*. E é importante ter presente que a informação tem, neste âmbito, uma dupla vertente: por um lado, tutela o consumidor e fornece a segurança necessária para a formação da vontade de contratar e, por outro, protege o mercado. Sem estes, os serviços financeiros não existem.

Esta análise do regime legal constante do DL n.º 95/2006 – e, por comparação, dos demais regimes supramencionados – permite ainda desvendar a indesejável ambiguidade, prolixidade e certa incompletude nesta matéria. Estes aspetos contribuem para o enfraquecimento da tutela legal do consumidor, contrastando, em última análise, com os imperativos que presidem ao estudo do direito do consumo.

Espera-se, assim, desenvolvimentos nesta matéria.

¹⁰⁵ Ora, conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO a propósito da opção pelo consumidor como pessoa singular no âmbito do anteprojeto de Código do Consumidor, existe “(...) uma conceção de pessoa coletiva como uma ficção. Não deve ser assim. A pessoa coletiva é, sempre, um modo coletivo de regular as pessoas singulares. Representa um concreto regime diferenciado mas traduz, sempre, interesses e valores humanos. Retirar a tutela a uma pessoa coletiva é retirá-la a um certo número de pessoas singulares” (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O anteprojeto de Código...”, ob. cit. p. 699). Este entendimento é, aliás, utilizado na nossa jurisprudência; assim, veja-se o Ac. da RG de 30.05.2019/Proc. 1012/15.5T8VRL-BD.G1 (ALCIDES RODRIGUES), disponível em www.dgsi.pt: “Acrece não se verificar no caso uma situação em que a necessidade de tutela efetiva do consumidor-pessoa humana imponha uma tutela alargada às pessoas coletivas.”

CONTRATOS ELETRÓNICOS E TUTELA DO CONSUMIDOR*

ELSA DIAS OLIVEIRA**

SUMÁRIO: *Introdução; 1. Noção de consumidor; 2. Tutela do consumidor – Enquadramento; 3. Dever de informar; 4. Confirmação por escrito das informações; 5. Direito de livre resolução do contrato; 6. Prazo para cumprimento do contrato; 7. Fornecimento de bens não solicitados; Conclusão.*

Introdução

São muitos os consumidores que, atualmente, optam pela contratação eletrónica. A facilidade de acesso à Internet, independentemente do local onde se esteja, e a multiplicidade de oferta que é proporcionada, tornam esta contratação quase irresistível.

Na verdade, as novas tecnologias vieram facilitar em muito a vida dos consumidores, que têm agora acesso a uma maior quantidade de bens e serviços, podem mais facilmente comparar preços – o que estimula a competição entre concorrentes –, mais comodamente podem celebrar os seus contratos, etc.

* O presente texto corresponde, com exceção das alterações decorrentes de atualizações bibliográficas e legislativas, ao que foi publicado nos *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V, coord. Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde e Carlos Lacerda Barata, AAFDL Editora, Lisboa, 2017, págs. 129-148, com o título “Contratação eletrónica e tutela do consumidor”.

** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado. ORCID ID: 0000-0001-6584-5096.

Todavia, para além das vantagens, há também que ter presente outras circunstâncias que, por regra, contextualizam esta contratação. Assim, na maioria dos casos, os consumidores adquirem bens de que apenas viram imagens e, por isso, não surpreende que, quando os recebam, verifiquem que não correspondem ao que esperavam; as compras são, frequentemente, qualificadas como compras por impulso, arrependendo-se posteriormente o contratante; os consumidores nem sempre dominam as técnicas necessárias a esta contratação.

Na realidade, os consumidores são, tradicionalmente entendidos como parte contratual mais fraca. Para além das questões referidas, acresce ainda que os consumidores, na esmagadora maioria dos casos, não são detentores da mesma quantidade nem qualidade de informação relativa ao bem ou serviço que vão adquirir como os seus fornecedores. Aliás, os consumidores não são muitas vezes sabedores dos próprios direitos que têm enquanto tais. Acresce, ainda, que a identificação e localização dos fornecedores ou prestadores pode não ser conhecida. Para além disso, nos contratos celebrados eletronicamente recorre-se sistematicamente a cláusulas contratuais gerais, retirando-se aos consumidores qualquer poder negocial, mesmo quando estão em causa bens ou serviços que, nos tempos atuais, são considerados necessários.

É atendendo a estas e outras circunstâncias que se tem vindo a entender que os consumidores que celebram contratos eletrónicos devem beneficiar de medidas de proteção que sejam adequadas a esta realidade. São algumas destas medidas que, ainda que de forma abreviada, iremos apreciar neste texto.

1. Noção de consumidor

Antes de mais, sendo o tema a proteção dos consumidores na contratação eletrónica, importa determinar quem são os consumidores.

Na doutrina, a discussão em torno da definição de consumidor tem sido acesa¹. Na legislação portuguesa, a definição de consumidor não é uni-

¹ Acerca do conceito de consumidor, vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Negócio jurídico de consumo”, *BMJ* n.º 347, 1985, págs. 11-38, pág. 12; EIKE VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, 3.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübinga, 1986, pág. 3, nota 1; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, págs. 58 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados à distância*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 49 ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 25 ss.; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, págs. 45 ss.; JORGE

forme. É frequente encontrar-se definições de consumidores nos vários diplomas legais onde são consagradas medidas que os tutelam.

Salienta-se, pela sua relevância, a definição de consumidor prevista no art. 2.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor². Aí se determina que se considera consumidor “(...) todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Atento o tema que ora analisamos, salientamos também a noção de consumidor prevista no Dec.-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro³, que transpôs para o Direito interno a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores⁴, e que é aplicável aos contratos celebrados à distância⁵ (cfr. art. 2.º, n.º 1), entre os quais, como melhor desenvolveremos adiante, se incluem os contratos celebrados através da Internet. No seu art. 3.º, al. e), o consumidor é definido como “a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou

MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, págs. 29 ss.; em concreto sobre o conceito de consumidor no mercado digital da União Europeia, cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre o consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Lisbon Law Review*, LXII, 2021, 1, págs. 209-230, págs. 216 ss.

² Lei n.º 24/96, de 31/07, retificada pela Rect. n.º 16/96, de 13/11, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16/12, pelo Dec.-Lei n.º 67/2003, de 08/04, pela Lei n.º 10/2013, de 28/01, pela Lei n.º 47/2014, de 28/07, pela Lei n.º 63/2019, de 16/08, pelo Dec.-Lei n.º 84/2021, de 18/10 e pelo Dec.-Lei n.º 109-G/2021, de 10/12.

³ Alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28/07, pelo Dec.-Lei n.º 78/2018, de 15/10, pelo Dec.-Lei n.º 9/2021, de 29/01 e pelo Dec.-Lei n.º 109-G/2021, de 10/12.

⁴ A Diretiva 2011/83/UE foi alterada pela Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, que alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, publicada no JOUE L 328, de 18/12/2019, págs. 7 ss.

⁵ O Dec.-Lei n.º 24/2014 (art. 34.º) veio revogar o Dec.-Lei n.º 143/2001, de 26/04, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância. A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores – e que foi transposta para o Direito interno pelo Dec.-Lei n.º 24/2014 – alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revogou a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a referida Diretiva 97/7/CE.

profissional”. Articulando o disposto nesta alínea com a al. h) do mesmo artigo, resulta ainda que o consumidor, no âmbito dos contratos à distância, terá de celebrar o contrato com um fornecedor ou prestador de serviços e o contrato estará integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância. Ou seja, os co-contratantes do consumidor atuarão no âmbito da sua atividade profissional⁶.

Para além destas, em outros diplomas, naturalmente, se identificam outras definições de consumidores. Verifica-se, todavia, que, mesmo se atendermos a apenas estas definições aqui transcritas, não existe coincidência de conteúdos. Todavia, há um elemento que tende a ser comum às noções de consumidor: o elemento teleológico⁷. Ou seja, será considerado consumidor aquele que atue com fins que sejam estranhos à sua atividade profissional.

2. Tutela do consumidor – Enquadramento

A contratação eletrónica é uma modalidade de contratação à distância. Desde logo, no art. 3.º, al. h), do Dec.-Lei n.º 24/20014, define-se como contrato à distância aquele que é “celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem a presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”.

Ora, na contratação eletrónica são utilizadas técnicas de comunicação à distância, pois recorre-se a meios (v.g. computador, telemóvel, *tablet*) que permitem a contratação sem a presença física e simultânea de ambas as partes⁸; não se verificando também a presença física e simultânea de ambos os contratantes; e estando o contrato integrado num sistema de venda ou

⁶ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial”, *I Congresso de Direito do Consumo*, coord. Jorge Morais Carvalho, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 95-113, pág. 96. *Vide* ainda, acerca da noção de consumidor neste diploma, JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 30 ss.

⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, cit., págs. 32 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre o consumidor...”, cit., págs. 217 ss.

⁸ Atente-se na definição de técnica de comunicação à distância prevista no art. 3.º, al. w), do Dec.-Lei n.º 24/2014: “qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor

prestação de serviço organizado para o comércio à distância⁹. Se as partes, durante ou para finalizar o processo contratual utilizarem outra técnica de comunicação que não as técnicas de comunicação à distância, já estaremos fora da contratação à distância¹⁰.

Tradicionalmente, tem sido entendido que a proteção dos consumidores nos contratos celebrados à distância, como é o caso da contratação eletrônica, assenta em três pilares principais: as informações que são prestadas ao consumidor antes da celebração do contrato, a confirmação por escrito ou em suporte duradouro das informações que são facultadas e o direito de livre resolução do contrato¹¹.

São estas medidas de tutela dos consumidores que se apreciará com mais detalhe.

3. Dever de informar

I. Os consumidores que contratam eletronicamente não têm a possibilidade de ver “ao vivo” o bem que adquirem antes de o comprar; nem a possibilidade de falar pessoalmente com o fornecedor ou prestador de serviços com quem vão contratar; frequentemente, não têm uma noção clara do preço que pagam no final, pois ao preço do serviço ou bem adquirido somam-se as despesas associadas ao seu envio; as técnicas de comunicação informática não são completamente dominadas por todos, podendo os consumidores sentir dificuldades em alterar uma encomenda que se está a processar; os consumidores não têm, muitas vezes, conhecimento dos seus próprios direitos, etc.

de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes”.

⁹ Acerca da definição de técnicas de comunicação à distância no âmbito deste diploma, vide JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., págs. 97 ss.; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., págs. 211 ss.; JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 36 ss. ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, “O direito de arrependimento nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento”, *Estudos de Direito do Consumo, Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, coord. Carlos Ferreira de Almeida e outros, DECO, Lisboa, 2016, págs. 18-41, págs. 22 ss.

¹⁰ Atente-se, a este respeito, no considerando (20) de Diretiva 2011/83/CE. Vide JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 38 ss.

¹¹ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., págs. 65 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre o consumidor...”, cit., pág. 225.

Todas estas circunstâncias traduzem-se numa situação de maior fragilidade do consumidor que fica, assim, numa situação de clara desvantagem face ao seu co-contratante.

Com vista a esbater a assimetria informativa que se verifica entre as partes, o legislador veio determinar que devem ser facultadas aos consumidores, antes da celebração do contrato, um conjunto de informações que lhes permitem decidir contratar ou não de uma forma mais livre e esclarecida¹².

II. Desde logo, e em termos mais gerais, no art. 8.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, determina-se que, tanto na fase das negociações como na da celebração do contrato, o consumidor deve ser informado, de forma clara, objetiva e adequada, pelo fornecedor de bens ou pelo prestador de serviços, dos dados relevantes para decidir celebrar ou não o contrato. E são indicadas neste mesmo art. 8.º as informações que o fornecedor ou o prestador de serviços deve prestar aos consumidores.

Com caráter mais específico, nos termos do art. 4.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 24/2014, estão elencadas as informações que o fornecedor ou o prestador de serviços, antes de o consumidor se vincular a um contrato, deve facultar a este, “em tempo útil e de forma clara e compreensível”, desde logo se determinando, nos termos do seu n.º 8, que cabe ao fornecedor ou prestador de serviços o ónus da prova do cumprimento dos deveres de informação aqui previstos¹³.

Dentre as informações a facultar salientam-se as relativas à identificação do fornecedor ou prestador de serviços (art. 4.º, n.º 1, al.s a), b), c)), o que facilmente se compreende, pois as partes não estão na presença física uma da outra e, por isso, mais facilmente o consumidor pode ser enganado com fornecedores “fantasmas”; as informações respeitantes ao próprio bem ou serviço que será adquirido (art. 4.º, n.º 1, al. d)); as informações relativas ao preço total, incluindo despesas de transporte (art. 4.º, n.º 1, al.s e) a i), l)); as modalidades de pagamento, entrega, execução do contrato (art. 4.º, n.º 1, al. j)); informações relativas à própria existência dos direitos dos consumi-

¹² ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores...*, cit., pág. 67; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Alguas considerações sobre o consumidor...”, cit., págs. 225 ss.

¹³ Sublinhe-se que as disposições previstas nos arts. 4.º a 21.º do Dec.-Lei n.º 24/2014 não se aplicam aos contratos previstos no art. 2.º, n.º 3, do mesmo diploma.

dores como é o caso do direito de livre resolução do contrato quando seja aplicável (art. 4.º, n.º 1, al.s m) a p)), etc.¹⁴.

Nos termos do art. 4.º-A estão ainda previstos outros requisitos adicionais específicos de informação dos contratos celebrados em mercados em linha, *v.g.*, a de que as propostas apresentadas se referem exclusivamente às do prestador do mercado em linha (al. b)); a de que, sendo o caso, a comparação de propostas se baseia em diferentes circunstâncias, não apresentando essa comparação como um desconto (al. c)), etc.

No art. 4.º-B do mesmo diploma preveem-se os requisitos que devem ser observados nos casos em que o prestador do mercado em linha disponibilize o acesso a avaliações efetuadas por consumidores.

Não basta, todavia, que o fornecedor ou prestador de serviços faculte, por qualquer forma, estas informações. Nos termos do art. 5.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 24/2014, as informações que acima referimos “(...) devem ser prestadas de forma clara e compreensível por meio adequado à técnica de comunicação à distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial dos menores”¹⁵. Não é suficiente, pois, por exemplo, que as informações sejam dadas de modo que o consumidor não aceda efetivamente a estas, *v.g.*, porque é necessário o recurso a hiperligações sucessivas, porque a letra é demasiado pequena, etc.

O legislador explicitou ainda nos termos previstos no art. 5.º, n.ºs 2, 3 e 4, os cuidados específicos que o fornecedor deve ter para garantir que o consumidor, num contrato celebrado à distância por via eletrónica, tenha noção das informações mais significativas para a celebração do contrato, bem como de que tenha noção da obrigação de pagar que lhe está associada¹⁶. Caso o fornecedor ou o prestador não observem o disposto nestas regras, nos termos do art. 5.º, n.º 9, o consumidor não fica vinculado ao contrato¹⁷.

¹⁴ Vide a este respeito, JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 54 ss.

¹⁵ Vide, a este respeito, JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 67 ss.; JOÃO PEDRO PINTO FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., pág. 100; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., págs. 223 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre o consumidor...”, cit., pág. 226.

¹⁶ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., págs. 103 ss.

¹⁷ ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre o consumidor...”, cit., págs. 226 ss.

De caráter mais geral, refira-se ainda o disposto no art. 7.º do Dec.-Lei n.º 24/2014, nos termos do qual é obrigatória a indicação, clara e legível, nos sítios Internet dedicados ao comércio eletrónico, da existência, se as houver, de restrições geográficas ou outras¹⁸. Na verdade, os fornecedores podem querer limitar o raio geográfico da celebração dos seus contratos, *v.g.*, para não correrem o risco de ver aplicada ao contrato uma lei que desconhecem, assegurando-se de que não estão a celebrar um contrato ilícito à luz da lei do destino do bem ou serviço. Os consumidores devem, todavia, ser informados destas restrições, no limite, no início do processo de encomenda.

Deve ainda, nos termos da mesma disposição, haver informação clara quanto aos meios de pagamento aceites.

Sublinhe-se que os deveres de informação aqui previstos devem ser conjugados e complementados com outros que estão previstos noutros diplomas. Saliente-se, pela sua relevância face ao tema em análise, o Dec.-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro¹⁹, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva sobre o comércio eletrónico e o art. 13.º da Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas. Nos termos do seu art. 3.º, n.º 5, determina-se que o disposto no Dec.-Lei n.º 7/2004 não exclui a aplicação da legislação vigente compatível, nomeadamente no que respeita ao regime dos contratos celebrados à distância, e não prejudica o nível de proteção dos consumidores.

Assim, desde logo, nos termos do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 7/2004, determina-se que os prestadores de serviços da sociedade da informação²⁰ devem disponibilizar permanentemente em linha, em condições que permitam um acesso fácil e direto, elementos de identificação, tais como o nome ou

¹⁸ PAULO MOTA PINTO, “O Novo Regime Jurídico dos Contratos a Distância e dos Contratos Celebrados Fora do Estabelecimento Comercial”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 9, 2015, págs. 51-91, pág. 68; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, cit., pág. 186; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre o consumidor...”, cit., pág. 225.

¹⁹ Alterado pelo Dec.-Lei n.º 62/2009, de 10/03, pela Lei n.º 46/2012, de 29/08 e pela Lei n.º 40/2020, de 18/08.

²⁰ Nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 7/2004, esclarece-se que se entende por serviço da sociedade da informação “(...) qualquer serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma actividade económica na sequência de pedido individual do destinatário”. Todavia, nos termos do art. 3.º, n.º 2, determina-se que “[n]ão são serviços da sociedade da informação os enumerados no anexo ao Decreto-Lei n.º 58/2000, de 18 de Abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 daquele anexo”.

denominação social, endereço geográfico e endereço eletrônico, inscrições do prestador em registos públicos, número de identificação fiscal, etc.

Sendo as comunicações eletrônicas um meio privilegiado para a divulgação de comunicações publicitárias, frequentemente preliminar da contratação, e podendo o seu intuito não ser sempre claro para o destinatário, prevê-se também no art. 21.º do Dec.-Lei n.º 7/2004 que a natureza publicitária da mensagem deve ser facilmente apreendida por um destinatário comum, bem como a identificação do anunciante e as ofertas promocionais²¹. A transparência na identificação da finalidade da mensagem permite ao seu destinatário, seja ou não um consumidor, decidir se quer aceder ou não à mensagem, sem ser surpreendido pelo seu teor.

Especificamente relacionada com a celebração do contrato, sublinhamos a relevância do disposto no art. 28.º do Dec.-Lei n.º 7/2004, em que se determina que “[o] prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca (...)” que deve incluir o próprio processo de celebração do contrato, o seu arquivamento ou não, a língua utilizada²², os meios técnicos disponibilizados pelo prestador para identificar e corrigir erros aquando da encomenda, os termos contratuais e as cláusulas gerais, os códigos de conduta a que o prestador esteja sujeito. Saliente-se que estas informações são cumulativas relativamente às anteriormente já indicadas e que têm presente as especificidades da contratação eletrónica.

Refira-se ainda que o processo de contratação pode envolver algumas dificuldades para os utilizadores no que respeita ao domínio dos meios técnicos. Não surpreende, pois, que no art. 27.º do Dec.-Lei n.º 7/2004 se determine expressamente que o prestador de serviços em rede deve disponibilizar aos consumidores “(...) meios técnicos eficazes que lhes permitam

²¹ Vide, a propósito do princípio da identificabilidade da publicidade, o arts. 8.º e 9.º do Código da Publicidade (Dec.-Lei n.º 330/90, de 23/10, alterado pelo Dec.-Lei n.º 74/93, de 10/03, pelo Dec.-Lei n.º 6/95, de 17/01, pelo Dec.-Lei n.º 61/97, de 25/03, pela Lei n.º 31-A/98, de 14/07, pelo Dec.-Lei n.º 275/98, de 09/09, pelo Dec.-Lei n.º 51/2001, de 15/02, pelo Dec.-Lei n.º 332/2001, de 24/12, pela Lei n.º 32/2003, de 22/08, pelo Dec.-Lei n.º 224/2004, de 04/12, pela Lei n.º 37/2007, de 14/08, pelo Dec.-Lei n.º 57/2008, de 26/03, pela Lei n.º 8/2011, de 11/04, pelo Dec.-Lei n.º 66/2015, de 29/04 e pela Lei n.º 30/2019, de 23/10).

²² FERNANDA NEVES RIBEIRO, “O direito à informação do consumidor na contratação à distância”, *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 103-153, págs. 141 ss.

identificar e corrigir erros de introdução, antes de formular uma ordem de encomenda”²³.

Algumas destas regras estão, todavia, pensadas para situações em que o meio de comunicação não é individual, razão pela qual o disposto nos arts. 27.º a 29.º²⁴ não é aplicável nos casos em que o contrato é celebrado exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação que permita um contacto individualizado.

Acresce ainda que, tendo presente que na maioria dos contratos celebrados no âmbito da sociedade da informação se recorre a cláusulas contratuais gerais²⁵, de acordo com o art. 31.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 7/2004, expressamente se prevê que os termos contratuais e as cláusulas gerais devem ser comunicados de modo a que o destinatário possa armazená-las e reproduzi-las. Aliás, sublinhe-se também que a aplicação das regras aqui

²³ Note-se que quer o disposto no art. 27.º, quer no art. 28.º do Dec.-Lei n.º 7/2004 não são derogáveis por acordo quando uma das partes seja um consumidor. É uma das formas de proteger os consumidores, que assim não são sequer pressionados para abdicar da proteção a que têm direito.

²⁴ O disposto no art. 29.º desenvolve a matéria respeitante ao processo de contratação, determinando-se a necessidade de envio de avisos de receção e de confirmação da receção das mensagens. Esta disposição, em especial na sua articulação com o previsto no art. 32.º, n.º 2, do mesmo diploma, tem suscitado uma interessante discussão doutrinária com respeito à determinação do momento em que o contrato se considera celebrado. Cfr. a este respeito, *Lei do Comércio Electrónico anotada*, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 116 ss.; AAVV, *Leis da Sociedade da Informação – Comércio Electrónico*, Manuel Lopes da Rocha, Miguel Pupo Correia, Marta Felino Rodrigues e outros, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 321 ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Contratação electrónica”, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 43-68, págs. 58 ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Perspectiva jurídica”, *O Comércio Electrónico em Portugal – O quadro legal e o negócio*, Anacom, 2004, págs. 104-141, págs. 112 ss.; DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, “A contratação electrónica automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 411-461, págs. 425 ss.; PAULA COSTA E SILVA, “A contratação electrónica entre empresas: os B-2-B E-Markets”, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 459-471, págs. 462 ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 416 ss.; JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., pág. 104; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., págs. 234 ss.

²⁵ Acerca da noção de cláusulas contratuais gerais como “(...) proposições impessoais e pré-elaboradas, que os contratantes podem adotar, para efeitos de conclusão de um negócio”, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Português*, II, Parte Geral, Negócio Jurídico, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 357 ss.

analisadas não afasta o disposto no Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro²⁶, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Nos termos do art. 5.º deste diploma prevê-se o dever de comunicação, de modo adequado e com a antecedência necessária, das cláusulas contratuais gerais, aos seus aderentes, com vista a garantir o seu efetivo conhecimento por estes. Por seu turno, no art. 6.º do mesmo diploma, determina-se que o contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve efetivamente informar a outra parte de todos os elementos cuja aclaração e, ou, esclarecimento se justifique²⁷.

As informações que são prestadas aos consumidores de forma clara e efetiva permitem, assim, atenuar o desequilíbrio negocial que se verifica entre consumidores e fornecedores, podendo aqueles decidir de forma mais esclarecida acerca da contratação.

4. Confirmação em suporte duradouro das informações

Conforme acima se referiu, a confirmação por escrito ou em suporte duradouro das informações prestadas, e que integram o contrato, é um dos outros pilares em que assenta a proteção dos consumidores nos contratos celebrados à distância.

Na verdade, nem sempre os consumidores retêm as informações que lhes foram facultadas, sendo natural que delas se esqueçam com o passar do tempo. Todavia, uma vez celebrado o contrato, os consumidores devem ter a possibilidade de recuperar tais informações sempre que pretendam. Acresce que, em caso de litígio, o facto de os consumidores terem essas informações em suporte duradouro facilita a prova do conteúdo do contrato²⁸. Para além disso, a leitura destas informações permite ao consumidor decidir de forma mais esclarecida se pretende resolver o contrato (art. 10.º do Dec.-Lei n.º 24/2014), nos casos em que tenha esse direito²⁹.

Ora, nos termos do art. 4.º, n.º 4, do Dec.-Lei n.º 24/2014, as informações acima referidas (previstas no art. 4.º, n.º 1), integram o contrato. E, nos

²⁶ Alterado pelo Dec.-Lei n.º 220/95, de 31/08, pela Rect. n.º 114-B/95, de 31/08, pelos Dec.-Lei n.º 249/99, de 07/07, Dec.-Lei n.º 323/2001, de 17/12, pela Lei n.º 32/2021, de 27/05, pelo Dec.-Lei n.º 108/2021, de 07/12 e pelo Dec.-Lei n.º 109-G/2021, de 10/12.

²⁷ Por todos, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I, Conceitos, Fontes, Formação*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, págs. 176 ss.

²⁸ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção dos consumidores...*, cit., págs. 75 ss.

²⁹ JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 78 ss.

termos do art. 6.º, n.º 1, o fornecedor ou prestador deve confirmar a celebração do contrato no prazo de 5 dias a contar desta celebração, fazendo-se esta confirmação pela entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no art. 4.º, n.º 1, em suporte duradouro. Fica, no entanto, o fornecedor ou prestador dispensado deste dever se, já antes da celebração do contrato, tiver facultado essas informações em suporte duradouro³⁰.

Nos termos do art. 3.º, al. v), do Dec.-Lei n.º 24/2014, o “suporte duradouro” é definido como “qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read-Only Memory (CD-ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada”. Os elementos essenciais deste instrumento prendem-se, pois, com a possibilidade de armazenamento de informações, a sua acessibilidade e inalterabilidade³¹.

A utilização de um suporte duradouro permite que o consumidor consulte essas informações quando entender e que delas faça prova mais facilmente.

5. Direito de livre resolução do contrato

Tem-se entendido que, no âmbito dos contratos celebrados à distância, e no caso que nos interessa, nos contratos celebrados através da Internet, não basta, para proteger os consumidores e, concretamente, para assegurar o seu consentimento livre e esclarecido, que estes sejam informados e que essas informações sejam confirmadas por escrito.

Na verdade, mesmo que o consumidor seja detentor de todas as informações necessárias, as compras eletrónicas são muito frequentemente feitas por impulso. A facilidade de compra, as imagens do bem ou serviço que são recorrentemente atrativas, a surpresa ao deparar com um anúncio muito apelativo, a simplicidade do pagamento, etc., levam a compras por

³⁰ Acerca deste regime, *vide* JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., págs. 106 ss.

³¹ JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., pág. 107, falam, a este respeito, em permanência, acessibilidade; inalterabilidade.

impulso, sem a ponderação necessária, e muitas vezes também, ao arrependimento dos compradores³².

Acresce ainda que, tratando-se de contratos à distância, os compradores não veem o bem que estão a adquirir e nem sempre as fotografias que são divulgadas pelos fornecedores são absolutamente fidedignas. E assim, por exemplo, um consumidor compra um casaco que pensa ser encarnado e verifica, quando o recebe em casa, que é cor de rosa escuro.

É neste contexto que o legislador, tradicionalmente, nos contratos celebrados à distância, prevê a possibilidade de o consumidor se arrepender e resolver livremente o contrato sem ter de justificar a razão da sua decisão e sem pagar qualquer indemnização³³. No que respeita à contratação eletrónica, releva, em especial, o disposto no art. 10.º do Dec.-Lei 24/2014³⁴, nos termos do qual, o consumidor tem um prazo de 14 dias para resolver o contrato sem indicação de motivo, o que terá como consequência a extinção das obrigações do contrato³⁵. Este prazo é contado a partir do dia da celebração do contrato, no caso de contratos de prestação de serviços (art. 10.º, n.º 1, al. a)); do dia em que o consumidor, ou um terceiro que não o transportador, adquiriu a posse física do bem, no caso de contrato de

³² ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção dos consumidores...*, cit., págs. 96 ss. e bibliografia aí indicada.

³³ A natureza deste direito do consumidor tem suscitado acesa discussão na doutrina. A este respeito vide, ELSA DIAS OLIVEIRA, *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, cit., págs. 99 ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 105 ss.; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: Um verdadeiro direito de resolução”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, 2010, vol. I/IV, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=112472&cda=112753; JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 97 ss.; ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, “O direito de arrependimento...”, cit., págs. 29 ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA, “A proteção do consumidor nas viagens organizadas. Algumas considerações”, *Estudos de Direito do Consumo, Homenagem a Manuel Cabeçadas Ataíde Ferreira*, coord. Carlos Ferreira de Almeida e outros, DECO, Lisboa, 2016, págs. 208-232, págs. 219 ss.; CARLOS LACERDA BARATA, “Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial”, *Estudos de Direito do Consumo*, Coord. Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde/Carlos Lacerda Barata, vol. V, AAFDL, Lisboa, 2017, págs. 41-127, pág. 129; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito do Consumo*, cit., págs. 89 ss.; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., págs. 195 ss.

³⁴ Acerca do regime do direito de livre resolução do contrato previsto nos arts. 10.º ss. do Dec.-Lei n.º 24/2014, JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA/JORGE MORAIS CARVALHO, “Contratos celebrados à distância...”, cit., págs. 108 ss.; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., págs. 243 ss.

³⁵ Cfr. art. 11.º, n.º 6, do Dec.-Lei n.º 24/2014.

compra e venda, verificando-se, quanto a estes contratos, as especificidades previstas nas sub-alíneas do art. 10.º, n.º 1, al. b).

Todavia, se o fornecedor de bens ou o prestador de serviços não tiver informado o consumidor de que este tem um direito de livre resolução do contrato e do modo como o pode exercer – conforme está obrigado nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. m), do Dec.-Lei n.º 24/2014 – o prazo para o exercício do direito de livre resolução do contrato passa a ser de 12 meses³⁶. É uma forma de permitir ao consumidor ter mais tempo para se informar dos seus direitos e de incentivar o fornecedor ou o prestador a cumprirem os seus deveres de informar. Aliás, se, durante o decurso deste prazo de 12 meses, o fornecedor ou o prestador cumprir o seu dever de informar, o consumidor disporá apenas de 14 dias para resolver o contrato a contar da data em que recebe essa informação.

Vem, depois, previsto no art. 11.º do Dec.-Lei n.º 24/2014 o procedimento que deve ser desenvolvido para o exercício do direito de livre resolução do contrato. Sublinha-se, aqui, atento o tema em análise, que, nos termos do seu n.º 4, se determina que se, no sítio Internet do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, se possibilitar o exercício da livre resolução do contrato por via eletrónica e o consumidor optar por esta via, caberá ao prestador ou ao fornecedor acusar, no prazo de 24 horas, ao consumidor, a receção da declaração de resolução em suporte duradouro.

Uma vez resolvido o contrato, o fornecedor ou o prestador deve, no prazo de 14 dias, reembolsar o consumidor dos pagamentos já recebidos (art. 12.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 24/2014), devendo este reembolso ser feito, salvo acordo em contrário, através do mesmo meio de pagamento que tiver sido utilizado pelo consumidor na transação inicial (art. 12.º, n.º 2). Se o fornecedor ou o prestador não reembolsar o consumidor do valor recebido no prazo de 14 dias, fica aquele obrigado a devolver em dobro o valor pago pelo consumidor, num prazo de 15 dias úteis, tudo isto sem prejuízo do direito do consumidor a uma indemnização por danos patrimoniais e não

³⁶ Note-se que, nos termos do art. 6.º do agora revogado Dec.-Lei n.º 143/2001, se o fornecedor não tivesse cumprido as obrigações referidas no art. 5.º, que se prendiam com a confirmação por escrito de certas informações que deviam ser facultadas ao consumidor e que eram mais abrangentes do que apenas a relativa à informação da existência do direito de livre resolução do contrato, o prazo para o exercício deste direito podia ser alargado até 3 meses. Vide a este respeito JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 102 ss.; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., pág. 246; acerca desta questão na Diretiva 2011/83/CE, ALEXANDRA TEIXEIRA DE SOUSA, “O direito de arrependimento...”, cit., pág. 20.

patrimoniais (art. 12.º, n.º 6). Está-se aqui perante uma penalização cível, visando “incentivar” o fornecedor ou prestador à devolução atempada do valor pago pelo consumidor.

Do exercício do direito de livre resolução do contrato resultam também obrigações para o consumidor. Desde logo, a de devolver o bem ao fornecedor, no prazo de 14 dias a contar da data em que tiver comunicado a sua decisão de resolução do contrato (art. 13.º, n.º 1, Dec.-Lei n.º 24/2014), cabendo-lhe, por regra, os custos relativos à devolução do bem³⁷. É ainda dever do consumidor a conservação dos bens de modo a poder restituí-los nas devidas condições de utilização (art. 13.º, n.º 3)³⁸.

Em alguns contratos, pela sua natureza, não é admissível o exercício do direito de livre resolução do contrato (art. 17.º do Dec.-Lei n.º 24/2014). É o caso, *v.g.*, dos contratos de prestação de serviços nos casos em que os serviços tenham sido integralmente prestados após o prévio consentimento do consumidor conforme previsto no art. 15.º e o consumidor tenha reconhecido que perdia o direito de livre resolução do contrato se este tiver sido plenamente executado; nos contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro e que não possam ser controlados, fornecimento de jornais avulsos, etc.

Atendendo a que, por vezes, os contratos que se resolvem têm contratos acessórios que lhes estão conexos, como é o caso paradigmático do contrato de crédito, de contrato de seguro, determina-se, nos termos do art. 16.º do Dec.-Lei n.º 24/2014, que, sem prejuízo da legislação específica, “(...) o exercício do direito de livre resolução (...) implica a resolução automática dos contratos acessórios ao contrato celebrado à distância (...) sem direito a indemnização ou pagamento de quaisquer encargos, excetuados os casos previstos no n.º 3 do artigo 12.º e no artigo 13.º”³⁹⁻⁴⁰.

³⁷ De acordo com o disposto no art. 13.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 24/2014, caberá ao fornecedor suportar os custos de devolução se este tiver acordado em suportar esse custo ou se o consumidor não tiver sido previamente informado pelo fornecedor de que deveria pagar os custos de devolução.

³⁸ Nos termos do art. 14.º do Dec.-Lei n.º 24/2014, esclarece-se em que termos o consumidor pode inspecionar e manipular o bem. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 116 ss.

³⁹ A noção de contrato acessório está prevista no art. 3.º, al. g), do Dec.-Lei n.º 24/2014, de acordo com a qual se trata de um “contrato ao abrigo do qual o consumidor adquire bens ou serviços no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, quando os bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional”. *Vide* a respeito desta

Esta medida facilita o exercício do direito de livre resolução, que, de outro modo, dificilmente se justificaria.

6. Prazo para cumprimento do contrato

Alguns contratos eletrónicos fazem nascer obrigações que são cumpridas através da própria Internet e imediatamente a seguir à sua celebração. Noutros contratos, as obrigações podem ser cumpridas posteriormente, *v.g.*, a entrega de uma jarra.

Nestes casos importa determinar em que momento o fornecedor ou prestador deve cumprir a prestação a que se obrigou. Assim, nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. j), do Dec.-Lei n.º 24/2014, o fornecedor ou prestador deve informar o consumidor, antes de este se vincular ao contrato, da “(...) data-limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço (...)”; sendo que, como foi *supra* referido, as informações prestadas ao consumidor integram o contrato, esta data-limite considera-se acordada pelas partes.

Se as partes não tiverem acordado na data de cumprimento do contrato, nos termos do art. 19.º do Dec.-Lei n.º 24/2014, o fornecedor ou o prestador “(...) deve dar cumprimento à encomenda no prazo máximo de 30 dias a contar do dia seguinte à celebração do contrato”⁴¹.

definição, JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 35 ss.

⁴⁰ Sublinhe-se que na parte inicial do art. 16.º em apreço é ressalvado o disposto no Dec.-Lei n.º 133/2009, de 02/06 (retificado pela Rect. n.º 55/2009, de 31/07, alterado pelo Dec.-Lei n.º 72-A/2010, de 17/06, pelo Dec.-Lei n.º 42-A/2013, de 28/03, pelo Dec.-Lei n.º 74-A/2017, de 23/06 e pela Lei n.º 57/2020, de 28/08), e que, nos termos do seu art. 18.º – que tem como epígrafe “[c]ontrato de crédito coligado” – n.º 2, se determina que “[a] invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, na mesma medida, no contrato de crédito coligado”. E, nos termos do n.º 6 do mesmo art. 18.º, os números anteriores também são aplicáveis, com as devidas adaptações, “[a]os créditos concedidos para financiar o preço de um serviço prestado por terceiro”. Assim, o disposto no art. 16.º do Dec.-Lei n.º 24/2014 será relevante nos casos em que a *supra* referida disposição do Dec.-Lei n.º 133/2009 não tiver aplicação. Cfr. JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 125 ss.

⁴¹ Sublinhe-se, contudo, que em alguns casos, atento o próprio contrato, a sua execução deve ser feita em momento anterior aos 30 dias, mesmo que as partes não o tenham expressamente acordado. Pense-se, *v.g.*, nos casos em que são comprados *online* bens perecíveis, como é o caso de frutas ou legumes frescos. Como fundamento para o cumprimento antecipado poderá ser invocado um acordo tácito das partes ou, na sua falta, o próprio princípio da boa fé no cumprimento dos contratos (art. 762.º, n.º 2, CC). Neste sentido, *vide*

Se o fornecedor ou prestador não puder cumprir em virtude de indisponibilidade do bem ou do serviço, deve informar o consumidor desse facto e devolver-lhe os valores que tiverem sido pagos. Este pagamento deve ser feito até 30 dias a contar da data do conhecimento da indisponibilidade. Se, decorrido este prazo, o consumidor não tiver sido reembolsado, o fornecedor fica obrigado a devolver o valor pago pelo consumidor em dobro, no prazo de 15 dias úteis (cfr. art. 19.º, n.º 2 e 3). Uma vez mais, é consagrada nesta lei uma penalização cível, na medida em que o fornecedor ou prestador sofre uma penalização pela não observância da lei, que se traduz no pagamento do dobro da quantia devida⁴². Tal como vimos anteriormente a propósito do direito de livre resolução do contrato, também aqui esta penalização visa “incentivar” o fornecedor ou prestador a respeitar os prazos previstos na lei.

Admite-se, todavia, na lei, que o fornecedor que tenha indisponibilidade do bem encomendado possa fornecer um outro bem que tenha qualidade e preço equivalentes; tal como o prestador também poderá prestar um serviço equivalente. É, todavia, condição para esta alteração que ela tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato e que o consumidor tenha concordado com esta possibilidade (art. 19.º, n.º 4). Nesta hipótese, caso o consumidor venha a optar pelo exercício do direito de livre resolução do contrato, as despesas da devolução do bem ficam a cargo do fornecedor, o que facilmente se compreende (art. 19.º, n.º 5)⁴³.

7. Fornecimento de bens não solicitados

Uma das técnicas de venda tradicionalmente considerada agressiva consiste no envio de bens não solicitados, por regra acompanhados de uma mensagem em que se transmite a ideia de que com esse envio o contrato se considera celebrado, cabendo ao consumidor proceder ao pagamento do preço⁴⁴. Numa outra modalidade, é dito ao consumidor que se ele nada disser, o contrato se considera celebrado.

JORGE MORAIS CARVALHO/JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *Contratos celebrados à distância...*, cit., págs. 142 ss.

⁴² Solução semelhante, que prevê o pagamento em dobro, encontra-se prevista no art. 11.º, n.º 10, do Dec.-Lei n.º 84/2021, de 18/10.

⁴³ Nos termos do art. 19.º, n.º 4, *in fine*, do Dec.-Lei n.º 24/2014, em caso de acordo relativo a bem ou serviço equivalente, o fornecedor ou prestador deve informar o consumidor por escrito da responsabilidade pelas despesas de devolução previstas no art. 19.º, n.º 5.

⁴⁴ Atente-se que nos termos do art. 12.º, al. f), do Dec.-Lei n.º 57/2008, de 26/03, alterado pelo Dec.-Lei 205/2015, de 23/09, pelo Dec.-Lei n.º 9/2021, de 29/01, e pelo Dec.-Lei

Trata-se de uma prática antiga, anterior ao desenvolvimento da Internet, mas que encontrou no contexto eletrônico novo campo de expansão. Assim, é frequente os consumidores receberem mensagens com conteúdos digitais sendo solicitado que procedam a um determinado pagamento. Noutra variante, os consumidores são “informados” de que celebraram um contrato de prestação de serviços e que devem proceder ao respetivo pagamento.

Sendo esta prática já antiga, embora respeitante a bens físicos, e especialmente agressiva, houve a preocupação de legislar acerca desta atividade. Na verdade, já na Lei de Defesa dos Consumidores se prevê, no art. 9.º, n.º 4, que “[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 (...)”. Em consequência, determina a mesma regra, o consumidor não fica com o encargo de devolver o bem nem de compensação, nem com a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração do bem. Ou seja, o consumidor pode ficar com o bem a título gratuito.

Esta é uma solução que desincentiva os prestadores e fornecedores de adotarem esta prática, por ficarem sem os bens; e, simultaneamente, protege os consumidores, que não ficam vinculados a qualquer contrato que não celebraram, nem ficam onerados com qualquer dever de devolução nem sobre eles recai o risco do perecimento do bem.

Esta regra foi adotada também no Dec.-Lei n.º 24/2014, determinando-se, no seu art. 28.º, n.º 1, que “[é] proibida a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento não solicitado de bens (...) ou conteúdos digitais ou a prestação de serviços não solicitada pelo consumidor, exceto no caso de bens ou serviços de substituição fornecidos em conformidade com o n.º 4.º do artigo 19.º”. Sendo proibida a cobrança, tal significa que o consumidor nada terá de pagar.

Mais se esclarece no seu n.º 2, que a ausência de resposta do consumidor não vale, nestes casos, como consentimento. Fica assim definido que o

n.º 109-G/2021, de 10/12, é considerada agressiva em qualquer circunstância a prática comercial que consiste em “[e]xigir o pagamento imediato ou diferido de bens e serviços ou a devolução ou a guarda de bens fornecidos pelo profissional que o consumidor não tenha solicitado, sem prejuízo do disposto no regime dos contratos celebrados à distância acerca da possibilidade de fornecer o bem ou o serviço de qualidade e preço equivalentes”. *Vide*, a este respeito, LUÍS DE MENEZES LEITÃO, “A revisão do regime das práticas comerciais desleais”, *I Congresso de Direito do Consumo*, coord. Jorge Morais Carvalho, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 73-94, págs. 90 ss.; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., págs. 114 ss.

silêncio, neste caso, não pode valer como declaração negocial, porquanto esse valor lhe é expressamente retirado por lei (cfr. art. 218.º CC).

Conclusão

A contratação eletrónica apresenta particularidades que exigem a adoção de regras específicas que garantam a proteção dos consumidores. Esta realidade não é nova e, na verdade, quer o legislador da União Europeia, quer o legislador interno, têm-se revelado ativos nestas matérias. Apesar de o teor dos diplomas legais ir sofrendo alterações ao longo do tempo, os princípios basilares têm-se mantido.

Assim, entre as principais medidas de proteção dos consumidores, nos contratos celebrados através da Internet, que têm vindo a ser adotadas destacam-se o dever de o fornecedor ou prestador facultar ao consumidor as informações necessárias à celebração do contrato, o dever de confirmar estas informações por escrito ou em suporte duradouro e o direito de livre resolução do contrato.

Estas medidas devem, e têm sido, acompanhadas de outras também importantes, que se prendem, v.g., com a regulação das práticas comerciais desleais, com a regulação dos pagamentos em linha, com a proteção dos dados pessoais dos consumidores, com a conformidade dos bens adquiridos, etc.

Salienta-se ainda a adoção da Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais⁴⁵. Esta Diretiva é complementada pela Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE⁴⁶.

⁴⁵ Publicada no JOUE L 136, de 22/05/2019, págs. 1 ss. Esta Diretiva, conforme é explicitado no seu art. 1.º, visa “(...) contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de proteção dos consumidores, estabelecendo regras comuns quanto a certos requisitos relativos aos contratos entre profissionais e consumidores para o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais, em especial regras quanto: – à conformidade dos conteúdos ou serviços digitais com o contrato; – aos meios de ressarcimento em caso dessa falta de conformidade ou de não fornecimento e as modalidades de exercício dos mencionados meios de ressarcimento, e – ao fornecimento de conteúdos ou serviços digitais”.

⁴⁶ Publicada no JOUE L 136, de 22/05/2019, págs. 28 ss. Conforme indicado no seu art. 1.º, esta diretiva consagra regras que regulam a conformidade dos bens com o contrato, os meios

Estas Diretivas (UE) 2019/770 e (UE) 2019/771 foram transpostas para o Direito interno português pelo Dec.-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro.

Embora ainda se encontrem em processo legislativo, atente-se, face à sua relevância, na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE, Bruxelas, 15.12.2020, COM(2020) 825 final, 2020/0361 (COD) e na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), Bruxelas, 15.12.2020, COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD).

A adequada proteção dos consumidores, para além de contribuir para uma justiça contratual mais equilibrada, permite ainda incrementar a confiança no comércio eletrónico, com as inerentes vantagens para o desenvolvimento deste mercado.

de ressarcimento para o caso de se verificar alguma falta de conformidade, as modalidades de exercício destes meios e ainda as garantias comerciais.

O EXCESSIVO ENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

NATÁLIA NUNES

SUMÁRIO: 1. Conceitos fundamentais na problemática do sobre-endividamento; 1.1. Endividamento; 1.2. Taxa de esforço; 1.3. Insolvência; 1.4. Sobre-endividamento; 2. A experiência extrajudicial da DECO em matéria de apoio ao sobre-endividado; 2.1. Requisitos do consumidor sobre-endividado; 2.2. Requisitos relativos às dívidas; 2.3. Os procedimentos; 2.4. Sistema de Apoio ao Sobre-endividamento; 2.5. Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento; 3. As famílias sobre-endividadas; 4. Algumas medidas de tratamento de sobre-endividamento; 4.1. Prevenção e regularização de situações de incumprimento nos contratos de crédito; 4.2. Sistema de Apoio a Situações de Sobre-endividamento; 4.3. Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-endividamento; 5. O tratamento do sobre-endividamento.

Nos anos 90 do século XX chegou a Portugal o que se pode chamar de *open credit society*¹, que contribuiu para a vulgarização do crédito e consequentemente para o endividamento crescente das famílias portuguesas. Vivia-se então um ambiente de otimismo quanto ao desempenho da economia portuguesa. O crédito começou a vulgarizar-se, surgiram novas modalidades e instituições que o concedem.

Foram diversos os fatores que contribuíram para a forte subida do endividamento das famílias, especialmente acentuada na segunda metade da

¹ Expressão utilizada pelos americanos para definir uma sociedade aberta ao crédito. Cfr. OEC, Desemprego e Sobre-endividamento dos Consumidores: Contornos de uma ligação Perigosa, CES da FEUC, Coimbra, 2003, pp. 11 ss.

década². A descida das taxas de juro reais e nominais, o surgimento de regimes de subsídio de taxas de juros do crédito à habitação³, a manutenção de taxas de desemprego relativamente baixas e o crescimento económico, foram alguns dos fatores que possibilitaram que um conjunto mais vasto de famílias, comparativamente com a década anterior, tivesse acesso ao crédito.

Outro fator relevante foi a desregulamentação de que foi alvo todo o mercado de crédito no início dos anos 80 do século XX. Tal contribuiu para o surgimento de novas entidades de concessão de crédito, para uma crescente inovação financeira, acompanhada de uma forte competição entre a oferta. A publicidade intensa e sistemática das instituições de crédito encorajou o recurso ao crédito, permitindo a sua vulgarização.

Por outro lado, o recurso a crédito deixou de ter associada uma conotação negativa, decorrente de uma situação de pobreza ou de uma falha na condução da vida.

Neste contexto, as famílias portuguesas anteciparam os seus rendimentos e começaram a endividar-se não só com a compra da sua casa, e esta foi a sua principal prioridade, mas também com o recurso ao crédito ao consumo, nomeadamente para a aquisição do automóvel.

A verdade é que as famílias cedo se aperceberam que o crédito permite antecipação de rendimentos, levando a que certos consumos que, antes demoravam bastante tempo a serem satisfeitos, o sejam de imediato.

Algumas famílias passaram a consumir acima do seu rendimento disponível, o crescimento da dívida começou a constituir uma ameaça ao bem-estar e ao aumento das dívidas em incumprimento conduzindo ao sobre-endividamento.

A não existência de quaisquer mecanismos judiciais ou extrajudiciais em Portugal sobre esta matéria tornou necessária a sua discussão.

No ano 2000 a Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO⁴ criou o Gabinete de Apoio ao Sobre-endividado – GAS, inserido

² De um valor de cerca de 20% do rendimento disponível em 1990, aumentou para 40% em 1995 e em 2004, atingiu o valor de 118%, de acordo com dados divulgados pelo Eurostat.

³ Já em 1976, tinha sido criado o regime de financiamento à habitação própria com juros bonificados. Sendo que este regime sofreu alterações, em 1980, com o Decreto-Lei n.º 435/80, em 1983, com o Decreto-Lei n.º 459/83 e a Portaria 5/84, que pretenderam reformular o crédito habitação de modo a torná-lo mais acessível a um maior número de pessoas. Em 1986 com a publicação do Decreto-Lei 328-B/86, foram alteradas as classes de bonificações, passando a existir três regimes de crédito: regime geral, regime bonificado e regime jovem bonificado.

⁴ É uma associação privada de utilidade pública sem fins lucrativos que tem a sua sede em Lisboa e está representada em todo o território nacional por 7 estruturas regionais:

num projeto que tinha como objetivo principal prestar apoio aos consumidores que se encontravam excessivamente endividados ou mesmo em situação de sobre-endividamento.

A DECO, enquanto associação de consumidores que extrajudicialmente ajuda as famílias sobre-endividadas e sistema de apoio ao sobre-endividamento⁵, procura, atualmente, apoiar os consumidores através de uma mediação visando o encontro de soluções que permitam aos consumidores obter uma situação económica mais favorável e, ao mesmo tempo, garantir à instituição ou operador económico a recuperação do crédito ou a amortização da dívida.

O sobre-endividamento é ainda uma área de conflitualidade social pouco conhecida dos tribunais e mesmo do quadro legislativo. Porém, na última década, tem vindo a suscitar um conjunto de questões relativamente ao próprio conceito de consumidor sobre-endividado, nomeadamente “quem é sobre-endividado”, “qual o sobre-endividado que deve ser apoiado”, “quais as dívidas que devem ser excluídas”, bem como a distinção entre o regime do sobre-endividamento passivo e ativo.

Aliás, a DECO, aquando da criação deste projeto de apoio ao sobre-endividado, teve de analisar alguns conceitos e ponderar a adoção de alguns critérios, como sejam o que é sobre-endividamento, quem é sobre-endividado; qual o sobre-endividado que deve ser apoiado; quais as dívidas que devem ser excluídas, entre outros.

1. Conceitos fundamentais na problemática do sobre-endividamento

A temática do sobre-endividamento é muitas vezes confundida e identificada com outros conceitos, como por exemplo o de endividamento e da insolvência. Para compreender o fenómeno do sobre-endividamento, é necessário distinguir endividamento, incumprimentos, insolvência e compreender conceitos como o de taxa de esforço.

Minho, Norte, Centro, Ribatejo e Oeste, Alentejo, Algarve e Madeira. A DECO foi fundada em 1974 e conta já com mais de 370.000 associados, sendo a principal referência em Portugal na defesa dos direitos dos consumidores.

⁵ O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro adotou um conjunto de medidas com vista ao aperfeiçoamento da designada Reforma da Ação Executiva, onde se destaca a criação de sistemas de apoio ao sobre-endividamento. Os sistemas de apoio ao sobre-endividamento representam um conjunto de mecanismos disponibilizados por entidades devidamente reconhecidas pelo Ministério da Justiça, têm como objetivo aconselhar, informar e acompanhar a elaboração de um plano de pagamentos, através de procedimentos de negociação, de conciliação ou de mediação.

1.1. Endividamento

Pode dizer-se que o endividamento corresponde ao saldo devedor de um agregado familiar. Este endividamento pode resultar da existência de apenas uma responsabilidade de crédito ou de várias e neste caso estaremos perante uma situação de multi-endividamento em matéria de crédito. Normalmente quando se fala de endividamento pensa-se apenas em “créditos”, crédito ao consumo, crédito automóvel, crédito habitação, sendo verdade que estes têm um peso significativo no orçamento das famílias. Mas o endividamento das famílias é mais vasto e contempla outras fontes de endividamento, como por exemplo as dívidas dos serviços públicos essenciais, as dívidas ao estado, entre outras.

O endividamento não pode ser sinónimo de dificuldades em pagar as contas. A partir do momento em que uma família recorre a um crédito para adquirir um bem ou fazer uma determinada despesa está a endividar-se. Ou seja, um crédito, uma nova despesa implica a contratação de uma dívida, todavia a forma como esse endividamento pode ou não complicar-se depende, e muito, da situação financeira do agregado familiar. Se o recurso ao crédito for efetuado de forma responsável, tendo em conta a disponibilidade financeira da família, nomeadamente a sua taxa de esforço, temos um endividamento financeiramente sustentável, benéfico para o bem-estar da família e com impacto positivo para o mercado.

De acordo com o inquérito⁶ realizado pelo Banco de Portugal (BP) e pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), referente à situação financeira das famílias, 45,7% das famílias estão endividadas, sendo que cerca de 31,8% das famílias têm hipotecas sobre a sua residência principal. Os empréstimos à habitação representam cerca de 80% do total da dívida das famílias. Temos que o endividamento dos particulares, medido pelo rácio entre os empréstimos e o rendimento disponível (não ajustado), situou-se em 2020 em 93,1%⁷. Na área do euro, o endividamento dos particulares situou-se em 97,6%.

Estar endividado não é, por si só, um sinal de algo negativo. Contudo, poderá ter graves consequências se o recurso ao crédito for excessivo, se existir uma taxa de esforço superior ao recomendado ou se se verificarem

⁶ Inquérito à Situação Financeira das Famílias 2017. Realizado sob responsabilidade do Banco de Portugal e do Instituto Nacional de Estatística.

⁷ Boletim Económico do Banco de Portugal, A ECONOMIA PORTUGUESA EM 2020, maio 2021.

eventos impossíveis de prever e com um impacto negativo em termos financeiros, como seja, uma situação de desemprego, de doença ou uma despesa inesperada.

1.2. Taxa de esforço

A taxa de esforço é um elemento fundamental quer para o devedor, quer para o credor, atendendo a que permite calcular o peso das prestações de crédito no rendimento líquido mensal do agregado familiar. A referida taxa corresponde à proporção do rendimento da família destinado ao pagamento dos empréstimos. A sua importância reside no facto de pretender medir a capacidade do agregado em cumprir as responsabilidades creditícias assumidas.

A fórmula para o seu cálculo é relativamente simples:

$$\left[\frac{\text{Total de prestações financeiras}}{\text{Rendimento mensal líquido}} \right] \times 100 = \text{Valor da Taxa de Esforço em percentagem.}$$

Recomenda-se que a taxa de esforço seja abaixo 35% do rendimento agregado familiar.

O Banco de Portugal (BdP), entidade supervisora do sistema bancário português, aprovou e publicou recomendações⁸ aos bancos quanto à concessão de créditos, impondo limites à taxa de esforço e à quantidade de contratos que podem ser celebrados com taxas de esforço acima do valor de referência.

No texto da referida recomendação não se refere taxa de esforço, mas sim DSTI (*debt service-to-income*)⁹, isto é a relação entre a soma de todas as prestações mensais dos empréstimos de determinada pessoa ou família e o seu rendimento mensal líquido.

⁸ Medida macroprudencial no âmbito do crédito concedido a consumidores, aprovada e publicada pelo Banco de Portugal, aplicada a todos os contratos celebrados a partir de 1 de julho de 2018 https://www.bportugal.pt/sites/default/files/recomendacao_contratoscredito_consolidada_pt_out2020.pdf.

⁹ A recomendação prevê que para o cálculo do DSTI, as prestações mensais do novo contrato de crédito devem ser calculadas assumindo-se que são constantes ao longo do período de vigência do contrato. Deve ter-se em conta o impacto da alteração da taxa de juro no caso da taxa de juro contratada ser varável ou mista. Outro aspeto a ter em conta é a redução do rendimento do mutuário quando, no termo previsto do contrato, o mutuário exceda os 70 anos de idade, exceto se, no momento da avaliação da solvabilidade, o mutuário já se encontrar em situação de reforma.

O limite percentual aplicável à maioria dos casos é de 50%. Este indicador DSTI é sensível a determinados fatores que influenciam os encargos com a dívida ou o rendimento do mutuário. Assim é tida em conta a expectável subida das taxas de juro, em empréstimos contraídos a taxa variável ou mista. Também a provável redução do rendimento do devedor no momento da passagem é tomada em consideração no cálculo deste indicador.

Mas para além deste indicador, DSTI, na tomada de decisão de contratação, por parte da instituição de crédito existem outros elementos considerados relevantes no que concerne à avaliação da solvabilidade e a que estas devem atender: ¹⁰, a idade e situação profissional do consumidor, os seus rendimentos e despesas regulares e ainda a informação constante em seu nome em bases de dados de responsabilidades de crédito – como é o caso da Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal.

Este é um conceito importante, porém por si só não nos permite aferir se uma família está em risco de sobre-endividamento. Essa avaliação depende de múltiplos fatores, nomeadamente da dimensão e estrutura do endividamento e das características socioeconómicas das famílias.

Atendendo a todos estes fatores, verifica-se que existem agregados familiares que têm uma maior propensão de vir a ter dificuldades financeiras, como é o caso das famílias com baixos rendimentos, com taxas de esforço elevadas, multi-endividadas, com empregos precários.

1.3. Insolvência

Por vezes os termos insolvência e falência são utilizados para descrever situações de sobre-endividamento, mas aqueles são conceitos jurídicos, o que nem sempre acontece com conceito de sobre-endividamento, frequentemente utilizado somente como um conceito social ou económico.

Estes não são conceitos novos, uma vez que já eram abundantemente utilizados no léxico Romano. Encontramos nas Ordenações Afonsinas¹¹ previsto aquilo que se designava de quebra e mais tarde de falência. A falência

¹⁰ O dever de avaliação da solvabilidade que foi consagrado pelo legislador no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, no âmbito da concessão de crédito à habitação e de créditos com garantia hipotecária ou equivalente, e no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, no âmbito da concessão de crédito aos consumidores.

¹¹ As primeiras referências escritas ao processo de falência terão surgido no Título LIII, do Livro II, das Ordenações Afonsinas de 1454, sob a epígrafe «Da hordenança que devem teer os Sacadores d'ElRey, e quaeesquer outros, que per sua graça podem rematar por suas dividas, assy como pelas de ElRey.»

surgiu como um procedimento típico dos comerciantes tendo sido regulada no Código Comercial de 1833¹².

No que respeita ao conceito de insolvência, ele é posterior no Direito português. Em 1935 o Código de Falências veio regular um procedimento para os não comerciantes. Coexistiam assim dois conceitos, por um lado a falência como instituto voltado para os comerciantes e sociedades comerciais, enquanto a insolvência era destinada aos não comerciantes e às sociedades civis. Esta distinção verificou-se mais no plano jurídico de que cultural, pois em termos correntes a expressão utilizada era a da falência.

Em 2004 foi publicado o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)¹³, que optou por utilizar os termos insolvência e insolvente. Podemos ler no Preâmbulo CIRE que “o Código conjuga de forma inovadora o princípio fundamental do ressarcimento dos credores com a atribuição aos devedores singulares insolventes da possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica.

O princípio do *fresh start*¹⁴ para as pessoas singulares de boa-fé incorridas em situação de insolvência, sobejamente conhecido nos Estados Unidos, e recentemente incorporado na legislação alemã da insolvência, é agora também acolhido entre nós, através do regime da exoneração do passivo restante”.

Nos termos do CIRE estão à disposição das pessoas singulares duas figuras jurídicas: o plano de pagamentos aos credores e a exoneração do passivo restante. A exoneração do passivo restante, prevista nos artigos 235.º a 248.º do CIRE, dá aos devedores a possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas com vista à sua reabilitação económica. É precisamente nesta noção que se traduz o princípio do *fresh start*.

¹² Código Comercial aprovado pelo Decreto de 18 de setembro de 1833, o qual tem o nome do seu autor, denominando-se de Código Ferreira Borges

¹³ Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 200/2004, de 18 de agosto, que o republicou, 76-A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, 185/2009, de 12 de agosto, pelas Leis n.ºs 16/2012, de 20 de abril e 66-B/2012, de 31 de dezembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 26/2015, de 6 de fevereiro, 79/2017, de 30 de junho, com a retificação n.º 21/2017, de 25 de agosto, pelas Leis n.ºs 114/2017, de 29 de dezembro e 8/2018, de 2 de março e pelo Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de junho.

¹⁴ O princípio do *fresh start*, assente na premissa de proteger o «honest but unfortunate debtor», consagrado no ordenamento dos Estados Unidos da América, nom capítulo 7 do U.S. Bankruptcy Code.

As pessoas singulares não titulares de uma empresa nos três anos que antecederam o início do processo de insolvência ou que, à data do início do processo, não tivessem dívidas laborais, até 20 credores e até € 300.000,00 de passivo global, podem apresentar um plano de pagamentos, funcionando como uma proposta de recuperação do devedor insolvente, no interesse dos seus credores.

Este é um mecanismo assenta na reeducação, no qual o devedor é tido como um ser responsável e não como um mero agente económico. Todavia para que se verifique uma verdadeira reeducação, é necessário que ao longo do processo estejam previstos mecanismos ou instrumentos que contribuam para a capacitação em termos de literacia financeira do insolvente, facto que não se verifica.

Parte-se do princípio que quando o devedor incorre numa situação de incapacidade de satisfação dos seus débitos, este deve ser auxiliado se as suas dificuldades advieram de circunstâncias imprevisíveis e não intencionais. Posto isto, o devedor tem de pagar todos ou uma grande parte dos seus débitos com os seus rendimentos presentes e futuros através de um plano de pagamentos faseados, negociado entre o devedor e os credores ou judicialmente elaborado.

Poder-se-á dizer que o plano de pagamentos está pensado para os insolventes de boa ou má-fé que, dispondo de rendimentos, não pretendem liquidar os seus bens, e tentam negociar com os credores. No que concerne a quem não tenha rendimentos ou que seja manifestamente disponível para tentar uma negociação com os credores poderá recorrer à exoneração do passivo restante.

O número das insolvências declaradas em Portugal aponta para uma utilização reduzida do plano de pagamentos, apesar de ser muito menos estigmatizante, optando a maioria dos insolventes pela exoneração do passivo restante.

A estigmatização que historicamente acompanhou os insolventes encontra-se hoje menos acentuada, mas ainda não desapareceu. A vergonha pública continua a ser uma verdadeira barreira. A vergonha e o embaraço são sentimentos sempre presentes nas pessoas que vivem ou são confrontadas com uma situação financeira difícil. A tendência imediata das pessoas sobre endividadas e das insolventes é a de se isolarem dos amigos e da própria família.

A referência à insolvência das pessoas singulares, do ponto de vista do devedor e da sua família, tem, desde a última década, vindo a ser encarada,

por um lado, como uma consequência do sobre-endividamento, mas, por outro, como um mecanismo de recuperação económica financeira das pessoas singulares/famílias.

De acordo com os dados divulgados pelo Ministério da Justiça de 2007 a 2012¹⁵ verificou-se um acentuado aumento do número de processos insolvência entrados nos tribunais judiciais de 1.ª instância, justificado pela crise económica vivida. Mas a partir de 2014 registou-se uma inversão dessa tendência com uma diminuição do número de processos entrados.

É interessante verificar que são principalmente as pessoas singulares quem se apresenta à insolvência, 72,5%, mas os processos, apesar de urgentes, continuam a ser longos e demorados.

1.4. Sobre-endividamento

Entre nós o termo sobre-endividamento começou a ser conhecido no final dos anos 90 do século XX, tendo o projeto liderado por Maria Manuel Leitão Marques sobre o tema, que levou à publicação do livro *O Endividamento dos Consumidores*¹⁶, contribuído para o seu conhecimento, assim como o trabalho que a DECO tem vindo a desenvolver.

Em março de 1999 acontece no ordenamento português a primeira iniciativa legislativa, incluída no Código do Consumidor¹⁷ que naquela altura se encontrava em fase de elaboração, baseada num modelo eminentemente judicializado para tratamento do sobre-endividamento. Neste Código estava previsto, no Artigo 581.º quanto à Insolvência das pessoas singulares sobre-endividadas, que “As pessoas singulares que não disponham de bens ou rendimentos penhoráveis suficientes para assegurar o cumprimento pontual das suas obrigações podem requerer que a respetiva regularização se efetue nos termos de um acordo com os credores ou de um plano judicial de pagamento”. Este Código nunca veio a ser aprovado.

¹⁵ Destaque estatístico trimestral – 1.º trimestre de 2021

Estatísticas Trimestrais Sobre Processos De Insolvências, Processos Especiais De Revitalização E Processos Especiais Para Acordo De Pagamento (2007-2021).

¹⁶ Cristina Cruz, Paula Pinto, Flora Lobo, Catarina Frade, Vítor Neves, Maria Manuel Leitão Marques (coord.) (2000). *O endividamento dos consumidores*. Portugal: Almedina.

¹⁷ A Comissão do Código do Consumidor apresentou, para conhecimento e debate público, Anteprojeto do Código do Consumidor por que é responsável. Apresentado no dia 15 de março de 2006, Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

Em sentido diferente surgiu no ano 2003 o Projeto de Lei 291/IX/1¹⁸ – Sobre a prevenção e tratamento do sobre-endividamento das pessoas singulares – que nunca veio a ser aprovado, em que se estabelecia que “O endividamento dos consumidores compreende a totalidade de compromissos de crédito assumidos pelas famílias, distinguindo-se do sobre-endividamento, que inclui os casos de impossibilidade de pagamento de uma ou mais dívidas”. Distingue-se claramente endividamento de sobre-endividamento. Contudo a diferenciação é bastante redutora quando se prevê que o sobre-endividamento se verifica quando existe a impossibilidade de pagamento. Para que exista sobre-endividamento não é necessário que exista incumprimento, basta que exista a dificuldade do cumprimento ou a iminência do seu incumprimento.

Pode-se dizer que o sobre-endividamento corresponde à situação em que o devedor se encontra impossibilitado ou na iminência, de forma duradoura, de conseguir cumprir os seus compromissos financeiros.

Mas não se pode restringir, nem confundir o sobre-endividamento com o incumprimento.

Todavia se entre nós não existe uma definição do que se entende por sobre-endividamento e continua a não existir um regime de tratamento do sobre-endividamento, já em França, por exemplo, em 1989 foi publicada a Lei Neiertz, Lei n.º 89-1010, de 31 de Dezembro de 1989, que introduziu o regime dirigido ao tratamento coletivo das situações e sobre-endividamento dos consumidores, contribuiu para o reconhecimento do termo *surendettement*¹⁹ junto da sociedade e da ordem jurídica francesas. Este regime veio influenciar algumas iniciativas normativas e é uma referência no que concerne a modelos legislativos de tratamento de situações de sobre-endividamento.

Podemos assim dizer que o sobre-endividamento é um conceito que se refere “às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando exista uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis”²⁰.

¹⁸ Proposta apresentada pelo 15-05-2003 <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=19682>.

¹⁹ Article L711-1 – Code de la consommation ... *La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir.*

²⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão [et al.] – O endividamento dos consumidores cit.. In Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Comunicações sobre o anteprojecto de Código. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 1.

Dentro da noção de sobre-endividamento há que distinguir o sobre-endividamento ativo do sobre-endividamento passivo^{21,22}. A distinção é fundamental no momento de avaliar o tratamento a dar a uma situação de sobre-endividamento.

Pode dizer-se que estamos perante uma situação de sobre-endividamento ativo sempre que o devedor contribui ativamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento.

Por outro lado, estaremos perante o sobre-endividamento passivo quando a situação decorre de circunstâncias imprevisíveis ou não controláveis pelo devedor e que afetam de forma grave a capacidade de reembolso do devedor. Durante muito tempo tivemos como causas principais os 3 D: divórcio, desemprego e doença. Atualmente o leque de causas tem-se vindo a alargar e, apesar de se manterem como motivos da rutura dos orçamentos familiares, a doença, a morte de um elemento do agregado familiar, o desemprego (que continua a ser o principal motivo do sobre-endividamento das famílias portuguesas), a redução do rendimento provocada pelas penhoras, as alterações no agregado familiar decorrentes de problemas financeiros ou profissionais que levam os filhos a regressar ao agregado familiar dos pais, juntam-se aos mencionados três D.

Podemos assim afirmar que o conceito de sobre-endividamento reflete uma realidade económica e social que não pressupõe a existência de um procedimento jurídico, resulta de uma análise do orçamento familiar, dos rendimentos e dos encargos de um determinado agregado familiar.

²¹ Maria Manuel Leitão Marques também fazem esta distinção considerando que o sobreendividamento ativo ocorre quando o devedor contribui ativamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, por exemplo, não planeando os compromissos assumidos, o sobreendividamento passivo verifica-se nos casos em que essa impossibilidade de cumprimento resulta da ocorrência de circunstâncias imprevistas como o divórcio, o desemprego, a morte ou uma doença, que determinam um aumento de despesas excecional ou uma quebra de rendimento habitual do devedor – O Endividamento dos Consumidores, Cristina Cruz, Paula Pinto, Flora Lobo, Catarina Frade, Vítor Neves, Maria Manuel Leitão Marques (coord.), 2000.

²² Esta distinção também plasmada no projeto Projecto de Lei n.º 291/IX, já anteriormente referido e onde se podia ler que o sobre-endividamento “Abrange as situações de sobre-endividamento activo, em que o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, por exemplo, não planeando os compromissos assumidos, e passivo, quando, por circunstâncias não previsíveis (desemprego, divórcio, doença, morte, etc.), o devedor foi colocado em situação de impossibilidade de cumprimento.”

É uma expressão cada vez mais presente na linguagem corrente das famílias, das entidades credoras, encontra-se já reconhecida pelo discurso político, pela investigação científica e pela análise económica. Contudo, continuamos a não ter entre nós nenhum diploma que defina sobre-endividamento.

2. A experiência extrajudicial da DECO em matéria de apoio ao sobre-endividado

O trabalho desenvolvido por organismos da sociedade civil, como sejam as organizações de defesa do consumidor, enquanto entidades mais próximas dos cidadãos e mais conscientes das suas necessidades, tem, salvo melhor opinião, um efeito positivo na prevenção e resolução de situações de sobre-endividamento e promoção da inclusão social e financeira dos consumidores, disseminando práticas negociais justas, equilibradas e equitativas.

No ano 2000, quando a DECO iniciou o projeto extrajudicial de apoio ao sobre-endividado foi necessário analisar alguns conceitos e definir alguns procedimentos. Assim, foi estabelecido que o consumidor que recorre à DECO para apresentar um problema de endividamento/sobre-endividamento deve preencher os seguintes requisitos: tratar-se de uma pessoa singular; estar de boa fé; estar na iminente ou manifesta impossibilidade de fazer face ao conjunto das suas dívidas não profissionais.

2.1. Requisitos do consumidor sobre-endividado

Poderá considerar-se que o devedor está de boa fé quando a sua situação patrimonial resultou de atos praticados sem o intuito de prejudicar os direitos do credor. Também se deve considerar de boa fé o consumidor cuja situação de insuficiência patrimonial resultar, nomeadamente, de: doença grave ou prolongada ou acidente; modificação imprevisível da situação laboral não resultante da iniciativa do trabalhador; alteração do agregado familiar. Ou seja, genericamente todos aqueles que se viram numa situação de sobre-endividamento passivo, que, por uma razão fortuita, se viram incapacitados de solver os seus compromissos por, exemplificando, ter morrido um membro do agregado familiar que contribuía para o orçamento familiar.

Pode considerar-se que o consumidor está de má fé quando este tenha, de modo consciente, feito declarações falsas ou apresentado documentos inexatos, tenha conhecimento no momento da contratação da dívida da sua impossibilidade de a pagar, ou tente, através da realização de manobras ulteriores, iludir o seu pagamento.

Na maior parte das vezes é extremamente difícil, em termos práticos, verificar onde começa e termina o sobre-endividamento ativo. Esta situação tem que ser vista com especial atenção porquanto muitas vezes a tomada de decisão financeira pauta-se pelas baixas competências de literacia financeira que agravam a situação financeira do devedor e da sua família.

2.2. Requisitos relativos às dívidas

Em resposta a este critério verificamos, desde logo, que só as dívidas que não tenham sido contraídas no exercício da sua atividade profissional, ou seja, dívidas não profissionais de um particular é que podem estar abrangidas pela atuação da DECO. As dívidas não profissionais dizem respeito aos compromissos assumidos pelo consumidor, junto das instituições de crédito (Bancos, SFAC, Leasing) ou de outro credor, para satisfazer as suas necessidades e as do seu agregado familiar.

Donde qualquer consumidor que preencha os requisitos enunciados poderá solicitar a intervenção da DECO e poderá fazê-lo utilizando o portal de apoio ao sobre-endividado: www.gasdeco.net.

2.3. Os procedimentos

Sem prejuízo de estarmos frequentemente perante uma pluralidade de credores, o que torna a negociação mais complexa, o trabalho da DECO promove-se no sentido de criar o consenso necessário para que seja adotado entre as instituições credoras e o consumidor um acordo que, em regra, se consubstancia numa negociação de períodos de carência, na negociação da taxa de juros e/ou perdão dos mesmos, na criação de um plano de pagamentos para o incumprimento, na dação em cumprimento, na redução da prestação do crédito à habitação (caso exista) para um valor recomendável no mínimo inferior a 35% do rendimento líquido da família, ou, em situações muito pontuais, na consolidação de todos os créditos. Mas não nos podemos esquecer que as dívidas das famílias não se cingem apenas às responsabilidades de crédito, englobam toda e qualquer dívida contraída para satisfazer as necessidades do devedor e as do seu agregado familiar, como sejam as dívidas de serviços públicos ou as dívidas de propinas.

As relações subjacentes ao sobre-endividamento são quase sempre relações marcadas por um grande desequilíbrio entre as partes. Se por um lado a posição do devedor é consideravelmente mais fraca, fragilizando o seu poder negocial, também é certo que a ausência de literacia financeira prejudica o desenvolvimento de uma negociação individual por parte do consumidor.

Neste sentido, uma estrutura de apoio ao sobre-endividado assume um papel fundamental também na área da literacia financeira. A equipa técnica que compõe este Gabinete tem uma função direcionada e altamente especializada, sendo o mesmo composto por juristas, economistas e psicólogos, garantindo-se um acompanhamento personalizado e à medida das necessidades dos consumidores e do seu especial grau de vulnerabilidade.

Não podemos, de facto, olvidar que o sobre-endividamento consiste num fenómeno multifacetado pois, acrescido ao problema financeiro subjacente, encontramos também problemas psicossomáticos e de inserção, bem como alguma estigmatização social e psicológica, problemas estes que prejudicam, muitas vezes, a celebração de um acordo.

No âmbito do procedimento negocial podem ser enunciadas algumas das medidas decorrentes da atuação da DECO:

- Procura sempre garantir que qualquer solução acordada com o credor seja sustentável para o consumidor e se encontre isenta de cláusulas abusivas ou práticas comerciais desleais;
- Procura sempre auxiliar o consumidor a renegociar individualmente as condições dos contratos que se encontrem desajustadas face ao mercado;
- Procura sempre auxiliar o consumidor a negociar planos de pagamento, alterando taxas de juros e prazos, tentando garantir a realização de um plano que o consumidor possa cumprir pontualmente e sem que tal impeça a manutenção das suas necessidades básicas.

A atuação extrajudicial da DECO tem permitido às famílias reequilibrar o seu orçamento familiar através da ajuda concreta na reorganização da gestão desse orçamento e na reestruturação dos encargos com crédito, nomeadamente crédito à habitação e crédito pessoal. Em regra, as famílias que solicitam apoio ao Gabinete têm 5 créditos²³, um crédito à habitação, dois cartões de crédito e dois créditos pessoais e em cerca de 80% dos processos abertos as famílias conseguem ver os seus orçamentos familiares equilibrados.

²³ De referir que os números médios de créditos têm vindo a diminuir ao longo dos anos. Mas, apesar das famílias terem vários créditos, o crédito à habitação representa cerca de 80% do total da dívida das famílias. Cerca de 75% das famílias portuguesas são proprietárias da habitação onde residem, um valor acima dos 70% que representa a média europeia de acordo com os dados do *Eurostat*

2.4. Sistema de Apoio ao Sobre-endividamento

Em 2009, a DECO foi reconhecida pelo Ministério da Justiça, como Sistema de Apoio a Situações de Sobre-endividamento (Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro). Os sistemas de apoio aos sobre-endividados representam um conjunto de mecanismos colocados à disposição dos mesmos por entidades cuja atividade tem como objetivo aconselhar, informar e acompanhar a elaboração de um plano de pagamentos, através de procedimentos de conciliação ou de mediação.

Assim, durante o processo executivo é possível detetar situações de sobre-endividamento com:

- A possibilidade de suspender a inclusão do registo do sobre-endividado na lista pública de execuções, quando este aderir a um plano de pagamentos e enquanto estiver a cumprir
- A possibilidade de suspender os processos de execução submetidos a centros de arbitragem, quando os mesmos digam respeito a devedores sobre-endividados.

A Portaria n.º 312/2009, de 30 de março, na redação dada pela Portaria n.º 279/2013, de 26 de agosto, regulamenta o regime aplicável ao reconhecimento da atividade dos sistemas de apoio ao sobre-endividamento.

A DECO, enquanto entidade reconhecida pelo Ministério da Justiça que presta apoio ao sobre-endividado, tem a responsabilidade de:

- Receber e tratar pedidos para construção e negociação de planos de pagamento entre a pessoa sobre-endividada e os seus credores, evitando a sua inclusão na lista pública de execuções;
- Verificar se foi obtido acordo para a construção de um plano de pagamentos e comunicá-lo ao sistema de justiça (Direção-Geral da Política de Justiça-DGPJ e agente de execução), preferencialmente por via eletrónica, evitando a inclusão da pessoa sobre-endividada na lista pública de execuções;
- Verificar se o acordo que viabilizou o plano de pagamentos está a ser cumprido e comunicá-lo ao sistema de justiça (DGPJ e agente de execução), evitando desta forma a inclusão da pessoa sobre-endividada na lista pública de execuções.

2.5. Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento

A DECO é reconhecida como conciliadora no âmbito do Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-Endividamento-SISPACSE, mecanismo extrajudicial de apoio a sobre-endividados.

O SISPACSE foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 105/2020, de 23 de dezembro e regulamentado pela Portaria n.º 86/2021, de 16 de abril, sendo um sistema que se destina a pessoas singulares, de adesão voluntária e que pretende obter o reequilíbrio financeiro do devedor.

Contudo nos termos do diploma, o recurso a este sistema está vedado a quem tenha pendente um processo de insolvência, um processo especial de revitalização ou processo especial para acordo de pagamento regulados no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), ou quando estejam em causa créditos tributários e créditos da Segurança Social, bem assim negócios jurídicos abrangidos pelo Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI)²⁴ e pelo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI).

O legislador pretende “estimular a mais rápida composição do litígio” sendo que o procedimento tem a duração máxima de 60 dias, contados de forma seguida, a partir da data de nomeação do conciliador, podendo esse prazo ser prorrogado uma única vez por idêntico período mediante acordo escrito de todos os intervenientes.

O procedimento é constituído por duas fases:

- a) Sessão informativa: a participação na sessão informativa é gratuita e as partes que forem notificadas ficam vinculadas ao dever de comparecer. A consequência que se encontra prevista para a falta não justificada por parte do credor traduz-se no agravamento em 75%²⁵ das taxas de justiça devidas pela propositura por este de ações judiciais para a cobrança dos seus créditos, cuja negociação seja requerida no SISPACSE;
- b) Fase negocial: a participação no processo de negociação tem o custo de EUR 30,00 sendo o seu pagamento efetuado por Documento Único de Cobrança (DUC). Durante esta fase o credor fica impedido de propor ações de cobrança contra o devedor ou de requerer a sua insolvência.

²⁴ Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro.

²⁵ N.º 3 do art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2020, de 23 de dezembro.

De referir que no âmbito deste procedimento o acordo alcançado entre devedor e credor constitui título executivo nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do Artigo 703.º do Código de Processo Civil.

O conciliador tem como missão fomentar um espaço de negociação isento e imparcial entre o devedor e o(s) credor(es) para que possam encontrar a solução para a situação apresentada e evitar o recurso à insolvência e aos tribunais, estabelecendo-se, com o seu auxílio um plano de pagamento das dívidas aos credores.

3. As famílias sobre-endividadas

Durante os vinte e um anos de existência do apoio às famílias sobre-endividadas, foram inúmeras aquelas que pediram apoio a esta associação. A principal razão apresentada pelas famílias para as suas dificuldades financeiras advém da diminuição dos seus rendimentos, de alterações do verificadas na composição do agregado familiar e/ou do surgimento de despesas inesperadas. No entanto, para as dificuldades sentidas e enfrentadas pelos consumidores que procuram a DECO, contribui também uma elevada taxa de esforço e a ausência de poupança, aliadas às baixas competências de literacia financeira da generalidade do consumidor português.

Desde o fim da década de 90 que a DECO tem alertado para a necessidade de promover a literacia financeira dos consumidores. Abordou-se anteriormente a problemática das baixas competências de literacia financeira de muitos consumidores e o impacto que tem na deficiente tomada de decisão financeira, facto que contribui, muitas vezes, para o agravamento da situação financeira da família.

De acordo com o PISA2012²⁶, a literacia financeira pode ser definida como:

- Conhecimento e compreensão de conceitos e riscos financeiros,
- Capacidade, motivação e confiança para aplicar esse conhecimento e compreensão, a fim de tomar
- escolhas informadas numa variedade de contextos financeiros,
- Para melhorar o bem-estar financeiro de indivíduos e da sociedade, e
- Permitir a participação na vida económica.

²⁶ <https://www.oecd.org/finance/financial-education/PISA2012FrameworkLiteracy.pdf>.

O Banco de Portugal, no relatório de apresentação dos principais resultados do Inquérito à Literacia Financeira da População Portuguesa²⁷, considera que “o conceito de literacia financeira vai para além dos conhecimentos financeiros habitualmente associados à gestão das finanças pessoais, envolvendo também a forma como esses conhecimentos afetam o comportamento e atitudes dos cidadãos no momento em que tomam decisões”.

É esta capacidade de discernimento para identificar necessidades financeiras e selecionar as soluções que melhor as colmatam que poderá evitar situações de sobre-endividamento e, conseqüentemente, o risco de incumprimento que poderá, em última instância, resultar na insolvência particular ou empresarial.

As baixas competências de literacia financeira continuam a ser um problema transversal de muitas das famílias portuguesas. Embora se constatem algumas melhorias²⁸, este ainda é o problema que mais tem contribuído para o agravar da saúde financeira dos consumidores, não só em Portugal, mas em vários Estados-membros. Na verdade, fomentar uma maior, melhor e mais abrangente cultura financeira é uma necessidade reconhecida. O reforço da literacia financeira permitirá aos consumidores, e sobretudo às famílias, desenvolver a capacidade de obter informação, analisar, gerir e comunicar sobre as condições financeiras pessoais que afetem o seu bem-estar material, diminuindo, assim, os riscos de instabilidade nas famílias e tecido social.

A DECO, no âmbito das suas limitações financeiras, tem desenvolvido mecanismos de informação e formação aos consumidores sobre a literacia financeira²⁹⁻³⁰, tendo em vista uma melhor instrução dos consumidores em temas e conceitos financeiros básicos e úteis à gestão do dinheiro e orçamento familiar. Estes mecanismos são desenvolvidos não só em ambiente

²⁷ Relatório do inquérito à literacia financeira da população portuguesa, 2010 Departamento de Supervisão Comportamental do Banco de Portugal, Lisboa 2011, disponível em www.bportugal.pt.

²⁸ Relatório do Inquérito à Literacia Financeira da População Portuguesa (2020), 30 junho 2021, Divulga os resultados do terceiro inquérito à literacia financeira da população portuguesa, conduzido pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros em 2020 <https://cliente bancario.bportugal.pt/pt-pt/publicacao/relatorio-do-inquerito-literacia-financeira-da-populacao-portuguesa-2020>.

²⁹ Em 2011 a DECO lançou uma campanha contou com o apoio da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, promoveu a campanha de literacia financeira Gerir€Poupar – Faça Contas à Vida, um importante contributo da Associação para a melhoria das competências de literacia financeira dos portugueses.

escolar (alertando, desde cedo, os consumidores para o fenómeno do endividamento excessivo), mas também, e exemplificando, junto das autarquias locais, das empresas. O objetivo principal é dotar os consumidores de ferramentas que lhes permitam a adoção de decisões económicas e financeiras responsáveis e fundamentadas que contribuam para a sua qualidade de vida e estabilidade macroeconómica.

Quando a família pede ajuda à DECO, alguns dos seus créditos, em regra 5 créditos³¹, estão já em situação de incumprimento, existindo já informação negativa na Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal³². Ao longo dos anos tem-se constatado que as famílias apenas solicitam ajuda quando entram em incumprimento, não conseguindo obter mais crédito e estando já a ser pressionadas pelas entidades prestadoras de serviços de gestão do incumprimento para regularizarem o incumprimento.

Muitas das famílias que recorrem ao Gabinete de Proteção Financeira da DECO (em 2010 foram mais de 17 mil famílias, em 2012, foram 23.183 e em 2020, foram 30.100) fazem-no numa fase tardia, existindo frequentemente processo judicial (processo de execução) e, por vezes, até confronto com a penhora dos seus bens, casos em que não pode a Associação desenvolver qualquer intervenção, atendendo a que o seu apoio é extrajudicial.

No entanto, as famílias que solicitam apoio desejam reorganizar o seu orçamento familiar, especificamente no que concerne aos seus encargos com créditos. Pese embora esse desiderato, um grande número dessas

O trabalho desenvolvido pelas Brigadas Gerir € Poupar procuraram dar ferramentas aos jovens para que a tomada das suas decisões financeiras fossem informadas e sensibilizar os jovens para as consequências dos seus atos individuais de consumo.

A gestão das finanças pessoais foi também uma das preocupações da DECO, que percorreu o país com um conjunto de ações informativas destinadas à comunidade.

³⁰ Em 2013 a DECO e a Cáritas juntaram esforços para prestar apoio às famílias que enfrentam maiores dificuldades, com a realização de ações de formação/informação com o objetivo de capacitar as mesmas para uma melhor gestão dos seus orçamentos de modo a enfrentar os tempos mais adversos.

³¹ O número médio de créditos tem vindo a sofrer alterações, em 2008 as famílias que pediam ajuda tinham em média 7 créditos (3 créditos pessoais, 2 cartões de crédito, 1 crédito automóvel e 1 crédito à habitação) em 2012, 6 créditos e desde 2018 têm em média 5 créditos (2 créditos pessoais, 2 cartões de crédito e 1 crédito habitação)

³² A Central de Responsabilidades de Crédito (CRC) é uma base de dados, gerida pelo Banco de Portugal, com informação prestada pelas entidades participantes (instituições crédito) sobre os créditos concedidos aos seus clientes. As responsabilidades de crédito são comunicadas mensalmente pelas diversas entidades participantes.

situações não apresenta qualquer viabilidade de reequilíbrio orçamental, face à ausência de rendimento ou ao seu peso diminuto face ao passivo existente.

A experiência extrajudicial desenvolvida pela DECO em matéria de apoio ao sobre endividado tem demonstrado as inúmeras vantagens das soluções consensuais, da importância da orientação e exposto a especial vulnerabilidade e incapacidade de decisão da maioria dos devedores em posição de sobre-endividamento.

4. Algumas medidas de tratamento de sobre-endividamento

Em 2004 foi aprovado o CIRE, pelo Decreto-Lei 53/2004, que introduziu normas relativas ao processo de insolvência de pessoas singulares. O CIRE é baseado no código de insolvência alemão (*Insolvenzordnung*) e prevê, no seu conjunto de normas, tratamento para a insolvência das pessoas singulares, mais precisamente nos capítulos I e II no título XII, entre os artigos 235 e 248 (aborda a exoneração do passivo) e entre os artigos 249 a 263 (trata dos planos de pagamento aos credores).

Têm sido ainda publicadas algumas medidas avulsas tendentes a prevenir e a tratar extrajudicialmente situações de sobre-endividamento foram igualmente aprovadas.

4.1. Prevenção e regularização de situações de incumprimento nos contratos de crédito

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 23 de outubro, passou a fazer parte da ordem jurídica nacional um conjunto de dispositivos legais direccionados para o apoio ao sobre-endividamento, assim como para com todos aqueles que enfrentam dificuldade em cumprir os seus compromissos financeiros.

Nestes termos podemos dividir o enquadramento normativo em 2 tipos:

1. Prevenção do incumprimento
2. Gestão do incumprimento

No que diz respeito ao primeiro, foi implementada a obrigatoriedade de as instituições de crédito definirem um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento. Este visa a adoção de procedimentos que permitam o acompanhamento regular dos contratos de crédito, de modo a prevenir as situações de incumprimento. Nesta fase, as instituições de crédito devem ainda proceder à avaliação da capacidade financeira do cliente bancário.

O Decreto-Lei n.º 227/2012 foi alterado, recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 70-B/2021³³, de 6 de agosto, que veio reforçar o PARI, clarificando que as instituições de crédito devem promover, com a regularidade³⁴, uma avaliação dos contratos de crédito celebrados com vista a identificar indícios de degradação da capacidade financeira dos devedores, no entanto esta medida já estava prevista no texto do diploma inicial. De forma expressa, passam agora a integrar os indícios de risco de incumprimento, o desemprego, a perda de rendimentos do devedor.

No caso de o consumidor ter alguma capacidade financeira resulta, agora da alteração legislativa, que no prazo de 15 dias após a disponibilização das informações e dos documentos solicitados, a instituição de crédito deve apresentar-lhe propostas adequadas e ajustadas à sua situação tendo em vista evitar que entre em situação de incumprimento. Essas propostas, que estão agora elencadas na lei, mas que resultam da prática do mercado, podem consistir na renegociação do contrato de crédito, através da alteração de uma ou mais condições como seja por exemplo, o alargamento do prazo, a definição de um período de carência ou o diferimento de parte do capital para o final do contrato, a consolidação do contrato de crédito com outros contratos de crédito ou o refinanciamento da dívida.

Relativamente à gestão do incumprimento prevê-se a integração dos clientes bancários com atraso no cumprimento dos seus contratos de crédito num Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento. Este procedimento aplica-se à generalidade dos contratos de crédito celebrados com clientes bancários particulares e não depende de quaisquer condições de acesso nem tão pouco de pedidos expressos nesse sentido.

Após uma avaliação da capacidade financeira a instituição de crédito deverá apresentar uma ou mais propostas de reestruturação adequadas à situação financeira do cliente. Durante este procedimento são garantidos

³³ Este diploma estabelece medidas de proteção para os clientes bancários com contratos de crédito abrangidos por moratórias e veio alterar o regime geral do incumprimento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro.

³⁴ De acordo com a proposta de auido apresentada pelo Banco de Portugal e que foi objeto de consulta publica n.º 6, prevê-se que quanto ao acompanhamento da execução dos contratos de crédito e prevenção do incumprimento “Tendo em vista assegurar o acompanhamento permanente e sistemático dos contratos de crédito por si celebrados e promover a prevenção do incumprimento de obrigações decorrentes desses contratos de crédito, as instituições realizam, com regularidade mínima mensal, as diligências necessárias para a identificação de indícios de degradação da capacidade financeira do cliente bancário para cumprir as obrigações decorrentes desses contratos de crédito.”

ao cliente, entre outros, a impossibilidade de a instituição de crédito resolver o contrato, de promover ações judiciais com vista à recuperação do seu crédito ou, ainda, ceder esse crédito a terceiros.

Com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 70-B/2021, as propostas apresentadas aos consumidores no decurso do PARI ou do PERSI, as instituições passam a estar proibidas de agravar a taxa de juro contratualmente acordada.

São reforçados os deveres de reporte de informação das instituições de crédito ao Banco de Portugal sobre a implementação do PARI e do PERSI, para permitir a monitorização do cumprimento das novas normas.

O supramencionado Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro, procede ainda à “criação de uma rede de apoio a clientes bancários no âmbito da prevenção do incumprimento e da regularização extrajudicial das situações de incumprimento de contratos de crédito”.

Da análise efetuada colocam-se algumas reservas quanto ao alcance da intervenção que é consentida às entidades da rede. Contrariamente ao que demonstram as experiências nacionais, como é o caso da DECO, e internacionais como seja o estudo do *Eurofound*³⁵, demonstram que o legislador português veda qualquer iniciativa de mediação³⁶, limitando a ação destes serviços ao aconselhamento e apreciação de propostas de renegociação realizadas por cada credor e trazidas até si pelo sobre-endividado.

Esta é uma solução insuficiente. Na verdade, não permite conceber qualquer plano global de pagamentos que seja exequível e o devedor, fragilizado acabará por somente renegociar e eventualmente cumprir alguns acordos feitos individualmente com determinados credores.

Em bom rigor não temos entre nós um verdadeiro regime de tratamento das situações de sobre-endividamento. Temos sim algumas medidas avulsas circunscritas a um determinado momento. É o caso do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 23 de outubro, que contém um conjunto de dispositivos legais direcionados para a prevenção e tratamento do incumprimento do crédito, mas o sobre-endividamento não fica circunscrito apenas ao crédito que apresenta dificuldades e não abrange apenas os encargos decorrentes do crédito.

³⁵ Relatório *Household debt advisory services in the European Union* (Eurofound, 2012).

³⁶ cf. art. 27.º/4 al. b) do Decreto-Lei n.º 227/2012.

4.2. Sistema de Apoio a Situações de Sobre-endividamento

Apesar da designação criada pela Lei, o Sistema de Apoio a Situações de Sobre-endividamento, ainda que represente um conjunto de mecanismos colocados à disposição dos devedores por entidades cuja atividade tem como objetivo aconselhar, informar e acompanhar a elaboração de um plano de pagamentos, através de procedimentos de conciliação ou de mediação, destina-se sobretudo a quem ou já enfrenta ou está na eminência de vir a ter uma ação de execução em tribunal. No caso de existir processo judicial, o recurso a este sistema só acontece se a instituição de crédito tiver previamente dado início a um processo judicial para recuperar os montantes em dívida. De acordo com o Ministério da Justiça, pretende-se alcançar com este sistema a criação de um elo de ligação entre a Justiça e as entidades que prestam serviços de apoio ao sobre-endividamento. Porém temos de estar cientes do funcionamento deste sistema para examinar o seu alcance.

O pedido de intervenção às entidades reconhecidas como sistemas de apoio a situações de sobre-endividamento pode ser feito em qualquer momento. Todavia, só há consequências no âmbito do processo executivo quando este termina por não terem sido encontrados bens penhoráveis, isto é, bens suficientes para pagar toda a dívida da pessoa sobre-endividada.

Donde, quando a ação executiva termina por não terem sido encontrados bens penhoráveis, a elaboração de um plano de pagamentos suspende a inclusão de informações sobre a pessoa sobre-endividada na lista pública de execuções e não a ação executiva, uma vez que esta já terminou.

A lista pública é uma lista de dados disponível na internet de acesso público <http://www.citius.mj.pt>, que inclui informação sobre o executado e o processo executivo que findou por não terem sido encontrados bens suficientes para pagar toda a dívida da pessoa sobre-endividada. A Lista Pública de Execuções pretende funcionar como um elemento dissuasor do incumprimento das obrigações, assim como um instrumento de deteção de devedores relapsos. Tem ainda como objetivo identificar os devedores sem capacidade económica e financeira para honrar as suas obrigações, conferindo-lhes a possibilidade de aderirem a um plano de pagamentos.

Assim, o executado é notificado e decorrido o prazo sem que tenha pago a quantia em dívida ou aderido a um plano de pagamentos, o agente de execução procede imediatamente à inclusão na lista pública. Mas, tendo o executado aderido a plano de pagamentos elaborados pelas entidades de apoio ao sobre-endividamento, é suspensa a sua entrada na LPE.

A iniciativa da pessoa sobre-endividada em elaborar um plano de pagamento da dívida suspende os registos constantes da lista pública de execuções durante o prazo de 60 dias após o primeiro contacto com uma destas entidades e durante o período de cumprimento desse plano, cumprindo-se a sua elaboração.

Refira-se ainda que todos os registos constantes da lista pública de execuções referentes a ações executivas extintas há mais de cinco anos são oficiosa e automaticamente retirados da LPE, procedendo-se à sua destruição conforme estabelece o n.º 4 do Artigo 6.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de março.

A DECO procurou ao longo dos anos negociar e acompanhar a celebração de alguns planos de pagamentos de executados com baixos rendimentos, em regra iguais ou inferiores ao salário mínimo nacional e sem bens que possam ser penhorados.

Como foi anteriormente mencionado, não tendo entre nós um verdadeiro regime de tratamento das situações de sobre-endividamento, assumiram-se algumas medidas avulsas, circunscritas a um determinado momento. É o caso do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro.

4.3. Sistema Público de Apoio à Conciliação no Sobre-endividamento

Privilegiar a resolução extrajudicial de situações de sobre-endividamento, particularmente a mediação, permite uma menor penalização social, sobretudo quando o devedor não teve qualquer intenção de não efetuar o pagamento e comprovadamente foram acontecimentos alheios à sua vontade e ao seu controlo que contribuíram para o agravamento da sua situação financeira. A família fica menos exposta ao estigma de uma ação judicial, a ser alvo de uma qualquer exclusão financeira, absorvendo melhores condições psicológicas para tentar restabelecer o seu reequilíbrio financeiro.

Com a aprovação do Plano de Estabilização Económica e Social (PEES)³⁷, como medida de combate aos efeitos da pandemia Covid-19, foi prevista a criação de um procedimento de resolução alternativa de litígios aberto a pessoas singulares que enfrentem dificuldade séria no cumprimento de obrigações pecuniárias assumidas, com o objetivo de evitar as insolvências e recurso aos tribunais.

Nos últimos dias do ano de 2020 foi instituído pelo Decreto-Lei 105/2020, de 23 de dezembro o denominado Sistema Público de Apoio à

³⁷ O PEES foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de junho.

Conciliação no Sobre-endividamento (SISPACSE), que tem como propósito promover a aproximação entre devedores e credores, em especial no atual contexto de forte contração da economia, e pretende fornecer às famílias um mecanismo adicional de negociação com os seus credores.

Este SISPACSE caracteriza-se por ser “um sistema que promove a justa composição de litígios emergentes da mora e do não cumprimento das obrigações pecuniárias, com base na contratualização de soluções, com a participação constitutiva de todos os interessados, apoiados por um profissional habilitado a usar técnicas que promovam essa contratualização: o conciliador”³⁸.

Resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2020 a enunciação daquelas que se perfilam como as traves mestras deste sistema: a voluntariedade, a não conflitualidade, a imparcialidade, a celeridade e o baixo custo.

Como anteriormente afirmado, o SISPACSE é um sistema público de resolução alternativa de litígios, de adesão voluntária, que visa facultar ao devedor e aos respetivos credores um momento negocial para a obtenção de solução rápida e de equidade mais adequada ao litígio.

No âmbito deste sistema foi criada a figura do conciliador, que tem como principal missão promover um espaço de negociação entre o devedor e os seus credores, evitando-se desta forma o recurso à via judicial. O conciliador tem como incumbência aconselhar os intervenientes, propor soluções, contribuindo para a proposta de entendimento. O objetivo final passa por concluir um acordo que vincule todos os intervenientes.

Nos termos da lei³⁹ os conciliadores podem ser:

1. Mediadores dos sistemas públicos de mediação (Mediação Família, Mediação Penal, Mediação Laboral);
2. Mediadores inscritos nas listas de mediadores dos julgados de paz;
3. Mediadores que se encontram inscritos na lista a que se refere a alínea e) do n.º 1 do Artigo 9.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril;
4. Advogados;
5. Solicitadores;
6. Entidades que prestem apoio no âmbito do sobre-endividamento (a DECO, por exemplo).

³⁸ Retirado do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2020 de 23 de dezembro.

³⁹ Nos termos do Artigo 9 do Decreto-Lei n.º 105/2020 de 23 de dezembro.

Em termos de procedimento encontra-se previsto que, após a apresentação do requerimento por parte do devedor, cabe à DGPI, no prazo de dois dias, nomear um conciliador da lista de conciliadores inscritos⁴⁰. Este, por sua vez, deve marcar uma sessão informativa, obrigatória por lei, tendo o devedor e os credores o dever de comparência nesta sessão.

As negociações⁴¹, tendo em vista a obtenção de um acordo extrajudicial, têm a duração máxima de 60 dias, contados a partir da data de nomeação do conciliador. Poderá, se necessário, prorrogar-se o prazo até 120 dias, sendo essencial o acordo escrito de todos os intervenientes.

Refira-se que este mecanismo pode ter uma natureza preventiva, pois podem verificar-se situações em que o devedor não se encontra sequer em situação de mora, mas meramente em risco de incumprimento. Desencadear este mecanismo incumbe apenas ao devedor e não do credor.

O credor não terá ainda a informação das dificuldades e da iminência do incumprimento, pelo que não iniciou qualquer processo coercivo para levar a cabo a cobrança do crédito no momento em que for notificado para as negociações no âmbito deste sistema. Aliás, este procedimento pode ser útil para o credor, pois pode ser vantajoso ter um plano de pagamentos passível de ser diretamente executado. Este acordo evita a necessidade de recorrer à via da ação declarativa ou de aguardar pela aposição de fórmula executória a requerimento de injunção, o que reduz em muito os custos para o credor.

O n.º 5 do Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 105/2020, ao conferir força executiva ao acordo que venha a ser alcançado com o devedor no final do procedimento de conciliação, estabelece o elemento mais aliciente para que os credores acedam ao convite para as negociações com o devedor.

Contudo, o credor que seja convidado a juntar-se às negociações não está obrigado a aguardar pelo decurso do prazo do procedimento, desde que declare não ter interesse na celebração de um acordo ou falte injustificadamente à sessão informativa. Encontra-se, não obstante, prevista uma consequência para o credor que não aceite o convite no âmbito do SISPACSE, Trata-se do agravamento em 75% do valor da taxa de justiça se avançar para meios judiciais, incluindo o procedimento de injunção. Atendendo ao facto

⁴⁰ A consulta da lista de conciliadores com inscrição ativa no SISPACSE e que se encontram habilitados a exercer a atividade de conciliador pode ser efetuada em <https://servicos.tribunais.org.pt/servicos/sispacse/lista-conciliadores>.

⁴¹ As negociações no âmbito do SISPACSE devem respeitar os princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores, previstos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro.

de alguns credores já disporem de título passível de execução, poderá ser mais interessante para o credor a indicação de bens à penhora e não aguardar pelo desfecho das negociações e suportar o referido agravamento. Caso o credor adira ao SISPACSE, participando nas negociações, fica impedido de avançar para a cobrança judicial ao encerramento do procedimento, bem como de requerer a insolvência do devedor.

No tocante a custos do procedimento, o mesmo tem na fase de negociações o custo único 30 euros para o devedor, a liquidar através de Documento Único de Cobrança (DUC).

O SISPACSE é expressamente assumido como um sistema que visa promover a “resolução alternativa de litígios” entre o devedor e os seus credores, através da intervenção de um mediador (designado de conciliador). Enquanto solução conciliatória, apresenta inúmeras vantagens para o devedor, credores e garantes nomeadamente pela questão da celeridade, eficiência, redução de custos.

No que concerne aos credores, permite, rapidamente e de reduzido custo, dotar o respetivo crédito de um título executivo.

Já no que respeita ao devedor, permite-lhe tentar ultrapassar uma situação de risco de incumprimento temporário ou incumprimento definitivo de obrigações pecuniárias, podendo evitar o recurso a processos judiciais e, em algumas situações, o recurso à insolvência.

A abertura deste sistema à participação dos garantes constitui uma mais valia deste mecanismo face aos restantes instrumentos recuperatórios, pese embora apresente algumas fragilidades para os seus intervenientes.

Desde logo porque o SISPACSE é uma ferramenta negocial, iniciada unilateralmente pelo devedor e orientado obrigatoriamente por um conciliador que, de acordo com a lei⁴², deve acompanhar o devedor, e em simultâneo, deve atuar com independência, imparcialidade de transparência.

Não é possível esquecer o facto de, em regra, existir um grande desequilíbrio de poder entre as partes. O devedor é em regra a parte mais fraca, mais debilitada, que necessita de orientação e acompanhamento.

Prevê-se que o conciliador promova e dirija as negociações entre o devedor, os credores e garantes, sendo o processo negocial conduzido presen-

⁴² O Artigo 11.º do Decreto -Lei n.º 105/2020 prevê que “Os conciliadores que integram o SISPACSE devem assegurar, ao longo de todo o procedimento, o respeito pelos princípios da celeridade, independência, imparcialidade, legalidade e transparência, sob pena da sua exclusão das listas pela entidade gestora do SISPACSE.”

cialmente ou à distância. Verificando-se esta última circunstância, ou seja, o processo ser assegurado por plataforma de transmissão de som e imagem em tempo real indicada pelo conciliador a todos os intervenientes e disponibilizada pelo responsável pelo tratamento, estamos perante outra fragilidade, pois nem todos os devedores estarão em condições de aceder a essas plataformas.

Este é um procedimento extrajudicial de carácter voluntário, mas em que a Lei impõe ao devedor, credores e os garantes a obrigação de participar numa “sessão informativa” realizada pelo conciliador para prestação de esclarecimentos sobre “os objetivos a alcançar através do SISPACSE, as técnicas a utilizar e a eficácia jurídica dos acordos concluídos no seu âmbito”. Esta obrigatoriedade pode ser um verdadeiro obstáculo para um procedimento que se diz ser voluntário.

Como mencionado, cabe em exclusivo ao devedor, necessariamente pessoa singular, residente em território nacional e que não tenha pendente processo de insolvência, processo especial de revitalização (PER) ou processo especial para acordo de pagamento (PEAP), promover junto da DGPIJ a adesão ao procedimento conciliatório.

Deve fazê-lo em formulário próprio a disponibilizar pela DGPIJ, identificando os credores, a origem, valor e data de vencimento dos créditos, bem como os respetivos garantes, caso existam. De notar que as dívidas à Autoridade Tributária e à Segurança Social, bem como as emergentes dos negócios abrangidos pelo Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI) e pelo Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)⁴³, se encontram excluídas do âmbito do SISPACSE.

Esta exclusão afastará das negociações um número significativo de credores, detentores de um grande número de responsabilidades de crédito. Bastará olhar para as situações que têm sido acompanhadas pela DECO em que, em média, as famílias têm 5 créditos, um crédito habitação, 2 créditos pessoais e 2 cartões de crédito, com taxas de esforço superiores a 70%, sendo que são estas as dívidas que as famílias pretendem renegociar. É certo que existem outras dívidas, como por exemplo água, eletricidade, telecomunicações, rendas de habitação ou de condomínio, que, muitas vezes, se encontram em incumprimento. No entanto o maior peso é relativo às responsabilidades de crédito.

⁴³ Refira-se que a imposição de inserção, prevista na lei, de um cliente bancário em PERSI resulta da iniciativa da própria instituição, independentemente da iniciativa do devedor.

Ora, esta limitação de tipos de dívidas e de credores poderá vir a representar uma delimitação à maximização do potencial deste mecanismo. Os devedores ficam assim circunscritos à possibilidade de negociação com outros particulares e empresas, sem que se verifique a renegociação de todas as suas dívidas, impedindo desde logo que o SISPACSE seja um mecanismo de tratamento de situações de sobre-endividamento.

De referir que existem outros mecanismos extrajudiciais em que esta limitação não se verifica, como por exemplo no Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP). Segundo o Artigo 222.º-A do CIRE, o PEAP destina-se a permitir ao devedor, que não seja empresa e que comprovadamente se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com este acordo de pagamento. Sendo que neste caso não se coloca qualquer tipo restrição, seja ao tipo de dívida, seja de entidade credora.

Em termos práticos, e dado o curto período de vigência do sistema, ainda não é possível avaliar qual o impacto real desta medida. Poder-se-á afirmar, teoricamente, que este pode ser um mecanismo de renegociação de dívidas eficaz e mais célere de que um PEAP, mas muito mais limitado pela impossibilidade de nele serem inseridas algumas das dívidas de um maior peso nas situações de sobre-endividamento das famílias e consequentemente nas situações de insolvência (banca, finanças e segurança social). Este será, contudo, um procedimento muito mais modesto do que aquele que se verificaria num quadro de créditos, sendo este um grande entrave para que se considere o SISPACSE como um procedimento extrajudicial de tratamento do sobre-endividamento. Aguarda-se com expectativa que o SISPACSE demonstre a sua utilidade e se consolide com um exemplo de resolução extrajudicial de algumas situações de sobre-endividamento.

5. O tratamento do sobre-endividamento

Face à explanada inexistência entre nós de um verdadeiro regime de tratamento das situações de sobre-endividamento, aplicam-se algumas medidas avulsas e circunscritas a um determinado momento.

É fundamental a criação de um sistema extrajudicial de tratamento do sobre-endividamento abrangente, célere, acessível e pouco oneroso, que privilegie a menor estigmatização possível e privilegie a obtenção de um consenso conciliador.

Neste particular, um sistema que se arraste no tempo carregará o consumidor com mais prestações em atraso e mais juros, conduzindo a uma menor capacidade de reembolso e maiores dificuldades de ressarcimento para os credores.

Processos longos significam igualmente um maior desgaste emocional do sobre-endividado e da sua família. Estas situações de dificuldades financeiras continuam muito envoltas em constrangimentos impeditivos de pedidos de apoio que resultam em procrastinar a resolução do problema.

Pode afirmar-se que o sobre-endividamento, em regra, surge como um problema financeiro, tornando-se muitas vezes num problema social grave, atendendo a que leva à exclusão financeira, do mercado de trabalho, do convívio social e familiar. É fundamental evitar o mais possível a estigmatização dos sobre-endividados promovendo a recuperação da sua saúde financeira.

Ora, a solução para o tratamento do sobre-endividamento não deve passar integralmente pelo recurso à via judicial ou pelo processo de insolvência. Deve privilegiar-se a resolução extrajudicial, sendo os tribunais como instância de recurso para os casos que não são resolvidos em sede de mediação extrajudicial, por falta de acordo, ou quando não a elaboração de um plano de pagamentos não é viável face aos reduzidos rendimentos do sobre-endividado e/ou do seu agregado familiar.

As situações de sobre-endividamento respeitam maioritariamente a um cenário de multi-endividamento, onde existe uma pluralidade de credores, o que torna a negociação mais complexa e logo a celebração de um acordo é mais difícil.

Reconhecemos a dificuldade de se conceber um sistema capaz de responder a toda esta diversidade e complexidade do sobre-endividamento.

Porém, existem alguns sistemas que combinam procedimentos judiciais e extrajudiciais, mediação com processo judicial, plano com liquidação. Este poderia ter sido o caminho seguido aquando da aprovação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, com a proposta apresentada na Assembleia da República, em 2003 para resolver e tratar os casos de sobre-endividamento dos consumidores. Deste modo, ter-se-ia conseguido um sistema com diversas opções, capaz de lidar com as diferentes realidades que subjazem aos casos de sobre-endividamento um sistema de mediação célere e de proximidade. Prevendo-se para os casos de impossibilidade de estabelecer plano ou de falta de acordo, o processo de insolvência acompa-

nhado da respetiva liquidação do património. No entanto esta não foi a opção, verificando-se no terreno a publicação de normas avulsas, circunscritas a um determinado momento, mas que não consubstanciam um verdadeiro regime de tratamento de sobre-endividamento.

O tratamento extrajudicial é uma resposta ajustada, todavia não deve ser exclusiva. Esta é uma solução menos estigmatizante e agressiva em relação ao processo judicial, permitindo que o Estado não seja onerado em matéria de justiça, habitação, proteção social e mesmo saúde.

A resolução do problema do sobre-endividamento passa necessariamente pela combinação de instrumentos de prevenção e mecanismos de tratamento do sobre-endividamento, especialmente mecanismos extrajudiciais.

30 de novembro de 2021

DIREITO DO CONSUMO E TECNOLOGIA*

MARTIM FARINHA¹ / JORGE MORAIS CARVALHO²

SUMÁRIO: 1. Introdução – Consumidores e a Tecnologia. 2. A importância dos dados pessoais na contratação. 3. Dados pessoais como contraprestação. 4. Inteligência Artificial e automatização na contratação. 5. Plataformas digitais. 6. Reviews e avaliações de consumidores. 7. Responsabilidade das plataformas e moderação de conteúdos. 8. Fornecimento de conteúdos e serviços digitais. 9. Bens com elementos digitais. 10. Blockchain, criptoativos e as criptomoedas. 11. Bens virtuais. 12. Conclusão.

1. Introdução – Consumidores e a Tecnologia

A revolução digital e a *big data* alcançaram uma influência hegemónica no funcionamento da nossa sociedade. A pandemia da doença da Covid-19 veio acelerar este processo inevitável, com o teletrabalho, os métodos de pagamento ou o *streaming*, por exemplo, forçando a digitalização até nos setores mais tradicionais, nos quais a iliteracia tecnológica e a inclusão digital ainda são problemas constantes.

* Gostaríamos de agradecer à Ana Machado e ao Carlos Filipe Costa pelos comentários e observações feitos a uma primeira versão deste texto.

¹ Doutorando na NOVA School of Law, Mestrando em Law and Technology na NOVA School of Law. Licenciado em Direito na NOVA School of Law (2019). Investigador no NOVA Consumer Lab.

² Professor Associado da NOVA School of Law. Diretor do NOVA Consumer Lab. Subdiretor e coordenador da Licenciatura da NOVA School of Law. Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Mais informações: www.jorgemoraiscarvalho.com.

É inegável que este progresso tecnológico tem produzido diversas vantagens económicas e sociais. Porém, tem também levantado inúmeros desafios e acentuado desequilíbrios e fragilidades, aos quais os juristas, em especial o legislador, têm tido grande dificuldade em dar resposta.

O Direito do Consumo é um dos ramos mais afetados pelas tecnologias disruptivas. Novos modelos de negócio, novos serviços, novos bens e produtos tecnológicos tendem a chegar ao mercado e aos consumidores finais mais rapidamente do que a regulação.

As características que se encontram na génese e na base da proteção dos consumidores pelo Direito, desde a assimetria de informação à posição económica mais frágil e ao menor poder negocial, têm-se acentuado com as tecnologias disruptivas, agravando a posição dos consumidores enquanto contrapartes contratuais mais fracas.

Os consumidores não conseguem avaliar o funcionamento e as características de equipamentos técnicos com facilidade, se o *software* cumpre as especificações e finalidades, de que forma e para que finalidades é que os seus dados pessoais estão a ser tratados, compreender os riscos dos cripto-ativos ou como exercer os seus direitos face ao incumprimento por parte dos profissionais em contratos celebrados em plataformas, entre muitos outros exemplos que poderíamos aqui dar. Estes desafios surgem a uma escala global e requerem uma resposta conjunta dos Estados para proteger os consumidores e a própria integridade e funcionamento dos mercados.

Dada a especial complexidade destas matérias e do seu impacto na integração das economias dos Estados-Membros no mercado interno, a União Europeia tem progressivamente assumido uma postura mais ativa na proteção dos consumidores. Desta forma, as instituições europeias, começando pela Comissão Europeia e as suas agências, têm promovido diversas iniciativas legislativas de forma a regular as novas tecnologias disruptivas e proteger os cidadãos.

Este ímpeto legislativo-regulatório tem se traduzido em várias agendas. A década passada foi marcada pela estratégia do Mercado Único Digital³, enquanto a presente se centra na Década Digital⁴. Através de diversas diretivas (com uma tendência crescente de máxima harmonização) e regu-

³ “Shaping the Digital Single Market”, Comissão Europeia (2020), disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>.

⁴ “Uma Europa preparada para a Era Digital”, Comissão Europeia (2020), disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_pt.

lamentos, o Legislador Europeu tem procurado atualizar as diversas normas e a adoção de novos regimes jurídicos. O impacto do Direito Europeu no Direito do Consumo Português, especialmente no que toca à relação deste com tecnologia é inegável.

Neste texto iremos procurar apresentar e enquadrar algumas das principais temáticas atuais no Direito do Consumo, desde a importância dos dados pessoais na contratação, aos sistemas de *reviews* e a moderação de conteúdos nas plataformas digitais.

2. A importância dos dados pessoais na contratação

A última década, pontuada por diversas controvérsias na área das plataformas e dos serviços digitais, desde o *Cambridge Analytica* às denúncias de Edward Snowden, veio colocar o tema dos dados pessoais e a forma como estes são utilizados pelas empresas com interesses comerciais no geral, e em especial, pelas GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft) sob o escrutínio da opinião pública e do legislador dos diversos Estados e organizações internacionais.

É comum afirmar-se que a revolução tecnológica do século XXI tem como principal combustível os dados, de forma análoga à importância que o carvão e o petróleo tiveram nos saltos tecnológicos dos últimos séculos.

A recolha e o tratamento de dados pessoais são essenciais na execução de inúmeros contratos, permitem treinar algoritmos, criar perfis, inferir novas informações, desenvolver inteligência artificial. Enfim, possibilitam o surgimento de toda uma nova economia em torno da *big data*, com novos mercados e serviços próprios.

Antes de abordarmos a controversa questão de saber se os dados pessoais podem constituir uma contraprestação contratual (e todas as implicações que daí advêm), é necessário analisar primeiro a forma como o tratamento de dados pessoais está relacionado com a celebração e execução de contratos no direito civil⁵.

O Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses

⁵ FREDERIK ZUIDERVEEN BORGESIU, NATALI HELBERGER, AGUSTIN REYNA, 'The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law', *Common Market Law Review*, 2017, Volume 54, Número 5, páginas 1427-1465, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/54.5/COLA2017118>.

dados (doravante “RGPD”), é o principal diploma legal que rege os direitos dos titulares de dados e as obrigações dos responsáveis pelo tratamento face a estes titulares e aos dados que recolhem e tratam. Entrou em vigor a 28 de maio de 2018, tendo um impacto imediato na atuação dos prestadores de serviços no mercado europeu e nas entidades reguladoras.

O RGPD veio atualizar as normas da antiga Diretiva 95/46/CE, estabelecendo que, para os dados pessoais poderem ser recolhidos e tratados, é necessário que se verifique o cumprimento de uma série de princípios elementares e basilares, elencados no seu artigo 5.º. São estes os que têm maior impacto na formação de contratos: licitude, lealdade e transparência em relação ao titular dos dados; limitação das finalidades (os dados pessoais são tratados para finalidades determinadas, explícitas e legítimas); minimização dos dados (o tratamento de dados está limitado ao que é necessário, adequado e pertinente para alcançar as finalidades).

Além de se impor uma mudança na mentalidade dos atores (em muito devido aos valores das coimas que os reguladores podem impor), mudou-se a própria forma de celebração de muitos contratos.

Por exemplo, as Políticas de Privacidade generalizaram-se devido às exigências de maior transparência, resultantes dos deveres de informação presentes nos artigos 13.º e 14.º do RGPD. Estes documentos surgem como adendas contratuais⁶, cujo visionamento é incluído na aceitação da proposta contratual, vinculando ambas as partes. Infelizmente, embora o objetivo destas seja informar adequadamente os titulares de dados pessoais/ utilizadores/consumidores, a grande extensão das Políticas de Privacidade tem vindo a contribuir para exacerbar o fenómeno de *information overload* dos utilizadores, que já não conseguem analisar, ler e compreender os (incorretamente designados) Termos e Condições⁷ da maioria dos serviços digitais em tempo útil, antes de prestarem os consentimentos necessários para beneficiarem do serviço.

Com o requisito de indicação de uma base de licitude adequada para a realização de operações de tratamento, o RGPD forçou uma nova análise

⁶ PRZEMYSLAW PAŁKA, MARCO LIPPI, “Big Data Analytics, Online Terms of Service and Privacy Policies” 2019, em Research Handbook on Big Data Law, editado por Roland Vogl, 2020, Edward Elgar Publishing Ltd., Forthcoming, disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3347364>

⁷ “Click to agree with what? No one reads terms of service, studies confirm” The Guardian, <https://www.theguardian.com/technology/2017/mar/03/terms-of-service-online-contracts-fine-print>

aos modelos de negócio de vários serviços digitais e à forma como os clausulados contratuais se encontram redigidos. De entre as várias alíneas do n.º 1 do artigo 6.º, é de destacar o cumprimento de obrigações legais (que justifica a recolha de dados de identificação para o combate ao branqueamento de capitais, por exemplo), o cumprimento das obrigações contratuais, o interesse legítimo do responsável pelo tratamento e o consentimento livre e revogável do titular de dados.

A indicação da base de licitude tem levantando diversos desafios. Por um lado, o consentimento tem sido excessivamente privilegiado por muitos agentes económicos, especialmente em fase próxima à entrada em vigor do RGPD⁸. Depois, mesmo em relação aos dados que têm de ser tratados para o cumprimento do contrato, surgem diversas dúvidas face a certos serviços digitais: a recolha e tratamento de dados pessoais como a lista de amigos e interesses para personalizar o *feed* de uma rede social ao utilizador pode ser considerado como o cumprimento de uma obrigação contratual do *Facebook*?⁹ E a recolha destes dados para treinar e melhorar este mesmo algoritmo, para ser ainda mais eficiente? Quais são os limites desta base de licitude? E será que a apresentação de *marketing* direcionado pode enquadrar-se no interesse legítimo da rede social?¹⁰

O princípio da minimização de dados e da “*Privacy by Default*” e “*by Design*” tem também colocado diversos desafios práticos na contratação de serviços digitais e no funcionamento das organizações que os providenciam. A falta de consciência sobre a importância da proteção de dados leva a que, frequentemente, estas questões sejam colocadas apenas em fases finais de lançamento de produtos e serviços, quando os departamentos jurídicos e de *marketing* e o Encarregado de Proteção de Dados intervêm, correndo riscos de falta de visibilidade sobre as funcionalidades e operações de tratamento de dados pessoais realizadas.

⁸ ELETTRA BIETTI, “The Discourse of Control and Consent Over Data in EU Data Protection Law and Beyond”, 2020, Stanford University Aegis Paper Series 2020, disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3759329>.

⁹ Sobre esta temática, o Comité Europeu de Proteção de Dados adotou em 2019 as “Linhas de Orientação sobre a interpretação do artigo 6.º-1 b)”, disponíveis em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf.

¹⁰ Sobre o interesse legítimo, ver a posição do Article 29 Working Party (órgão que antecedeu o atual Comité Europeu de Proteção de Dados) em “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, 2014.

Além das questões relativas aos princípios fundamentais no tratamento de dados, uma das principais problemáticas são as operações de tratamento de dados pessoais transfronteiriços, isto é, quando são realizadas em países terceiros à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu (EEE).

No EEE, com o RGPD em vigor, é possível afirmar que existe uma nova liberdade de circulação no Espaço Europeu – a liberdade de circulação de dados pessoais. O Direito Europeu assegura a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e o acesso efetivo à justiça. Quanto ao acesso, armazenamento e o tratamento de dados pessoais fora deste espaço, o RGPD continua a aplicar-se extraterritorialmente fora da EEE (art. 3.º)¹¹, limitando seriamente estas transferências.

Segundo o RGPD, as transferências para países terceiros só podem ser efetuadas com uma base adequada (arts. 44.º e seguintes): uma decisão de adequação da Comissão, identificando Estados terceiros e territórios cujos ordenamentos jurídicos assegurem uma base de proteção similar ao RGPD aos direitos dos titulares de dados (art. 45.º); com garantias adequadas, contratuais e técnicas¹², que protejam as operações de dados pessoais de intrusões ilícitas por parte de autoridades (art. 46.º), como as cláusulas contratuais-tipo de proteção de dados e as regras vinculativas aplicáveis às empresas; ou se enquadrarem num número limitado de derrogações (art. 49.º).

No seguimento das decisões do TJUE em Schrems I¹³ e II¹⁴, em que as decisões de adequação “Safe Harbour”¹⁵ e “Privacy Shield”¹⁶ relativas aos

¹¹ GRAÇA CANTO MONIZ, “Finally: A Coherent Framework for the Extraterritorial Scope of EU Data Protection Law – The End of the Linguistic Conundrum of Article 3(2) of the GDPR” UNIO-EU Law Journal, 4 (8), 2018, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3225827>

¹² Sobre esta temática, ver as principais recomendações do Comité Europeu de Proteção de Dados em “Recomendações 01/2020 relativas às medidas complementares aos instrumentos de transferência para assegurar o cumprimento do nível de proteção dos dados pessoais da UE”, disponíveis em https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendations/recommendations-012020-measures-supplement-transfer_pt.

¹³ C-362/14 Schrems ECLI:EU:C:2015:650.

¹⁴ C-311/18 Schrems II ECLI:EU:C:2020:559.

¹⁵ Decisão 2000/520/CE da Comissão, de 26 de julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de «porto seguro».

¹⁶ Decisão de Execução (UE) 2016/1250 da Comissão, de 12 de julho de 2016, relativa ao nível de proteção assegurado pelo Escudo de Proteção da Privacidade UE-EUA, com base na Diretiva 95/46 (JO 2016, L 207, p. 1).

EUA foram consideradas inválidas, o tema das transferências para países terceiros foi colocado no foco das atenções de todos os reguladores. Sem soluções para esta temática, a aplicação do RGPD sai fragilizada e os consumidores perdem controlo e visibilidade sobre os seus dados pessoais. As novas cláusulas contratuais-tipo¹⁷, ao atribuírem responsabilidade solidária aos diferentes atores na cadeia de tratamento de dados em benefício dos titulares de dados como partes terceiras, são um bom passo nesse sentido.

3. Dados pessoais como contraprestação

Graças a inúmeras controvérsias, documentários, audições em comissões de inquérito parlamentares, a perceção pública encontra-se mais consciente e bem informada sobre os modelos de negócios das várias plataformas *online* e a importância que têm os dados pessoais dos utilizadores.

Um dos mais famosos exemplos desta mudança de paradigma foi o abandono do antigo *slogan* do Facebook (“*It’s free and always will be*”¹⁸), pois não era inteiramente “verdadeiro” e escondia uma verdade: a importância económica dos dados pessoais. A utilização deste *slogan* resultou, inclusive, numa coima de cinco milhões de euros para a Facebook em Itália, por constituir uma prática comercial desleal.¹⁹

Vários dos principais e mais utilizados serviços digitais (redes sociais, plataformas de *video-sharing*, motores de busca, armazenamento na *cloud*, videojogos, etc.) não requerem o pagamento de uma quantia monetária aos utilizadores para o seu fornecimento. Ao invés disso, os modelos de negócios destes serviços requerem antes o tratamento de dados pessoais para

¹⁷ Commission Implementing Decision (EU) 2021/914 of 4 June 2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council.

¹⁸ Qayyah Moynihan and Alba Asenjo “Facebook quietly ditched the ‘It’s free and always will be’ slogan from its homepage”, Business Insider España, 2019 in <https://www.businessinsider.com/facebook-changes-free-and-always-will-be-slogan-on-homepage-2019-8>

¹⁹ Ver a Decisão n.º 2631/21 Consiglio di Stato, que pode ser consultada em: Giuseppe Cassano “Si può fare commercio di dati personali? [Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021 n. 2631]”, 2021, em <https://dirittodiinternet.it/si-puo-fare-commercio-di-dati-personali-consiglio-di-sato-sentenza-29-marzo-2021-n-2631/> Para uma análise do acórdão, ver DONATO MARIA MATERA “Personal Data as Counter-performance and Consumer Protection. An Unfair Commercial Practices Italian Decision”, NOVA Consumer Lab, 2021, em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/personal-data-as-counter-performance-and-consumer-protection-an-unfair-commercial-practices-italian-decision/>

finalidades comerciais, alheias ao necessário para o cumprimento das obrigações contratuais e requisitos legais de identificação.

Seja para a criação de perfis altamente detalhados, para a colocação de publicidade personalizada, para a realização de estudos de mercado, para a constante alimentação de *data sets* para treinar algoritmos, ou para a transmissão a terceiros, a recolha e tratamento de dados pessoais assume uma posição central nos modelos de negócios destes serviços digitais.

Para poderem aceder a estes serviços, os consumidores são confrontados com extensos contratos de adesão, os denominados Termos e Condições de Utilização que geralmente assumem a forma de um contrato de licença de utilização do *software* protegido por direitos de propriedade intelectual. Paralelamente aos T&C, surgem também códigos de conduta e, claro, a Política de Privacidade. Este último documento deve cumprir os requisitos do artigo 13.º do RGPD, ou seja, os deveres de informação sobre o tratamento de dados pessoais dos utilizadores, detalhando (entre os vários requisitos) todos os dados recolhidos, a(s) base(s) de licitude do(s) tratamento(s), as finalidades deste(s), períodos de conservação e transmissão a terceiros.

Frequentemente, além das operações de tratamento necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais e a prossecução de interesses legítimos (como melhorar as funcionalidades e a segurança do serviço), estes serviços requerem, de forma separada ao consentimento contratual, o consentimento livre ao tratamento de dados, nos termos do art. 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD.

Dado que a execução do contrato e os interesses legítimos não devem ser interpretados extensivamente e, por vezes, as finalidades comerciais destes prestadores não se enquadram com facilidade nestas bases de tratamento, é o consentimento que serve essencialmente como base destes modelos de negócio que todos os anos geram milhões de dólares. Desta forma, não é possível afirmar que estes contratos sejam gratuitos.²⁰ Mas será inteiramente correto afirmar que estes são o “preço”?

Na proposta original da Diretiva 2019/770,²¹ o texto que implicava que o tratamento de dados pessoais poderia ser considerado uma contraprestação teve de ser afastado devido a diversas críticas, das quais destacamos o parecer do Comité Europeu de Proteção de Dados (EDPB) 4/2017.

²⁰ MADALENA NARCISO, “«Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, em EuCML – Journal of European Consumer and Market Law, n.º 5, 2017.

²¹ Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais

A proteção dos dados pessoais é um direito fundamental reconhecido na União Europeia²² e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem²³ e a sua mercantilização é bastante controversa. No entanto, é particularmente difícil negar a realidade, sendo necessário reconhecer que, neste tipo de contratos, a recolha e tratamento de dados surge como uma autêntica contraprestação²⁴ ao fornecimento dos serviços e conteúdos.

Tendo em conta que os dados pessoais não podem ser comparados ou equiparados a um preço monetário, mas considerando que o Direito do Consumo também se deve aplicar nestes casos, de forma a proteger adequadamente os consumidores/titulares de dados, o legislador europeu foi forçado a adaptar-se.

O texto final da Diretiva 2019/770 reflete esta noção expressamente na noção de preço constante do art. 2.º, alínea 7, e no considerando 23. À noção de “preço” podem corresponder representações digitais de valor, como dinheiro eletrónico, *vouchers*, coupons, moedas virtuais (entre as quais se enquadram as criptomoedas), excluindo-se os dados pessoais, cujo tratamento é abordado de outra forma, numa norma distinta.

Os considerandos 24 e 25 foram inseridos na Diretiva 2019/770 para afastar a noção de que dados pessoais podem ser considerados como preço, acatando as preocupações do EDPB, mantendo ainda assim a aplicabilidade da diretiva a estes contratos. Pode ler-se que “os conteúdos ou serviços digitais são, além disso, frequentemente fornecidos em situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta dados ao operador” e que, “se os conteúdos ou serviços digitais não forem fornecidos ou prestados em contrapartida de um preço, a presente diretiva não é aplicável às situações em que o profissional recolhe dados pessoais exclusivamente para fornecer conteúdos ou serviços digitais, ou unicamente para efeitos de cumprimento dos requisitos legais.”

No processo de transposição desta diretiva, através do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, a CNPD veio repetir as mesmas preocupações do EDPB, no seu Parecer/2021/100, nos parágrafos 19, 20 e 21, visto que o

²² Artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2012/C 326/02).

²³ Artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

²⁴ A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (EDPS) demonstrou-se muito apreensiva com a utilização do conceito de dados pessoais como contraprestação, ver “Opinion 8/2018 on the legislative package ‘A New Deal for Consumers’” EDPS (2018). Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf.

legislador transpôs literalmente o texto do art. 3.º da Diretiva 2019/770/UE, sem densificar a norma com o conteúdo dos considerandos, trazendo graves implicações, da mercantilização e monetização expressa dos dados pessoais, afrontando claramente o art. 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o art. 35.º da CRP.

4. Inteligência Artificial e automatização na contratação

Se, nos anos 80, o potencial da Inteligência Artificial (IA) parecia bastante limitado, tendo encontrado vários problemas no desenvolvimento e pesquisa de aplicações e algoritmos, no início deste século, a celebração de contratos de forma automatizada sem a intervenção humana já era desafio presente para plataformas *online*. A necessidade de sistemas de certificação adequados que detetem e impeçam a utilização de *bots* a fingir serem pessoas (para, por exemplo, criar milhares de contas de e-mail grátis), levou, logo na infância da Internet, à criação do sistema *Captcha*.²⁵

O aumento quase exponencial do poder computacional (nas GPU, *multicore* e “*parallel computing*”), das *networks*, e o começo do tratamento de dados em larga escala (“*Big Data*”), combinados com novas técnicas e modelos matemáticos, estatísticos e económicos (como “*Game Theory*”) contribuíram para o relançamento do potencial da IA, com o surgimento das primeiras aplicações comerciais de grande escala, como o *IBM Deep Blue*, a *Google Adworks* e os sistemas de recomendações avançadas da *Amazon*.

Na última década, é possível verificar a aceleração no desenvolvimento de IA, algoritmos e *machine learning*. A IA veio para ficar, sendo implementada gradualmente em diversos sectores e atividades, desde a saúde, a venda a retalho, o setor financeiro, os transportes, entre muitos outros. Naturalmente, as atividades relacionadas com os consumidores finais não ficaram excluídas destes desenvolvimentos, sendo que a IA tem suscitado diversas problemáticas e oportunidades, seja no direito dos contratos em geral, seja no Direito do Consumo em particular.

Deixando de parte o interessante debate académico e político da atribuição (ou reconhecimento) de personalidade jurídica a algoritmos, é necessário reconhecer que, atualmente, já é observável que milhões de contratos são inteiramente celebrados sem intervenção humana, nomea-

²⁵ BRIAN JUSTIE, “Little history of CAPTCHA”, *Internet Histories*, 2021, 5:1, páginas 30-47, DOI: 10.1080/24701475.2020.1831197.

damente em leilões eletrônicos, nas bolsas de valores, “*smart contracts*” integrados em sistemas *Blockchain*, por empresas de transportes inseridas nas cadeias de fornecimento mundial. Este é um fenómeno que não é expectável que recue. Muito pelo contrário, deverá continuar a crescer exponencialmente.

A constante evolução dos algoritmos é essencialmente “alimentada” pelo acesso, recolha e tratamento de quantidades cada vez mais substanciais de dados. Um dos fenómenos que tem permitido a expansão e a qualidade dos dados pessoais recolhidos é a integração de sistemas em inúmeros dispositivos interconectados, isto é, a *Internet of Things* (IoT).

A IoT permite uma maior integração entre diversos dispositivos, desde acessórios pessoais ligados ao vestuário como *smartwatches* e *smartphones*, meios de transporte, sistemas fechados de videovigilância, eletrodomésticos como *smartfridges*, e assistentes virtuais como a *Amazon Alexa* e o *Google Home*. Estes últimos assistentes utilizam microfones e *natural language processing* para diretamente dialogarem com os utilizadores.

Com a recolha e o tratamento de dados realizado por estes dispositivos (cujo grau de intrusão é superior ao esperado (e comunicado) aos consumidores)²⁶, a IoT tem ganho particular relevância no campo da contratação, com diversas aplicações.²⁷

Dado que estes dispositivos e as networks em que estão integrados não têm personalidade jurídica própria, não se pode considerar que estes contratos são celebrados entre “coisas”, mas antes entre as pessoas que são responsáveis pelos programas (e proprietárias dos dispositivos) e que lhes indicam o sentido das declarações contratuais a emitir.

5. Plataformas digitais

As plataformas digitais, como a Airbnb, a Booking, a Glovo ou o OLX, trazem novas dinâmicas à contratação. As relações deixam de estar circuns-

²⁶ Grant Clauser, “Amazon’s Alexa Never Stops Listening to You. Should You Worry?” New York Times Wirecutter 2019 <https://www.nytimes.com/wirecutter/blog/amazon-alexa-never-stops-listening-to-you/>, Dorian Lynskey, “Alexa, are you invading my privacy? – the dark side of our voice assistants” The Guardian 2019, <https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/09/alexa-are-you-invading-my-privacy-the-dark-side-of-our-voice-assistants>.

²⁷ CHRISTIANE WENDEHORST, “Consumers and the Data Economy”, em EuCML – Journal of European Consumer and Market Law, número 1, 2017.

critas a duas partes, surgindo terceiros que, com graus de intervenção diversos, têm grande importância na economia contratual²⁸.

Em primeiro lugar, este fenómeno coloca em causa os conceitos tradicionais de consumidor e profissional. A identificação da contraparte poderá nem sempre ser fácil, muitas vezes não sendo evidente com quem é que se está a contratar²⁹.

Por exemplo, no caso da Uber, apesar de esta indicar nas condições gerais que não presta serviços de transporte, deve concluir-se que a empresa não é simples intermediária, sendo parte no contrato³⁰.

Já no caso de outras plataformas, como o OLX ou o CustoJusto, a relação com estas empresas é de consumo (se estiverem preenchidos os outros elementos), mas a relação estabelecida com o vendedor do bem poderá ou não ser de consumo, consoante este venda os bens usados com carácter profissional ou não³¹.

A fronteira que delimita o carácter profissional de uma atividade, que pode definir a aplicação de regras jurídicas muito diversas³², não é fácil de traçar. Nos extremos, a solução é clara. Assim, se uma pessoa resolve vender

²⁸ TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *El Régimen Jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (E-Marketplaces)*, 2006; JOANA CAMPOS CARVALHO, “From Bilateral to Triangular: Concluding Contracts in the Collaborative Economy”, 2019. No setor dos empréstimos *peer-to-peer*, podemos observar um fenómeno distinto, que corresponde a uma *reintermediação* (MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “As Recentes Tendências da FinTech: Disruptivas e Colaborativas”, 2017, p. 62), ocupando a plataforma o lugar tradicionalmente reservado ao banco. Para uma análise da questão no que respeita à atividade seguradora, v. MARGARIDA LIMA REGO e JOANA CAMPOS CARVALHO, “Insurance in Today’s Sharing Economy: New Challenges Ahead or a Return to the Origins of Insurance?”, 2020.

²⁹ GILLES PAISANT, *Droit de la Consommation*, 2019, p. 376, salienta que o utilizador “não está em condições de determinar” a qualidade na qual intervém a sua contraparte, o que “parece colocar em causa o direito do consumo”.

³⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, “Uber in Portugal”, 2015, p. 64; JORGE MORAIS CARVALHO, “Developments on Uber in Portugal”, 2015; JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, 2016, p. 306; JOANA CAMPOS CARVALHO, “Enquadramento Jurídico da Atividade da Uber em Portugal”, 2016; CHRISTOPH BUSCH, HANS SCHULTE-NÖLKE, ANETA WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA e FRYDERYK ZOLL, “The Rise of the Platform Economy”, 2016, p. 8. No sentido de que a Uber presta serviços de transporte, v. Ac. do TJUE, de 20/12/2017, que não se pronuncia, no entanto, sobre questões contratuais.

³¹ JOANA CAMPOS CARVALHO, “A Proteção do Consumidor na *Sharing Economy*”, 2016, pp. 124 e 125.

³² TIMOTHY J. DODSWORTH, “Intermediaries as Sellers – A Commentary on *Wathelet*”, 2017, p. 213.

através de uma aplicação o carrinho de bebé do filho que, entretanto, cresceu, não está a exercer uma atividade a título profissional. Já se o negócio for comprar e vender carrinhos de bebé nessas aplicações ou arrendar casas, o carácter profissional do exercício da atividade é claro. Mais complexa é a conclusão quanto à verificação do elemento relacional em situações intermédias. Por exemplo: a pessoa em causa compra e, posteriormente, vende um carrinho de bebé de seis em seis meses através do OLX (ou um por mês ou de dois em dois meses). As plataformas digitais, além de constituírem, elas próprias, um negócio com grande relevância social e económica, potenciam a existência de muitos negócios à sua volta. Se pensarmos na Airbnb, muitas pessoas passaram a exercer uma atividade profissional, ainda que não seja a sua principal atividade, ao oferecer serviços de alojamento local, celebrando, assim, contratos de consumo.

Chamado a pronunciar-se sobre esta questão, o TJUE veio definir alguns critérios que podem ser utilizados para decidir um caso concreto, embora assinalando que esses critérios não são taxativos nem exclusivos: (i) verificar se a venda na plataforma em linha foi realizada de forma organizada; (ii) se essa venda teve fins lucrativos; (iii) se o vendedor tem informações e competências técnicas relativas aos produtos que propõe para venda que o consumidor não tem necessariamente, de forma a colocar-se numa posição mais vantajosa face a esse consumidor; (iv) se o vendedor tem um estatuto jurídico que lhe permite praticar atos comerciais e em que medida a venda em linha está ligada à atividade comercial ou profissional do vendedor; (v) se o vendedor é sujeito passivo de IVA; (vi) se o vendedor, atuando em nome de um determinado profissional ou por sua conta, ou por intermédio de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, recebeu uma remuneração ou uma participação nos lucros; (vii) se o vendedor compra bens novos ou usados para revenda, conferindo, assim, a esta atividade um carácter de regularidade, uma frequência e/ou simultaneidade em relação à sua atividade comercial ou profissional; (viii) se os produtos à venda são todos do mesmo tipo ou do mesmo valor, nomeadamente, se a proposta está concentrada num número limitado de produtos³³.

³³ V. considerando 38 e 39 do Ac. do TJUE, de 4/10/2018 (*Kamenova*). Para um exemplo da aplicação destes critérios, v. ANA CATARINA MACHADO, ANTÓNIO MARIA NOVAIS e CAROLINA PEREIRA PIRES, “O Frigorífico que a Ana Comprou ao Pedro no OLX”, “Casos Práticos Resolvidos de Direito do Consumo”, 2019, p. 166.

Poderá ser suficiente o cumprimento de um dos critérios para se concluir que estamos perante um profissional, mas o cumprimento de um ou mais critérios não determina necessariamente uma conclusão nesse sentido. Ainda assim, deve concluir-se que alguns critérios, como a compra para revenda, apontam de forma mais clara no sentido do exercício, para este efeito, de uma atividade profissional.

Este problema é tido em conta na Diretiva 2019/2161,³⁴ mas de forma manifestamente insuficiente. Por um lado, não são indicados critérios para determinar quando é que uma pessoa para a ser qualificada como profissional³⁵. Por outro lado, propõe-se que seja o próprio contraente a indicar à plataforma se é ou não profissional, o que é problemático, desresponsabilizando-se quase totalmente a plataforma quanto à veracidade da informação prestada.

Os contratos celebrados através de plataformas digitais constituem também um teste às regras gerais do Código Civil e à legislação de consumo. Cada plataforma tem o seu próprio modelo de negócio, suscitando problemas distintos³⁶.

As instituições europeias têm estado muito ativas no estudo da matéria³⁷.

Em 2019, foi publicado o Regulamento 2019/1150, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha. Este diploma regula as relações contratuais entre as plataformas ou, com mais rigor, as pessoas que as operam, e os profissionais que comercializam bens ou serviços através de plataformas, não se ocupando das relações de consumo subjacentes a esta relação tripartida.

As Diretivas 2019/770/UE e 2019/771/UE também referem as plataformas nos seus considerandos, estabelecendo que os Estados-Membros são livres de alargar a aplicação das diretivas a operadores de plataformas

³⁴ Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores.

³⁵ CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Bad Hand? The «New Deal» for EU Consumers”, 2018, p. 172.

³⁶ Neste sentido, segundo JOÃO E. GATA, “A Economia de Partilha”, 2016, p. 207, “para aferir até que ponto os direitos do consumidor são garantidos, ter-se-á que conhecer o funcionamento de cada plataforma, já que as garantias dadas por uma plataforma poderão não ser idênticas às de outra plataforma, similarmente ao que sucede no comércio eletrónico em geral”.

³⁷ CAROLINE CAUFFMAN, “The Commission’s European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly?”, 2016.

que não cumprem os requisitos para serem considerados profissionais nos termos das diretivas. Isto significa que os Estados-Membros podem estabelecer regras nos termos das quais as plataformas digitais são responsabilizadas, a par do vendedor ou fornecedor de conteúdos ou serviços digitais, pelo incumprimento da obrigação de fornecimento ou de conformidade que incumbe a estes.

Na transposição das diretivas, o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, aproveitou esta oportunidade, prevendo a responsabilidade solidária da plataforma que seja parceira contratual do profissional que disponibiliza o bem, conteúdo ou serviço digital (art. 44.º). Considera-se que a plataforma e o profissional são parceiros contratuais sempre que aquela exerça uma influência predominante na celebração do contrato, o que se considera verificado em termos bastante amplos na norma.

6. *Reviews* e avaliações de consumidores

Uma das funcionalidades mais comuns em serviços digitais, e especialmente nas plataformas que prestam serviços de intermediação entre profissionais e consumidores, desde *app stores* como a *App Store* (iOS) e a *Google PlayStore*, a *marketplaces* ou mercados em linha como a *Olx*, *Amazon*, *Wish*, serviços de TVDE como a *Bolt* e a *Uber*, passando por serviços de entregas como *Uber Eats* e *Glovo*, é a possibilidade de os utilizadores poderem publicar avaliações dos bens e produtos adquiridos, assim como comentários ou *reviews* escritas, descrevendo as suas experiências com os respetivos profissionais.

A publicação e a apresentação destes conteúdos têm um grande impacto nos consumidores e na formação da sua opinião sobre os profissionais³⁸, comprovado em inúmeros estudos. Os ratings e *reviews* constituem um instrumento bastante útil a milhões de utilizadores todos os dias, ao permitir de forma eficaz e simples a diferenciação entre anúncios credíveis e promoções de profissionais cujos serviços frequentemente não são conformes às expectativas definidas por estes. A confiança dos utilizadores é fulcral no funcionamento da “*collaborative economy*” ou “*peer-to-peer economy*”³⁹.

³⁸ JANA VALANT “Online consumer reviews The case of misleading or fake reviews” EPRS | European Parliamentary Research Service, 2015. Hassan Masum, Mark Tovey, “The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World” The Information Society Series The MIT Press 440, 2012.

³⁹ CHRISTOPH BUSCH, “Crowdsourcing Consumer: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy” 2016.

Numa perspetiva civilística, as avaliações *online* podem ser consideradas informações pré-contratuais, devido aos seus efeitos na formação da decisão de contratar dos consumidores⁴⁰. No entanto, é patente que existem diversos problemas e fatores que afetam a utilidade e veracidade destes *ratings*, devido a diversos motivos⁴¹.

Os principais problemas que afetam a utilidade das avaliações são a falta de avaliações ou a sua existência em número insuficiente e atual (o que geralmente se repercute na inflação dos valores⁴²), as avaliações tendenciosas (o consumidor sofre de algum tipo de *bias*, seja por ter medo de retaliações ou por ser próximo do profissional) e as avaliações falsas e manipuladas (publicadas pelos próprios profissionais, por terceiros remunerados para o efeito (“*fake review factories*”⁴³) ou por grupos de consumidores, que não tendo adquirido os bens ou serviços, pretendem penalizar o profissional como método de ativismo (social, ambiental e político)).

Além das próprias *reviews* e avaliações, o sistema também pode ser distorcido pelo próprio modo como as plataformas apresentam os valores e os comentários escritos. O formato da apresentação, como a prioridade e a relevância que é dada nos cálculos dos algoritmos, irão necessariamente também afetar a imagem transmitida aos consumidores.

Quanto ao enquadramento legal aplicável, é necessário consultar a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais (DPCD)⁴⁴, que proíbe práticas comerciais que distorçam substancialmente o comportamento econó-

⁴⁰ MADALENA NARCISO, “Review Mechanisms in Online Marketplaces and Adverse Selection: A Law and Economics Analysis” (SSRN, February 1, 2017) <https://ssrn.com/abstract=2918764>.

⁴¹ DINA MAYZLIN, Yaniv Dover, Judith A. Chevalier “Promotional Reviews: An Empirical Investigation of Online Reviews Manipulation” (SSRN, August 13, 2012) <https://ssrn.com/abstract=2128860>. Para um exemplo dos problemas que se podem colocar a este nível, v. EDUARDO FREITAS, “O Telemóvel 5 Estrelas”, Casos Práticos de Direito do Consumo, Almeida 2019.

⁴² Sobre a “reputation inflation” ver MADALENA NARCISO “The Regulation of Online Reviews in European Consumer Law” *European Review of Private Law*, Vol. 27 N.º3 2019, Kluwer Law International 557.

⁴³ ANDREAS MUNZEL, “Assisting Consumers in Detecting Fake Reviews: The Role of Identity Information Disclosure and Consensus” [2016] 32 *Journal of Retailing and Consumer*, Toulouse University. Martina Nee, “Fake Online Reviews: Don’t believe everything you read online” *European Consumer Centre Ireland*, 2019 <https://www.eccireland.ie/fake-online-reviews/>.

⁴⁴ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado

mico dos consumidores e a sua capacidade de tomar decisões livres e informadas sobre contratos que celebrem com profissionais. Deste modo, pretende-se combater as práticas comerciais que sejam consideradas enganosas e agressivas, que afetem consideravelmente a autonomia privada dos consumidores.⁴⁵

Ora, várias das práticas apontadas que adulteram a integridade dos sistemas de avaliação podem ser enquadradas nos diplomas nacionais que transpõem esta diretiva.

No âmbito do “*New Deal*”, a União Europeia adotou a Diretiva de Modernização do Direito do Consumo (também conhecida como a Diretiva *Omnibus*)⁴⁶, que introduz uma série de alterações em diversas diretivas, incluindo a DPCD.

O artigo 3.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva acrescenta à DPCD uma norma nos termos da qual, nos casos em que o profissional disponibilize o acesso a avaliações de produtos e serviços a consumidores, esta informação deve ser considerada como sendo substancial e o profissional deve procurar garantir que as classificações são efetivamente publicadas por consumidores que utilizaram ou adquiriram os produtos.

O considerando 49, por sua vez, prevê a proibição da apresentação de avaliações e recomendações falsas, incluindo quando estas são publicadas a pedido do profissional, e de métodos de manipulação da informação, como ocultação de resultados negativos.

Ainda assim, esta Diretiva falha em diversos aspetos na regulação desta temática. Em primeiro lugar, não introduz critérios⁴⁷ para a definição de profissional, nem estabelece a obrigação de proceder a esta identificação aos prestadores de serviços digitais e, em especial, das plataformas em linha, uma matéria que já é abordada na proposta de Regulamento dos Ser-

interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004.

⁴⁵ Pedro Fonseca Barros Ferreira, “Reviews and Endorsements in Online Marketplaces and Consumer Protection” Anuário do NOVA Consumer Lab Ano 2-2020, ISSN 2184-6200.

⁴⁶ Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores.

⁴⁷ Em relação à Diretiva das Práticas Comerciais Desleais, o TJUE já introduziu alguns critérios a serem utilizados numa abordagem casuística no caso C-105/17 Kamenova EU:C:2018:808 para. 38.

viços Digitais (*Digital Services Act*).⁴⁸ Em segundo lugar, a Diretiva não inclui mecanismos para lidar com *bias* na generalidade das *reviews*.

O enquadramento legal atual incentiva as plataformas a assumir uma posição mais passiva quanto à verificação e controlo dos sistemas de avaliações. A maioria das normas da DPCD podem ser afastadas com um simples *disclaimer*, um aviso colocado pela plataforma de que as avaliações não são confiáveis e que não se responsabilizam pelos seus conteúdos.⁴⁹

7. Responsabilidade das plataformas e moderação de conteúdos

A moderação de conteúdos sempre foi um tema difícil de abordar no contexto das plataformas, porque, ao contrário dos meios de comunicação tradicionais, naquelas não se pretende restringir a publicação de conteúdos com normas editoriais rigorosas e limitações de capacidade. Pelo contrário, o objetivo passa por facilitar e democratizar o acesso a uma via de publicação, armazenamento e comunicação de informação. Tendem, portanto, a assumir o papel de intermediários passivos⁵⁰.

Desta forma, tanto nos Estados Unidos da América, com o *Content Decency Act* (1996) e o *Digital Millennium Copyright Act* (1998), como na União Europeia, com a Diretiva 2000/31/CE (comércio eletrónico), estabeleceu-se o princípio da isenção de responsabilidade secundária das plataformas pelos conteúdos publicados pelos seus utilizadores. De forma geral, as plataformas que atuassem de forma passiva deveriam ser notificadas sobre os conteúdos ilícitos para os bloquearem. Só se, após serem informadas, continuarem a permitir a disseminação e acesso a tais conteúdos, é que as plataformas seriam responsabilizadas. A Diretiva do Comércio Eletrónico consagra ainda expressamente o princípio da proibição de obrigações legais de vigilância e monitorização.

Este enquadramento legal especialmente benevolente (dado que permite alguma margem de autopolicimento pelos próprios prestadores de

⁴⁸ Sobre o *Digital Services Act*, ver JORGE MORAIS CARVALHO, MARTIM FARINHA e FRANCISCO ARGÁ E LIMA “Introduction to The Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection” *Revista de Direito e Tecnologia* VOL. 3 (2021), NO. 1, 71-104.

⁴⁹ PEDRO FONSECA BARROS FERREIRA, “Reviews and Endorsements in Online Marketplaces and Consumer Protection” *Anuário do NOVA Consumer Lab* Ano 2-2020, ISSN 2184-6200.

⁵⁰ Sobre as razões que justificam a dicotomia entre o modelo tradicional do editor e o mero intermediário que armazena conteúdos em servidores, ver pág. 3 e seguintes de PEGGY VALCKE e MARIEKE LENAERTS, “Who’s author, editor and publisher in user-generated content? Applying traditional media concepts to UGC providers”, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2010, Vol. 24, n.º 1, pp. 119-131.

serviços) possibilitou a proliferação e o crescimento exponencial destes serviços, ultrapassando todas as expectativas. A ascensão das redes sociais na última década e de outros serviços de partilha de conteúdos em linha (como o Youtube) vieram a levantar diversos problemas quanto ao papel que estes serviços devem ter na sociedade.

A tarefa de procurar moderar o conteúdo online tornou-se, desde cedo, “humanamente” impossível, à medida que cada vez mais conteúdos foram sendo colocados nestas plataformas. Por exemplo, em 2010, mais de 35 horas de vídeo eram carregadas a cada minuto no YouTube⁵¹. No entanto, a par do crescimento exponencial das comunicações em linha, cresceram consideravelmente os recursos, as ferramentas e o poder das empresas da Internet que operam estas plataformas.

O aumento da desinformação, da cibercriminalidade, dos incidentes de manipulação de eleições, da “cultura do cancelamento” e das preocupações com a proteção de dados e direitos de autor têm colocado as empresas que gerem as plataformas no centro do debate a nível mundial.

A adoção e evolução de sistemas automatizados e algoritmos de moderação de conteúdos, capazes de identificar violações de direitos de autor ou conteúdos de promoção de terrorismo ou pornografia infantil por estas empresas tem levantado também diversas controvérsias quanto ao possível papel intrusivo e de censura que estes filtros podem ter, especialmente quando as matérias em questão são discurso de ódio e desinformação.⁵² Mesmo a utilização de moderadores humanos para verificar as decisões automatizadas não tem mitigado estes problemas.

Na Europa, o processo legislativo relativo ao Digital Services Act (DSA) constitui uma excelente oportunidade para rever as opções políticas feitas na Diretiva do Comércio Eletrónico em 2000, nos primórdios da Internet, e determinar o melhor modelo para a distribuição da responsabilidade e dos deveres de moderação de conteúdos sobre as comunicações efetuadas pelos utilizadores das plataformas⁵³.

⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-682/18 e C-683/18 de 22 de junho de 2021, ECLI:EU:C:2021:503, ver para. 30.

⁵² ROBERT GORWA, REUBEN BINNS, CHRISTIAN KATZENBACH, “Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance”, BD&S (28-fev.-2020). Disponível em <https://www.journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719897945>.

⁵³ Para uma análise da evolução da situação ao longo dos últimos trinta anos, v. JORGE MORAIS CARVALHO, FRANCISCO ARGÁ E LIMA, MARTIM FARINHA, “Introduction to The

Ao contrário de algumas expectativas, a proposta da Comissão Europeia para o DSA não procura reinventar os principais princípios que regem a responsabilidade e o papel dos intermediários e a questão da moderação de conteúdos.⁵⁴ Ao invés disso, a Comissão procurou antes codificar as principais recomendações que já constavam das suas intervenções junto dos principais *stakeholders*, nomeadamente a “Recomendação sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha”⁵⁵, o “Código de Conduta da UE sobre Desinformação”⁵⁶ e o “Código de Conduta no combate ao Discurso de Ódio Online”⁵⁷.

Os principais objetivos do DSA passam por regularizar e reformar as práticas já existentes. Visa-se uma maior transparência sobre todo o processo, dando-se indicações uniformes concretas para a ação e para a retirada de conteúdos ilegais, bem como os meios para os utilizadores afetados recorrerem das decisões das plataformas, a fim de mitigar os riscos de bloqueio erróneo ou injustificado da liberdade de expressão.

O papel das autoridades administrativas e judiciais é reforçado, com normas para a emissão de ordens de bloqueio e remoção de conteúdos. A figura dos sinalizadores de confiança (“*trusted flaggers*”) é também codificada.

O DSA impõe severas medidas de controlo e auditoria de todos estes mecanismos, procurando reajustar o equilíbrio na relação entre utilizadores, plataformas e partes terceiras. Os direitos fundamentais de acesso

Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection” RDTec Vol. 3 N.º 1 (2021) pp. 71-104, em especial, pp. 84-90.

⁵⁴ Os artigos 12.º a 15.º da Diretiva do Comércio serão revogados e substituídos por versões praticamente idênticas, com pequenas diferenças, nos artigos 3.º, a 7.º, mantendo a inexistência de obrigações gerais de vigilância ou apuramento ativo dos factos.

⁵⁵ Recomendação (UE) 2018/334 Da Comissão de 1 de março de 2018 sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018H0334&from=EN>.

⁵⁶ Este Código de Conduta baseia-se na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada “Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia” (COM/2018/236 final). O Código está disponível em Code of Practice on Disinformation | Shaping Europe’s digital future (europa.eu).

⁵⁷ Baseia-se na Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Uma União da igualdade: plano de ação da UE contra o racismo 2020-2025 COM(2020) 565 final, disponível em https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en

à informação e liberdade de expressão estão refletidos nas diversas disposições da proposta da Comissão.

8. Fornecimento de conteúdos e serviços digitais

Com a democratização do acesso a equipamentos, como computadores pessoais e telefones inteligentes (*smartphones*), e do acesso à Internet, em especial com ligações 3G e 4G, os conteúdos e serviços digitais tornaram-se onnipresentes na nossa sociedade contemporânea. Estes já não são um luxo ou um nicho apenas disponibilizado a algumas pessoas, com formação em programação e recursos financeiros consideráveis. Estes contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais assumem uma função central na atualidade.⁵⁸

A proteção dos consumidores nos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais foi durante um período muito longo uma matéria sobre a qual existia um autêntico vácuo legal no Direito Europeu de Consumo e na grande maioria dos Estados-Membros, entre os quais Portugal.

Os contratos de fornecimento de conteúdos digitais eram apenas timidamente abordados na Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, conhecida como a Diretiva dos Direitos dos Consumidores. Entre as matérias abordadas é necessário destacar os deveres de informação do profissional, no âmbito de contratos celebrados à distância, e o direito de arrependimento. Em relação a este último, a Diretiva consagrou uma importante exceção em relação ao fornecimento de conteúdos digitais (art. 16.º, alínea m)). Este artigo permite que o consumidor dê o seu consentimento expresso à inexistência de direito de arrependimento. Na prática, este consentimento pode ser imposto pelo profissional.

O art. 8.º-1 da LDC, diploma para o qual foi parcialmente transposta a Diretiva 2011/83/UE, estabelece que “o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada”, entre outros aspetos, da “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” e de “qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o

⁵⁸ CHRISTIAN TWIGG-FLESNER, “Disruptive Technology – Disrupted Law?”, 2016, p. 31.

fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento”. A interoperabilidade é um aspeto muito relevante no que diz respeito a conteúdos digitais, uma vez que só esta garante a utilização do conteúdo digital em diferentes equipamentos por parte do consumidor.

O Decreto-Lei n.º 24/2014, que transpõe a generalidade das regras da Diretiva 2011/83/UE, define conteúdo digital como os “dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou streaming, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio” [art. 3.º-d)], e estabelece regras quanto à informação pré-contratual e ao direito de arrependimento quando este seja o objeto do contrato.

Com a aprovação da Diretiva 2019/770, o legislador europeu, reaproveitando as partes mais consensuais do projeto do *Common European Sales Law* (CESL), veio preencher a lacuna identificada, introduzindo normas sobre o fornecimento dos conteúdos e serviços digitais, a desconformidade dos serviços e conteúdos digitais com o contrato, os direitos dos consumidores face a esta desconformidade e a modificação dos conteúdos e serviços no decurso do contrato de execução duradoura relativo ao seu fornecimento.

A Diretiva 2019/770 aplica-se a contratos de fornecimento de conteúdos ou de serviços digitais (art. 3.º, n.º 1). Nos termos do segundo parágrafo do mesmo preceito, para a aplicação do regime, é necessário que exista uma contrapartida, mas essa contrapartida não tem de ser em dinheiro, podendo resultar do fornecimento de dados pessoais. Note-se que a Diretiva 2019/770 se aplica a contratos relativos a um suporte material que seja utilizado exclusivamente como meio de disponibilização de conteúdos digitais (art. 3.º, n.º 3). É o caso, por exemplo, de um CD de músicas. Neste caso, não se aplicam as regras da Diretiva relativas ao fornecimento, sendo aplicáveis, por se tratar de um bem, as normas da Diretiva 2011/83/UE que regulam a entrega e a transferência do risco.

Além de cumprir a obrigação de fornecimento do conteúdo ou serviço digital (art. 5.º), o profissional deve fornecer ao consumidor um conteúdo ou serviço digital que cumpra os requisitos de conformidade (art. 6.º).

Os arts. 7.º e 8.º da Diretiva 2019/770 incluem critérios que visam determinar os elementos que fazem parte do contrato. Em vez de caracterizar o que está ou não em conformidade com o contrato, o objetivo destas

regras é especificar o que está incluído no contrato e depois, no momento do cumprimento, avaliar se os conteúdos ou serviços digitais fornecidos correspondem aos conteúdos ou serviços digitais acordados⁵⁹.

A distinção entre requisitos subjetivos e objetivos refere-se ao facto de existirem elementos que resultam diretamente da relação entre o consumidor e o profissional (subjetivos) e elementos que só indiretamente fazem parte do contrato, porque são razoavelmente esperados pelo consumidor (objetivo)⁶⁰.

O profissional é responsável perante o consumidor por qualquer desconformidade que exista no momento do fornecimento do conteúdo ou serviço digital, mas essa responsabilidade está sujeita a um prazo para a manifestação da desconformidade.

Este prazo é de dois anos se o contrato estabelecer um ato único de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento (art. 12.º, n.º 1, primeiro parágrafo). Se as partes tiverem estabelecido um fornecimento contínuo durante um determinado período de tempo, o vendedor é responsável se a desconformidade se manifestar durante todo esse período (art. 11.º, n.º 3).

O ónus da prova da falta de conformidade nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou de serviços digitais depende da natureza do ato de cumprimento. Se estiver em causa um ato individual de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o ónus da prova

⁵⁹ Parece-nos que não se trata, como refere MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O Futuro da Compra e Venda (de Coisas Defeituosas)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 79, Vol. III/IV – Jul.-Dez. 2019, p. 741, de a não verificação de um dos requisitos de conformidade permitir “presumir a desconformidade no momento da entrega dos bens”. Por um lado, não se justifica a referência a uma presunção nesta frase, uma vez que a não verificação de um dos requisitos de conformidade tem como efeito a qualificação da factualidade subjacente como consubstanciando uma desconformidade, a qual, por se ter como verificada, não pode ser afastada por prova em contrário. Por outro lado, a verificação de um requisito de conformidade não permite concluir nada acerca do momento da entrega dos bens. Para este efeito temos outra regra, a da presunção de anterioridade da desconformidade, que pressupõe precisamente a conclusão de que existe uma desconformidade, mas não se confunde com esta.

⁶⁰ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “O Direito Europeu da Compra e Venda 20 Anos Depois, Comparação entre a Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, e a Directiva 2019/771/UE, de 20 de maio de 2019”, 2020, *Revista de Direito Comercial*, p. 1258, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-direito-europeu-da-compra-e-venda-20-anos-depois>

recai sobre o consumidor. Se as partes tiverem estabelecido um fornecimento contínuo ao longo de um período de tempo, o ónus da prova da falta de conformidade recai sobre o profissional (art. 12.º, n.º 3).

O prazo durante o qual o consumidor não tem de provar que a falta de conformidade já existia no momento da entrega é de um ano a contar do momento em que os conteúdos ou serviços digitais foram fornecidos (art. 12.º, n.º 2). Este prazo não se aplica quando o contrato prevê um fornecimento contínuo durante um período de tempo (art. 12.º, n.º 3).

Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito (i) à reposição da conformidade dos conteúdos ou serviços digitais, (ii) à redução do preço ou (iii) à resolução do contrato. Está prevista uma hierarquia entre os direitos. Em regra, a primeira tentativa deve consistir em repor a conformidade, só depois tendo o consumidor direito a uma redução proporcional do preço ou à resolução do contrato.

O Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, transpõe a Diretiva 2019/770/UE, encontrando-se as normas que acabámos de indicar previstas no Capítulo III do diploma (arts. 26.º a 39.º).

9. Bens com elementos digitais

No mesmo dia em que foi publicada a Diretiva 2019/770/UE, foi igualmente publicada a Diretiva 2019/771/UE,⁶¹ que regula a venda de bens de consumo.

A Diretiva é aplicável a contratos de compra e venda (art. 3.º, n.º 1) e a contratos “para o fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir” (art. 3.º, n.º 2). Encontram-se apenas abrangidos contratos onerosos, pelos quais “o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço”. Não é aplicável aos contratos abrangidos pela Diretiva 2019/770/UE.

A Diretiva aplica-se, ainda, integralmente, aos designados “bens como elementos digitais”, incluindo-se assim no seu âmbito os “conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou com eles estejam interligados [...] e sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro” (art. 3.º, n.º 3).

⁶¹ Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE.

Se um consumidor comprar um automóvel num stand, com uma aplicação de GPS instalada, a situação é integralmente abrangida pela Diretiva 2019/771/UE. Quanto ao automóvel propriamente dito, trata-se de um contrato de compra e venda de uma coisa móvel (arts. 2.º-5)-a) e 3.º-1). Já no que respeita à aplicação de GPS, o art. 3.º, n.º 3, da Diretiva 2019/771/UE estabelece que o diploma “é aplicável a conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens”, como a aplicação de GPS instalada no carro. O carro é, portanto, qualificado como um bem com elementos digitais (v. art. 2.º, n.º 5), alínea b)). Refira-se, ainda, no mesmo sentido, que o art. 3.º, n.º 4, da Diretiva 2019/770 estabelece que esta não é aplicável nestes casos.

Podemos colocar ainda a hipótese de o consumidor comprar um automóvel num stand, com uma aplicação de GPS instalada, comprometendo-se o vendedor a fazer atualizações de *software* durante um ano. Em comparação com a situação anterior, nesta, além do conteúdo digital (aplicação de GPS), o contrato inclui ainda um serviço digital (a atualização de *software*). Aplica-se também, neste caso, a Diretiva 2019/771/UE, por se tratar de um serviço digital incorporado numa coisa.

Também pode suceder que o consumidor compre um automóvel num stand, sem aplicação de GPS instalada, e vá depois à Internet adquirir a última versão de uma aplicação de GPS. Ao contrário do que sucede nos casos anteriores, neste temos de distinguir o contrato de compra e venda do automóvel, ao qual se aplica a Diretiva 2019/771/UE, e o contrato de fornecimento da aplicação de GPS, que não está incorporado no automóvel e, por isso, não se encontra abrangido no âmbito desse diploma. Aplica-se ao contrato de fornecimento da aplicação de GPS a Diretiva 2019/770 (arts. 2.º, alínea 1), e 3.º, n.º 1).

Para concluir se a aplicação de GPS está ou não incluída no contrato de compra e venda é necessário analisar o conteúdo do contrato⁶², constituindo um problema de interpretação das declarações das partes, nomeadamente a declaração do profissional. Este aspeto resulta de forma clara do considerando 15 da Diretiva 2019/771/UE, podendo aplicar-se este diploma mesmo nos casos em que os conteúdos ou serviços digitais não estejam pré-instalados e tenham de ser descarregados posteriormente, fazendo

⁶² KARIN SEIN E GERALD SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, 2019, p. 274.

parte do objeto do contrato de compra e venda. Veja-se igualmente o considerando 22 da Diretiva 2019/770/UE: “outro exemplo é o caso em que é *expressamente acordado* que o consumidor compra um telemóvel inteligente sem um sistema operativo específico e posteriormente celebra com um terceiro um contrato para o fornecimento de um sistema operativo. Nesse caso, o fornecimento do sistema operativo comprado em separado não faz parte do contrato de compra e venda” (itálico nosso). Parece-nos que o critério das expectativas razoáveis do consumidor é decisivo (v. art. 7.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2019/770).

A Diretiva 2019/771/UE tem várias normas pensadas para os bens com elementos digitais ou, com mais rigor, para os elementos digitais constantes das coisas vendidas. Estas normas seguem de perto as regras da Diretiva 2019/770/UE, relativas aos conteúdos e serviços digitais.

Na transposição das diretivas, o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, inclui, pela primeira vez no ordenamento jurídico português, este conceito de bens com elementos digitais.

10. Blockchain, cripto-ativos e as criptomoedas

A atração pela *descentralized finance* tem crescido muito nos últimos anos, especialmente incentivada pela desconfiança de muitos para com o tradicional sistema bancário e financeiro no pós-crise 2008, acompanhada também pela popularização de sistemas baseados em *Blockchain* e novas formas de investimento com o objetivo de alcançar “*financial independence*”. Além das *apps* de *trading* e corretoras *online* sem comissões, as atenções de muitos têm se centrado nos chamados cripto-ativos.

Desde 2008, quando Nakamoto publicou o *white paper*⁶³ detalhando o protocolo técnico da *Bitcoin*, estabelecendo assim a *Blockchain* (cadeia de blocos) desta primeira criptomoeda, que uma grande variedade de criptomoedas e novos tipos de cripto-ativos (também referidos como *tokens*) com diferentes funcionalidades e propósitos têm surgido a um ritmo acelerado, surpreendendo os legisladores a nível global.

A tecnologia *Blockchain* permite o armazenamento de dados encriptados de forma descentralizada, utilizando um sistema *peer-to-peer* para garantir a autenticação de todas as informações que são registadas na cadeia. Aqueles que contribuem com poder computacional para manter o protocolo podem

⁶³ SATOSHI NAKAMOTO, “Bitcoin, A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008, disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

ser premiados com *tokens*, associados assim a carteiras virtuais pseudonimizadas, cujas transações são por sua vez registadas na *Blockchain*. Dependendo da forma como o protocolo é estabelecido, estes *tokens* podem ter diferentes funcionalidades e propriedades⁶⁴.

Em primeiro lugar, a classificação destes ativos é, desde logo, uma das principais problemáticas⁶⁵ que se coloca no contexto contratual. Temos as criptomoedas, como a *Bitcoin* e a *Dogecoin*, cujo objetivo é serem utilizadas em substituição de moedas com corrente legal, como contraprestações contratuais. Há cripto-ativos que são emitidos e distribuídos em ofertas públicas (*Initial Coin Offerings (ICO)*), sendo que estes podem ter associados direitos de crédito e até alguns direitos societários, devendo ser considerados instrumentos financeiros. Existem *tokens* cujas funcionalidades estão ligadas ao acesso a serviços e conteúdos digitais, gestão e funcionamento de plataformas de *Smart Contracts*. E, por fim, existem *tokens* não fungíveis (*Non-Fungible Tokens* ou NFTs) que tipicamente representam algum tipo de *item* único, seja uma obra de arte virtual⁶⁶, seja um objeto físico a que esteja associado.

Todos estes ativos, devido à forma como estão concebidos e são transacionados, utilizando um sistema descentralizado, em que as identificações pessoais estão pseudonimizadas, representam uma série de riscos para aqueles que os procuram. Por um lado, um grande número de ICO resultou

⁶⁴ Sobre o enquadramento legal e qualificação dos diversos tipos de criptoativos, JOÃO VIEIRA DOS SANTOS, “Regulação dos Criptoativos”, Cadernos Do Mercado De Valores Mobiliários No. 64, CMVM, Dezembro 2019, páginas 30-70.

⁶⁵ A problemática da qualificação jurídica dos cripto-ativos, quais os critérios e classificações que se devem adotar, tem dividido entidades reguladoras e legisladores em inúmeros ordenamentos jurídicos, geralmente assumindo uma divisão tripartida, que enumerámos aqui: em criptomoedas (Criptocurrencies), ativos financeiros (Investment/Asset Tokens), e tokens com funcionalidades de produtos e serviços (Utility Tokens). Ver NAKAVACHARA, V. e outros, “Should All Blockchain-Based Digital Assets be Classified under the Same Asset Class?”, 2019, PIER Discussion Papers 113, Puey Ungphakorn Institute for Economic Research; The Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA). 2018. “ICO Guidelines” Switzerland; European Securities and Market Authority (ESMA), “Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets” Janeiro 2019; “Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures” European Central Bank, ECB, Occasional Paper Series No 223 / May 2019.

⁶⁶ Agata Ferreira e vários, “NFT – Legal Token Classification” EU Blockchain Observatory and Forum NFT Reports, 2021 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3891872>, e “NFTs, explained”, The Verge, 2021, disponível em: <https://www.theverge.com/22310188/nft-explainer-what-is-blockchain-crypto-art-faq>.

em fraude. Por outro lado, está em causa o carácter extremamente volátil do valor das criptomoedas e a especulação associada. Coloca-se ainda a questão da desconformidade dos *tokens* face ao que foi promovido pelos emitentes.

Em relação às criptomoedas, ainda que estas não sejam consideradas moedas com curso legal, não tendo de ser aceites como tal, podem, se houver acordo entre as partes, servir como uma prestação, isto é, um método de pagamento, implicando assim que estes contratos sejam onerosos. Dependendo dos ordenamentos jurídicos, as criptomoedas podem ser taxadas enquanto propriedade, o que implica que, nestes casos, a aquisição de um bem tendo como contraprestação a transmissão de criptomoedas, corresponde, na verdade, a um contrato de permuta, ao invés de um contrato de compra e venda.

Três iniciativas legislativas europeias vão procurar melhorar o enquadramento legal destes ativos:

- 1) A Quinta Diretiva de Branqueamento de Capitais⁶⁷ (AML5) vem introduzir o conceito de moeda virtual no artigo 1.º-1-c), impondo certas obrigações aos emissores de cripto-ativos em ICO⁶⁸;
- 2) Com a transposição da Diretiva (UE) 2019/770, os consumidores que adquirirem estes ativos enquanto conteúdos digitais ou serviços de acesso e gestão de carteiras terão acesso aos meios gerais de ressarcimento para os casos de não fornecimento e de falta de conformidade (com os novos requisitos de conformidade subjetiva e objetiva)⁶⁹, sendo que o conceito de preço irá também contemplar a transmissão de uma representação digital de valor, que pode incluir criptomoedas⁷⁰;
- 3) A proposta de Regulamento sobre mercados de Cripto-ativos⁷¹ tem em vista a criação de um regime legal para a proteção de consumi-

⁶⁷ Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE.

⁶⁸ Mais a fundo sobre este tópico, ver HAFFKE, LARS, FROMBERGER, MATHIAS, ZIMMERMANN, PATRICK, “Virtual Currencies and Anti-Money Laundering – The Shortcomings of the 5th AML Directive (EU) and How to Address Them”, *Journal of Banking Regulation* 21 (2), p. 125-138, 2020. Disponível no SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3328064.

⁶⁹ Cripto-ativos inserem-se na definição de conteúdo digital (artigo 2.º-1 da DCD).

⁷⁰ Artigo 2.º-7, em conjugação com o considerando 23, ambos da DCD.

⁷¹ Regulamento (UE) COM (2020)593 final.

dores e investidores. A proposta, que ainda terá de passar pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, estabelece novas categorias de cripto-ativos e regras relativas à emissão, registo, publicação de prospectos a descrever as características dos cripto-ativos, requisitos para a criação e gestão de plataformas de *trading* e prestação de serviços relacionados com cripto-ativos.

11. Bens Virtuais

O surgimento e popularidade dos primeiros videojogos online e dos chamados “*Virtual Worlds*” (como “*Second Life*” e “*Habbo Hotel*”) despertaram um intenso debate doutrinário sobre a questão da propriedade virtual nestes domínios.⁷²

Os bens virtuais são representações de objetos, pessoas ou espaços que existem em diversos serviços digitais. São conteúdos digitais adquiridos pelos utilizadores no âmbito do contrato principal relativo ao fornecimento do serviço digital. Estes “bens” ou itens podem ter diversas funcionalidades, características e funções, dependendo do serviço digital em causa. Podem ser adquiridos gratuitamente, no decurso do videojogo, ser oferecidos como prémios pela realização de tarefas, comprados ao prestador de serviço por quantias monetárias ou moedas virtuais, doados, vendidos ou furtados a outros utilizadores, entre outros negócios e atos. Podem ser fungíveis ou completamente infungíveis (no caso da utilização de Blockchain). A transmissibilidade entre as contas dos diferentes utilizadores também difere bastante.

Nestes videojogos online surgiram autênticas economias (frequentemente não reconhecidas pelo prestador do serviço) em torno da transmissibilidade destes bens, que movem grandes quantias monetárias. Existem inúmeros exemplos, sendo um dos mais conhecidos o fenómeno de “*Real Money Trading*” e “*Gold Farming*” no videojogo “*World of Warcraft*”, em que os utilizadores compravam “*gold*”, a moeda virtual deste MMORPG (*Massive Multiplayer Online Role Playing Game*), a outros jogadores, pagando em dólares.⁷³

⁷² Para a análise mais completa sobre este tópico, ver PALKA, PRZEMYSŁAW, “Virtual property: towards a general theory” European University Institute, 2017, EUI PhD theses, Department of Law, disponível em <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/49664>.

⁷³ PALKA, PRZEMYSŁAW, “Virtual property: towards a general theory” European University Institute, 2017, EUI PhD theses, Department of Law, disponível em <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/49664>, KIM BARKER, “MMORPGing – The Legalities of Game Play” European Journal of Law and Technology, Vol. 3 N.º 1 2012.

O sucesso destas economias virtuais não reconhecidas levou a que os próprios prestadores destes serviços introduzissem “*e-shops*” nos seus videojogos, para venderem estes bens virtuais diretamente aos jogadores em troca de moedas com curso legal ou virtuais. A prática da venda de “*loot-boxes*”, isto é, a venda de bens virtuais de forma aleatória, em que o utilizador paga uma quantia monetária pela possibilidade de receber um prémio entre vários, com diferentes probabilidades, que frequentemente assumem uma forma e temas similares a *slot-machines*, já suscitou a atenção de vários reguladores de jogos de fortuna e azar online.⁷⁴

O estatuto legal dos bens virtuais desde muito cedo suscitou a curiosidade de académicos. Será que os utilizadores estão a adquirir uma posição jurídica equiparável a uma “propriedade virtual”, que deverá ser opo-nível *erga omnes*, tanto ao próprio prestador de serviços como a terceiros? Que direitos e deveres se devem conceber para estes “bens” que existem em certos “ciberespaços”?⁷⁵

Atualmente este debate já se encontra mais pacificado: estes “bens virtuais” são conteúdos digitais (meros dados potencialmente protegidos por propriedade intelectual) fornecidos no âmbito de um contrato de prestação de serviços digitais, que regulam toda a relação entre o utilizador e a plataforma, assim como com terceiros.⁷⁶

Ora, é sobre as cláusulas destes contratos que surgem uma série de questões pertinentes de Direito de Consumo. Entre elas, o facto de que geralmente estas cláusulas concedem ao prestador de serviço a possibilidade

⁷⁴ SEBASTIAN SCHWIDDESEN e PHILIPP KARIUS “Watch your loot boxes! – Recent developments and legal assessment in selected key jurisdictions from a gambling law perspective” *Interactive Entertainment Law Review* Jun 2018 DOI: <https://doi.org/10.4337/ielr.2018.01.02> pp.17–43, MARK D. GRIFFITHS, “Is The Buying Of Loot Boxes In Video Games A Form Of Gambling Or Gaming?”, *Gaming Law Review* Vol. 22, No. 1, disponível em <https://www.liebertpub.com/doi/full/10.1089/glr2.2018.2216> e MARTIM FARINHA, “Loot-Boxes E Skin Gambling – Novos Jogos de Fortuna e Azar Online? Análise do Panorama Internacional, da Legislação Portuguesa e a Necessidade de Futura Harmonização” *ELSA Portugal Law Review*, Vol. 1, N.º3 ISSN 2184-4259, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569772.

⁷⁵ JOSHUA A.T. FAIRFIELD, “Virtual Property” *Boston University Law Review* Vol.85 pp. 1047-1102. MICHAEL MEECHAN, “Virtual Property: Protecting Bits in Context” *Richmond Journal of Law & Technology* Vol. 13 Issue 2, 2006.

⁷⁶ PRZEMYSŁAW PALKA, “Virtual property: towards a general theory” *European University Institute*, 2017, EUI PhD theses, Department of Law, disponível em <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/49664>.

de unilateral e discricionariamente removerem e ou modificarem os bens virtuais “na posse” dos utilizadores sem terem de justificar as suas decisões. Os próprios contratos de fornecimento, de “venda” destes bens, também suscitam diversas problemáticas, desde a aplicabilidade das normas sobre conformidade com o contrato, à modificação das características destes bens no decurso de *updates*, o reembolso de moeda virtual do próprio serviço, até à possibilidade de certas práticas comerciais serem consideradas abusivas, especialmente quando se dirigam a menores de idade.

12. Conclusão

As transformações tecnológicas que temos presenciado nos últimos dez anos têm levantado inúmeros desafios e problemáticas à forma como vivemos e estamos em sociedade. O nosso estilo de vida, desde os tipos de bens e serviços que procuramos às formas como os pagamos, mudaram radicalmente. Estes últimos dois anos em pandemia só vieram acelerar todo o processo de digitalização.

O Direito dos Contratos e, em especial, o Direito do Consumo, enfrentam diversos desafios de natureza muito diferente e altamente disruptiva, em linha com as transformações socioeconómicas subjacentes.

Na era da *Big Data*, os consumidores encontram-se numa posição (ainda) mais frágil na celebração de contratos. A assimetria de informação entre as contrapartes agravou-se, pela falta de transparência dos profissionais e plataformas, pela exigência de conhecimentos técnicos especializados, ou pelo simples *overload* de informação. O pouco poder negocial dos consumidores evaporou-se com a proliferação dos contratos de adesão para todo o tipo de serviços digitais, especialmente agravado pelo *network effect* (os consumidores querem aderir aos mesmos serviços que as pessoas que lhes são próximas) e pela frequente ausência de concorrentes diretos. O acesso a muitos destes serviços é realizado sem estar associado ao pagamento de quantias monetárias, que é substituído pelo consentimento para o tratamento de dados pessoais para finalidades comerciais. Os consumidores perdem nestas relações jurídicas aquela que tradicionalmente era a ferramenta mais eficiente para a proteção dos seus interesses e dos seus direitos face aos profissionais: a devolução do preço pago, como consequência da resolução do contrato.

O Direito do Consumo precisa de se reafirmar neste novo paradigma, nesta nova economia digital. É um desafio que os legisladores europeu e

português têm procurado assumir, com diferentes graus de sucesso. A cada dia que passa, a inovação tecnológica ultrapassa a criatividade dos juristas, obrigando a uma atualização constante e a um estudo sistemático e interdisciplinar.

ÍNDICE DO VOLUME I

Plano da obra	5
Nota prévia	17

Módulo I

Perspectivas nacionais do Direito do Consumo

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO <i>O Direito dos consumidores em Portugal (2022)</i>	27
THOMAS PFEIFFER <i>Verbraucherrecht in Deutschland – Grundfragen und Perspektiven</i>	51
THOMAS PFEIFFER <i>Direito do Consumidor na Alemanha – Questões fundamentais e perspectivas</i>	71
SIMON LAIMER / LUKAS KLEVER <i>Geschichte und Gegenwart des Verbraucherrechts in Österreich</i>	91
SIMON LAIMER / LUKAS KLEVER <i>História e presente do Direito do Consumidor na Áustria</i>	119
NATHALIE RZEPECKI <i>Le droit de la consommation en France</i>	147
ALFREDO CALDERALE <i>Diritti dei consumatori e mercato in Italia</i>	189
MIGUEL ÁNGEL SERRANO RUIZ <i>Derecho de consumo en España</i>	255

EWOUT HONDIUS	
<i>Consumer Law in the Netherlands</i>	299
FIDELMA WHITE	
<i>The Evolution of Irish Consumer Law: past, present and future</i>	305
CLAUDIA LIMA MARQUES	
<i>O Direito do consumo no Brasil: a codificação e os serviços</i>	333
WEI DAN / ÂNGELO P. RAFAEL	
<i>O Direito do Consumidor de Macau. Rumo à Modernização da Regulação das Relações de Consumo</i>	365
CHRISTINE RIEFA	
<i>Consumer Law in the United Kingdom</i>	387

Módulo II

Direito do Consumo na Constituição e no Direito da União Europeia

ANA RITA GIL	
<i>A Carta de Protecção do Consumidor do Conselho da Europa</i>	415
JORGE MIRANDA	
<i>O Direito do consumo na Constituição portuguesa</i>	433
TERESA MOREIRA	
<i>Políticas de Concorrência e de Protecção dos Consumidores da UNCTAD</i>	445

Módulo III

Situações jurídicas do consumo em geral

NUNO PINTO OLIVEIRA	
<i>O conceito de consumidor</i>	473
JOÃO MENEZES LEITÃO	
<i>Contratos civis, comerciais e de consumo – uma inquirição de taxinomia</i>	515
ANA AMORIM	
<i>Publicidade</i>	631

JORGE CARITA SIMÃO / SOFIA ASSUNÇÃO SOARES <i>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</i>	649
JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO <i>Cláusulas contratuais gerais</i>	683
CARLOS LACERDA BARATA <i>Direito de livre desvinculação do consumidor</i>	707
JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES <i>Os contratos fora do estabelecimento</i>	767
CHEN CHEN <i>Contratos à distância em geral</i>	777
MARTA BOURA <i>Serviços financeiros à distância</i>	803
ELSA DIAS OLIVEIRA <i>Contratos eletrónicos e tutela do consumidor</i>	831
NATÁLIA NUNES <i>O excessivo endividamento do consumidor</i>	851
MARTIM FARINHA / JORGE MORAIS CARVALHO <i>Direito do consumo e tecnologia</i>	883

